

EL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

en el ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA de la LO 4/2000
sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su
integración social.

REFLEXIONES PARA SU MODIFICACIÓN

INDICE

- I. PRESENTACIÓN E INTRODUCCIÓN.
- II. EL INTERNAMIENTO EN EL ANTEPROYECTO
 - 1. Comparación de los preceptos
 - 2. Alargamiento del plazo de internamiento a sesenta días (plazo no absoluto).
 - 3. Consagración de un injustificado internamiento indefinido en atención a causas indeterminadas.
 - 4. Presupuestos y criterios para la adopción del internamiento.
 - 5. Toma de postura respecto a los presupuestos y plazos del internamiento.
- III. NECESIDAD DE ARTICULAR UNA AUTÉNTICA GARANTÍA JUDICIAL
 - 1. La intervención judicial en cuanto al auto de internamiento y su mantenimiento.
 - 2. El control judicial de la ejecución del internamiento.
- IV. LOS RECHAZOS EN FRONTERA.
- V. RESUMEN DE CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

I. PRESENTACIÓN E INTRODUCCIÓN

Somos un grupo de profesionales del Derecho penal (Grupo Inmigración y Sistema Penal) integrado por profesores de Universidad, jueces, fiscales y abogados, preocupados sobre cómo se está utilizando el poder coercitivo del Estado en la “lucha” contra la inmigración irregular¹.

En esta ocasión, y con carácter de urgencia, queremos alertar a quienes intervendrán en el actual proceso de reforma de la Ley de Extranjería sobre la regulación del internamiento e extranjeros propuesta en el Anteproyecto y que supone un **intolerable retroceso** en los derechos de los extranjeros y en nuestro Estado de Derecho.

Para comprender el alcance de las modificaciones propuestas, conviene saber que el internamiento de extranjeros es en la actualidad probablemente la figura que más tensiona los principios en que se basa nuestro Estado de Derecho. Para empezar, nótese su **“extraña” naturaleza jurídica difícilmente compatible con las garantías de libertad derivadas de nuestro Estado de Derecho:**

- Se trata de una medida cautelar, por la cual se puede privar de libertad a personas que tan sólo habrían cometido una irregularidad administrativa sancionada con la salida del territorio nacional o multa. Nótese que la eventual expulsión cuya ejecución, en caso de recaer, se pretende asegurar, ni siquiera es la única respuesta posible a determinadas infracciones de la LEx. Así, en los supuestos de estancia irregular, se puede optar por multa o expulsión, es decir, se están decretando internamientos por infracciones administrativas que podían ser sancionadas con una simple multa.
- A pesar de que teóricamente se concibe como una medida cautelar de una eventual sanción administrativa, existen indicios para pensar que en la práctica el internamiento se utiliza como **sanción encubierta** con la que se castiga la irregularidad administrativa o que se impone con el fin de amedrentar y presionar para que el extranjero irregular regrese a su país o disuadirle de venir a España

Al margen de su peculiar naturaleza jurídica, los Centros de Internamiento de Extranjeros (en adelante, CIE) constituyen el **espacio de mayor opacidad** en cuanto a la actuación de la Administración, sin que hasta la fecha se hallan arbitrado las necesarias garantías jurídicas y condiciones materiales que eviten el abuso y la arbitrariedad, y aseguren el sometimiento de la Administración a la legalidad. Tan sólo algunos indicios de la situación:

¹ Margarita Martínez Escamilla, Catedrática de Derecho penal de Universidad Complutense de Madrid; Julián Ríos Martín, Profesor de Derecho penal en la Universidad Comillas (ICADE); Ramón Sáez Valcárcel, Magistrado de la Sala de lo Penal en la Audiencia Nacional; Santiago Torres, Magistrado del Juzgado de Instrucción 32 de Madrid; Félix Pantoja García, Fiscal del Tribunal Supremo; Antonio del Moral, Fiscal del Tribunal Supremo; José Miguel Sánchez Tomás, Letrado del Tribunal Constitucional; Manuel Gallego Díaz, Profesor de Derecho Penal en la Universidad Comillas, Madrid. José Luis Segovia Bernabé, Profesor de Ética social en la Universidad Pontificia de Salamanca.

Para contactar con nosotros: inmigrapenal@gamil.com (GRUPO INMIGRACIÓN Y SISTEMA PENAL, <https://campusvirtual.ucm.es/portal/inmigracionsistemapenal.html>)

- Mientras que en los centros penitenciarios las labores de vigilancia y tratamiento corren a cargo de funcionarios civiles especializados, **los funcionarios de los CIE pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía**, sin que se les exija ningún tipo de formación específica. No se trata en absoluto de dar por hecho un mal hacer de la policía, pero sí de poner de manifiesto que, por las funciones que tiene encomendadas, se relaciona con la inmigración de una forma totalmente represiva.
- A diferencia también de lo que ocurre en el régimen penitenciario, **no existe una instancia judicial cuyo cometido específico y regulado sea el garantizar el respeto de los derechos de los ingresados en estos centros y el respeto a la legalidad.**
- Las personas ingresadas en dichos centros se encuentran en una situación de **especial vulnerabilidad e indefensión**: inmigrantes en su mayoría recién llegados a nuestro país, desconocedores de su funcionamiento y, en muchos casos, ni siquiera saben, entienden o pueden expresarse en nuestro idioma.
- En los CIE se dan graves problemas de hacinamiento y serias **deficiencias** en las instalaciones en cuanto a sus condiciones materiales, concebidas, edificadas y gestionadas siguiendo un esquema marcadamente penitenciario. A ello se unen las **dificultades** que vienen sufriendo ONG y Asociaciones relacionadas con estos temas para desarrollar su labor, entrar en los CIEs y contactar con los inmigrantes.

Por estas y otras muchas razones, instituciones y organizaciones nacionales e internacionales han venido criticando dura y reiteradamente las condiciones jurídicas y materiales del internamiento de extranjeros.

Conviene no olvidar que las personas a quienes se encierra en los CIE en su mayoría han sufrido numerosas privaciones y penalidades para llegar a nuestro país en busca de mejores condiciones para su desarrollo. El añadir sufrimiento innecesario al drama humano de la inmigración es algo que como sociedad nos debería avergonzar y como Estado nos deslegitima.

Son muchas y variadas las cuestiones normativas y materiales del internamiento que convendría abordar. No obstante, el presente es un documento de urgencia está motivado por el proceso de Reforma de la Ley de Extranjería, por lo que nos limitaremos a aquellos aspectos afectados por el mismo. En concreto desarrollaremos tres aspectos:

1. Configuración del internamiento en el art. 62 del Anteproyecto.
2. Necesidad de articular una auténtica garantía judicial
3. Situación de los extranjeros no aceptados en entrada y sobre los que se ha dispuesto la expulsión.

II. EL INTERNAMIENTO EN EL ART. 62 DEL ANTEPROYECTO.

1. Comparación de los preceptos.

Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento.

1. Incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión.

El juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo 2º Cuatro de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre)

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado

3. Los menores en los que concurran los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar.

4. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

“1. Incoado el expediente en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.

El juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de fuga por carecer de domicilio o de documentación, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima, con carácter general, de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. El cómputo del plazo señalado en este artículo quedará suspendido mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo o de habeas corpus que, en su caso, se hubiesen iniciado. Igualmente procederá dicha suspensión en caso de enfermedad del extranjero o por otras causas no imputables a la Administración que impidan o dificulten su salida de España.

3. El Juez, de oficio, a solicitud del instructor del expediente o a iniciativa de parte, podrá ordenar el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1.

4. Los menores en los que concurran los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar.

5. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.”

1. Alargamiento del plazo de internamiento a sesenta días (plazo no absoluto).

A pesar de que en su momento se afirmó que la Directiva de Retorno -llamada por muchas entidades sociales "Directiva de la Vergüenza"- (que establecía la posibilidad de prolongar el internamiento de extranjeros hasta dieciocho meses), no supondría en España un empeoramiento de la situación de los extranjeros, el Anteproyecto amplía de cuarenta a sesenta días el plazo máximo de internamiento, plazo que, como se verá posteriormente, no tiene el carácter de límite absoluto.

En contra de esta ampliación del plazo puede argumentarse, entre otras razones:

1. Aunque el internamiento de extranjeros teóricamente se configura como una medida cautelar para asegurar la eventual ejecución de una sanción administrativa, en la práctica se utiliza frecuentemente como sanción encubierta para castigar la irregularidad de la estancia, con fines preventivo generales tales como amedrentar o presionar para que el extranjero irregular regrese a su país o disuadirle de venir a España. Ampliar el plazo supondría aumentar las posibilidades de un uso desviado de esta peculiar y excepcional medida cautelar.
2. El internamiento de extranjeros es una posibilidad que ha de utilizarse sólo cuando estrictamente necesaria y, por su naturaleza instrumental respecto de la expulsión, los extranjeros deben ser puestos en libertad tan pronto como la expulsión, devolución o retorno se presenten como inviables o de difícil ejecución. Sin embargo, resulta frecuente que se agote el actual plazo de internamiento de cuarenta días y que sólo entonces los internados sean puestos en libertad sin que se haya podido hacer efectiva la expulsión a pesar de que dicha imposibilidad fuera evidente con anterioridad. Ello no por mala fe de la policía que custodia, que no tiene competencia para levantar el internamiento antes de que se cumpla el plazo máximo, sino por el hecho de que, una vez decretado el internamiento, no se revisa la conveniencia de mantenerlo o levantarlo al albur de las vicisitudes del expediente y gestiones para la expulsión. que no son competentes para levantar el internamiento antes de que se cumpla el plazo máximo, sino porque una vez decretado el internamiento, no se revisa la conveniencia de mantenerlo o levantarlo al albur de las vicisitudes del expediente y gestiones para la expulsión.
La ampliación del plazo de internamiento hace prever que la deficiencia que denunciamos se prolongue durante este mayor tiempo. Es decir, **es de prever que el extranjero permanezca internado durante sesenta días aunque la expulsión se manifieste como inviable o de difícil materialización antes del transcurso de este plazo.**
3. Si tenemos en cuenta las **gravísimas deficiencias** de los centros de internamiento en cuanto a hacinamiento, falta de asistencia social, jurídica, etc., la ampliación del plazo a sesenta días no puede sino **empeorar tan deplorable situación**. En este sentido se han manifestado, por ejemplo, los principales **sindicatos de la policía** canaria consideran inviable la proyectada ampliación del plazo, mostrándose contrarios al alargamiento del plazo de internamiento.
4. En un periodo de recesión como el actual, de recursos económicos escasos e incremento de las necesidades a cubrir, la ampliación del plazo de internamiento se manifiesta como

un auténtico despropósito, ya que supone una inversión económicamente muy costosa en algo que se manifiesta como innecesario e injusto.

CONCLUSIÓN:

Nuestra OPOSICIÓN FRONTRAL A LA AMPLIACIÓN A SESENTA DÍAS DEL PLAZO DE INTERNAMIENTO. Esta ampliación es innecesaria, económicamente muy cara, empeoraría la deplorable situación de los CIE y potenciaría la utilización del internamiento no como una medida cautelar, sino como una sanción encubierta.

3. Consagración de un injustificado internamiento indefinido en función de circunstancias indeterminadas.

Más grave incluso que la ampliación del plazo a sesenta días resulta la otra modificación que se propone del plazo de internamiento: *“El cómputo del plazo señalado en este artículo quedará suspendido mientras dure la tramitación de los procedimientos de asilo o de habeas corpus que, en su caso, se hubiesen iniciado. Igualmente procederá dicha suspensión en el caso de enfermedad del extranjero o por otras causas no imputables a la Administración que impidan o dificulten su salida de España”*.

A diferencia de la actual regulación, que consagra el plazo de cuarenta días como plazo máximo absoluto, la propuesta de art. 62 **permite que el plazo de sesenta se prolongue, sin límite**, cuando concurren determinadas circunstancias.

A continuación analizaremos estas circunstancias exponiendo las razones por las que, a nuestro juicio, resulta **absolutamente rechazable** la suspensión del cómputo del plazo que se propone.

a) Mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo y de habeas corpus que, en su caso, se hubiesen iniciado.

Esta previsión resulta inadmisibles en cuanto que con ella **se está sancionando el ejercicio de dos derechos reconocidos por nuestra Constitución:** el habeas corpus y la petición de asilo político.

Además, el ejercicio de dichos derechos supone automáticamente la interrupción del cómputo de los sesenta días, es decir, la ampliación automática del límite de internamiento aunque no exista indicio alguno de que dichos derechos se ejercen con fines dilatorios o ajenos a la institución, o aunque dicha interposición para nada entorpezca las gestiones de la Administración para hacer efectiva dicha expulsión.

b) Enfermedad de la persona extranjera.

Supone una discriminación intolerable por razones de salud, máxime cuando no es imputable en absoluto al sujeto (incluso aunque lo fuere). Por establecer paralelismos sería

como si al preso no se le computase el tiempo de privación de libertad mientras estuviese enfermo.

c) Por otras causas no imputables a la Administración que dificulten su salida de España.

Este otro grupo de causas está posibilitando una **prolongación indefinida del internamiento por causas indeterminadas**, lo que podría resultar inconstitucional al no quedar suficientemente precisado el presupuesto de la prolongación de la privación de libertad.

En la práctica esta indefinición (*causas no imputables a la Administración que dificulten su salida de España*) supondría **la prolongación del internamiento en casi todos los supuestos en que concurren dificultades para emitir o hacer efectiva una orden de expulsión** (se desconoce la nacionalidad del extranjero, es apátrida, su país no le reconoce como nacional, no hay convenios con su país de origen, éste no proporciona la documentación necesaria, y un largo etcétera que posibilitaría ampliar *sine die* el internamiento en la mayoría de los casos en que no puede hacerse efectiva la expulsión.

La propuesta de reforma del art. 62 consagra de facto un plazo totalmente indefinido, que afecta a un bien jurídico y valor superior del ordenamiento constitucional (la libertad), al poder excepcionarse el límite de los sesenta días en la inmensa mayoría de los supuestos en los que no puede hacerse efectiva la expulsión dentro de ese plazo inicial. Podría argüirse que, aunque en la propuesta no se establece un plazo máximo, implícitamente lo serían los dieciocho meses consagrados en la Directiva de Retorno. Pero, aun si fuera así, cabría plantear la constitucionalidad de tal previsión, ya que difícilmente podría considerarse constitucional una medida cautelar de hasta dieciocho meses de privación de libertad cuya única finalidad es asegurar la eventual ejecución de una sanción de naturaleza administrativa impuesta frente a un ilícito administrativo. Una previsión desproporcionada en el sentido indicado resultaría inconstitucional por vulneración del art. 17 de la Constitución.

Además, el Anteproyecto **no hace la más mínima alusión ni al cauce legal ni a las garantías para hacer efectiva la prolongación del plazo.**

CONCLUSIÓN: Por las razones indicadas, nuestra OPOSICIÓN FRONTAL A LA POSIBILIDAD DE PROLONGACIÓN DEL PLAZO POR ENFERMEDAD DEL EXTRANJERO, UTILIZACIÓN DE ESTE DE LOS RECURSOS QUE LE AMPARAN Y POR DIFICULTADES DE EJECUTAR LA EXPULSIÓN.

4. Presupuestos y criterios para la adopción del internamiento.

a. Criterios a tener en cuenta en la autorización o denegación del internamiento solicitado.

No podemos cansarnos de recordar que el internamiento NO es una sanción, ni puede utilizarse como tal. La ley la concibe como **una medida cautelar que pretende**

asegurar la ejecución de una eventual sanción de expulsión y como ya declaró el Tribunal Constitucional, **su adopción ha de tener un carácter excepcional**, debiéndose autorizar solo cuando sea estrictamente necesario. No está tampoco de más recordar que toda restricción de un derecho fundamental ha de estar presidida por el **principio de proporcionalidad** entendido no como proporción entre la gravedad de la conducta y la gravedad de la sanción, sino como principio que nos permite analizar cuándo la restricción de un derecho fundamental está justificada. La regulación de los presupuestos para la adopción del internamiento debería inspirarse en estos principios.

Sin embargo, tanto en su actual redacción como en la propuesta, el art. 62 ofrece una MUY DEFICIENTE regulación de los criterios que el juez ha de tener en cuenta a la hora de autorizar o no el internamiento. El art. 62.1 del Anteproyecto que el juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, *tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de fuga por carecer de domicilio o de documentación, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar al expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes*".

No se entiende, por ejemplo, la referencia que se hace a la *existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes*. Estas circunstancias sólo podrían tener relevancia en cuanto incrementaran el riesgo de fuga, pero su mención autónoma podría propiciar el entendimiento y la aplicación del internamiento como una sanción en la que también se tienen en cuenta los antecedentes.

Al tratarse de una medida cautelar que tiende a asegurar la ejecución de la expulsión, **el principio de proporcionalidad, a la hora de autorizar el internamiento, obliga a ponderar también cuestiones como que existan indicios de que procede la resolución de expulsión y de que ésta pueda hacerse efectiva**, pues no deja de vulnerar principios básicos, aparte del sentido común, el hecho de que se pueda autorizar el internamiento de una persona para garantizar la ejecución de una eventual expulsión cuando desde el principio resulta evidente que la expulsión no podrá ejecutarse, (lo que puede suceder por múltiples razones, como por ejemplo, la pertenencia del extranjero a un país que no reconoce a sus nacionales).

Es decir, debería quedar claro en el texto del art. 62 el **carácter absolutamente excepcional y su naturaleza cautelar de la expulsión**. Por ello, deben valorarse tan sólo las **posibilidades reales** de que el expediente concluya con la sanción de expulsión y la **viabilidad** de que ésta se ejecute). Aún resultando *ex ante* viable la expulsión, el internamiento sólo podrá decretarse cuando sea absolutamente imprescindible por existir indicios fundados de que el extranjero pudiera eludir la expulsión. En la decisión ha de primar el principio del "*favor libertatis*", debiendo ser excepcionales los supuestos en los que se acuerde el internamiento y quede restringido el derecho fundamental a la libertad personal, consagrado en el artículo 17 de la Constitución Española.

Si el internamiento ha de tener un carácter excepcional, debería potenciarse la utilización de **otras medidas cautelares menos drásticas**. En este sentido sería conveniente que el actual art. 61 LEx **no se configurara como una lista cerrada**, de tal forma que cupieran medidas cautelares como el aval de organizaciones humanitarias o ciudadanos o cualquiera otra que el Juez pudiera considerar oportuna.

b. Desaparición de la previsión del actual apartado 2 in fine: La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado

El Anteproyecto introduce *ex novo* un apartado 3: *El Juez, de oficio, a solicitud del instructor del expediente o a iniciativa de parte, podrá ordenar el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1.*

Esta introducción podría resultar “garantista” a primera vista. Sin embargo la introducción de este párrafo coincide con la desaparición del actual apartado 2 in fine, que establece que el juez puede decretar el internamiento por un tiempo menor a los cuarenta días, con independencia de que posteriormente pueda solicitarse la prolongación por el tiempo restante.

Parece que el Anteproyecto pretende sustituir esta posibilidad de establecer un plazo menor inicial por la posibilidad de revisión del internamiento en cualquier momento. Respecto a esto debemos señalar:

En primer lugar que ambas posibilidades no son equivalentes. Es más improbable que el Juez revise de oficio el internamiento antes de que termine el plazo que establezca desde el principio un plazo más corto, susceptible de revisión.

Por otro lado, podría entenderse que, dado que por definición el internamiento tiene un carácter excepcional, con independencia de lo que diga la ley, el juez puede acordarlo por un plazo inferior a los cuarenta o sesenta días y, por supuesto, puede y debe levantar el internamiento en el momento en que se considere injustificado. Pero aunque estas posibilidades existen sin necesidad de que las consagre la ley, por derivarse del carácter excepcional del internamiento, qué duda cabe que resulta más garantista su consagración en ella: el juez podrá decretar el internamiento por un plazo menor al establecido con carácter general y deberá levantarlo cuando las circunstancias dejen de justificar su mantenimiento.

c. Ampliación de los supuestos que pueden dar lugar al internamiento

En la actual LEx no todas las infracciones que pueden ser sancionadas con expulsión, pueden dar lugar a internamiento, sino sólo algunas de esas irregularidades (supuestos a y b del art. 54.1 y supuestos a, d y f del art. 53. El anteproyecto propone que pueda decretarse el internamiento en **todos los supuestos** en que se incoe un expediente que pueda dar lugar a la expulsión. Ni se explica, ni resulta evidente la necesidad de ampliar los supuestos en que puede decretarse el internamiento.

CONCLUSIONES:

- Resulta IMPRESCINDIBLE revisar los criterios a tener en cuenta en autorización o denegación del internamiento. Se propone la siguiente redacción: EL JUEZ, PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO E INFORME FAVORABLE DEL MINISTERIO FISCAL, DICTARÁ AUTO MOTIVADO AUTORIZANDO O DENEGANDO EL INTERNAMIENTO. DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, LA NATURALEZA CAUTELAR Y EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA MEDIDA, EL JUEZ PONDERARÁ EL RIESGO DE FUGA Y DEMÁS POSIBILIDADES DE ELUSIÓN DE LA EXPULSIÓN JUNTO CON LAS POSIBILIDADES DE QUE EL EXPEDIENTE CONCLUYA CON LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN Y DE QUE ÉSTA SE EJECUTE.

- Debe constar tanto la POSIBILIDAD DE DECRETAR EL INTERNAMIENTO POR TIEMPO MENOR AL PLAZO GENERAL como EL DEBER DE LEVANTAR EL INTERNAMIENTO ANTES DE LA EXPIRACIÓN DEL PLAZO CUANDO EL INTERNAMIENTO DEJE DE ESTAR JUSTIFICADO.
- NO RESULTA NECESARIA LA AMPLIACIÓN DE LOS SUPUESTOS que PUEDEN DAR LUGAR A INTERNAMIENTO.

5. TOMA DE POSTURA respecto a los presupuestos y plazos del internamiento.

Hasta ahora hemos expuesto las razones por las que consideramos totalmente rechazable la reforma del internamiento propuesta en el Anteproyecto, en cuanto supone una evidente agravación de la situación actual. Ello no quiere decir que nos parezca aceptable la actual configuración del internamiento. A continuación pasamos a exponer cómo a nuestro juicio debería concebirse y configurarse esta privación de libertad.

Los profesionales firmantes de este documento entendemos que el internamiento de extranjeros derivado de infracciones administrativas **debería admitirse tan sólo para la ejecución de una sanción de expulsión ya adoptada, pero no como medida cautelar a adoptar durante la tramitación del expediente de expulsión, con el fin de asegurar la ejecución de una eventual sanción de expulsión.** Entre las razones en que se sustenta esta postura podrían citarse las siguientes:

1. Como ya se ha mencionado, el internamiento tal y como esta actualmente configurado, posee una naturaleza jurídica difícilmente compatible con las garantías de la libertad derivadas de nuestro Estado de Derecho. Actualmente se configura como una medida cautelar mediante la cual se priva de libertad a una persona con el fin de asegurar una eventual sanción de naturaleza administrativa: la expulsión.

2. La eventual expulsión cuya ejecución, en caso de recaer, se pretendería asegurar, ni siquiera es la única respuesta posible a la infracción administrativa supuestamente cometida por el extranjero. La expulsión se configura como una posible respuesta, pero no la única respuesta, a determinadas infracciones de la LEx. Ante estas infracciones (Art. 57.1 LEx) se **puede optar por multa o por expulsión**, es decir, en realidad se está decretando el internamiento durante la tramitación de expedientes por infracciones sancionables con simple multa. De hecho, no resulta infrecuente que el expediente administrativo en el que se ha dictado un auto de internamiento concluya con la imposición de una multa. En los supuestos de estancia irregular contemplados en el art. 53 a) de la Ley de Extranjería, el Tribunal Supremo viene estableciendo como regla general la aplicación de la sanción de multa, debiendo motivarse por parte de las Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno las razones añadidas, más allá de la mera estancia irregular, para imponer la gravosa sanción de expulsión del territorio nacional (entre otras STS 27-01-06 (EDJ 4016 y ss), STS 29-09-06, STS 22-12-05 (EDJ 244522), STJS de 29-12-05 (EDJ 282300)). De manera que, para los supuestos de estancia irregular, al ser posible y recomendable la sanción de multa, la medida cautelar no debería ni solicitarse por la policía ni autorizarse por el Juez de Instrucción.

3. Ello evitaría en gran medida la **inaceptable utilización del internamiento como sanción encubierta**, con fines preventivo generales importados del Derecho penal, en concreto con el fin de amedrentar y presionar para que el extranjero irregular regrese a su país o disuadirle de venir a España.

4. Si el internamiento se admite tan sólo para la ejecución de la expulsión ya acordada, no son en absoluto necesarios plazos tan largos como los cuarenta días actualmente vigentes, ni por supuesto tampoco las ampliaciones propuestas en el Anteproyecto. A nuestro juicio, sería suficiente un **plazo de diez días prorrogable, de forma motivada, por el juez por otros diez días, improrrogables, cuando fuera estrictamente necesario** (estos son, por cierto, los plazos establecidos en la LEY 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega)

CONCLUSIÓN:

A nuestro juicio debería aprovecharse la reforma de la Ley de Extranjería para una redefinición de la medida de internamiento, el sentido de considerarla procedente exclusivamente para la EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN YA ACORDADA. Una medida tan grave como el internamiento, sólo podría adoptarse cuando fuera estrictamente necesario para asegurar la expulsión ya acordada. El plazo del internamiento sería de DIEZ DÍAS, sin que lógicamente pueda agotarse este plazo cuando la expulsión pueda hacerse efectiva antes o se ponga de manifiesto que no se podrá verificar. Excepcionalmente el juez podría prorrogar, de forma motivada, el plazo inicial de diez días por OTROS DIEZ DÍAS más, teniendo este segundo plazo un carácter improrrogable.

II. NECESIDAD DE ARTICULAR UNA AUTÉNTICA GARANTÍA JUDICIAL

Consideramos sumamente importante que se aproveche la reforma en curso de la Ley de Extranjería para asegurar que la intervención del juez constituye una auténtica garantía respecto a la privación de libertad de los extranjeros.

En el internamiento de extranjeros hay que diferenciar dos aspectos respecto a los cuales resulta imprescindible revisar la intervención judicial de tal manera que de verdad pueda afirmarse que la intervención del juez supone una auténtica garantía judicial:

- a. La intervención del juez acordando el auto de internamiento.
- b. El control judicial como garantía de los derechos del internado en un CIE en relación con las vicisitudes que puedan producirse durante dicha privación de libertad.

a.- La intervención judicial en cuanto al Auto de Internamiento y su mantenimiento.

El que sea el Juez quien, a petición de la Administración, dicte el Auto de internamiento, permitió al Tribunal Constitucional en una controvertida Sentencia (STC 115/1987), declarar que, sin perjuicio del carácter administrativo de la expulsión, la decisión acerca del internamiento es una decisión judicial y que, por lo tanto, no vulneraría el art. 25.3 de la Constitución. La resolución judicial, tal y como estableció la mencionada Sentencia, **no puede concebirse como un simple acto de ratificación formal** de la solicitud administrativa de internamiento, sino que ha de suponer una auténtica garantía del derecho a la libertad personal del afectado.

De acuerdo con la Ley de Extranjería, el Juez competente para dictar el Auto de internamiento es el Juez de Instrucción de guardia del lugar donde se produjo la detención. Ahora bien, no está demasiado claro que esta intervención esté suponiendo un auténtico control de la procedencia y legitimidad de la medida de internamiento y en este sentido no estaría de más exigir, por ejemplo, el **informe favorable del Ministerio Fiscal** para poder decretarla.

Del carácter excepcional del internamiento y de su naturaleza instrumental respecto de la eventual sanción de expulsión, se deriva el que **se deba poner fin al internamiento si antes de expirar el plazo máximo han cambiado las circunstancias poniéndose de manifiesto nuevas dificultades para ejecutar la expulsión** (porque, por ejemplo, a pesar del transcurso de los días no se ha podido averiguar de donde procede el extranjero, el país de donde parece ser no le reconoce como nacional, etc). **EL LEVANTAMIENTO DEL INTERNAMIENTO por modificación de las circunstancias que en su día lo aconsejaron podrá ser solicitada por el extranjero en cualquier.** Sin embargo, dadas las deficiencias de la asistencia letrada en este ámbito, no parece que ello sea suficiente para garantizar que no se mantienen injustificadamente internamientos, por lo que convendría establecer la **obligación de la autoridad administrativa de, cada diez días, informar al Juzgado de Instrucción de las razones de la demora, de lo que se ha hecho y de la previsión de expulsión.**

Es cierto que los Jueces de Instrucción de guardia del lugar donde se produce la detención no han de entrar a valorar la procedencia de la expulsión, sino tan sólo la procedencia del

internamiento. A este respecto tendrán que valorar si está justificado desde la perspectiva de su carácter excepcional y de medida cautelar debiendo denegarlo cuando, por diversos motivos, desde el principio esté clara la imposibilidad o dificultad de ejecutar la expulsión. Son cuestiones que exigen un conocimiento de las normas y de las prácticas en extranjería, lo que ha llevado **al Defensor del Pueblo a proponer que sean los Juzgados de lo Contencioso los competentes para autorizar y resolver acerca del mantenimiento o levantamiento del internamiento.** (Así, por ejemplo, respecto a la entrada en domicilio acordada en el marco de un procedimiento administrativo, inicialmente se le encomendó tal autorización al Juez de Instrucción, hasta que se dictó la Ley 29/1998 de la Jurisdicción contenciosa, que atribuye al órgano judicial de esta jurisdicción la competencia para dictar el auto de entrada en domicilio) **Aunque probablemente debería darse un paso más en esta línea y pedir la CREACIÓN DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIALMENTE ENCARGADA DE TEMAS DE EXTRANJERÍA.** Ha de tenerse en cuenta que el derecho de extranjería, lejos de constituir un fenómeno marginal, constituye un tanto por ciento muy elevado de los asuntos que conocen los tribunales contencioso-administrativos, tratándose de una materia que, es de preveer, no decrezca, sino que vaya en aumento.

CONCLUSIONES:

Se debería exigir el **informe favorable del Ministerio Fiscal** para poder decretar el internamiento y la obligación de la administración que tramite el expediente sancionador de **informar al Juez cada diez días de los pormenores del expediente, así como del pronóstico de expulsión, de tal manera que el Juez pueda levantar el internamiento si se produce una modificación de las circunstancias que así lo aconseje.**

El legislador debería plantearse la creación de una **JURISDICCIÓN DE EXTRANJERÍA, ESPECIALMENTE ENCARGADA DE ESTOS TEMAS,** habida cuenta de la importancia y especificidad del fenómeno y de que el derecho de extranjería constituye en la actualidad un porcentaje elevadísimo de trabajo de los tribunales de lo contencioso.

b.- El control judicial de la ejecución del internamiento

Los CIE son probablemente en la actualidad los espacios de mayor opacidad de nuestro Estado de Derecho y ello se debe no sólo a la insuficiencia de medios materiales, sino que en gran medida viene propiciada por decisiones normativas o por insuficiencia de regulación que sería fácilmente reparable.

Como indicio de esta situación puede señalarse, por ejemplo, que mientras en los Centros penitenciarios las labores de custodia y tratamiento corren a cargo de funcionarios civiles especializados, los funcionarios de los CIE pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía, sin que se les exija ni se les proporcione una especial formación para atender a las personas sometidas a esta medida de internamiento, es decir custodia y gestiona los CIE un cuerpo que habitualmente se relaciona con la inmigración de una forma represiva. No ha de olvidarse que, al igual que ocurre en los Centros penitenciarios, el extranjero encerrado está respecto a ese Cuerpo Nacional de Policía, en „una relación de sujeción especial”, es decir quien custodia detenta un intenso poder sobre el custodiado: determina a qué hora se acuesta y se levanta, cuándo puede ver a su familia o llamarla por teléfono o cuándo comunicar con su abogado. Cualquier relación con el exterior está mediatizada por la

policía, amén del hecho importantísimo de que en estos contextos la persona privada de libertad necesita de la colaboración de quien le mantiene encerrado para poder ejercer los derechos de los no puede ser privado. Se trata pues de un contexto proclive al abuso y a la arbitrariedad y en este sentido, por ejemplo, en el ámbito penitenciario resulta clave la figura del Juez de Vigilancia, garantía de los derechos de los internos y de control de la legalidad de la actuación administrativa. **Estos mecanismos de control y garantías de derechos son algo que se echa en falta en la regulación del internamiento** y resulta REALMENTE IMPRESCINDIBLE aprovechar la reforma en curso para **REFORZAR EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN DEL INTERNAMIENTO**

Ante los variados atropellos y deficiencias que pueden producirse en el interior de los CIE (y que de hecho se producen), el punto segundo del art. 62 quarter LEx reconoce lacónicamente un derecho del extranjero internado a plantear quejas y peticiones. Pero, ¿ante quién se ejerce ese derecho? En la actualidad ese órgano es el mismo juez que dictó el auto de internamiento: el Juez de instrucción que estuviera de guardia en el momento de producirse la detención del extranjero de la jurisdicción donde se produjo la detención. Sin embargo, este juez **no está en condiciones** de velar por el respeto a los derechos de los extranjeros durante el internamiento, ni para controlar que la policía que custodia y gestiona el CIE observa la ley y se ajusta a los principios constitucionales que han de presidir la privación de libertad. Se trata de un juez cuya competencia sobre el internamiento de un extranjero la ha determinado una circunstancia totalmente aleatoria: el estar de guardia en el momento de la detención. Por su especialización probablemente desconoce no ya las peculiaridades en cuanto al funcionamiento y condiciones materiales del centro donde se va a ejecutar el internamiento que él ha autorizado, si no posiblemente también una materia tan específica como el régimen jurídico por el que se rigen los centros de internamiento. A ello se suma que con frecuencia el extranjero es internado en **un centro muy distante del lugar donde el juez tiene su jurisdicción**, lo que dificulta la comunicación y la información, por lo que difícilmente, **estos juzgados podrán garantizar la legalidad y el respeto a los derechos en el interior de los centro.**

Como hemos dicho, debería aprovecharse la reforma en curso para la **creación de una JURISDICCIÓN DE EXTRANJERÍA**, creación justificada habida cuenta de la magnitud del fenómeno y de su judicialización. Dentro de esta jurisdicción especializada, la autorización del internamiento correspondería al Juzgado de Extranjería del lugar donde se produce la detención. Por las razones explicadas, el control de la ejecución del internamiento correspondería a uno de **los Juzgados de Extranjería de la demarcación territorial donde se encuentra el Centro de Internamiento.**

En cualquier caso, si la creación de una jurisdicción especializada no resultara viable, al menos debería seguirse la recomendación hecha hace tiempo por el Defensor del Pueblo en el sentido de encomendar **a uno de los Juzgados de Instrucción de cada una de las ciudades que cuentan con un centro de internamiento, la responsabilidad de vigilar la ejecución de las medidas y resolver sobre las iniciativas que puedan plantearse.**

Sea cual sea la opción que se elija, resulta necesario que el órgano judicial que se encargue del control de la ejecución del internamiento sea de la demarcación territorial donde se encuentra el CIE. Además, han **de definirse las funciones y cometidos** de estos juzgados y desvincular el hecho de autorizar un internamiento y, en su caso, resolver sobre el recurso que quepa contra tal decisión, del control judicial de la ejecución de la medida. Creemos que no puede desaprovecharse la reforma de la Ley de Extranjería para introducir tan necesario control judicial.

1. Resulta **ABSOLUTAMENTE IMPRESCINDIBLE** GARANTIZAR EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN DEL INTERNAMIENTO.
2. El legislador debería plantearse la creación de una **JURISDICCIÓN DE EXTRANJERÍA, ESPECIALMENTE ENCARGADA DE CUESTIONES DE EXTRANJERÍA**, habida cuenta de la importancia y especificidad del fenómeno. Si así fuera, debería corresponder a un **JUZGADO DE ESTA JURISDICCIÓN PERTENECIENTE A LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL DONDE SE ENCUENTRE EL CIE**. En defecto de la creación de una jurisdicción especializada, podría encomendarse tal función al Juzgado de Instrucción de la demarcación territorial donde se encuentre situado el Centro de internamiento.
3. Debe quedar claro en la Ley la **FUNCIÓN DE ESTE ÓRGANO JUDICIAL DE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS INTERNADOS Y CORREGIR LOS ABUSOS Y DESVIACIONES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA EJECUCIÓN DEL INTERNAMIENTO**. Deberían articularse mínimamente estas funciones, estableciendo, entre otras, la obligación del órgano judicial de visitas periódicas al CIE bajo su jurisdicción.

IV. LOS RECHAZOS EN FRONTERA

EL art. 60 de la Ley de Extranjería, que debería ser sustancialmente reformado, regula la situación de las personas a las que se les deniega la entrada en nuestro país, acordándose su retorno. La práctica policial pretende soslayar el control judicial de esas decisiones en las que se produce una restricción/eliminación de la libertad ambulatoria, que sólo puede ser impugnada a través del procedimiento del habeas corpus. Pero de él los extranjeros inadmitidos no suelen tener ni remota idea y no puede ser planteado por los abogados del turno de oficio en nombre de los extranjeros inadmitidos por falta de legitimación. Consideramos que la espera hasta el momento de la devolución efectiva es una detención, por lo que tendría que ser controlada por la autoridad judicial de manera más efectiva que la simple designación de un lugar donde deba esperar a la devolución, lo que reconduce, al no disponer de otros lugares, que a señalar el propio lugar de detención/espera designado policialmente: la sala de inadmitidos, que es un limbo administrativo terrible.

Debería ser objeto de una mayor concreción el lacónico precepto de que “la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno”. Más allá

de una simple designación del lugar, debería especificarse que la privación de libertad por un plazo mayor de setenta y dos horas necesita una autorización judicial, previa audiencia del interesado, análoga a la prevista en el artículo 62. Asimismo deberían reducirse los ámbitos de discrecionalidad en la resolución de inadmisión y potenciarse los controles externos.

En cuanto al habeas corpus, la STC 37/2008 de 25 de febrero manifiesta que resulta insita al contenido de la asistencia letrada al detenido la facultad del abogado de suscitar, en nombre de aquél, el procedimiento de habeas corpus, sustentándose tal habilitación en la relevancia del derecho fundamental a cuya garantía sirve el procedimiento, la perentoriedad de la pretensión, las limitaciones fácticas inherentes a la situación de privación de libertad y el principio antiformalista que la exposición de motivos de la Ley reguladora del habeas corpus destaca como inspirador de su regulación. En la misma línea pero referente a la habilitación para el recurso de amparo se ha manifestado la STC 172/2008, de 18 de diciembre de 2008. Ello no obstante, convendría recoger expresamente la legitimación del abogado que asiste al extranjero para interponer en su nombre el procedimiento de habeas corpus.

CONCLUSIÓN: Más allá de una simple designación del lugar, debería especificarse que la privación de libertad por un plazo mayor de setenta y dos horas **necesita una autorización judicial, previa audiencia del interesado, análoga a la prevista en el artículo 62.** Asimismo deberían **reducirse la discrecionalidad** en la resolución de inadmisión y potenciar los **controles externos.** Además, debería recogerse expresamente la **habilitación legal para que el abogado que asiste al extranjero pueda interponer en su nombre el procedimiento de habeas corpus.**

V. RESUMEN DE CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

De los argumentos expuestos en el presente documento se deducen las siguientes conclusiones y propuestas:

1. A nuestro juicio debería aprovecharse la reforma de la Ley de Extranjería para una redefinición de la medida de internamiento, procediendo **exclusivamente para la EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN YA ACORDADA**. Una medida tan grave como el internamiento, sólo podría adoptarse cuando fuera estrictamente necesario para asegurar la expulsión ya acordada. El **plazo del internamiento sería de DIEZ DÍAS**, sin que lógicamente pueda agotarse este plazo cuando la expulsión pueda hacerse efectiva antes o se ponga de manifiesto que no se podrá verificar. Excepcionalmente el juez podría prorrogar, de forma motivada, el plazo inicial de diez días por **OTROS DIEZ DÍAS más**, teniendo este segundo plazo un carácter improrrogable.
2. Nuestra **oposición frontal a la ampliación a sesenta días del plazo de internamiento**. Esta ampliación es innecesaria, un dispendio económico, empeoraría la deplorable situación de los CIE y potenciaría la utilización del internamiento no como una medida cautelar, sino como una sanción encubierta.
3. Nuestra **oposición frontal a la posibilidad de prolongación del plazo por enfermedad del extranjero, utilización de los recursos que le amparan y por dificultades de ejecutar la expulsión**, por las fundadas razones que se exponen en el texto.
4. Resulta **imprescindible revisar los criterios** a tener en cuenta en autorización o denegación del internamiento. Se propone la siguiente redacción: *El juez, previa audiencia del interesado e informe favorable del Ministerio Fiscal, dictará auto motivado en el que, atendiendo al principio de proporcionalidad, a la naturaleza cautelar y al carácter excepcional de la medida, autorice o deniegue el internamiento. A tales efectos, el juez ponderará el riesgo de fuga y demás indicios de una posible elusión de la eventual expulsión, junto con las posibilidades de que el expediente concluya con la sanción de expulsión y de que ésta se ejecute.*
5. Debe constar expresamente en la norma tanto la posibilidad de decretar el internamiento **por tiempo menor al plazo** general como el **deber de levantar** el internamiento antes de la expiración del plazo cuando dicho internamiento deje esté justificado.
6. No resulta necesaria la ampliación de los supuestos que pueden dar lugar a internamiento

7. Se debería exigir el **informe favorable del Ministerio Fiscal** para poder decretar el internamiento así como la obligación de la Administración que tramite el expediente sancionador de informar al Juez cada diez días de los pormenores del expediente y de la previsión de expulsión, de tal manera que el Juez pueda levantar el internamiento si se produce una modificación de las circunstancias que así lo aconseje.
8. El legislador debería plantearse la **creación de una JURISDICCIÓN DE EXTRANJERÍA, ESPECIALMENTE ENCARGADA ESTOS TEMAS**, habida cuenta de la importancia y especificidad del fenómeno y de que el derecho de extranjería supone en la actualidad un porcentaje elevadísimo de trabajo de los tribunales de lo contencioso. Técnicamente resultaría viable abordar estos cambios mediante la utilización de Disposiciones Adicionales
9. Resulta **ABSOLUTAMENTE IMPRESCINDIBLE GARANTIZAR EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN DEL INTERNAMIENTO. La ausencia de un control judicial efectivo de los CIE, es una de los más graves fallos de la actual regulación.**
10. Si se creara una jurisdicción de extranjería, el control de la ejecución del internamiento debería corresponder a un **JUZGADO DE ESTA JURISDICCIÓN, PERTENECIENTE A LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL DONDE SE ENCUENTRE EL CIE**. En defecto de la creación de una jurisdicción especializada, podría encomendarse tal función al Juzgado de Instrucción de la demarcación territorial donde se encuentre situado el Centro de internamiento.
11. Debe quedar claramente consagrada en la Ley la **función de este órgano judicial de salvaguardar los derechos de los extranjeros internados y corregir los posibles abusos y desviaciones de la actuación administrativa en la ejecución del internamiento**. Deberían articularse mínimamente estas funciones, estableciendo, entre otras, la obligación del órgano judicial de realizar visitas periódicas al CIE bajo su jurisdicción
12. En los rechazos en frontera, más allá de una simple designación del lugar, debería especificarse que la privación de libertad por un plazo mayor de setenta y dos horas **necesita una autorización judicial, previa audiencia del interesado, análoga a la prevista en el artículo 62**. Asimismo deberían **reducirse la discrecionalidad** en la resolución de inadmisión y potenciar los **controles externos**. Además, debería recogerse expresamente la **habilitación legal para que el abogado que asiste al extranjero pueda interponer en su nombre el procedimiento de habeas corpus**.