

TESIS DOCTORAL



PROTECCIÓN JURÍDICA DE EXTRANJEROS EN FRONTERA

SUSANA CUADRON AMBITE

Licenciada en Derecho

Abogada

Departamento de Derecho Político

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

2015

Departamento de Derecho Político
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia



PROTECCIÓN JURIDICA DE EXTRANJEROS EN FRONTERA

SUSANA CUADRON AMBITE

Licenciada en Derecho

Abogada

Director:

Dr. D. Juan Manuel Goig Martínez

Profesor Titular de Universidad de Derecho constitucional

Co-directora:

Dra. D^a Marina Vargas Gómez-Urrutia

Profesora Titular de Universidad de Derecho internacional privado

AGRADECIMIENTOS

En la elaboración de esta tesis han contribuido muchas personas que de forma directa o indirecta han coadyuvado a que la misma llegara a término, a todas ellas debo agradecer su paciencia y el respeto que han mostrado por mi *desaparición*.

Durante este tiempo he necesitado también los consejos y el apoyo de mis directores de tesis a quienes debo agradecer ante todo la confianza depositada en mí. En primer término, al profesor Juan Manuel Goig Martínez, por todos los consejos recibidos, su paciencia, la disponibilidad mostrada en todo momento y especialmente por su apoyo constante. También y como no podía ser de otra forma, a la profesora Marina Vargas Gómez-Urrutia, por el ánimo que siempre me ha transmitido, por ser destinataria de mis *cuitas* e incertidumbres y por su incondicionalidad. Las horas que he pasado en su compañía conversando, revisando y corrigiendo el contenido de esta investigación han supuesto un gran aprendizaje y una labor de indiscutible mérito que han aportado elementos de importante trascendencia en mi formación jurídica.

No puedo dejar de mencionar a otras personas que fuera del ámbito universitario también han cooperado, cada una a su manera, en la finalización de este trabajo. Gracias en particular a mi hermana Lidia por estar siempre disponible a mis requerimientos, a mi querido amigo y compañero de profesión, Juanma, por la lectura y revisión de esta tesis y finalmente a mi amiga Vanesa por su ayuda *in extremis*, en la configuración del índice.

Madrid a 18 de octubre de 2015.

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
Abreviaturas.....	11
Introducción.....	13

CAPÍTULO PRIMERO

LA FRONTERA COMO ESCENARIO JURÍDICO-POLÍTICO PARA LA INTERACCIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA

I. Introducción. Evolución de la configuración jurídico-legal de la entrada de extranjeros en territorio español: la constatación de un sistema ineficaz.....	19
1.1. Nuestra primera Ley de extranjería	20
1.2. La actual legislación: LO 4/2000 y sus reformas	22
II. Hacia una política común de control de la frontera exterior de la UE: elementos relevantes.....	28
2.1. Acuerdos Schengen	28
2.2. Tratado de Ámsterdam	31
2.2.1. Acción legislativa comunitaria desarrollada bajo el Tratado de Ámsterdam en materia de entrada de extranjeros	34
2.3. Tratado de Lisboa	38
2.3.1. Agencia FRONTEX: el efectivo control de la inmigración irregular versus al respeto de los derechos fundamentales.....	41
2.4. Programa de Estocolmo.....	47
III. Manifestaciones de las directrices europeas en el régimen jurídico de entrada de extranjeros en territorio español: especial referencia a la Directiva de retorno	50
3.1. Código de fronteras Schengen.....	50
3.2. Directiva de transportistas y su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el artículo 18.1 de la CE: derecho a la intimidad personal.....	58

3.3. Directiva 2001/40 de reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.....	65
3.4. Directiva de retorno	69
3.4.1. Origen y justificación del retorno en el ámbito europeo	70
3.4.2. Noción de retorno y su diferencia con otras instituciones en el derecho español.....	75
3.4.3. Procedimiento.....	77
3.4.4. Privación de libertad en la medida de retorno: internamiento	80
3.4.5. Garantías jurídicas del extranjero en la decisión de retorno.....	87
3.4.6. Efectos del retorno: prohibición de entrada.....	90
3.4.7. Retorno de menores	93
3.4.8. La culminación de la Directiva de retorno: acuerdos de readmisión	101

CAPITULO SEGUNDO

TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN FRONTERA A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Introducción.....	103
1.1. Sobre el carácter fundamental de los derechos que afectan a los extranjeros .	104
II. Reconocimiento constitucional de los derechos de los extranjeros	106
2.1. La STC 107/84: la primera sentencia en la configuración de los derechos fundamentales de los extranjeros.....	106
2.1.1. La cuestión del criterio de la dignidad humana.....	112
2.2. La STC 236/07: ¿una nueva configuración de los derechos de los extranjeros?.....	115
2.2.1. Antecedentes: la LO 7/85 y la STC 115/87.....	115
2.2.2. La reforma operada por LO 8/2000: análisis de los preceptos impugnados en la STC 236/2007.....	119
2.2.3. Valoración y críticas.....	128
III. La interacción de los derechos de los extranjeros en frontera: derecho de entrada, derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la libertad individual..	133

3.1.1. Contenido constitucional	133
3.1.2. El problema de su titularidad: análisis jurisprudencial de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 19	135
A. Posición del Tribunal Constitucional hasta la STC 72/2005	138
B. Las Sentencias del TC 72/2005 y 236/2007. El ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 19 de la CE por parte de los extranjeros: ¿una cuestión sin resolver?.....	140
3.2. Reconocimiento y límites al derecho de entrada en la Ley Orgánica de Extranjería: análisis de los requisitos legales	149
3.2.1. Lugar y forma de efectuar la entrada.....	150
3.2.2. Documentación.....	151
3.2.3. Exigencia de un “visado”. Especial referencia a la denegación de visados y a la obligación de su motivación	151
3.2.4. Objeto y condiciones de la estancia: la confirmación de la actuación discrecional de la Administración	158
3.2.5. Medios económicos	162
3.2.6. Requisitos sanitarios	164
3.2.7. No estar sujeto a prohibiciones de entrada	164
3.2.8. Registro de entrada de nacionales de terceros países	165
3.3. La acción del artículo 24 de la CE en la protección de los derechos de los extranjeros en frontera ¿una tutela judicial efectiva?: problemas en su aplicación y su resolución desde la perspectiva administrativa y judicial	166
3.3.1. Tutela en el procedimiento administrativo	166
A. Derecho a ser asistido por letrado.....	168
B. Derecho a ser asistido por un intérprete.....	172
C. Asistencia jurídica gratuita	174
D. Motivación de la resolución de denegación de entrada.....	179
3.3.2. Régimen de recursos contra la denegación de entrada y su consecuencia inmediata: el regreso al país de procedencia	179
A. Recurso de alzada	180
B. Recurso contencioso-administrativo y la suspensión del regreso.....	182
B.1 El Acuerdo de 28 de noviembre del 2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial: la efectividad del derecho a la defensa	183
B.2 Problemas en la aplicación del Acuerdo del CGPJ y su resolución	189

3.4. Consecuencias de la denegación de entrada y su incidencia en el derecho a la libertad individual reconocido en el artículo 17 de la CE	192
---	-----

CAPÍTULO TERCERO

DEVOLUCIONES EN FRONTERA

LA QUIEBRA DEL SISTEMA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

I. Introducción	199
II. Configuración jurídico-constitucional de la devolución	199
2.1 Modificaciones operadas en el tratamiento legislativo de la devolución desde la LO 7/85 hasta su actual configuración	199
2.2. Naturaleza jurídica de la devolución	207
2.2.1. Extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada, en cuyo caso se reiniciará el cómputo del plazo de prohibición de entrada acordada en la expulsión quebrantada.	207
2.2.2. Extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en territorio español	216
III. Acuerdo de devolución y su ejecución: incidencia en los derechos de defensa y libertad personal.....	221
3.1. Procedimiento para la adopción del acuerdo de devolución y su correlación con el derecho a la defensa.....	221
3.2. La ejecución del acuerdo de devolución: detención e internamiento.....	227
3.2.1. Privación de libertad en los supuestos de devolución: análisis jurisprudencial	227
3.2.2. Detención e internamiento.....	238
A. Detención.....	238
B. Internamiento	240
B.1 Competencia	242
B.2 Procedencia y motivación.....	247
B.3 Sustanciación del procedimiento	253
B.4 Duración del internamiento y lugar: los Centros de Internamiento de Extranjeros.....	262
IV. Devoluciones en “caliente”: la quiebra del sistema de garantías y la patente vulneración de los derechos humanos.....	269

4.1 Antecedentes: los hechos acaecidos en febrero del 2014 en Ceuta y la cuestión de la delimitación territorial de Ceuta y Melilla	270
4.2. ¿Existe cobertura legal para las devoluciones en caliente? Motivos alegados por el Gobierno para legalizar tales prácticas	275
4.2.1. El concepto operativo de frontera.....	275
4.2.2. La entrada ilegal por puestos fronterizos no habilitados no requiere de la incoación de expediente alguno.....	278
4.2.3. El Acuerdo de readmisión entre España y Marruecos.....	279
4.3 Consecuencias jurídicas de las devoluciones en caliente	282

CAPITULO CUARTO

SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN FRONTERA: UN COLECTIVO DE ESPECIAL VULNERABILIDAD

I. Introducción. El Sistema Europeo Común de Asilo; la creación de un sistema claramente restrictivo y de control en la concesión del derecho de protección internacional	289
1.1. La primera fase en la consecución del SECA: Tratado de Ámsterdam.....	290
1.2. La segunda fase del SECA: Programa de la Haya y el Tratado de Lisboa.....	291
1.3. Aspectos legislativos relevantes de la política comunitaria en materia de asilo	292
1.3.1. El Convenio de Dublín	293
1.3.2. El sistema EURODAC	296
1.3.3. Las Directivas de procedimiento y acogida (2013/32/UE y 2013/33/UE).	298
II. Configuración constitucional y legal del asilo y de la protección internacional subsidiaria en España. La Ley 12/2009 de 30 de octubre: avances y retrocesos ..	304
2.1. Concepto y contenido jurídico actual de la figura del asilo y del término de refugiado en nuestra legislación	304
2.2. La Ley 12/2009: la respuesta a la normativa comunitaria en materia de asilo..	307
2.3. Principales novedades de la Ley 12/2009.....	309
2.3.1. Concepto de protección internacional y protección subsidiaria	309
2.3.2. Nuevas causas de admisión y denegación: su especial importancia en el procedimiento fronterizo	312

2.3.3. Diversidad de procedimientos	314
2.3.4. Intervención del ACNUR	315
2.3.5. Régimen específico en relación a menores y otras personas vulnerables ..	315
2.3.6. Exclusión de ciudadanos comunitarios	316
III. La protección internacional en frontera	317
3.1. Derechos de los solicitantes de protección internacional	318
3.2. Principio de no devolución	319
3.2.1. Contenido jurídico	319
3.2.2. Limitaciones al principio de no devolución: el derecho de los Estados a preservar su seguridad versus el artículo 3 del CEDH	323
3.3. Derecho a la defensa.....	332
3.3.1. Asistencia letrada.....	332
3.3.2. Asistencia de intérprete	337
3.3.3. Derecho al reexamen	338
3.3.4. Derecho a un recurso efectivo	339
A. Procedimiento fronterizo y cumplimiento de las garantías jurídicas	340
B. Régimen de recursos previstos en la Ley 12/2009. Especial referencia al recurso contencioso-administrativo	348
C. El efecto suspensivo como característica relevante del derecho a un recurso efectivo.....	353
D. El incumplimiento de la legislación española en cuanto al efecto suspensivo del recurso: la STEDH de 22 de abril del 2014.....	358
3.4. Derecho a la libertad.....	363
3.4.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002	366
3.4.2. Ampliación de plazos de permanencia en puesto fronterizo: ¿conculcación del artículo 17 de la CE o adecuación al criterio del Tribunal Constitucional? ...	371
3.4.3. Criterio establecido por la jurisprudencia del TEDH	374
3.5. Consideración final: el claro retroceso que en materia de protección internacional ha supuesto la Ley 12/2009	381
3.6. Breve apunte a la gestión europea de la crisis de los refugiados.....	382

Conclusiones.....	386
Bibliografía.....	403
Índice de jurisprudencia.....	424

Abreviaturas

ACNUR.....Alto Comisionado de Naciones Unidas para el Refugiado

ATC.....Auto del Tribunal Constitucional

BOE.....Boletín Oficial del Estado

CAAS.....Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen

CE.....Constitución Española

(CE).....Consejo de Europa

CEAR.....Comisión Española de Ayuda al Refugiado

CEDH.....Convenio Europeo de Derechos Humanos

CETI.....Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes

CGPJ.....Consejo General del Poder Judicial

CIE.....Centro de Internamiento de Extranjeros

Cit.....Citado/a

COM.....Comunicación

Coord./s.....Coordinador/es

CP.....Código Penal

DUDH.....Declaración Universal de Derechos Humanos

DOUE.....Diario Oficial de la Unión Europea

EURODAC.....Dactiloscopia Europea

LAJG.....Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

LECr.....Ley de Enjuiciamiento Criminal

LJCA.....Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

LO.....Ley Orgánica

LOEx.....Ley Orgánica de Extranjería

LOPJ.....Ley Orgánica del Poder Judicial

Núm.....	Número
ONG.....	Organización No Gubernamental
ONU.....	Organización de las Naciones Unidas
OIT.....	Organización Internacional del Trabajo
Pág./s.....	Página/s
PIDCP.....	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RD.....	Real Decreto
SAN.....	Sentencia de la Audiencia Nacional
SECA.....	Sistema Europeo Común de Asilo
SIS.....	Sistema de información Schengen
Ss.....	Siguientes
STC/SSTC.....	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
STEDH.....	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS/SSTS.....	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TA.....	Tratado de Ámsterdam
TCE.....	Tratado de las Comunidades Europeas
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia
UE.....	Unión Europea
VVAA.....	Varios Autores

Introducción

“El desplazamiento del sur al norte es inevitable, no valdrán alambradas, muros ni deportaciones: vendrán por millones. Europa será conquistada por los hambrientos.

Vienen buscando lo que les robamos”

(José Saramago)

Desde el pasado año 2104 y particularmente a lo largo del presente, está aconteciendo una de las grandes crisis migratorias y humanitarias sin precedentes desde la Segunda Guerra Mundial. Los medios hablan de cifras realmente estremecedoras: 350.000 personas procedentes de distintos países y continentes han llegado a Europa en el presente año. Número que además sigue en aumento. Sin embargo, en este camino, otras tantas no lo consiguieron y murieron en el intento. No son solo los conflictos bélicos que asolan algunos países desde hace ya varios años, como es el caso de Siria, los motivos que provocan tales desplazamientos sino también la precaria situación económica, social, política y cultural en la que viven los ciudadanos de otros muchos países.

Estas personas tratan de llegar a los países desarrollados y en concreto, a Europa y a los distintos territorios que la conforman, con el anhelo de obtener en una coyuntura democrática y de situación económica más favorable y de respeto a los derechos humanos, unas mejores condiciones de vida. Por el contrario, la situación con la que se encuentran no es alentadora en modo alguno: el estricto control que Europa ejerce sobre sus fronteras impedirá, en muchos casos, que los ciudadanos extranjeros puedan acceder a su territorio, especialmente en cuanto a inmigrantes económicos se tratan.

El posicionamiento de Europa es claro: la creación de un espacio común a todos los países europeos, donde la seguridad es lo que debe prevalecer conlleva necesariamente el desarrollo de una política migratoria restrictiva y de control en la llegada de extranjeros aun a costa de que tal proceder pueda menoscabar los derechos de los ciudadanos extranjeros si con ello se consigue, bien impedir su entrada bien alejar de sus fronteras o de su territorio a aquellos que se encuentren en situación irregular.

Este es precisamente el objeto de estudio de estas tesis: poner de relieve cómo en aras a la preservación de tales intereses y con una aparente legalidad se lesionan los derechos de estos ciudadanos, centrándonos en un espacio concreto que es la frontera. Así, analizaremos las distintas situaciones que acontecen en tal espacio y los derechos que interactúan en cada supuesto. Planteamos el estudio desde la perspectiva de la defensa jurídica y jurisdiccional de los derechos de los extranjeros, tomando la experiencia más directa desde la práctica profesional, toda vez que el ejercicio de la profesión como abogado litigante de quien defiende esta tesis, es una atalaya privilegiada que permite comprobar de primera mano cómo de forma sistemática se viene tratando a los extranjeros como ciudadanos de *tercera clase*, hurtándoles, en muchas ocasiones, de los instrumentos adecuados para hacer valer sus derechos frente a actuaciones claramente arbitrarias.

Hemos estructurado la exposición de los resultados de nuestra investigación en cuatro capítulos. El primero aborda la evolución que a nivel legislativo se ha desarrollado en España en materia de control de entrada de los extranjeros desde la aprobación de nuestra primera Ley de Extranjería hasta la actualidad para a continuación, analizar cómo las políticas migratorias de la UE han tenido su reflejo en la aprobación de distintas Directivas cuyo objeto es regular y controlar la entrada de extranjeros con una clara finalidad restrictiva. Tal labor legislativa como no podía ser de otra forma, ha tenido su incidencia en el ordenamiento jurídico interno español al trasponer estas Directivas.

Ya en este primer capítulo al examinar tres Directivas, concretamente la Directiva de transportistas, la de reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países y la conocida como Directiva de *retorno*, observamos la afectación que las mismas tienen sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y el derecho a la libertad personal.

Sin embargo, el propósito de los países europeos en controlar la llegada de ciudadanos extranjeros no se circunscribe únicamente al espacio del puesto fronterizo físicamente hablando, sino que tal control se extiende y traslada a un espacio geográfico mayor como pueden ser las aguas territoriales. Ello tiene su manifestación en la creación de la Agencia FRONTEX, embrión de la futura Guardia de Fronteras Europea, que intervendrá a fin de interceptar a ciudadanos que pretendan llegar al territorio de los

países miembros. En este caso la vulneración de los derechos de los extranjeros es si cabe, más ostensible toda vez que la actuación de los agentes intervinientes escapa a cualquier tipo de control jurisdiccional.

En el segundo capítulo estudiamos, en primer lugar, el régimen jurídico-constitucional de los extranjeros en España examinando la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a fin de delimitar qué derechos amparan a los extranjeros cuando pretenden acceder a nuestro territorio así como en qué condiciones podrán ejercitarlos. Una vez delimitado este aspecto y como se observará tanto en la segunda parte del propio capítulo como en los posteriores, trasladamos la materialización de estos derechos a la práctica explicando cómo convergen en los distintos escenarios en los que se encontrarán los extranjeros. Este será el hilo conductor del resto de la exposición.

Los derechos que interactúan son el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la libertad individual. Obviamente analizamos con profundidad el propio derecho a entrar contemplado en el artículo 19 de nuestra Constitución habida cuenta que es en este ámbito donde el Estado ejercerá un mayor control condicionando su ejercicio al cumplimiento de tales requisitos haciendo especial hincapié en la polémica suscitada sobre su atribución constitucional o legal.

En segundo término, explicamos cómo se encuentra regulada la entrada de los extranjeros en los puestos fronterizos relacionando las exigencias legales con el ejercicio de los derechos que hemos referido. De esta forma detallamos cómo se concreta y materializa el derecho a la defensa, los problemas que se suscitan y la posible resolución de los mismos desde una perspectiva administrativa y judicial, incidiendo en la ineficacia de la vía administrativa para garantizar una adecuada tutela judicial efectiva. Igualmente, ponemos de relieve cómo la denegación de entrada y consiguiente regreso del extranjero al país de procedencia afecta también al derecho a la libertad individual, especialmente cuando nos encontramos ante resoluciones administrativas manifiestamente contrarias a derecho y cómo nuestro Tribunal Constitucional solventa la legalidad de la privación de libertad en tales supuestos.

La problemática y la trascendencia jurídica que ha adquirido actualmente la figura de la devolución justifica su tratamiento autónomo. Ello se debe a dos motivos, el primero, porque ha sido una figura rodeada de cierta confusión en cuanto a su

naturaleza jurídica a pesar de que el Tribunal Constitucional parece haber resuelto la cuestión otorgándola un carácter no sancionador con las consecuencias que conlleva en el aspecto procedimental. El segundo, porque tras la entrada en vigor el pasado 1 de abril del 2015 de la Disposición Adicional Décima de la LOEx, se ha procedido a dar *cobertura legal* a unas prácticas que la Administración venía desarrollando, desde al menos el año 2005, esto es, las devoluciones *en caliente*.

Por lo tanto el desarrollo de este capítulo responde a tales motivos, iniciándose con el examen de su naturaleza jurídica para a continuación, acometer en el apartado tercero, el procedimiento administrativo a seguir para su adopción y el sistema de garantías previsto con su incidencia tanto en el derecho a la tutela judicial como en el derecho consagrado en el artículo 17 de nuestra Constitución. Respecto de este derecho y en el caso concreto, consideramos procedente acometer la incidencia que la medida de internamiento tiene sobre el derecho a la libertad toda vez que las posibilidades de acordar dicha medida en los supuestos de devolución son mayores que en los supuestos de denegación de entrada.

El apartado cuarto lo dedicamos a analizar la ilegalidad de las devoluciones *en caliente* y sus consecuencias jurídicas que no son otras que la quiebra del sistema de garantía y la vulneración patente de los derechos reconocidos a los extranjeros.

Finalmente el último capítulo aborda la situación de un colectivo que consideramos aún más vulnerable, el de los solicitantes de protección internacional. La causa no es otra que la propia situación en la que se encuentran y la incidencia que tiene en la salvaguarda de los derechos humanos, especialmente el derecho consagrado en el artículo 3 del CEDH. Así, examinamos en primer lugar la normativa que a nivel comunitario existe en relación a los procedimientos de solicitud de protección internacional. Y en segundo lugar, abordamos el análisis de la normativa interna, centrándonos en el procedimiento fronterizo, para una vez más, poner de relieve la agravación que se produce con la nueva legislación en los derechos de este colectivo. Agravación que tiene su reflejo, por un lado, en la condena a España por parte del TEDH en cuanto a que nuestra legislación no contempla, tal y como exige la jurisprudencia, un verdadero recurso efectivo. Y por otro lado, en la afectación que para el derecho a la libertad conlleva la ampliación de los plazos de permanencia de los extranjeros en el puesto fronterizo hasta que se resuelva su petición.

Por último, y desde la perspectiva metodológica, hemos de indicar que este trabajo se apoya en el estudio de todo el sistema normativo sobre la materia (tanto español como comunitario) pero especialmente en la doctrina y en la amplia jurisprudencia consultada, citándose a pie de página la fuente correspondiente y añadiendo el apéndice jurisprudencial atendiendo al órgano de procedencia.

No podemos por menos que agradecer las correcciones, consejos y sugerencias recibidos de los directores de esta tesis, D. Juan Manuel Goig Martínez y D^a Marina Vargas Gómez- Urrutia que con su paciencia y disponibilidad han hecho posible su finalización, para bien o para mejor.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FRONTERA COMO ESCENARIO JURÍDICO-POLÍTICO PARA LA INTERACCIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA

I. INTRODUCCIÓN. EVOLUCIÓN DE LA CONFIGURACIÓN JURÍDICO-LEGAL DE LA ENTRADA DE EXTRANJEROS EN TERRITORIO ESPAÑOL: LA CONSTATAción DE UN SISTEMA INEFICAZ

La libertad de “movilidad” de las personas en general, que abarca la posibilidad no solo de salir del propio país sino también la de trasladarse a otros países, residir y circular en ellos o entre ellos, constituye una actividad que se ha desarrollado a lo largo de la Historia de la humanidad. Efectivamente los fenómenos migratorios no son manifestaciones novedosas de los años actuales sino que los mismos llevan sucediéndose a lo largo del tiempo. Sin embargo, a diferencia de los desplazamientos de personas, principalmente en el siglo XIX y principios del siglo XX, periodos en los que se facilitaban dichos desplazamientos por distintas causas, principalmente por la necesidad de mano de obra, actualmente, los distintos Estados, en el ejercicio de su soberanía, tratan de regular los movimientos migratorios estableciendo controles y limitaciones al ejercicio de aquéllas libertades, que incluso en algún momento, fueron consideradas por algunos autores como inherentes a la dignidad humana¹. Este afán por controlar la entrada de personas migrantes a determinados países ha supuesto el desarrollo de políticas y actuaciones, no sólo a nivel estatal sino también a nivel

¹ “El reconocimiento constitucional del artículo 19 de nuestra CE-los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional-, ha modificado, como no podía ser de otro modo, las aportaciones doctrinales más destacadas al respecto. Así autores como PÉREZ LUÑO o ALZAGA, hacen derivar las libertades de circulación y residencia de la misma dignidad de la persona humana y del libre desarrollo de la personalidad, como derecho a la individualidad, que aunque se garanticen a través de particulares derechos fundamentales, como de los artículos 16, 19 o 20, disfrutaban sin embargo, de esta primera y genérica configuración”, P.J. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1991, pág. 50.

europeo que, como veremos, pueden llegar a incidir e incluso vulnerar determinados derechos de estos ciudadanos.

1.1. Nuestra primera Ley de extranjería

En el caso de España, país con una alta tasa de emigración que se mantuvo aproximadamente desde finales del siglo XIX hasta los años 70 del XX, se produce a partir de los años 80, el fenómeno inverso, es decir, de ser un país de emigración se transforma en un país que recibe inmigrantes. Este hecho se ve favorecido por la escasa regulación del mercado de trabajo, la ausencia de regulación en la ordenación de las migraciones y las limitaciones en las medidas de controles fronterizos², lo que motivó que a diferencia de otros países, principalmente europeos, no existiera la necesidad de contar con una regulación global sobre la materia. Prueba de ello es que tras el RD de 17 de noviembre de 1852, primera norma reguladora sobre extranjería, y hasta el año 1985 no se contaba con una legislación que incidiera de forma conjunta sobre el fenómeno de los movimientos migratorios hacia nuestro país. No obstante, encontramos normativa sobre la materia anterior al 85: el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regulaba el régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros de España que se mantuvo en vigor hasta el 2 de julio de 1986, fecha en la que fue derogado. En este Decreto que contaba con treinta artículos, dos disposiciones finales, una transitoria y otra derogatoria, se contenía toda la legislación sobre extranjería, estableciéndose unos requisitos de entrada, un régimen de permanencia de extranjeros en España y otro relativo a infracciones y sanciones. A destacar dos extremos: la ausencia total del reconocimiento de derechos a los extranjeros ni en el régimen de entrada ni en el de permanencia en territorio español, y la constatación de que la Administración poseía discrecionalidad absoluta en orden a la concesión de los permisos de permanencia a favor de extranjeros. Relevante resulta la circunstancia de que este Decreto, a pesar de su inconstitucionalidad tras la entrada en vigor de la CE, siguió estando vigente hasta el 2 de julio de 1986 e incluso llegó a aplicarse en alguna ocasión, concretamente por parte de la Dirección General de la Policía que, en fecha 6 de julio de 1984, acordó la

² R. FERRERO TURRIÓN y A. LÓPEZ SALA, “Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España: el caso de los acuerdos bilaterales de trabajadores con países de origen”, *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, núm. 80, artículo realizado en el marco del proyecto “Teoría política de fronteras: Políticas y movimientos de personas en el Euromediterráneo” (REF : CSO 2008-02181/CPOL), financiado por el VI Plan Nacional de Investigaciones Científicas , Desarrollo e Innovación tecnológica.

expulsión de un ciudadano extranjero, aplicando el régimen de infracciones y sanciones contenido en dicho Decreto. Esta resolución fue recurrida en amparo ante el TC, Sentencia 116/1993 de 29 de marzo que señala

“que la aplicación del artículo 29 del Decreto 522/1974 no cumple con las exigencias materiales que impone el artículo 25.1 de la CE, por lo que la sanción en este caso de expulsión, impuesta al actor con la única cobertura del precepto mencionado, vulnera frontalmente el artículo 25.1 de la CE y, con ello el Derecho fundamental que de él deriva (...)”.

Por tanto, hemos de poner de manifiesto, tal y como señala AJA, con quien coincidimos enteramente, la particularidad de que por parte de los tribunales no se plantease ninguna cuestión de inconstitucionalidad en relación a la legislación sobre la materia, durante el periodo de tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la CE hasta la aprobación de la LO 7/1985; es decir, que el Decreto de 1974 se *estuvo aplicando durante seis años sin que nadie lo cuestionara*³.

Con la LO 7/1985 de 1 de julio sobre los Derechos y Libertades de los extranjeros en España⁴, y su Reglamento de ejecución RD 1119/1986 de 26 de mayo⁵, se instaura por primera vez un ordenamiento que acomete e incide de forma directa en el control de entrada de extranjeros en territorio nacional, procediendo de igual forma a regular y crear un régimen jurídico en relación a su establecimiento en España. En el preámbulo del propio Reglamento se señala que los preceptos del mismo “se dirigen principalmente a garantizar la regularidad de la presencia de los extranjeros en España, ordenando el proceso de entrada, permanencia, trabajo y establecimiento (...)”. Efectivamente ello es así puesto que a pesar del título de dicha LO “sobre los Derechos y Libertades de los extranjeros en España”, en realidad, no regulaba los derechos que conforme a la STC 107/1984, (primera Sentencia del TC en materia de extranjería y que interpretaba el artículo 13 de la CE) se consideraban inherentes a las dignidad humana, correspondiendo, por ende, su ejercicio en igualdad de condiciones tanto a españoles

³ E. AJA, “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los Derechos de los inmigrantes”, *La democracia constitucional. Estudios en Homenaje a Rubio Llorente*, Volumen I, Congreso de los Diputados, CEPC, 2002, págs. 439 a 455.

⁴ Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España, BOE 158, de 3 de julio de 1985, vigente hasta el 1 de febrero del 2000.

⁵ BOE 140, de 12 de junio de 1986.

como a extranjeros. Por el contrario, se limitaba a recoger de forma literal en su artículo 4.1, el artículo 13.1 de la CE para, a continuación, reconocer otros derechos (artículos 5 al 10: derecho al sufragio, a circular libremente, reunión, asociación, educación, a sindicarse o el derecho a la huelga), recortándolos y limitándolos al cumplimiento de determinados requisitos por parte del extranjero.

Se trataba de una Ley especialmente dura y restrictiva que no contemplaba mecanismos para fomentar la inmigración regular y cuya finalidad principal era la de expulsar a los inmigrantes que se encontraran en situación irregular, a través de procedimientos que incluso llegaban a vulnerar los derechos constitucionales de libertad y de tutela judicial efectiva.

1.2. La actual legislación: LO 4/2000 y sus reformas

Posteriormente al año 1985, y con motivo de la incorporación de España a la Unión Europea así como por su especial situación geográfica, nuestro país se convierte en el destino principal de un gran número de extranjeros que pretenden establecerse y trabajar o, bien, servir de acceso o puente para la entrada a otros países de Europa. De esta forma España se transforma de un país básicamente emigrante a un país receptor de inmigración. El motivo es obvio: el desarrollo económico, social, político y educativo que tiene lugar en nuestro país a lo largo de los años 90. La evolución de nuestra sociedad, el desarrollo del estado del bienestar en todos sus aspectos, principalmente sanitario y educativo, trajo consigo una reestructuración del mercado laboral español que significó, en última instancia, la necesidad de una mano de obra extranjera con la finalidad de que ocupara puestos de trabajo y realizara aquellas actividades que los españoles ya no *estábamos dispuestos a desarrollar*⁶. Consecuencia de ello fue que el número de extranjeros que llegó a nuestro país en la década 1990/2000, atraídos por las condiciones favorables de derechos y trabajo existentes, fue de gran importancia: en realidad, se produjo un fenómeno migratorio de rápido crecimiento con la llegada de verdaderas oleadas de inmigrantes de distintas nacionalidades y que claramente

⁶ La cursiva es nuestra

alteraron la composición de la población española⁷. Con ello podemos afirmar que es en el año 2000 cuando se produce, en palabras de CACHÓN RODRÍGUEZ, *una institucionalización de la inmigración en España*.⁸

Evidentemente la ya referida LO 7/1985, se mostró, a todas luces, deficiente para dar respuesta a tal *acontecimiento social*⁹, ley que además fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, resuelto por STC 115/1987 de 7 de julio y que anuló determinados preceptos¹⁰. Por lo tanto, las deficiencias de esta Ley así como el desarrollo del fenómeno migratorio con la incidencia que tuvo en nuestro país, y como resultado, la transformación de nuestra sociedad, evidenciaron la necesidad de desarrollar un nuevo ordenamiento jurídico que se materializó en la LO 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social¹¹, que si bien es la que en la actualidad se encuentra en vigor, ha sido objeto de varias modificaciones, como tendremos ocasión de comprobar.

La primera nota que llama la atención de esta nueva legislación sobre extranjería es la propia denominación de la Ley que incluye la expresión y *su integración social*. Ello ya revela una tendencia a considerar el fenómeno de la inmigración como una realidad de nuestra sociedad, esto es, la existencia de un nuevo orden social del que forman parte no sólo los ciudadanos españoles sino también el resto de ciudadanos extranjeros, principalmente nacionales de terceros países.

⁷ L. MORALES y V. ROS, “La politización de la inmigración en España en perspectiva comparada”, Documentos CIDOB Migraciones, nº 25, septiembre 2012, págs. 1 a 33. Recurso electrónico disponible en www.cidob.org, fecha de consulta, octubre 2013.

⁸ L. CACHÓN RODRÍGUEZ, “Inmigración y mercado de trabajo en España: ¿Suecas o Ecuatorianas?”, en *Inmigración, extranjería y Asilo*, VVAA, directores E. LINDE PANIAGUA y J.A. MORENO DÍAZ, Colex, 2005, págs. 147 a 160, concretamente pág. 148.

⁹ La cursiva es nuestra.

¹⁰ Esta sentencia anuló, por inconstitucionales, las restricciones impuestas al ejercicio del derecho de reunión y asociación, así como la prohibición de que por parte de los jueces no se pudieran suspender las resoluciones administrativas que en materia de extranjería se recurrieran, especialmente en cuanto a expulsiones. También se estableció que el internamiento de extranjeros por un periodo máximo de 40 días, tan solo se podía acordar para garantizar la efectividad de la expulsión, debiendo el Juez, conforme a las circunstancias que concurren en cada caso, valorar la procedencia o no de dicho internamiento.

¹¹ LO 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE 10, de 12 de enero del 2000.

Obviamente, la LO 4/2000 supuso una modificación importante con respecto de la anterior puesto que introduce políticas de integración¹² y desarrolla derechos de los inmigrantes. En este aspecto se produce un cambio positivo de gran entidad con el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva- artículo 18-y el derecho a la asistencia letrada de oficio “en los procedimientos administrativos o judiciales que pueden llevar a la denegación de su entrada o a su expulsión o salida obligatoria del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo (...)”. El reconocimiento de este derecho fundamental supone un avance cualitativo en relación con la legislación anterior, LO 7/1985, habida cuenta que supondrá el desarrollo y la puesta en marcha de toda la maquinaria de la asistencia letrada desde el momento en que el ciudadano extranjero llega a territorio español y que tendrá como finalidad garantizar el cumplimiento del derecho recogido en el artículo 24 de nuestra Constitución.

Por el contrario, se endurece el régimen de entrada y la política de concesión de visados con la finalidad de adaptarse a las políticas migratorias de la Unión Europea, indicándose en el artículo 25.2 que para la concesión del visado “(...) se tendrán en cuenta la satisfacción de los intereses nacionales de España así como los compromisos internacionales asumidos (...)”. Tal endurecimiento se mantendrá en la posterior reforma por LO 8/2000¹³ tal y como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Reglamento de ejecución de la LO, aprobado por RD 864/2001¹⁴ al señalar que en la elaboración del presente Reglamento “(...) ha sido necesario tener en cuenta la consolidación de España como tierra de inmigración y las conclusiones adoptadas por

¹² Título IV de la LO 4/ 2000, artículos 60 a 63. Concretamente se contempla la creación, en el artículo 6, de un Consejo Superior de Política de Inmigración cuyo objetivo será el establecimiento “de las bases y criterios sobre las que se asentará una política global en materia e integración social y laboral de los inmigrantes (...)”. En el mismo sentido el artículo 62 recoge expresamente “que los poderes públicos impulsarán el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyarán a los sindicatos y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social (...)”. Y, finalmente, en el artículo 63 se crea el Foro para la inmigración, erigiéndose como un “órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de extranjería”, que estará formado por representantes de las Administraciones públicas, de las asociaciones de inmigrantes y de las organizaciones sociales de apoyo (...) con interés e implantación en el ámbito migratorio (...)”

¹³ Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000 de 11 de enero. BOE 307, de 23 de diciembre del 2000.

¹⁴ BOE 174, de 21 de julio de 2001.

los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE, en octubre de 1999, en Tampere, sobre creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (...)”.

La aceptación por parte de los poderes públicos de la existencia de una “bolsa de irregulares” en nuestro país, toda vez que la inmigración ya se había convertido en un fenómeno estructural, así como la necesidad de regularizarlos, supuso que la misma LO 4/2000 contemplara en su Disposición Transitoria Primera la regularización de extranjeros que se encontraban en España.

A pesar de los avances operados por la LO 4/2000 en relación con la legislación anterior, fue objeto de reforma inmediata mediante LO 8/2000, reforma que se produjo como ya se ha señalado, con la finalidad de adaptarse a la etapa que se inicia en Europa, tras los acuerdos de Tampere (octubre 1999) y que se dirige fundamentalmente a la consecución de un “espacio de libertad, seguridad y justicia”. Posteriormente se aprobó su Reglamento de ejecución por RD 864/2001¹⁵ sin embargo, 18 artículos del mismo fueron anulados por el Tribunal Supremo en Sentencia 20 de marzo del 2003 y en ese mismo año, la LO 4/2000 fue modificada en dos ocasiones por LO 11/2003¹⁶ y LO 14/2003¹⁷. Estas modificaciones no tuvieron otro objeto que el de adaptar dicha normativa a la legalidad así como dar una respuesta adecuada al fenómeno migratorio en nuestro país, destacándose en la Exposición de motivos que:

“Durante la vigencia de la LO 8/2000, han acontecido diversas circunstancias que, (...) han planteado la necesidad de adaptar aquella a los continuos cambios de un fenómeno mutable, como es el migratorio. Así, junto al considerable incremento producido del número de residentes extranjeros en España en los últimos años, también se ha constatado un cambio en las formas en que se produce el hecho migratorio del que nuestro país es receptor, lo que ha generado un mayor conocimiento de este fenómeno a fin de incorporar instrumentos normativos que posibiliten una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios (...)”.

¹⁵ Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, aprobado por RD 864/2001 de 20 de julio. BOE 174, de 21 de julio del 2001.

¹⁶ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros. BOE 234, de 30 de septiembre del 2003.

¹⁷ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000 de 11 de enero, modificada por LO 8/2000 de 22 de diciembre. BOE 279 de 21 de noviembre del 2003.

La reforma producida por LO 14/2003 recoge en su Disposición Transitoria Tercera un nuevo proceso de “normalización” de extranjeros irregulares en nuestro país, lo que refleja, una vez más, la falta de una respuesta adecuada por parte de la legislación de extranjería y del Estado al fenómeno de la inmigración así como una ineficaz gestión de los flujos migratorios. Se aprueba, en consonancia, un nuevo Reglamento de ejecución, aprobado por RD 2393/2004 de 30 de diciembre¹⁸, que también fue objeto de reforma por RD 1019/2006 de 8 de septiembre¹⁹, RD 240/2007 de 16 de febrero²⁰ y RD 1162/2009 de 10 de julio²¹.

No obstante, la LO 4/2000 y las modificaciones introducidas por LO 8/2000, motivaron la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad que se resolvieron por STC 236/2007 de 7 de noviembre y STC 259/ 2007 de 19 de diciembre que supusieron una nueva reforma de la LO 4/2000, principalmente en régimen de derechos fundamentales de extranjeros y que se concretó en la LO 2/2009²². Así, se dispone que los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga son derechos inherentes a la dignidad de la persona y, por tanto, no pueden establecerse restricciones o limitaciones en su ejercicio a los extranjeros tal cuál se venía condicionando por razón de la situación de residencia.

Resulta evidente que las Sentencias del Tribunal Constitucional constituyeron una de las principales causas de la modificación operada por LO 2/2009, puesto que tuvieron una gran incidencia en materia de derechos de extranjeros, pero no es menos cierto que también hubo otros motivos que justificaron la reforma, y así se indican en la Exposición de Motivos: “(...) b) La necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico (...) las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de transposición o que no se han transpuesto plenamente. c) La necesidad de adaptar la

¹⁸ BOE 6, de 7 de enero del 2005.

¹⁹ BOE 228, de 23 de septiembre del 2006.

²⁰ BOE 51, de 28 de febrero del 2007.

²¹ BOE 177, de 23 de julio del 2009.

²² Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4 /2000. BOE 299, de 12 de diciembre del 2009.

referida LO a la nueva realidad migratoria en España, que presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la Ley (...)

Finalmente, y tras las últimas reformas operadas principalmente por LO 2/2009, se hacía necesario el desarrollo de un nuevo Reglamento de ejecución que fue aprobado por RD 557/2011 de 20 de abril²³ y que entró en vigor el 30 de junio del mismo año, a fecha actual vigente, aunque ha sido objeto de modificación por STS, Sala de lo Contencioso de 12 de marzo del 2013 (STS 988/2013).

La última reforma de la LOEx, así como su Reglamento de ejecución, no han recogido ningún procedimiento de regularización de extranjeros aunque se establece la posibilidad, de forma permanente, de que los extranjeros que se encuentren irregulares en nuestro país puedan legalizar su situación mediante la obtención de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales a través de la denominada figura del “arraigo”, debiendo acreditar, entre otros requisitos, la permanencia continuada en España de un periodo de dos años, en el caso del arraigo laboral, y tres años, en el supuesto del arraigo social.

Ciertamente constatamos que el fenómeno migratorio evoluciona y que la sociedad, y la normativa jurídica han de ir adaptándose a los cambios que se produzcan. Sin embargo, no es menos cierto que, a la vista de los procedimientos de regularización de extranjeros ilegales en nuestro país, de las modificaciones sufridas en nuestra legislación de extranjería así como de la circunstancia de que algunas de esas modificaciones vienen motivadas por la necesidad de adaptar la legislación bien a la jurisprudencia fijada por el Tribunal Constitucional o por el Tribunal Supremo, bien a la normativa impuesta por la UE mediante la transposición de las Directivas, hemos de concluir que nuestro ordenamiento jurídico en materia de extranjería, se evidencia ineficaz para dar una solución adecuada y con permanencia en el tiempo al fenómeno migratorio como una realidad estructural ya consolidada en nuestro país.

²³ BOE 103, de 30 de abril de 2011.

II. HACIA UNA POLÍTICA COMÚN DE CONTROL DE LA FRONTERA EXTERIOR DE LA UE: ELEMENTOS RELEVANTES

2.1. Acuerdos Schengen

Tras la II Guerra Mundial, y con la finalidad de dar cobertura a la escasez de mano de obra, Europa necesitó grandes contingentes de extranjeros; sin embargo, dicha tendencia, en las últimas tres décadas, y especialmente en los primeros años del presente siglo XXI, se ha invertido. A partir de los años 80, aun precisando de ciudadanos extranjeros para cubrir aquellas necesidades, no se requiere ya de los grandes contingentes que en décadas anteriores, si bien no es sino hasta los años 90 cuando se van estableciendo políticas migratorias de control e imponiéndose, por tanto, el criterio restrictivo a la entrada de inmigrantes²⁴.

Esta situación provocó que los países europeos, a pesar de contar la mayoría de ellos con legislaciones sobre extranjería, a excepción de España que como ya señalamos no es sino hasta el año 85 en el que se aprueba la primera ley sobre esta materia, procedieran bien, a la aprobación de nuevas regulaciones bien a modificar las existentes, con el objetivo de establecer medidas de control de esos flujos migratorios y tratar de instaurar políticas en ese sentido, comunes con el resto de países europeos. Y ello fue así porque se consideró a la inmigración “como un problema cuya solución no pueden alcanzar los Estados miembros individualmente (...)” y es por tanto que “a partir de la década de los años ochenta la Comunidad Europea empezó a asumir competencias en el ámbito de la gestión de los flujos migratorios y la admisión, permanencia, residencia y expulsión de los inmigrantes. Con posterioridad, las instituciones comunitarias se plantearon también la creación de un estatuto jurídico de los extranjeros que regulase las obligaciones y los derechos que tienen estas personas en el acceso, la estancia y la salida de la Unión Europea”²⁵.

²⁴ M. PAJARES ALONSO, “Las políticas de inmigración en la Unión Europea” en *Inmigración, extranjería y Asilo*, VVAA, directores E. LINDE PANIAGUA y J.A MORENO DÍAZ, Colex, Madrid, 2005, págs. 65 a 83

²⁵ A. OLESTI RAYO, “La Unión Europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería” en *Revista catalana de Derecho Público*, nº 40, 2010, pág. 2.

Efectivamente los países europeos consideraron que el establecimiento de una política de inmigración común debía ser uno de los aspectos más relevantes en el proceso de integración europea y por ello concluyeron que era una cuestión que requería de una actuación global y conjunta. Sin embargo, previamente había que, por un lado, vencer las reticencias de los distintos Estados miembros en orden a disponer de competencias que tradicionalmente eran competencias que correspondían a la soberanía estatal y por otro, tratar de acomodar y conciliar la pluralidad y la diversidad de los distintos ordenamientos jurídicos sobre la materia. Los primeros pasos se dan con los acuerdos Schengen; posteriormente, con la incorporación de todo el acervo Schengen al Tratado de Amsterdam y el traspaso de competencias a la UE, se puede hablar ya de una verdadera “comunitarización”. Obvio es que se produce una “comunitarización” en materia de inmigración, pero también es cierto que la Unión Europea trata, como podrá comprobarse a lo largo de este capítulo, en palabras de MIRALLES SANGRO, de comunitarizar la *protección de los derechos humanos y las libertades de los extranjeros*, pero no desde una perspectiva solidaria sino desde la discriminación *por razón de la nacionalidad*²⁶.

Aún así, el proceso dista aún de haberse concluido, y el Tratado de Lisboa, siguiendo el camino iniciado con Ámsterdam, continúa insistiendo en la lucha contra la inmigración ilegal.

Tras los atentados en Nueva York del 2001, 2004 en Madrid y 2005 en Londres, los Estados miembros tienden a reforzar los controles y las fronteras exteriores, con menoscabo del desarrollo una política de integración de nacionales de terceros países así como de una política migratoria que gestione eficazmente los flujos migratorios, dejando a los países miembros la elección del número y tipo de trabajadores deseados.

Al mismo tiempo que los países integrantes de la Unión Europea pretendían desarrollar un espacio europeo común, libre de controles fronterizos, consideraban necesaria la instauración de una legislación uniforme en materia de control de entrada de extranjeros no comunitarios; extremo este que se consiguió con el Acuerdo

²⁶ P. MIRALLES SANGRO, “La inconstitucional Ley de Extranjería: una discriminación lesiva de los derechos humanos”, *A Distancia*, Vicerrectorado de Extensión Universitaria, Madrid, 2001, volumen 19, núm.1, págs. 196 y 197.

Schengen-14 de junio de 1985- y su Convenio de aplicación. Con ello, el control de extranjeros se trasladó a las fronteras exteriores y se eliminaron los controles en las fronteras interiores.

El mismo Acuerdo Schengen establece la definición de nacional comunitario de forma negativa, al señalar que es extranjero cualquier persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas²⁷. Por lo tanto, son ciudadanos europeos los nacionales de los Estados miembros y el resto, son considerados extranjeros.

El objetivo de este Acuerdo es la creación de un espacio común que ha venido denominándose “espacio Schengen”, “que es el espacio resultante de la suma de los territorios de los Estados que sean partes en el mismo”²⁸, en el cuál los ciudadanos de los Estados firmantes podrán circular libremente. Con tal finalidad se adoptaron una serie de medidas que tenían como objetivo suprimir los controles fronterizos internos, estableciéndose por tanto, una sola frontera exterior común frente a los nacionales de países extranjeros, y no sólo una frontera sino y es lo más importante, el establecimiento de un ordenamiento jurídico común a efectos de entrada, circulación y residencia frente a ciudadanos extranjeros. Y, así:

“A los efectos del presente convenio se entenderá por:

Fronteras interiores: Las fronteras terrestres comunes de las partes contratantes, así como sus aeropuertos por lo que respecta a sus vuelos interiores y sus puertos marítimos por lo que respecta a los enlaces regulares de transbordadores con procedencia o destino exclusivamente en otros puertos de los territorios de las partes contratantes y que no efectúen escala en los puertos ajenos a dichos territorios.

Fronteras exteriores: Las fronteras terrestres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos de las Partes contratantes, siempre que no sean fronteras exteriores (...)

²⁷ Artículo 1 del Convenio de 19 de junio sobre la Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985

²⁸ P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1994, Pág. 142.

Tercer Estado: Todo Estado que no sea una de las Partes Contratantes”²⁹.

La consecución de un espacio común sin fronteras, conforme al Acuerdo Schengen se logrará con el cumplimiento de los siguientes objetivos: la eliminación de fronteras exteriores, como ya se ha señalado; implantación de un visado uniforme a nacionales de terceros países cuya estancia en el territorio de la Unión no supere los tres meses³⁰; el establecimiento de una base de datos, denominado Sistema de Información Schengen³¹; y finalmente, la instauración de un sistema de cooperación policial y judicial no sólo en el ámbito penal sino también y, especialmente, en el de la extranjería³².

2.2. Tratado de Ámsterdam

La creación de ese espacio Schengen se convierte, con el Tratado de Ámsterdam³³, en el denominado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” con las consecuencias jurídicas y políticas que ello conlleva en cuanto, principalmente, a las dificultades de armonizar los regímenes jurídicos de cada uno de los Estados en la materia para la consecución de dicho espacio³⁴.

Dos preceptos claves en el Tratado de Ámsterdam: el artículo B por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Este artículo contempla que la Unión tendrá como objetivos “(...) mantener y desarrollar en la Unión, como un espacio, de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y

²⁹ Artículo 1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen.

³⁰ Artículos 9 y 10 del Convenio, cit.

³¹ Artículo 92 del Convenio, cit.

³² Artículos 39 y 48 del Convenio, cit.

³³ El Tratado de Ámsterdam entra en vigor a partir del año 1999.

³⁴ A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el acervo Schengen queda integrado en el marco de la UE.

la prevención y la lucha contra la delincuencia (...). Y el Título III bis, denominado “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, mediante el que se establece la obligación al Consejo de la aprobación, en el plazo, de 5 años, por un lado, de medidas que vayan destinadas a garantizar la libertad de circulación de personas, relativas a controles de fronteras, asilo e inmigración³⁵; y por otro, de medidas sobre políticas de inmigración, debiéndose regular las condiciones de entrada y residencia así como los procedimientos relativos a la repatriación de residentes ilegales. Finalmente, normas que definan los derechos y condiciones con arreglo a las cuales los nacionales de terceros países que residan en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros.

A la vista de tales preceptos podemos hacer las siguientes consideraciones a modo de conclusión provisional: en primer lugar, se incide nuevamente en que la creación de un “espacio único”, sin fronteras interiores, ha de pasar necesariamente por el establecimiento de controles en las fronteras exteriores de los Estados miembros, controles que como ya se ha señalado, tienen como objetivo principal evitar la entrada de inmigrantes. En segundo lugar, y en cuanto a las medidas que el Consejo señala que deben ser aprobadas, hemos de indicar que no son medidas que traten de paliar el supuesto problema que para Europa supone la inmigración, no sólo la inmigración ilegal sino también la legal. En realidad se tratan de medidas de *protección*³⁶ de Europa frente a los nacionales de terceros países y que consisten en el establecimiento de controles y condiciones de la entrada y en la exigencia de visados para determinados países, especialmente países cuyos flujos migratorios son de especial relevancia y cuyo número de inmigrantes irregulares es elevado.

Finalmente, indicar que las disposiciones sobre política migratoria son escasas y se dirigen, una vez, más, a restringir en lugar de tratar de establecer una adecuada gestión en los flujos migratorios instaurando procedimientos que faciliten la entrada

³⁵ Se establecen las distintas normas y procedimientos que deben aplicar los Estados miembros en orden a la realización de controles fronterizos así como las relativas a las condiciones, requisitos y procedimientos para la expedición de visados, determinándose listas de países a quienes se les exija visado y aquellos que estarán exentos de dicha obligación, para estancias inferiores a noventa días.

³⁶ La cursiva es nuestra.

regular de nacionales extranjeros así como su establecimiento (residencia y/o trabajo) en los países miembros de la Unión Europea que lo requieran.

Resulta evidente que las normas recogidas en el Título III bis, si bien, son normas que no pueden considerarse de política global, inciden claramente en las políticas de inmigración de los Estados miembros. Es por ello que se ha de cuestionar la posible dificultad que la aprobación de dichas disposiciones, que no tienen otra finalidad que armonizar los distintos ordenamientos jurídicos frente a “extranjeros”, puedan suponer para los distintos Estados miembros toda vez que se tratan de aspectos, nacionalidad, extranjería, fronteras e inmigración que son sin duda, materias tradicionalmente consideradas como pertenecientes al núcleo duro de la soberanía estatal³⁷. Efectivamente, con la creación de un espacio común a los Estados miembros en cuanto a la libre circulación de personas, capitales y mercancías, la competencia de cada uno de los Estados sobre estas disciplinas va a sufrir un cambio importante trasladando algunas de esas competencias a la UE. Sin embargo, y para evitar ciertas confusiones que pudieran producirse, debemos diferenciar entre las materias de competencia estatal y materias de competencia de la Unión Europea. En este sentido, tal como señala DEL VALLE GÁLVEZ, se ha de afirmar que “la extranjería hacía referencia a un sector normativo y por lo tanto jurídico, al referirse al estatuto de derechos y obligaciones de los extranjeros en su acceso, estancia y salida de un Estado (abarcando por tanto, la situación de todos los extranjeros de un territorio). En cambio, la política de inmigración tendría unos contornos más políticos, pues la misma conllevaría actuaciones no sólo jurídicas: podemos entender por políticas de inmigración la determinación de objetivos y de actuaciones para la ordenación y gestión de flujos migratorios y para adoptar medidas socio-jurídicas, económicas y culturales sobre la admisión para permanencia, residencia, integración (...)”³⁸. Indudablemente, la “armonización” se conseguirá mediante la cesión de determinadas competencias estatales sobre la materia a favor de la UE y como se verá, en otros aspectos, tales como las condiciones de permanencia y obtención de autorizaciones de residencia y trabajo,

³⁷ A. DEL VALLE GÁLVEZ, “Inmigración, extranjería y fronteras en la UE: cinco problemas conceptuales” en *Cuadernos de la Escuela Diplomática, Relaciones Internacionales y Derecho*, núm. 33, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, págs.1 a 80, concretamente pág. 43.

³⁸ A. DEL VALLE GÁLVEZ, cit., pág. 65.

por parte de extranjeros de terceros países, quedarán bajo la órbita interna de cada uno de los países miembros.

En definitiva, con el Tratado de Ámsterdam y en palabras de PAJARES ALONSO, “buena parte de los asuntos de Justicia e Interior (...) se comunitarizan; entre ellos, todos los relativos a las políticas de Inmigración y Asilo (...)”³⁹. No obstante y si bien las políticas de inmigración y control de flujos migratorios son competencia de la UE, debiendo los Estados miembros cumplir con los criterios y pautas que se establezcan a tal fin, no es menos cierto que, para la eficacia de esas medidas, se ha de incidir necesariamente en la regulación jurídica que sobre el control de entrada de extranjeros-nacionales de terceros Estados- establezca cada Estado. De esta forma se impone una política común y un régimen jurídico común, principalmente, y en lo que nos interesa, en materia de visados, en las normas sobre condiciones y control de entrada en puestos fronterizos, en la regulación y control de la inmigración y, finalmente, en el régimen de expulsiones de extranjeros en situación de ilegalidad.

2.2.1. Acción legislativa comunitaria desarrollada bajo el Tratado de Ámsterdam en materia de entrada de extranjeros

La labor jurídica que la Unión Europea ha desarrollado en esta etapa, con la finalidad de conseguir el establecimiento de una política común sobre las materias referidas, así como para armonizar la legislación interna de cada uno de los Estados miembros, ha sido abundante y de gran importancia. Llama la atención el hecho de que esta labor se haya dirigido principalmente a la implantación de una normativa, en su mayoría, claramente restrictiva de la entrada de inmigrantes y trabajadores extranjeros. De esta forma, tal labor se distancia de las primeras comunicaciones y propuestas que realiza la Comisión, como por ejemplo, la Comunicación sobre política de inmigración COM (2000) 757 final, de 22 de noviembre⁴⁰, que se refiere al nuevo enfoque que habría de darse a la inmigración, a fin de fomentar la integración de nacionales de terceros países

³⁹ M. PAJARES ALONSO, cit., pág. 76.

⁴⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal. Recurso electrónico disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0757:FIN:EN:PDF>, fecha de la consulta noviembre del 2013.

así como establecer medidas para una adecuada gestión de entrada de trabajadores tanto cualificados como no cualificados, y ello como consecuencia del nuevo contexto social y demográfico existente en la Unión Europea. En este sentido, por ejemplo, ninguna medida se ha adoptado en relación con los trabajadores no cualificados a *quienes se les sigue obligando a entrar por vías irregulares*⁴¹, a excepción de una reciente Directiva sobre condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros⁴².

Las distintas líneas de actuación de la Unión Europea se dirigen principalmente a dos materias: por un lado, la relativa al control fronterizo y visados. Aquí la labor se ha concretado en los siguientes actos jurídicos: primero, el Reglamento (CE) 539/2001, del Consejo por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y el listado de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación⁴³. En el mismo también se contemplan las condiciones por las que los nacionales de un tercer país podrán beneficiarse de la exención del visado para estancias de corta duración.

En segundo lugar, el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo de 26 de octubre del 2004⁴⁴ por el que se crea una Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa de las fronteras exteriores de los Estados miembros, denominada FRONTEX y que asumió sus funciones en octubre del 2005. En él se establece literalmente que “el control y vigilancia de las fronteras exteriores son competencias de los Estados miembros” y que la eficacia en ese control y vigilancia es una “cuestión de máxima importancia para los Estados miembros independientemente de su situación geográfica (...)”⁴⁵. Este Reglamento fue modificado en el 2007, por el Reglamento del

⁴¹ M. PAJARES ALONSO, cit., pág. 79.

⁴² Directiva 2014/36/UE del Parlamento y del Consejo Europeo de 26 de febrero del 2014 (DOUE de 28 de marzo del 2014).

⁴³ Reglamento que ha sido modificado en distintas ocasiones con la finalidad de incluir o eliminar algún o algunos países de las referidas listas, habiéndose producido la última modificación a través del Reglamento (UE) nº 509/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo del 15 de mayo del 2014 (DOUE de 20 de mayo del 2014).

⁴⁴ Entrada en vigor el 26 de noviembre del 2004.

⁴⁵ Considerandos (4) y (5) del Reglamento.

Parlamento Europeo y del Consejo nº 863/2007 de 11 de julio, creándose los denominados RABIT, en sus siglas en inglés, (equipos de intervención rápida en fronteras), con la única finalidad de impedir que los inmigrantes lleguen a las fronteras de la UE, actuando en alta mar para detectar embarcaciones cuyo destino final sean las costas de algún país miembro. Señalar que se han creado, además, mecanismos específicos de control de fronteras exteriores, como la Red de Patrullas Costeras en el Mediterráneo⁴⁶ y, la aprobación del Reglamento EUROSUR⁴⁷, (establecimiento de una red de intercambio de información entre los Estados miembros y entre estos y el FRONTEX).

En tercer lugar, el Código de fronteras Schengen, aprobado por el Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo⁴⁸, que ha sido objeto de distintas modificaciones en los años 2008, 2009 y 2010.

En cuarto lugar, el Reglamento CE nº 1104/2008 del Consejo de 24 octubre de 2008 sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1) al Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS 2). Con ello se crea una base de datos común a todos los países miembros, en relación, entre otros, a extranjeros nacionales de terceros países, incluyéndose información sobre su situación de legalidad o ilegalidad, existencia de expulsiones y/o prohibiciones de entrada, así como si se encuentran incurso en procedimientos penales o si cuentan con antecedentes policiales o, en su caso, penales. Su finalidad principal se centra en mejorar el sistema ya instaurado y abarcar la información respecto a los países que progresivamente se han unido a la Unión Europea.

Y finalmente, el Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio del 2009⁴⁹ por el que se establece un Código comunitario sobre visados, cuya finalidad principal es la armonización de las condiciones y

⁴⁶ A. OLESTI RAYO, cit., págs. 21 a 25.

⁴⁷ Reglamento (UE) nº 1052/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre del 2013, por el que se crea un sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras.

⁴⁸ Entrada en vigor el 13 de octubre el 2009.

⁴⁹ Entrada en vigor el 5 de octubre del 2009.

procedimientos de obtención de visados por parte de ciudadanos extranjeros de terceros países para su entrada en territorio “Schengen”.

Como se habrá podido observar a través de esta legislación, la política migratoria de la UE, se caracteriza por dos notas fundamentales: control y alejamiento de fronteras, notas que representan una constante en dicha política.

La segunda línea de actuación incide en la lucha contra la inmigración ilegal y el régimen de expulsiones de extranjeros ilegales. En esta materia, la labor de la UE se ha dirigido por un lado, a la represión de la entrada ilegal y estancia de extranjeros en situación irregular, que tiene su reflejo en la Directiva del Consejo 2002/90 de 28 de noviembre del 2002⁵⁰, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Con dicha Directiva se impone a los Estados miembros la obligación de adoptar sanciones “contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate (...)”. Igualmente se impondrán sanciones a quienes, con ánimo de lucro, ayuden a una persona extranjera a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando su legislación⁵¹. Del mismo modo se tipifican las conductas consistentes en “incitar o ayudar” a cometer los actos descritos. Esta Directiva incide por tanto, no sólo en la legislación de extranjería sino también, y principalmente, en el ordenamiento penal de los Estados miembros.

Y por otro lado, en cuanto a la segunda línea de actuación de la UE, mencionar la Directiva del Consejo 2001/51, de 28 de junio⁵². Esta Directiva tiene por objeto completar las disposiciones del artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, imponiendo la obligación a los países miembros de adoptar las medidas necesarias para que los transportistas se hagan cargo del traslado de extranjeros a su país de procedencia cuando los trasladen sin estar en posesión de los documentos exigidos

⁵⁰ Entrada en vigor el 5 de diciembre del 2002, plazo de transposición a los países miembros, el 5 de diciembre del 2004.

⁵¹ Artículo 1 de la Directiva del Consejo 2002/90 de 28 de noviembre del 2002, “Tipificación general”.

⁵² Esta Directiva fue matizada por otra Directiva 2004/82 de 29 de abril, a iniciativa española y, en relación a los transportistas aéreos y con la comunicación de los datos de las personas que transportan.

para su entrada y se proceda a denegar la misma; regulándose igualmente la imposición de sanciones a los transportistas en los casos referidos.

En lo relativo a materia de expulsiones y retorno de nacionales de terceros Estados, destacar la Directiva del Consejo 2001/40 de 28 de mayo del 2001, que tiene por objeto el reconocimiento mutuo de una decisión de expulsión adoptada por la autoridad competente de un Estado miembro contra un extranjero. La finalidad de la misma, tal cual se establece en el Considerando 3, se dirige a la consecución de “una mayor eficacia en la ejecución de las medidas de expulsión, al igual que a una mejor cooperación entre los Estados miembros (...)”

2.3. Tratado de Lisboa

Llegamos así a una tercera fase, con el Tratado de Lisboa, firmado por los representantes de todos los Estados miembros de la UE el 13 de diciembre del 2007, y que entró en vigor el 1 de diciembre del 2009. Con dicho Tratado se intenta avanzar aún más y de forma más satisfactoria, en la consecución de una política migratoria a nivel europeo, ya que la principal novedad, y en ello radica su importancia, es la de constituir el primer tratado que prevé de forma expresa que la UE desarrollará una política migratoria común. Se incide en que la gestión de flujos migratorios comprende igualmente la colaboración con terceros países que deberá instrumentalizarse a través de acuerdos de readmisión no sólo entre países miembros y terceros países, sino también a través de la formalización de esos acuerdos con la UE.

En esta nueva etapa hemos de destacar el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 24 de septiembre del 2008, que de alguna forma desarrolla el contenido del Tratado de Lisboa sobre la materia referida y, cuyos objetivos principales se dirigen, primero, a organizar la inmigración legal tomando en cuenta las prioridades, necesidades y capacidad de acogida de cada Estado miembro, tratando de favorecer la integración de nacionales de terceros países y fomentando la llegada de trabajadores altamente cualificados y la movilidad de estudiantes e investigadores. En este sentido la labor de la UE se ha concretado en la aprobación de las distintas Directivas que conforman la política común en dicha materia, entre otras, la Directiva 2009/50/CE del

Consejo de 25 de mayo⁵³, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificados.

Llama la atención la circunstancia de que las instituciones europeas sean capaces de ponerse de acuerdo en armonizar las legislaciones de los distintos Estados miembros en relación a trabajadores nacionales de terceros países, altamente cualificados y sin embargo, no sean capaces de regular las condiciones y requisitos que deban cumplir los inmigrantes para ser admitidos bien como residentes o bien como trabajadores en cualquier país de la Unión Europea, a excepción claro está del tipo de trabajadores a los que se refiere la presente Directiva. Entendemos que ello se debe principalmente a dos motivos, uno, que no existe ningún interés por parte de los países miembros que lleguen regularmente y se asienten en su territorio inmigrantes de los denominados *económicos*⁵⁴, y dos, que los países miembros quieren seguir decidiendo qué número y qué tipo de extranjeros serán residentes en su territorio, en función, principalmente de las condiciones socio-económicas. Ello significa que efectivamente, se priorizará y se facilitará la entrada de trabajadores altamente cualificados en detrimento de los no cualificados. Prueba de ello es el hecho de que en fecha 13 de julio del 2010, la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva con el objeto de establecer normas comunes para la “entrada y estancia en la UE, de trabajadores temporeros de terceros países y definir sus derechos” y no es sino hasta el 2014 que se aprueba dicha Directiva, a la que se ha aludido con anterioridad,⁵⁵ y, como se puede comprobar tan sólo en relación a trabajadores temporeros, es decir, aquellos que trabajarán de forma temporal, en actividades o sectores de empleo estacionales y que deberán regresar al país de origen una vez finalizados los trabajos.

Las Directivas 2004/114/ CE y 2005/71/CE, que regulan respectivamente, la admisión de estudiantes e investigadores nacionales de terceros países, van a ser objeto de modificación conforme a la Propuesta de la Comisión⁵⁶ que prevé refundir ambos

⁵³ Entrada en vigor el 19 de junio de 2009, plazo de transposición en los Estados miembros: 19 de junio de 2011.

⁵⁴ La cursiva es nuestra.

⁵⁵ Directiva 2014/36/UE, plazo de transposición: 30 de septiembre del 2013.

⁵⁶ Propuesta publicada el pasado 25 de marzo del 2013, recurso electrónico disponible en www.euroalert.net, fecha de la consulta: noviembre del 2014.

textos con la finalidad de aclarar las normas para la obtención de visados de estudios o investigación y al mismo tiempo tratar de armonizar las distintas legislaciones internas sobre la materia que presentan notables diferencias. Con dicha modificación se pretende también reducir el tiempo de resolución de las solicitudes de visado así como mejorar la movilidad dentro del territorio de la UE

El segundo objetivo del Tratado de Lisboa se orienta hacia la lucha contra la inmigración irregular. A tal fin se aprobaron dos Directivas, la primera, Directiva 2008/15 de 16 de diciembre del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular⁵⁷, que analizaremos con detalle en este mismo capítulo.

La segunda Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio del 2009⁵⁸, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Con esta última se pretende evitar que los empresarios y/o empleadores de los países miembros contraten a extranjeros irregulares, imponiendo sanciones no sólo administrativas sino también penales así como otras medidas que incidan en su actividad empresarial. De esta forma se intenta evitar la inmigración clandestina a la UE, que se ve favorecida por la posibilidad de encontrar trabajo sin haber obtenido los permisos preceptivos para residir y trabajar⁵⁹. Se contemplan sanciones económicas para el caso de contratación de trabajadores ilegales, así como el pago de los gastos de regreso en el caso de que estos trabajadores sean objeto de un acuerdo de retorno y posterior expulsión; del mismo modo, los empleadores o empresas vendrán obligados al pago de las cotizaciones que por Seguridad Social hubiera correspondido en el caso de

⁵⁷ Incorporación al derecho nacional: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 24 de diciembre de 2010. Por lo que respecta al artículo 13, apartado 4, los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 24 de diciembre de 2011”, artículo 20.

⁵⁸ Entrada en vigor 20 de julio de 2009, plazo de transposición en los Estados miembros, 20 de julio de 2011.

⁵⁹ Considerando (2) de la Directiva

que se trataran de trabajadores en posesión de los correspondientes permisos para ejercer actividad laboral. Se tipifica como delito en el caso de que la contratación de irregulares sea persistente o continuada, empleo simultáneo de un número considerable de extranjeros, las condiciones laborales sean abusivas (conforme a la definición que se contempla en el artículo 2), cuando se trate de un extranjero víctima de la trata de seres humanos y, finalmente, cuando se trate de un menor. Las personas jurídicas también podrán ser responsables penalmente.

2.3.1. Agencia FRONTEX: el efectivo control de la inmigración irregular versus al respeto de los derechos fundamentales

Con el objetivo de reforzar la eficacia de los controles fronterizos, siguiendo la línea de actuación iniciada con el Tratado de Ámsterdam, se otorga un mayor protagonismo a la Agencia FRONTEX⁶⁰, que, si bien, en un principio se centró “especialmente, a petición de España, en el despliegue de operaciones de control de fronteras orientadas a la disminución de los flujos inmigratorios procedentes de la costa atlántica africana a las Islas Canarias”⁶¹, actualmente, ha aumentado también su actuación en el Mediterráneo,

⁶⁰ GIL ARIAS, Director ejecutivo adjunto de la Agencia Europea FRONTEX, señaló que “este organismo coordinará en 2013 diversas operaciones conjuntas en el Mediterráneo y en el Atlántico cuyo presupuesto se estima en aproximadamente 30 millones de euros”, fuente: entrevista realizada para www.infodefensa.com y que fue publicada el pasado 25 de octubre del 2012, fecha de la consulta noviembre del 2014.

⁶¹ R. HERNÁNDEZ I SAGRERA, “FRONTEX: ¿Proyección a nivel europeo de la visión de España sobre el control de fronteras?”, en *España en Europa 2004-2008*, Coord. E. BARBÉ, Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea, número 4, febrero 2008, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Bellaterra, Barcelona, pág. 1.

La primera de las operaciones que se llevaron a cabo, HERA I, consistió en la identificación de inmigrantes ilegales que llegaban a Canarias así como la determinación del país de origen y, la segunda HERA II, tenía como finalidad el control de la llegada de embarcaciones (cayucos y pateras) a través del Atlántico y procedentes de las costas subsaharianas. El objetivo era reforzar la vigilancia de las costas desde donde partían tales embarcaciones a fin de evitar su salida o, en caso de que se hubiera producido ya la salida, interceptarlas en sus aguas territoriales y devolverlas a sus países de procedencia, principalmente Mauritania, Senegal y Cabo Verde. A. DEL VALLE GALVEZ y M. ACOSTA SÁNCHEZ, “La crisis de los cayucos. La Agencia europea de control de fronteras FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina”, trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D, 2005, SEJ2005-08136/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y los fondos FEDER de la CE/UE, 2006, nº 83, págs 19 a 30, concretamente pág. 22, recurso electrónico disponible en <http://www.academia.edu/4828842/2006---LAS-CRISIS-DE-LOS-CAYUCOS-LA-AGENCIA-EUROPEA-DE-FRONTERAS-FRONTEX-Y-EL-CONTROL-MARITIMO-DE-LA-INMIGRACION-CLANDESTINA-coautoria-con-Miguel-ACOSTA-SANCHEZ>, fecha de la consulta 5 de julio del 2015.

concretamente en las costas italianas y griegas, tal y como se desprende del Informe del año 2013⁶².

Desde su creación hasta la actualidad, FRONTEX ha ido aumentando su actuación y ha recibido un apoyo progresivo por parte de los Estados miembros que se ha reflejado, de una parte, en el incremento del presupuesto que ha recibido en los últimos años, especialmente en los años 2009 y 2011; y por otra, en la discusión creada sobre la “necesidad a corto plazo de otorgarle un carácter permanente a sus competencias e incluso la posibilidad de dotarle de medios propios en su camino hacia la configuración de una futura Guardia de Fronteras Europea”⁶³. Ello se ha traducido en una nueva reforma producida por el Reglamento 1168/2011, de 25 de octubre⁶⁴, en el que se le “confiere una dimensión competencial y geográfica más amplia en su camino hacia ese cuerpo europeo de fronteras”⁶⁵. Se trata, como indica su primer artículo, de contribuir a conseguir una mayor “eficacia, calidad y uniformidad del control de las personas y de la vigilancia de las fronteras exteriores de los Estados miembros”. Dicha finalidad se conseguirá, principalmente, a través de tres vías: la primera, la coordinación y financiación de las operaciones conjuntas; la segunda, la aportación de equipos y recursos humanos suministrados por los propios países miembros (artículo 3 bis y 3 ter); y la tercera, la intervención en los distintos Estados miembros⁶⁶ y actuación en la fase del retorno de extranjeros (artículos 9, 9 bis, ter y *quater*, y 10).

⁶² Informe General FRONTEX, 2013, pág. 6, recurso electrónico disponible en www.frontex.europa.eu, fecha de la consulta, 4 de julio del 2015.

⁶³ E. GARCÍA COSO, “El refuerzo operativo del control de las fronteras exteriores de la Unión Europea y la contribución de FRONTEX: ¿El embrión de una guardia europea de fronteras exteriores?” en *La regulación de la inmigración irregular, Derechos humanos y el control de fronteras en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 152 a 205, concretamente págs. 158 y 159.

⁶⁴ Reglamento (UE) 1168/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre del 2011, que modifica el Reglamento (CE) n° 2007/2004, del Consejo por el que se crea una Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, DOUE de 22 de noviembre del 2011.

⁶⁵ E. GARCÍA COSO, cit., pág. 159.

⁶⁶ El artículo 8 bis sigue manteniendo las intervenciones rápidas y autoriza el despliegue durante un tiempo limitado de uno o varios “equipos europeos de agentes de la guardia de fronteras, en el territorio del Estado miembro que lo solicite (...) por encontrarse en una situación de presión urgente y excepcional, en particular la llegada a determinados puntos de las fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que intentan entrar ilegalmente en el territorio de un Estado miembro”.

Frente a una regulación un tanto pormenorizada en materia de actuación de la Agencia FRONTEX a fin de controlar la posible entrada irregular de ciudadanos extranjeros, el Reglamento tan sólo dedica un artículo, el 26 bis, en cuanto a derechos fundamentales se trata y lo hace de forma un tanto ambigua y general, al señalar que “la Agencia elaborará y seguirá desarrollando su estrategia en materia de derechos fundamentales” y “establecerá un mecanismo eficaz para controlar el respeto en todas las actividades de la Agencia”. Se prevé también la creación de un Foro Consultivo para asistir al Director ejecutivo y al consejo de administración en los asuntos relacionados con los derechos fundamentales y de un agente responsable en esta materia quien deberá elaborar informes de forma periódica e informar a los organismos citados.

Sin embargo, y a pesar de tales previsiones, dicho artículo no ha sido desarrollado ni puesto en práctica de forma eficaz tal y como constata la Defensora del Pueblo europea en su Informe correspondiente al año 2013, que, con ocasión de la tragedia de Lampedusa⁶⁷, solicitó a FRONTEX que estableciera un mecanismo de reclamaciones para los inmigrantes, conforme contempla la Carta sobre los derechos de los ciudadanos, que es jurídicamente vinculante a la Agencia, al igual que lo es el Reglamento ya referido. A pesar de tal requerimiento, la Defensora recibió una respuesta negativa por parte de la Agencia, alegando que los posibles incidentes que sobre la materia pudieran surgir eran de competencia exclusiva de cada uno de los Estados miembros, argumento con el que no estuvo de acuerdo e indicando en su Informe que “es fundamental que FRONTEX aborde directamente las reclamaciones de los inmigrantes y demás personas afectadas. No acepto el punto de vista de FRONTEX en el sentido de que las vulneraciones de los derechos humanos son responsabilidad exclusiva de los Estados miembros”⁶⁸. No obstante ello, así como la elaboración, por

⁶⁷ En octubre del 2013, un barco con aproximadamente quinientos inmigrantes, la mayoría procedentes de Somalia y Eritrea y entre los que se encontraban un gran número de mujeres y niños, cuando trataba de alcanzar las costas de la isla italiana de Lampedusa, se incendió y murieron más de trescientas personas. Noticia obtenida de la página web www.elpaís.com, de fecha 3 de octubre del 2013, fecha de la consulta: 4 de julio del 2015. Este tipo de sucesos se han venido sucediendo de forma más o menos continuada, habiéndose producido el último naufragio, también en el Mediterráneo, concretamente a 70 millas de la costa Libia, en dirección a Italia, el pasado mes de abril del 2015, donde fallecieron en torno a 700 personas (solo hubo 28 supervivientes). Noticia obtenida de la página web www.elpaís.com, de fecha 22 de abril del 2015, fecha de la consulta 4 de julio del 2015.

⁶⁸ Informe anual 2013, elaborado por el Defensor del Pueblo europeo, de fecha septiembre del 2014, recurso electrónico disponible en <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/annualreports.faces>, fecha de la consulta, 4 de julio del 2015.

parte de la Defensora, de un informe especial dirigido al Parlamento Europeo, y las distintas solicitudes de informes sobre la actuación de FRONTEX en materia de derechos fundamentales de extranjeros (por ejemplo, con menores o mujeres embarazadas), la Agencia mantiene su posición sin que conste ni si quiera en qué punto se encuentra la elaboración del Código de Conducta al que viene obligado a elaborar conforme indica el Reglamento⁶⁹.

Otra de las cuestiones que surgen y que pueden ser objeto crítica, toda vez que incide también en materia de derechos fundamentales, es el hecho de que las intervenciones desarrolladas por la Agencia no siempre han tenido lugar en la frontera exterior europea sino que se han producido en ocasiones en aguas internacionales e incluso en aguas territoriales de terceros países. El Reglamento por el que se creó la Agencia FRONTEX, establecía en su artículo primero, apartado cuarto, una limitación territorial a las fronteras *marítimas y terrestres y aeropuertos y puertos marítimos de los Estados miembros*. El artículo 20.3 del mismo Reglamento, hacía referencia a la posibilidad de que la Agencia pudiera llevar a cabo sus actividades no sólo en la frontera exterior de cada Estado parte sino también *en sus inmediaciones directas*.

Sin embargo y tal y como señala GARCIA COSO, con quien coincidimos, ello no podía justificar “una actuación extraterritorial en tanto que algunas operaciones de FRONTEX no se desarrollan en las inmediaciones de la frontera exterior de algún Estado sino en aguas internacionales y en aguas territoriales de terceros países”⁷⁰. Habida cuenta tal limitación y las justificaciones por parte de la Agencia⁷¹ para dichas intervenciones, la UE resuelve la situación mediante la modificación del Reglamento 2007/2004 de creación de la Agencia FRONTEX, procediendo a la eliminación de la limitación territorial que se contenía en el artículo primero y la creación de los RABIT (Equipos de Intervención Rápida en Fronteras, en sus siglas en inglés). Dicha modificación se lleva a cabo con el Reglamento 863/2007, cuyo artículo 12 suprime el

⁶⁹ Informe anual 2014, elaborado por el Defensor del Pueblo europeo, de fecha 26 de mayo del 2015, recurso electrónico disponible en <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/annualreports.faces>. Fecha de la consulta: 4 de julio del 2015.

⁷⁰ E. GARCÍA COSO, cit., págs. 166 y 167.

⁷¹ En algunas ocasiones se ha argumentado que tales operaciones extraterritoriales se han llevado a cabo conforme a acuerdos que los Estados miembros tienen con terceros países en materia migratoria.

apartado cuarto del artículo primero del anterior Reglamento y de esta forma se *legalizan*⁷² actuaciones de intervención más allá de las fronteras exteriores de la UE. Esta *legalización* se confirma con la ratificación de España y otros países europeos del denominado Protocolo de Palermo⁷³ y por la Decisión del Consejo 2010/252 de 26 de abril⁷⁴. El artículo 2, *Intercepción*, en su apartado 4, se detallan las medidas que se pueden llevar a cabo en el caso de que se sospeche que una embarcación transporte a personas que vayan a eludir los controles en los pasos fronterizos, entre otras: detener y abordar el buque, registrar el buque y su carga, registrar e interrogar a las personas a bordo; apresar el buque y prender a las personas que se encuentren a bordo; ordenar al buque que cambie su rumbo para salir de las aguas territoriales o zona contigua o evitar entrar en ellas; conducir el buque o las personas a bordo a un tercer país o alternativamente, entregar el buque o las personas a bordo a las autoridades de un tercer país; conducir el buque o las personas a bordo al Estado miembro anfitrión o a otro Estado miembro participante en la operación.

El artículo 1 de la misma Decisión señala que en todo caso, las medidas que se adopten se “aplicarán respetando los derechos fundamentales y evitando poner en peligro la seguridad de las persona interceptadas o rescatadas” y que se deberá respetar el principio de no devolución, teniéndose además en cuenta las “necesidades específicas de los niños, víctimas de la trata de seres humanos, personas necesitadas de protección internacional y las que se encuentren por otros motivos en situación de especial vulnerabilidad”, incluyéndose personas que requieran una asistencia médica urgente.

⁷² La cursiva es nuestra.

⁷³ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Palermo (Italia), año 2000.

⁷⁴ Decisión 2010/252/UE del Consejo de 26 de abril del 2010 por la que se completa el Código de Fronteras Schengen en lo que se refiere a la vigilancia de fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. DOUE de 4 de mayo. La aprobación de esta Decisión se sustentaba jurídicamente en el artículo 12 del Código de Fronteras Schengen en el que se recoge el objeto y la forma de llevar a cabo la vigilancia de fronteras, contemplándose la *vigilancia entre los pasos fronterizos* y previéndose la *adopción de medidas adicionales relativas a la vigilancia*; sin embargo, fue objeto de recurso del Parlamento que entendió que tal artículo no era base jurídica suficiente para sustentar el contenido y alcance del texto, especialmente en lo relativo a la extensión del ámbito geográfico y la actuación de FRONTEX en aguas internacionales. (Asunto C -355/10 Parlamento europeo contra Consejo de la Unión Europea), recurso electrónico disponible en www.migrarconderechos.es, fecha de la consulta 5 de julio del 2015.

Con independencia de las previsiones que contempla dicho artículo en cuanto al respeto de los derechos humanos, resulta un tanto alarmante que directamente se le atribuyan a los guardias de fronteras y posibles agentes intervinientes una serie de facultades cuya puesta en práctica inciden claramente e incluso podrían llegar a vulnerar derechos fundamentales de los inmigrantes, como es el registro y detención de personas. A lo que habría que añadir que no se recogen mecanismos o procedimientos a seguir a fin de cumplir con el contenido y respeto al principio de no devolución.

Es cierto que tal Decisión fue objeto de recurso de anulación por parte del Parlamento Europeo ante el TJUE y que la Sentencia de la Gran Sala de 5 de septiembre del 2012, anuló la misma al considerar, en lo que nos interesa que

“(…) unas disposiciones que otorgan poderes de autoridad pública a los guardias de frontera, como las que se atribuyen en la Decisión impugnada, entre las que figuran el arresto de las personas aprehendidas, el apresamiento del buque y el reenvío de las personas aprehendidas hacia un lugar determinado, afectan de tal manera a los derechos fundamentales de las personas implicadas que hace necesaria la intervención del legislador de la UE (...)”⁷⁵.

Sin embargo, el propio TJUE en la misma Sentencia, dispone mantener los efectos de la Decisión hasta la entrada en vigor de la normativa apropiada que se ha concretado en una propuesta de Reglamento⁷⁶, en cuyos artículos 6 y 7, se establece la forma de actuar frente a embarcaciones, diferenciando si la interceptación se produce en mar territorial, en alta mar o en zona contigua al mar territorial aunque las medidas a adoptar siguen siendo las mismas que las contempladas en la Decisión 2010/252/UE.

⁷⁵ Fundamento 77 de la Sentencia.

⁷⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. COM (2013) 197 final, de 17 de abril del 2013.

En materia de protección de derechos fundamentales, el artículo 4, aunque contempla expresamente el respeto al principio de devolución⁷⁷ sin embargo, nada establece, como obliga el Reglamento 1168/2011, sobre la creación de un *mecanismo eficaz para controlar el respeto de los derechos humanos*. La posibilidad de detener e interrogar a las personas que se encuentran en la embarcación interceptada, especialmente cuando la misma se realice en alta mar y no conste el pabellón o matrícula, requiere fijar previsiones que obliguen a los agentes intervinientes de los distintos Estados miembros actuar con respeto a los derechos fundamentales, especialmente cuando se decida el desembarco en un tercer país, en lugar de que se realice en un país miembro.

Lo cierto es que si la Agencia FRONTEX rehúsa establecer un procedimiento a fin de canalizar las posibles incidencias que puedan producirse en las intervenciones que afecten a los derechos fundamentales, argumentado que es competencia de los Estados miembros intervinientes y la propuesta de Reglamento tampoco lo contempla, ¿cómo se controlará que efectivamente los agentes que intervengan en las operaciones actuarán con respeto a tales derechos y al principio de devolución? Tenemos serias dudas de ello especialmente cuando tales intervenciones escapan, como ya hemos referido, al conocimiento y el control de instituciones ajenas a la propia Agencia FRONTEX. No obstante, hemos de recordar que en el caso de que los Estados miembros no cumplan con la obligación de exigir y verificar que el tercer país en el que se realice el desembarco garantice el principio de no devolución así como el respeto a los derechos fundamentales estarían incumpliendo sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

2.4. Programa de Estocolmo

En el desarrollo del Tratado de Lisboa y, en relación a la materia objeto de estudio, hemos de señalar, necesariamente, la actuación que está llevando a cabo la UE a través

⁷⁷ Artículo 4.1: “Ninguna persona será desembarcada en un país –o entregada a sus autoridades– cuando esa persona corra un riesgo serio de sufrir pena de muerte, tortura o cualquier otra pena o trato inhumano o degradante en infracción del principio de no devolución, o un riesgo serio de ser expulsada, trasladada o extraditada a otro país incumpliendo este principio.

del Programa de Estocolmo (2010-2014)⁷⁸ y su Plan de acción por el que se aplica dicho programa⁷⁹.

En este Programa, con la finalidad de reforzar el espacio común de libertad, justicia y seguridad se establecen, entre otros, una serie de objetivos que incidirán en la futura política migratoria. Y así, con base en el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, se pretende el desarrollo de una “política de la migración de la Unión previsor y global, basada en la responsabilidad y en la solidaridad”, reconociendo que “Europa necesitará una política flexible que responda a las prioridades y necesidades de los Estados miembros y permita a los inmigrantes desarrollar plenamente su potencial” haciéndose necesario, no obstante, “para mantener unos sistemas creíbles y duraderos de inmigración y asilo en la Unión (...) impedir, controlar y combatir la inmigración ilegal(...)”⁸⁰. Se pretende la consecución de dichos objetivos a través de políticas comunes que incidan en materias relativas a una mejor y eficaz gestión integrada de las fronteras exteriores que se conseguiría con una política común de visados a través de la entrada en vigor del Código de visados y la puesta en marcha del Sistema de Información de Visados; así como con el refuerzo de las funciones del FRONTEX, el desarrollo de EUROSUR y la plena operatividad del SIS II⁸¹, manteniendo igualmente una política eficaz y sostenible de retorno, continuando con las acciones iniciadas tras la adopción de la Directiva de retorno.

En la misma línea, el Consejo Europeo considera que “una migración bien gestionada puede ser beneficiosa para todos los interesados (...) y reconoce que “unas políticas flexibles de migración contribuirán de forma importante al desarrollo y a los resultados económicos a largo plazo (...)” resultando “fundamental la interconexión entre la inmigración y la integración (...)”⁸² y, a tal fin incide en que se adopten

⁷⁸ Aprobado por el Consejo Europeo en fecha 2 de diciembre del 2009.

⁷⁹ COM (2010) 171 de 20 de abril del 2010.

⁸⁰ Apartado 1.1 del Programa de Estocolmo: Prioridades políticas.

⁸¹ Se pretende la creación de controles fronterizos automatizados en relación a las entradas y salidas de extranjeros así como un programa de registro de pasajeros al igual que un sistema europeo de guardias de fronteras.

⁸² Apartado 6 del Programa de Estocolmo: “Una Europa de responsabilidad, solidaridad y colaboración en los ámbitos de migración y Asilo”.

medidas destinadas a la consecución de dichos propósitos a través, fundamentalmente, de la cooperación con terceros países “en materia de gestión de la migración, que confiera un valor añadido a los marcos bilaterales vigentes (...)”⁸³ y de la adopción de sistemas tolerantes de admisión de extranjeros por parte de los Estados miembros que se adapten a sus necesidades y prioridades. De la misma forma, se deberá favorecer el desarrollo de prácticas conjuntas de políticas tendentes a la integración de nacionales de terceros países.

Aunque con el Tratado de Lisboa y la aplicación del mismo a través del Programa de Estocolmo se tiende a alcanzar de forma más efectiva, una política común a nivel europeo, en materia migratoria, existen, como señala Sarah Wolff ⁸⁴, una serie de cuestiones a las que denomina *grey areas*, que deberán ser resueltas para la real consecución de una verdadera y eficaz política de control de flujos migratorios. Entre estas *áreas grises* podemos señalar el hecho de que los Estados miembros hayan multiplicado con terceros países⁸⁵ acuerdos sobre control de inmigración o, que aún sigan siendo los países miembros quienes tengan el derecho a determinar el volumen de admisión de extranjeros y ello sin olvidar los diferentes “standards” migratorios que aún se siguen aplicando en la UE, como es el caso de Rumanía y la restricción en la incorporación al mercado laboral de sus nacionales hasta enero del 2014. En el mismo sentido hemos de añadir que se sigue incidiendo en el “control” y en la “restricción”⁸⁶, en lugar de desarrollar un verdadero sistema que regule de forma eficaz y sostenida el flujo de extranjeros a los países miembros de la UE permitiendo de esta forma, la llegada de trabajadores no cualificados a través de vías legales, sistema este que coadyuvaría a la lucha contra la inmigración ilegal.

⁸³ Apartado 6 del Programa de Estocolmo.

⁸⁴ S. WOLFF, “EU border policies beyond Lisbon” en *Configurando el perfil normativo de la UE: un marco para la migración y las fronteras*, VV.AA, CIDOB Centro para las Relaciones Exteriores, Sección Monografías, Bellaterra, Barcelona, octubre 2010, págs.. 23 a 36.

⁸⁵ Tal es el caso de Italia, Malta o España

⁸⁶ Objetivos de Estocolmo sobre los que ya se están trabajando: implantación definitiva de EUROSUR, funcionamiento completo del SIS II e introducción de controles fronterizos automatizados.

III. MANIFESTACIONES DE LAS DIRECTRICES EUROPEAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE ENTRADA DE EXTRANJEROS EN TERRITORIO ESPAÑOL: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA DE RETORNO

Necesariamente hemos de analizar de qué forma han incidido en España y en el ordenamiento jurídico interno, tanto las políticas migratorias de la UE como la labor jurídica desarrollada en esta instancia, al igual que la repercusión que dicha normativa haya podido tener sobre los derechos de los nacionales extranjeros.

España, obligatoriamente, como país miembro de la UE, debe incorporar o trasponer, a su régimen interno, las Directivas que sobre materia de extranjería y/o inmigración hayan sido adoptadas a nivel europeo, hecho este que, como se podrá comprobar, ha implicado un cambio sustancial en nuestra legislación tal cual señalamos en el apartado primero de este capítulo. A pesar de ello, no podemos olvidar que aún no existe una verdadera política migratoria común a nivel europeo lo que conlleva que cada país miembro haya desarrollado de forma paralela un sistema de control de los flujos migratorios en relación principalmente a sus propios intereses.

3.1. Código de fronteras Schengen

Como ya comentamos, la primera ley de extranjería en España, LOEx 7/85, respondía, entre otros motivos, al interés del Estado español por incorporarse, en una primera instancia, al Tratado de las Comunidades Europeas⁸⁷ así como por cumplir todos los requisitos para formar parte del Acuerdo Schengen⁸⁸. Con tal finalidad y para establecer una normativa en correspondencia a Schengen en materia, en primer lugar, de entrada por parte de nacionales de terceros países, esta primera norma, dispone y fija los requisitos que estos ciudadanos deben cumplir si pretenden su entrada en territorio nacional. Régimen de entrada, cuyos aspectos básicos, han sido prácticamente mantenidos hasta hoy en día y como señala MOYA MALAPIERA, “a pesar de numerosas modificaciones legales posteriores, la LO 7/85 instauró un modelo de control

⁸⁷ El Acta de adhesión de España a las Comunidades Europeas se firma el 12 de junio de 1985 y su entrada en vigor se produce el 1 de enero de 1986.

⁸⁸ Acuerdo ratificado por España el 23 de julio de 1993, BOE 5 de abril de 1994.

migratorio de entrada que se ha conservado hasta la actualidad, si bien con posterioridad se han introducido nuevos mecanismos de control e incorporado nuevas tecnologías al mismo(...)"⁸⁹, condiciones que son desarrolladas en el Reglamento de ejecución de la referida LOEx⁹⁰. Entre estas condiciones, con carácter general, los extranjeros deberán, para estancias inferiores a 90 días, estar provistos de un visado y acreditar medios económicos; igualmente se establecen supuestos de prohibición de entrada para aquellos extranjeros que hayan sido expulsados, que se encuentren incurso en determinados supuestos de expulsión, que se tenga conocimiento de que se encuentran reclamados por causas criminales o que hayan sido objeto de prohibición expresa⁹¹. Con ello se sientan las bases del control fronterizo de nacionales de terceros Estados y de esta forma, se asegura el espacio de libre circulación entre los países miembros de la UE firmantes del Acuerdo Schengen. En correspondencia, y en la medida que se va desarrollando, a nivel europeo, un espacio interno libre de fronteras (Acervo Schengen) y el establecimiento de una política migratoria común, España irá adaptando su legislación a dichas circunstancias y condicionamientos.

Tanto la LO de 1985 como el RD 1119/86, permitían un margen de discrecionalidad muy amplio a la Administración y a los funcionarios de los controles fronterizos que rayaba abiertamente la arbitrariedad en cuanto a la adopción de medidas de rechazo en frontera, devoluciones y ejecución de expulsiones, especialmente en relación a las dos primeras figuras jurídicas, dada la falta de garantías legales de los extranjeros y la ausencia del control judicial.

Este Reglamento pronto mostró su inadecuación e ineficacia no solo para dar una respuesta adecuada al crecimiento migratorio de los años 90 sino que tampoco respondía ya al desarrollo de la normativa comunitaria que se produjo con la firma del Acuerdo Schengen y con la aprobación del Tratado de la Unión Europea con la firma del Tratado de Maastricht en 1992. Transcurridos diez años, el nuevo Reglamento⁹²

⁸⁹ D. MOYA MALAPIERA, "La evolución del sistema del control migratorio de entrada en España", en *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, VVAA, directores E. AJA y J. ARANGO, Fundación CIDOB, 2006, págs. 45 a 84, concretamente pág. 57.

⁹⁰ Reglamento de ejecución aprobado por RD 1119/1986 de 26 de mayo, BOE 140, de 12 de junio.

⁹¹ Artículo 14 del RD 1119/1986 de 26 de mayo

⁹² Aprobado por RD 115/1996 de 2 de febrero, BOE 47, de 23 de febrero de 1996.

tampoco supuso un avance significativo al menos en cuanto a lo señalado respecto del régimen de entrada que apenas varió, a excepción de la introducción de un artículo relativo a las denegaciones de entrada⁹³. En este precepto se establece que la denegación de entrada que se produzca por incumplimiento de los requisitos, “deberá verificarse en resolución motivada, que será notificada al extranjero, con referencia a los recursos que contra la misma puedan interponerse”; indicación que no obstante, no tenía ninguna eficacia toda vez que resultaba del todo imposible la interposición de recurso alguno dada la situación en la que se encontraba el extranjero, muchas veces desconocedor del alcance y contenido de esas resoluciones habida cuenta de la inexistencia de su derecho a la asistencia letrada así como a ser asistido por intérprete en el caso de que no entendiera el idioma.

Lo que sí hemos de señalar, porque resulta significativo, es el hecho de que la Disposición Transitoria Tercera de dicho Reglamento estableciera un procedimiento de regularización de extranjeros en situación irregular en nuestro país, si bien no se trata del primero toda vez que por Acuerdo de Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991 ya se procedió a regularizar a trabajadores extranjeros. Pues bien, una vez que entra en vigor el Reglamento del 96, aquellos extranjeros que se encontraren en España con anterioridad al 1 de enero de 1996 y que cumplieran con los requisitos señalados podrían ser documentados con permiso de trabajo o de residencia. Como veremos los procedimientos de “regularización” se repetirán en el tiempo, coincidiendo con las modificaciones en la materia, evidenciando así una constante de nuestra legislación en materia de extranjería: su insuficiencia e ineficacia para dar una respuesta adecuada al fenómeno migratorio.

Con la LO 4/2000 (artículo 23.2), se mantienen, entre otras condiciones, el visado como requisito básico de entrada, siendo este también una exigencia prevista en los artículos 9 y ss del Acuerdo Schengen. En el artículo referido, se señala expresamente que el visado no será exigido cuando se establezca *lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España*⁹⁴. En este sentido, hemos de

⁹³ Artículo 41 del RD 115/1996 de 2 de febrero.

⁹⁴ En esta fecha, año 2000, España tenía suscrito acuerdo de supresión de visados para estancias inferiores a 90 días con los siguientes países: Andorra, Antillas holandesas, Argelia, Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Brunei, Bulgaria, Canadá, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Croacia, Chile, Chipre, Ecuador,

mencionar, necesariamente, el Reglamento (CE) 539/2001, que determina los terceros Estados cuyos nacionales debían estar en posesión de un visado para acceder al territorio de los países miembros, creándose una doble lista: la de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de presentar un visado al cruzar las fronteras exteriores y otra, en la que se incluyen los nacionales de países que están exentos de presentar visado para estancias inferiores a 90 días. Ello ha supuesto que, desde que se produjo la trasposición del Reglamento, España, con la finalidad de adecuarse a los criterios y políticas de control de flujos migratorios de la UE, haya procedido a denunciar algunos de los tratados firmados con terceros países relativos a la supresión de visado para estancias inferiores a 90 días, como ha ocurrido, con Bolivia, Ecuador y Colombia⁹⁵.

Evidentemente, las “listas” que se contienen en el Reglamento no han sido rígidas y han ido modificándose conforme a distintos criterios que, en todo caso, siempre han respondido a las políticas migratorias establecidas por la UE. La exposición de motivos del propio Reglamento señala cuáles han de ser esos criterios: “evaluación ponderada, caso por caso, de diversos criterios relativos en particular, la inmigración clandestina, el orden público y a la seguridad así como a las relaciones exteriores de la UE con terceros países, teniendo en cuenta las implicaciones de la coherencia regional y de la reciprocidad”. En primer lugar y respecto de los criterios de inmigración clandestina, orden público y seguridad, como señala OLESTI RAYO, se tomará en consideración si se trata de un país especialmente emisor de flujos migratorios valorándose determinados parámetros como pueda ser, la existencia o no de redes de migración clandestina en el país, estadísticas sobre estancias irregulares, denegaciones de entrada en el territorio de los Estados miembros, la seguridad de los documentos de viajes expedidos por el tercer Estado e incluso el funcionamiento de acuerdos de

El Salvador, Eslovenia, EEUU de América, Estonia, Granada, Guatemala, Hungría, Israel, Japón, Kenia, Letonia, Lituania, Malasia, Malta, Marruecos, México, Nicaragua, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, República Checa, República Eslovaca, República Popular China, Rumanía, San Marino, Santa Sede, Singapur, Túnez, Turquía, Uruguay y Venezuela.

⁹⁵ Se prevé la supresión de la exigencia de visado para estancias de corta duración para Colombia y Perú, en fecha diciembre del 2015 por aplicación de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 509/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo del 2014 que modifica el Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. DOUE de 25 de mayo del 2014.

readmisión⁹⁶. Volvemos por tanto, una vez más, a comprobar que las políticas de la UE se dirigen, en esta materia, no a facilitar un entrada regular y controlada de inmigrantes al territorio de los Estados miembros, estableciendo mecanismos eficaces para ello sino que se tratan de políticas rígidas, destinadas a la restricción con la finalidad de evitar la entrada de nacionales de estos países.

En cuanto al segundo de los criterios, el de la reciprocidad, quizá sea el menos utilizado habida cuenta que el mecanismo de aplicación del mismo se mostró ineficaz, por su rigidez y fue modificado por el Reglamento del Consejo 851/2005 de 2 de junio, mediante el que se instauró un sistema de reciprocidad más flexible, fomentando la negociación con el tercer país. De esta forma, en el caso de que un tercer país imponga la obligación de visado a un Estado miembro este deberá notificarlo, por escrito, a la Comisión y al Consejo, notificación que se publicará en el Diario Oficial de la UE; una vez publicada dicha notificación, la Comisión deberá emprender acciones de negociación con el tercer país a efectos de que se restablezca la exención de visado, debiendo informar al Consejo que a la vista de los informes y previa consulta del Estado afectado, decidirá, en su caso, el restablecimiento temporal de la obligación del visado para los nacionales del tercer Estado.

En relación al régimen de concesión de visados tal cual señalamos en el apartado primero de este capítulo, se tomarán en cuenta no solo los intereses nacionales sino también los “compromisos internacionales asumidos por España”⁹⁷, determinándose, no obstante, que con carácter general, la denegación de visados deberá ser expresa y motivada, indicando los recursos que procedan, lo que supone que el derecho de defensa queda salvaguardado al imponer la motivación de las resoluciones y posibilitar el acceso a los recursos correspondientes.

Resulta evidente que la aprobación de la LO 4/2000 supuso un hito importante en cuanto al inicio de la incorporación del acervo Schengen a nuestra legislación y si

⁹⁶ A. OLESTI RAYO, “El código de fronteras Schengen y las condiciones de entrada por las fronteras exteriores para los nacionales de terceros países” en “Fronteras Exteriores de la UE e Inmigración a España: Relaciones Internacionales y Derecho”, Madrid Escuela Diplomática, 25 de mayo del 2006, *Cuadernos de la Escuela Diplomática, Relaciones Internacionales y Derecho*, volumen 33, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 81 a 115, concretamente pág. 95.

⁹⁷ Artículo 25.2 de la LO 4/2000 de 11 de enero

bien ello, así como el resto de la normativa comunitaria, inciden de forma directa en los derechos de los extranjeros, creemos que realmente la importancia que tuvo esta LO, radica, a nuestro entender, en un hecho trascendente que es el establecimiento, por vez primera, de una serie de garantías jurídicas a favor de los extranjeros. Sin perjuicio de su posterior análisis y estudio, en el apartado correspondiente, hemos de resaltar necesariamente el derecho a la defensa-la asistencia letrada y de intérprete en el caso que fuera necesario- que le asiste al extranjero en los procedimientos administrativos o judiciales que se puedan iniciar y que conlleven “la denegación de su entrada, expulsión o salida obligatoria en territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo”⁹⁸, amparando incluso a aquéllos extranjeros que pretendan cruzar ilegalmente la frontera.

Como ya hemos visto, la LO 4/2000 se aprobó en fecha 4 de enero sin embargo, en un plazo de tiempo muy escaso, se procede a llevar a cabo una amplia modificación mediante la LO 8/2000 de 22 de diciembre. En esta normativa se mantienen los derechos de los extranjeros en frontera- asistencia letrada gratuita e intérprete- tal cuál se ha referido; sin embargo, el artículo 20, relativo al derecho a la asistencia jurídica gratuita, se modifica en el sentido de condicionar ese derecho a “que -los extranjeros- carezcan de los recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita (...)”. Con el desarrollo reglamentario de la LO 8/2000⁹⁹, tal como veremos a continuación, se endurece el régimen de entrada así como la política de concesión de visados.

Comenzando con el régimen de entrada, referir que se establece un sistema similar al recogido en la normativa Schengen en cuanto a las condiciones de entrada y requisitos a cumplir, incorporándose de esta forma al ordenamiento interno el artículo 5 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen. El Reglamento señala de forma bastante minuciosa los documentos que los extranjeros deben presentar para acreditar el motivo de su entrada en territorio español si bien, no se trata de un listado abierto sino que deja abierta la posibilidad a otros medios de prueba. Igualmente permite una amplia

⁹⁸ Artículo 20.1 de la LO 4 /2000 de 11 de enero

⁹⁹ Reglamento de ejecución de la LO 8/2000 aprobado por RD 864/2001 de 20 de julio, en vigor hasta 7 de febrero del 2005.

discrecionalidad a favor de los funcionarios encargados del puesto fronterizo en orden a decidir si efectivamente se cumplen con los requisitos y condiciones de entrada para autorizar esta o bien para acordar su denegación, siempre a través de resolución motivada y con indicación de los recursos procedentes.

En cuanto a la denegación de visados, la LO 8/2000, dispone que la misma deberá ser motivada en los supuestos de visados de reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, a diferencia de lo señalado en el artículo 25 de la LO 4/ 2000, en el que se indicaba, en su apartado 3, la motivación, con carácter general, de las denegaciones de visado.

Se ha de destacar, en la misma línea, el mantenimiento de un sistema de control migratorio claramente restrictivo que se refleja, entre otros preceptos, en el hecho de que el Reglamento procede a ampliar, más allá del límite legal, los supuestos de devolución en los casos de extranjeros interceptados “en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada”¹⁰⁰; no obstante ello, este precepto junto con otros del mismo reglamento, fueron anulados por STS de 20 de marzo de 2003, en aplicación del principio de legalidad, toda vez que tal precepto reglamentario contrariaba claramente y extendía lo dispuesto en la Ley Orgánica que desarrollaba.

Mediante LO 11/2003, se producen nuevas reformas y aunque no alteraron en lo esencial, el modelo de control migratorio ni tampoco el sistema de derechos que asisten al extranjero en frontera, introduce una modificación en los artículos 318 y 318 bis de nuestro Código Penal, adaptando así a nuestra legislación interna la Directiva del Consejo 2002/90 de 28 de noviembre del 2002, que “tiene como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas (...) estableciendo un marco penal común, de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina (...)”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Artículo 138.1 b) del RD 864 / 2001

¹⁰¹ Exposición de motivos de la LO 11/2003, apartado IV, párrafo 2º.

Pese a que nuestro Código Penal ya tipificaba las conductas descritas, con esta reforma se da una nueva redacción al artículo 318 bis ¹⁰², agravándose las penas en los supuestos de que el tráfico ilegal *ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas*. Con la modificación del artículo 318 se incluye la posibilidad de que los Jueces o Tribunales, cuando se trate de personas jurídicas las que realicen las conductas tipificadas como delitos contra los trabajadores, puedan imponer cualquiera de las medidas que se recogen en el artículo 129 del mismo texto legal ¹⁰³.

Por el contrario, la modificación que se produce a continuación, concretamente en noviembre del mismo año, con la LO 14/2003, sí que resulta trascendental y, así, como afirma MOYA MALAPIERA ¹⁰⁴, con quien coincidimos, “fue más allá de una mera trasposición de disposiciones comunitarias o de una adaptación legal de la STS de 20 de marzo de 2003, como alega su Exposición de Motivos, para resultar en una serie de modificaciones de los distintos elementos del sistema de control migratorio que, valoradas en conjunto, constituían un paso más en el sistema de control de extranjeros, tanto en el estadio de control de entrada como en el de control de la estancia o permanencia(...)”.

¹⁰² Este artículo ha sido modificado por LO 1/2005 de 30 de marzo, BOE 77, de 31 de marzo, modificándose el tipo básico al sustituirse “quien de forma directa o indirecta promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina” por “El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros (...)”. La pena a imponer por la comisión de estos hechos es de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

¹⁰³ Estas medidas pueden consistir, durante la instrucción de la causa, en la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. Igualmente, se podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita y el resto de penas accesorias recogidas en el artículo 33.7, apartados c) a g).

¹⁰⁴ D. MOYA MALAPIERA, cit., pág. 60.

3.2. Directiva de transportistas y su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el artículo 18.1 de la CE: derecho a la intimidad personal

La LO 14/2003 traspone la Directiva del Consejo 2001/51¹⁰⁵ que tiene por objeto completar las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen y que impone obligaciones a los países miembros a fin de que adopten medidas para que los transportistas se hagan cargo de forma efectiva del traslado de extranjeros a sus países de procedencia en el caso de los traslados que se hayan realizado sin la documentación preceptiva para su entrada o bien con documentación defectuosa.

La LO 7/85 no recogía la obligación de los transportistas en estos supuestos aunque su Reglamento de ejecución hacía referencia a que si se dieran dichas circunstancias, las compañías o empresas de transporte *están obligadas a proporcionar la salida del territorio español*. Sin embargo la LO 8/2000, introdujo por vez primera, la obligación por parte de *los sujetos responsables del transporte* de comprobar la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como en su caso, del correspondiente visado así como de hacerse cargo de forma inmediata del extranjero a quien se le hubiese denegado la entrada por deficiencias en la documentación necesaria para el cruce de fronteras (tanto de su manutención como de los gastos que se ocasionen como consecuencia de su retorno, bien al país que le haya transportado, al Estado que haya expedido los documentos de viaje con los que hayan viajado o bien, a cualquier otro Estado que garantice su admisión), recogiéndose como infracción muy grave, el incumplimiento de dichas obligaciones.

Con ello se produce, por un lado, un evidente traspaso de las funciones del control migratorio y de las condiciones de entrada, a las compañías transportistas y, por otro, un traslado del momento de dicho control que, de esta forma, se realiza con carácter previo a la llegada del extranjero a la frontera. De este modo, las compañías transportadoras vienen *obligadas* a arrogarse una serie de competencias que, en realidad, deberían corresponder con carácter exclusivo al Estado, en el ejercicio de su

¹⁰⁵ Directiva de 28 de junio del 2001, DOUE 187, de 10 de julio.

soberanía sobre el territorio nacional. Nos encontramos, por tanto, que una persona física o jurídica, en todo caso de carácter privado, debe no sólo comprobar los documentos de identidad de los extranjeros, cuyo destino sea cualquier territorio del espacio Schengen, sino que incluso tiene que decidir si los mismos son válidos o, por el contrario, falsos o cuando menos incompletos o incorrectos, responsabilizándose de que el personal “encargado de estas tareas posea los conocimientos adecuados para poder detectar la carencia, falta de vigencia o manifiesta falsedad de los documentos indicados (...)”¹⁰⁶.

Por tanto, serán las compañías transportadores las que valorarán si efectivamente los extranjeros viajan con la documentación adecuada (incluyéndose la comprobación, en el caso que fuera exigible, de que se les ha expedido el correspondiente visado) así como del cumplimiento de las condiciones de entrada, especialmente en el caso de nacionales de terceros países con quienes se hayan firmado convenios de supresión de exigencia de visado para estancias de corta duración.

Llegados a este punto, hemos de cuestionarnos si efectivamente, el sujeto responsable del transporte, ha de exigir al extranjero que acredite medios económicos o que justifique el motivo del viaje o las condiciones de estancia, al ser estos requisitos exigibles legalmente para que se autorice su entrada a territorio nacional. A la vista de los preceptos legales introducidos por la LO 8/2000 y, con la finalidad de evitar las sanciones económicas previstas¹⁰⁷ y de la asunción de los gastos de manutención y traslado del extranjero cuya entrada sea denegada, la respuesta debería ser afirmativa, ahora bien, ¿Qué potestad ampara esta actuación? Evidentemente ninguna aunque es claro que la compañía sí puede dejar de emitir el correspondiente billete o título de viaje o bien, puede negarse a embarcar al extranjero e, incluso, y en el caso de que el transporte sea por vía terrestre, “cuando se constate que un extranjero no dispone de la documentación necesaria, no deberá ser admitido a bordo del vehículo y, si hubiera

¹⁰⁶ Artículo 30.6 del Reglamento de ejecución, aprobado por RD 864/2001

¹⁰⁷ La comisión de infracciones muy graves recogidas por la LO 8/2000, se sancionaban con multa, desde 1.000.001 hasta 10.000.000 de pesetas.

iniciado la marcha, deberá abandonarlo en la parada o lugar adecuado más próximo (...)”¹⁰⁸.

Los únicos supuestos de exención de responsabilidad de las compañías transportadoras se circunscriben al hecho del extranjero que, a pesar de no cumplir con las condiciones de entrada, presente su solicitud de asilo en frontera y, cuando el transportista haya trasladado al extranjero desde el territorio de otro país en el que se encuentre en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen.

Por último, indicar la situación de desamparo en la que se encontraría el extranjero a quien se le denegara la expedición del billete o bien se le impidiera el embarque, en el caso de que el transportista considerara o valorase que no cumple con los requisitos de entrada, coincidiendo en este aspecto por MOYA MALAPIERA¹⁰⁹ y, especialmente en el supuesto relativo a los solicitantes de Asilo.

La LO 14/2003, con la trasposición de la Directiva ya mencionada, amplía aún más las obligaciones de los transportistas y endurece las sanciones en caso de incumplimiento. Se modifica el artículo 66 de la LO 4/ 2000, en el sentido de imponer a las compañías o empresas transportadoras la obligatoriedad de remitir, en el momento de la finalización del embarque y antes de la salida, a las autoridades españolas “encargadas del control de entrada, la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, ya sea por vía aérea, marítima o terrestres y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, el territorio español (...)”. Y ello se exige “a efectos de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública”, en los supuestos en que las autoridades españolas lo determinen respecto a rutas procedentes de países-fuera del espacio Schengen-en las que la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesario. Igualmente, deberán enviar “la información comprensiva del número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros que previamente hubiesen transportado a España, ya sea por vía marítima, aérea o terrestre, y con

¹⁰⁸ Artículo 30.6, párrafo segundo, del RD 864/2001

¹⁰⁹ D. MOYA MALAPIERA, “¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos? Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el actual modelo de gestión migratoria”, *Revista catalana de Derecho Público*, nº 40, 2010, págs. 1 a 65, concretamente pág. 10, recurso electrónico disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/03DavidMoya.htm> www.ugr.es/, fecha de la consulta, enero del 2014.

independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, de rutas procedentes de fuera del espacio Schengen (...)"'. En ambos casos, la información contendrá tanto el nombre y apellidos de cada pasajero como su nacionalidad y número de pasaporte o del título de viaje que acredite su identidad.

Como ya hemos señalado, el régimen sancionador se endurece, imponiéndose en el caso de incumplimiento de dichas obligaciones, multa de 3000 a 6000 euros por cada viajero transportado, o con un mínimo de 500.000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados.

En nuestra opinión, creemos que el nuevo artículo 66, permitiendo que la Administración tenga acceso a datos de carácter personal, sin el consentimiento del interesado, puede incidir en los derechos recogidos en el artículo 18, en sus apartados 1 y 4 de la CE. En efecto, el derecho a la protección de los datos personales tiene dos vertientes íntimamente unidas, por un lado, viene integrado por la garantía a la persona del poder de disposición de estos datos y, por otro, la imposición a terceros, tanto a particulares como a la Administración, de la prohibición de acceder a los mismos, salvo si media consentimiento de los interesados¹¹⁰. Sin embargo, este poder de disposición no es absoluto, pudiendo estar sometido a limitaciones que, en todo caso, como señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹¹¹, han de estar justificadas en la protección de otros bienes o derechos constitucionales y además habrán de ser proporcionadas al fin perseguido. Entendemos que los supuestos en los que procede la cesión de datos de carácter personal a la Administración, recogidos en el nuevo artículo 66, "a efectos de combatir la inmigración ilegal", "cuando así lo determinen las autoridades españolas y, a los efectos indicados en el artículo anterior", resultan ambiguos, indefinidos, e indeterminados a tal punto, que dichas situaciones, no podrían amparar una limitación del derecho fundamental objeto de la cuestión puesto que la misma impone al legislador, precisar, tal cual se ha señalado, la concurrencia de otro derecho protegido constitucionalmente que justifica la restricción, así como las circunstancias y situaciones.

¹¹⁰ STC 254 /1993 de 20 de julio. Fundamento Jurídico Séptimo

¹¹¹ Entre otras y, sin ánimo de extendernos, STC 104/ 2000 de 13 de abril, Fundamento Jurídico Quinto y STC 196/1987 de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico Sexto

Pues bien, en el caso concreto, la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española¹¹², tras su reunión de 28 de noviembre del 2003, emitió un dictamen acerca de la posible inconstitucionalidad de diversos artículos de la LO 14/2003, entre los que se encontraba el apartado 35 que modificaba el artículo 66.1, 66.2, párrafo segundo (referidos a la cesión y acceso de datos de carácter personal sin consentimiento del interesado, “*a efectos de combatir la inmigración ilegal*”, en definitiva, de controlar la entrada de extranjeros) . Tras el análisis de la jurisprudencia constitucional en la materia, la Subcomisión entendió y llegó a la conclusión que dichos preceptos pudieran ser inconstitucionales toda vez

“que la posibilidad de acceso o cesión de datos, basadas en el ejercicio de las competencias de una ley administrativa, que no penal, así como a los efectos de combatir la inmigración ilegal, que es una mera infracción administrativa, por lo que al extranjero se refiere, no puede suponer la restricción del derecho del artículo 18.4 de la CE, debiendo quedar este límite exclusivamente para la persecución de las infracciones penales relacionadas con la inmigración clandestina, artículos 318 bis y 313 del CP, donde precisamente el extranjero es el sujeto pasivo o víctima, y no responsable de las mismas. (...). Los incisos antes señalados van mucho más allá, permitiendo la infracción del artículo 18.4 por la simple persecución de una infracción administrativa, (...) que no afecta a la seguridad ni al orden público ni a otros derechos constitucionales protegibles (...).

En otro orden de cosas y para poder permitir a otras administraciones el poder para transmitir, ceder y acceder a los datos sin autorización del interesado, es que las limitaciones a estos derechos constitucionales establecidas por una ley no adolezcan de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación(...).

¹¹² La subcomisión estuvo compuesta por Pascual Aguelo Navarro, Sonia Martínez Albiñana, José Luis Rodríguez Candela, Roberto Sánchez, Paco Solans Puyuelo, Margarita Palos Nadal, Santiago Yerga Cobos, José Luis Santamarta Rodríguez, Cristina Ranz, Elena Eguiguren Ezquerro y Patricia Bárcena.

Los preceptos cuya impugnación pretendemos son claramente inciertos, abiertos y genéricos, que en el fondo permitirían cualquier limitación al contenido del artículo 18.1 y 4 de la CE, vaciándoles de su contenido esencial.(...)”¹¹³

Por parte del Parlamento Vasco se interpuso recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la LO 14/2003, concretamente y en lo que nos interesa, contra el que reformaba el artículo 66, habiendo sido resuelto por Sentencia 17/2013 de 31 de enero. Sin embargo, en el tiempo transcurrido desde la interposición del recurso hasta su resolución, el segundo párrafo del artículo 66 ha sido modificado nuevamente por LO 2/2009¹¹⁴, debiendo las autoridades encargadas del control de entrada, tras la entrada en vigor de este nuevo cambio, borrar los datos suministrados en el plazo de 24 horas.

El Fundamento Jurídico Sexto de la STC señalada analiza la constitucionalidad del artículo 66, circunscribiéndose a los apartados relativos a la obligación de remisión de información por parte del transportista respecto de las personas que transporten fuera del espacio Schengen. La cuestión se resuelve desestimando la impugnación realizada, disponiendo que

“(…) las autoridades españolas no tienen la capacidad de disponer discrecionalmente de dicha obligación sino, únicamente, la posibilidad de determinar el momento y las rutas respecto a las cuales esa obligación de suministro de información, ya previamente establecida, ha de hacerse efectiva. Aspecto éste, instrumental y accesorio, que es el único que queda diferido a la decisión de las autoridades competentes en la materia, las cuales, en su adopción, han de seguir los criterios fijados por la legislación orgánica tanto en relación con la finalidad perseguida, combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública, como en lo que se refiere a las rutas en las que puede aplicarse, solamente aquellas procedentes de fuera del espacio Schengen en las que la intensidad

¹¹³ Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía de 28 de noviembre de 2003, págs. 11 y 12.

¹¹⁴ La redacción definitiva es la siguiente: “La información será transmitida por medios telemáticos, o, si ello no fuera posible, por cualquier otro medio adecuado, y será comprensiva del nombre y apellidos de cada pasajero, de su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte, hora de salida y llegada del transporte, número total de personas transportadas, y lugar inicial del embarque. Las autoridades encargadas del control de entrada guardarán los datos en un fichero temporal, borrándolos tras la entrada y en un plazo de veinticuatro horas desde su comunicación, salvo necesidades en el ejercicio de sus funciones. Los transportistas deberán haber informado de este procedimiento a los pasajeros, estando obligados a borrar los datos en el mismo plazo de veinticuatro horas”

de los flujos migratorios lo haga necesario(...). Así, es posible apreciar que la limitación al derecho a la protección de datos personales deriva, no de la decisión administrativa (...) sino de lo establecido por el propio legislador orgánico (...)

Por ello, y en cuanto a la idoneidad de la restricción del derecho fundamental a la protección de datos para el fin que persigue, debemos partir de la consideración de que el derecho fundamental a la protección de datos ha de cohererarse con otras exigencias y prioridades, en muchos casos derivados de la condición de España como miembro de la Unión Europea, y no ha de equipararse, en este caso concreto, con una pretensión de anonimato del usuario del transporte frente al control de entrada ejercido por las autoridades competentes, el cual implica el ejercicio de una potestad pública inherente a la soberanía plena y exclusiva del Estado sobre su territorio. Al respecto, los mecanismos de policía administrativa a través del control de flujos migratorios responden a una finalidad legítima expresada en el evidente interés público que subyace en el adecuado control de los antes citados flujos migratorios y de la seguridad pública asegurando, al tiempo, el cumplimiento de lo dispuesto en las leyes, expresión de un interés general que, en cuanto predicable del conjunto de la comunidad, puede no siempre resultar compatible con los que corresponden a las personas singulares, pues es evidente que el respeto a las decisiones del legislador y su adecuada puesta en práctica redundan en beneficio de la comunidad. Así, es innegable que la medida prevista intenta evitar que se eludan las leyes que regulan la entrada, residencia y circulación de los extranjeros en España, esto es, persigue una finalidad, el aseguramiento de que la entrada y estancia de los extranjeros en España se hace con pleno respeto a la ley, a cuya relevancia, tanto desde la perspectiva constitucional como en relación con el cumplimiento de los compromisos asumidos con el resto de países de la Unión Europea (...).

Además, examinada la cuestión controvertida desde la perspectiva de los invocados principios de finalidad y consentimiento, específicos del derecho fundamental a la protección de datos, tampoco éstos resultan violentados. Aun cuando los datos se recaben en el marco de una actividad que da derecho al usuario a una prestación de servicios consistente en su traslado hasta las fronteras del territorio español, lo cierto es que dichos datos no se obtienen para la realización de dicha prestación de servicios, sino que su obtención se regula en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en razón de que, basándose en un hecho objetivo como la intensidad de los flujos migratorios, los mismos se consideran necesarios para el cumplimiento de finalidades vinculadas con la seguridad pública y el control de dichos flujos migratorios a fin de evitar la inmigración ilegal. De ahí que la recogida de datos a

que hace referencia el precepto venga establecida, como ya hemos apreciado, en la propia Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros. Así esta última es la norma a cuyo amparo y para las finalidades legítimas previstas en la misma se reclama la información (art. 4 LOPD); información y posterior tratamiento y cesión a la cual, por lo demás, le será aplicable la legislación sobre protección de datos (art. 11.5 LOPD), en particular, el derecho a la información y la necesidad de cancelar los mismos cuando hubieran dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados (arts. 5 y 4.5 LOPD, respectivamente y, en el mismo sentido, art. 6 de la Directiva 2004/82/CE), lo que permite apreciar la existencia de garantías suficientes en orden a un eventual uso desviado de la información y que, por lo mismo, excluyen que se pueda apreciar aquí la denunciada infracción del art. 18.4 CE en cuanto no se afecta a su contenido esencial en lo relativo a los invocados principios de finalidad y consentimiento. Garantías que se confirman a la luz de lo dispuesto por el párrafo segundo del apartado 1, en la redacción que al mismo ha dado la Ley Orgánica 2/2009, en cuanto que el mismo, además de exigir expresamente la información a los pasajeros, dispone que los datos no se almacenen más de 24 horas, borrándolos tras la entrada (...).”.

3.3. Directiva 2001/40 de reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países

La LO 14/2003, introduce en nuestra legislación, la Directiva del Consejo 2001/40 de 28 de mayo del 2001 ¹¹⁵, cuyo objeto es el reconocimiento mutuo de las resoluciones de expulsión acordadas por las autoridades competentes de un Estado miembro “para impedir que aquellos extranjeros sobre los que hayan recaído estas (...) puedan intentar evitarlas trasladándose a otro Estado (...)” ¹¹⁶. Esta trasposición se refleja en la inclusión de un nuevo apartado en el artículo 64, contemplando que en el caso de que “un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar un nuevo expediente de expulsión (...)”.

¹¹⁵ DOUE de 2 de junio del 2001.

¹¹⁶ Exposición de motivos II, apartado 3 de la LO 14 /2003.

Entendemos que debe hacerse un análisis de dicha Directiva toda vez que la misma se enmarca, como un instrumento más, en la política de la Unión Europea en materia de política migratoria y por ende, en el régimen de entrada habida cuenta que las autoridades españolas podrán denegar la entrada de un extranjero sobre el que existe una orden de expulsión dictada por otro país miembro.

Efectivamente, la cuestión de la inmigración ilegal ha sido y, sigue siendo, un problema constante para la Unión Europea y prueba de ello es que la actuación llevada a cabo, relativa, entre otras, al control fronterizo, ha ido destinada precisamente a evitar esa inmigración ilegal así como a disminuir el número de inmigrantes en los países del espacio Schengen. En este sentido hemos de indicar la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa a una política común de inmigración ilegal¹¹⁷, en la que se considera a esta cuestión como “un escollo considerable para el proceso de integración” para señalar a continuación que “la aplicación de los planes de acción adoptados por el Consejo sobre la inmigración ilegal, el control fronterizo y la política de repatriación deberían contribuir sustancialmente a reducir la inmigración ilegal. Ahora bien, debe abordarse la situación de aquellos que ya están viviendo en los Estados miembros. En el contexto de la política de inmigración común, el único planteamiento coherente sobre los residentes ilegales es asegurarse de que regresen a su país de origen”.

Pues bien, en este contexto es donde se sitúa, entre otras, la Directiva referida (2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo del 2001), que permitirá la ejecución de la expulsión de extranjeros, “según la legislación vigente en el Estado miembro de ejecución”¹¹⁸, primero, cuando se haya adoptado una medida de expulsión en el que caso de que se haya basado en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales y adoptada en los casos siguientes: a) el extranjero haya sido condenado por uno de los Estados miembros a una pena privativa de libertad de, al menos un año, b) existencia de sospechas fundadas de que el nacional del tercer país “ha cometido hechos punibles graves o existencia de indicios reales de que tiene intención

¹¹⁷ COM (2001) 672 de 15 de noviembre del 2001.

¹¹⁸ Artículo 1 de la Directiva.

de cometer tales hechos en el territorio de un estado miembro”; y segundo, cuando la expulsión se base “en el incumplimiento de las normas nacionales sobre entrada o residencia de extranjeros”¹¹⁹.

La primera cuestión que necesariamente hemos de plantearnos es si los supuestos recogidos en la Directiva tienen su equivalencia en nuestra legislación interna. Respecto del primero, la LO Ex 4/2000, en su redacción actual, establece como causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hayan sido cancelados¹²⁰.

En el supuesto de que el acuerdo de expulsión se base en el incumplimiento de normas nacionales sobre residencia, tiene igualmente su correlativo en el artículo 53.1 a)¹²¹.

En cuanto al incumplimiento de la normativa relativa a la entrada, realmente en nuestra legislación no se recoge que dicha actuación sea constitutiva de una sanción de expulsión, sino de una medida de devolución: “No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.

b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país (...).¹²²

Mención especial requiere el artículo 3.1 a) segundo párrafo de la Directiva toda vez que consideramos plantea mayores problemas de determinación de las conductas a las que hace referencia, tanto de la existencia de sospechas fundadas de haber cometido hechos punibles graves como la constatación de indicios reales de que tiene la intención

¹¹⁹ Artículo 3 de la misma Directiva.

¹²⁰ Artículo 57.2 de la LO 4 /2000, en su redacción dada por la LO 2/2009.

¹²¹ Conforme a la redacción dada por LO 2/2009: “Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización y, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”

¹²² Artículo 58.3 de la LO 4/2000.

de cometerlos. Entendemos que la precisión de qué se entienda por “sospechas” o existencia de “indicios reales”, o qué conductas realizadas por el extranjero han de ser consideradas como tales, deberán ser descritas o delimitadas por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro. En el caso de España este precepto encontraría su equivalente en dos artículos, en el 53.1 f), al señalar que constituyen infracciones graves, “la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana”¹²³ y en el artículo 54.1 a), considerándose como infracciones muy graves, “las actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves”, en la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana.

La segunda cuestión a examinar hace referencia a aspectos prácticos en la ejecución de la expulsión. En este sentido hemos de indicar tres artículos de la Directiva que explican la forma de llevarse a cabo la misma. Por un lado, el artículo 1 apartado 2, en el que se establece que la ejecución de la medida de expulsión, se llevará a cabo conforme “a la legislación vigente en el Estado miembro de ejecución”; por otro lado, el artículo 6 que dispone la obligatoriedad por parte del Estado miembro, autor de la orden de expulsión, de proporcionar al Estado de ejecución “todos los documentos necesarios para certificar (...) que la naturaleza ejecutiva de la decisión de la expulsión tiene carácter permanente, si procede con arreglo a las disposiciones pertinentes del manual SIRENE (...). El Estado miembro de ejecución examinará previamente la situación de la persona interesada para cerciorarse de que ni los actos internacionales pertinentes ni las normas nacionales aplicables se oponen a que se haga ejecutiva la decisión de la expulsión”. Y, finalmente, el artículo 4, en el que se señala que los “Estados miembros se cerciorarán de que el nacional de un tercer país podrá recurrir contra toda medida (de expulsión), según la legislación del Estado miembro de ejecución”

Si bien el sistema de ejecución de expulsiones establecido en la Directiva parece ser claro y *a priori*, respetuoso con los derechos de los extranjeros, especialmente el de

¹²³ Actualmente esta Ley ha sido derogada por LO 4/2015 de 30 de marzo que entró en vigor el pasado 1 de julio del 2015. BOE 77, de 31 de marzo del 2015.

defensa, al señalarse que el Estado de ejecución habrá de examinar previamente a llevarse a cabo la expulsión que la misma se encuentra en vigor y que el extranjero podrá recurrir la medida. Sin embargo, en la práctica, el ejercicio de este derecho puede verse afectado toda vez que las autoridades de cada uno de los Estados miembros que vayan a ejecutar una orden de expulsión acordada por otro Estado, no entrarán a valorar si el procedimiento de adopción de dicha resolución se ha adecuado a la legalidad o si, por ejemplo, la expulsión ha sido correctamente notificada al interesado con la indicación de los recursos a interponer o si efectivamente la legislación del país prevé o no un régimen de recursos y ello porque tan sólo verificarán si la misma se encuentra o no en vigor y puede ser ejecutada.

Hasta ahora hemos podido observar que la política española, en consonancia con la UE, en materia de inmigración y fundamentalmente en materia de regulación de los flujos migratorios, ha sido una política caracterizada por el control y la restricción en la entrada de extranjeros, la persecución de la inmigración ilegal y claramente favorecedora de la expulsión de extranjeros, regulándose este aspecto de la extranjería a través de una normativa prolija. No obstante tales previsiones no se ha evitado el aumento de extranjeros en situación de irregularidad. Prueba de ello es, una vez más, el establecimiento de procesos de regularización con motivo de una nueva reforma o un nuevo Reglamento. Así, en el Preámbulo del RD 2393/04, se señala la necesidad de *“adoptar una medida de normalización”* que exceptúe los *“cauces estables de admisión de trabajadores”* y todo ello ante la existencia de *“la elevada cifra de extranjeros que se hallan hoy en España”*. Procesos de regularización que no se volverán a producir, al menos hasta la fecha, imponiéndose los procedimientos que se recogen en el Reglamento para la obtención de las autorizaciones de residencia y residencia y trabajo, incluyéndose las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales a través de la vía del arraigo social, laboral o familiar.

3.4. Directiva de retorno

La última gran reforma de la legislación en materia de extranjería se produce con la LO 2/2009 de 11 de enero, que si bien ha sido objeto de otras reformas posteriores han sido reformas puntuales y no afectan a la materia a tratar. La nueva reforma obedece, entre

otros, a dos motivos básicamente. El primero, adecuar la normativa a la nueva jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa a los derechos de extranjeros ¹²⁴ y el segundo, proceder a la transposición de Directivas comunitarias que habían sido aprobadas desde la última reforma producida.

Son nueve las Directivas que se incorporan al ordenamiento jurídico interno si bien es la Directiva de retorno la que mayor relevancia tiene para nuestro trabajo que además, fue adoptada tras la firma del Pacto Europeo sobre inmigración y Asilo ¹²⁵ “en el cuál se establecen como principales objetivos conseguir una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y deberes” ¹²⁶.

3.4.1. Origen y justificación del retorno en el ámbito europeo

Se podría afirmar que si bien el origen de esta Directiva ¹²⁷ se encuentra en el Tratado de Ámsterdam, no es menos cierto que el cambio que se produjo con este Tratado vino motivado principalmente por la fuerte presión de inmigrantes que se venía sufriendo a principios de la década anterior las fronteras del sur de la UE y que conllevó a dictar una serie de recomendaciones y orientaciones en orden a la celebración de acuerdos de readmisión bilaterales entre los estados miembros y terceros países ¹²⁸. El TA introdujo el Título IV “*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*”, lo que supuso la denominada *comunitarización* de estas materias, esto es, la asunción de competencias sobre estas cuestiones por parte de la UE,

¹²⁴ Recordemos que la LO 8/2001, fue objeto de varios recursos de inconstitucionalidad que han sido resueltos por STC 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre, en relación a los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, cuyo ejercicio se condicionaba al requisito de la situación de legalidad, limitación que ha sido declarada nula por nuestro Tribunal, por ser contraria a la Constitución.

¹²⁵ Este Pacto fue refrendado por el Consejo Europeo de 16 de octubre del 2008 por los 27 países miembros de la Unión Europea.

¹²⁶ Apartado II del Preámbulo de la LO 2 /2009, BOE 12 de diciembre de 2009

¹²⁷ Directiva 2008/115/CEE de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos de los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008)

¹²⁸ Entre otras, Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994 relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión (DOC 274 de 19 de septiembre de 1996).

dándose inicio de la regulación a nivel comunitario y la instauración de una política común en el ámbito de la inmigración. Así, el artículo 61 del TCE/TA, dispone que el Consejo, deberá en el plazo de cinco años, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, adoptar medidas “destinadas a garantizar la libre circulación de personas (...) y las relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración (...)” y medidas sobre políticas de inmigración, en distintos ámbitos, entre ellos, “*la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de los residentes ilegales (...)*”, artículo 63.3 del TA. No obstante ello, en ese momento, y, a la vista de lo establecido en el artículo 63.4, los Estados miembros seguirían manteniendo la competencia para legislar en materia de inmigración siempre que ello no fuera contrario a lo dispuesto por el Derecho Comunitario¹²⁹: “las medidas adoptadas por el Consejo en virtud de los puntos 3 y 4 no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales”.

Tras el Consejo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, los Estados miembros se comprometieron, en palabras de BARRERA LÓPEZ a “definir una política común en materia de inmigración y asilo mediante la adopción de un marco jurídico común y un método de coordinación (...)”¹³⁰. Entre las conclusiones que se llegaron en dicho Consejo, hemos de destacar, en cuanto al retorno se refiere, las señaladas bajo los números 26 y 27 que se enmarcan en el apartado *Gestión de flujos migratorios*. Así se dispone que con la finalidad de *promover el retorno voluntario*, se ha de apelar a la obligación, que por imperativo de Derecho Internacional, tienen los terceros países, de readmitir a sus nacionales así como a la celebración de acuerdos entre el Consejo y estos terceros países en materia de readmisión¹³¹. Llama la atención el hecho de que el retorno de extranjeros ilegales en territorio de los Estados miembros

¹²⁹ G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La nueva directiva de retorno en el contexto de la actual política comunitaria de inmigración”, *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén* nº 8/2008, recurso electrónico disponible en www.rej.ujaen.es, pág. 2, fecha de la consulta, mayo del 2014.

¹³⁰ F. M. BARRERA LÓPEZ, “La readmisión en origen. La postrera expresión de la política comunitaria de alejamiento de los extranjeros inmigrantes en situación irregular”, *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2010, recurso electrónico disponible en http://www.refdugr.com/estudios_doc.php, pág. 14, fecha de la consulta, mayo del 2014.

¹³¹ Pueden consultarse las conclusiones del Consejo de Tampere en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

sea considerado como un mecanismo en la gestión de los flujos migratorios cuando en realidad constituye una medida de alejamiento de las fronteras de la UE con una naturaleza como veremos, claramente sancionadora. Por lo tanto, se fomenta el *retorno de irregulares* en lugar de establecer otras medidas encaminadas a la entrada regular de los extranjeros y a su integración social y laboral así como a tratar de paliar las deficiencias sociales, laborales y de respeto de los derechos humanos en los países de origen mediante la adopción fórmulas de cooperación al desarrollo que sean realmente efectivas.

Dos años después y tras los atentados de septiembre del 2001, el Consejo europeo de Laeken, celebrado en diciembre de este mismo año, dispone impulsar de forma más efectiva e inmediata, el establecimiento de una *verdadera política común de asilo e inmigración*, mediante una serie de instrumentos, a destacar, en materia de retorno: “la integración de la política de flujos migratorios en la política exterior de la UE. En particular, deberán celebrarse acuerdos europeos en materia de readmisión con los países interesados (...)”¹³².

Las decisiones adoptadas en estos Consejos concluyen con la aprobación del Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales¹³³, en el que se contienen una serie de propuestas en torno a la configuración de esta figura jurídica así como al establecimiento de un procedimiento común, a nivel europeo, con el objetivo de conseguir que el retorno de nacionales de terceros países en situación de ilegalidad, en cualquiera de los países miembros, bien a sus países de origen o bien a los países donde sean readmitidos, sea real y efectivo. De esta forma el retorno se estructura como uno de los mecanismos claves en el desarrollo de la política europea en materia de inmigración y especialmente en la regulación de los flujos migratorios.

En este sentido se recogen, en el Libro Verde, una serie de recomendaciones o indicaciones que han de ser tomadas en cuenta en la regulación del retorno y que como veremos, tendrán su reflejo en la Directiva objeto de estudio. Así, en primer lugar y a

¹³² Pueden consultarse las conclusiones del Consejo de Laeken en el siguiente recurso electrónico http://extranjeros.empleo.gob.es/es/NormativaJurisprudencia/UnionEuropea/ConclusionesConsejosEuropeos/documentos/Laeken_es.pdf

¹³³ “Libro verde”, aprobado por la Comisión el 10 de abril del 2002.

pesar de que se señala la preferencia por el retorno voluntario, se admite que será el retorno forzoso, el verdadero mecanismo *disuasorio para potenciales emigrantes que aún se encuentran fuera de la UE*; reconociendo al mismo tiempo que para que la política de retorno tenga éxito, se considera fundamental la cooperación con los terceros países mediante la celebración de tratados y acuerdos de readmisión tanto a nivel comunitario como bilaterales entre los países miembros y terceros países así como con los países en tránsito en el caso de que el retorno no pueda ser directo. Esta cooperación resulta clave a efectos de obtener los documentos de viaje necesarios para llevar a efecto dicho retorno y la readmisión por parte del país de llegada del extranjero¹³⁴.

En segundo lugar reconoce que la política de retorno tiene que ser *respetuosa con los derechos humanos y las libertades fundamentales*, especialmente en lo relativo a la adopción de medidas coercitivas para llevarlo a efecto, como pueda ser la detención y/o internamiento. Por último, también se prevé la posibilidad de establecer determinados requisitos para proceder al retorno de determinados grupos vulnerables: menores, personas enfermas o familias e incluso acordar criterios comunes sobre la inviabilidad del retorno en determinados supuestos y de forma temporal por motivos humanitarios. Evidentemente para la consecución de todo ello se hace necesario el establecimiento de normas mínimas y comunes en los procedimientos de retorno y ello es lo que se trata de lograr a través de la Directiva.

En realidad la figura del retorno, como se podrá comprobar a lo largo de esta exposición, no es tanto una fórmula para regular el flujo de inmigrantes a la UE sino que más bien se trata de la materialización y el reflejo de la verdadera política comunitaria en materia de inmigración, que tiende más a disuadir que a gestionar y preocupada por la seguridad, el control de entrada y el alejamiento de los inmigrantes en situación irregular que por el respeto a sus derechos humanos y su integración cultural y social. En definitiva, y en palabras de GARCÍA COSO, “esta Directiva es concebida en la Unión Europea como el instrumento nuclear para reducir la inmigración irregular. Pero en su elaboración y negociación se han dejado de lado algunas garantías mínimas

¹³⁴ En el concepto de retorno no solo se incluye el traslado o la repatriación del extranjero sino también el reingreso en el país de procedencia o de origen

que inciden directamente en la esfera de los derechos y libertades que deben disfrutar los inmigrantes irregulares en los procedimientos de expulsión”¹³⁵

Finalmente y tras la celebración del Consejo Europeo de Bruselas de noviembre del 2004, en el que se aprueba el “Programa de la Haya”, se procede a la elaboración de la propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de septiembre de 2005, relativa a procedimientos y normas comunes de los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio que junto con el contenido de la Comunicación de la Comisión de 19 de julio del 2006¹³⁶, convergen en la aprobación, en 2008, de la denominada Directiva de Retorno.

Previamente al inicio del análisis del contenido de la Directiva hemos de hacer unas puntualizaciones que consideramos significativas.

Primero, indicar que si bien como señala MOYA MALAPIERA, “en términos generales, las razones para abordar una armonización de las medidas de alejamiento de extranjeros en la Unión Europea pueden básicamente reducirse a dos: por un lado: la necesidad de aumentar la eficacia en la lucha contra la irregularidad manteniendo un elevado nivel de seguridad jurídica; y por otro lado, la necesidad de acompañar el elevado grado de armonización en materia de control de entrada y procedimientos de asilo, con una regulación de las medidas de alejamiento (...)”¹³⁷, tampoco debemos olvidar que la efectividad y viabilidad del alejamiento de extranjeros en situación irregular, tal y como plantea la Directiva, requiere necesariamente la cooperación de los terceros países (ya sean de procedencia o de origen así como aquéllos de tránsito, si no es posible efectuar el retorno de forma directa), señalándose, en este sentido, en el Considerando (7) de la Directiva, que “a fin de facilitar el proceso de retorno, se destaca

¹³⁵ E. GARCÍA COSO, “El alcance y eficacia de las medidas para reforzar la expulsión de inmigrantes irregulares y prevenir el empleo irregular” en *La regulación de la inmigración irregular, Derechos humanos y el control de fronteras en la Unión europea*, Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 81 a 105, concretamente pág. 82.

¹³⁶ Comunicación sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países. COM (2006) 402, final.

¹³⁷ D. MOYA MALAPIERA, “La nueva Directiva del retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjería”. Recurso electrónico disponible en www.ugr.es/~redece/REDCE10/articulos/03DavidMoy.htm, pág. 22, fecha de la consulta, mayo del 2014.

la necesidad de que haya acuerdos de readmisión comunitarios y bilaterales con terceros países. La cooperación internacional con los países de origen en todas las fases del proceso de retorno constituye un requisito previo para la consecución de un retorno sostenible”. Algunos autores, concretamente dos autoras, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA y ESTEBAN DE LA ROSA, han visto en ello, una vez más, una falta de articulación global y común a nivel europeo de la política sectorial en materia de inmigración¹³⁸. No obstante, lo que sí es cierto es el hecho de que en caso de ausencia de colaboración por parte de terceros países sería difícil ejecutar el retorno, especialmente el retorno forzoso, fin último al que se dirige la Directiva.

Y segundo, a pesar de que la Directiva trata de armonizar las medidas de alejamiento, no supone una total “uniformización” de las mismas y ello porque los distintos Estados tendrán potestad para adaptar la figura del retorno y los criterios de aplicación de las decisiones de retorno a las propias legislaciones internas, constituyendo, de esta forma, la Directiva una especie de “normativa básica”. No obstante, esta armonización ha sido positiva en determinados supuestos, como en el caso de limitar el periodo de internamiento del extranjero que, en las legislaciones de algunos países miembros, como ya veremos, era *sine die*. En el caso de España, por el contrario, ha sido un elemento negativo, al ampliar dicho periodo.

3.4.2. Noción de retorno y su diferencia con otras instituciones en el derecho español

En primer lugar, sería conveniente establecer el concepto de “retorno” y diferenciarlo de otras figuras jurídicas de nuestro ordenamiento para evitar confusiones.

¹³⁸ G. ESTEBAN DE LA ROSA, “(...) la aprobación por el Parlamento Europea de la referida Directiva, no articula (...) la referida política sectorial dentro de un marco-en el que cabe decir-que no existe una política comunitaria en el ámbito de la inmigración en el momento actual (...)”, en “La nueva directiva del retorno en el contexto de la actual política comunitaria de inmigración”. *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, nº 8, 2008, págs. 1 a 6, recurso electrónico disponible en www.rej.ujaen.es, fecha de la consulta, febrero del 2014. Y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Efectivamente, la Directiva no articula esa política sino que deja a los Estado miembros las negociaciones mediante acuerdos bilaterales bien sea para la canalización de flujos migratorios bien sea para la readmisión”, en “La Unión europea frente al fenómeno migratorio”, *La Unión europea en la encrucijada de la globalización*, VVAA, *Revista de Derecho de la Unión europea* nº 16, 1er semestre, Cóllex, Madrid, 2009, págs. 221 a 239, concretamente pág. 226.

En nuestra legislación la figura del retorno se refiere a los supuestos de aquéllos extranjeros que pretenden entrar legalmente a territorio español, a través de los puestos habilitados al efecto y sin embargo no cumplen con alguno o algunos de los requisitos exigidos. En este caso, la Administración española procede a denegar o rechazar la entrada del extranjero y acuerda su “retorno al país de procedencia”. Ello no constituye sanción alguna y el extranjero puede, posteriormente, personarse en la frontera española e instar nuevamente y proceder a la entrada, en caso de cumplir, claro está, con las condiciones legales.

El concepto de retorno en la Directiva comunitaria es mucho más amplio que el que recoge nuestra legislación puesto que abarca cualquier medida que tenga como objetivo el alejamiento del extranjero de las fronteras de la UE, tanto en el supuesto de nuestra denegación de entrada como la expulsión propiamente dicha, en caso de estancia irregular, y así se recoge en el artículo 3.2) al definir situación irregular como “la presencia en el territorio de un Estado miembro nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro”.

Igualmente hemos de diferenciar el retorno comunitario de la figura de la “devolución” conforme viene regulada en la LOEx. Nuestra legislación circunscribe la aplicación de esta institución a dos supuestos: extranjeros que pretenden entrar en territorio español de forma irregular, fuera de los puestos habilitados para ello, es decir, en el caso de entrada ilegal y extranjeros que habiendo sido objeto de una expulsión, contravengan la prohibición de entrada. En la Directiva no se define lo que deba entenderse por “devolución”, haciendo referencia a esta expresión para aludir a un concepto distinto, en el Considerando (8), al indicar que debe respetarse *plenamente el principio de no devolución*, en los supuestos de asilo y, en el artículo 5 al señalar que en aplicación de la Directiva, los Estados miembros “*respetarán el principio de no devolución*”.

Para completar la noción comunitaria de retorno se hace igualmente necesario apuntar la diferencia entre lo que se considera propiamente retorno, de la decisión de retorno y la expulsión. La Directiva en el mismo artículo 3 define al retorno como “*el*

proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, sea voluntario o forzoso a su país de origen, a un país en tránsito o a otro tercer país (...)". La decisión de retorno hace referencia al *acto*, propiamente dicho, ya sea judicial o administrativo, en *el que se declare la irregularidad* de la situación del extranjero y *se imponga o declare la obligación de retorno*. Finalmente entiende por expulsión *la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el traslado físico fuera del territorio del Estado miembro*.

En cualquier caso, el retorno no se completa hasta tanto en cuanto el extranjero no haya salido del territorio de la Unión y consecuentemente, hay entrado al tercer país de procedencia, origen o tránsito (readmisión), tras una expulsión o bien porque la salida se haya producido voluntariamente. En este sentido mostramos nuestra conformidad con la opinión expresada por CHUECA SANCHO cuando mantiene que el "propio término contiene un fondo jurídico de ambigüedad, al referirse tanto a la expulsión como al retorno voluntario"¹³⁹. Y ello es así porque, lo cierto es que tanto de forma voluntaria como coercitiva, el retorno se adoptará, como veremos, dentro de un procedimiento, debiendo el extranjero cumplir con la obligación de salida dentro del plazo fijado (retorno voluntario) y en caso de que no lo lleve a cabo se procederá a su "expulsión" (ejecución de la obligación de retornar). En todo caso, no debe olvidarse que la finalidad última de la institución es la salida del extranjero del territorio de la UE, el alejamiento de sus fronteras y "poner fin a la práctica de los inmigrantes irregulares de evitar la ejecución de una resolución de expulsión adoptada por un Estado miembro mediante el traslado a otro Estado miembro"¹⁴⁰

3.4.3. Procedimiento

El acuerdo de la decisión de retorno, que podrá adoptarse contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en el territorio de uno de los Estados miembros, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5

¹³⁹ A. CHUECA SANCHO, "Inmigración y tratados internacionales celebrados por la UE: los Tratados de readmisión", septiembre del 2006, recurso electrónico disponible en www.unizar.es/union_europea/files/Readmission.pdf, pág. 6, fecha de la consulta, junio del 2015.

¹⁴⁰ E. GARCÍA COSO, cit., pág. 82.

del artículo 6 de la Directiva¹⁴¹, deberá adoptarse conforme al procedimiento regulado por cada Estado miembro en sus propias legislaciones respetándose, en todo caso, lo establecido en la Directiva. En el caso de España, la figura del retorno comunitario, como ya hemos comentado, abarca situaciones que nuestra legislación ha diferenciado, si bien podríamos hacer una equivalencia entre la figura jurídica de *nuestra*¹⁴² expulsión y el retorno que regula la Directiva, en cuanto a su aplicación, únicamente, a los extranjeros que se encuentren ya dentro del territorio y en situación irregular.

A priori, pareciera que la Directiva configura el retorno como un procedimiento no sancionador, dándose preferencia al retorno voluntario; sin embargo, tal y como tendremos ocasión de comprobar a continuación, esta regla general se convierte, en la práctica, en una situación excepcional. Una vez que el Estado miembro haya adoptado una decisión de retorno, se le concederá al extranjero un plazo de, entre siete y treinta días, para efectuar la salida de su territorio de forma voluntaria¹⁴³; aspecto este criticable porque como indica GARCÍA COSO, no sólo se habilita al Estado miembro a que recoja en su legislación el plazo voluntario de salida sino que además se otorgará a instancia de parte y no de oficio (es decir que la Administración no viene obligada a otorgar tal plazo voluntario sino que se otorgará a requerimiento del extranjero) y las garantías de información sobre este extremo para la persona en situación irregular son insuficientes y generan indefensión¹⁴⁴.

No obstante y a pesar de que nos encontramos aún, en la figura del “retorno voluntario”, se prevé la adopción de una serie de medidas en determinados supuestos, como en el caso de que exista riesgo de fuga, que no son más que cauciones, coercitivas y limitadoras de la libertad de deambulaci3n, entre las que se se~alan, la de presentaci3n peri3dica ante las autoridades, dep3sito de una fianza o permanecer en un lugar

¹⁴¹ Artículo 6 de la Directiva: Las excepciones son dos: 1.- Extranjero que se encuentre irregular en el territorio de un Estado miembro pero tenga autorizaci3n de residencia en otro, en este supuesto se le exigirá que se traslade de forma inmediata al otro Estado. 2.- En el caso de que un Estado miembro se haga cargo del extranjero irregular en virtud de acuerdos o convenios bilaterales.

¹⁴² La cursiva es nuestra.

¹⁴³ El plazo se~alado podr3 ser prorrogado en atenci3n a circunstancias concretas del caso como puedan ser “la duraci3n de la estancia, la existencia de ni~os escolarizados y la existencia de otros v3nculos familiares” (artículo 7 apartado 2 de la Directiva).

¹⁴⁴ E. GARCÍA COSO, cit., p3g. 100.

determinado, activándose de esta forma, en palabras de BARRERA LÓPEZ, “una política criminal que trata al sujeto activo como culpable de su situación administrativa”¹⁴⁵. En nuestra legislación, estas “prevenciones” se recogen como “medidas cautelares” a adoptar, durante la sustanciación del procedimiento sancionador de expulsión y podrán ser acordadas únicamente con la finalidad de “asegurar la resolución final que pudiera recaer” (esto es, la expulsión)¹⁴⁶, incluyéndose, además, de las señaladas por la Directiva, la retirada de la documentación que identifique al extranjero, su detención e incluso, el internamiento, siempre claro está, con autorización judicial. Del mismo modo, si el Estado miembro que adopta la decisión de retorno, considera la existencia de riesgo de fuga del extranjero o bien pudiera suponer un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, podrá “abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria o podrán conceder un periodo inferior a siete días”¹⁴⁷. Esto implica que en estos casos, el retorno voluntario propiamente dicho, desaparece, es decir, deja de ser operativo. Por lo tanto, se le priva al extranjero la opción de efectuar motu *propio* la salida del país y de evitar las consecuencias sancionadoras del retorno forzoso (prohibición de entrada), en el caso, por ejemplo, de que no tenga un domicilio conocido o aún teniéndolo, se considere que existe riesgo de fuga, porque no tenga un arraigo familiar o no pueda acreditar medios de vida, convirtiéndose de esta forma, el retorno voluntario en un procedimiento sancionador y criminalizándose, una vez más, al extranjero por su situación irregular.

¹⁴⁵ F.M. BARRERA LÓPEZ, “La readmisión en origen. La postrera expresión de la política comunitaria de alejamiento de los extranjeros inmigrantes en situación irregular”. *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2010, pág. 24, recurso electrónico disponible en http://www.refdugr.com/estudios_doc.php

¹⁴⁶ Artículo 61 de la LO 4 /2000, “Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: a) Presentación periódica ante las autoridades competentes, b) Residencia obligatoria en determinado lugar, c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de tal medida, d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un periodo máximo de 72 horas, previas a la petición de internamiento (...), e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento y f) Cualquier otra medida cautelar que el Juez estime adecuada y suficiente”.

¹⁴⁷ Artículo 7, apartado cuarto de la Directiva.

3.4.4. Privación de libertad en la medida de retorno: internamiento

En el caso de que concedido el plazo para efectuar la salida voluntaria, ésta no se llevara a cabo o bien en los supuestos de que no se haya otorgado dicho plazo, los Estados miembros procederán a ejecutar o como señala la propia Directiva a “*hacer cumplir la decisión de retorno*”¹⁴⁸ (retorno forzoso), debiendo “*crear un sistema eficaz del control del retorno forzoso*”¹⁴⁹, es decir, que tendrán que adoptar medidas coercitivas para obligar al extranjero a abandonar el país, entre ellas, el internamiento que tan sólo deberá adoptarse con la finalidad de “*preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión*”¹⁵⁰. Consecuentemente, el internamiento podrá acordarse de forma cautelar durante la sustanciación del procedimiento para asegurar el cumplimiento de la resolución de retorno o bien, una vez adoptada la decisión, a fin de ejecutarla, esto es, para expulsar al extranjero y como se indica, especialmente en los supuestos de que haya riesgo de fuga y que el extranjero *evite o dificulte* el procedimiento de retorno o la ejecución de la expulsión.

Coincidiendo con MOYA MALAPIERA, hemos de afirmar que es en este aspecto, el del internamiento, en lo relativo a su duración y condiciones, donde la Directiva, “*alcanza unos estándares más bajos de protección de los derechos*”¹⁵¹. A continuación veremos por qué.

La adopción de esta medida cautelar, que se acuerda en el seno de un procedimiento administrativo, conlleva la privación de libertad del extranjero que viene motivada única y exclusivamente, no lo olvidemos, por su situación de irregularidad y que con independencia de su control o autorización judicial incide directamente sobre un derecho fundamental, por lo tanto, de forma necesaria, su adopción debe revestir de garantías. En nuestra legislación estas garantías se han determinado a través de la

¹⁴⁸ Artículo 8 de la Directiva, apartado 1.

¹⁴⁹ Artículo 8 de la Directiva, apartado 6.

¹⁵⁰ Artículo 15 de la Directiva, apartado 1.

¹⁵¹ D. MOYA MALAPIERA, cit., pág 30.

jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ¹⁵², estableciéndose, en primer lugar, que el internamiento sólo puede ser adoptado por la autoridad judicial en consideración a las circunstancias personales del extranjero; dicha resolución judicial (que adopta la forma de auto) debe estar motivada e indicar el/los recursos que procedan. También se dispone que el periodo de internamiento debe estar limitado a un máximo de 40 días ¹⁵³, señalándose además que en aplicación del principio *favor libertatis*, la medida de internamiento debe revestir el carácter de total excepcionalidad y por tanto, tan solo puede ser adoptada con la finalidad de llevar a cabo la expulsión y por el tiempo estrictamente indispensable. De esta forma tal y como indica el propio TC, la medida de internamiento se acuerda conforme a "*unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal*".

¿Qué regulación establece la Directiva respecto del internamiento? La figura del internamiento en la Directiva encuentra su fundamento en el artículo 5.1 f) del CEDH, en el que se prevé la privación de libertad de un extranjero en dos supuestos: con la finalidad de impedir su entrada ilegal y en el caso de que se encuentre incurso en un procedimiento de expulsión, aunque dicha privación de libertad se encuentra condicionada, por las garantías jurídicas que en el mismo Convenio se recogen, en especial en los apartados 2, 3 y 4 del mismo artículo, y por tanto, el derecho fundamental a la libertad personal tan sólo podrá restringirse en los supuestos establecidos legalmente y acorde a determinadas condiciones y límites. Conforme a ello, se trata de fijar un marco mínimo y común de protección de derechos de los extranjeros al determinar cuáles sean las condiciones en que deba acordarse no solo el internamiento, es decir la privación de libertad por las causas aludidas sino también, el límite máximo del mismo.

La Directiva autoriza a los Estados miembros a recoger la medida de internamiento en el caso de aquellos cuyas legislaciones internas no la contemplen y a los que ya la contemplan, se les da la opción de ampliar el plazo. Del mismo modo, se

¹⁵² STC 115/1987 de 7 de julio, que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la LO 7/85, entre ellos, el artículo 26.2, párrafo segundo, que si bien no se declara inconstitucional, su Fundamento de Derecho Primero determina en qué condiciones y bajo qué supuestos debe acordarse la privación de libertad de extranjeros incursos en procedimientos de expulsión.

¹⁵³ Como veremos a continuación, este periodo máximo de internamiento de 40 días ha sido modificado por LO 2/2009, habiendo sido aumentado hasta 60 días. Artículo 61.2

remite al ordenamiento interno a fin de que sean los Estados miembros quienes determinen la regulación y grado de protección del derecho a la libertad de los extranjeros ¹⁵⁴. Ello supone un avance positivo toda vez que hasta ese momento las legislaciones de algunos países miembros preveían periodos de internamiento indefinidos como era el caso de Reino Unido ¹⁵⁵, Finlandia o Países Bajos; sin embargo no para España que en la transposición de la Directiva, en la reforma operada por LO 2/2009, se ha ampliado el plazo de internamiento hasta 60 días, frente a los 40 anteriores, amparándose en el límite recogido en la Directiva que aún es mayor (seis meses prorrogables).

En cuanto a las condiciones para acordar el internamiento señalar que este no deberá adoptarse si existen otras medidas menos lesivas y que puedan asegurar la ejecución de la medida de retorno o expulsión ¹⁵⁶, pudiendo mantenerse con la finalidad única de *preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión*, constituyendo este el criterio para determinar la legalidad o ilegalidad. Consecuentemente con ello, en principio, en el caso de que se prevea que la expulsión no pueda llevarse a cabo, el internamiento debe cesar y el extranjero inmediatamente puesto en libertad.

En relación al plazo máximo de internamiento a pesar de que cada Estado miembro determinará el límite del internamiento, este no podrá superar los seis meses aunque se permite prorrogar el mismo hasta doce meses más, siempre que la legislación nacional lo prevea y en los supuestos de falta de cooperación por parte del país del que sea nacional el extranjero o en el caso de que se produzcan retrasos en la obtención de la documentación necesaria para llevar a cabo el retorno ¹⁵⁷. Situación especialmente

¹⁵⁴ Artículo 4.3: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”

¹⁵⁵ En el caso de Reino Unido e Irlanda, estos países no participan en la adopción de la esta Directiva y, por tanto, no están vinculados por la misma en su totalidad, ni están sujetos a su aplicación, aunque sí deben respetar en todo caso, el CEDH, que sí han suscrito. Considerando (26).

¹⁵⁶ Aunque la directiva señala que deben promoverse otras medidas menos coercitivas que el internamiento, sin embargo y como indica GARCÍA COSO, no define cuáles serían estas medidas menos restrictivas o lesivas. De la lectura del conjunto de la Directiva se deberá entender que las medidas menos restrictivas podrían ser la presentación periódica, fianza, entrega de documentación, etc. M. GARCÍA COSO, cit., pág. 108.

¹⁵⁷ Artículo 15.6 de la Directiva

gravosa para la persona afectada desde el momento que el tercer país no tenga interés alguno en readmitirlo ya que entonces la Directiva no dice nada sobre el mantenimiento o no de la situación de internamiento más allá de los 18 meses ¹⁵⁸.

Ahora bien, cabe preguntarse si se justifica, desde el punto de vista del respeto de los derechos del extranjero y concretamente del derecho a la libertad, así como de la legalidad o no de tal medida, un plazo tan extenso de privación de libertad (hasta 18 meses). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la posible ilegalidad de este tipo de detenciones tan extensas en el tiempo, en tanto en cuanto las considera innecesarias en el caso de que no pueda llevarse a cabo la expulsión o resulte difícil de ejecutarse. Así de especial relevancia resulta la STEDH, de 18 de junio del 2002 ¹⁵⁹, en la que un ciudadano extranjero, aparentemente de nacionalidad argelina, es detenido como presunto autor de un robo, en fecha 26 de agosto de 1996, siendo puesto en libertad por esta cuestión. Sin embargo y durante la investigación se constata su situación de ilegalidad en los Países Bajos y es por ello que en aplicación de la Ley de extranjería, se procede a mantener su privación de libertad y a tal fin es internado en un centro de extranjeros. Al día siguiente, esto es, el día 27 de agosto se expide una orden de expulsión contra dicho extranjero y no es sino hasta el 7 de marzo del 2007 cuando es puesto en libertad ante la imposibilidad de ejecutar la orden de expulsión puesto que no puede establecerse su verdadera nacionalidad. El TEDH consideró esta detención innecesaria y por tanto, ilegal si bien se llegó a un acuerdo amistoso con los Países Bajos en orden a indemnizar al nacional del tercer país toda vez que el gobierno de este país aceptó la ilegalidad de la detención, al haberse violado el derecho fundamental a la libertad individual.

En el mismo sentido la STEDH de 1 de diciembre del 2009 ¹⁶⁰. En este caso, una pareja de ciudadanos bosnio-herzegovinos son detenidos, en fecha 11 de enero del 2005 y trasladados a dependencias policiales donde se les comunica y notifica una orden de expulsión por encontrarse irregularmente en territorio italiano al haber entrado en Italia de forma ilegal, es decir, por haber realizado dicha entrada por lugar distinto de los

¹⁵⁸ E. GARCÍA COSO, cit., pág. 110.

¹⁵⁹ Caso Aly Samy contra Países Bajos

¹⁶⁰ Caso Hokić y Hrustić contra Italia

puestos fronterizos habilitados. El mismo día la autoridad policial ordena su internamiento que fue ratificado judicialmente en fecha 14 de enero. El día 7 de febrero se autorizó la prórroga del internamiento por un mes más a excepción de uno de los extranjeros, concretamente la mujer, que fue puesta en libertad en fecha 15 de febrero por motivos de salud. Por sentencias de 24 y 25 de febrero, dictadas por el órgano judicial nacional correspondiente, se declara la nulidad de ambas órdenes de expulsión y a pesar de ello, el otro extranjero no fue puesto en libertad hasta el 3 de marzo. El Tribunal señala que para establecer la compatibilidad de las detenciones con el artículo 5 del CEDH hay que diferenciar, en el caso concreto, dos periodos, el primero, desde la detención hasta la anulación de la orden de expulsión y el segundo, desde la sentencia judicial que anula la expulsión hasta el día 3 de marzo, fecha en la que finalmente uno de los demandantes fue ya puesto en libertad. El Tribunal señala que

“para no ser tratada de arbitraria, la puesta en marcha de esta medida de detención debe, por tanto, llevarse a cabo de buena fe, debe estar igualmente vinculada a la finalidad que consiste en impedir a una persona entrar ilegalmente en el territorio; además, el lugar y las condiciones de detención deben ser apropiadas; por último, la duración de la detención no debe exceder el plazo razonable necesario para alcanzar la finalidad perseguida”, esto es, la expulsión.

Conforme a ello, en el caso concreto se concluye, que en un principio, tanto las órdenes de expulsión como las detenciones se acordaron conforme a la legalidad y por lo tanto, no eran arbitrarias o contrarias al artículo 5 del Convenio. Respecto de la privación de libertad de unos de los demandantes desde la Sentencia que acuerda la nulidad de las expulsiones hasta el día 3 de marzo, el Tribunal constata que han transcurrido seis días y ese periodo de privación de libertad sí que vulnera el referido artículo.

Especialmente significativa resulta la STEDH de 27 de julio del 2010¹⁶¹. El demandante, ciudadano argelino, llega a Malta procedente de Libia, indocumentado y realiza la entrada de forma irregular, siendo en ese momento detenido y notificándosele una orden de expulsión (24 de junio del 2006); no obstante y al encontrarse incurso en

¹⁶¹ Caso Louled Massoud contra Malta- TEDH –Sección 4ª

un procedimiento penal por facilitación de la inmigración irregular, es condenado a una pena de prisión de 18 meses. Una vez cumplida la sentencia, el demandante sale de prisión el 27 de junio del 2007 y a continuación es internado en un centro de internamiento para extranjeros, permaneciendo en dicho centro y pendiente de que se ejecutara su expulsión hasta el 6 de enero del 2009, fecha en la que se dejó sin efecto habida cuenta de la imposibilidad de ejecutarla, es decir, que estuvo privado de libertad durante casi siete meses. El Tribunal considera

“que esta última detención no se llevó a cabo con vista a su expulsión puesto que, desde el inicio, ya se vio que no podría resultar factible ante la falta de colaboración por parte de las autoridades argelinas y la posible falta de dejación de las autoridades internas a la hora de seguir el procedimiento con la debida diligencia y, a continuación señala que la Ley de inmigración de Malta no establecía límite alguno al periodo de detención y, además el demandante no disponía de ninguna vía efectiva mediante la que recurrir frente a esta detención, señalando que el sistema legal maltés no contemplaba ningún procedimiento susceptible de impedir el riesgo de una detención arbitraria a una persona extranjera pendiente de ser expulsada”.

Concluye el Tribunal que el sistema interno no ofreció al demandante una protección adecuada frente a una detención arbitraria y que su prolongada detención no puede considerarse conforme a derecho, a los efectos del artículo 5 del Convenio ¹⁶².

También el TJUE, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance y límites de la medida de internamiento en varias Sentencias, entre ellas podemos señalar la Sentencia 30 de noviembre del 2009 ¹⁶³ que refiere, por un lado, que la suspensión de la medida de expulsión por existencia de un recurso jurisdiccional interpuesto no figura entre los motivos de prolongación del periodo de internamiento previstos en el artículo 15.8 de la Directiva y por otro, que en el caso que no exista perspectiva razonable de expulsión, no debe mantenerse el internamiento.

Otro aspecto que regula la Directiva es el de las condiciones del internamiento hasta que se lleve a cabo o ejecute el retorno y/o expulsión y así, en su artículo 16 se

¹⁶² Artículo 5 del CEDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (...)”

¹⁶³ Asunto Said Shamilovich Kadzoev frente a Bulgaria.

señala que “*se llevará a cabo en centros de internamiento especializados*” toda vez que no debemos olvidar que se trata de personas que no han cometido delito alguno, sino tan sólo una infracción administrativa. No obstante se permite el internamiento en centros penitenciarios si el Estado miembro no dispone de estos centros o la capacidad para construirlo, señalando para este caso que “(...) los nacionales de terceros países sujetos al internamiento-en centros penitenciarios-estarán separados de los presos ordinarios”. Evidentemente con esta previsión se agrava aún más la situación del extranjero en situación irregular, previsión que como muy bien señala GARCÍA COSO, debería descartarse por dos motivos. El primero porque el internamiento tiene causa en una medida administrativa, no penal y el segundo, porque existe el peligro de uso masivo de estos centros ante la falta de capacidad o de instalaciones adecuadas para el internamiento, acrecentado por el volumen de personas en situación irregular que siguen siendo interceptadas o detenidas diariamente ¹⁶⁴.

Durante el tiempo que se encuentren internados los extranjeros podrán comunicarse tanto con sus representantes legales como con su familia. Es decir, que no se establece con carácter obligatorio tal posibilidad, mermando sus derechos y garantías procesales toda vez que será potestad de los Estados miembros decidir si se establece tal posibilidad como un derecho de carácter obligatorio o no. La legislación española, en todo caso, determina la obligación de la Administración y el derecho de los extranjeros internados a comunicarse con sus letrados.

Establece también la Directiva, que tendrán derecho a la asistencia sanitaria de urgencia y *tratamiento básico de enfermedades* y deberán tener unas condiciones adecuadas de vida proporcionalmente al tiempo de detención o en su caso, internamiento. Así se ha pronunciado el TEDH, en el Caso Al-Nashif contra Bulgaria ¹⁶⁵, al señalar que se vulnera el artículo 5.4 del CEDH puesto que el extranjero, apátrida, de origen kuwaití, durante el tiempo de internamiento previo a su expulsión, permaneció en una celda de aislamiento, sin asistencia de letrado y sin posibilidad de interponer recurso alguno. En el mismo sentido la STEDH, en el caso Riad y Idiab

¹⁶⁴ E. GARCÍA COSO, cit., pág. 114.

¹⁶⁵ SETDH de 20 de junio del 2002, Sección Cuarta

contra Bélgica¹⁶⁶, solicitantes de asilo, cuya petición fue rechazada por el Gobierno belga, permaneciendo desde su llegada, (28 de diciembre) en la zona de tránsito del aeropuerto hasta que fueron retornados (8 y 5 de marzo respectivamente), en condiciones totalmente inadecuadas puesto que no fueron internados en un centro apropiado, no recibieron alimentos ni bebida ni ningún otro tipo de asistencia, sin posibilidad de higiene personal siendo controlados policialmente de forma continuada. Por todo ello, el Tribunal concluye que se produjo una violación tanto del artículo 3 como del 5.4 del CEDH.

3.4.5. Garantías jurídicas del extranjero en la decisión de retorno

En cuanto a las garantías del procedimiento en el que se adopta *la decisión de retorno, prohibición de entrada y expulsión*¹⁶⁷, debe formularse por escrito indicándose tanto los hechos como los fundamentos de derecho, es decir, han de estar motivadas y al diferenciar las tres figuras, entendemos que habrán de dictarse resoluciones distintas y cada una de ellas deberá recoger los hechos que las motivan así como los preceptos legales en los que se fundamentan¹⁶⁸.

Se contempla de igual forma el derecho a la información en cuanto al contenido, consecuencias de las resoluciones que se dicten contra el extranjero así como de los recursos que pueden formularse. No obstante, se establece que podrá limitarse la información con la finalidad de salvaguardar la “seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública y para la prevención, investigación, detección y persecución de delitos”.

Junto a estas garantías, se contempla también que las decisiones sean traducidas, solo si existe previa solicitud del extranjero, a la lengua nacional que *comprenda o pueda suponerse que razonablemente comprender*. Sin embargo este derecho tiene una limitación en el caso de extranjeros que hayan entrado ilegalmente y no hayan obtenido

¹⁶⁶ SETDH de 24 de enero del 2008, Sección Primera

¹⁶⁷ Artículos 12, 13 y 14 de la Directiva

¹⁶⁸ Señalar que la Directiva en su artículo 6.6, permite unificar en una sola resolución, la decisión de retorno y/o expulsión y/o una prohibición de entrada, si así lo dispone la legislación nacional como ocurre en el caso de España

posteriormente una autorización de residencia, pues bien, en este caso, se considera suficiente la entrega de un formulario tipo con indicaciones básicas acerca del procedimiento y un folleto informativo (en las cinco lenguas más frecuentes utilizadas por los extranjeros irregulares). Consideramos que, en este último supuesto, se produce una verdadera limitación del derecho a ser informado adecuadamente toda vez que se está impidiendo que el extranjero conozca correctamente los hechos concretos, que concurren y en base a los cuales se adoptan dichas decisiones. Consecuentemente, el hecho de que en determinados supuestos, el extranjero no pueda conocer tanto el contenido íntegro de las resoluciones que se puedan adoptar contra él como los recursos que procedan, implica que el derecho a la defensa también va a resultar afectado.

En nuestra legislación, afortunadamente, el asunto se resuelve con el reconocimiento de la asistencia de intérprete y de letrado, sin que exista limitación alguna por el hecho de que hayan entrado o no legalmente a territorio español, quedando de esta forma garantizado tanto el derecho a una adecuada información como el de defensa ¹⁶⁹.

El TEDH, sin embargo, ha sido claro en el sentido de que se han de respetar las garantías jurídicas a una información adecuada y cuando así fuere preciso, ser asistido por un intérprete. En esta línea señalamos la Sentencia del TEDH de 5 de febrero del 2002 ¹⁷⁰, en la que se resuelve la demanda presentada por unos ciudadanos eslovacos contra el Gobierno de Bélgica, por distintos motivos, en lo que nos interesa, que habiendo sido detenidos en el marco de un procedimiento de expulsión, no fueron informados de las razones de dicha detención ni tampoco dispusieron de un recurso efectivo contra la misma, alegando violación del artículo 5.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal determina que no se produjo una violación del artículo 5.2 ¹⁷¹ porque

¹⁶⁹ Artículo 22.2 de la LO 4/2000, en su actual redacción: “Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio nacional y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o no hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.”

¹⁷⁰ Caso Conka contra Bélgica, Sección Tercera del TEDH

¹⁷¹ Artículo 5.2 de CEDH: “Toda persona detenida debe ser informada en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”

“(…) durante la detención de los demandantes en la comisaría de policía, se encontraba presente un intérprete de lengua eslovaca, con el fin de informar a los interesados sobre el contenido de las comunicaciones orales y escritas que se les hacían y, en particular, del documento ordenando su detención y, por tanto, (…) las informaciones así facilitadas a los interesados cumplían con las exigencias del artículo 5.2 (…)”

Por lo tanto y conforme al contenido de esta Sentencia, podríamos afirmar que el artículo 12.3 de la Directiva vulneraría el derecho reconocido en el artículo 5.2 del Convenio, este es, el derecho que tienen los extranjeros a ser debidamente informados de las causas de su detención, en cualquier caso y en cualquier situación.

Respecto de la interposición de recursos, la Directiva señala que deberá establecerse la posibilidad de *recurrir de forma efectiva* contra las decisiones de retorno ya sea ante la autoridad judicial o la propia autoridad administrativa o cualquier otro órgano competente siempre que sus miembros seas imparciales y se garantice su independencia, debiendo además tener la competencia de suspender temporalmente, en el caso de que proceda, la ejecución de la expulsión o decisión de retorno. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH exige no sólo que se establezca un régimen de recursos sino también que los extranjeros puedan ejercer ese derecho y que el mismo sea eficaz en el sentido de que a través de él se pueda revisar la legalidad de las decisiones adoptadas así como tener la posibilidad de que las mismas puedan ser suspendidas temporalmente en tanto en cuanto se resuelve el recurso. Y así, se contempla en la misma STEDH anteriormente referida, Caso Conka contra Bélgica, cuando señala que se produce una violación del artículo 5.4 del Convenio¹⁷² toda vez que, si bien la ley de extranjería de Bélgica, preveía la posibilidad de recurrir contra la privación de libertad sin embargo, se trataba de un recurso, en palabras del Tribunal, que ejercía *un control muy marginal, de legalidad formal* mediante el cuál no se entraba a conocer sobre la proporcionalidad de la detención, por lo que se les impidió a los demandantes *recurrir de forma útil*, produciéndose, por tanto, una violación del artículo

¹⁷² Artículo 5.4 del CEDH: “Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuere ilegal”

5.4 ya referido. En el mismo sentido, la STEDH en el Caso Baltaji contra Bulgaria¹⁷³, al no existir, en el caso de Bulgaria, un recurso que analice la proporcionalidad de la expulsión ya que “la legislación interna no permitía que las jurisdicciones administrativas examinasen la proporcionalidad de este tipo de órdenes que se basaban en imperativos de seguridad nacional”, concluyendo que se violó el artículo 13 de CEDH¹⁷⁴.

Por último contempla la Directiva la gratuidad de la asistencia jurídica conforme a lo que cada legislación nacional fije al respecto.

En el caso de España, las decisiones de expulsión pueden ser recurridas¹⁷⁵, tanto en vía administrativa ante la propia autoridad que las ha dictado (recurso de reposición), como judicial, (recurso contencioso-administrativo) existiendo, en ambos procedimientos la posibilidad de suspender la ejecución de la orden de expulsión.

3.4.6. Efectos del retorno: prohibición de entrada

Otro de los elementos que conforman el retorno de extranjeros en la Directiva comunitaria y que configuran dicha figura como un procedimiento sancionador, es el establecimiento de una medida adicional que es la prohibición de entrada. Es cierto que esta no se impone de forma automática pero de ser así (lo que ocurre en la mayoría de las situaciones tal cuál se ha señalado en párrafos anteriores), se transforma en una figura claramente sancionadora que implica un “plus” punitivo toda vez que si con el alejamiento del extranjero se pretende volver a la situación anterior a la comisión de la infracción (estancia irregular o entrada ilegal), con la prohibición de entrada se añade una sanción más.

¹⁷³ STEDH de 12 de julio del 2001, Sección Cuarta

¹⁷⁴ Artículo 13: Derecho a un recurso efectivo. “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

¹⁷⁵ Las resoluciones administrativas de expulsión conforme a nuestra LOEx y su Reglamento, en su redacción actual, son resoluciones que ponen fin a la vía administrativa si bien pueden ser recurridas, de forma potestativa, en reposición o bien, directamente ante los Tribunales; no obstante, se estudiará y analizará el régimen de recursos ampliamente en el apartado correspondiente. Y en cuanto a la efectividad del recurso, será objeto del Capítulo IV.

Efectivamente pareciera que la Directiva crea un sistema de retorno voluntario que no acarrea una prohibición de entrada (artículo 7.1) si bien, en los casos de que este no se llevara a cabo por propia iniciativa del extranjero o en el supuesto de que no se haya fijado plazo para dicha salida voluntaria, entonces se adoptaría, junto con el retorno y/o expulsión, la medida de prohibición de entrada (artículo 7.4). Esto es lo que parece desprenderse del artículo 11.1 de la Directiva al señalar que “las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada: a) si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o b) si la obligación de retorno no se ha cumplido”. La afirmación realizada de que la figura del retorno es una figura claramente sancionadora, tiene su fundamento en la redacción del artículo 11.1 *in fine*, al establecer que “en otros casos, las decisiones de retorno podrán ir acompañadas de una prohibición de entrada”. Es decir, que ante la previsión tan amplia y ambigua que supone el término “el resto de los casos” y no fijar cuáles sean estos, se ha de concluir que se puede imponer la sanción de prohibición de entrada en todas las situaciones, incluyendo el hecho de que se produzca un retorno voluntario, permitiendo que sean los Estados miembros quienes determinen o no la procedencia de la prohibición de entrada, especialmente para aquellos cuyas legislaciones amplíen las previsiones de la Directiva.

En cuanto al plazo de duración de la prohibición de entrada, se fija como regla general, un plazo máximo, en atención a las circunstancias concurrentes, de cinco años aunque puede ser ampliado “si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional” (artículo 11.2). No obstante y a pesar de que la Directiva no establezca, para estos casos, el plazo máximo, creemos que no deberían permitirse prohibiciones de entrada ilimitadas o, excesivamente amplias, puesto que ello iría en contra de la jurisprudencia del TEDH que establece que se han de ponderar todas las circunstancias concurrentes en cada caso en orden a establecer un periodo de prohibición de entrada proporcional y adecuado a los fines que se pretenden conseguir con la expulsión. En este sentido, cabe mencionar la STEDH, Caso Maslov contra Austria¹⁷⁶, recurso interpuesto contra la imposición de una prohibición de entrada por un plazo de diez años a un ciudadano búlgaro que llegó a Austria a los seis años de edad, estuvo residiendo legalmente y cuyos padres adquirieron la nacionalidad austriaca y que fue condenado por la comisión de distintos

¹⁷⁶ STEDH de 22 de marzo del 2007, Sección primera.

delitos, habiendo cumplido pena de prisión a pesar de su minoría de edad. Pues bien, en este caso, el Tribunal lleva a cabo una valoración de los intereses concurrentes, esto es, el derecho del demandante al respeto de su vida íntima y familiar por un lado y por otro, el interés del Estado austriaco en defensa del orden y la prevención del delito. Los criterios que el Tribunal aplica para valorar si ha habido un equilibrio entre ambos intereses contrapuestos, son los siguientes: naturaleza y gravedad del delito, la duración de la residencia del demandante en el país de acogida, periodo transcurrido desde la comisión de los delitos y la adopción de la medida y finalmente los vínculos sociales, familiares y culturales tanto en el país de acogida como en el de procedencia, concluyendo tras dicha valoración que la prohibición de entrada por un tiempo de diez años, resulta desproporcionada al fin legítimo perseguido y es por ello que se vulnera el artículo 8 del CEDH¹⁷⁷. En la misma línea y ya más recientemente, se pronuncia el TEDH en Sentencia de 11 de junio del 2012, Sección 2ª, en el caso Hasanbasic contra Suiza y la STEDH de 16 de abril del 2013- Sección 2ª, Caso Udeh contra Suiza.

De cualquier forma, como mínimo, cada Estado miembro, en orden a establecer el periodo de prohibición, deberá tomar en cuenta las circunstancias contempladas en el artículo en el artículo 5 y que se concretan en el “interés superior del niño, la vida familiar y el estado de salud del nacional del tercer país de que se trate”

En nuestra legislación la expulsión de extranjeros conlleva, como regla general, la prohibición de entrada que, antes de la trasposición de la Directiva, era por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez y que tras la reforma operada por LO 2/2009, se ha limitado a un máximo de cinco años si bien la duración de la misma deberá *determinarse en consideración a las circunstancias de cada caso* y solo de forma excepcional, se podrá imponer un plazo de hasta diez años, “cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública”¹⁷⁸. Se recoge no obstante, la posibilidad de que en

¹⁷⁷ Artículo 8 del CEDH: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹⁷⁸ Artículo 58.1 y.2 de la LO Ex, en su redacción actual.

determinados casos, no se acuerde la medida de prohibición de entrada y así se dispone que “en las circunstancias que se determinen reglamentariamente, la autoridad competente no impondrá la prohibición de entrada cuando el extranjero hubiere abandonado el territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica¹⁷⁹ o revocará la prohibición de entrada impuesta por las mismas causas, cuando el extranjero abandonara el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión(...)”, lo que se correspondería con el denominado “retorno voluntario”, contemplado en la Directiva.

3.4.7. Retorno de menores

Y ya, finalmente, hemos de examinar uno de los aspectos más controvertidos de la Directiva que es el retorno de menores extranjeros en situación irregular, que se prevé en los artículos 10 y 17 de la Directiva.

Antes de abordar el estudio de esta cuestión hemos de establecer cuál sea la normativa que a nivel internacional existe sobre menores. En primer lugar, la Declaración de Derechos del Niño de 1959 que a pesar de que no hace mención directa y expresa a los menores no acompañados, su artículo 2 dispone que “el niño gozará de una protección especial (...). Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

A continuación, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de obligado cumplimiento para los países que la han ratificado, entre ellos, los países europeos y por ende, el instrumento internacional fundamental en materia de protección de derechos de los menores. En su artículo primero se establece qué ha de entenderse por menor a los efectos del Convenio y así, se entiende todo ser humano menor de dieciocho años de edad salvo que en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad; de esta forma, no se hace

¹⁷⁹ Estos supuestos son: a) Encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización siempre que el interesado no haya solicitado su renovación y, b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

ninguna diferencia entre menores acompañados o no, en situación irregular o no, cualquiera que sea su origen, procedencia o nacionalidad (artículo 2); siendo por tanto, cualquier menor, objeto de la protección que brinda el presente Convenio reconociéndose, con especial relevancia el interés superior del niño, señalando expresamente en su artículo 3 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La Carta europea de Derechos del Niño, de 1992, no hace referencia a los menores extranjeros no acompañados pero sí lo hace la Resolución del Consejo de la UE, de 26 de junio de 1997, que puede considerarse el antecedente más inmediato de la Directiva, estableciéndose en la misma que los Estados miembros pueden negar en la frontera el acceso a su territorio a menores no acompañados cuando estos no estén en posesión de los documentos y autorizaciones exigidas.

Pues bien, habiendo fijado el marco internacional normativo analizaremos, a continuación, la regulación que sobre menores en situación de irregularidad lleva a cabo la Directiva.

El artículo 10 de la Directiva reconoce la posibilidad de que los Estados miembros procedan a la expulsión y/o retorno de menores. Es cierto que se señala que, con carácter previo a la adopción de la medida, se concederá “la asistencia a los menores de servicios distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno” sin embargo, no determina qué tipos de servicios sean y mucho menos que ello impida la expulsión de los menores. De igual forma se contempla que los Estados miembros deberán cerciorarse de que el menor “será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno” pero no se articula procedimiento alguno que permita a las autoridades correspondientes comprobar y por ende, acreditar que efectivamente con el retorno del menor, sus condiciones serán mejores que las del país de acogida. Es decir, en la práctica se permite que se lleve a cabo el retorno de menores sin previamente revisar si es la opción más adecuada para el menor o si se va a producir una reagrupación de forma efectiva, extremo este que no creemos probable, habida cuenta de la situación de los países de

procedencia o de origen de la mayoría de los menores (Marruecos, países subsaharianos: Mauritania, Senegal.... entre otros y países del Este)¹⁸⁰ y sin verificar o controlar cómo se lleve a cabo la readmisión en origen de estos menores ni en qué condiciones.

De igual modo y conforme al artículo 17, los menores no acompañados y los menores con sus familias, podrán ser privados de libertad mediante su internamiento¹⁸¹, siendo objeto también de prohibiciones de entrada, toda vez que el artículo 11 de la Directiva no incluye a los menores como un supuesto de excepción de aplicación de esta medida, a menos que sean víctima de la trata de seres humanos. El apartado cuarto del artículo 17 prevé el internamiento de menores “en la medida de lo posible, en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad”. Por lo tanto, los menores extranjeros podrán ser internados en los mismos centros que los adultos no existiendo obligación alguna para las autoridades de los Estados miembros que sean internados en lugares adecuados y especializados en atención a su edad e interés prevalente e incluso pudieran llegar a ser internados en centros penitenciarios (artículo 16.1 de la Directiva). Esta situación todavía puede agravarse aún más en el supuesto previsto en el artículo 18, esto es, cuando el número de personas a retornar supongan una carga imprevista “para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro para su personal administrativo o judicial, dicho Estado miembro podrá decidir autorizar periodos más largos (...) y tomar medidas más urgentes con respecto a las condiciones de internamiento”. Esta previsión conlleva dos consecuencias de importancia: la primera, que se deja al criterio de los Estados miembros determinar cuáles sean esas situaciones de emergencia y la segunda, que lo que pretende ser una excepción se convierte en regla general, toda vez que lo habitual es que el número de irregulares a retornar sea de importancia, permitiendo que sean las autoridades de los Estados miembros, quienes

¹⁸⁰ Datos extraídos de la ONG “Save the children”, en http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/246/Poscionamiento_Menas.pdf así como del artículo de F.J. DÍEZ MORRÁS, “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, de 10 de diciembre del 2012, núm. 10, págs. 95-104, recurso electrónico disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/diez.pdf>.

¹⁸¹ Aunque sí es cierto que en la propia Directiva se determina que el internamiento de menores no acompañados se adoptará como último recurso y por el periodo más breve posible (artículo 17.1)

utilicen esta opción conforme a su criterio, no fijándose, por tanto, límites o normas mínimas.

Tras el análisis de estos artículos, hemos de concluir, en primer lugar, que el régimen a aplicar a menores en materia de retorno prácticamente no se diferencia del retorno en relación al resto de extranjeros adultos, equiparando ambos colectivos y olvidando la situación de especial vulnerabilidad de estos menores cuya condición se agrava por ser extranjeros y que como señala BARRERA LÓPEZ pareciera que la Unión europea olvida “que los menores no acompañados, antes que extranjeros son menores en circunstancias muy difíciles (...) y que no pueden ser tratados en el marco común de la política comunitaria de inmigración (...)”¹⁸².

En segundo lugar, la prevalencia del interés superior del menor al que se hace referencia en distintos preceptos de la Directiva, (artículos 5 a), 16.3 y 17.5), queda vacía de contenido al no establecerse un procedimiento específico y distinto para el retorno de menores ni mecanismos adecuados para este colectivo, siendo todas las medidas previstas, a nuestro modo de ver, incompatibles y contrarias al principio del *favor minoris*, principio que se encuentra ausente en la normativa comunitaria.

En tercer lugar, no se respetan los derechos relativos a la protección y especial asistencia por parte de los Estados, (artículo 20 de la Convención) ni su derecho a la educación (artículo 28 del mismo texto).

En definitiva, el control, la seguridad y la política de alejamiento de los extranjeros menores en situación irregular, de las fronteras de la Unión Europea, son los criterios que prevalecen sobre los derechos de los menores y a pesar de que conforme a las normas internacionales, el interés del menor es un bien jurídico universal, superior y por encima de cualquier consideración de orden público, la Directiva permite adoptar medidas coercitivas sobre los menores con la finalidad de retornarlos y llevar a cabo su readmisión en origen.

¹⁸² F.M. BARRERA LÓPEZ, “La protección del menor no acompañado y la condición de extranjero: ¿Una relación compatible?. Reflexión desde el Derecho de la Unión europea y el Derecho español”. *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, números 13-14, 2010-2011, pág 207.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado que los menores detenidos, a efectos de llevar a cabo su expulsión, deben permanecer en centros especializados y dicha detención debe estar revestida de los requisitos y garantías que establece el CEDH y así, a modo de ejemplo, señalamos las siguientes Sentencias: STEDH de 19 de enero del 2010, Sección Segunda, caso Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica, una madre junto con sus cuatro hijos menores (de edades comprendidas entre siete años y siete meses) permanecieron privados de libertad, durante más de un mes, en un centro de internamiento cerrado hasta que se llevó a cabo la expulsión. Este centro no reunía las condiciones adecuadas para los menores puesto que se trataba de un centro para personas adultas y además los menores, que sufrían graves problemas psíquicos, no fueron atendidos correctamente, considerando el Tribunal que “las condiciones de vida de los niños (...) alcanzaron el umbral de gravedad que exige el artículo 3 del CEDH e implica la violación de esta disposición (...)”¹⁸³. Igualmente el Tribunal declara que, respecto de los menores, se ha producido una violación del artículo 5.1 del Convenio, considerando ilegal la privación de libertad sufrida al no cumplirse los requisitos exigidos para que pueda considerarse regular. Sin embargo, no considera que se produzca violación del derecho a la vida familiar puesto que no fue separada de sus hijos menores como sí ocurrió en el caso Mubilanzila Mayeka y Kaaniki Mitunga contra Bélgica¹⁸⁴. En esta Sentencia, el Tribunal consideró que el internamiento durante dos meses, de una menor de cinco años, separada de su familia, en un centro para adultos vulneró igualmente el artículo 3 del CEDH toda vez que son los Estados, en estos casos quienes tienen la obligación de llevar a cabo “una protección eficaz, especialmente de los niños y otras personas vulnerables e incluir medidas razonables para impedir unos malos tratos que las autoridades conocía o debían haber conocido” señalando que “la situación de extrema vulnerabilidad de la niña de cinco años era determinante y prevalecía sobre la condición de extranjero en situación irregular”

En el mismo sentido se pronuncia la STEDH de 2 de mayo del 2013, en el caso Barjamaj contra Grecia, menor de edad, detenido durante siete días, junto con otros

¹⁸³ Artículo 3 del CEDH: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”

¹⁸⁴ STEDH de 12 de octubre del 2006.

adultos en una celda de comisaría con la finalidad de proceder a su expulsión. El Tribunal declara que la detención del menor “no fue regular” en el sentido del artículo 5.1 f) del CEDH¹⁸⁵ y, por tanto, considera que hubo violación de tal disposición

Como podemos observar, el Tribunal no considera ilegal la detención de los menores extranjeros en situación de irregularidad por el hecho de ser menores sino porque dicha detención no cumpla con las exigencias legales del CEDH y ello porque al igual que la Directiva que estamos analizando, se ampara en el artículo 37 apartado b) de la Convención europea de Derechos del Niño para reconocer que los menores pueden ser detenidos, al mencionar que “los Estados parte velarán porque : b) ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente (...)”. Esta disposición no establece diferencia alguna en cuanto a los motivos y finalidad de la detención de los menores, esto es, que puede tratarse tanto de una privación de libertad en base a la comisión de una infracción penal como por una infracción administrativa-encontrarse en situación de irregularidad- para la que se establezca la posibilidad de adoptar dicha medida, como es el caso que nos ocupa.

¿Cómo regula nuestro Derecho interno la situación de los menores no acompañados en situación irregular? En primer término hemos de decir que la regulación contenida en nuestra legislación de extranjería es claramente más favorable que la recogida en la Directiva que acabamos de analizar. Aunque el régimen de dicha Directiva es bastante flexible, en el sentido de que deja a criterio de los Estados miembros la aplicación de las distintas opciones previstas, no es menos cierto que el ordenamiento interno no puede ir contra la Directiva puesto que en la misma se recogen normas y procedimientos comunes y por lo tanto, se impone la obligación de compatibilizar las normas españolas con las contenidas en la Directiva, si bien en aplicación del artículo 4, se permite la aplicación de disposiciones más favorables que se contengan en Tratados internacionales o en el propio Derecho comunitario (la propia Convención europea de Derechos del Niño o la Resolución del Consejo de la UE de 26 de junio de 1997, aunque sus normas sean un tanto generales y ambiguas).

¹⁸⁵ Artículo 5.1f), casos en los que procede una detención: “Si se trata de la detención o privación de libertad, conforme a derecho de una persona, para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cuál esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

La adaptación de la normativa comunitaria sobre menores se lleva a cabo en Derecho interno a través de la LO 2/2009 de 11 de diciembre, siendo considerada, en palabras de BARRERA LÓPEZ, “una regulación jurídica entre las más acordes con las normas internacionales de protección del menor desde el punto de vista del derecho comparado”¹⁸⁶

Aunque el examen pormenorizado de la cuestión de los menores en situación irregular no es objeto de estudio en este momento, se hace, no obstante necesario, fijar el contenido jurídico tras la trasposición de la Directiva y la modificación que se produce en nuestra Ley de extranjería.

La regulación sobre menores se contiene en el artículo 35 de la LO 2/2009 así como en los artículos 189 a 198 del RD 557/2011, de 20 de abril, concretamente en el artículo 189, en el que se fija la definición de menor no acompañado en situación irregular, entendiéndose por tal, el menor de dieciocho años que llegue a territorio español no acompañado por un adulto, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras el adulto no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como cualquier menor que una vez en España se encuentre en aquella situación. Nos encontramos ya con una primera diferencia en relación a la Directiva y es el reconocimiento de la posibilidad de la situación de desprotección en la que pueda encontrarse el menor no acompañado, contemplando de esta forma la necesidad de que el menor al encontrarse desprotegido requiere de una asistencia distinta a la de los adultos. A ello hemos de añadir la previsión legal de que los menores se pondrán a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle y aunque la minoría de edad no pueda ser determinada con seguridad, hasta su determinación, recibirán asistencia conforme a lo regulado en la legislación de protección jurídica del menor.

La situación del menor en España se considerará regular, *a todos los efectos*, cuando sean tutelados en España por una Administración Pública, debiendo el organismo que ejerza su tutela instar la solicitud de una autorización de residencia, una vez que haya acreditado la imposibilidad de retorno, estableciéndose que, en todo caso,

¹⁸⁶ F.M. BARRERA LÓPEZ, cit., pág. 86.

la ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor, entre ellos, el derecho a la educación, que no se recogía en la Directiva. Se contempla también el derecho que les asiste a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, de actuar en el procedimiento de repatriación así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo, pudiendo intervenir, tanto personalmente como a través de representante que designen. En este procedimiento igualmente se dispone la intervención del Ministerio Fiscal que, en nuestra opinión, resulta un acierto porque constituye un plus en la protección del menor toda vez que desde que el menor llega a territorio español, debe ponerse en conocimiento tal circunstancia del Ministerio Fiscal así como cualquier decisión que se tome en relación al mismo.

Resulta, por tanto, notoria y evidente, la clara diferencia entre nuestra legislación y la contenida en la Directiva, donde los derechos de los menores no se reconocen ni amparan y su situación prácticamente se equipara a la de un adulto o incluso se empeora puesto que, como hemos puesto de manifiesto, ni se contempla el derecho a la defensa ni si quiera a través del establecimiento de organismos que pudieran ejercer su representación, defensa o tutela, durante el procedimiento de retorno y en la que el reconocimiento de su regularidad ni si quiera se plantea o puede presumirse.

Por otro lado, no debemos olvidar que nuestra legislación de extranjería, incluida la materia que estamos examinando, acorde con la política de restricción, control y alejamiento de fronteras de los extranjeros que a nivel comunitario se ha impuesto y, en consonancia con el principio que, en todo caso, ha de regir, que no es otro que el del retorno del menor, establece un procedimiento de repatriación, en concordancia con la Directiva. Este procedimiento no tiene otra finalidad que el menor extranjero sea retornado al país de origen, manifestándose un gran interés porque se promuevan Acuerdos de colaboración para tal fin con los países de origen, incluso, previendo la posibilidad de que sean también las propias Comunidades Autónomas quienes establezcan dichos acuerdos y que no se realicen tan sólo a nivel gubernamental.

En definitiva, la Directiva de retorno hace prevalecer el interés público de alejamiento de fronteras de los extranjeros irregulares sobre los derechos fundamentales

de los mismos, incluso de los menores, que aún se encuentran más desprotegidos, dejando en muchos casos, a criterio de los Estados miembros el establecimiento de las garantías jurídicas que consideren adecuadas, garantías que, en ocasiones, no cumplen con el umbral mínimo de protección de derechos de los extranjeros a la vista de las distintas Sentencias del TEDH que de forma reiterada condenan a los distintos países europeos por violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Podríamos concluir que nuestra legislación, utilizando la habilitación que en ocasiones otorga la normativa comunitaria, es más favorecedora y más respetuosa con los derechos de los extranjeros sin embargo y como muy bien subraya MIRALLES SANGRO, con quien coincidimos enteramente, el hecho de que *en nuestro país se discrimine menos*, no es un argumento de recibo toda vez que “el problema está en la discriminación en sí misma, ni más ni menos y por más grave que resulte más que menos”,¹⁸⁷.

3.4.8. La culminación de la Directiva de retorno: acuerdos de readmisión

Por último y en materia de retorno no podemos dejar de hacer referencia a los distintos acuerdos que se han ido formalizando tanto a nivel comunitario como a nivel nacional, de forma multilateral o de forma bilateral¹⁸⁸, puesto que como ya hemos apuntado, constituyen no sólo la culminación de la política comunitaria de alejamiento de fronteras sino también y lo que es más importante, la efectividad de dicha política. La cooperación de la UE en materia migratoria con terceros países, se ha desarrollado principalmente en el contexto apuntado y así, con de estos acuerdos se trata, esencialmente de que tanto los países de los que son nacionales los extranjeros en situación irregular, se obliguen a readmitirlos como que los Estados partes se

¹⁸⁷ P.P. MIRALLES SANGRO, cit., págs. 196 y 197.

¹⁸⁸ Si bien existen acuerdos multilaterales, los acuerdos bilaterales se erigen como el “instrumento más utilizado por los Estados de destino para tratar de regular y ordenar los flujos migratorios desde la perspectiva externa o internacional”, y, también el más eficaz “porque pueden ajustarse con mayor precisión a las necesidades, especificidades y preferencias de los Estados contratantes” F. VACAS FERNÁNDEZ, “Los tratados bilaterales como instrumentos de regulación y ordenación de los flujos migratorios”, en *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 176 a 185, concretamente págs. 178 y 181.

comprometan de igual forma a readmitir a aquellos extranjeros que desde su territorio hayan accedido irregularmente o residan también de forma irregular en otro Estado.

En cuanto a los tipos de acuerdos que nos podemos encontrar, como menciona CHUECA SANCHO¹⁸⁹, pueden ser acuerdos cuyo objetivo o contenido único sea la regulación del procedimiento de readmisión o bien, tratados sobre cualquier otra materia, en los que se inserta alguna cláusula de readmisión. Hasta ese momento se han autorizado acuerdos comunitarios de readmisión con Polonia, Rusia, Marruecos, Pakistán, Sri Lanka, Albania, Chile y las regiones administrativas chinas de Hong Kong y Macao. También se han firmado acuerdos bilaterales entre países miembros y terceros países donde se incluyen cláusulas *standards* de readmisión. Se han introducido este tipo de cláusulas en los acuerdos con Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Croacia, Egipto, Georgia, Líbano, Macedonia, Uzbekistán y el Acuerdo de Asociación de Cotonú entre la UE y los países ACP¹⁹⁰, concretamente en este último, su artículo 13 incluye el compromiso explícito de que cada uno de los Estados ACP “admitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, a petición de éste último y sin mediar más trámites”

¹⁸⁹ A. CHUECA SANCHO, cit., pág. 4.

¹⁹⁰ El 23 de junio del 2000 se firmaba en Cotonú (Benin), el Acuerdo de Asociación entre 77 Estados de África, Caribe y Pacífico, por un lado (Estados ACEP) y la UE, por otro. Actualmente son 78 Estados, al firmar el acuerdo con posterioridad Cuba.

CAPITULO SEGUNDO

TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN FRONTERA A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como se ha puesto de relieve en el capítulo anterior existe, a nivel europeo no sólo un interés político sino también una clara preocupación por regular y controlar la llegada de extranjeros, principalmente inmigrantes laborales, al territorio de la Unión Europea; regulación que tiende a restringir su entrada, “criminalizando” la figura del extranjero al considerarle como un “elemento no deseable”, ignorando en muchas ocasiones la existencia de derechos de los que son titulares e incluso, aun contemplándolos, imposibilitando su ejercicio.

Llegados a este punto hemos de abordar y así lo haremos a lo largo del presente capítulo, el examen de los distintos derechos que se encuentran implicados y que inter actúan en el momento de la llegada del extranjero a la frontera española y lo haremos desde un punto de vista eminentemente práctico, poniendo de relieve la diferencia que, a nuestro entender, se produce entre el plano teórico de su reconocimiento constitucional y desarrollo legal y la problemática que surge cuando se trata de ejercerlos y hacerlos valer frente a la Administración.

Nos centraremos por tanto, en el derecho a entrar en territorio español (artículo 19 de la CE), a la asistencia jurídica y de un intérprete, como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) y el derecho a la libertad (artículo 17 CE) si bien, previamente, estableceremos cuál sea el marco jurídico-constitucional de esos derechos, siempre en relación a extranjeros y determinar si efectivamente son titulares de esos derechos y en qué condiciones, si es que se establece alguna para su ejercicio.

1.1. Sobre el carácter fundamental de los derechos que afectan a los extranjeros

Podemos dar una definición o caracterizar un derecho como “fundamental”¹⁹¹ conforme a los siguientes aspectos:

Aquél que es indisponible frente a los poderes públicos, especialmente frente al legislador: todos los poderes públicos quedan vinculados a estos derechos (tanto los de la Sección Primera como los de la Sección Segunda). Es cierto que el artículo 9.1 impone la sujeción a la Constitución (y al resto del ordenamiento jurídico) y como señala GOIG MARTÍNEZ¹⁹², “la conexión entre este artículo 9 y el 53.1 es indiscutible, si bien el alcance y consecuencias, son distintos y así, puede considerarse que el artículo 9.1 impone un sometimiento general, en el sentido de que tanto el legislador como los ciudadanos deben respetar todos los derechos, debiendo interpretarse todo el ordenamiento jurídico conforme a los principios constitucionales al igual que los poderes públicos, que deberán ajustarse a la Constitución”. La vinculación a la que se refiere el artículo 53.1 añade un *plus* puesto que como muy bien indica J. JIMÉNEZ CAMPO¹⁹³, no sólo significa respeto sino que conlleva algo más, esto es, una actuación ordenadora y un deber de realizar los derechos fundamentales que consistirá en unas ocasiones, en “una acción pública de promoción de condiciones y medios para el efectivo disfrute del derecho y en otras ocasiones, su protección legal frente a agresiones que provengan de quienes no son poderes públicos”.

*Aplicable de forma directa*¹⁹⁴ que tendrá que ser *regulado únicamente por ley* (adoptando la forma de Ley orgánica). Dicha regulación supone tanto el desarrollo del

¹⁹¹ Los derechos fundamentales vienen determinados por la conjunción de los artículos contenidos en la Sección primera, Capítulo Segundo del Título I de la CE, (artículo 14, 15 a 25 y el artículo 30) y de los artículos 53 (De las garantías de las libertades y derechos fundamentales), 81.1 (“Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos y libertades públicas) y 161.1 a) y b), en el que se contiene la competencia del TC para conocer sobre la inconstitucionalidad de las leyes y el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2.

¹⁹² J.M. GOIG MARTÍNEZ, *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas Internacional, 2008, Madrid, pág. 87.

¹⁹³ J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 20.

¹⁹⁴ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene manteniendo como otro de los rasgos distintivos de los derechos fundamentales que en tanto en cuanto vinculan a los poderes públicos, son *aplicables de forma directa*, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (Sentencia 39/1983, Fundamento Jurídico 3º). Ello no significa sin embargo, “autosuficiencia del derecho para alcanzar su

contenido del derecho como la ordenación y protección del mismo y ello solo puede hacerse por *ley*, excluyendo de esta forma cualquier injerencia por parte del Gobierno en el desarrollo de los derechos fundamentales (a través, por ejemplo de los Reglamentos). Por tanto, entendemos que de esta forma, al establecer la reserva legal, se está otorgando una protección especial a los derechos fundamentales frente a otras materias para las que no existe dicha reserva de ley. Dicha protección es máxima cuando se trata de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección Primera toda vez que conforme a lo establecido tanto en el artículo 81.1 como en la jurisprudencia de nuestro TC, han de ser regulados por Ley Orgánica. No obstante, tal cual refiere JIMÉNEZ CAMPO, tal reserva de ley no es *absoluta* en tanto en cuanto cabe la utilización de normas reglamentarias para *la ejecución, integración parcial o desarrollo de los enunciados legales* ¹⁹⁵.

Debiendo respetar dicha regulación, el *contenido esencial del mismo*: el TC en su Sentencia 11/1981, de 8 de abril FJ 8, determina lo que puede entenderse como contenido esencial: “se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos (...)”. JIMÉNEZ CAMPO, elabora un concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales a través de lo que denomina “*entendimiento temporal*”, al señalar que el contenido esencial no es el núcleo interno e inmóvil del derecho en concreto sino que la esencialidad del derecho radica en lo que permanece y persiste en el tiempo *pero que nunca es idéntico a sí mismo* toda vez que *quien interpreta no sólo reproduce, también produce* ¹⁹⁶.

eficacia sino que a partir de la propia Constitución pueden hacerse valer ante los Tribunales” sino que dicha aplicabilidad directa ya “da un perfil propio a lo que sea derecho fundamental supone que es un derecho preexistente a la ley y, por tanto, no podrá ser desfigurado por esta” J. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, cit., pág. 22 y ss.

¹⁹⁵ J. JIMÉNEZ CAMPO, cit., pág. 65.

¹⁹⁶ J. JIMÉNEZ CAMPO, cit., págs. 71 a 73.

Y finalmente, *que puede hacerse valer ante los Tribunales a partir de la propia Constitución.*

Por lo tanto, hemos de concluir necesariamente que los derechos fundamentales objeto de estudio en este Capítulo (que son los recogidos en los artículos 17, 19 y 24 de la CE), son derechos fundamentales, debiendo a continuación analizar si los extranjeros son o no titulares de los mismos y en qué condiciones, es decir, si el legislador en su labor configuradora del derecho, puede fijar diferencias en cuanto a la titularidad y ejercicio. Esta cuestión, lejos de estar resuelta íntegramente y a pesar de la labor realizada a lo largo de estos últimos años por el Tribunal Constitucional, sigue manteniendo un grado de cierta confusión que se ha visto confirmado además, como pondremos de manifiesto, tras las últimas Sentencias¹⁹⁷ dictadas en esta materia.

II. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

2.1. La STC 107/84: la primera sentencia en la configuración de los derechos fundamentales de los extranjeros

Tradicionalmente el Tribunal Constitucional, en materia de titularidad de derechos de extranjeros, desde su Sentencia 107/84¹⁹⁸, ha venido manteniendo la necesidad de realizar una interpretación sistemática del contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas recogidas en el texto constitucional así como del resto de las leyes y tratados internacionales de los que España sea parte (principalmente Declaración Universal de los Derechos Humanos y Convenio Europeo de Derechos Humanos) y que regulan y reconocen estos derechos. Este es el criterio que además ha constituido el punto de referencia tanto doctrinal como jurisprudencial en la materia.

¹⁹⁷ Son las STC 236, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265 todas del 2007, señalando que entre ellas la que resuelve la mayor parte de las dudas de constitucionalidad planteadas y a la que se remiten el resto de Sentencias, es la 236.

¹⁹⁸ STC 107/84 de 23 de noviembre.

Cuál sea el régimen jurídico constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros en España es algo que nuestra Constitución no aclara por sí misma, es decir, que el único precepto en relación a los extranjeros que se contiene en el texto, el artículo 13, no determina los “derechos y libertades de los que son titulares los inmigrantes que se encuentran en territorio español, ni cómo podrán ser ejercidos”¹⁹⁹. La CE tan solo hace referencia a esta materia en el Capítulo Primero del Título I bajo el epígrafe *De los españoles y extranjeros* y especialmente se refiere a ellos en el artículo 13, señalando, en su primer apartado, que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. A continuación en su segundo apartado indica que *solamente los españoles* serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 (derechos de participación política y de acceso a funciones y cargos públicos) es decir, se excluye de forma categórica a los extranjeros en la titularidad y ejercicio de estos derechos dejando a salvo no obstante, el derecho al sufragio activo y pasivo en la elecciones municipales conforme a criterios de reciprocidad y que así pueda establecerse por tratado o por ley.

¿Significa esto que los extranjeros gozarán de las libertades públicas pero no de los derechos fundamentales? es decir, ¿el término *libertades públicas* debe entenderse en sentido amplio pudiendo por tanto, los extranjeros ser titulares también de los derechos fundamentales del Capítulo Segundo o por el contrario, el legislador constitucional ha querido establecer un criterio distintivo cuando de extranjeros se trata?

A priori y, tras la lectura del apartado segundo, que dice que *solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, a sensu contrario*, podríamos decir que los extranjeros sí que serían titulares del resto de derechos fundamentales, no obstante, esta apreciación por sí sola, no despeja la duda planteada ni tampoco el resto de preceptos constitucionales aclaran la cuestión en tanto en cuanto en algunos supuestos el texto constitucional utiliza el término *todos* (derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, derecho a la tutela judicial efectiva) y en otros casos, sin embargo, emplea expresiones impersonales tales como “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto” (artículo 16), “se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (artículo 18), “se reconoce y

¹⁹⁹J.M. GOIG MARTÍNEZ, *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas Internacional, Madrid, 2008, pág. 91.

protegen los derechos de libertad de expresión, de reunión, asociación” (artículos 20, 21 y 22) . Por el contrario, los artículos 14 (derecho a la igualdad) y 19 (derecho a entrar, circular y residir libremente por territorio español) se predicán únicamente de los españoles.

Otra de las cuestiones que surge es en relación a la expresión que se utiliza en el artículo 13 al señalar que los extranjeros gozarán de las libertades públicas, *en los términos que establezcan los tratados y la ley*, no indicándose cuáles sean esos tratados ni de qué forma pueda la ley configurar los derechos fundamentales de los extranjeros y si esta reserva legal, al tratarse de extranjeros, es o no la misma que se recoge en el artículo 53.1 de la CE.

Ha sido el Tribunal Constitucional el que, a través de su jurisprudencia, ha configurado el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros y lo ha llevado a cabo mediante una interpretación sistemática de los distintos preceptos constitucionales, manteniéndose, como veremos, dicho criterio desde su Sentencia 107/84. Esta Sentencia se dictó en resolución del recurso de amparo 576/1983, promovido por un ciudadano de nacionalidad uruguaya y cuyo objeto se centraba en saber si la exigencia del requisito de residencia, para formalizar válidamente contratos de trabajo, vulneraba o no el principio de igualdad del artículo 14. El recurso se desestimó si bien el valor de esta sentencia, radica, como ya se ha indicado, en que constituye el punto de referencia, tanto jurisprudencial como doctrinal *para determinar cuál sea la posición jurídica de los extranjeros en España* y para ello, según el TC, se hace preciso tener en cuenta distintos preceptos constitucionales y no sólo el artículo 13. De esta forma, indica que el artículo 13 cuando se refiere a “libertades públicas”

“(…) no tiene un significado restrictivo y el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o de la ley. Sin embargo, continúa diciendo que ello no supone desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice

que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades(...)" que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley, "(...) de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo constitucionales y, por tanto dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido derechos de configuración legal (...)"

Una de las primeras conclusiones que podemos extraer es que el Tribunal adopta una interpretación amplia del término *libertades públicas* haciéndolo equivalente al de *derechos fundamentales*, interpretación que no carece de importancia toda vez que ello supone aceptar que lo extranjeros podrán ser titulares de los derechos y libertades recogidos en la Sección Primera Título I del Capítulo Primero y esa titularidad le es otorgada *ex constitutione*, gozando igualmente de protección jurisdiccional específica.

Se han planteado distintas cuestiones en relación a la afirmación que hace el Tribunal cuando dice que *todos ellos-los derechos constitucionales-sin excepción en cuanto a su contenido-son derechos de configuración legal*. ¿Quiere esto decir que son de configuración legal cuando son ejercidos por los extranjeros?, ¿no son derechos subjetivos directamente aplicables?. Es decir, los extranjeros, ¿pueden ejercitar en base a la CE derechos fundamentales o tienen que esperar a que una ley les configure y regule su contenido por ser titulares?²⁰⁰. Entendemos que la afirmación de que todos los derechos son de configuración legal no significa condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros a la existencia de una regulación legal sino que los derechos fundamentales, sin dejar de ser de aplicación directa²⁰¹, requieren de una configuración en cuanto a su contenido y ejercicio. Como la Constitución no puede establecer ni determinar de forma exhaustiva el contenido y alcance de todos y cada uno de los derechos, es por ello que el legislador debe llevar a cabo una labor integradora de los mismos, configurando su contenido; lo que no significa que pueda disponer de ellos

²⁰⁰ M del C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 55 a 57.

²⁰¹ En este sentido se pronuncia J.M GOIG MARTÍNEZ, cit., pág. 94, al señalar que "aún cuando la doctrina no es unánime, consideramos que los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Sección Primera del Capítulo II del título I, son de aplicación directa y el posible desarrollo legislativo de los mismos debe de partir del contenido constitucionalmente declarado".

sino que tiene que respetar su contenido esencial, constituyendo este contenido esencial el límite tanto para el legislador como para los poderes públicos²⁰².

El artículo 13 otorga un valor importante a los Tratados, a nuestro modo de ver, no tanto en cuanto a que los mismos puedan configurar el contenido y condiciones del ejercicio de los derechos (puesto que como afirma el TC, son, en todo caso, derechos constitucionales) sino que éstos deberán interpretarse en los términos que establezcan esos tratados y por tanto, deben tomarse en cuenta los tratados que en materia de derechos fundamentales haya ratificado España²⁰³ y que ex artículo 96 de la CE, forman parte del ordenamiento jurídico español. En aplicación de ese criterio de interpretación sistemática ya señalado, hemos de observar otros artículos del texto constitucional, no sólo el 13 sino también el artículo 10.2 al señalar que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

A continuación y en la misma Sentencia, el TC desarrolla la tradicional *clasificación tripartita*, ampliamente conocida y reconocida de los derechos de los extranjeros, estableciendo como criterio, para considerar o no titulares a los extranjeros de los derechos constitucionales, el de la *dignidad humana*, entendemos que en referencia tanto al artículo 10.1 como en el 1.1 de la CE²⁰⁴ y, así reconoce

“(…) que la nacionalidad o ciudadanía del titular, puede ser considerada como un dato relevante para modular el ejercicio del derecho y, en el caso de que se prescinda

²⁰² En un primer momento la interpretación que se realizó de la reserva de ley del artículo 13.1 de la CE, consideraba que constituía una habilitación al legislador para extender libremente a los extranjeros la titularidad de los derechos fundamentales recogidos en el Título I sin embargo, y tal y como se pronunció el TC, esto produciría una desconstitucionalización de los mismos. M^o del C. VIDAL FUEYO, cit., págs. 40 y 41.

²⁰³ Especialmente, como señala el propio artículo 10, la Declaración Universal de Derechos Humanos pero también, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

²⁰⁴ El artículo 10.1 dice que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social y, el 1.1, integrado en el Título Preliminar y que constituye las bases institucionales del Estado, señala que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

de la nacionalidad, se produciría una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquéllos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o, si se rehúye de esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de la CE, constituye, fundamento del orden político español, señalando entre estos derechos, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica..., que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles. (...)"

En el Fundamento Jurídico Cuarto, concluye que "(...) el problema de la titularidad y ejercicio de derechos, y más concretamente el problema de la igualdad, aquí planteado, depende pues, del derecho afectado y así, existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación habrá de ser igual para ambos (...)", (aquí se incluirían los derechos referidos anteriormente). Por lo tanto, no puede hacerse distinción alguna en cuanto al criterio de la nacionalidad porque son derechos que se encuentran íntimamente ligados a la dignidad humana y que constituyen una garantía de la misma y consecuentemente con ello, la regulación que se haga de estos derechos ha de ser igual para ambos, no pudiendo incluirse limitaciones o requisitos en su ejercicio por razón de quien sea el titular-nacional o extranjero- (también denominados "derechos de configuración constitucional plena"): el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la CE), el derecho a la libertad y a la seguridad personal (artículo 17), el derecho a la defensa (artículo 24); existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (artículo 23), y finalmente, otros derechos "(...) que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia, de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio(...)" (también denominados derechos de reconocimiento limitado) entre los que podrían incluirse, entre otros, los derechos recogidos en el artículo 19 y como señala la Sentencia, siendo objeto del recurso que resuelve, el derecho al trabajo, indicando que "(...) para el ejercicio de este derecho, no existe tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros ni tampoco la Constitución que sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles (...)"

2.1.1. La cuestión del criterio de la dignidad humana

Esta división conforme al criterio de la dignidad humana es utilizada de forma recurrente por el Tribunal Constitucional en todas sus sentencias constituyendo, como ya se ha señalado, el punto de referencia en la interpretación de los derechos fundamentales ejercitados por extranjeros. Efectivamente esta Sentencia es fundamental en el régimen jurídico de los derechos de extranjeros en España principalmente, a nuestro modo de ver, porque en primer lugar, mantiene de forma categórica que los extranjeros pueden, en principio ser titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección primera, Capítulo II del Título I y en segundo lugar, porque en aplicación del criterio de interpretación sistemática del texto constitucional, respecto de los derechos que vengan sólo reconocidos a los españoles, no quiere decir que los extranjeros no ejerzan su titularidad aunque pueda condicionarse su ejercicio. Ahora bien, el TC no elabora un catálogo completo de cuáles sean los derechos de los que son titulares los extranjeros, cuáles de ellos serán ejercidos en igualdad de condiciones que los españoles y cuáles no; sino que deja abierto el listado estableciendo, en todo caso, un criterio distintivo de los mismos que es el de la dignidad humana.

En este punto hemos de plantearnos si dicho criterio es válido o no, para distinguir y establecer la titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros porque en definitiva todos los derechos fundamentales y libertades públicas están en mayor o menor medida ligados al concepto de dignidad humana y ello no está exento de polémica. Así para un sector de la doctrina, la utilización de dicho criterio es válido si bien hay que emplearlo no con carácter absoluto, en el sentido de “que todos y cada uno de los derechos que la Constitución enuncia en su Título I, son en su mayor o menor grado, inherentes a la persona y a su dignidad radical y todos contribuyen, en una u otra medida, al desarrollo integral del ser humano, por utilizar la locución constitucional del artículo 10.1 de la CE al libre desarrollo de la personalidad”. Lo que en realidad hace el Tribunal Constitucional “es atender al nivel de graduación de la conexión derecho/libertad-dignidad porque aún vinculándose todos los derechos con la dignidad, el grado de vinculación no es en modo alguno el mismo en todos los derechos y de esa mayor o menor vinculación o conexión se pueden derivar consecuencias jurídicas

(...)”²⁰⁵. Del mismo modo se pronuncia ARAGÓN REYES al señalar que “lo que el Tribunal ha dicho es que hay unos derechos más conectados inmediatamente con la dignidad de la persona pero sin limitar necesariamente ese catálogo”²⁰⁶. De esta forma, la diferencia entre unos y otros derechos vendría determinada por el grado de conexión con la dignidad de la persona, siendo algunos sustanciales para el respeto a dicha dignidad y otros, no tan importantes o necesarios o no ligados de forma tan inmediata a ella, lo que significaría que el legislador podría tener una mayor capacidad dispositiva, introduciendo condicionamientos para su ejercicio.

Otro sector de la doctrina, como VIDAL FUEYO por el contrario, mantiene que “hacer una clasificación de los derechos fundamentales, desde una construcción metafísica, apoyada en criterios axiológicos derivados de una concepción ética de la dignidad humana, es sumamente peligrosa, pues siempre descansará en percepciones subjetivas, ajenas al derecho positivo y, en cualquier caso, ¿qué derecho fundamental no está vinculado a la dignidad humana?”. Por lo tanto la *fundamentalidad* de los derechos no solo debe apoyarse *exclusivamente* en el criterio de la dignidad humana, constituyendo, en consecuencia, la nota básica que caracteriza a los derechos fundamentales *la indisponibilidad de los mismos por el legislador*²⁰⁷. En el mismo sentido se pronuncia GOIG MARTÍNEZ, al señalar que no cree acertado “entender que todos los derechos y libertades a que hace referencia el artículo 13.1 sean derechos de configuración legal, ni tampoco que la titularidad y disfrute de derechos y libertades por los inmigrantes deba de hacerse, exclusivamente, sobre la base de considerarlos en mayor o menor medida vinculados a la dignidad humana” y ello porque, en primer lugar, considera, como ya hemos señalado, que todos ellos están vinculados a la dignidad humana y en segundo lugar, porque el TC ha establecido que todos los derechos del Título I son constitucionales “y por consiguiente habrá que tener en cuenta cuál es el contenido que la Constitución, como parámetro principal, reconoce y de ahí

²⁰⁵ F. FERNÁNDEZ SEGADO, “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 7, 1er semestre, UNED, Madrid, 2001, pág. 70.

²⁰⁶ M. ARAGÓN REYES, “Constitucionalidad de los límites de los derechos fundamentales. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre en *Teoría y realidad constitucional*, nº 7, 1er semestre 2001, UNED, Madrid, 2001, pág. 11.

²⁰⁷ M^a del C. VIDAL FUEYO, cit., págs. 56 a 57 y 61.

determinar si su titularidad y ejercicio puede ser configurado por los Tratados”. Continúa diciendo este autor que a pesar de ello, tampoco considera cierto que el contenido de los derechos de los extranjeros pueda ser configurado por los Tratados o por la ley y por ello, la remisión que hace el artículo 13.1 no puede ser considerada como una remisión con carácter general toda vez que, por un lado, existen derechos y libertades directamente aplicables (todos los de la Sección I del Capítulo II del Título I, aunque no toda la doctrina sea unánime) y por otro, como mínimo todos los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas constitucionalmente están ligados a la dignidad humana y la posibilidad de que los mismos puedan ser configurados por la ley o por los tratados, no puede suponer añadir un plus de restricción cuando su ejercicio y titularidad se refiere a los extranjeros puesto que ello supondría desconocer y degradar la dignidad del ser humano²⁰⁸.

De cualquier forma, lo cierto es que el criterio establecido por el TC en su Sentencia 107/84, a pesar de que se dictó antes de la entrada en vigor de la primera Ley sobre extranjería en el año 85, al igual la clasificación tripartita de los derechos que pertenecen o no a los extranjeros, se ha mantenido hasta la actualidad si bien las últimas Sentencias sobre la materia, especialmente la STC 236/2007 de 7 de noviembre, han cambiado en gran medida esta configuración jurisprudencial. Hasta esta Sentencia y aunque en la misma, como ya se ha señalado, no se recogía una lista exhaustiva ni cerrada de los derechos fundamentales de los extranjeros, se venían clasificando-acorde con las Sentencias que sobre la materia había dictado el TC-, conforme a los siguientes criterios²⁰⁹:

-Derechos que pertenecen por igual a españoles y extranjeros y cuyo ejercicio no se encuentra condicionado, siendo por tanto titulares de los mismos los extranjeros sea cual fuere su situación administrativa en nuestro país, entre ellos, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica, religiosa y de culto; a la libertad y a la seguridad; derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones; los derechos del artículo 24 en toda su dimensión, incluyéndose el derecho instrumental de justicia gratuita; el derecho a la libertad de expresión y los

²⁰⁸ J.M. GOIG MARTÍNEZ, cit., págs. 93 a 96.

²⁰⁹ Seguimos la clasificación realizada por el profesor J.M. GOIG MARTÍNEZ, cit., págs. 97 y ss.

derechos de manifestación y reunión como manifestaciones de la libertad de expresión y el derecho a la educación.

-Derechos de los que pueden ser titulares los extranjeros pero cuyo ejercicio viene condicionado, pudiendo entonces establecerse diferenciaciones de trato entre españoles y extranjeros, por el cumplimiento de determinados requisitos legales como puede ser la situación de estancia legal en nuestro país o haber adquirido el status de residente, (también denominados derechos de reconocimiento limitado o de configuración legal) como es el derecho a entrar y circular libremente en España así como el derecho a residir del artículo 19 de la CE; el derecho al trabajo, el derecho a ejercicio de determinadas profesiones que requieran titulación.....

-Derechos que sólo se reconocen a los españoles, el derecho a la participación política recogida en el artículo 23 y cuyo ejercicio queda totalmente restringido a los extranjeros, salvo las previsiones determinadas para el sufragio activo en las elecciones municipales.

2.2. La STC 236/07: ¿una nueva configuración de los derechos de los extranjeros?

2.2.1. Antecedentes: la LO 7/85 y la STC 115/87

Como ya comentamos en el capítulo anterior, la primera LOEx apenas hacía referencia al ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros ni establecía un régimen jurídico de los mismos y cuando lo hacía, era para restringirlos; así en el Título Primero *Derechos y libertades de los extranjeros*, se señalaba en el artículo 4, que los extranjeros gozarán de los derechos y libertades reconocidos -en el Título I de la CE- en los términos establecidos *en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos*. Como puede observarse y a diferencia del 13.1 de la CE, no hace referencia a los Tratados internacionales sino tan solo a la ley tanto la de extranjería como al resto de leyes que regulen el ejercicio, entendemos, de los derechos fundamentales.

A continuación y en el resto de los preceptos del Título Primero, (artículos 4 al 10) tan solo se mencionan los derechos de reunión (artículo 7) y asociación (artículo 8), indicando que los extranjeros podrán ejercitarlos siempre que se encuentren *legalmente*

en territorio español, estableciendo para el derecho de reunión, la exigencia de autorización previa. Respecto de los derechos de circulación y residencia en el territorio español, se condiciona su ejercicio a la situación de estancia legal, y al igual que en la CE, en su artículo 23, recoge la restricción que para los extranjeros existe en el ejercicio de los derechos de participación política a excepción de las previsiones para el sufragio municipal. Finalmente reconoce a los extranjeros que se *hallen legalmente*, el derecho a la educación así como el derecho de sindicación y huelga (artículos 9 y 10).

Esta primera Ley de extranjería, paradójicamente denominada *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, fue objeto de recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo²¹⁰ que planteaba la inconstitucionalidad de determinados preceptos, en lo que ahora nos interesa, el artículo 7, en su inciso segundo, en la medida que se impone la necesidad de autorización *para reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público así como manifestaciones* y el artículo 8.2, en el que se prevé la suspensión, por parte del Consejo de Ministros, de las actividades de asociaciones *promovidas o integradas mayoritariamente por extranjeros*, en los casos que atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles.

Pues bien, lo primero que nos llama la atención es el hecho de que el Defensor del Pueblo no plantee la inconstitucionalidad del requisito de la residencia legal, como condicionamiento del ejercicio del derecho a la educación así como de los derechos de reunión y asociación y tan sólo objete la constitucionalidad respecto de la imposición de condiciones para el ejercicio del derecho de reunión en determinados supuestos y en el caso del derecho de asociación, la intervención del Estado quien tendrá la potestad de suspenderlas en los casos previstos legalmente. Es decir, no cuestiona la inconstitucionalidad de estos dos preceptos porque se establezca un condicionamiento en su ejercicio, que es la exigencia de la residencia legal; hecho este que nos lleva a afirmar que el propio Defensor del Pueblo, no considera que tales derechos sean fundamentales en cuanto que, siguiendo el criterio del TC, no son inherentes a la

²¹⁰ Recurso 880/1985, resuelto por el Pleno del TC, en Sentencia 115/87 de 7 de julio.

dignidad humana o bien que tal vinculación no sea lo suficientemente *intensa* como para que su ejercicio no pueda limitarse por razones de nacionalidad.

El Alto Tribunal tampoco se plantea si estos dos derechos podrían introducirse en la categoría de derechos *de configuración plena*, por utilizar la expresión a la que alude el propio Tribunal y ello a pesar de que, en su Fundamento Jurídico Segundo²¹¹, párrafo quinto, señala que el artículo 21 de la CE afirma genéricamente que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas” *sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho (...)*”. Continúa diciendo el Tribunal que

“(…) el precepto impugnado permite el ejercicio del derecho de reunión, pero para el caso de las reuniones públicas exige la necesaria autorización del órgano competente. El problema que se plantea no es el de si es posible aquí esta diferencia de trato en el ejercicio del derecho entre los extranjeros y los españoles, sino si el legislador ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el artículo 21.1 CE también para los extranjeros. La necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión, no es un requisito puramente rituario o procedimental sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa. Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria “para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”; al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución. Consecuentemente con todo ello, procede declarar la inconstitucionalidad del inciso “y solicitar del órgano competente su autorización” del artículo 7 de la LO 7/1985 de 1 de julio (...)

Algo similar se concluye en cuanto al derecho de asociación, respecto del cual el Defensor del Pueblo argumenta que el artículo 8 de la LO 7/85, “ignora el contenido esencial del derecho de asociación, porque ni el artículo 22 de la CE ni los tratados internacionales autorizan restricciones diversas de las en ellos previstas (...)”, sin cuestionarse si la exigencia de la residencia legal pudiera atentar de igual forma el *contenido esencial* de este derecho. Del mismo modo el TC, en su Fundamento Jurídico Tercero, señala que el artículo 22 reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación, apuntando que el *problema aquí es si el legislador*, al introducir

²¹¹ STC 115/87.

la suspensión administrativa de las actividades de las asociaciones de extranjeros, *ha respetado o no el contenido preceptivo del artículo 22 de la CE.*

El TC resuelve la cuestión declarando la inconstitucionalidad de dicha intervención administrativa argumentando que

“(…) una cosa es autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esta autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales concluyendo que la intervención administrativa del artículo 8.2 de la LO 7/85, resulta totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el artículo 22.4 de la Ce también para los extranjeros, declarando, por tanto, su inconstitucionalidad (…)”

Pareciera que el TC reconoce el establecimiento, en el ejercicio de este derecho aunque no en la titularidad, de un tratamiento diferenciado entre extranjeros y españoles por razón de la nacionalidad y consecuentemente con ello, no cuestiona la posible inconstitucionalidad del requisito de la residencia legal, en el ejercicio de los derechos de reunión y asociación por parte de los extranjeros y ello a pesar de la dicción de los propios preceptos constitucionales. Aunque posteriormente, en Sentencia 241/1991²¹², en relación al derecho de asociación señala que éste se configura “(…) como una de las libertades públicas capitales de la persona, al asentarse justamente como presupuesto en la libertad, viene a garantizar un ámbito de autonomía personal y, por tanto, también el ejercicio con pleno poder de autodeterminación de las facultades que componen esa específica manifestación de la libertad (…)”

Claro está que ello es más deseable que lo manifestado por los Magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García-Mon, en su voto particular, al considerar que las restricciones en el ejercicio de estos derechos, para extranjeros en situación de regularidad en España, que han sido declaradas inconstitucionales por el parecer mayoritario del pleno del TC, *encajan holgadamente con las restricciones* que se imponen a los extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de 1966 y de la Libertades Fundamentales de 1950, ambos ratificados por España y concluyen estos Magistrados

²¹² STC 241/1991, Sección segunda, de 16 de diciembre

que por ello, “el legislador español no ha traspasado ni de lejos los únicos límites que indirectamente la Constitución impuso a su libertad de configuración”.

Evidentemente no podemos estar conforme con ello, en primer lugar porque, como ya hemos indicado anteriormente, el legislador no posee una libertad absoluta en la *configuración* de estos derechos, por utilizar la misma palabra que los Magistrados, sino que el legislador debe respetar, cuando proceda a regularlos, el contenido esencial de los derechos fundamentales y estos dos derechos-reunión y asociación- por las razones ya aludidas al inicio de este capítulo, esto es, por encontrarse vinculados directamente con la libertad de expresión y hallarse incluidos en la Sección Primera Título I Capítulo II, son derechos fundamentales. En segundo lugar, porque los extranjeros tal cual ya se pronunció el TC, gozarán de los derechos que les atribuye la Constitución, debiendo interpretarse conforme establezcan los tratados y la ley. Esta interpretación, entendemos que no puede llevarse a cabo en contra o vulnerando el contenido esencial del derecho ni los preceptos constitucionales toda vez que, en caso contrario, las previsiones legales que no lo respeten, devendrían contrarias a la Constitución. Y por último, apuntar que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, también ratificada por España, en su artículo 20.1 establece que *toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas*, sin que se establezca límite o restricción alguna, ni si quiera exigiendo para su ejercicio el requisito de la residencia legal.

Así las cosas y durante los 15 años que estuvo en vigor la LO 7/85 de 1 de julio, en ningún momento se planteó la posible inconstitucionalidad de las restricciones impuestas para el ejercicio de los derechos referidos cuando de extranjeros en situación de irregularidad se trataba.

2.2.2. La reforma operada por LO 8/2000: análisis de los preceptos impugnados en la STC 236/2007

En el año 2000 se aprueba una nueva LO sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social, LO 4/2000 de 11 de enero, en la que se contemplaba expresamente que los extranjeros “gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles de los Derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución

y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”, señalando en su apartado segundo que “las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales de los que España sea parte (...)”

Consecuentemente con ello, la regulación que se lleva a cabo de los derechos de los extranjeros es radicalmente distinta a la recogida en la anterior LO y así, en cuanto al ejercicio de los derechos de asociación y reunión por parte de los extranjeros no se impone limitación alguna, es decir, que se reconoce su titularidad y ejercicio, con carácter general a *todos los extranjeros que se encuentren en España* sin condicionarlo a la situación de legalidad²¹³. Del mismo modo, admite el derecho al acceso a la enseñanza, básica y gratuita para todos los extranjeros menores de 18 años en igualdad de condiciones que los españoles²¹⁴ y también, de igual forma, los derechos de sindicación y huelga²¹⁵ y el derecho a la asistencia sanitaria²¹⁶.

Sin embargo, el reconocimiento de este elenco de derechos fundamentales y de otros tantos de carácter social tuvo poca duración. La LO 4/2000 (aprobada contra el criterio mayoritario del grupo parlamentario del Partido Popular, tras la disolución de la Cortes en el mismo año y las nuevas elecciones en las que ese partido alcanza la mayoría absoluta), fue inmediatamente objeto de reforma mediante LO 8/2000. Se trata como indica SANTOLAYA “de un texto con claro sesgo restrictivo (...) limitando algunos de los derechos que se predicaban de los extranjeros (...) pero tampoco podía suponer pura y simplemente una vuelta a la Ley del 85 y se mantienen algunos de los

²¹³ Artículo 7.1: “Los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa y de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, el derecho de reunión recogido en el artículo 21 de la Constitución. Y, el artículo 8: “Todos los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen para los españoles. Sólo podrán ser promotores los residentes españoles”.

²¹⁴ Artículo 9 de la LO 4 /2000 de 11 de enero.

²¹⁵ Artículo 11, cit.

²¹⁶ Artículo 12, cit.

derechos ligados al empadronamiento, como la asistencia sanitaria”²¹⁷. GOIG MARTÍNEZ, de forma más contundente afirma que tras la reforma, que afecta al 80% de la Ley, “no solo se modifica gran parte del sistema de entrada, salida, permanencia y situaciones de los inmigrantes, sino que se cambia el reconocimiento de derechos a los extranjeros (...), al recuperar la clara distinción entre los extranjeros dependiendo de su situación administrativa”²¹⁸, tal cual ocurría en la LO 7/85. En concreto: se limitan de nuevo los derechos de reunión y asociación, introduciéndose el criterio de la residencia legal para su ejercicio por parte de los extranjeros. El mismo criterio se establece para la enseñanza no obligatoria; en cuanto al derecho de sindicación sólo podrán ejercerlo los extranjeros cuando obtengan la autorización de estancia o de residencia y en cuanto al derecho de huelga se les reconoce únicamente, a los trabajadores extranjeros que estén autorizados a trabajar.

Esta situación y la dudosa constitucionalidad de la reforma operada tuvo como consecuencia inmediata el planteamiento de ocho recursos de inconstitucionalidad por supuesta vulneración de preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas a los extranjeros²¹⁹. Se aborda así ante el Tribunal Constitucional

“la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general sino a aquellos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Este dato ha de resultar decisivo para el enjuiciamiento que debemos efectuar ya que si bien la CE no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad de su estancia o residencia en España, sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia para

²¹⁷ P. SANTOLAYA, “Los inmigrantes en situación irregular: derechos, expulsión y regularización (1990-2004) en *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídicas y sociológicas*, VVAA, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, págs. 129 a 141, concretamente pág. 131.

²¹⁸ J.M. GOIG MARTÍNEZ, “Tribunal Constitucional y Derechos de los extranjeros. Comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, UNED, Madrid, 2008, págs. 625-649, concretamente pág. 627.

²¹⁹ Estos recursos fueron planteados por el Parlamento de Navarra, Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, Parlamento Vasco, 61 Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso, Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Diputación General de Aragón, Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura y Consejo de Gobierno del Principado de Asturias. Se resolvieron por distintas Sentencias, si bien analizaremos la que resuelve el recurso planteado por el Parlamento de Navarra, STC 236/2007 de 7 de noviembre, puesto que los criterios de esta Sentencia han sido ratificados en las restantes Sentencias que los resuelven, remitiéndose todos ellos a esta.

configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere los preceptos o principios constitucionales (...)”²²⁰.

Y es precisamente en esto donde radica la importancia y la novedad de esta Sentencia y por ende, la jurisprudencia que se crea a partir de la misma: es la primera vez que el TC “resuelve acerca de la posible inconstitucionalidad de una ley que, reconociendo la titularidad de determinados derechos y libertades de extranjeros”, sin embargo, condiciona su ejercicio a una determinada situación administrativa y por tanto “niega el ejercicio de determinados derechos, no a los extranjeros en general sino solamente a aquellos que no dispongan de la autorización de estancia o residencia”²²¹.

Para determinar si efectivamente los preceptos impugnados son o no constitucionales, el TC parte de los mismos criterios de interpretación generales que se han venido manteniendo en todas sus Sentencias: aunque el legislador, conforme al artículo 13.1 de la CE, goza de una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo incluso establecer determinadas condiciones para su ejercicio, esta libertad se encuentra limitada. En primer lugar, por el grado de conexión del propio derecho con la dignidad humana y en segundo lugar, por el propio contenido del mismo que no puede verse afectado. Además, deben tomarse en consideración los distintos tratados y acuerdos internacionales de los que España sea parte, entre ellos principalmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales. En definitiva y como señala el propio TC “al enjuiciar la ley impugnada en este proceso, nos corresponde determinar si el legislador ha respetado los límites ex artículo 10.2 de la CE”²²². Por ello, “el juicio de constitucionalidad que debe realizarse consiste en determinar si los preceptos de esa Ley sometidos a su enjuiciamiento han excedido o no los límites impuestos por la Constitución”²²³.

²²⁰ Fundamento Jurídico Segundo de la STC 236/2007.

²²¹ J.M. GOIG MARTÍNEZ, “Tribunal Constitucional y Derechos de los extranjeros. Comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería”, cit., pág. 625.

²²² Fundamento Jurídico Quinto de la STC, cit.

²²³ J.M. GOIG MARTÍNEZ, cit., pág. 626.

En cuanto a los derechos de reunión y manifestación del artículo 7.1 de la LO 8/2000, el Tribunal Constitucional primero, procede a determinar el grado de conexión con la garantía de la dignidad humana señalando que como ya ha manifestado en distintas Sentencias que

“el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión (...) destacando el relieve fundamental que este derecho-cauce del principio democrático participativo-posee tanto en su dimensión subjetiva como objetiva en un Estado social y democrático de Derecho (...). La vinculación libertad de expresión-libertad de reunión ha sido igualmente destacada por el TEDH, señalando que la “protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión (...)”

Así mismo tal vinculación de este derecho con la dignidad humana, ha sido ya reconocida en distintos instrumentos internacionales: “tanto la DUDH como los principales tratados internacionales ratificados por España, parecen vincular el derecho de reunión a la dignidad humana (...)”. Del mismo modo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se reconoce a toda persona, el derecho de reunión y asociación sin el establecimiento de restricciones o condicionamiento alguno por razón de nacionalidad: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación (...). El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas en la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos (...)”²²⁴.

Acorde a estos argumentos, el TC llega a la conclusión de “que la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia y, su vinculación con la dignidad de la persona (...) imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre” (Fundamento Jurídico Sexto). Por tanto, el requisito que el legislador establece para el ejercicio de estos derechos, (la situación de estancia o

²²⁴ Artículo 11 del CEDH.

residencia legal) no constituye una regulación o configuración del derecho sino que “impide radicalmente cualquier ejercicio del mismo a las personas que se encuentren en España en aquella situación”. Ello significa que el legislador ha traspasado *el ámbito de libertad constitucional fijado* y, en consecuencia declara inconstitucional “la exigencia de autorización de estancia o residencia en España para que los extranjeros puedan ejercer el derecho de reunión”²²⁵, afirmando que la regulación dada por la LO 8 /2000, en su artículo 7.1, vulnera el artículo 21 de la CE.

Respecto del derecho de asociación, reformado por el artículo 8.1 de la LO 8/2000, si bien se reconoce su titularidad a los extranjeros también se condiciona su ejercicio a la situación de residencia o estancia legal en España. De forma análoga, el TC, (Fundamento Jurídico Séptimo) reconoce que este derecho se encuentra “vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación en una sociedad democrática”, conclusión a la que llega en consonancia a dos premisas básicas: una, la propia CE, que utiliza la forma impersonal *se reconoce el derecho de asociación*, sin establecer limitaciones o diferencias de tratamiento por razón de la nacionalidad; la otra, los distintos Tratados internacionales y especialmente, la DUDH:

“Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales lo «proyectan universalmente» y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.(...)”

El resultado es que el TC declara que el artículo 8 de la LO 8 /2000, al condicionar el derecho de asociación a la situación de estancia o residencia legal, vulnera el artículo 22 de la CE y debe declararse su inconstitucionalidad puesto que en caso contrario, se estaría negando e impidiendo el ejercicio de este derecho a los extranjeros que se encuentren en España en situación de irregularidad.

²²⁵ M^a del C. VIDAL FUEYO, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril, 2009, págs. 353-379, concretamente pág. 368.

El derecho de sindicación, en su redacción dada al artículo 11.1 por la LO 8/2000, al igual que en los anteriores, aunque se reconoce su titularidad a los extranjeros se condiciona su ejercicio al estatus de estancia o residencia legal. El Tribunal sigue el mismo criterio interpretativo: primero, señala que nuestra CE en su artículo 28 reconoce el derecho de “todos” a sindicarse libremente, si bien podrá limitar este derecho a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sometidos a disciplina militar. Y segundo, indica que en el mismo sentido se pronuncia la DUDH y el PIDCP, al contemplar que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a afiliarse o sindicarse en defensa de sus intereses. De igual forma alude al Convenio nº 87 de la OIT en cuyo artículo 2, se reconoce “a todos los trabajadores sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, los derechos de fundación de sindicatos y de afiliación a los mismos”. Siendo así, nos dice el TC, en su Fundamento Jurídico Noveno, que

“no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo, y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador. (...).

La concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal, es decir, por quienes «sean sujetos de una relación laboral» (en los términos del art. 1.2 de la Ley Orgánica de libertad sindical: LOLS), no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalidades posibles en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal. De ahí que no resulte absurdo, como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, quienes pueden afiliarse a los Sindicatos españoles para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma. También aquí debemos precisar que el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre (...)

Los razonamientos anteriores conducen a declarar la inconstitucionalidad del art. 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 9, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al art. 28.1 CE. Y, a diferencia de los anteriores pronunciamientos, sí que declara además, su nulidad.

En lo relativo al derecho de huelga no es en la Sentencia que estamos analizando donde hace su pronunciamiento el TC sino en la 259/2007. No obstante, tanto la impugnación, que se centra también en la introducción de una limitación para el ejercicio de este derecho que es, claro está, la exigencia de que los extranjeros se encuentren en situación de estancia o residencia legal; como el razonamiento para determinar la inconstitucionalidad de tal exigencia, es el mismo que para los otros preceptos rebatidos. Mantiene el Tribunal que el concepto de trabajador,

“relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga ha de entenderse en línea con lo ya afirmado el TC en STC 236/2007, en relación con el derecho a la libertad sindical, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su situación (...)”. Por lo tanto, “(...) no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros”

“La exclusión total del derecho de huelga de aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa para ello, no se compadece con el reconocimiento del derecho de huelga que proclama el artículo 28.2 de la Ce, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España (...) de forma que la regulación que se establezca deberá tener por objeto el ejercicio del derecho y no impedirlo a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales”. (Fundamento Jurídico Séptimo de la STC 259/2007).

En este caso se declara la inconstitucionalidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” recogida en el artículo primero, apartado nueve de la LO 8/2000, por ser contrario al contenido de los derechos reconocidos en el artículo 28.2 de la CE.

Igualmente se impone el requisito de la residencia a los extranjeros para el ejercicio del derecho a la educación: “los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles”.

Tampoco en este supuesto el Tribunal lleva a cabo un argumento distinto de los anteriores. Conforme a los principales tratados e instrumentos internacionales sobre la materia (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la DUDH), la jurisprudencia, el artículo 27.1 de la CE (“todos tienen derecho a la educación) y su desarrollo a través de Ley Orgánica, que comprendería el derecho del niño a ser escolarizado tanto en la enseñanza básica como la no básica, concluye que el derecho a la educación se encuentra también vinculado a la dignidad humana

“dada la innegable trascendencia que aquella adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad y para la misma convivencia en sociedad que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos (...).

De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la gratuidad y la obligatoriedad.

Por otra parte también y de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 de la Ce, corresponde a *todos*, independientemente de su condición de nacional o extranjeros, e incluso de su situación legal en España” (Fundamento Jurídico Octavo).

De igual forma declara, por tanto, la inconstitucionalidad del inciso *residentes* del artículo primero de la LO 8/2000, apartado siete, que daba una nueva redacción al artículo 9.3 de la LO 4/2000.

La Sentencia examina la constitucionalidad de otros tantos preceptos relativos a la tutela judicial efectiva (asistencia jurídica gratuita), motivación de la denegación de

visados y retorno que serán analizados en el apartado siguiente de este mismo capítulo al incidir en el régimen procedimental de entrada de extranjeros y a su situación jurídica en frontera.

2.2.3. Valoración y críticas

La valoración en conjunto de la Sentencia, en cuanto que amplía el elenco de derechos fundamentales de los extranjeros y limita la labor del legislador en el sentido de eliminar condicionamientos en cuanto a su ejercicio, ha de ser positiva. Sin embargo tal valoración se encuentra un tanto ensombrecida, a nuestro modo de ver, por tres aspectos. El primero de ellos, la reafirmación del criterio de la *dignidad humana* y la mayor o menor vinculación a tal criterio de determinados derechos,- que en definitiva significaría que unos derechos son más *fundamentales*²²⁶ que otros- a lo que hemos de añadir, como muy bien señala VIDAL FUEYO, que “el Tribunal no aporta argumentación alguna para justificar por qué dentro del conjunto de derechos que considera *con un alto grado de conexión con la dignidad humana*, en unos casos, el legislador sólo está obligado a respetar su contenido esencial mínimo, pudiendo después distinguir entre extranjeros según su situación administrativa (como ocurre con los derechos de reunión, asociación y sindicación) y en otros casos, dicha diferencia está constitucionalmente prohibida (...) cualquiera que sea la situación legal de éstos (derecho a la tutela judicial efectiva o a la educación, entre otros)”²²⁷. Ello nos conduce al siguiente aspecto o cuestión: el margen de libertad que se le otorga al legislador en regular el ejercicio de determinados derechos. En cuanto al derecho de reunión el TC, después de afirmar que efectivamente se trata de un derecho fundamental y que no puede entenderse acorde con la Constitución condicionar su ejercicio a la situación administrativa de los extranjeros, añade que

“el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentren en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un

²²⁶ La cursiva es nuestra.

²²⁷ M^a del C. VIDAL FUEYO, “La jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril, 2009, págs. 353-379, concretamente pág. 378.

contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona”

Y de forma similar respecto al derecho de asociación al afirmar que

“Ello no significa, como ya hemos dicho respecto del derecho de reunión, que se trate de un derecho absoluto, y por ello el legislador puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado”.

En esta Sentencia no se trata por tanto, solo de determinar la adecuación de los preceptos recurridos a la Constitución sino que además se pretende fijar cuál sea “la posición del legislador a la hora de proceder a una regulación de esta naturaleza”²²⁸. Sin embargo, en nuestra opinión y como apunta también VIDAL FUEYO, ello resulta contrario a lo mantenido con anterioridad por el propio Tribunal, es decir, si los derechos de reunión y asociación son derechos fundamentales reconocidos a *todas las personas* no siendo posible establecer un tratamiento diferenciado por motivo de nacionalidad, ¿cómo puede entonces concederse al legislador la potestad *de establecer límites a su ejercicio?*, especialmente “en el caso de extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia”²²⁹. Partiendo de la definición de la dignidad de la persona que se incorpora a la sentencia y de la valoración que se realiza de la garantía del contenido esencial del derecho, no se entiende muy bien en base a qué criterios podrán establecerse condiciones destinadas a limitar el ejercicio de este tipo de derechos sobre la base de la condición irregular de la residencia de los inmigrantes²³⁰. De acuerdo a la argumentación que el Tribunal lleva a cabo en el Fundamento Jurídico Cuarto, aunque el legislador tenga libertad para regular los derechos de los extranjeros, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio, debe no obstante, tener en cuenta primero, el grado de conexión del derecho

²²⁸ J.M. GOIG MARTÍNEZ, cit., pág. 642.

²²⁹ M^a del C. VIDAL FUEYO, cit., págs. 368 y 369.

²³⁰ F. BALAGUER CASTELLÓN, “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, núm. 10, Julio-diciembre 2008, recurso electrónico disponible en www.ugr.es~redce/REDCE10/articulos/15/FranciscoBalaguerCalljon.htm, fecha de la consulta 13 de agosto del 2015.

concreto con la dignidad humana; segundo, el contenido de ese derecho con la Constitución y con los tratados internacionales y por último, que las condiciones a tal ejercicio deban dirigirse a preservar otros bienes, derechos o intereses también protegidos constitucionalmente, teniendo que guardar una adecuada proporcionalidad a la finalidad perseguida. Sin embargo, el Tribunal no lleva a cabo ningún “juicio de razonabilidad para justificar la inclusión de la situación administrativa del extranjero como elemento diferencial del contenido de la norma, ni somete los preceptos cuestionados a un test de proporcionalidad (...)”. En resumen y a pesar de que nuestro intérprete constitucional “manifiesta su voluntad de llevar a cabo una interpretación sistemática del Título I, lo cierto es que no se toma como principal punto de apoyo de su argumentación el propio texto, sino la búsqueda, del grado de dignidad humana que lleva aparejado un determinado derecho, con lo que más que ante una interpretación, estamos ante una construcción teórica que gira en torno a un frágil criterio material”²³¹

Y el último aspecto, ligado a los anteriores, es el relativo a los efectos que el propio TC determina en el Fundamento Jurídico 17 de la Sentencia 236/2007. Pese a que declara la inconstitucionalidad de los artículos 7.1, 8 y 11.1 sin embargo, no sostiene la nulidad de los mismos, motivo que en palabras del propio Tribunal “produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la negación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación”.

Lo primero que llama la atención como señala GOIG MARTÍNEZ, es el hecho de que esta disociación entre *inconstitucionalidad* y *nulidad* que hace el Tribunal, considerando que *no siempre es necesaria tal vinculación* (así ocurre cuando “la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside no en determinación textual de este sino en su omisión”) resulta contrario al artículo 39.1 de la LOTC: las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados e impide la aplicación de los mismos desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado²³².

²³¹ M^a del C. VIDAL FUEYO, cit., págs. 378 y 379.

²³² J.M. GOIG MARTÍNEZ, cit., pág. 646.

Y en segundo lugar, no entendemos el por qué considera el Tribunal que se produciría un vacío legal puesto que “si se tratan de derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, tal vacío legal no se produce, puesto que resultará plenamente aplicable a los extranjeros la propia Constitución y la normativa de desarrollo establecida por el legislador. Pero incluso si se entendiera que es posible una diferenciación en el estatuto jurídico de estos derechos para los españoles y para los extranjeros, tampoco cabría hablar de vacío normativo. En efecto, incluso en ausencia de regulación legal no existe vacío normativo si tenemos en cuenta la doctrina del TC sobre el contenido esencial de los derechos”²³³.

De igual manera, el Tribunal mantiene que tampoco procedería declarar la nulidad del inciso “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España” puesto que ello “entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador (...)” afirmando que no le corresponde determinar por una u otra opción en materia de extranjería ya que su “pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución (...)”.

Por el contrario, sí que declara inconstitucional y nula la inclusión del término *residentes* en los artículo 9.3 (derecho a la educación) y 22.2 (asistencia jurídica gratuita), en la redacción dada por LO 8/2000.

Tampoco logramos comprender el por qué de los argumentos ofrecidos para evitar declarar nulo el inciso referido a la situación administrativa de legalidad toda vez que si bien pudiéramos aceptar que el ánimo del legislador ha sido la de *modular o configurar*²³⁴ el ejercicio de estos derechos, la forma de hacerlo, esto es, condicionando su ejercicio a la situación de estancia o residencia legal, ha resultado ser contraria a la CE y nada impediría declarar la nulidad de este condicionamiento y por lo tanto, suprimirlo habida cuenta que la regulación que vaya a realizar posteriormente el legislador para el ejercicio de estos derechos por parte de los extranjeros no podrá, en ningún caso, condicionarse a ese estatus o exigirse esa situación de legalidad.

²³³ F. BALAGUER CASTELLÓN, cit.

²³⁴ En este caso, la utilización de cursiva es nuestra.

En conclusión, si los derechos de reunión y manifestación, asociación y libertad sindical, se encuentran vinculados a la dignidad humana en tal grado que se reconoce el ejercicio de estos derechos a todas las personas, incluidos los extranjeros cualquiera que fuera su situación administrativa, no resulta lógico mantener como hace el Tribunal en esta Sentencia, que el legislador aun respetando su contenido esencial, pueda introducir condiciones en su ejercicio en consideración a la situación administrativa. Reconocer la titularidad de esos derechos y condicionar su ejercicio no es otra cosa que *negar este derecho*: “privar a los extranjeros en situación irregular de tales derechos fundamentales, no sólo rompe el propio sistema de derechos, sino que lo convierte en una agresión potencial para los derechos de todos los ciudadanos”²³⁵.

Lo cierto es que el legislador, posteriormente al fallo de esta Sentencia y tras la reforma de la LO 4/2000 que se produce por LO 2/2009, contempla los derechos de reunión y manifestación, asociación, libertad sindical y huelga, reconociendo tanto la titularidad como su ejercicio por parte de los extranjeros, *en las mismas condiciones que los españoles* sin hacer referencia alguna a la situación administrativa.

A modo de corolario, y con las precisiones realizadas, consideramos, no obstante, de especial relevancia esta Sentencia por dos motivos fundamentales: uno, en cuanto al reflejo legislativo que ha tenido a través de la reforma operada por LO 2/2009, que entendemos debe mantenerse, con independencia de cualquier otra reforma que en un futuro pueda sufrir la legislación de extranjería y de las cuestiones de oportunidad política que motiven la misma. Y dos, porque junto con la STC 115/87 y el resto de jurisprudencia sobre la materia, a pesar de que como ya indicaba AJA, el número de sentencias “*no son muchas*”²³⁶; se va conformando con mayor precisión la

²³⁵ J.M. GOIG MARTÍNEZ, cit., pág. 644.

²³⁶ AJA E: “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, *La Democracia constitucional, Estudios en homenaje a Rubio Llorente*, Volumen 1, VVAA, Congreso de los Diputados, 2002, págs. 439 a 455, concretamente pág. 442. En este estudio el profesor ELISEO AJA, indica posibles causas del número escaso de Sentencias sobre la materia y así señala, por ejemplo, el propio colectivo afectado que ya sufre muchas dificultades para acceder a la tutela judicial y mucho más al amparo, que requiere además el agotamiento de la vía judicial previa. y llegados a este punto, es probable que ya el extranjero no se encuentre en España o bien su situación en nuestro país sea totalmente distinta al inicio del proceso judicial. Otra de las causas a las que apunta, por ejemplo, en cuanto a la ausencia total de cuestiones de inconstitucionalidad, es la escasa atención que por parte de los órganos jurisdiccionales se ha prestado a los derechos de los inmigrantes (págs. 442 y 443). En este punto, subrayar que muchos de los fallos que sobre la materia ha habido no ya sólo en el Tribunal Constitucional, utilizando la vía del amparo, sino también en los distintos Tribunales Superiores de

configuración del estatuto jurídico-constitucional de los extranjeros en nuestro país, delimitando, además, la capacidad de obrar del legislador cuando se trate de regular el contenido de los derechos afectados.

III. LA INTERACCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN FRONTERA: DERECHO DE ENTRADA, DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL

3.1. Artículo 19 de la CE: reconocimiento y límites a la luz de la jurisprudencia constitucional y su configuración en la Ley Orgánica de Extranjería

3.1.1. Contenido constitucional

El derecho a entrar en España, que en principio se predica únicamente respecto de los ciudadanos españoles, se encuentra regulado en el artículo 19 CE como una manifestación o dimensión de la libertad de circulación en sentido estricto, reconociéndose que los españoles tienen “derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca”.

Doctrinalmente hablando se ha planteado la cuestión de si las libertades de circulación y residencia y entendemos que de igual modo, el derecho a entrar en el territorio del propio Estado, constituyen facultades derivadas de la libertad personal, es decir, como una manifestación más de la libertad personal o si por el contrario, pueden ser consideradas como derechos autónomos y ello porque desde un punto de vista histórico estos derechos no se positivizaron de forma independiente²³⁷. En un primer

Justicia e incluso en el Tribunal Supremo, han sido gracias a la labor desarrollada por los letrados especializados en la materia que han defendido los intereses de los extranjeros no sólo a nivel particular sino también y principalmente, a través del turno de oficio.

²³⁷ En este sentido, F. FERNANDEZ-MIRANDA ALONSO, indica que por ello se explica que no aparezca específicamente regulada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, “Libertad de circulación y residencia”, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de*

momento se entendió que efectivamente las libertades de circulación y residencia se integraban en el concepto de libertad personal constituyendo por tanto, una proyección de dicha libertad lo que se debió más bien a razones económicas vinculándose dichas libertades a la libertad de comercio. Sin embargo, las distintas constituciones contemporáneas europeas, al igual que la nuestra, las han consagrado como derechos con contenido propio distintos a los de la libertad individual que en nuestra Constitución se recoge en el artículo 17²³⁸, es decir, como un “derecho fundamental individualizado y diferente de la libertad personal por una parte y distinto de la libertad de industria y comercio por la otra”²³⁹. Ello se debe principalmente, como señala VIDAL FUEYO, a la existencia de determinados derechos que aparecen íntimamente vinculados a la soberanía territorial del Estado y cuya titularidad se atribuye de forma exclusiva a los nacionales como sucede con las libertades de circulación y residencia²⁴⁰ lo que supone, como veremos en apartados siguientes, que el propio Estado pueda imponer requisitos para la entrada en territorio nacional de ciudadanos extranjeros.

No obstante y a pesar de la configuración de las libertades de circulación y residencia como derechos autónomos e individualizados respecto de la libertad personal, como apunta GONZÁLEZ TREVIJANO, con quien coincidimos, no se puede negar la especial vinculación existente entre estos derechos toda vez que “las diferencias entre ambas libertades no es de naturaleza lógica sino de carácter histórico-positivo y que asimismo desde un punto de vista filosófico, también las libertades de circulación y residencia, encuentran su primer origen, y si se quiere una mayor garantía y protección, cuando la libertad personal, tal y como aquí la entendemos, se halla claramente reconocida”²⁴¹. Por el contrario, resulta claro que tras la entrada en vigor de la Constitución española se ha querido establecer una clara distinción y por ello, se ha

1978, Tomo II, VVAA, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, EDERSA, 1984, págs. 469 a 490, concretamente pág. 472.

²³⁸ A pesar de ello, hemos de referir la polémica doctrinal que aún en la actualidad se mantiene en torno a la distinción entre libertad personal y circulación en el ordenamiento jurídico italiano. Un estudio sobre ello lo encontramos en P.J GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *Libertades de circulación residencia, entrada y salida en España*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 35 y ss.

²³⁹ F. FERNANDEZ-MIRANDA ALONSO, cit., pág. 473.

²⁴⁰ M^a del C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 185 y 186.

²⁴¹ P.J. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, cit., pág. 54.

procedido a positivizar de forma independiente por una parte, la libertad personal (artículo 17 de la CE) y por otra, las libertades de entrar, circular y residir en territorio nacional (artículo 19). Aunque ambos derechos vienen configurados como derechos fundamentales gozando de la misma protección jurisdiccional (artículo 53 de la CE), se ha pretendido no obstante, fijar otra diferencia, especialmente en cuanto a su titularidad, así, el derecho a la libertad y seguridad personal del artículo 17, se predica de “toda persona” ya sea nacional o extranjero y los derechos regulados en el artículo 19 se refieren tan sólo a los españoles. Ello no quiere decir que, como veremos a lo largo de la presente exposición, los extranjeros no puedan ser titulares de los derechos contenidos en el artículo 19 sino que el ejercicio de los mismos por parte de los extranjeros estará limitado y se condicionará al cumplimiento de determinados requisitos.

3.1.2. El problema de su titularidad: análisis jurisprudencial de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 19

A la vista de la literalidad del precepto constitucional donde se establece que sólo los españoles tienen derecho a ejercer las libertades de entrada, circulación y residencia, pareciera que el legislador habría querido excluir a los extranjeros del ejercicio de estos derechos, máxime cuando en otros artículos del texto constitucional se utilizan expresiones como *todos, toda persona...*, como ocurre con el derecho a la defensa, libertad religiosa e ideológica, el derecho a la libertad individual..., entre otros. Sin embargo, ello no es así por los motivos y argumentos que explicaremos.

Sí es cierto que en el Anteproyecto de la CE, la redacción de este artículo era bien distinta a la que conocemos en la actualidad ya que la misma tenía un contenido un tanto impersonal o general al señalar que “*se reconoce la libertad de residencia y circulación en el territorio español*”. No obstante, ante las enmiendas presentadas²⁴² y las razones alegadas por los enmendantes, en el sentido de que de dicha redacción o más bien diríamos que de tal reconocimiento, se podrían derivar graves problemas en cuanto a la posible incidencia que tendría en el mercado de trabajo²⁴³, se modificó y la redacción definitiva es la que hoy conocemos.

²⁴² Enmiendas presentadas por Sánchez Rof (núm. 717), por UCD (núm. 779) y Ortí Bordás (núm. 736)

²⁴³ F. FERNANDEZ-MIRANDA ALONSO, cit., pág. 476.

De cualquier forma, este precepto no ha estado exento de polémica y que se suscitó en los años siguientes a la entrada en vigor del texto constitucional, polémica paralela, como indica VIDAL FUEYO²⁴⁴, a la que se ocasionó como consecuencia de la configuración del estatuto constitucional del extranjero. Así siguiendo a GONZÁLEZ-TREVIJANO y a VIDAL FUEYO, nos encontraríamos, principalmente, con dos posturas doctrinales: una de ellas, mantenida entre otros autores, por GARCÍA MORILLO y FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, para quienes en principio, claramente el legislador constitucional quiso excluir a los extranjeros del disfrute de las libertades que el artículo 19 reconoce a los nacionales aunque, a la vista del contenido del artículo 13.1, sí podría hablarse de un cierto reconocimiento de las citadas libertades que, en palabras del mismo FERNÁNDEZ-MIRANDA, “no impide que el legislador ordinario pueda reconocer y reglamentar la extensión del disfrute de estos derechos”²⁴⁵, siempre claro está, que se produzca la entrada legal del extranjero en España y esta legalidad permanezca a fin de gozar de las libertades de circulación y residencia. Por el contrario, el otro sector doctrinal (GONZÁLEZ RIVAS²⁴⁶, PECES BARBA o PIÑAR MAÑAS) sostienen una total equiparación en materia de libertades –incluidas las de circulación y residencia- entre españoles y extranjeros, siendo la única restricción posible la establecida por el apartado dos del artículo 13 del texto constitucional. En este sentido señala PIÑAR MAÑAS que conforme al artículo 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el que se recoge que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”, no quiere decir que por ello la garantía sea ilimitada puesto que “no nos encontramos ante un derecho absoluto, como es el derecho a la vida o a la dignidad. Las especiales características de la libertad de residencia y circulación y su incidencia en el ámbito de los derechos subjetivos de terceros y en el desarrollo de la vida de un Estado exigen fijar ciertos límites y limitaciones (...)”, continúa diciendo el autor que se trata de un

²⁴⁴ M^a del C. VIDAL FUEYO, cit., pág. 192.

²⁴⁵ F. FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, cit., pág. 477.

²⁴⁶ J.J. GONZÁLEZ RIVAS, *Extranjería y libre circulación de personas*, Comares, Granada, 1995, pág. 2, afirma que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente según recoge la Constitución en su artículo 19 y cuestión distinta es el alcance que pueda otorgarse a la protección constitucional de los desplazamientos de los extranjeros en España pues la libertad de circulación y el derecho a residir no so derechos imprescindibles para la dignidad humana.

derecho “intrínsecamente sometido a limitación pero no puede entenderse que la libertad de circulación deba restringirse de forma especial para los extranjeros”²⁴⁷.

Debemos, no obstante, hacer una serie de precisiones en cuanto a los derechos y libertades contenidos en el artículo 19. En primer lugar y aunque se regulen en el mismo artículo, el contenido de los mismos es distinto: por un lado, se contempla el derecho de entrar –*que protege la conducta consistente precisamente en pasar de estar fuera de nuestras fronteras a encontrarse en territorio nacional*²⁴⁸- y salir del territorio nacional y por otro, nos encontramos con las libertades de residencia y circulación, propiamente dichas, esto es, la libertad de elegir el lugar de residencia y fijar el domicilio en cualquier lugar junto con la libertad de trasladarse físicamente por el territorio nacional. En segundo lugar, como menciona VIDAL FUEYO, si bien el “derecho de entrar, constituye una manifestación de una misma genérica libertad de circulación – en este caso a través de las fronteras- y aunque el bien jurídico protegido sea el mismo, mantiene diferencias relevantes con la libertad de circulación interior”²⁴⁹. Y en tercer lugar, indicar que aunque las libertades de circulación y residencia se contemplan en los distintos tratados internacionales suscritos por España, sin embargo en ellos, nada se dice del derecho a entrar por parte de los extranjeros en el territorio de otros Estados.

Hechas estas precisiones acerca del contenido y objeto de los derechos del artículo 19 CE, trataremos de fijar cuál sea la posición jurídica del extranjero en relación a los mismos, tanto en cuanto a su titularidad como a su alcance y ejercicio, cuestión que como veremos no se encuentra exenta de problemas.

²⁴⁷ J.L. PIÑAR MAÑAS, “El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional (En torno a dos sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo)” *Revista de Administración Pública*, núm. 93, Septiembre- Diciembre 1980, pág. 210. Citando a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en *Curso de Derecho administrativo II*, Civitas, págs. 99 y ss. y a Garrido Falla y otros autores en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, págs. 250-251.

²⁴⁸ STC 72/2005 de 4 de abril. Fundamento Jurídico Cuarto.

²⁴⁹ M^a del C. VIDAL FUEYO, cit., pág. 190.

A. Posición del Tribunal Constitucional hasta la STC 72/2005

Como ya comentamos en el apartado anterior de este capítulo donde analizamos la Sentencia del TC 107/84, ha sido nuestro Alto Tribunal quien ha ido determinando a través de su jurisprudencia, el estatuto jurídico constitucional del extranjero en nuestro país, concretando el contenido y alcance de los derechos constitucionales de los que son titulares. Y lo hace, tratando de llevar a cabo una interpretación sistemática de la Constitución, esto es, tomando en cuenta para ello no sólo los derechos de la Sección Primera sino también los artículos 10.2 y el 13 del texto constitucional, estableciendo como criterio para determinar, si los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales y las libertades públicas, el de si son imprescindibles para la *dignidad humana*.

Así las cosas, el TC en la Sentencia ya referida al igual que en posteriores, precisa que los derechos contenidos en el artículo 19, son derechos de los que pueden ser titulares los extranjeros aunque, al no ser considerados como imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ni pertenecer a todas las personas, su ejercicio puede ser modulado o condicionado *en los términos en que establezcan los tratados y la ley* (artículo 13.1 CE), estableciendo un tratamiento desigual entre españoles y extranjeros por razón de la nacionalidad. De esta suerte, por una parte, habría que estar a lo que establezcan los distintos Tratados internacionales sobre la materia, ratificados por España, como es la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 13.1 se subraya que *toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado*; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 12.1 se señala que *toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger en él su residencia* y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su Protocolo Cuarto, artículo 2, que de igual forma reconoce la libertad de circulación a toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado. Y por otra parte, habrá que observarse lo establecido por ley, que en el caso de España, sería la LO 4/2000, que como veremos en apartados posteriores, exige el requisito de la situación de legalidad a fin de que el extranjero sea titular y pueda ejercer los derechos constitucionales de libertad de circulación y residencia, con las garantías que les corresponden como derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional ha mantenido tal criterio en distintas Sentencias²⁵⁰ si bien, especialmente significativa es la Sentencia 94/1993 de 27 de abril, donde se plantea la cuestión, previa a resolver sobre el fondo del asunto, de si un extranjero puede ser considerado titular del derecho fundamental de circulación y, en su caso, con qué alcance; lo que el Tribunal solventa de forma positiva al señalar en su Fundamento Jurídico Segundo que

“la inexistencia de declaración constitucional que proclame directamente la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema (...) La dicción literal del artículo 19 CE es insuficiente porque este precepto no es el único que debe ser considerado junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determina la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el artículo 13 CE, remitiéndose a la argumentación realizada en las SSTC 107/84, 99/85 y 115/87. (...) Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19”

Cuestión distinta, continua diciendo el Tribunal en su Fundamento Jurídico Tercero, es

“el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España. La libertad de circulación a través de las fronteras del estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana , ni por consiguiente pertenecen a todas la personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano.(...) y resulta lícita por tanto, que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derecho en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella”.

²⁵⁰ Entre otras podemos citar las SSTC 116/93, de 29 de marzo y 242/1994 de 20 de julio, concretamente en esta última se recoge expresamente en su Fundamento Jurídico Cuarto que “la referencia a los españoles que abre el artículo 19 CE, no puede ser entendida como equivalente a una norma de exclusión del ámbito subjetivo de dicho derecho fundamental”.

No obstante lo anterior, el TC igualmente señala que si bien el legislador podrá modular y configurar los *derechos de entrada y permanencia* de los extranjeros en España, la libertad de configuración aunque es amplia no es absoluta:

“Así pues, los extranjeros que por disposición de una Ley o de un Tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 de la CE, aún cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las Leyes y tratados a los que se remite el artículo 13.1 CE (...)”

Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal estima el recurso de amparo y al haber quedado acreditado que la recurrente se encontraba en situación de legalidad en territorio español, toda vez que había instado la renovación de su autorización de residencia y la misma se encontraba pendiente de resolver por parte de la Administración, la expulsión que se dictó contra la recurrente en amparo, vulneró su libertad de circulación y residencia al haberse adoptado sin determinarse si previamente tenía derecho o no a permanecer en España.

B. Las Sentencias del TC 72/2005 y 236/2007. El ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 19 de la CE por parte de los extranjeros: ¿una cuestión sin resolver?

El criterio de que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 19, conforme al artículo 13.1 CE, cuando cumplan con los requisitos legales, se ha mantenido a través de distintas sentencias hasta el año 2005, momento en el que el Tribunal cambia tal parecer con la Sentencia 72/2005 de 4 de abril, cambio que resulta en palabras de VIDAL FUEYO, “sorprendente por dos razones: se aparta de la jurisprudencia dictada sobre la materia a partir de la STC 94/93 y lleva a cabo una interpretación del artículo 13 radicalmente distinta a la sostenida por el Tribunal desde el año 83²⁵¹.”

²⁵¹ M^a del C. VIDAL FUEYO, “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005 de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 18, 2006, págs. 429 a 441, concretamente pág. 430.

En esta Sentencia, se dilucida, entre otros, si el recurrente en amparo, que había obtenido el permiso de residencia a través del procedimiento de regularización de extranjeros establecido en el RD 239/2000 de 18 de febrero, tenía o no derecho a la residencia en España, afirmando el interesado que este derecho se había vulnerado por haberse denegado su entrada en territorio español cuando trató de entrar a través el puesto fronterizo, procedente de Nador (Marruecos), amparándose en un permiso de trabajo del cuál era titular. La Administración denegó la entrada al considerar que el permiso de trabajo se había obtenido de forma fraudulenta habida cuenta de que el extranjero nunca había estado en España y el procedimiento de regularización se encontraba destinado a los extranjeros que se hallaran en España y tampoco estaba en posesión de visado que le permitiera la entrada.

El TC, en primer lugar hace una distinción entre el derecho a entrar en España y el derecho a residir, puesto que aunque ambos derechos se reconocen en el artículo 19, su contenido es distinto, *sin perjuicio de su posible interrelación*. Así y en cuanto a la libertad de residencia, el TC en su Fundamento Jurídico Cuarto, indica que

“el extranjero que no ha estado nunca en España, no puede invocar la libertad de residencia (...) para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito definido por el tipo de un derecho distinto: el de entrar en el territorio. Para ese extranjero la circunstancia de encontrarse ya en España constituye un presupuesto lógico para que pueda entrar en juego la libertad de residencia en el territorio nacional. Mientras no se haya entrado en España no es posible ejercer el derecho a elegir en ella el lugar de residencia ni, por tanto, cabe aceptar que los eventuales impedimentos u obstáculos del poder público a las pretensiones del extranjero constituyan vulneraciones de la libertad de residencia garantizada por el artículo 19 Ce (...)”.

Continúa diciendo el TC que haber obtenido una autorización de residencia supondría entonces estar “no en presencia de un derecho de libertad de residencia ex artículo 19 CE, sino de una simple autorización administrativa o, todo lo más de ejercicio de un derecho legal y no constitucional (...)”.

Esta afirmación conlleva un cambio radical de criterio respecto del mantenido en Sentencias anteriores toda vez que ahora se hace depender el ejercicio de las libertades

de circulación y residencia no de la Constitución sino de la Ley, considerando que tales derechos no son constitucionales y por tanto, el hecho de haber obtenido una autorización de residencia supone “el ejercicio de un derecho legal y no constitucional (...). De ahí la perplejidad que suscita la STC 72/05, que nos ocupa pues sin hacer ninguna referencia al cambio en la línea jurisprudencial que se acaba de señalar, sitúa el problema en el terreno de la legalidad, lo que en última instancia va a ser el argumento de fondo que justifica la denegación de amparo del recurrente al concluir que se trata de una materia ajena a la jurisdicción del Tribunal Constitucional (FJ 8º), cuestión que considera de mera legalidad”²⁵²

Tras afirmar que encontrarse en posesión de un permiso de residencia le otorga al extranjero tan sólo un derecho legal, el Tribunal plantea la cuestión de si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España. Y así en los Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto, declara

“(…) que el artículo 13.1 de la CE sólo se refiere a las libertades públicas de los extranjeros en España y ello con una doble precisión: a) no se refiere a la totalidad de los derechos de los extranjeros en España, sino sólo a los derechos fundamentales; y b) dentro de éstos no recoge todos sus derechos fundamentales sino principalmente aquellos que, previstos para los españoles-artículo 19- el artículo 13.1 extiende a los extranjeros en España, pues buena parte de los demás- derecho a la vida, libertad religiosa(..)...etc.- corresponden a aquellos sin necesidad de la extensión que opera el art. 13.1 CE, es decir, sin necesidad de tratado o ley que lo establezca. (...).

La regulación de dicho precepto constitucional no tiene como finalidad, reconocer derechos, en general, a los miles de millones de ciudadanos extranjeros que se encuentran en otros país, ni, en concreto, convertir en derecho fundamental la eventual expectativa e entrar en España de todos los extranjeros que están fuera de nuestro país y que se presenten en nuestras fronteras sino, precisamente, regular la posición jurídica de los extranjeros que ya se encuentran en España. El sujeto de derechos al que se refiere la regulación del artículo 13.1 CE no es el extranjero sin más, sino el extranjero en España, el que ya ha entrado en nuestro país, circunstancia ésta que actúa como presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo el artículo 13. 1

²⁵² Mª del C. VIDAL FUEYO, cit., págs. 432 y 433.

CE. (...) Es claro pues, que la literalidad del artículo 13.1 CE, sin ninguna ambigüedad, no incluye el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros (...)"

En definitiva excluye la aplicación del artículo 13.1 a uno de los derechos recogidos en el artículo 19 de la CE, que es el derecho de entrada de extranjeros al territorio español, criterio que igualmente es contrario al mantenido con anterioridad, en el que se consideraba que el artículo 13.1 de la CE, en virtud de la ley o de los tratados, extendía determinados derechos a los extranjeros que la CE no reconocía expresamente pero tampoco los negaba, como ocurre con los derechos reconocidos en el artículo 23.

Finalmente y a modo de conclusión, el TC en el Fundamento Jurídico Octavo de la Sentencia declara de forma categórica que “el derecho a entrar en España- solo reconocido constitucionalmente a los españoles- (...) no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el artículo 19 de la CE, aunque obviamente, quien esté de hecho en España puede solicitar la protección de ese derecho por los Jueces y Tribunales españoles (...)"

Todo ello, como señala VIDAL FUEYO, nos desconcierta puesto que el Tribunal llega a tales conclusiones a través de una *argumentación jurídica que no va más allá de una supuesta (y discutible) interpretación literal* del artículo 13.1 CE, sin explicar ni justificar el por qué del cambio en el criterio mantenido hasta ese momento²⁵³.

La misma autora trata de dar una explicación a las dificultades que plantea la interpretación del artículo 13.1, desde un punto de vista alternativo al que realiza el TC en esta Sentencia y lo lleva a cabo partir de una interpretación sistemática del texto constitucional. Sostiene que si bien, en principio, un derecho fundamental que no ha sido reconocido para los “extranjeros- pero que tampoco lo niega- se convierte, gracias al artículo 13.1 de la CE, tras la mediación de la ley o del tratado y en los términos que ellos establezcan, en derecho de los no nacionales, por la acción expansiva del artículo 13.1 CE”, puesto que van a contar con la eficacia y la tutela propia de los mismos pero

²⁵³ M^a del C. VIDAL FUEYO, cit., pág. 435.

que al ser disponibles por el legislador, constituye *un buen ejemplo de la categoría de derechos fundamentales de configuración legal*, lo que ocurre con los derechos y libertades reconocidos en el artículo 19, “en relación a los cuales el legislador puede introducir diferencias no sólo entre españoles y extranjeros, sino también entre los propios extranjeros”, como sucede con los ciudadanos comunitarios²⁵⁴.

Consideramos, no obstante, que la cuestión no se encuentra resuelta y así, en la Sentencia 236/2007 de 7 de noviembre, en cuanto a la materia que nos ocupa, pareciera que el Tribunal retoma el criterio asentado con anterioridad a la Sentencia del 2005, manifestando en su Fundamento Jurídico Cuarto que

“(…) El legislador goza, en cambio, de mayor libertad al regular los «derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), o dicho de otro modo, de aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales «aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles» (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3).

Al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia ya que puede modular las condiciones de ejercicio «en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros», si bien aquella libertad «no es en modo alguno absoluta» (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3). Efectivamente, el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer «restricciones y limitaciones» a tales derechos, pero esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que «son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español», ni «adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España» (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4). De nuestra jurisprudencia se deduce que éste sería el régimen jurídico de derechos tales (...) como, aunque con matizaciones, el derecho de residencia y desplazamiento en España (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4). A lo anterior debería aún añadirse que la

²⁵⁴ M^a del C. VIDAL FUEYO, cit., págs. 440 y 441.

libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida

(...) En concreto, como ya se ha avanzado, el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español. Esta opción no es constitucionalmente ilegítima, como ya ha sido puesto de manifiesto por diversas decisiones de este Tribunal.

(...) Por otra parte, la STC 94/1993, de 22 de marzo, señaló que el art. 19 CE reconoce la libertad de circulación «a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio» (FJ 4), invocando los arts. 12 y 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966. (...)

Así pues, en relación con el primer argumento general del presente recurso debemos afirmar que el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida (...).”

A la vista de lo declarado por el TC podríamos afirmar que las libertades recogidas en el artículo 19, incluyéndose el derecho a entrar en territorio nacional, son derechos constitucionales reconocidos a los extranjeros, es decir que son titulares de los mismos *ex CE* y no en base a un derecho establecido legalmente, aunque su ejercicio se

encuentre condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos, que si se cumplen, nada obsta a que gocen de todas las garantías que para los derechos fundamentales reconoce la CE, (artículo 53). De esta forma nada impediría que los extranjeros pudieran invocar la vulneración de estos derechos y libertades si por parte de la Administración o de los Tribunales se dictasen resoluciones o sentencias que conculcasen esos derechos.

Otros autores, sin embargo, como GOIZUETA VÉRTIZ, entienden que el TC en esta Sentencia (236/2007) viene a corroborar el criterio instaurado en la STC 72/2005 de 4 de abril al afirmar que “se trata de derechos de los cuales los extranjeros gozarán «en España», «presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo [el art. 13.1 CE]» (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 6)”. Postura que es corroborada por el Alto Tribunal en la reciente Sentencia 236/2007 cuando sostiene que dicho precepto constitucional “se refiere a los derechos y libertades del Título I, consagrando un estatuto constitucional de los extranjeros en España”, a lo que añade que el legislador “puede exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español”²⁵⁵.

Como la misma autora refiere, el principal problema que se plantea es “si se ha producido o no la efectiva atribución constitucional del derecho objeto de análisis, a los extranjeros”, cuestión que además siempre ha estado rodeada de una extensa discusión y que tiene su motivo último “principalmente en las dificultades que genera la interpretación del artículo 13.1 de la CE”²⁵⁶. Como hemos podido observar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido uniforme y si bien en principio y hasta la STC del 2005, atribuye tales derechos a los extranjeros *ex constitutione*²⁵⁷,

²⁵⁵ J. GOIZUETA VÉRTIZ, “Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español: especial referencia a extranjeros y ciudadanos comunitarios”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Revista electrónica núm.16, 2007, págs. 1 a 28, concretamente página 2. Recurso electrónico disponible en www.uv.es/CEFD/, consulta realizada el 4 de agosto del 2014.

²⁵⁶ J.GOIZUETA VÉRTIZ, cit., pág. 5.

²⁵⁷ Recordemos que en las SSTC 94/1993, 116/93 y 242/1994, en las que se concluye que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos del artículo 19 de la CE, quienes tienen derecho a residir en España y

aunque pueda limitarse su ejercicio al cumplimiento de determinados requisitos, por el contrario y como ya hemos tenido ocasión de comprobar, en esta Sentencia, se afirma que estos derechos le son atribuidos a los extranjeros *por ley*, especialmente el derecho a entrar. Efectivamente la STC 236/07, se remite a la del 2005, al señalar que se tratan de derechos que los extranjeros podrán disfrutar *en España* y que el legislador podrá, en estos casos, exigir el presupuesto de la estancia legal o residencia para su ejercicio.

Tal cuestión es compleja y desde luego no se encuentra resuelta con claridad. Por un lado, tenemos los derechos a residir y circular libremente por territorio español y por otro, el derecho a entrar en España. Respecto de los primeros podríamos considerar que los extranjeros son titulares de los mismo *ex* artículo 19.1 de la CE, es decir, que tal titularidad nacería de la propia Constitución, conclusión a la que se llegaría haciendo una interpretación sistemática entre tal precepto, los artículos 13.1 y 10.2 de la CE y el resto de Tratados y Convenios internacionales sobre la materia. No obstante no serían *titulares del derecho fundamental a residir*, ya que solo puede predicarse la titularidad de este derecho fundamental de los españoles y ello porque el legislador puede regular su ejercicio, imponiendo requisitos o condiciones –aunque se encuentra limitado por el respeto al contenido esencial de mismo y por tanto, no es indisponible– así si el extranjero quiere hacer valer ese derecho a través de un recurso de amparo, deberá encontrarse en situación de estancia o residencia legal: la jurisprudencia sobre la materia tanto constitucional como ordinaria²⁵⁸ reconoce a favor de los extranjeros que *hayan entrado legalmente*, los derechos fundamentales a residir y circular libremente por el territorio español y podrán utilizar, “en caso de violación de los mismos, los mecanismos extraordinarios de protección previstos en el artículo 53.2 de la CE”²⁵⁹.

gozan de la protección que brinda tal artículo, aunque no sea en términos idénticos que los españoles, sino en las condiciones que determinen las leyes y los tratados.

²⁵⁸ En este sentido podemos señalar, entre otras, SSTs de 25 de junio de 1980, 3 de julio de 1980 y, especialmente la Sentencia de 3 de noviembre de 1981, en la que se recoge que “el derecho de residencia de los extranjeros en España no depende de la exclusiva discrecionalidad administrativa, sino que constituye un derecho fundamental garantizado por los artículos 13 y 19 de la CE”

²⁵⁹ M^a del C. VIDAL FUEYO, “Las libertades de circulación y residencia de los ciudadanos extracomunitarios” en *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 195.

Cuestión distinta es el derecho a entrar en territorio español. Desde luego que la jurisprudencia constitucional mantiene sin género de duda que los extranjeros no tienen un *derecho fundamental a entrar*; ahora bien, podríamos plantearnos si el derecho a entrar es un derecho cuya titularidad a favor de los extranjeros viene determinada por la Constitución, aunque pueda condicionarse su ejercicio por el legislador o bien, se trata de un derecho estrictamente legal en cuanto a su configuración. Si atendemos a la Sentencia del 2005 y al hecho de que no existe texto internacional alguno que extienda tal derecho a los extranjeros, tendríamos que mantener esta segunda posición. Si optamos por la primera, deberíamos cuestionarnos si el extranjero, en tanto en cuanto cumpla con los requisitos legales de entrada, podría gozar igualmente de la protección que brinda el artículo 19 de la CE o simplemente tendría el derecho *legal* a traspasar la frontera. Varios autores mantienen que conforme al artículo 13.1 de la CE, algunos derechos, como el de entrada, pueden extenderse a los extranjeros²⁶⁰ y aunque no sea un derecho fundamental, tampoco es un *mero derecho legal*, toda vez que no es indisponible para el legislador²⁶¹. Otros autores incluso llegan a reconocer que se trata de un derecho que si bien, se encuentra vinculado íntimamente a la dignidad, no se trata de un derecho fundamental toda vez que el mismo es “determinante para el mantenimiento de la soberanía territorial del Estado, siendo el Estado competente para (...) determinar las condiciones que han de cumplir los inmigrantes para poder entrar en el Estado español (...). Si la ley lo reconoce, los inmigrantes tendrán el derecho a entrar en territorio español (...) de forma que la Administración de extranjería deberá ajustarse a lo preceptuado a la misma, sin que quepa actuación arbitraria por su parte (...)”²⁶².

A nuestro modo de ver tal cuestión no se encuentra resuelta aunque, *a priori*, y si nos atenemos al parecer del TC y de lo mantenido por la doctrina, podríamos concluir, que el derecho a entrar en España es un derecho del que pueden ser titulares los extranjeros aunque se encuentre condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente pero aún cumpliéndolos, no puede hablarse de *un derecho fundamental*.

²⁶⁰ J.L. PIÑAR MAÑAS, “El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 93, septiembre-diciembre 1980, págs. 199 a 212, concretamente pág. 207.

²⁶¹ M^a del C. VIDAL FUEYO, cit., pág. 194.

²⁶² J.M. GOIG MARTÍNEZ, *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas Internacional, Madrid, 2008, pág. 106.

3.2. Reconocimiento y límites al derecho de entrada en la Ley Orgánica de Extranjería: análisis de los requisitos legales

El artículo 3 de la LOEx 4/2000 transcribe de forma literal el artículo 13.2 de la CE añadiendo que “como criterio interpretativo general se entenderán que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles”. No obstante y como ya hemos señalado, los extranjeros de terceros países, no poseen un *derecho fundamental a entrar en territorio nacional* debiendo por tanto, cumplir con los requisitos exigidos legalmente para ello. Estos requisitos vienen regulados en el artículo 25 de la LO Ex 4/2000 así como en el Reglamento de ejecución de la misma, aprobado por RD 557/2011, en los artículos 1 al 14 que pasaremos a analizar a continuación.

Hemos de precisar con carácter previo, que las condiciones de entrada de extranjeros en territorio español son condiciones comunes a las del resto de países del espacio Schengen toda vez que tras la supresión de fronteras exteriores se hacía necesario el establecimiento de requisitos similares a fin de conseguir una armonización a nivel comunitario sobre la materia. Ello se consiguió tras la incorporación a la legislación interna del acervo Schengen y especialmente el Acuerdo y el Convenio de aplicación del mismo y el Código de fronteras Schengen. De esta forma, la entrada de extranjeros que cumplan con los requisitos legales para ello, por cualquiera de las fronteras exteriores, se considerará regular y podrán desplazarse libremente por el territorio de otros Estados miembros. Por tanto, la potestad que en principio, tenía cada Estado para decidir *quiénes pueden entrar en su territorio y en qué condiciones*²⁶³ se traslada a la Unión Europea a fin de que todos los Estados establezcan en su legislación interna un listado de exigencias comunes frente a los nacionales de terceros países.

Con carácter general hemos de afirmar que si no concurren en el extranjero impedimentos de carácter negativo (como existencia de una prohibición de entrada, que suponga un peligro para la salud pública, el orden público, las relaciones exteriores de España con otros Estados o bien se encuentre inscrito como inadmisibles en el SIS) y

²⁶³ L. ESTEVE GONZÁLEZ, “De la entrada y salida en territorio español”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, VVAA, dirigidos por J. ASENSI SABATER, EDIJUS, Zaragoza, 2000, págs. 159 a 182, concretamente pág. 161

cumple con los requisitos de entrada por los puestos habilitados y los establecidos de carácter documental, económicos y sanitarios; el extranjero accederá a territorio nacional, considerándose dicha entrada, a todos los efectos, regular, permitiendo por tanto, su estancia legal en España para el tiempo que haya sido autorizado.

3.2.1. Lugar y forma de efectuar la entrada

El primero de los requisitos exigidos para que la entrada del extranjero sea considerada como regular, es en relación al lugar donde debe efectuarse, esto es, a través de los puestos habilitados al efecto y aunque el artículo 1 del RD 557/2011 no lo señala, se entiende que serán los puestos fronterizos existentes en las fronteras exteriores de cada país miembro²⁶⁴. Ahora bien, con la eliminación de fronteras interiores entre los países del espacio Schengen, el extranjero que llegue a territorio español, procedente de alguno de estos países o de cualquier otro con el que se haya suscrito un acuerdo de supresión de controles fronterizos, deberá declarar su entrada en territorio nacional en el mismo momento o bien en el plazo de tres días hábiles a partir de aquélla, en cualquier comisaría del Cuerpo Nacional de Policía u Oficina de extranjería. A pesar de que se indica que dicha declaración de entrada es obligatoria sin embargo, su omisión ni constituye infracción alguna ni conlleva que el extranjero se encuentre en situación de irregularidad como sucedía con la reforma operada por LO 8/2000²⁶⁵.

Se prevé además, la posibilidad de que por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia se cierren algún o algunos de los puestos habilitados, entre otros motivos, *en supuestos de elevada presión migratoria irregular* y ello con la finalidad de conseguir un mayor control por parte de las autoridades fronterizas cuando se producen entradas masivas de extranjeros por puestos no habilitados como ha sucedido

²⁶⁴ Artículo 3 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen: “En principio, las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas”

²⁶⁵ RD 864/2001 de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000. Artículo 29.1: “Declaración de entrada: Si no se acreditan los requisitos previstos en la normativa vigente, su permanencia en España será irregular”. Resultaba un tanto incongruente que el extranjero que había accedido a territorio Schengen de forma regular y cumpliendo con los requisitos legales, una vez que entraba en territorio español sino declaraba su entrada, se convirtiera en irregular cuando además, en la mayoría de los casos, ignoraban dicha obligación. Afortunadamente esa posibilidad ya no se contempló con las reformas de la LO 4/2000, posteriores a la LO 8/2000 ni tampoco claro está, en el Reglamento de ejecución posterior, aprobado por RD 2393/04 ni en el actual.

recientemente y concretamente, en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla²⁶⁶, donde como consecuencia de la llegada de un gran número de extranjeros que pretendían acceder al territorio español de forma ilegal, se procedió al cierre de fronteras en ambas ciudades²⁶⁷.

3.2.2. Documentación

El extranjero deberá hallarse provisto de pasaporte, título de viaje, documento nacional de identidad, cédula de identificación o cualquier otro que acredite la identidad del portador y que sean considerados válidos para la entrada en territorio español²⁶⁸, y además, estar en posesión de un visado cuando éste sea exigible.

3.2.3. Exigencia de un “visado”. Especial referencia a la denegación de visados y a la obligación de su motivación

En cuanto a la exigencia del visado se trata de un requisito que cobra especial relevancia toda vez que se erige en uno de los medios más eficaces de control de los flujos migratorios y de la llegada de extranjeros habida cuenta de que, por un lado, la regla general es la exigencia del mismo y por otro, porque el visado se solicita, generalmente con carácter previo y es expedido por las oficinas consulares o misiones diplomáticas. Es decir, que el extranjero que requiera de visado para acceder al territorio español o a cualquiera de los países Schengen, deberá dirigirse a las autoridades correspondientes en el país de origen o donde tenga su residencia habitual, (autoridades consulares) e

²⁶⁶ Los últimos sucesos de este tipo se han producido de forma prácticamente continuada desde el pasado mes de septiembre del 2013, cuando centenares de extranjeros, procedentes de Marruecos, se agolparon en las vallas de Ceuta y Melilla, logrando su entrada en territorio nacional de forma irregular (a nado y saltando la verja) casi doscientos de ellos (Diario El país de 17 de septiembre del 2013); acontecimientos que se han producido nuevamente en marzo, abril y mayo de este año 2014. (Diario La vanguardia de 10 de marzo, Diario El confidencial de 25 de abril, y Diario El faro digital.es de 2 de mayo)

²⁶⁷ “Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se han visto obligadas a cerrar el puesto fronterizo de Beni Enzar, el principal de los cuatro que existen entre Melilla Y Marruecos “ante un intento de decenas de inmigrantes de origen sirio”, Diario El periódico” de 14 de febrero del 2014, recurso electrónico disponible en www.elperiodico.com, consulta realizada el 5 de agosto del 2014. “Motín en la frontera de El Tarajal en Ceuta tras una avalancha de 3000 personas que ha provocado el cierre de la frontera”. La Sexta noticias de 15 de julio del 2014. Recurso electrónico disponible en www.lasexta.com/noticias/nacional, consulta realizada el 5 de agosto del 2014

²⁶⁸ Por lo tanto, la entrada o la intención de acceder, presentando documentación falsa en el puesto fronterizo podría ser considerada como ilegal.

instar su solicitud²⁶⁹, momento en el que, previa a la concesión o denegación, se lleva a cabo el examen y comprobación del resto de requisitos exigidos.

Entendemos que el visado posee un doble carácter: político y discrecional. Político, en tanto en cuanto es el Estado, en el ejercicio de su soberanía, quien lo concede o deniega *atendiendo al interés del Estado español y de sus nacionales en los términos previstos reglamentariamente*²⁷⁰. De esta forma, será el Estado quien decida a quien se le va a otorgar y a quien a denegar el visado y por ende, a quien se le va a permitir la entrada en territorio español²⁷¹, posibilitando así la *elección*²⁷² de unos extranjeros en detrimento de otros (inmigrantes económicos). Pero al mismo tiempo se trata de un acto un tanto discrecional y no meramente potestativo. En primer lugar, porque tradicionalmente los requisitos exigidos para la concesión de un visado (especialmente para los visados de corta duración, residencia e incluso el de estudios) eran más bien ambiguos, como ocurría con los requisitos relativos a los medios económicos o la forma de acreditarlos o por ejemplo, las circunstancias de orden público o seguridad nacional (términos jurídicos indeterminados), dejando un amplio margen a la Administración en cuanto a la valoración de los mismos. Y en segundo lugar, porque la regla general era la inexistencia por parte de las autoridades consulares de la obligación legal de motivar las denegaciones de visado tal cual se establecía en el artículo 11.3 de la LOEx 7/1985: *la denegación-de un visado-no necesitará estar motivada*.

²⁶⁹ En este sentido y como bien indica D. MOYA MALAPIERA, a través del visado se produce el primer estadio de control de la llegada y entrada regular de extranjeros, “La evolución del sistema de control migratorio de entrada en España”, en *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica. 1984 a 2004*, VVAA, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, págs. 47 a 84, concretamente, pág. 63. Del mismo modo se pronuncia A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ quien señala que el visado constituye una “fórmula de control de entrada”, “Régimen de entrada y permanencia regular de los extranjeros en España”, *V Jornadas Autonómicas de derechos internacional humanitario, Jaén 2001*, organizadas por la Asamblea Provincial de Cruz Roja española de Jaén, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Jaén, Germania, Valencia, 2003, págs. 113 a 147, concretamente pág 113.

²⁷⁰ Artículo 12.3 de la LO 7/1985 de 1 de julio

²⁷¹ Artículo 27.3 LO 4/2000, cuya redacción se mantiene actualmente si bien el apartado ahora, es el cuarto: “el ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración la política económica y la de seguridad ciudadana”

²⁷² La cursiva es nuestra.

Podemos afirmar por tanto, que “el amplio margen de libertad con que contaba la Administración a la hora de permitir o prohibir la entrada de extranjeros en nuestro país, lejos de ser una actividad reglada tenía todas las características de ser una facultad discrecional”²⁷³. Esta discrecionalidad con la aprobación de la LO 4/2000, parecía haberse atemperado al recogerse en el apartado 3 de su artículo 25 que, con carácter general, la denegación del visado, *deberá ser expresa y motivada (...)* estableciéndose la excepcionalidad de la falta de motivación, con carácter temporal, *para los nacionales de un determinado país o procedentes de una zona geográfica*, si bien, en todo caso, incluso para estos supuestos, se contemplaba la obligación de motivar la denegación de aquellos visados *de residencia solicitados por personas que invocan ser titulares de un derecho subjetivo a residir en España*, refiriéndose a los solicitantes de visados de residencia por reagrupación familiar. Sin embargo esta LO 4/2000, como ya apuntamos, fue reformada prácticamente de forma inmediata y se regresó, en materia de visados, a un régimen similar al establecido por la LO de 1985. De esta forma la LO 8/2000 (artículo 27.5) tan sólo contemplaba la motivación en tres supuestos: visados de residencia para reagrupación familiar, para el trabajo por cuenta ajena y en el caso de que el solicitante del visado se encontrase incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el CAAS. Por tanto, a *sensu contrario*, en el caso de denegación del resto de visados (estancia o corta duración, estudios, tránsito, de residencia para trabajo por cuenta propia, entre otros) no se exigía motivación²⁷⁴. Actualmente y conforme a la legislación en vigor, tras la reforma operada por LO 2/2009, se extiende la obligación de motivar las resoluciones que denieguen visados de estancia y tránsito²⁷⁵, de residencia para reagrupación familiar o de residencia y trabajo por cuenta ajena, manteniéndose por tanto, para el resto de visados, la falta de exigencia de motivar su denegación²⁷⁶.

En materia de denegación de visados se hace necesario recordar, primero, que la actuación de la Administración está sometida a la legalidad y al control judicial,

²⁷³ M^a del C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, cit., pág. 208

²⁷⁴ Dicho artículo ha mantenido su redacción hasta la reforma operada por LO 2/2009 de 11 de diciembre.

²⁷⁵ Artículo 26.6 de la LO 4/2000

²⁷⁶ Disposición Adicional Décima, párrafo 7 del RD 557/2011

prohibiéndose en todo caso, la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la CE). Segundo, que el artículo 54 de la Ley 30/92 exige la motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y (...) f) los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales; tercero, que la propia ley de extranjería establece como garantías jurídicas de los extranjeros “que los procedimientos administrativos en materia de extranjería respetarán, en todo caso, las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo (...) a la motivación de las resoluciones”, aunque haga la salvedad en lo relativo a las denegaciones de determinados visados como ya hemos comprobado²⁷⁷. Y finalmente, que la Administración, en orden a conceder o denegar los visados, debe seguir el procedimiento y respetar los requisitos establecidos reglamentariamente para ello.

De la conjunción de estas aclaraciones hemos de concluir que a pesar de que el extranjero no tenga un derecho subjetivo a obtener el visado ni la denegación suponga una limitación de derechos, sí que tiene un interés legítimo a obtenerlo²⁷⁸ y por tanto, sería causa suficiente *para exigir ex lege la motivación de su denegación*, a lo que habría que añadir *la dificultad* que entrañaría recurrir un acto administrativo que no se encuentra motivado²⁷⁹, situando al extranjero ante una clara situación de inseguridad jurídica y de indefensión. Es por ello que como indica IGLESIAS SÁNCHEZ “el control jurisdiccional en este aspecto constituye una cuestión fundamental y más aún a la vista del establecimiento de requisitos armonizados para la concesión de visados de estancia”²⁸⁰.

²⁷⁷ Artículo 20.2 LO 4/2000

²⁷⁸ En este sentido ya se pronunció la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de septiembre de 1990 y 22 de abril de 1992 al señalar que “no se trata de una autorización propiamente dicha sino que es más bien un acto de constatación soberana de que no hay inconveniente para que el extranjero entre en España, de forma que ante la solicitud de visado el extranjero más que gozar de un derecho para su otorgamiento se encuentra en una situación de mero interés y, a su vez, concedido el visado, de tal otorgamiento no se deduce un derecho a entrar en España (...)”. J.L. REQUEJO IBÁÑEZ, “Entrada y residencia, en *Extranjería y refugio. Práctica Contenciosa administrativa*, La Ley, Madrid, 1997, págs. 32 a 49, concretamente pág. 32.

²⁷⁹ M^a del C. VIDAL FUEYO, cit., pág. 209.

²⁸⁰ S. IGLESIAS SANCHEZ, “El régimen de entrada en España: visados, controles en frontera y estancias de corta duración”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el RD 557/2011 y la Ley 12/2009*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 178.

Es cierto que la STC 236/2007, al resolver el recurso de inconstitucionalidad sobre determinados preceptos de la LO 8/2000 afirmaba, en cuanto a la exigencia de motivar la denegación de visados, que la

“exoneración del deber de motivación de los actos administrativos denegatorios de visados establecida en aquellos preceptos no debe reputarse contraria al artículo 24.1 CE puesto que se trata de actos que no imponen sanción alguna ni limitan el ejercicio de ningún derecho fundamental, (...) sin embargo aquella exoneración tampoco debe considerarse incompatible con la interdicción de los poderes públicos y con el obligado control de la actuación administrativa de los Tribunales (...)”

Pues bien, es en este aspecto, en el del control jurisdiccional, es donde la actividad discrecional de la Administración se verá atenuada, apuntando en tal sentido, dos Sentencias del Tribunal Supremo especialmente significativas en la materia. La primera de ellas de 24 de junio del 2008²⁸¹, afirma que “la exoneración del deber de motivación de los actos denegatorios de visado no debe reputarse contraria al artículo 24.1 de la CE puesto que se trata de actos que no imponen sanción ni limitan el ejercicio de ningún derecho constitucional (...) ni tampoco se impide el control jurisdiccional de esos actos administrativos”. Por el mismo motivo, la STC 236/2007 no declara inconstitucional el precepto legal (artículo 27.5 de la LO 4/2000), en el que no se exige motivación para la denegación de visados, entre otros, de estancia de corta duración- que es el caso que os ocupa- (Fundamento Jurídico Sexto). Sin embargo, el TS en la sentencia apuntada, reconoce el derecho de la interesada a obtener el visado toda vez que la valoración “peyorativa de las circunstancias de la recurrente, en cuanto a su situación personal, profesional y económica así como del riesgo de asentamiento, no se encuentran acreditadas” y a la vista de la documentación aportada, se concluye que cumple con los requisitos exigidos legal y reglamentariamente.

Y la segunda Sentencia, más reciente, la STS 1859/2012, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso, de 22 de marzo, acuerda estimar el recurso interpuesto contra la resolución del Cónsul General de España en Moscú que denegó la solicitud de un visado de residencia no laboral (que no exige motivación) por considerarla no conforme

²⁸¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

a derecho. Por el contrario, el Tribunal no comparte el criterio de la sentencia de instancia al sostener que aunque

“la concesión de los visados de residencia no lucrativa se rige por un criterio de *discrecionalidad fuerte*, tal afirmación se quiere sostener en el artículo 27.6 de la LO 4/2000, que en la redacción aplicable a este litigio, establece una distinción entre las resoluciones denegatorias de visado que deben ser motivadas y las que no precisan de motivación (como la aquí concernida), de manera que si la denegación de algunas clases de visado no requiere motivación, es porque la concesión o denegación del visado es fuertemente discrecional. Ahora bien de tal precepto y del contexto normativo en que se inserta, no cabe interferir tal consecuencia, menos aún si con esa adjetivación de la discrecionalidad como fuerte se pretende caracterizar el ejercicio de la potestad administrativa como un ámbito de libre disposición no sujeto a límites predeterminados y reconocibles. (...)”

La atribución a la Administración de un margen de discrecionalidad en este ámbito no puede implicar en modo alguno que la decisión devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de ulterior control jurisdiccional (...) y ocurre además en casos como el que ahora nos ocupa que la norma atributiva de la potestad administrativa se nutre mayoritariamente no de elementos discrecionales sino reglados”. (Fundamento Jurídico Cuarto).

Por tanto, podemos concluir que si bien la actuación administrativa en estos casos puede considerarse como discrecional y a veces un tanto arbitraria, al no exigir motivación o incluso, en los supuestos en los que se exija, en ocasiones, dicha motivación pudiera adolecer de un carácter un tanto genérico; no por ello debe ser arbitraria puesto que por un lado, a la hora de dictar la correspondiente resolución, sobre la Administración pesa la obligación no sólo valorar todas las circunstancias que concurran en el interesado sino también verificar si se cumplen o no los requisitos determinados legalmente para la concesión del visado. Y por otro lado, y en el supuesto de que se dictara una resolución denegatoria, la misma, al igual que la actuación de la Administración pueden ser objeto de control jurisdiccional por parte de los Tribunales²⁸².

²⁸² Así se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en STSS de 14 de junio del 2011 y 28 de octubre, ambas de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª: en ambos casos se desestima el recurso

No obstante la regla general de exigencia de visado, se establece la salvedad del mismo en los casos de nacionales de países exentos de dicha obligación conforme a lo establecido en la normativa de la Unión Europea. Con anterioridad a la reforma operada por LO 14/2003, se contemplaba que se podría eximir de la obligación de presentar un visado a aquellos extranjeros nacionales de países con quienes se hubiera firmado un acuerdo a tal fin. Sin embargo, como ya hemos señalado con anterioridad y como consecuencia de la comunitarización en materia de política migratoria y por ende, en política de visados, tras la asunción por parte de la UE de competencias sobre la materia, se introdujo la expresión “o en la normativa de la Unión Europea”. Ambas posibilidades se siguen manteniendo en la LOEx actualmente en vigor tras las reformas operadas aunque el actual artículo 7.2 del RD 557/2011 ya sólo recoge que se eximirá del requisito del visado “en virtud de lo establecido en la normativa de la Unión Europea”.

Y finalmente y en materia de visados, apuntar que se ha introducido, por LO 14/2003, un nuevo apartado en el artículo 27, concretamente el apartado 2, en el que se establece la doble función que se otorga al visado, en cuanto a que no solo cumple una función de habilitar la entrada en territorio español al extranjero sino que también le permitirá permanecer en España “en la situación para la que se hubiese expedido”. No obstante, indicar que dicha habilitación, la obtención del visado, “no significa un derecho a entrar en el territorio del Estado que lo expide, sino tan sólo y como hemos avanzado, el derecho del extranjero a presentarse en el puesto fronterizo que corresponda y solicitar su entrada”²⁸³.

de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia dictada en primera instancia en la que se declaraba el derecho de la interesada a obtener el visado de corta duración toda vez que se cumplían los requisitos para ello y la Administración no ha *justificado que su ámbito de apreciación discrecional se haya ajustado a los parámetros legal y reglamentaria previstos.*

²⁸³ J. GOIZUETA VÉRTIZ, “El derecho de entrada y circulación”, en *Los derechos de los inmigrantes en España*, VVAA, coord. E. AJA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 91 a 105, concretamente pág. 99.

3.2.4. Objeto y condiciones de la estancia: la confirmación de la actuación discrecional de la Administración

Señala el artículo 25 de la LOEx que los extranjeros deberán “presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia”. Este requisito, como tendremos ocasión de comprobar, es uno de los más controvertidos por dos motivos: la dificultad en su determinación y la utilización que de forma discrecional, en la mayoría de los casos, hace la Administración (en este caso los funcionarios encargados del control de entrada) de este motivo para acordar la denegación de entrada de extranjeros.

El artículo 8 de Reglamento de la LOEx establece que los extranjeros *deberán, si así se les requiere*, especificar el motivo de su solicitud de entrada y estancia en España, es decir, que los extranjeros, en principio, tienen la obligación de explicar por qué desean entrar en territorio nacional y cómo se va a desarrollar su estancia o mejor dicho en qué condiciones. A la vista del tal precepto parece que dicha obligación surge, únicamente, en el caso de que fueran requeridos para ello por las autoridades del puesto fronterizo. De esta forma, los funcionarios responsables del control de entrada, en función, entre otras circunstancias del motivo y duración del viaje, *podrán exigirles* la presentación de documentos que justifiquen o establezcan la verosimilitud de la razón de entrada invocada²⁸⁴. La acreditación de estas circunstancias cobra especial importancia en el supuesto de aquellos nacionales de países a quienes, para estancias de corta duración y en todo caso inferior a tres meses, no se les exige visado. Así, en estos casos y como consecuencia de la inexistencia de un control previo como sí ocurre con los extranjeros que llegan provistos de visado, la comprobación del cumplimiento de los requisitos de entrada adquiere una singular rigidez.

Pues bien, en el supuesto de aquéllos extranjeros a quienes no se les exige el visado de entrada, es donde la actuación de la Administración adquiere una gran

²⁸⁴ El artículo 5 del Código de fronteras Schengen señala como uno de los requisitos de entrada para estancias que no excedan de tres meses en un periodo de seis, entre otros: “(C) estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista (...)”. Y en el apartado 2 del mismo artículo: “En el Anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c”

importancia toda vez que serán los funcionarios encargados del control fronterizo quienes llevarán a cabo las comprobaciones tendentes al cumplimiento o no de los requisitos y en caso de que no queden acreditados, el Jefe de Servicio de Fronteras denegará la entrada. El hecho de que en el propio artículo 8 ya referido se contenga por un lado, una lista no exhaustiva ni única de los documentos a aportar por parte de los extranjeros y por otro, que la exigencia de presentación de los mismos sólo surgirá en el caso de que sea requerida por los funcionarios, en caso de que tengan la sospecha de que la causa invocada de entrada no sea cierta, conlleva un amplio margen de discrecionalidad por parte de la Administración quien podrá exigir incluso, documentos adicionales²⁸⁵.

De cualquier forma y en última instancia, serán estos funcionarios quienes valorarán los documentos aportados y decidirán si con dichos documentos se cumplen los requisitos de acreditar el objeto del viaje y las condiciones de la estancia. Así por ejemplo, en el caso de que el motivo aducido sea de tipo turístico, el Reglamento contempla algunos documentos que pueden justificar el mismo, como pueden ser el billete de ida y vuelta, justificación de que el extranjero realizará la visita dentro de un circuito o grupo turístico, reservas de hoteles o incluso reservas de billetes de tren o avión dentro del territorio nacional o a otros países del territorio Schengen, entre otros. No obstante, los funcionarios pueden llegar a exigir todos y cada uno de los documentos referidos y en el caso de que la documentación aportada no la consideren suficiente pueden denegar la entrada, aduciendo con carácter genérico “que no se cumplen los requisitos de justificación del motivo del viaje y las condiciones de la estancia”²⁸⁶, sin indicar en muchos casos exactamente que documentos se requieren o qué extremos no han sido suficiente acreditados, aludiendo por ejemplo, no en la resolución de denegación de entrada sino en el informe-propuesta, que el extranjero “no tiene reserva de tren, autobús o avión para su traslado a otras ciudades o no sabe en qué fecha o cómo va a trasladarse”, o bien porque no acredita reserva de hotel o aunque tenga reserva para

²⁸⁵ D. MOYA MALAPIERA y D. HERNÁNDEZ CALERO, “Los controles en frontera: denegación de entrada, orden de regreso y devolución”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 204.

²⁸⁶ Podríamos señalar multitud de resoluciones administrativas que recogen tal motivo para denegar la entrada. A modo de ejemplo, todas ellas acordadas por el Jefe del puesto fronterizo de Madrid- Barajas: resolución de 23 de diciembre del 2007, resolución de 15 de marzo del 2008, resolución del 11 de enero del 2011 y de 5 de septiembre del 2014.

varios días no la justifica para el resto del tiempo que va a permanecer en España o incluso porque a pesar de la existencia de dicha reserva, no se ha pagado con anterioridad. También como motivos de la denegación de entrada pueden señalarse las contradicciones en las que pueda incurrir el extranjero en el momento de explicar el motivo del viaje y que son consideradas como indicios de que efectivamente la causa alegada no es la real aunque haya presentado documentos que la sustenten. De aquí la discrecionalidad de la actuación de la Administración que se ampara en muchas ocasiones en esa motivación genérica sin valorar de forma razonable en conjunto tanto de las alegaciones realizadas por el extranjero como de los documentos presentados.

En cuanto a los viajes de carácter privado o familiar, si bien en el Reglamento señala como uno de los documentos justificativos de tal motivo, la presentación de una carta de invitación, sin embargo, por sí sola, no supone la justificación de dichos requisitos puesto que pueden ser exigidos otros documentos: “en ningún caso, la carta de invitación suplirá la acreditación por el extranjero de los demás requisitos exigidos para la entrada (artículo 8.2 b) del RD 557/2011)”²⁸⁷

A nuestro entender, los funcionarios del puesto fronterizo, en los supuestos de denegación de entrada, deberían tomar “en consideración cualesquiera otros documentos que el extranjero aporte” así como la obligación de que por parte de la policía de fronteras se lleve a cabo “una mínima actividad investigadora y probatoria que justifique la duda razonablemente sobre las alegaciones del extranjero, de cara a su posterior inclusión en la motivación de la denegación de entrada”²⁸⁸. Por el contrario, en la mayoría de los casos, la falta de alguno o algunos de los documentos conlleva la denegación de entrada de forma automática. Lo cierto es que la Administración actúa con un amplio margen de discrecionalidad que en algunos casos pudiera rayar la

²⁸⁷ Y ello a pesar de que la emisión de la carta de invitación actualmente, se lleva a cabo conforme al procedimiento y a los requisitos establecidos en la Orden PRE/1283/2007 sobre expedición de carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder al territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado. Previamente a la concesión de la carta de invitación, los funcionarios de la Comisaría de Policía correspondiente al domicilio del invitante, le requiere de una serie de documentos cuya presentación prácticamente equivale al control que se efectúa por parte de las Autoridades Consulares en orden a la concesión o no del visado y, ello porque se le solicita que explique los motivos del viaje del extranjero a quien pretende invitar, los vínculos que tiene con él así como la disponibilidad de vivienda y medios económicos para subvenir a los gastos del extranjero durante su estancia en España.

²⁸⁸ D. MOYA MALAPIERA y D. HERNANDEZ CALERO, “Los controles en frontera: denegación de entrada, orden de regreso y devolución”, cit., pág. 206.

arbitrariedad. Afortunadamente y al igual que en materia de visados, la actuación de la Administración puede ser sometida a control jurisdiccional. Nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en determinadas ocasiones: la Sentencia de 1 de abril del 2005²⁸⁹, en la que se resuelve el recurso interpuesto contra la denegación de entrada de un ciudadano ecuatoriano cuya motivación, a la vista del expediente administrativo, se circunscribía a “que efectuado el control de entrada, se pudo constatar que el expresado pasajero no reunía el requisito de presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista”. En este caso se estima el recurso y se declara el derecho del extranjero a franquear la frontera y entrar al territorio nacional porque en la resolución administrativa de denegación de entrada no se expresaron “cuáles serían los documentos echados en falta ni tampoco se identifican en el “informe de propuesta del funcionario actuante”, considerando por tanto, que dicha resolución no resultaba conforme a derecho. No obstante, la importancia de esta Sentencia radica en el hecho de que se concreta cuándo y de qué forma deben exigirse los documentos que justifiquen el motivo del viaje y las condiciones de la estancia y, así en su Fundamento Jurídico Sexto señala que

“la norma trascrita (artículo 5.1 c) del CAAS) no exige que en todo caso hayan de ser presentados los documentos que justifiquen el motivo del viaje y las condiciones de la estancia prevista. Lo exige en su caso. Lo cual debe entenderse en el sentido de que la no presentación de esos documentos justificativos puede amparar una denegación de entrada pero no siempre, sino sólo a) cuando haya datos o circunstancias y, así se exprese razonadamente en la decisión que levanten la sospecha de que el objeto y/o las condiciones de la estancia declarados no coinciden con la realidad; y b) cuando por su naturaleza o su singularidad, sea usual que el viajero esté en posesión de documentos que justifiquen aquel objeto y/o aquellas condiciones (...”).

En el mismo sentido se pronuncia también la STS de 12 de enero del 2006, Sección Quinta, al declarar improcedente la denegación de entrada cuya resolución tan sólo se encontraba motivada en que el extranjero “no reunía los requisitos de presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia”. En el expediente administrativo se indicaba que el extranjero, nacional de Colombia, tenía previsto estar un mes en España, que el objeto del viaje era turismo, que era la primera

²⁸⁹ STS de 1 de abril del 2005, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Quinta

vez que venía, que no tenía amigos ni familiares en el país, que desconocía lugares de interés turístico y se encontraba en posesión de 1500 dólares así como billete de vuelta. Sin embargo, ni el informe de la propuesta ni la resolución de denegación hacían referencia qué documentos eran echados en falta o cuáles se requerían para justificar el viaje afirmando además, en el Fundamento Jurídico Noveno, que si

“la sospecha de no ser veraces las manifestaciones del extranjero es lo que determina el requerimiento de documentación y la denegación de entrada, lo exigible será exponer las razones que conduzcan a tener por fundada la sospecha, pues así lo requieren conocidos principios de nuestro ordenamiento jurídico, como son los que proscriben la arbitrariedad de los poderes públicos (...)”

3.2.5. Medios económicos

Otro de los requisitos que debe cumplir el extranjero para que su entrada sea considerada regular es acreditar que dispone de medios económicos y que los mismos serán suficientes para su sostenimiento en España y el de las personas a su cargo que viajen con él, o bien que está en condiciones de obtener legalmente dichos medios, así como para cualquier traslado a otro país o el regreso al país de procedencia (artículo 9 RD 557/2011).

Se exige que el interesado disponga de una cuantía mínima, en euros o su equivalente en moneda extranjera de curso legal, que represente el 10% del salario mínimo interprofesional, multiplicada por el número de días que pretenda permanecer en España y por el número de personas que viajen a su cargo. En todo caso, la cuantía mínima exigida ha de representar el 90% de dicho salario, por cada persona, con independencia del número de días que vaya a permanecer en territorio nacional. El regreso al país de origen o el traslado a otro u otros países deberán acreditarse mediante billete o billetes “nominativos, intransferibles y cerrados”. Y en cuanto a la forma o modo de acreditar la disposición de esos medios económicos, si se tienen en efectivo, mediante la exhibición de los mismos. También se contempla la posibilidad de que se justifiquen a través de cheques certificados, cheques de viaje, cartas de pago o tarjetas de crédito que deberán ir acompañadas del extracto de la cuenta bancaria, libreta o

cualquier otro medio que acredite fehacientemente la cantidad de crédito disponible, no admitiéndose extractos bancarios de internet²⁹⁰.

En el caso de que no se acredite la suficiencia de medios económicos, se denegará la entrada del extranjero a territorio español si bien, excepcionalmente, “los funcionarios encargados del control de entrada podrán permitir la entrada reduciendo el tiempo de estancia en proporción a la cuantía de los recursos de que se dispongan”, teniendo en cuenta no obstante, la cuantía mínima exigida.

Esta exigencia que *a priori* puede considerarse objetiva en cuanto a su constatación, toda vez que se establece claramente la cuantía de los medios económicos de los que debe disponer el extranjero; sin embargo, puede llegar a ser objeto, por parte de la Administración de distintas interpretaciones y ser alegada para denegar la entrada a pesar de que conforme a la normativa se alcance la cuantía suficiente. Ello se debe a que en el momento en que se le toma declaración al extranjero con el propósito de obtener información sobre el motivo del viaje y determinar si efectivamente son ciertas las causas alegadas y se cumplen los requisitos, se le hacen una serie de preguntas, entre las que se encuentran la actividad profesional o laboral que desarrolla en su país de origen y el salario o los ingresos que perciben, poniéndolo en relación con la cuantía de los medios económicos que acreditan poseer así como la forma de disposición y, especialmente si se trata de dinero en efectivo. De este modo, en muchas ocasiones, la Administración sin prueba alguna, decide que esos medios económicos no se corresponden en realidad con el nivel de vida o con el poder adquisitivo del extranjero en el país de origen, y aunque no pueda denegar la entrada única y exclusivamente por este motivo (al haber quedado justificada la cuantía exigida legalmente), unido a otra serie de consideraciones o indicios, que en la mayoría de los casos son meras sospechas, determina que no cumple con los requisitos derivándolo a la causa o motivo analizado en el caso anterior, es decir, por no acreditar el objeto del viaje o las condiciones de la estancia.

²⁹⁰ La cuantía de los medios económicos así como la forma de acreditar los mismo se encuentra regulada en Orden /PRE/1282/2007, quedando derogada expresamente la Orden de 22 de febrero de 1989 que regulaba anteriormente tales medios económicos.

El Reglamento también establece, que en orden a determinar la suficiencia de los medios económicos, deberán tomarse en cuenta, los documentos que presente el extranjero respecto de su manutención y/o alojamiento bien en hotel, habiéndose abonado con anterioridad a la entrada dicha reserva hotelera o bien, si se va a alojar en el domicilio de amigos o familiares (carta de invitación). En este supuesto no se generarían para el extranjero gastos de alojamiento y por tanto, se debería atenuar en proporción, la cuantía de los medios económicos sin olvidar claro está, la exigencia de la cuantía mínima requerida.

3.2.6. Requisitos sanitarios

En cuanto a este requisito y aunque se indica que cuando así se determine, “las personas que pretendan entrar en territorio español deberán presentar en los puestos fronterizos un certificado sanitario (...) o someterse a su llegada, en la frontera, a un reconocimiento médico (...) para acreditar que no padecen ninguna de las enfermedades que puedan tener repercusiones de salud pública graves”, habitualmente no se trata de un obstáculo para la entrada del extranjero a menos que proceda de zonas en las que exista o haya existido alguna epidemia o brote de alguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena, catalogadas como tales por el Reglamento Internacional Sanitario o en los instrumentos internacionales suscritos por España sobre la materia²⁹¹ o incluso, enfermedades endémicas de un determinado país.

3.2.7. No estar sujeto a prohibiciones de entrada

Aún en el supuesto de que el extranjero cumpla con todos y cada uno de los requisitos aludidos en párrafos anteriores, se podrá denegar su entrada si se encuentra incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada recogidos en el artículo 11 del REDYLE: que se tenga conocimiento de que se encuentra reclamado, en relación a causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figure reclamado sean constitutivos de delito en España; que ha sido objeto de prohibición expresa de entrada

²⁹¹ Se tratan de enfermedades, entre otras, tales como el cólera, peste, fiebre amarilla y recientemente, el ébola.

en virtud de Resolución de Ministerio de Interior por actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales. En cuanto al resto de supuestos (prohibición de entrada por haber sido previamente expulsado o en el supuesto de devolución acordada con el reinicio del cómputo de dicha prohibición), serán analizados en el capítulo siguiente.

3.2.8. Registro de entrada de nacionales de terceros países

Y ya para finalizar este apartado, hemos de apuntar una de las novedades que ha introducido la LO 2/2009, en relación a la posibilidad de que queden registradas las entradas en territorio nacional de extranjeros no comunitarios²⁹², con la finalidad de controlar a aquellos cuya entrada sea regular y que sin embargo permanezcan por un tiempo superior al autorizado, convirtiéndose así su estancia en irregular. El Reglamento no desarrolla esta disposición sino que se limita a señalar que el registro de control de entradas será regulado mediante “Orden del titular del Ministerio de la Presidencia dictada a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración”, y que este registro será el Registro Central de Extranjeros respetando claro está la Ley Orgánica de Protección de Datos. Del mismo modo se establece el control de salidas en el artículo 21.4, remitiéndose su regulación a la Orden prevista para el control de entrada.

Una vez que por parte de los funcionarios encargados del control de entrada se comprueba que el extranjero cumple con los requisitos, se le permitirá la misma y se estampará un sello de entrada en el pasaporte que acredita que su entrada se ha llevado a cabo de forma regular, habilitándole para su permanencia en situación de legalidad en territorio español por el tiempo que haya sido autorizado²⁹³. Por ello serán titulares y podrán ejercer aquéllos derechos constitucionales cuyo ejercicio haya sido condicionado al cumplimiento de determinados requisitos como son los derechos de libertad de

²⁹² Artículo 25.4 de la LO 4/2000: “La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, *podrá* ser registrada (...)”

²⁹³ Los nacionales de países que no requieran visado de entrada podrán permanecer un máximo de 90 días por semestre (artículo 28.1 del RD 557/2011), siendo su situación la de estancia de corta duración. Y los extranjeros en posesión de un visado igualmente se les estampará un sello de entrada, acreditativo de la fecha de la misma y el tiempo de permanencia será el de duración que se determine en el propio visado.

circulación y residencia así como todos aquellos que se encuentren condicionados a la situación de regularidad o legalidad en territorio nacional.

3.3. La acción del artículo 24 de la CE en la protección de los derechos de los extranjeros en frontera ¿una tutela judicial efectiva?: problemas en su aplicación y su resolución desde la perspectiva administrativa y judicial

La principal consecuencia de que los extranjeros no cumplan con los requisitos exigidos para la entrada en territorio español es, como hemos visto, la denegación de entrada y por ende, como analizaremos a continuación, su regreso al país de procedencia. Abordaremos ahora tal efecto así como los derechos que les asisten y que inciden en su permanencia en frontera: el derecho a la defensa y el derecho a la libertad personal.

3.3.1. Tutela en el procedimiento administrativo

Como ya hemos comentado, el control de los requisitos de entrada se lleva a cabo en el puesto fronterizo y es ejercido por los propios funcionarios encargados del mismo, quienes si consideran que pudiera existir algún impedimento legal para la entrada, procederán a entrevistarse de forma individualizada con el extranjero para determinar si efectivamente cumple o no los requisitos y en caso negativo, dar inicio a todo un proceso con la finalidad de que el extranjero regrese al país de procedencia²⁹⁴.

La figura jurídica de denegación de entrada, a pesar de su carácter claramente administrativo (artículo 15 del Reglamento)²⁹⁵ sin embargo, no posee carácter sancionador²⁹⁶: el extranjero, no infringe la legalidad en esta materia sino que se

²⁹⁴ Artículo 15 del RD 557/2011: “Los funcionarios responsables del control denegarán la entrada en el territorio español a los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en este capítulo (...)”

²⁹⁵ Como veremos se trata de un procedimiento un tanto *sui generis*, en tanto en cuanto es excesivamente sucinto no recogiendo además en la legislación de extranjería una estructura del mismo como tal.

²⁹⁶ El carácter no sancionador de este tipo de resoluciones administrativas (denegación de entrada), viene confirmado por el TC en su STC 205/2007, donde en su Fundamento Jurídico Tercero se señala lo siguiente: “(...) Por lo demás, debe destacarse que, sin duda, la resolución administrativa de la que se trata en este caso, carece de naturaleza sancionadora. La denegación de entrada en España (...) es una resolución que se dicta como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en territorio nacional. No concurre en ella la función represiva, retributiva o de castigo, propia de las sanciones.(...)”.

persona voluntariamente en el puesto fronterizo habilitado para llevar a cabo su entrada de forma regular y al no cumplir alguno de los requisitos exigidos (a diferencia de lo que ocurre con la entrada a través de lugares no habilitados, es decir, fuera de los puestos fronterizos: entrada ilegal-devolución), se le impide su acceso a territorio nacional. Ahora bien, dicho procedimiento, como consecuencia de las implicaciones que tiene sobre “la libertad y autonomía personal del extranjero” y añadimos, con el derecho constitucional a la defensa, “se ha rodeado de una serie de garantías que de otro modo serían totalmente inhabituales en el procedimiento administrativo ordinario”²⁹⁷.

El procedimiento de denegación de entrada²⁹⁸ se inicia, técnicamente hablando y así ocurre en la práctica, cuando el extranjero es apartado físicamente del puesto fronterizo y aguarda en las dependencias policiales fronterizas, que se encuentran en un lugar habilitado previo al cruce de la frontera, hasta que de nuevo es entrevistado de forma más pormenorizada sobre los motivos alegados para acceder a territorio español y de este modo, determinar si efectivamente cumple o no con los requisitos²⁹⁹. Si tras esta entrevista, el funcionario considera que efectivamente pudiera incurrir en alguna de las causas de denegación de entrada, se pone en marcha todo una *maquinaria*³⁰⁰, que tiene como objetivo principal el regreso del ciudadano extranjero al país de procedencia, si bien al mismo tiempo, como ya se ha indicado, dicho procedimiento ha de respetar y cumplir con garantías procesales que le asisten al extranjero y que se reconocen tanto constitucionalmente como en la propia legislación de extranjería

A los extranjeros que no cumplan con los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo, autoridad ante quien deben

²⁹⁷ D. MOYA MALAPIERA y D. HERNÁNDEZ CALERO: “Los controles en frontera: denegación de entrada, orden de regreso y devolución”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*. VVAA, (D. BOZA MARTÍNEZ, F.J. DONAIRE VILLA y D. MOYA MALAPIERA, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 192 a 226, concretamente págs. 208 y 209.

²⁹⁸ La regulación legal de la denegación de entrada se recoge en los artículos 26.2 y 60 de la LOEX así como en el artículo 15 del Reglamento de ejecución de dicha LO.

²⁹⁹ Resulta evidente que el control sobre el cumplimiento de los requisitos de entrada no puede llevarse siempre a cabo ni con la misma intensidad ni minuciosidad y por lo tanto, el mismo tal cual establece el artículo 8 del Código de fronteras Schengen, deberá flexibilizarse “cuando concurren circunstancias excepcionales e imprevistas”, considerándose como tales “que la intensidad del tráfico sea tal que el tiempo de espera en el paso fronterizo resulte excesivo”.

³⁰⁰ La cursiva es nuestra

formalizarlo y de su derecho a la asistencia letrada que podrá ser de oficio y de intérprete que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control del puesto fronterizo.

A. Derecho a ser asistido por letrado

Nos encontramos ya con una de esas primeras garantías aludidas que es la de “*asistencia letrada, que podrá ser de oficio y de intérprete*” y que “*comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo*”, es decir, con carácter previo a que se adopte la resolución administrativa de denegación de entrada. A ello hemos de añadir el derecho a que esa asistencia sea gratuita tal y como se reconoce en el artículo 22.2 de la LOEx, al disponer que “*estas asistencias (en el caso que nos ocupa, procedimientos administrativos que pueda llevar la denegación de entrada de los extranjeros) serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho a la asistencia jurídica gratuita*”.

Comenzaremos con la asistencia letrada, derecho que se encuentra comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la CE y, respecto de los ciudadanos extranjeros, regulado en el artículo 20.1 de la LO 4/2000.

Ya comentamos que el derecho a la tutela judicial efectiva (y por ende todos los derechos que la integran y principalmente, en lo que nos interesa: derecho a la asistencia letrada, derecho a un intérprete, derecho a ser informado, a utilizar los medios de prueba que considere pertinentes, a no declarar contra sí mismos y el derecho a la asistencia jurídica gratuita), ha sido considerado por el Tribunal Constitucional (desde su STC 107/84, ya analizada) como un derecho fundamental inherente a la dignidad humana y por tanto predicable de cualquier persona y, es por ello que su titularidad y ejercicio no pueden ser objeto de diferencias por razón de la nacionalidad ni tampoco puede ser objeto de condicionamiento alguno como consecuencia del estatus administrativo, esto es, de la situación de regularidad o irregularidad en la que puedan encontrarse los extranjeros³⁰¹.

³⁰¹ En el mismo sentido: STC 99/85 de 30 de septiembre: “(...) Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, así sucede con aquellos

Ni la LO 7/85 de 1 de julio ni en el Reglamento de ejecución de la misma aprobado por RD 1119/86 de 26 de mayo, aludían a garantía alguna en los supuestos de denegación de entrada, mejor dicho, no se contemplaba la existencia de ningún procedimiento en relación a ello ni mucho menos que en esa concreta situación el extranjero pudiera ser asistido por letrado ni ejercer defensa alguna. Tan solo en el artículo 29 de la LO, se indicaba que los extranjeros gozarán en España de las garantías establecidas en el CE y en la leyes y en cuanto a las resoluciones que puedan adoptarse en relación a ellos, señalaba que habrán de dictarse y notificarse de acuerdo con los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo y en cualquier caso, con audiencia del interesado, en la forma que prevén los artículos siguientes que se referían a los expedientes de expulsión.

No es sino hasta la LO 4/2000 que se reconoce la posibilidad de que a los extranjeros les ampare el derecho reconocido en el artículo 24 de la CE, en los supuestos en los que no cumpliendo con los requisitos legales de acceso al territorio español, la Administración proceda a acordar su denegación de entrada, habiéndose mantenido el reconocimiento de este derecho en todas las reformas que se han llevado a cabo de dicha Ley Orgánica, así como en los correspondientes Reglamentos de ejecución. Llegamos así al actual sistema de garantías jurídicas contemplado en los artículos 20 a 22 de la LO 4/2000, que conforme a su contenido, el legislador no hace más que dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 24.1 nuestra CE, recogándose concretamente en el artículo en el artículo 22 el derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita y a un intérprete en cualquier jurisdicción e igualmente “en todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional”.

Centrémonos ahora en cómo se materializa el derecho de defensa del extranjero en frontera. Pues bien, desde el momento que los funcionarios de policía, una vez que

derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político (...). Pues bien, uno de estos derechos el artículo 24.1 de la CE que señala que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (...)

realizan un control inicial en cuanto a su identidad y la validez de los documentos de viaje (pasaporte o título de viaje), así como que el extranjero no se encuentra incurso en alguna prohibición de entrada tanto en España como en cualquier otro país del entorno Schengen; procederán a verificar el resto de requisitos. Especialmente revisarán los sellos de entrada y salida que consten en el pasaporte con el propósito de verificar si en otras ocasiones en las que el extranjero haya accedido al espacio Schengen, ha cumplido con el tiempo de estancia legalmente permitido puesto que en caso contrario, es decir si ha superado dicha permanencia (90 días en un periodo de seis meses) puede ser también motivo de denegación de entrada. Si en esta primera instancia, se presume que el extranjero incurre en alguno de los otros motivos para denegar su entrada, se le informará inmediatamente de ello así como del derecho a la asistencia letrada, y en el caso de no designar un abogado particular, se le designará de oficio así como de la asistencia de intérprete en caso de que no conozca o no comprenda el idioma³⁰².

A continuación se comunicará al Colegio de Abogados de la existencia de extranjeros que pudiera ser objeto de una denegación de entrada a fin de que sean asistidos por un letrado del turno de oficio o bien por el letrado que designen. El abogado deberá dirigirse al puesto fronterizo y en las dependencias policiales habilitadas para ello, se procederá a tomar declaración al extranjero para averiguar si efectivamente cumple con los requisitos de entrada y especialmente sobre los motivos del viaje, las condiciones de la estancia y los medios económicos. En esta diligencia de toma de declaración deberá estar presente el abogado a fin de verificar que se cumplen con las garantías previstas legalmente debiéndose respetar por tanto, en todo el procedimiento, las señaladas en el artículo 20.2 de la LO: contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones e incluso, y aunque el artículo 15 del Reglamento no lo prevea explícitamente, presentar pruebas y “solicitar la práctica de aquellas que considere pertinentes para defender sus intereses”³⁰³. Por tanto, los funcionarios a la vista tanto de las alegaciones que realice el extranjero como de las consideraciones que pueda hacer constar el letrado y las circunstancias concurrentes,

³⁰² Normalmente se dispone en los puestos fronterizos de unos folletos en distintos idiomas que les son proporcionados a los extranjeros en los que constan dichos extremos a fin de que sean informados en los términos señalados.

³⁰³ D. MOYA MALAPIERA y D. HERNÁNDEZ CALERO, cit., pág. 212.

deberían llevar a cabo las averiguaciones correspondientes para comprobar los hechos alegados y en consecuencia, el cumplimiento de los requisitos.

El cumplimiento de las garantías aludidas (en este momento procesal y en lo que nos ocupa, contradicción y audiencia al interesado) obliga a la Administración a comunicar al extranjero –y al letrado que le asista- tanto el inicio del procedimiento como el informe-propuesta que se elabore previamente a la resolución definitiva. El Tribunal Constitucional, en el caso del procedimiento administrativo sancionador, se pronuncia en el sentido manifestado, al afirmar que el conocimiento por parte del interesado de la propuesta de informe,

“forma parte de las garantías del artículo 24.2 de la CE, pues sin él no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento, de modo que la falta de la comunicación de la propuesta (...) constituye sin duda una violación del derecho constitucional a la defensa e, incluso más en concreto, del derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada contra él”.

En el caso concreto, aun no tratándose de un procedimiento sancionador, el respeto de tales garantías se traduce necesariamente en conocer qué requisitos de entrada no cumple el extranjero o cualesquiera otros hechos relacionados si bien, para que dicha omisión tenga relevancia constitucional, es necesario que la misma haga disminuir las posibilidades de defensa, *entendidas como el conjunto de facultades de alegaciones y prueba* (STC 145/2011 de 26 de septiembre) y especialmente si en el informe-propuesta se introducen hechos distintos o nuevos a los conocidos por el interesado y sobre los que finalmente se fundamente la resolución de denegación de entrada.

Es cierto que como ya hemos apuntado, no nos encontramos ante un procedimiento sancionador sin embargo, se trata de un procedimiento tan *sui generis* (en el que no se establecen plazo ni trámite específico de alegaciones y audiencia, prácticamente tales actuaciones y el informe se desarrollan en el mismo acto) para el que específicamente se ha señalado la necesidad de dar traslado de dicho informe-propuesta, a fin de que se respeten las garantías aludidas.

En tal sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de abril de 1995³⁰⁴, reconoce el derecho de la extranjera a entrar a territorio nacional, confirmando la Sentencia dictada en primera instancia por el TSJ de Madrid, de 16 de febrero de 1994, al considerar que la actuación de la Administración, por no haber permitido a la interesada probar los hechos alegados ni la Administración verificarlos, fue contraria a derecho. Por tanto, declaró la nulidad de la resolución administrativa que acordaba su denegación de entrada no haber sido dictada vulnerando su derecho a la defensa. Y la STS de 3 de febrero de 2006, en su Fundamento Jurídico Cuarto señala que en el procedimiento de denegación de entrada se ha de aplicar el artículo 20.2 de la LO 4/2000, debiendo reconocerse por tanto, el trámite de audiencia al interesado³⁰⁵.

B. Derecho a ser asistido por un intérprete

La circunstancia de que el derecho a ser asistido por un intérprete, en el caso de que la persona no comprenda o no entienda el idioma español, no se reconozca de forma explícita en nuestra Constitución, no significa que el mismo no sea parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que afecta al ejercicio del derecho a la defensa. Así lo ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional al señalar ya desde su Sentencia 74/87³⁰⁶, que el derecho de toda persona-incluyéndose a los extranjeros-que desconozca el castellano a ser asistida por un intérprete, deriva de la propia Constitución señalando además que para su efectividad y ejercicio no se exige configuración legislativa alguna, *aunque esta pudiera ser conveniente para su eficacia*.

Pues bien, como consecuencia de dicha aseveración y por tanto de que los extranjeros tienen derecho a ser asistidos por un intérprete, como un derecho

³⁰⁴ Sala de lo Contencioso, Sección Séptima.

³⁰⁵ STS 3 de febrero de 2006, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Séptima.

³⁰⁶ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 1987 que resuelve un Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la LO 14/1983 de 13 de diciembre por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la CE, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso. Indicar que en esta Sentencia igualmente se reconoce el derecho a intérprete a los españoles que no comprendan el castellano.

comprendido en el derecho a la defensa³⁰⁷, nuestra legislación de extranjería contempla tal derecho, entendemos, en primer lugar, con carácter general, como una garantía jurídica y en segundo lugar, con carácter específico, en aquellos procedimientos *administrativos* que puedan llevar al extranjero a su denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio nacional así como en materia de protección internacional.

La redacción del artículo 22 es un tanto confusa puesto que pareciera que el derecho a la asistencia de intérprete se predica sólo de aquéllos extranjeros que se encuentren en España y en relación a determinados procedimientos-apartado 2-. Pese a ello, al tratarse de un derecho inherente al derecho de defensa e incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del 24 de la CE, hemos de interpretar dicho precepto de forma extensa, es decir, que el extranjero tendrá derecho a ser asistido por un intérprete en cualquier proceso en el que sea parte- sea cual fuere la jurisdicción³⁰⁸- y así se ha de deducir del apartado primero del artículo 20, del artículo 22, apartado primero y tercero- en cuanto a la jurisdicción contenciosa-administrativa-. Y también en procedimientos no judiciales sino meramente administrativos pero en los que se pueda acordar su denegación de entrada a España, su devolución, expulsión y en los procedimientos de solicitud de asilo.

En cuanto a la forma de concretarse la asistencia de intérprete en frontera en el supuesto de la denegación de entrada, indicar que el mismo debe estar presente en todas las actuaciones del procedimiento- desde el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo-, traducir todas las diligencias que se practiquen y especialmente la resolución que se acuerde con la finalidad de que el extranjero interesado tenga conocimiento del contenido, alcance y consecuencias de la misma. Del mismo modo, el intérprete debe estar presente y asistir en las comunicaciones que se produzcan entre letrado y extranjero y así garantizar un derecho a la defensa real y efectivo³⁰⁹.

³⁰⁷ STC 3/1987 de 7 de febrero, que en su Fundamento jurídico Cuarto señala que “en el caso que nos ocupa, la falta de preceptivo nombramiento de intérprete ha producido indefensión ya, que ha impedido incluso que se pudiera recibir declaración a la propia recurrente”.

³⁰⁸ El desconocimiento del idioma español por parte del extranjero le impediría a ser informado de sus derechos y hacerlos valer así como hacer las manifestaciones que considere pertinentes en cualquier procedimiento en el que sea parte o interesado y del que se puedan derivar consecuencias legales para su persona.

³⁰⁹ En tal sentido se pronunció nuestro TC, en Sentencia 71/88 de 19 de abril, en el que se estima el amparo a unos presos extranjeros a quienes se le denegó la petición de estar asistidos de intérprete en las

C. Asistencia jurídica gratuita

La cuestión del derecho a la justicia gratuita en caso de carecer de recursos económicos suficientes, ha sido objeto de controversia como consecuencia de la desigual regulación que en las distintas leyes de extranjería y las reformas se han ido sucediendo. Así en la primera LOEx 7/85 de 1 de julio, no encontramos ningún precepto en este sentido sino tan solo, como ya indicamos, la genérica referencia en el Título dedicado a *Garantías y régimen jurídico*, de que los *extranjeros gozarán en España de la protección y garantías establecidas en la Constitución y las leyes* y en el artículo 30.2, en los supuestos de detención de extranjeros – en los procedimientos de expulsión- se hacía referencia a que el extranjero tendrá derecho a la asistencia de intérprete *que se le proporcionará de oficio (...) y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos*. De igual forma, su desarrollo reglamentario a través del RD 155/96, que expresamente el anterior Reglamento (aprobado por RD 1119/86) resulta escaso y lo limita al mismo supuesto, esto es, en caso de detención del extranjero. Por su parte la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, Ley 1/1996 de 10 de enero, reconocía tal derecho a los extranjeros, con carácter general, si bien lo condicionaba a que residieran legalmente en España (procesos civiles y contencioso-administrativos); no exigiéndolo, por el contrario, en el orden jurisdiccional penal ni tampoco en materia de asilo.

La LO 4/2000 supone desde luego, una novedad y un acierto en tanto en cuanto se amplían los supuestos del reconocimiento de este derecho extendiéndose *de manera significativa, el ámbito de aplicación*³¹⁰ y así, en su primera redacción contemplaba la gratuidad de la justicia para los extranjeros en dos supuestos, el primero de ellos, de oficio en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la

comunicaciones con su letrado, afirmando que aunque este derecho de forma particular y concreta no figura en la Ley (haciendo referencia a la Ley de Enjuiciamiento Criminal) debe entenderse comprendido en la misma e interpretada conforme a la Constitución y Convenios internacionales. Por tanto, el extranjero disfruta igualmente el derecho a ser asistido de intérprete en los actos de comunicación con el letrado a fin de preparar el acto del juicio puesto que en caso contrario, el derecho a la defensa se encontraría vacío de contenido.

³¹⁰ M^a del M. ESQUEMBRE VALDÉS, “Garantías jurídicas”, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, VVAA, coord. J. ASENSI SABATER, EDIJUS, Zaragoza, 2000, págs. 123 a 158, concretamente pág. 142. Entiende la autora, por tanto, que de acuerdo con doctrina reiterada del TC, en cuanto a que las leyes deben ser interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de derechos fundamentales; la nueva LOEx, se aplicaría, con carácter preferente sobre la de Asistencia Jurídica Gratuita al resultar, en este caso, más favorable; debiéndose por tanto, entender, en nuestra opinión, que dicho precepto de la LAJG, el 2 a), se encontraba parcialmente derogado.

denegación de entrada, expulsión y devolución de extranjeros e igualmente se reconocía para los procedimientos de solicitud de asilo. En el segundo supuesto se aludía al resto de procesos, entendemos que cualquiera que fuera el orden jurisdiccional y, especialmente en el orden contencioso-administrativo, en cuyo caso disfrutaban del derecho a la justicia gratuita tanto los residentes legales como los extranjeros que se encontraran en España empadronados.

El Defensor del Pueblo, antes de la entrada en vigor de la LO 4/2000, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, (Recurso 1555/1996) al entender que condicionar el ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita, por parte de los extranjeros, a la situación de residencia legal, vulneraba el artículo 24 de la CE por no respetar el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Dicho recurso fue resuelto por Sentencia 95/2003³¹¹, en la que se declara inconstitucional el inciso del artículo 2 a) de la LAJG de 1996 *que residan legalmente en España*. En esta Sentencia el Tribunal, una vez más y conforme a doctrina reiterada³¹², alude al carácter instrumental del derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 119 de la CE) respecto del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), “pues su finalidad radica en permitir el acceso a la justicia (...) a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y más ampliamente trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar (...)”. Sin embargo, del hecho de que el propio artículo 119 CE, indique que la justicia será gratuita “cuando así disponga la ley”, se desprende que nos encontramos ante un “*derecho prestacional y de configuración legal*”, aunque el legislador no disponga de una libertad absoluta para configurarlo puesto que viene limitado por una circunstancia que es la insuficiencia de recursos para litigar y por tanto, tal y como afirma el Tribunal

“existe un contenido constitucional indisponible para el legislador que obliga a reconocer el derecho de justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar” pudiendo, no obstante, determinar los criterios o las pautas para concretar si efectivamente el interesado dispone o no de medios económicos suficientes, debiendo en todo caso “sufragarse los gastos procesales

³¹¹ STC 95/2003 de 22 de mayo.

³¹² SSTC 138/1998, 16/1994, 117/1998 de 2 de junio y 183/2001 de 17 de septiembre.

a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia familiar”.

Ahora bien continúa diciendo el Tribunal que una vez concretado el concepto de insuficiencia de recursos para litigar

“(…) todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de beneficiarse del derecho prestacional de justicia gratuita siempre que se cumplan los requisitos relativos a los recursos económicos y, por tanto, la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnen las condiciones económicas para acceder a tal derecho, implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues en caso contrario, tal derecho resultaría meramente teórico y carecería de efectividad (…)”

Pues bien, subordinar el acceso a la justicia gratuita a los extranjeros que no sean residentes en territorio nacional, “supone, sin duda, una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, del que son titulares todas las persona, incluso los extranjeros”, y que lo ejercen en igualdad de condiciones que los españoles sin que pueda supeditarse dicho ejercicio por razón de la nacionalidad. Por lo tanto, declara que la expresión “que residan” deberá entenderse como la situación de que se “hallen en territorio español” sin que pueda vincularse a un estatus de regularidad o legalidad en España.

Una vez más la reforma de la LO 4/2000, llevada a cabo por LO 8/2000, restringe el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros y modifica el artículo 22, que quedó redactado como sigue:

“Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo (...). 2. Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles

en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan”.

En relación a la más que posible inconstitucionalidad de dicho precepto se pronunciaron distintos autores³¹³, quienes entendieron que “excluir del derecho a la justicia gratuita a aquel que no disponga de medios económicos es, realmente excluirle del derecho a la tutela judicial”, derecho que han de tener “todas las personas y por ello, también todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación jurídica”³¹⁴.

Así las cosas, contra dicho precepto y otros tantos de la LO 8/2000, como hemos visto, se interpuso recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto por STC 236/2007 que declaró parcialmente su inconstitucionalidad en cuanto a la exigencia del requisito de la residencia legal, procediendo el Tribunal a reproducir en esta Sentencia lo mantenido en la STC 95/2003. Consecuentemente con la declaración de inconstitucionalidad de dicho precepto, el mismo es reformado nuevamente por LO 2/2009, siendo su regulación actual como sigue: en primer lugar y en aplicación de la doctrina constitucional analizada sobre la materia, se parte del principio de que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es un derecho que los extranjeros ejercerán en las mismas condiciones que los españoles y por tanto, se elimina en la nueva redacción la subordinación tanto al empadronamiento (LO 4/2000) como al requisito de la residencia legal (LO 8/2000). En segundo lugar, y tras afirmar que “los extranjeros que se hallen en España, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en los que se sigan”, hace una distinción entre procedimientos administrativos (apartado segundo). Por un lado, denegación de entrada, devolución, expulsión y todos los procedimientos en materia de protección internacional y por otro lado, procedimientos contencioso-administrativos “contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión” (apartado tercero). Así para la vía administrativa, el

³¹³ De estos autores, podemos citar entre otros ARAGÓN REYES, CARRILLO LÓPEZ, BLIGINIO CAMPOS y ASENSI SABATER. Este último señaló, muy acertadamente que “la LO 8/2000 debe ser tachada de inconstitucional porque confunde y solapa las políticas inmigratorias con la cuestión de los derechos subordinando indebidamente éstos a aquéllas”, “Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de Extranjería”, *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 7, UNED, Madrid, 2001, págs. 10 a 47, concretamente, pág. 23.

³¹⁴M. ARAGÓN REYES, “Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de Extranjería”, cit., pág. 16.

derecho de asistencia jurídica gratuita, se traduce en la designación del letrado de oficio (en el supuesto de que no hayan realizado nombramiento de abogado particular) y en su caso de intérprete, con independencia de su posterior reconocimiento o no por la concurrencia de los requisitos económicos. Sin embargo, dicha designación no supondrá el reconocimiento del derecho, así como la representación procesal, para la continuación en su caso, del procedimiento en vía contenciosa puesto que en este supuesto, el extranjero deberá realizar una nueva solicitud de justicia gratuita debiendo además, expresar su voluntad de interponer recurso contencioso conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este último supuesto se contemplan dos posibilidades: que el extranjero se encontrara detenido, en cuyo caso dicha voluntad podrá expresarla ante funcionario público³¹⁵ o que se encontrara fuera de España, presentando la solicitud de la justicia gratuita y expresando la voluntad de recurrir ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente.

Con carácter anterior a la introducción de esta doble exigencia que se materializó por LO 2/2009, se entendía que la designación del letrado de oficio en la vía administrativa y el reconocimiento de la justicia gratuita, se extendían al procedimiento contencioso, de esta forma, la interposición de los recursos en vía judicial quedaba asegurada, especialmente en aquellos supuestos en los que el extranjero hubiera sido expulsado o retornado. No obstante, ello no suponía necesariamente que dicho procedimiento finalizara con una sentencia puesto que, tras la reforma de la LJCA, por Ley 19/2003 de 23 de diciembre, mediante la que se debía conferir la representación procesal al letrado, conforme a lo establecido en la LEC, bien mediante comparecencia *apud-acta* o bien a través de poder general para pleitos, y ante la práctica imposibilidad de que ello se llevara cabo (en la mayoría de los casos porque el extranjero ya no estaba en España o bien porque no se podía contactar con él), se procedía al archivo del procedimiento.

³¹⁵ Artículo 15.2, tercer párrafo del RD 557/2011. Manifestación de la voluntad de recurrir o ejercitar la acción, a los efectos del artículo 22.3 de la LO 4/2000: en caso de que el extranjero se encontrara privado de libertad, podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o de ejercitar la acción correspondiente contra la resolución que ponga fin a la vía administrativa, ante el Delegado Subdelegado de Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente.

D. Motivación de la resolución de denegación de entrada

El informe-propuesta así como las actuaciones realizadas o las pruebas practicadas serán elevadas al superior (Jefe del Puesto fronterizo) quien, a la vista del contenido del expediente, dictará la resolución correspondiente que deberá estar motivada y notificada al interesado con indicación de los recursos que puedan interponerse contra ella, el plazo y el órgano ante el que deban formalizarse.

La motivación de las resoluciones administrativas que con carácter general afecten a los extranjeros y en particular en la materia que nos ocupa, es otra de las garantías jurídicas recogidas en la Ley de Extranjería, derivada del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, la resolución que acuerde la denegación de entrada deberá recoger tanto los hechos como los fundamentos de derecho en base a los cuales se sustente y acredite que el extranjero ha incumplido alguno o algunos de los requisitos establecidos legalmente para acceder a territorio español. En caso contrario, la falta de motivación, unida al amplio margen de actuación que posee la Administración, que como ya hemos comentado puede incluso recaer en la más pura arbitrariedad, pudiera provocar una clara indefensión al extranjero.

Esta resolución deberá ser notificada al extranjero y al abogado que le asista a fin de que puedan interponer los recursos que proceda que en este caso, al tratarse de una resolución que no pone fin a la vía administrativa, tan sólo cabe recurso de alzada (artículo 114.1 de la Ley 30/92) en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente de la notificación³¹⁶.

3.3.2. Régimen de recursos contra la denegación de entrada y su consecuencia inmediata: el regreso al país de procedencia

En la práctica como ya hemos apuntado, nos encontramos con denegaciones de entrada en puestos fronterizos a personas que cumplen con los requisitos exigidos, amparando

³¹⁶ Conforme a la Disposición Adicional decimocuarta del Reglamento 557/11, con carácter general, todas las resoluciones en materia de extranjería ponen fin a la vía administrativa, exceptuándose las resoluciones sobre denegación de entrada y devolución.

dicha denegación y por tanto el regreso, en resoluciones administrativas presuntamente arbitrarias que se fundamentan, en su mayoría, en la causa general “de no presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista”. Pues bien, en estos casos, hemos de cuestionarnos qué posibilidades de defensa, en cuanto a la interposición de recursos, tiene el extranjero y cuál sea la actuación a seguir por el letrado que en ese momento esté ejerciendo su asistencia jurídica.

A. Recurso de alzada

La resolución administrativa en la que se acuerda la denegación y consiguiente regreso, es una resolución que puede ser recurrida pero que no pone fin a la vía administrativa, siendo recurrible por tanto en alzada, en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la misma. Ahora bien, considerando que la interposición de un recurso de alzada tiene una efectividad práctica nula puesto que la resolución del mismo no es inmediata y la propia interposición no paraliza el regreso (del recurso de alzada conocerá el superior jerárquico, esto es, el Director General de Policía y de la Guardia Civil) y que ante estas situaciones, se requiere una respuesta rápida y efectiva, especialmente cuando el letrado estima que el ciudadano extranjero cumple con los requisitos de entrada y que la resolución adoptada por la autoridad gubernativa es a todas luces contraria a derecho; hemos de plantearnos, entonces, cuál sea la forma más adecuada de actuar o qué vías legales tiene el letrado para hacer valer los derechos que le asisten al ciudadano extranjero.

Una de esas vías es, como ya hemos señalado, la interposición del recurso administrativo pero interesando a la propia Administración la suspensión de la ejecución de la medida adoptada, es decir, que no se proceda a efectuar el regreso en tanto en cuanto no se resuelva el recurso. El régimen de ejecutividad de las resoluciones administrativas en materia de extranjería, es el previsto con carácter general en la legislación vigente (artículo 21.2 de la LO 4/2000)³¹⁷, aplicándose lo previsto en la Ley 30/92 de 26 de noviembre del Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en consecuencia, lo dispuesto en el artículo

³¹⁷ Salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente.

111³¹⁸, en el que se contemplan los supuestos en los que puede acordarse la suspensión de la resolución administrativa, es plenamente aplicable a las resoluciones de denegación de entrada y regreso. Esta facultad de interesar la suspensión no se encontraba prevista en la primera LOEx 7/85 de 1 de julio, en cuyo artículo 34 se recogía expresamente que “1. Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las Leyes. 2. En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en el presente ley”. Sin embargo, el Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad contra este precepto y otros, resolviéndose mediante la ya tan aludida STC 115/87 de 7 de julio, declarando la inconstitucionalidad y por lo tanto nulo, el inciso segundo de dicho artículo, al considerar que

“la supresión de esa posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad del artículo 14 de la CE. De nuevo, ha de recordarse aquí el tema de la igualdad de trato de extranjeros y españoles, y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros que la Constitución reconoce respecto de ciertos derechos y garantías, entre los que se incluye, el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales” (Fundamento Jurídico Cuarto).

³¹⁸ Artículo 111 de la Ley 30/92:

“1.La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.4, segundo párrafo, de esta Ley.

4. Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.”

Ahora bien, aun previéndose la suspensión de la ejecutividad de la resolución administrativa que acuerda el regreso del extranjero al país de procedencia, la solicitud de dicha suspensión tampoco tiene efecto práctico alguno por los siguientes motivos: el primero, porque los actos administrativos se presumen válidos, aunque se trate de una presunción *iuris tantum*, y los mismos son, con carácter general, inmediatamente ejecutables; segundo, porque tan sólo se podrá acordar la suspensión si concurren dos supuestos: a) que el acto que se recurre cause perjuicios de difícil o imposible reparación o b) que el acto sea nulo de pleno derecho y la impugnación se fundamente precisamente en este motivo; tercero, porque la Administración no tiene obligación de resolver de forma inmediata sobre la suspensión, entendiéndose suspendido el acto solo en el supuesto de que hayan transcurrido treinta días sin que se haya resuelto de forma expresa sobre dicha solicitud. Y por último, la propia Administración no va a suspender un acto que evitaría el cumplimiento de las resoluciones que en materia fronteriza está facultada a adoptar habida cuenta que dicha suspensión podría suponer la entrada del extranjero en territorio nacional.

Si se optara por esta vía nos encontraríamos por tanto, que el regreso del ciudadano extranjero a quien se le ha denegado la entrada, se ejecutaría no solo antes de que se resolviera el propio recurso sino incluso antes de que se decidiera sobre la medida cautelar interesada. Realmente en la práctica, estos recursos de alzada así como, en su caso, la adopción de la medida cautelar de suspensión, no son estimados al entender que el acto administrativo es conforme a derecho o bien, se desestiman sin pronunciamiento expreso, es decir, por la vía del silencio administrativo.

B. Recurso contencioso-administrativo y la suspensión del regreso

Este ha sido el panorama que en la práctica forense nos hemos venido encontrando: la única posibilidad de que disponían los letrados para hacer efectivo el derecho a la defensa de los ciudadanos extranjeros objeto de una medida de regreso era la interposición de un recurso de alzada que, como hemos podido comprobar, carece de total eficacia. De este modo se ejecutaban resoluciones administrativas, revestidas de aparente legalidad y que posteriormente si se interponía recurso contencioso contra las resoluciones del recurso de alzada que sí ponen fin a la vía administrativa, nos encontrábamos que las mismas, en ocasiones, eran revocadas, al entenderse que el

extranjero sí reunía con los requisitos de entrada y la resolución administrativa por tanto, no era conforme a derecho.

B.1 El Acuerdo de 28 de noviembre del 2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial: la efectividad del derecho a la defensa

Este escenario sufre un importante cambio como consecuencia de la aprobación del Acuerdo del 28 de noviembre del 2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial³¹⁹, por el que se modifica el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005 del 2 de agosto, relativo a los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Este artículo pasa a tener la redacción que señalamos a continuación:

“El Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia-esto es, el Juez de instrucción-, conocerá también en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el artículo 70 de la Ley 1/200 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil³²⁰; singularmente, se ocupará de las que, correspondiendo a los órganos de las jurisdicción contencioso-administrativa, sean instadas en días y horas inhábiles y exijan una intervención judicial inmediata en supuestos de (...):

c. Adopción de medidas cautelares, previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1988 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución y retorno. Cumplimentada su intervención el Juez de Guardia remitirá lo actuado al órgano judicial competente para celebración de comparecencia y ulterior resolución del incidente.

En todo caso, quien inste la intervención del Juez de Guardia en los supuestos previstos en este apartado habrá de justificar debidamente su necesidad por resultar inaplazable y no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles. Deberá igualmente aportar cuanta información sea

³¹⁹ BOE 297, de 12 de diciembre de 2007

³²⁰ Artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias, podrán adoptar, a instancia de parte, las medidas urgentes en los asuntos no repartidos, cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave o irreparable”

relevante o le sea requerida sobre procedimiento en trámite que tengan conexión con el objeto de dicha solicitud”

Esta modificación trae su causa en la actuación de un letrado del Colegio de Barcelona, que instó ante un Juzgado de Instrucción de esta localidad, la adopción de una medida cautelar con la finalidad de dejar en suspenso la expulsión de un menor. El Juez inadmitió dicha petición al entender que no era competente para adoptar dicha medida sin embargo, elevó una consulta sobre tal cuestión a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia con sede en Barcelona. Ello motivó la modificación del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial mediante el Acuerdo ya referido de 28 de noviembre del 2007, donde en su exposición de motivos se alude al proceder del letrado y del Juez apuntando que al suscitarse

“ciertas dudas interpretativas derivadas de la generalidad de los enunciados reglamentarios, que han sido especialmente intensas en algunos supuestos en que se ha acudido directamente al Juzgado de Guardia para reclamar la adopción de medidas cautelares provisionalísimas al amparo del artículo 135 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contenciosa- administrativa, singularmente en aquellos casos en que se ha pretendido una tutela cautelar frente a acuerdos gubernativos de expulsión, devolución o retorno adoptados con arreglo a la legislación de extranjería que, ante la inminencia de su eventual ejecución coercitiva en días y horas inhábiles no consentía la necesaria demora hasta el siguiente periodo de audiencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para que fuese oportunamente dispensada por éstos”

De esta forma y con la finalidad, por un lado, de dar respuesta a estas situaciones que demandan una “tutela judicial inmediata en garantía de los derechos de los ciudadanos” y por otro, de “dotar de una mayor certeza a la regulación actual y atajar el peligro de una contraproducente dispersión de criterios en la actuación de los órganos judiciales encargados del servicio de guardia”, es por lo que se considera oportuno y adecuado reformar dicho artículo en el sentido aludido.

Nos encontramos así que, ante una resolución en la que se acuerde la denegación de entrada de un extranjero y consecuentemente su regreso al país de procedencia, el letrado que asiste a este extranjero en dependencias fronterizas puede instar, en lugar de interponer recurso de alzada, la adopción de una medida cautelarísima, que va a

consistir en dejar en suspenso tal regreso al amparo del artículo 135 de la LJCA³²¹. La tutela que otorga el nuevo artículo 45.2 se trata de una tutela excepcional y está sometida al cumplimiento de determinados requisitos: en primer lugar, ha de tratarse de cuestión *urgente e inaplazable*, exigencia que en el caso que nos ocupa queda acreditada por el hecho de que en la misma resolución denegando la entrada y acordando el regreso se comunica cuándo se va a producir el mismo, que normalmente suele ser en el mismo día o, al día siguiente³²², constituyendo por tanto, el regreso inminente una circunstancia de urgencia. El segundo requisito, alude a la necesidad de que la medida cautelarísima se solicite en días y horas inhábiles, es decir, en el periodo de tiempo en el que no puedan practicarse actuaciones ante los Juzgados de lo Contencioso toda vez que como señala el artículo, los Juzgados de Instrucción conocerán de estas cuestiones en *sustitución*. Y por último, habrá de acreditarse que no ha sido posible instar la suspensión de la ejecución del regreso ante el Juzgado competente para ello, esto es, el órgano contencioso-administrativo.

El letrado deberá formalizar la petición de la medida cautelarísima por escrito³²³, justificando la concurrencia de las circunstancias referidas en el artículo 130 de la LJCA, esto es, “que previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Además, deberá explicar las circunstancias concurrentes en el caso concreto y, claro está, las del propio extranjero y practicar una mínima prueba a través de la que se pueda acreditar el cumplimiento de los requisitos de entrada si bien, en este momento procesal no se conocerá sobre el fondo del asunto. El Juez de Instrucción podrá adoptar la

³²¹ Según redacción dada tras la modificación operada por Ley 37/2011.

³²² En el caso de que se prevea que este regreso tendrá lugar en un plazo superior a 72 horas, la autoridad gubernativa deberá dirigirse al Juez de Instrucción a fin de que determine el lugar donde deberá permanecer el extranjero hasta que se produzca dicho regreso y que ya analizaremos en el apartado correspondiente.

³²³ Artículo 136 de la LJCA: “En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes, el Secretario judicial convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior. De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido”.

medida cautelarísima dejando en suspenso el regreso, de forma provisional, sin audiencia a la parte contraria mediante Auto contra el que no cabrá recurso alguno y remitirá de forma inmediata dicha decisión al puesto fronterizo donde se encuentre el extranjero para que no se proceda al regreso y también, al Juzgado de lo Contencioso a fin de que sea este órgano el que, en el plazo de tres días hábiles, decida si mantiene o no la medida adoptada por el Juzgado de Instrucción. Si se mantiene la suspensión, se dejará sin efecto la ejecución de la resolución administrativa y al extranjero se le permitirá su entrada en territorio nacional; en caso contrario, se procederá de forma definitiva al regreso del extranjero al país de procedencia. Durante todo el periodo de tiempo que transcurre desde la solicitud de la medida cautelarísima hasta el momento en que se adopte la resolución definitiva por parte del Juzgado de lo Contencioso, el extranjero permanecerá en las dependencias del puesto fronterizo habilitadas para tal fin.

Desde la aprobación de dicho Acuerdo por parte del CGPJ, se ha interesado la adopción de las medidas cautelarísimas a los Juzgados de Instrucción en muchas ocasiones, habiéndose adoptado en otras tantas, resoluciones positivas, esto es, resoluciones acordando la suspensión de forma cautelarísima³²⁴, así como el mantenimiento de dicha medida por parte de los Juzgados de lo Contencioso³²⁵. Analizaremos aquí, algunas de estas resoluciones por la significación que su contenido tiene en la materia que nos ocupa:

Auto de 4 de febrero de 2012, del Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid: esta resolución es especialmente relevante toda vez que se trata de un menor no acompañado, de nacionalidad paraguaya, que al llegar a España se acuerda su regreso al país de procedencia sin que por parte de la Administración se comunique al Ministerio Fiscal tal circunstancia y desatendiendo que los padres del menor se encontraban en España, residiendo legalmente, circunstancia acreditada documentalmente. En este caso

³²⁴ Entre otros: Autos del Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid, de 5 de septiembre de 2014 y de 3 de julio de 2009; del Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid, de 16 de abril de 2011; del Juzgado de Instrucción nº 44 de Madrid, de 25 de marzo de 2011; del Juzgado de Instrucción nº 36 de Madrid, de 2 de diciembre de 2009.

³²⁵ Entre otros: Auto del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 10 de Madrid, de 12 de enero de 2015; del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 18 de Madrid, de 19 de abril de 2011; del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de Madrid de 19 de noviembre de 2009; del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 15 de Madrid, de 18 de junio de 2009; del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 4 de Madrid, de 29 de enero de 2009.

el Juzgado de Instrucción acuerda “revocar la resolución administrativa que deniega la entrada en territorio español del menor (...) y su devolución a la República de Paraguay. Se acuerda así mismo la puesta inmediata en libertad del referido menor y la consiguiente posibilidad de acceso al territorio español”. A la vista de esta resolución judicial así como las circunstancias que concurren, hemos de afirmar categóricamente que la resolución administrativa se había adoptado *contra legem*, toda vez que no solo obvió el hecho de que se trataba de un menor, debiendo haber comunicado tal circunstancia al Ministerio Fiscal, sino que se acordó su denegación de entrada y consiguiente retorno (en el auto se habla de *devolución*, pero es claro que se trata de un error y hace referencia a la institución del retorno o regreso y no a la devolución), a pesar del cumplimiento de los requisitos legales de entrada: no requiere de visado y las condiciones de estancia así como los recursos económicos igualmente se habían acreditado porque sus padres, ambos residentes legales en España contaban de alojamiento y medios económicos. Entendemos que no solo se adoptó una resolución administrativa ilegal sino que la misma también afectó al derecho a la libertad del menor no encontrándose por tanto, dicha privación de libertad (durante el tiempo que permaneció en el puesto fronterizo hasta que se acordó judicialmente su libertad) amparada conforme a ley y por ello, consideramos que si en lugar de interesar la adopción de una medida cautelarísima, se hubiera instado un procedimiento de *habeas corpus*, la solución hubiera sido la de estimar el mismo y apreciar la existencia de una detención ilegal y claro está, acordar inmediatamente la puesta en libertad del menor. Lo que sí sorprende es la parte dispositiva del Auto referido del Juzgado de Instrucción 51 de Madrid, en el que se acuerda literalmente “*revocar la resolución administrativa*”, sin embargo, resulta evidente que, como ya se ha señalado, los Juzgados de Instrucción, al amparo del acuerdo del CGPJ, aunque actúen en *sustitución* de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, no tienen competencia para revocar una resolución administrativa, siendo más apropiado entender que con tal expresión se aludía a dejar sin efecto el contenido de la misma, esto es la denegación de entrada y el regreso.

En cuanto a los autos dictados en el orden contencioso, señalaremos por su trascendencia, los siguientes:

El del Juzgado de lo Contencioso nº 3 de Madrid, de fecha 28 de marzo de 2011, en el que se confirma la medida urgente adoptada por el Juzgado de Instrucción,

permitiendo por tanto, al entrada de la extranjera a territorio español a quien se le aplicó, porque así correspondía, el régimen comunitario al tratarse de la madre de un ciudadano norteamericano familiar de residente comunitario, casado con una nacional austriaca con quien residía en España.

Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 11 de Madrid, de 10 de mayo de 2010. En este caso se sostiene que la resolución administrativa en la que se adopta la denegación de entrada y posterior regreso porque la extranjera incumple los requisitos de entrada motivándola en la expresión “no presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de estancia prevista y carecer de medios de subsistencia suficientes en relación con el periodo y las modalidades de estancia”, se trata de una resolución genérica en la que no se concreta qué tipo de documentos requiere o los medios económicos que debe acreditar; sin embargo sí constan los documentos que prueban las alegaciones efectuadas por la interesada para acreditar el cumplimiento de los requisitos de entrada y especialmente el objeto y condiciones de la estancia y por tanto, se acuerda la medida de permitir su entrada en territorio nacional.

Y finalmente el Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 22 de Madrid, de 9 de julio de 2009 que mantiene la medida acordada por el Juzgado de Instrucción nº 17 y acuerda la entrada en territorio nacional del extranjero, haciéndose referencia que a pesar de que la resolución judicial no entra a conocer el fondo del asunto, sí señala “la clara ilegalidad” de la resolución administrativa recurrida.

Como podemos observar, la utilización de este instrumento jurídico ha sido bastante habitual por parte de los letrados defensores por distintas causas, la primera porque conlleva la paralización inmediata del regreso del extranjero a su país de procedencia aunque se trate de una suspensión provisionalísima por razones de urgencia y el extranjero deba permanecer, en su caso y hasta que se pronuncie el Juzgado de lo Contencioso, en las dependencias fronterizas habilitadas para ello. Y la segunda causa, a nuestro entender la más importante, porque en este primer momento se produce ya un verdadero control judicial de la posible actuación discrecional de la Administración y no por los Juzgados de Instrucción que solo adoptan la medida cautelarísima por las razones de urgencia ya aludidas, sino y lo que es más importante, por parte de los órganos del orden contencioso, siendo los competentes en la materia y que adoptarán la

resolución definitiva, manteniendo o no dicha medida. Ello nos lleva a concluir lo que ya adelantábamos en apartados anteriores: la arbitrariedad de la actuación de la Administración en frontera y la adopción de resoluciones *contra legem*, revestidas de una aparente legalidad, en las que se aluden a motivos genéricos para sustentar la denegación de entrada del extranjero.

B.2 Problemas en la aplicación del Acuerdo del CGPJ y su resolución

No obstante lo anterior y el avance que ha supuesto la adopción de tal acuerdo, en el sentido de la consecución de la plena efectividad de los derechos de los extranjeros en frontera, especialmente en relación al derecho de defensa, hemos de indicar que no pocos problemas han surgido como resultado de su aplicación.

El primero de ellos es el referente al principio de jerarquía normativa y de reserva legal. El Acuerdo del Consejo de 28 de noviembre del 2007, reforma el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005 del CGPJ regulador de los Aspectos Accesorios de la Carrera Judicial, incidiendo de forma directa en la LOPJ y concretamente en los artículos 210 y 211 ³²⁶, en su redacción anterior a la reforma operada por LO 8/2012, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, y conforme a dicho Reglamento, se atribuye competencia a los Juzgados de Instrucción en materia contenciosa amparándose para ello en la figura de la *sustitución* ³²⁷. Los motivos que llevaron al CGPJ para atribuir esas competencias ya los apuntamos anteriormente, esto es, atender a situaciones urgentes e inaplazables “*extravagantes al orden jurisdiccional penal*” para asegurar la tutela judicial efectiva acudiendo a otro orden jurisdiccional ajeno al competente a la materia.

³²⁶ Estos artículos posibilitan las sustituciones de Jueces de otro orden jurisdiccional únicamente en los supuestos en que en una población no hubiere otro Juez de la misma clase o bien, existiendo varios Jueces del mismo orden jurisdiccional, se hubieran agotado las posibilidades de sustitución entre ellos.

³²⁷ A. TABOADA GARCÍA, entiende que esta sustitución sería procedente en los supuestos de ciudades donde sólo exista un Juzgado de lo Contencioso Administrativo como ocurre en Teruel o Ceuta pero no en ciudades como Madrid, Barcelona o Sevilla, donde el número de Juzgados de lo Contencioso es superior, “El servicio de guardia en el ámbito de lo contencioso administrativo. Sombras sobre la legalidad del Reglamento 1/2005 de 15 de septiembre del Consejo General del Poder Judicial”, Diario La Ley, núm. 7019, Sección Doctrina, 24 de septiembre del 2008, año XXIX.

Con este panorama nos hemos de plantear si es conforme a ley la atribución de estas competencias por vía reglamentaria. Algunos Jueces de Instrucción entendieron que no lo era habida cuenta de que se trataba de una materia de reserva de Ley Orgánica y se apoyaron en el artículo 6 de la LOPJ, en el que se establece que “los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”, para no aplicar el Acuerdo por el que se modificaba el artículo 45.2 del Reglamento y que afectaba como hemos visto, a sus competencias, extendiéndolas a materias contencioso-administrativas. Del mismo modo se entendió que dicho Acuerdo vulneraba al artículo 117, concretamente sus apartados 3 y 4: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

Ante tal situación un grupo de Jueces decidieron interponer recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo del CGPJ³²⁸, argumentando que

“la atribución reglamentaria del conocimiento por un órgano jurisdiccional de asuntos atribuidos legalmente y de conformidad con la LOPJ; a los órganos judiciales de otros órdenes jurisdiccionales, suponen la violación de esta legislación y de la reserva constitucional de Ley establecida por la Ce y por dicha LO. Sin que quepa excusar esa violación jurídica, por el hecho de producirse solo con ocasión de asuntos urgentes y en días y horas inhábiles, porque esto no lo autoriza la Constitución ni la Ley ni puede reputarse como un aspecto puramente accesorio o secundario en el ejercicio de la función judicial³²⁹.

Y consecuentemente, consideran que el Acuerdo que se recurre infringe los artículos 117.3 y 4 y el 122.1 de la CE, artículos 9, 110.2 y 84 y ss de la LOPJ.

³²⁸ Recurso 9/2008.

³²⁹ Fundamento Jurídico Primero de la STS, Sala Tercera, Sección Octava de 6 de octubre del 2009, por la que se resuelve el recurso interpuesto contra el acuerdo del CGPJ de 28 de noviembre del 2007.

Pues bien, dicho recurso se resolvió mediante STS de 6 de octubre del 2009 acordándose la legalidad del Acuerdo, al concluir en su Fundamento de Derecho Cuarto que “corresponde al CGPJ, la organización del servicio de guardia y que la LOPJ, permite la sustitución de jueces de un orden jurisdiccional por otro de un orden diferente, cuando se agoten las posibilidades de sustitución entre ellos (...)”. Conforme a ello, entiende el Tribunal Supremo que nada impide a que el Consejo atribuya, mediante el Reglamento, competencias a los Juzgados de Instrucción correspondientes a los Juzgados de lo Contencioso, en funciones de sustitución, en determinados supuestos excepcionales que son los que se recogen en el artículo 45.2 del Reglamento esto es, en supuestos de urgente e inaplazable necesidad y en días y horas inhábiles. Continúa diciendo el TS que la razón de ello

“es que no se puede exigir a los titulares de aquellos otros órganos judiciales- en el caso concreto, los contenciosos-administrativos-, que estén disponibles todos los días y horas del año. Corrobora lo expuesto el hecho de que el apartado c) del artículo 42.5 del Reglamento, cuando regula la adopción por el Juzgado de Guardia de las medidas cautelarísimas del artículo 135 de la LJCA, dice que éste remitirá lo actuado al órgano judicial competente para la celebración de la ulterior comparecencia y resolución del expediente, lo que carecería de razón de ser si el precepto reglamentario discutido fuera una norma atributiva de competencia (...)”

Así las cosas y resuelta la cuestión de la legalidad del Acuerdo y por ende del artículo 45 del Reglamento, los Jueces de Instrucción han aplicado el mismo y prueba de ello es el número de Autos que se han dictado sobre la materia objeto de la discusión.

El segundo de los problemas que surge es en relación a la propia resolución que se recurre. Las resoluciones que acuerdan la denegación de entrada y retorno y en su caso, devolución no ponen fin a la vía administrativa, esto es, no cumplen con los requisitos de acceso a la vía contenciosa. Tal circunstancia, por tanto, pudiera constituir una causa de inadmisibilidad del recurso contencioso y por ello, de la medida de suspensión interesada. Sin embargo, la cuestión se resuelve aplicando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y especialmente la STC 218/1994, de 18 de julio de 1994, en la que se afirma categóricamente

“la trascendencia constitucional de las medidas cautelares y su relación con los derechos fundamentales y las libertades públicas consagrados en el texto constitucional y, especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1. La doctrina jurisprudencial que ha ido consolidándose parte de la premisa de que la “tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 14/1992 Fundamento Jurídico Séptimo).

La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde (...) a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 C.E.) desprovisto de eficacia" (STC 238/1992, fundamento jurídico 3.). Es más, en esta misma Sentencia se añade que el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria, "pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva". (Fundamento Jurídico 3).

De esta forma, *la justicia cautelar, en el proceso contencioso administrativo*³³⁰, se impone con carácter preferente “estableciendo límites a las prerrogativas exorbitantes de las administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad revisora o de control de las actuaciones administrativas que establece el artículo 106.1 de la Constitución” (Auto del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 11 de Madrid de 10 de mayo de 2010) en el que se resuelve entre otras cuestiones, la causa e admisibilidad alegada por el Abogado del Estado por tratarse de una resolución que no pone fin a la vía administrativa.

3.4. Consecuencias de la denegación de entrada y su incidencia en el derecho a la libertad individual reconocido en el artículo 17 de la CE

Los extranjeros a quienes en frontera se les deniegue la entrada por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 26.2 de la LO, estarán obligados a regresar a su

³³⁰ La cursiva es nuestra.

punto de origen (artículo 60 LO 4 /2000), regreso que se ejecutará de forma inmediata y en todo caso, dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiese acordado.

Analicemos todo ello con detenimiento. En primer lugar, apuntar que la principal consecuencia -de la denegación de entrada- radica en la obligación que se le impone al extranjero de *regresar a su punto de origen*. La introducción de la expresión *regresar*, que ha sido llevada a cabo por LO 2/2009, sustituye a lo que anteriormente conocíamos como *retorno*, si bien el significado jurídico de dicha expresión sigue siendo el mismo y así y como señalan MOYA MALAPIERA Y HERNÁNDEZ CALERO, dicha modificación no tiene otra finalidad que evitar la confusión que pudiera surgir con la figura jurídica que se regula en la Directiva 2008/115/CE, denominada Directiva de retorno y que se aplica en los supuestos de expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular³³¹. De esta forma se estaría diferenciando tanto conceptualmente como nominalmente ambas figuras: por un lado, la consecuencia de la denegación de entrada/regreso (anteriormente a la reforma referida, retorno) y la expulsión y su equivalente en la legislación europea: el retorno (entendida como sanción impuesta por la comisión de una infracción como es la situación irregular de extranjeros en territorio Schengen). Figura- la del retorno- que ya analizamos de forma minuciosa en el capítulo primero de este trabajo, tanto la Directiva como su ámbito de aplicación y su distinción con el *retorno-regreso* al que se alude en nuestra legislación.

Aunque el *regreso* del extranjero supone una consecuencia y se adopta tras la denegación de entrada a territorio español, al igual que ésta, no tiene un carácter sancionador y normalmente ambas se acuerdan en la misma resolución administrativa, siendo objeto, por tanto, de los recursos ya señalados³³². Además el regreso habrá de realizarse al lugar del que proceda extranjero que no tiene por qué coincidir con el país

³³¹ D. MOYA MALAPIERA y D. HERNÁNDEZ CALERO, “Los controles en frontera: denegación de entrada, orden de regreso y devolución”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el RD 557/2011 y la Ley 12/2009*, cit. págs. 192 a 226, concretamente, pág. 212.

³³² Es decir, dicha resolución administrativa, si bien es única, responde a dos momentos: “el policial, impidiendo la entrada al extranjero, que llegando por vía marítima o aérea, ya se encuentran fácticamente en nuestro territorio y el gubernativo, decretando el retorno propiamente dicho”. P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 81.

de origen, debiendo la compañía transportadora hacerse cargo “inmediatamente del extranjero al que se le haya denegado la entrada y serán a cuenta de ella todos los gastos que se deriven del transporte para su regreso al Estado a partir del cual haya sido transportado (...) o cualquier otro donde esté garantizada su admisión(...)”³³³. (Artículo 15.5, párrafo segundo del RD 557/2011).

En segundo lugar, el artículo 60 de la LO de Ex, dispone que los extranjeros (...) *estarán obligados a regresar*, y la resolución que acuerde la denegación de entrada, “conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible” y por su parte, el artículo 15.3 del Reglamento señala que el “regreso se ejecutará de forma inmediata y en todo caso, dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiere acordado” (plazo de 72 horas que también se contempla en la LOEx). En el supuesto de que no pudiera llevarse a cabo dentro de ese periodo de tiempo, “la autoridad gubernativa o, por delegación de ésta, el responsable del puesto fronterizo habilitado, se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine, en su caso, el lugar donde haya de ser internado”. (Artículo 60 LOEx en relación con el 15.3 del RD 557/2011).

Nos encontramos pues con dos situaciones, una, en la cual el extranjero, cuya voluntad es la de entrar en territorio español y sin embargo se le impide, y que al mismo tiempo es compelido a regresar al punto de origen, debiendo, hasta que dicho regreso se ejecute, permanecer forzosamente en el puesto fronterizo- concretamente en las *instalaciones destinadas al efecto* (artículo 15.4 del mismo texto legal). Y la otra situación, que se produce en el supuesto de que dicho regreso no pudiera llevarse a cabo en el plazo establecido legalmente-esto es, 72 horas- en cuyo caso el Juez determinará el lugar donde deberá permanecer o estar internado hasta tanto en cuanto se lleve a efecto dicho regreso. Pues bien, en ambas situaciones, la libertad personal del extranjero va a resultar afectada, en el primer supuesto, por una resolución administrativa y en el segundo, por una decisión judicial. Analizaremos ahora sólo el supuesto en el que el extranjero permanecerá en frontera, amparado, en primer lugar, por el plazo de 72 horas (detención gubernativa) y en segundo lugar, en el caso de que se mantenga en tales

³³³ En cuanto a las obligaciones que tienen que asumir las compañías transportadoras así como al análisis e interpretación de los distintos preceptos legales relacionados (artículo 16 del RD 557/2001), nos remitimos al Capítulo primero de esta obra, al haber considerado más apropiada allí su ubicación al tratar de la incidencia de la normativa comunitaria en la legislación interna en materia de extranjería.

dependencias, en virtud de la suspensión cautelarísima acordada por el propio Juzgado, que igualmente ampara su privación de libertad y su permanencia en el puesto fronterizo hasta que se acuerde la suspensión definitiva puesto que supondrá su entrada en territorio nacional. El supuesto en el que no se acuerde tal suspensión y deba procederse a la ejecución del regreso, en tanto en cuanto seguirá privado de libertad hasta que se ejecute la resolución administrativa, si esta fuera superior a las 72 horas, será examinado en el capítulo siguiente, cuando analicemos los supuestos de devolución, toda vez que en el caso estudiado, el regreso, existen menos dificultades para su ejecución inmediata, entre otros motivos, porque el extranjero tiene documentación que le identifique y se encuentra determinado tanto el lugar de procedencia como la responsabilidad de la compañía transportadora.

Como ya vimos, al examinar la STC 107/84 y conforme a la clasificación de los distintos derechos, en base al criterio de la dignidad humana, criterio seguido por el Tribunal Constitucional en Sentencias posteriores³³⁴, los derechos contenidos en el artículo 17.1 de la CE (derecho a la libertad personal y a la seguridad) son derechos inherentes a la dignidad humana y por tanto, sus titulares podrán ser los extranjeros quienes los ejercerán en igualdad de condiciones con los nacionales sin que pueda establecerse para dicho ejercicio condición alguna; cuestión esta que doctrinalmente hablando tampoco resulta discutida, habiendo sido admitido que dicho precepto se refiere a la totalidad de las personas *físicas, sin discriminación alguna*³³⁵. Pues bien, habiendo quedado determinado de forma clara que los extranjeros se encuentran protegidos por el derecho contemplado en el artículo 17 CE hemos de dilucidar la cuestión de si en la primera situación que hemos señalado, se atenta contra el derecho a la libertad individual de los extranjeros.

³³⁴ Entre otras podemos señalar las SSTC 99/85 de 30 de septiembre, 115/87 de 7 de julio, 242/94 de 20 de julio, 72/2005 de 4 de abril y 236/07 de 7 de noviembre.

³³⁵ J. GALVEZ MONTES.: “Artículo 17. Seguridad personal”, *Comentarios a las Leyes políticas: Constitución de 1978- Tomo II. Artículos 10 a 23*, VVAA, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, EDERSA, Madrid, 1984, págs. 377 a 422, concretamente pág. 381: “En su inciso primero, el artículo 17.1 de la C. española establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Se ofrece así la máxima amplitud en cuanto al factor subjetivo se refiere, ya que el antecedente o supuesto normativo comprende la totalidad de personas físicas, sin discriminación alguna. La norma considerada se refiere tanto a los españoles como a los extranjeros (...)”

Así las cosas y en tanto en cuanto al ciudadano extranjero se le impide entrar a territorio nacional siendo su voluntad precisamente la contraria y consecuentemente con ello, se le obliga a volver al lugar de procedencia, debiendo permanecer, hasta que dicho regreso se lleve a efecto (siempre dentro del periodo de las 72 horas aludidas) en un lugar determinado, que en el supuesto concreto son las dependencias fronterizas; entendemos que su libertad de movimientos está siendo restringida y por tanto, en esta situación, su derecho a la libertad se encuentra afectado toda vez que el artículo 17 de la CE, consagra la libertad física individual protegiendo a su titular frente a cualquier privación arbitraria. Evidentemente como nos encontramos ante un derecho que no es absoluto y que admite por tanto restricciones, debemos analizar si esta privación de libertad es una privación amparada legalmente o por el contrario, si lesiona tal derecho fundamental, especialmente porque nos hallamos frente a una medida privativa de libertad gubernativa y no judicial. Que nos encontramos ante una detención gubernativa resulta claro y ello se desprende del propio texto legal que regula la denegación de entrada y sus consecuencias y así en el artículo 60. 4 de la LOEx, se recoge literalmente que “*la detención de un extranjero a efectos de proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país*”³³⁶. De igual forma el Reglamento de ejecución, aprobado por RD 557/2011, en su artículo 15.2 relativo también a la denegación de entrada, utiliza la expresión que el *extranjero que se hallase privado de libertad* y finalmente en el apartado 4 del mismo precepto se establece que “la permanencia del extranjero en estas instalaciones tendrá como única finalidad garantizar, en su caso, su regreso al lugar de procedencia o la continuación de su viaje hacia otro país donde sea admitido. La limitación de la libertad ambulatoria del extranjero responderá exclusivamente a esta finalidad en su duración y ámbito de extensión”.

En el mismo sentido se han pronunciado distintos autores quienes entienden que en el supuesto del regreso se contemplan dos situaciones de privación de libertad: la detención administrativa, durante un plazo de 72 horas y el internamiento judicial, previa solicitud de la autoridad gubernativa cuando no se pudiera llevar a cabo en dicho

³³⁶ Redactado por LO 2/2009 de 11 de diciembre

intervalo de tiempo³³⁷. Otros autores, como GARCÍA RIVAS que incluso, en esta materia, califica la privación de libertad como *retención*, señala que coincide con el plazo previsto como máximo en el artículo 17.2 de la CE y consecuentemente con ello, a partir de ese momento el extranjero sólo podrá permanecer privado de libertad en virtud de una resolución judicial³³⁸. REQUEJO RODRÍGUEZ, dando un paso más allá y, citando a CONDE-PUMPIDO TOURÓN, admite la existencia de una detención cautelar mientras se instruye la devolución (y entendemos que también el regreso) y por tanto, el detenido tendría los derechos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal le reconoce, además del habeas corpus³³⁹.

Si bien las garantías establecidas para las detenciones que se recogen en el artículo 17.2, *a priori*, se determinaron pensando en el ámbito penal, no es menos cierto que también son plenamente aplicables al supuesto de detención administrativa ante la que nos encontramos. Así para que podamos hablar de una privación de libertad dentro de los parámetros de la legalidad, tiene que hallarse amparada, a nuestro entender en dos motivos, el primero, que efectivamente el extranjero no cumpla con los requisitos de entrada en territorio español, evitando así la entrada ilegal y el segundo, que dicha limitación a la libertad ambulatoria tenga como única finalidad el regreso del ciudadano al lugar de procedencia, debiéndose llevar a cabo todas las actuaciones tendentes a tal regreso en el plazo mínimo indispensable para ello y en todo caso, dentro del plazo de 72 horas, puesto que de lo contrario, nos encontraríamos ante una detención ilegal. Es cierto que como señala nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad personal no conlleva el derecho a entrar en España y quienes no son españoles carecen del derecho fundamental a entrar (artículo 19 de la CE) pero entendemos que sí podrán ejercerlo en la medida que cumplan con los requisitos establecidos por las leyes y por tanto, en el caso de que cumplieran dichos requisitos y se les denegara su entrada en España, nos podríamos encontrar ante una detención no amparada constitucionalmente habida cuenta de que la privación de libertad ambulatoria “por parte de la policía

³³⁷ A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ y P. AGUELO NAVARRO, *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 108.

³³⁸ N. GARCÍA RIVAS, “Artículo 60. Retorno”, en *Comentarios a la Ley de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 1279 a 1285, concretamente pág. 1280.

³³⁹ P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 82 (nota al pie)

española, debe estar dirigida exclusivamente a impedir la entrada ilegal en España y sirve, por tanto, a una finalidad lícita”³⁴⁰.

³⁴⁰ Auto del TC 55/1996 de 6 de marzo. Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto y STC 86/96 de 21 de mayo.

CAPÍTULO TERCERO

DEVOLUCIONES EN FRONTERA

LA QUIEBRA DEL SISTEMA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra legislación de extranjería regula otra figura jurídica, la devolución, que también permite a la Administración acordar la vuelta inmediata al país de procedencia al extranjero que se encuentre en frontera, si bien en situaciones distintas a las contempladas para la denegación de entrada. Se erige así, la devolución junto con el visado y la denegación de entrada/regreso, en el tercer mecanismo de control de los flujos migratorios y de alejamiento de extranjeros de nuestras fronteras

La devolución ha sido y aún es, una figura un tanto confusa en cuanto a su regulación y naturaleza y actualmente objeto de una gran polémica habida cuenta de que su tratamiento se ha visto afectado por la reciente modificación operada por la aprobación de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana³⁴¹ que afecta manifiestamente al sistema de garantías jurídicas y especialmente al ejercicio del derecho a la defensa que ampara al extranjero que se encuentra incurso en los supuestos que conllevan su devolución. Pero también a su derecho a la libertad individual. Tales circunstancias motivan el tratamiento autónomo de esta figura jurídica.

II. CONFIGURACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA DEVOLUCIÓN

2.1 Modificaciones operadas en el tratamiento legislativo de la devolución desde la LO 7/85 hasta su actual configuración

Creemos conveniente abordar, en primer lugar, las transformaciones legales que se han llevado a cabo en torno a la figura de la devolución desde la primera Ley de extranjería

³⁴¹ LO 4/2015, de 30 de marzo de Protección de la Seguridad ciudadana, BOE 77, de 31 de marzo.

hasta la actualidad y ello porque dichos cambios han provocado una importante controversia acerca de su carácter sancionador. La atribución o no de este carácter sancionador incide de forma directa en la efectividad del derecho a la defensa del extranjero y de ahí la importancia de determinar claramente cuál sea su naturaleza jurídica.

La devolución fue ya introducida en nuestra legislación de extranjería por vez primera en la LOEx 7/85³⁴², concretamente en el artículo 36, donde se contemplaba la aplicación de dicha medida para dos supuestos: extranjeros que habiendo sido expulsados contravinieran la prohibición de entrada o se encontraran en España contraviniendo dicha prohibición³⁴³ y para aquellos que hubieran entrado ilegalmente en el país. En estos supuestos se procede a la devolución del extranjero sin necesidad de iniciar un procedimiento de expulsión. Sin embargo, el primer Reglamento de ejecución de la LO del 85, aprobado por RD 1119/86 de 26 de mayo, en su artículo 86 señalaba que en el caso de que no se llevara a cabo la salida de los extranjeros, “(...) los Gobernadores civiles dispondrán la ejecución de las órdenes de devolución de extranjeros (...) en la forma prevista para las expulsiones (...)”; precisión esta que también se mantiene en el Reglamento 115/96 de 2 de febrero, en vigor hasta el 2001. Entendemos que tal previsión se aplicaría tan solo para aquellos que hubieran entrado ilegalmente y permanecieran en territorio español o bien para los que ya hubieran entrado, contraviniendo la prohibición de entrada toda vez que, para los extranjeros que hayan sido interceptados en frontera, dicha devolución se ejecutaría de forma inmediata, sin iniciar procedimiento administrativo alguno y, por ende, sin ningún tipo de garantía jurídica n procedimental: trámite de audiencia, alegaciones y/o interposición de recursos... Y por supuesto sin asistencia letrada, en definitiva, privando al extranjero del ejercicio del derecho fundamental a la defensa.

³⁴² Su antecedente inmediato lo encontramos en el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852 y, aunque no se utiliza la expresión *devolución*, sí que se contemplaba la adopción de esta medida de alejamiento para la entrada ilegal, regulándose como un delito de desobediencia grave el quebrantamiento de una orden de expulsión. D. MOYA MALAPIERA, “La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español”. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 62, 2002, págs. 189 a 259, concretamente, pág. 194.

³⁴³ Este inciso conforme al artículo 85.1 a) del RD 1119/86 de 26 de mayo.

En cuanto a la entrada ilegal, si bien era constitutiva de infracción³⁴⁴, a diferencia de lo que ocurrirá en posteriores regulaciones sobre la materia, no conllevaba como sanción, la prohibición de entrada ni el reinicio del plazo de prohibición de entrada quebrantada. Tampoco era procedente acordar el internamiento en estos casos, es decir, que si no se ejecutaba la devolución en el plazo de 72 horas, los extranjeros debían ser puestos inmediatamente en libertad³⁴⁵.

La LO 4/2000 antes de la reforma por LO 8/2000, no contemplaba como tal la figura de la devolución y no lo hacía entendemos porque la confundía con la expulsión del territorio nacional. De esta forma, no solo no se alude expresamente a tal medida sino que tipifica como graves los supuestos que conforme a la LO 7/85, eran objeto de devolución, sancionándolos con multa o expulsión³⁴⁶. Sin embargo, el artículo 54, en aparente contradicción con lo expuesto, en su apartado segundo, indica que precisamente para los supuestos de aquellos extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en España o los que habiendo sido expulsados, contravengan una prohibición de entrada, no será necesario un expediente de expulsión, sino que serán “retornados”. Crea así una figura jurídica nueva, el retorno³⁴⁷, que entendemos no hace más que aumentar la confusión aludida puesto que dicho retorno también se va a aplicar con ocasión de la entrada de extranjeros por puestos habilitados (entrada legal) y, que sin embargo no cumplan los requisitos legales para ello.

No obstante y a pesar de tal confusión, pareciera, a la vista de la redacción literal del artículo 49 d) y del 54.2, en relación con el 53.1, que se hace una distinción entre “la entrada” de extranjeros de forma ilegal, como hecho ya consumado y los que “pretendan

³⁴⁴ La entrada por puestos no habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada se incluía en el CAPITULO VI bajo el título de *Infracciones y sanciones*.

³⁴⁵ Artículo 123.4 del RD 155/96 de 2 de febrero.

³⁴⁶ Artículo 49 d) de la LO 4 / 2000 de 11 de enero, en su primera redacción: “son infracciones graves (...): d) La entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstas (...)” Y el artículo 53.1: “Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como (...) graves del artículo 49 apartado d) (...), podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio española, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo (...)”

³⁴⁷ M^a. A. BERTRÁN DAMIÁN, “Comentario al artículo 54 de la LO 4/2000”, en “*Comentarios a la Ley de Extranjería*”, VVAA, dirigidos por J. ASENSI SABATER, EDIJUS, Zaragoza, 2000, págs. 309 a 312, concretamente, pág. 310.

entrar ilegalmente”, y si bien se prevé para ambos supuestos la aplicación de la medida de “retorno”, el procedimiento sería distinto o mejor dicho, se establece el procedimiento de expulsión para el artículo 49 d), esto es, “la entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles por los lugares que no sean los pasos habilitados” y no se contempla procedimiento alguno, en el segundo caso, esto es, para aquellos que “pretendan entrar contraviniendo las prohibiciones expresas” o fueren interceptados en la frontera tratando de “entrar ilegalmente” (supuestos de devolución *strictu sensu*). Sólo de esta forma podría entenderse la aparente contradicción a la que hemos aludido.

Se contempla también, por primera vez, el reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada que se hubiere acordado en la expulsión (artículo 54) así como la posibilidad de internamiento de aquellos extranjeros que pretendan entrar ilegalmente y cuyo “retorno” no pueda llevarse a cabo en el plazo de setenta y dos horas, internamiento que habrá de ser autorizado judicialmente (artículo 56 LO Ex 4/2000).

La reforma operada por LO 8/2000 de 23 de diciembre modifica el artículo 57 relativo a los efectos de la devolución y la expulsión pasando a ser el número 58, manteniendo que no será necesario iniciar un expediente de expulsión para la “devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada y b) los que pretendan entrar ilegalmente en el país”.

En cuanto a las novedades introducidas, la primera, indicar que se abandona la expresión de “retorno”, regresando a la figura de la “devolución”, diferenciándose así de la medida de retorno propiamente dicha para los casos de denegación de entrada por no cumplir con los requisitos para ello. La segunda, se introduce otra excepción a la ejecución de la devolución, a la ya contemplada desde la LO 7/85, (extranjeros peticionarios de asilo), ahora respecto de las mujeres embarazadas cuando tal medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Se mantiene tanto la posibilidad de internamiento como el reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada para los extranjeros expulsados que contravengan la prohibición de entrada si bien no se regulan dichas conductas como constitutivas de infracción habiendo desaparecido del actual artículo 53.

El RD 864/2001 de ejecución de la LO 4/2000 tras su reforma por LO 8/2000, aborda de una forma más detallada la figura de la devolución, estableciendo que se considerará contravenida la prohibición de entrada no solo cuando sea acordada por España sino también por cualquier Estado con los que España haya suscrito un acuerdo en tal sentido. Del mismo modo, menciona lo que deba entenderse por *extranjeros que pretendan entrar ilegalmente*, considerando como tales a aquellos que “sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada” (artículo 138).

Entendemos que con tal precepto se amplían los supuestos en los que procedería la devolución habida cuenta de que ahora no solo se aplicaría al intento o entrada irregular sino también al supuesto de que el extranjero se encuentre ya en territorio español en *ruta o en tránsito*. Cabría preguntarse por tanto, qué medida habría que adoptar respecto de un extranjero que habiendo entrado en España ilegalmente sin embargo haya permanecido en el territorio nacional por un periodo superior a tres meses y por ejemplo, se hubiera empadronado, es decir, que no se encontrara *en ruta o en tránsito*³⁴⁸. ¿Devolución o la expulsión del artículo 53.1 a), esto es, encontrarse irregularmente por haber permanecido más del tiempo que le habilitaba para su estancia y/o residencia legal? Técnicamente hablando y a la vista de ambos preceptos hemos de concluir que nos encontramos ante un vacío legal si bien entendemos que debería aplicarse el procedimiento establecido para la expulsión puesto que en el mismo se recogen unas mayores garantías que si se procediera a la devolución del extranjero aunque claro está, en este caso, la expulsión, medida que posee un carácter claramente sancionador, conllevaría bien la sanción de multa, bien la de prohibición de entrada. No obstante, la cuestión ha sido resuelta: nuestro Tribunal Supremo declaró nulo el inciso del artículo 138 del RD 864/2001 *o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta*³⁴⁹, al estimar que el Reglamento lleva a cabo una interpretación no acorde con el

³⁴⁸ El Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de diciembre de 2005 (Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso), en el caso de un extranjero que había entrado ilegalmente- a través de Tánger- y que fue detenido tras su permanencia en territorio español por un mes y medio, cuando se dirigía a Murcia; anuló la Sentencia dictada por el TSJ de Murcia, al considerar que en la misma se acordaba la imposición de la sanción de expulsión en lugar de haberse acordado la devolución, toda vez que esta era la medida procedente. Señalando que en el caso de que hubiera permanecido de forma irregular más de noventa días, entonces sí, hubiera sido conforme a derecho acordar la expulsión de territorio nacional a pesar de haber entrado ilegalmente, esto es, fuera de los puestos habilitados para ello.

³⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1924/03, Sala de lo Contencioso, Sección Sexta de 20 de marzo del 2003

precepto legal de referencia, esto es, la propia Ley Orgánica, extendiendo los supuestos de entrada ilegal a otros *-en tránsito o ruta-* que no se encuentran amparados por dicha LO toda vez que se aplicaría además, en estas situaciones, “un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos” (Fundamento de Derecho Decimotavo). De esta forma el Tribunal Supremo “pone de manifiesto cómo la potestad reglamentaria del Gobierno, no sólo no respeta el principio de legalidad, sino que afecta al ejercicio de derechos fundamentales o derechos vinculados directamente a derechos constitucionales o que forman parte de su contenido”³⁵⁰.

No queda ahí la extralimitación del RD 864/2001: el artículo 127.2 c) establece que “se podrá acordar el internamiento de extranjeros cuando concurren algunos de los siguientes supuestos: (...) c) Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en este Reglamento”, es decir, se “extiende la posibilidad de internamiento a todos los supuestos en que se haya dictado acuerdo de devolución, mientras que el artículo 58.5 de la Ley de extranjería solo admite que el internamiento se produzca en los supuestos de expulsión por contravenir la prohibición de entrada”. Ello significa que “la norma la norma reglamentaria contraviene manifiestamente la ley, tanto por extender el internamiento a supuestos no previstos legalmente, como por confundir las figuras de devolución y expulsión”³⁵¹. En el Fundamento Jurídico Catorce, el Tribunal Supremo declara expresamente que “extender por vía reglamentaria una medida cautelar que afecta al derecho a la libertad a supuestos no previstos legalmente resulta contrario al ordenamiento jurídico” y por tanto, declara nulo tal precepto reglamentario.

En cuanto a la expresión *en sus inmediaciones*, es decir, si debe acordarse la medida de devolución en el caso de que los extranjeros hayan sido interceptados en las inmediaciones de la frontera sin cumplir con los requisitos de entrada, el mismo

³⁵⁰ J.M. GOIG MARTÍNEZ, “Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España. Comentario a la STS de 20 de marzo del 2003”, en *Teoría y realidad constitucional*, núms. 12-13, 2º semestre 2003- 1er semestre 2004, págs. 631-654, concretamente pág. 642.

³⁵¹ J.M. GOIG MARTÍNEZ, cit., pág. 646.

Tribunal en Sentencia posterior³⁵², aunque no anula tal expresión, la interpreta en el sentido de que procede acordar la devolución de aquellos extranjeros que se encuentren en las inmediaciones de la frontera siempre que hayan entrado en las mismas condiciones, esto es, ilegalmente y hayan sido “objeto de una actuación positiva, activa e ininterrumpida, por parte de las autoridades españolas, iniciada antes de su entrada en el país o inmediatamente después” con la finalidad de lograr su interceptación.

Lo más relevante es que a pesar de que no se regula procedimiento alguno, similar al que se establece para la expulsión, sí se contempla ya la obligatoriedad de que los extranjeros en estas situaciones, esto es, cualquiera de los dos supuestos que dan lugar a la devolución, tendrán derecho, desde el momento inicial en que se produzca su detención, a la asistencia jurídica gratuita y a un intérprete.

La LO 14/2003 de 20 de noviembre, introduce una importante modificación en la figura de devolución, imponiendo, por primera vez, la sanción de prohibición de entrada- por un plazo máximo de tres años- en los supuestos de entrada ilegal: apartado b) del artículo 58.5. Tras esta reforma el nuevo Reglamento de ejecución, aprobado por RD 2393/04, de 30 de diciembre, contempla un procedimiento a seguir en los supuestos de extranjeros que traten de entrar ilegalmente. Aunque no se trata, como analizaremos posteriormente y al igual que ocurre con el procedimiento de *denegación de entrada*, de un procedimiento administrativo *strictu sensu*, se regula la actuación que debe seguir la Administración en estos supuestos y así el artículo 157 en el apartado segundo, señala que “las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado encargados de la custodia de las costas y fronteras, que hayan interceptados a los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, para que pueda procederse a su identificación y en su caso, a su devolución, los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía”; reconociéndose el derecho de la asistencia jurídica gratuita y en su caso, de intérprete. Posteriormente y aunque el artículo 58 de la LOEx sufrió una nueva modificación por LO 2/2009, la misma no afectó a la devolución propiamente dicha, sino a los efectos de la expulsión que se contemplan también en este precepto legal.

³⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección Sexta de 13 de octubre del 2003.

Con el actual Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, en vigor, nos encontramos con una regulación un poco más amplia en comparación con las legislaciones anteriores y si bien se mantienen los dos supuestos en los que procede la devolución, así como las excepciones, se dispone que el acuerdo de devolución deberá acordarse mediante la resolución administrativa correspondiente (extremo este obvio y que sin embargo con carácter anterior no se contemplaba), contra la que se podrá interponer recurso. Igualmente, se mantienen las sanciones de prohibición de entrada y/o reinicio del cómputo de la prohibición de entrada- para aquellos extranjeros que hubieran entrado en territorio español contraviniendo la prohibición de entrada acordada con anterioridad- y en el caso de que no pueda llevarse a cabo la devolución en el plazo de 72 horas, se solicitará a la autoridad judicial, la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

Como novedades podemos señalar dos: la primera, el establecimiento de un plazo de prescripción de la devolución y la segunda, la posibilidad de revocar la orden de devolución acordada cuando el extranjero haya solicitado una autorización de residencia por circunstancias excepcionales y siempre que a la vista de dicha solicitud así como del expediente y de los documentos que obren en el mismo, sea procedente la concesión.

Finalmente y a pesar de la actual vigencia tanto de la LOEx, en su redacción dada por LO 2/2009, como del RD 557/2011, tras una Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional³⁵³, se declara la inconstitucionalidad del artículo 58.6 b), relativo a la imposición de la sanción de prohibición de entrada a territorio español por un plazo máximo de tres años en el caso de que la devolución fuere acordada en el supuesto de entrada ilegal³⁵⁴.

³⁵³ Sentencia del TC, número 17/2013 de 31 de enero.

³⁵⁴ Del mismo modo, se entiende inconstitucional el inciso segundo del artículo 22.5 del RD 557/2011.

2.2. Naturaleza jurídica de la devolución

En lo referente a la devolución, como hemos podido comprobar, la constante en la normativa ha sido siempre que en todo caso, no cabe el inicio de expediente de expulsión en los supuestos de los extranjeros que traten de entrar ilegalmente en territorio español o bien que pretendan hacerlo o hayan entrado, infringiendo una prohibición de entrada previamente impuesta. Sin embargo ello no constituye indicación alguna que nos permita determinar cuál sea su naturaleza jurídica. A lo que hemos de añadir que, realmente, nos encontramos ante “dos situaciones bien distintas que se denominan del mismo modo”³⁵⁵. Consecuentemente con ello y a la vista de los distintos cambios que ha sufrido la regulación en esta materia, que no han hecho más que añadir confusión, con la finalidad de esclarecer en lo posible, cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de la devolución y determinar qué derechos y garantías protegen al extranjero en tales situaciones, creemos conveniente diferenciar y analizar por separado los distintos supuestos en los que procede acordar tal medida³⁵⁶.

2.2.1. Extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada³⁵⁷, en cuyo caso se reiniciará el cómputo del plazo de prohibición de entrada acordada en la expulsión quebrantada.

Doctrinalmente hablando, este motivo de devolución ha sido considerado como una “reejecución forzosa” de una resolución administrativa anterior, es decir, se trata de ejecutar nuevamente un acto administrativo que ha sido incumplido y que en el caso concreto, viene determinado por la prohibición de entrada que conlleva toda sanción de

³⁵⁵ J.L. RODRIGUEZ CANDELA, “Medidas de alejamiento del territorio nacional: denegación de entrada-retorno, devolución y expulsión por estancia irregular”, *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas del s.XXI*, VVAA, coord. M. BALADO RUÍZ-GALLEGOS, Bosch, 2008, págs. 487 a 506, concretamente pág. 491.

³⁵⁶ Son distintos los autores que consideran conveniente diferenciar *los dos supuestos que provocan la adopción de tal medida*: P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 73 y D. MOYA MALAPIERA: “(...) cada uno de los supuestos habilitantes de la evolución, vulneración de la prohibición de entrada y pretensión de entrada ilegal tienen una naturaleza distinta”, “La devolución de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 62, 2002, pág. 204.

³⁵⁷ O bien que la entrada la tengan prohibida en virtud de Convenios internacionales en los que España sea parte.

expulsión³⁵⁸. Puede ser considerada por tanto, como el mecanismo del que se vale la Administración frente al quebrantamiento por parte del extranjero de una prohibición de entrada, acordada con anterioridad³⁵⁹; es decir, una medida de restablecimiento del orden jurídico perturbado. En este sentido se podría descartar la naturaleza sancionadora de la devolución; sin embargo, la cuestión no es tan sencilla: no es posible resolver de forma concluyente que la devolución no tenga carácter sancionador conforme a tales premisas.

La LOEx del 85, recordemos, en vigor hasta el año 2000, no recogía ninguna otra medida, disposición o mandato adicional sino que tan sólo indicaba que se procedería a devolver a los extranjeros que se encontraran en territorio español tras haber contravenido la prohibición de entrada. Por tanto, podríamos decir que conforme a tal regulación, efectivamente la devolución no tenía un carácter sancionador. A partir ya de la LOEx 4/2000, se añade que en estos supuestos, la devolución “conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada”, previsión que se ha mantenido hasta la redacción actual del texto legal. Ello supone que se ha de dictar una nueva resolución administrativa-a través del correspondiente procedimiento administrativo-en la que se acuerde no solo la devolución por tal motivo, sino también una sanción adicional e independiente que viene constituida por el establecimiento de un nuevo periodo de prohibición de entrada, distinto al fijado inicialmente, es decir, al indicado en la orden de expulsión originaria. Entendemos, en consecuencia, que la devolución así configurada, esto es, en la que se imponga un nuevo plazo de prohibición de entrada y, claro está, más amplio que el acordado originariamente, posee claramente una naturaleza sancionadora. En este caso la Administración no está ya solo “reejecutando” una resolución administrativa previa o “restableciendo” una situación jurídica quebrantada sino que además, está imponiendo una sanción añadida a la inicial y que consiste en el reinicio del cómputo de prohibición de entrada y cuyo plazo, en muchas ocasiones, podría ser superior e incluso duplicar, el límite máximo establecido

³⁵⁸ En este sentido se pronuncian, entre otros: J.L. RODRIGUEZ CANDELA y E. GARCÍA ESPAÑA, “La devolución del extranjero”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, tomo 5, referencia D-269, *La Ley*, 1996, pág. 7. Podemos encontrar igualmente un resumen de las distintas posturas doctrinales sobre la materia en *El internamiento de extranjeros*, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, cit., págs. 5 a 8.

³⁵⁹ C. CORDERO LOZANO, *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 12.

legalmente para las prohibiciones de entrada anejas a la expulsión³⁶⁰. Estimamos que en estos supuestos la Administración no ejerce una función meramente de “ejecutora” sino que está actuando en ejercicio del *ius puniendi*, con la finalidad de imponer un *plus sancionador*, a una conducta, como es el quebrantamiento de la prohibición de entrada. Por tanto y como indica RODRIGUEZ CANDELA³⁶¹, con quien además coincidimos en los argumentos ofrecidos en orden a fundamentar la naturaleza sancionadora, se ha de descartar que el reinicio del cómputo constituya la misma sanción sino todo lo contrario, es decir, que se trata de otra sanción: una nueva prohibición de entrada con un plazo más amplio. Del mismo modo se pronuncian MOYA MALAPIERA y HERNÁNDEZ CALERO, quienes sin ningún tipo de duda, afirman el *carácter marcadamente sancionador* en este supuesto de devolución que viene determinado precisamente por “la imposición (o ampliación) de un periodo de prohibición de entrada y por el reconocimiento de plazos de prescripción específicos”³⁶². Igualmente FERNÁNDEZ PÉREZ, considera que si la devolución es una “medida de restablecimiento del orden jurídico perturbado”, el reinicio del cómputo de prohibición de entrada, en los casos de quebrantamiento, imprime un carácter marcadamente sancionador a la figura de devolución³⁶³.

En cuanto a la prescripción, el artículo 23 del RD 557/2011, en su apartado 7 recoge los plazos de prescripción de la devolución, otorgándole por tanto, un tratamiento sancionador, apuntando que el plazo de prescripción de la devolución será, en el caso que estamos analizando, de cinco años, plazo que no comenzará a contar

³⁶⁰ Con carácter general, se establece que la expulsión conllevará una prohibición de entrada por un periodo de tres a cinco años y excepcionalmente “cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un periodo de prohibición de entrada de hasta diez años, previo informe de la comisaría General de Extranjería y Documentación” (artículo 245.2 del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, aprobado por RD 557/2011)

³⁶¹ J.L. RODRIGUEZ CANDELA, “Medidas de alejamiento del territorio nacional: denegación de entrada-retorno, devolución y expulsión por estancia irregular”, cit., pág. 494.

³⁶² D. MOYA MALAPIERA y D. HERNANDEZ CALERO, “Los controles en frontera: denegación de entrada, orden de regreso y devolución”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el RD 557/2011 y la LO 12 /2009*, cit. págs. 192 a 226, concretamente pág. 221.

³⁶³ A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, Diario La Ley, núm. 8382, Sección Doctrina, *La Ley*, 22 de septiembre de 2014, pág. 14.

hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada reiniciado. Pues bien, si realmente se estimara que la devolución no tiene un carácter sancionador, no hubiera sido necesario establecer un plazo de prescripción de la misma al igual que ocurre con la denegación de entrada y consiguiente rechazo y regreso al país de procedencia, en caso supuesto, el extranjero podrá, si así lo desea, presentarse de nuevo en el puesto fronterizo y si cumple con los requisitos exigidos, se le permitirá la entrada con independencia de una denegación anterior. Por el contrario, en el caso de acordarse la devolución de un extranjero, este deberá esperar a que transcurran cinco años desde la finalización del nuevo plazo de prohibición de entrada para entrar -o para tratar de entrar- en territorio nacional, esto es, ha de cumplirse el plazo de prescripción. A lo que hemos de añadir que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico administrativo sancionador, la prescripción es un principio inherente a aquellas actuaciones que constituyen infracción y que conllevan algún tipo de sanción, no previéndose para otro tipo de figuras jurídicas o resoluciones administrativas no sancionadoras³⁶⁴.

Ahora bien, ¿qué tratamiento jurisprudencial tiene esta figura jurídica? En las primeras Sentencias sobre la materia, nuestro Tribunal Constitucional ya aludió al carácter no sancionador de la orden de devolución en el caso de que el extranjero hubiera contravenido la prohibición de entrada³⁶⁵:

“(…) las leyes administrativas contemplan la compulsión personal como una forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas (...). Es claro que la ejecución forzosa de una orden de devolución (que actualiza una obligación de no entrar en territorio español adoptada previamente mediante resolución administrativa y sin necesidad de realizar un nuevo expediente administrativo (...)) sólo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional (...)”

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de noviembre del 2001³⁶⁶ y así, en su Fundamento Jurídico Cuarto señala que

³⁶⁴ Artículo 132 de la Ley 30 /92.

³⁶⁵ STC 174/99 de 27 de septiembre y STC 179/2000 de 26 de junio.

³⁶⁶ STS de 14 de noviembre del 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta.

“la orden de devolución, se justifica como título de ejecución en un acto previo del que constituye su mero cumplimiento forzoso ante la falta de voluntariedad y aceptación del hoy recurrente, quien con su conducta infringió la prohibición de entrada en territorio español, obligado a las autoridades (...) a ejercer, (...) una facultad de ejecución inmediata (...)”.

De tal forma y al no reconocerse tal naturaleza sancionadora, entiende que no son aplicables las garantías jurídicas que pretende el actor, esto es, inicio de un expediente administrativo sancionador que respete todas y cada una de las garantías del artículo 24 de la CE. Tal entendimiento de la figura jurídica de la devolución resultaba conforme con la regulación dada por LO 7/85, en la que no se contemplaba el reinicio del cómputo de prohibición de entrada en caso de quebrantamiento de la misma.

No obstante ¿cuál es la posición de nuestra jurisprudencia al haber contemplado la nueva regulación sobre la materia el reinicio del cómputo de prohibición de entrada?

Desde la entrada en vigor de la LO 4/2000 de 11 de enero, a pesar de que se han dictado sentencias sobre devolución (realmente han sido pocas) han versado la mayoría de ellas sobre el supuesto de entrada ilegal que se analizará en el apartado siguiente. Así las cosas, la primera Sentencia que se pronuncia sobre el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada, es una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga³⁶⁷, en la que se mantiene que la devolución *no es una medida de carácter punitivo sino que tiende a establecer la legalidad alterada* y por tanto, no es necesario que se acuerde mediante un expediente administrativo sancionador en el que se respeten todas las garantías del artículo 24 de la CE. Sin embargo, no puede mantenerse tal posición respecto del reinicio del cómputo de prohibición de entrada, puesto que

“a criterio de esta Sala, se trata de una medida punitiva ya que no comparte con la devolución el designio y naturaleza referentes al restablecimiento de la legalidad alterada (...). Desde tal óptica (...) el reinicio de la prohibición de entrada es una

³⁶⁷ STSJ de Andalucía, nº 926/2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Málaga, de 26 de febrero del 2010

medida restrictiva de derechos y de carácter sancionador que justifica un rasero procedimental diverso (...)

Sirviéndose de apoyo en una Sentencia del Tribunal Supremo, concluye que toda prohibición de entrada “tiene una evidente naturaleza sancionadora donde la audiencia al interesado alcanza el valor de trámite esencial (...) *toda vez que el reinicio del cómputo incrementa el castigo inicial (...)*”. Consecuentemente con todo ello, el TSJ, estima parcialmente el recurso y anula la resolución administrativa en la que se acuerda la devolución en lo referente al reinicio del cómputo de prohibición de entrada.

En el mismo sentido se pronuncia, con posterioridad, la misma Sala del Tribunal Superior, con Sede en Málaga³⁶⁸, manteniendo el carácter no sancionador ni restrictivo de derechos de la devolución, toda vez que los extranjeros no son titulares del derecho fundamental a entrar en España y que con tal medida, se pretende restablecer la *legalidad alterada, lo que explique que no sea necesario un expediente de expulsión*. Del mismo modo sostiene, al igual que en la Sentencia del 2010, que el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada que ha sido quebrantada constituye una nueva sanción que hubiera requerido para su acuerdo e imposición, el correspondiente expediente administrativo y por tanto, procede a anular tal precisión, esto es el reinicio del cómputo, de la resolución administrativa recurrida.

Llegamos así a la Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000³⁶⁹, concretamente y en lo que aquí nos interesa, el artículo 58, apartados 5 y 6³⁷⁰, especialmente este último en el que se recoge el reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada en el caso de extranjeros que hayan contravenido la prohibición acordada en la expulsión y la imposición de la sanción de prohibición de entrada para

³⁶⁸ STSJ de Andalucía nº 182/13 de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Málaga, de 25 de enero del 2013.

³⁶⁹ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 17/2013 de 31 de enero

³⁷⁰ Artículo 58, apartado 6: “la devolución acordada en el párrafo a) del apartado 2 de este artículo (los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada) conllevará la reiniciación del cómputo del plazo que se hubiese acordado la resolución de expulsión”.

los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en territorio nacional. Pues bien, nos resulta sorprendente que si bien el Letrado del Parlamento Vasco impugna ambas cuestiones por el contrario, procede a hacer sus alegaciones jurídicas en torno a su posible inconstitucionalidad, en un principio, de forma general al señalar “que la regulación de estos preceptos ha modificado la devolución para transformarla en una sanción similar a la expulsión” (Fundamento Jurídico 12), para después, centrarse exclusivamente en la sanción de prohibición de entrada. Por tanto, el Tribunal Constitucional, ante la falta de una exposición de razonamientos jurídicos sobre la muy posible inconstitucionalidad del reinicio del cómputo de la prohibición de entrada, resuelve únicamente sobre la otra cuestión, es decir, sobre la imposición de la sanción de prohibición de entrada para los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente (declarando su nulidad) y sin embargo, no se pronuncia acerca de la naturaleza sancionadora de la devolución en el supuesto de la contravención de entrada, ni de la posible inconstitucionalidad del reinicio del cómputo del plazo de la prohibición, lo cual creemos, hubiera sido apropiado a fin de zanjar la cuestión, estableciéndose un criterio concluyente que hubiera implicado una mayor seguridad jurídica sobre la materia.

Tan sólo tres meses después, marzo del 2013, el Tribunal Supremo dicta una Sentencia³⁷¹ en la que resuelve el Recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por RD 557/2011³⁷², interesando la anulación de determinados preceptos por considerarles no conformes a la legalidad y en lo que nos ocupa, el artículo 23 del Reglamento en el que se regula todo el régimen jurídico relativo a las devoluciones. Los recurrentes entienden que tras la reforma operada en la LO 4/2000, por LO 14/2003 y la nueva redacción de dicho precepto legal, confiere un carácter sancionador a una figura jurídica que conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, originariamente, no tenía tal naturaleza. De esta forma alegan que la esencia claramente sancionadora de la medida de devolución acordada en los dos supuestos, esto es, tanto para el de aquellos extranjeros que intenten entrar ilegalmente como para aquellos que contravengan la prohibición de entrada, *derivaría, en síntesis, de tres factores*: a) la posibilidad de solicitar la medida cautelar de internamiento, esto

³⁷¹ STS de 20 de marzo del 2013, ya referida con anterioridad.

³⁷² El recurso fue interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo.

es, una medida cautelar propia de los procedimientos sancionadores; b) *que toda devolución lleva aparejada una prohibición de entrada*³⁷³ y c) el establecimiento de plazos de prescripción *que refuerzan el carácter sancionador de la devolución (...)*. Y, argumentan que “aunque la devolución no tuviera naturaleza sancionadora en su origen, sí lo adquiere desde la reforma operada por Ley Orgánica 14/2003, tras la cual *las notas distintivas entre expulsión y devolución se difuminan y llegan a diluirse*”. (Fundamento Jurídico Segundo).

Pues bien, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión, a nuestro modo de ver, de forma un tanto incompleta, toda vez que sigue manteniendo el carácter no sancionador de la devolución en tanto en cuanto considera que cuando el extranjero

“incumple la orden de expulsión y prohibición de entrada, la posterior devolución (...) aquí cuestionada es una manifestación de la propia ejecutividad del acto administrativo incumplido, no teniendo sustantividad propia como para justificar un nuevo procedimiento ni pudiendo ser calificada como un procedimiento sancionador (...)”.

Añade que no obstante los cambios normativos producidos, tal naturaleza no sancionadora no queda desvirtuada y

“es la correspondiente a una medida que se limita a ejecutar en sus propios términos un acto administrativo previo y aún vigente, aquel que impedía a su destinatario entrar en España (...) y lo que es más importante es que considera que no se trata de una sanción adicional autónoma, sino del mero cumplimiento de una orden preexistente cuya eficacia permanece inalterada”. (Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia).

³⁷³ Nos llama la atención que los recurrentes, en su demanda, no hayan impugnado expresamente el apartado 5 del artículo 23 del Reglamento, en el que se prevé el reinicio del cómputo de prohibición de entrada en caso de quebrantamiento. ¿Por qué? Quizá fuera por la existencia de las Sentencias, a las que no hemos referido con carácter anterior, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Andaluza en las que se acuerda anular tal reinicio-por entender que el mismo sí tiene un carácter sancionador-. O quizá porque entendieron que el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada se trataba de una sanción autónoma al igual que prohibición de entrada prevista para las devoluciones acordadas contra aquellos extranjeros que trataran de entrar ilegalmente. Sea como fuere, entendemos que lo más apropiado hubiera sido impugnar expresamente tal extremo.

Ahora bien, cabe cuestionarnos si al utilizar la expresión *sanción adicional autónoma* se está aludiendo a la prohibición de entrada como consecuencia de la expulsión y que la medida de devolución no hace más que re-ejecutar al haberse quebrantado, en cuyo caso, es claro que no se trata de una sanción distinta ni autónoma a la inicial o bien, si realmente se está refiriendo al reinicio del cómputo de dicha prohibición de entrada. El Fundamento de Derecho Cuarto de la misma sentencia que estamos analizando parece que apunta a dicha cuestión cuando señala que “más problemas presenta el régimen jurídico aplicable a una determinada consecuencia jurídica (la prohibición de entrada en España durante cierto tiempo o la eventual reanudación de la ya impuesta) que incorporan las órdenes de devolución emitidas en ambos casos”. Pareciera por tanto, que la cuestión se resolvería de forma conjunta, esto es, analizando si ambas previsiones legales, la de la imposición de la sanción de prohibición de entrada en el supuesto de entrada ilegal de los extranjeros y la del reinicio del cómputo de dicha prohibición en el otro supuesto para el que procede acordar la devolución, es decir, el del quebrantamiento de la misma como consecuencia de la expulsión, constituyen o no sanciones. Descartando la naturaleza sancionadora de la devolución tal cuál ya se ha manifestado, la propia Sentencia a fin de determinar la legalidad o ilegalidad de tales previsiones se remite la Sentencia del TC 17/2003, para determinar que la adopción de tal prohibición de entrada- que por sí misma constituye una sanción- “carece, en su condición de sanción, de la apertura y tramitación de un procedimiento contradictorio con las garantías que, conforme a nuestra doctrina, han de reconocerse en toda actividad sancionadora de la Administración” y consecuentemente con ello, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo concluyen que al no establecerse legalmente un procedimiento administrativo *ad hoc*, tal previsión ha de ser anulada por inconstitucional. En consecuencia, declara nulo el inciso del artículo 58.6 de la LO 4 /2000, esto es, *la prohibición de entrada por tres años*, que se había impuesto en los supuestos de devolución acordada contra aquellos extranjeros que pretendieran entrar ilegalmente en territorio español.

Sin embargo y como ya señalamos, nos llama la atención que se deje *indemne*³⁷⁴ la previsión del reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada. Entendemos que no resulta congruente la circunstancia de que aparentemente se trate de dar una

³⁷⁴ La cursiva es nuestra.

solución conjunta a ambas *sanciones* para después solo anular una de ellas. Si se estima que tanto la prohibición de entrada como el reinicio del cómputo imprimirían un carácter sancionador a la figura de la devolución, que originariamente no lo tiene, lo más lógico hubiera sido también anular esta última previsión. Ignoramos el motivo de ello sin embargo, y conforme a la argumentación llevada cabo en cuanto a que el reinicio del cómputo de prohibición de entrada constituye una sanción autónoma y los antecedentes ya recogidos en las Sentencias mencionadas del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, hemos de concluir que en tanto en cuanto se imponga tal reinicio del cómputo, la medida de devolución se convierte en una figura jurídica de carácter claramente sancionador y por ello, si tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional mantienen la naturaleza no sancionadora de tal medida, ha de entenderse, a pesar de que no se hace expresamente, que tal reinicio es igualmente inconstitucional. Por ello, no debería acordarse tal reinicio como consecuencia de la devolución que se pueda acordar en el caso de aquellos extranjeros que habiendo sido previamente expulsados, quebranten la prohibición de entrada ya acordada.

2.2.2. Extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en territorio español

Como ya indicamos, la entrada ilegal de extranjeros a territorio español esto es, por lugares no habilitados para ello, aunque ya se contempló en nuestra primera ley de extranjería, se hizo de una forma muy diferente a como se reguló con posterioridad. Por un lado y, a pesar de que tal actuación se incluía bajo el Título de *Infracciones y sanciones* sin embargo, no fue objeto de sanción alguna. Y por otro lado, si el extranjero permanecía detenido, a fin de que se procediera a su devolución y si esta no se ejecutaba dentro del plazo de 72 horas, debía quedar en libertad. Entendemos que la devolución tal y como se contemplaba en la LO 7/85, se corresponde con el carácter no sancionador que siempre se ha predicado de tal figura jurídica, afirmación que debemos mantener con independencia de las distintas corrientes doctrinales en cuanto a calificación y concepto de tal figura³⁷⁵.

³⁷⁵ Tal y como aparece configurada, la devolución, en opinión de RODRÍGUEZ CANDELA, se “encadraría dentro de la coacción administrativa directa, como realización de una orden negativa o prohibitiva. La teoría de la devolución como coacción administrativa directa, sería aplicable, en todo caso, a la devolución por entrada ilegal siempre que fuera flagrante y no se pretendiera con ella realizar un acto incumplido anterior, sino que tuviera su propia causa en la situación contraria al orden público.

Los problemas relativos a determinar cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de la devolución en el supuesto concreto surgen posteriormente, tras la nueva LOEx 4/2000 y las modificaciones que ha ido sufriendo hasta su actual regulación. Nos referimos principalmente al cambio introducido por LO 14/2003, mediante la que se introduce la sanción de prohibición de entrada por un plazo máximo de tres años³⁷⁶. Nos hallamos por tanto, ante una verdadera sanción administrativa, conforme a lo que debe entenderse como tal en nuestro derecho administrativo sancionador: la Administración procede, en el ejercicio de su potestad sancionadora a imponer al extranjero un castigo- prohibición de entrada en territorio nacional- como consecuencia de una actuación ilícita o ilegal-pretensión de entrada por puestos no habilitados para ello-. Claramente se trata de una actuación administrativa represora que tiene como finalidad la imposición de una sanción que puede consistir en la privación de un bien o un derecho o, como ocurre en la devolución, una prohibición de entrada.

Sin embargo, el legislador, aunque introduce tal sanción no recoge un procedimiento acorde a la *nueva naturaleza jurídica* de la devolución, es decir, no regula un procedimiento más garantista y en el que se respeten tanto los principios del propio procedimiento sancionador: legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad; como los derechos del presunto responsable: presunción de inocencia, derecho a la defensa y los inherentes a estos: trámite de audiencia, solicitud y práctica de prueba, alegaciones (artículos 127 a 138 de la Ley 30/92 y artículos 24 y 25 de la CE). Así, la devolución se transforma en una figura jurídica equivalente a la expulsión si bien, y a diferencia de esta, no se ha previsto un procedimiento *ad hoc* que garantice los derechos de los extranjeros sometidos a tal medida, es decir ante dos situaciones iguales, se

(...) Por el contrario, no podría, en ningún caso, predicarse tal carácter de coacción administrativa directa de las órdenes de devolución por infringir la prohibición de entrada, donde claramente sí existe un título ejecutivo previo, cual es la orden de expulsión y prohibición de entrada incumplido, ni en aquellos casos en que la entrada ilegal ya se ha consumado íntegramente por carecer del requisito de urgencia y inaplazable necesidad”, J.L. RODRÍGUEZ CANDELA y E. GARCÍA ESPAÑA en “La devolución del extranjero”, cit., pág.7. Por el contrario, D. MOYA MALAPIERA, en “La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, cit., pág. 206, entiende que la devolución necesariamente conlleva, previa a la ejecución, la formalización de un acto administrativo mediante el que se acuerda dicha medida que ha de estar motivado y puede ser objeto de recurso, *posibilidad que no existe en los supuestos de coacción administrativa directa*.

³⁷⁶ Artículo 58.7 de la LO 4 /2000, en su redacción por LO 14 /2003 y artículo 23.5 del RD 557/2011 (tras la nueva numeración dada por LO 2/2009).

establece un tratamiento jurídico diferente³⁷⁷. La devolución, y la sanción que conlleva, esto es, la prohibición de entrada, *se acuerdan de facto, al margen de la instrucción del correspondiente expediente sancionador*³⁷⁸.

Afortunadamente tal modificación de la LOEx 4/2000 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Parlamento Vasco y resuelto por Sentencia del Pleno 17/2003 de 31 de enero, a la que ya hemos aludido. La representación procesal del Parlamento no solo rebate el precepto relativo a la imposición de la sanción de prohibición de entrada en los supuestos de entrada ilegal sino que también impugna otros preceptos, en lo que al supuesto de devolución atañe, concretamente el 58.7, en su primer inciso, que dispone el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada en el caso de la devolución acordada por quebrantamiento de dicha prohibición cuando haya sido impuesta en el procedimiento de expulsión y el 58.6, la posibilidad de internamiento en el caso de que la devolución no pueda ejecutarse en el plazo de 72 horas³⁷⁹. A pesar de ello y como indica el Tribunal en su Sentencia, el recurrente, únicamente lleva a cabo una argumentación jurídica de su impugnación en relación al artículo 58.7, segundo inciso, esto es, la imposición de la prohibición de entrada por tres años; habiendo realizado tan solo una *invocación formal* sobre la posible inconstitucionalidad del resto de los preceptos, sin fundamentación alguna. Es por ello que el Tribunal tan sólo se pronunciará acerca de la inconstitucionalidad de los preceptos cuya impugnación haya sido argumentada jurídicamente.

³⁷⁷ En el Dictamen elaborado por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley 14/2003 de 20 de noviembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, ya se apuntaba a la inconstitucionalidad del precepto examinado por los motivos aludidos, entendiéndose que la prohibición de entrada impuesta en los supuestos de devolución a los extranjeros que traten de entrar ilegalmente en nuestro país, “encubre una verdadera sanción dada su finalidad y función, que pretende ejecutarse sin garantías para el extranjero (...). Por lo tanto la imposición de una sanción, como es la prohibición de entrada en España por tres años, requerirá un acuerdo administrativo motivado que solo podrá acordarse en el seno de un procedimiento administrativo, de una parte como garantía de los derechos del extranjero incurso en una infracción administrativa y, de otra como instrumento de control de la actuación administrativa”, págs. 64 a 66, recurso electrónico disponible en <http://www.intermigra.info/archivos/saoji/InformeSubcInc.pdf>, fecha de la consulta 18 de agosto del 2015.

³⁷⁸ J.L. RODRÍGUEZ CANDELA, “Medidas de alejamiento del territorio nacional: denegación de entrada-retorno, devolución y expulsión por estancia irregular”, cit., pág. 495.

³⁷⁹ También se impugna el artículo 64.4, que recoge la posibilidad de que un extranjero que sea detenido en territorio español y conste la existencia de una resolución de expulsión contra él, dictada por un estado miembro de la UE, se procederá a ejecutar de forma inmediata dicha expulsión, sin la necesidad de iniciar un nuevo expediente. Se prevé igualmente la posibilidad de que para asegurar dicha ejecución, el extranjero pueda ser internado, previa solicitud y autorización de su ingreso en un centro de internamiento, por parte del juez de instrucción.

En todo caso y así las cosas, el Tribunal Constitucional, desarrolla un análisis sobre el segundo inciso del artículo 58.7 en tanto en cuanto debe determinar si la imposición de la prohibición de entrada vulnera o no las garantías previstas en el artículo 24 de la CE, en cuanto aplicables a los procedimientos sancionadores y de las que disfrutan, en igualdad de condiciones con los españoles, los extranjeros sea cual fuere su situación jurídica. Con carácter previo examina cuál sea la naturaleza “de la devolución y de la prohibición de entrar a la misma vinculada a fin de determinar si concurre la naturaleza sancionadora” (Fundamento Jurídico 12). Pues bien, el Alto Tribunal, declara de forma categórica que la Administración, al acordar la devolución de los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en territorio español no actúa en el ejercicio del *ius puniendi* sino que se trata de una decisión administrativa que tiene la finalidad de restituir la *legalidad conculcada*, es decir, el incumplimiento de los requisitos de entrada en territorio español. A diferencia de la expulsión, entiende el Tribunal que en la devolución no concurre la *función* represiva, retributiva o de castigo sino que se trata de una actuación administrativa de *reacción inmediata frente a la perturbación del orden jurídico*. No obstante, la adopción de tal medida, al tratarse de un acto administrativo, ha de producirse con el respeto a las garantías establecidas *en la legislación general sobre el procedimiento administrativo* tal y como establece el propio artículo 20.2 de la LOEx, *las relativas a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia al interesado y motivación*, y el artículo 22 que dispone “que los extranjeros, en todos los procedimientos administrativos que puedan llevar (...) a su devolución, tendrán derecho a la asistencia letrada así como a la de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice”. Por ello, el Tribunal mantiene que la prohibición de entrada que se vincula a la medida de devolución “no forma parte de la misma y por tanto, posee una naturaleza diferente, propia de la sanción administrativa impuesta como consecuencia de una concreta conducta”, que en el caso que nos ocupa, viene por constituida “*por el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España*”. En definitiva lo que viene a decir es que si bien dicha prohibición de entrada se adopta junto con la devolución y aunque no se acuerda en *ausencia de todo procedimiento administrativo*, no es menos cierto que la misma no respeta las garantías específicas establecidas en el artículo 24 de nuestra Constitución, plenamente aplicables en los procedimientos administrativos sancionadores, esto es, “carece, en su condición de sanción, de la apertura y tramitación de un procedimiento contradictorio que ha de reconocerse en toda actividad sancionadora”, donde el Estado ejerce el *ius puniendi*.

Consecuentemente con ello, se declara la inconstitucionalidad del inciso del precepto legal “Así mismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años”.

Hemos de concluir por tanto, a la vista del criterio mantenido por el TC, que la devolución constituye una figura jurídica que no posee naturaleza sancionadora y cuya finalidad es la de restituir la legalidad conculcada tanto cuando los extranjeros bien, pretenden entrar ilegalmente en territorio español o bien, lo hagan contraviniendo una prohibición de entrada, acordada con carácter anterior en un procedimiento sancionador de expulsión. Si efectivamente descartamos el carácter sancionador de la devolución hemos de deducir igualmente que cualquier otra medida adicional al mero acto de la reposición en que consiste dicha medida y que se ejerza por parte de la Administración en virtud de su potestad sancionadora, limitando bienes o derechos, debe entenderse inconstitucional. Y ello porque la adopción de cualquier sanción como consecuencia de una determinada acción en los casos aludidos, requiere el inicio de un procedimiento sancionador debiéndose respetarse todas las garantías recogidas en el artículo 24 de la CE, circunstancia esta que no prevé nuestra legislación y que no se corresponde con la naturaleza no sancionadora que el Tribunal Constitucional ha otorgado de forma terminante y categórica a la devolución.

En nuestra opinión, y a pesar de que no existe pronunciamiento expreso ni por parte del Tribunal Supremo ni por el propio Tribunal Constitucional, por las razones aludidas en apartados anteriores, consideramos que el primer inciso del artículo 58.7 de la actual LOEx 4/2000, en el que se acuerda el *reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada*, en los supuestos de extranjeros que habiendo sido expulsados, contravengan la misma; debe estimarse, del mismo modo, inconstitucional por los motivos ya citados con anterioridad. La condición de sanción que posee el propio reinicio del cómputo, en tanto en cuanto entendemos que se trata de una sanción autónoma, se contempla en las Sentencias del TSJ de Andalucía, con sede en Málaga, ya señaladas y especialmente en la Sentencia 182/2013 de 25 de enero, por ser la más reciente y además confirmar el criterio mantenido en la Sentencia anterior, en la que se reconoce que el reinicio de una prohibición de entrada ya acordada, se trata de una medida de carácter claramente sancionador, debiéndose establecer, para su adopción un

procedimiento *ad hoc*. Por tanto, en el caso concreto que se enjuicia, no habiéndose concedido al interesado las garantías del artículo 24 de la CE que han de regir en todo procedimiento sancionador, acuerda que la resolución administrativa en la que se acuerda *el reinicio del cómputo*, resulta nula de pleno derecho puesto que nuestro ordenamiento jurídico no permite la imposición de sanciones de plano.

III. ACUERDO DE DEVOLUCIÓN Y SU EJECUCIÓN: INCIDENCIA EN LOS DERECHOS DE DEFENSA Y LIBERTAD PERSONAL

La consideración de la devolución como una figura jurídica de carácter sancionador o exenta de tal naturaleza va a determinar para su adopción, la aplicación de un procedimiento administrativo específico. Si definitivamente, tal cual se ha puesto de manifiesto, es decir, conforme a la jurisprudencia constitucional, sostenemos que la medida de devolución, en cualquiera de los dos supuestos en los que procede, no es una medida sancionadora, el procedimiento administrativo a seguir no será el regulado para la expulsión pero ello no significa que no sea necesario expediente alguno, es decir, “no es posible adoptar un resolución administrativa (y la devolución es, en cualquier caso, un acto administrativo) sin seguir un mínimo procedimiento que garantice la legitimidad y objetividad de la actuación administrativa así como la defensa del extranjero”³⁸⁰.

Como podrá observarse, a través de la presente exposición, dicho procedimiento será muy similar al seguido para acordar la denegación de entrada y rechazo en frontera que ya fue examinado en el capítulo anterior.

3.1. Procedimiento para la adopción del acuerdo de devolución y su correlación con el derecho a la defensa

Por tanto y habida cuenta de que la devolución es una medida administrativa, deberá adoptarse tras el procedimiento correspondiente que no tendrá las características propias de un procedimiento sancionador, lo que significa una mengua en las garantías procedimentales, pero en el que deberán respetarse determinadas garantías tal cual

³⁸⁰ D. MOYA MALAPIERA, “La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, cit., pág. 220.

examinaremos a continuación. Dicho procedimiento se encuentra regulado, parcialmente, en el artículo 23 del Real Decreto 557/2011: en el caso de extranjeros que traten de entrar irregularmente en territorio español: “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros (...) los conducirán, con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución”.

En primer lugar, apuntar que resulta de gran importancia la identificación de los extranjeros, no solo a fin de determinar quiénes son, cuál sea su nacionalidad, etc. sino también y especialmente, para conocer las circunstancias que concurren en cada uno de ellos y que pueden determinar un tratamiento jurídico distinto a la devolución propiamente dicha y por ende, diferentes consecuencias jurídicas. Así, por ejemplo la respuesta procesal no será la misma respecto del extranjero que entra ilegalmente pero es solicitante de asilo-supuesto en el que se dejará en suspenso la devolución y no se ejecutará sino hasta que se inadmita su solicitud de asilo- o que tras su identificación, se compruebe que nos encontramos ante un menor de edad.

En segundo lugar y descartando el estudio de los supuestos aludidos de solicitantes de asilo o menores, el acuerdo de devolución requiere que sea adoptado a través de un procedimiento administrativo, por muy sucinto que sea y si bien el mismo como ya hemos señalado no será el diseñado para la expulsión, no es menos cierto que al menos, los extranjeros sujetos a devolución, deberán ser asistidos de un letrado y en su caso de intérprete, tendrán del mismo modo, derecho de audiencia, derecho a realizar alegaciones, a que el acuerdo de devolución sea motivado y que se le notifique para que pueda interponer los recursos que sean procedentes o a utilizar las vías que considere oportunas a fin de hacer valer el derecho a la defensa que les ampara tal y como se contempla en los artículos 20 al 22 de la LO 4/2000, en el apartado segundo de este último precepto³⁸¹ y en el artículo 23 del RD 557/2011³⁸².

³⁸¹ “Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su (...) devolución (...)”, así como la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes (...)

³⁸² La LOEx 4/2000 establece que con carácter general, los procedimientos administrativos en materia de extranjería deben observar las reglas y las garantías establecidas en la Ley 30 /92 (artículo 20.2)

El expediente comenzará una vez que el extranjero sea identificado por miembros del Cuerpo del Policía Nacional y “estará formado por el acta de denuncia policial y por la documentación que porte el ciudadano extranjero al ser interceptado”³⁸³. En este mismo momento será asistido de letrado e intérprete³⁸⁴. En el supuesto de la asistencia en comisaría como consecuencia de su detención cautelar si se trata de extranjeros que hayan sido detenidos accediendo al territorio español de forma ilegal, el letrado, además de velar por el cumplimiento de los derechos que le asisten tendrá que recabar toda la información necesaria sobre las condiciones de la entrada así como de las circunstancias que concurren en el ciudadano extranjero y principalmente aquellas que puedan motivar bien la suspensión de la ejecución de la devolución o bien, si se trata de un solicitante de asilo a fin de que se tramite su petición e inicio del correspondiente procedimiento. En esta primera asistencia el letrado ni puede acceder con carácter previo a las actuaciones policiales ni puede entrevistarse con el detenido sino que tal entrevista tendrá lugar a la finalización de la asistencia y solo podrá instruirse posteriormente al igual que en el supuesto de que se mantenga al extranjero privado de libertad porque se haya instado su internamiento³⁸⁵.

³⁸³ C. CORDERO LOZANO, cit., pág.15.

³⁸⁴ Nos remitimos a todo lo analizado sobre estas asistencias, al capítulo anterior respecto de la denegación de entrada.

³⁸⁵ En este sentido consideramos apropiado hacer mención a la Directiva 2012/12/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo del 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales (cuyo plazo de trasposición al ordenamiento interno venció el pasado mes de junio del 2014 y que por ello es directamente aplicable a pesar de que España aún no ha procedido a incorporarla a su ordenamiento interno) y a la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre del 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (cuyo plazo de trasposición vence el próximo mayo del 2016 y que aún no ha sido traspuesta). En ellas se recogen, entre otros y principalmente, el derecho a entrevistarse de forma reservada con el letrado que les asista así como el derecho de este y la obligación por parte de las autoridades policiales de permitirle acceder e instruirse, en esta primera fase, en las actuaciones policiales, es decir en el atestado así como aconsejar a su defendido sobre la conveniencia o no de declarar. Si bien, como su enunciado indica y en las mismas se recoge, su ámbito de aplicación se circunscribe a los supuestos de personas detenidas sospechosas o a quienes se les acusa de haber cometido una infracción penal así como aquellas que se encuentren también detenidas por haberse librado contra ellas una orden de detención europea y, por tanto, a priori quedarían excluidas las personas detenidas por supuestos distintos, esto es, por aplicación de la legislación de extranjería; entendemos que habida cuenta que el extranjero incurso en algún procedimiento administrativo conforme al cual pueda acordarse su detención cautelar, al aplicársele las mismas garantías que a una persona detenida por la presunta comisión de una infracción penal y que vienen recogidas en el artículo 520 de nuestra LECr, del mismo modo los derechos contenidos en las Directivas referidas, deberían entenderse predicables de los extranjeros en estas situaciones en aras a respetar y hacer verdaderamente efectivo su derecho a la defensa. No obstante, actualmente y a pesar de que ambas Directivas son aplicables no están siendo

Si lo desea, prestará declaración acerca, especialmente, de sus circunstancias personales o cualquier otra que pudiera influir en su situación. La autoridad competente para la instrucción del expediente deberá, en todo caso, acreditar que efectivamente el extranjero se encuentra incurso en alguno de los supuestos en los que procede la devolución. En el supuesto que se haya quebrantado la prohibición de entrada acordada en una expulsión, el expediente administrativo deberá contener la resolución en la que se haya adoptado tal sanción y que efectivamente la misma sigue vigente. Y en el caso de los extranjeros interceptados en frontera que pretendan entrar o hayan entrado ilegalmente, se debe probar efectivamente tal entrada ilegal, entendemos a través de la constatación del lugar donde ha sido detenido, la falta de documentación en su caso o aún teniendo documentación la ausencia de visado si fuere preceptivo o sello que acredite su entrada legal. Todos estos indicios deben estar incorporados al expediente administrativo y acreditados por los funcionarios de la Policía Nacional, es decir, la actividad probatoria debe ser de entidad suficiente para romper *la presunción de inocencia que le asiste al extranjero*³⁸⁶.

Previamente a la adopción definitiva de la medida de devolución, se deberá, al igual que en la denegación de entrada, abrir un trámite de audiencia al interesado, en el que estará asistido por letrado, a fin de que pueda alegar lo que crea conveniente e incluso proponer prueba, máxime si concurre alguna de las circunstancias que puedan conllevar la suspensión de la ejecución de la orden de devolución, reguladas en el Reglamento (mujeres embarazadas cuya medida de devolución pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de su madre o personas enfermas si la medida puede suponer un riesgo para sus salud o, solicitantes de asilo) o bien otras circunstancias

respetadas por la autoridades policiales en la inmensa mayoría de detenciones, impidiendo al letrado tanto a entrevistarse con su defendido previamente a la declaración en dependencias policiales como a instruirse del atestado. (Concretamente en Madrid y por parte de la Jefatura Superior de Policía de Madrid, se han cursado órdenes expresas a las distintas comisarías, a través de una comunicación de fecha 5 de noviembre del 2014, en la que se informa que *en tanto en cuanto no se apruebe la modificación de la LECr con el fin de trasponer las citadas Directivas, se continuará actuando conforme a la legislación y demás disposiciones vigentes*). Como novedad señalar que el pasado 27 de abril del 2015, se aprobó la LO 5/2015, BOE 101 de 28 de abril, mediante la que se modifican, entre otras, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la finalidad de trasponer la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo (no se traspone la otra Directiva aludida) y, concretamente el artículo 118 de la LECr, en el que se dispone el derecho “a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho a la defensa”; sin embargo tal precepto no entrará en vigor sino a partir de los seis meses de la publicación oficial, es decir, que será de aplicación efectiva a partir del 28 de octubre del 2015.

³⁸⁶ D. MOYA MALAPIERA: “La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, cit., págs. 228 a 229.

personales (como la existencia de arraigo familiar en el caso de un extranjero interceptado ya en territorio nacional habiendo quebrantado la prohibición de entrada o, incluso, la suspensión de la orden de expulsión en la que se hubiera acordado la prohibición de entrada, presuntamente quebrantada), que aunque no se contemplen específicamente en la legislación sí puedan ser valoradas en vía judicial a fin de suspender dicha ejecución. La necesidad del trámite de audiencia viene amparada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo habiéndose afirmado que

(...) tiene como función ofrecer al interesado, con carácter previo a una resolución que vaya a tener incidencia en su situación jurídica, el conocimiento de los hechos básicos que vayan a servir de fundamento a aquella y ello para que el mismo pueda, dentro de la propia vía administrativa, ejercitar frente a tales hechos cuantas defensas puedan ser útiles para sus intereses (...) ³⁸⁷.

Una vez finalizada la instrucción del procedimiento se dictará la correspondiente propuesta de resolución y se elevarán las actuaciones al órgano competente para que adopte el acuerdo que proceda, esto es, si el extranjero se encuentra incurso en alguno de los supuestos de devolución o aún estándolo, si concurre alguna causa de suspensión que impida ejecutar la posible orden de devolución que se vaya a dictar ³⁸⁸.

La resolución administrativa- que deberá ser motivada- ³⁸⁹ en la que se acuerda la devolución, será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión (artículo 58.5 de la LO 4/2000), es decir, el Subdelegado del Gobierno o el Delegado de Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales ³⁹⁰, esta resolución- al igual que en la denegación de entrada- no pone fin a la vía administrativa pudiendo ser objeto,

³⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 14 de diciembre del 2004. En el mismo sentido ya se pronunció el TS en Sentencia de 11 de abril de 1995, habiéndose declarado en este caso, la vulneración del artículo 24 de la CE al no haberse respetado el trámite de audiencia previo a la adopción de una resolución de denegación de entrada.

³⁸⁸ Al igual que ocurre con el procedimiento de denegación de entrada y retorno, ya analizado, tanto el inicio como la propuesta y la resolución definitiva, se lleva a cabo de forma prácticamente inmediata.

³⁸⁹ Nos remitimos en cuanto a la forma y a la motivación de este tipo de resoluciones a lo referido en los supuestos de resoluciones de denegación de entrada que debe ser plenamente aplicable en los supuestos de devolución.

³⁹⁰ Es decir, por la misma autoridad que dicta la expulsión, a diferencia de lo que ocurre con la denegación de entrada siendo el Jefe del puesto fronterizo el funcionario competente para dictar la resolución de denegación de entrada y consiguiente rechazo.

por tanto, de recurso (Disposición Adicional Decimocuarta del RD 557/2011). Ahora bien, cabe preguntarse qué tipo de recurso y ante qué organismo se interpondría. Conforme a la legislación común, esto es la Ley de procedimiento administrativo, contra las resoluciones que no ponen fin a la vía administrativa cabe recurso de alzada ante el superior jerárquico y conforme a la Disposición Adicional Decimocuarta del RD 557/2011, las resoluciones administrativas que acuerdan la devolución *no ponen fin a la vía administrativa* siendo, por tanto, objeto de recurso de alzada ante el propio organismo que la dicta- en el caso de que sea dictada por el Delegado de Gobierno- o bien, en el caso de devoluciones acordadas en relación de extranjeros interceptados en frontera habiendo o tratando de entrar ilegalmente, como son adoptadas por el Subdelegado de Gobierno correspondiente, serán resueltas por el Delegado de Gobierno de la Comunidad correspondiente³⁹¹.

No cabe duda alguna que contra las resoluciones firmes, que acuerden definitivamente la devolución, se puede acudir a la vía judicial mediante la interposición del recurso contencioso administrativo, en el caso concreto, ante el Juzgado de lo Contencioso competente territorialmente. Del mismo modo, tal cual hemos señalado para los supuestos de denegación de entrada, son objeto de adopción de medidas cautelares y por supuesto, medidas cautelarísimas aplicándose todo lo mencionado en el capítulo anterior para los supuestos de devolución. En este sentido, el propio Reglamento indica que en el caso de que el extranjero se encuentre privado de libertad, al hallarse incurso en el procedimiento de devolución y manifestase su voluntad de interponer recurso judicial, una vez firme la resolución administrativa, deberá hacerse constar en dicho expediente.

³⁹¹ Sin embargo un autor, concretamente CORDERO LOZANO en “Expulsión, devolución y retorno de extranjeros”, cit., pág. 15, indica que *el recurso de alzada será resuelto por el Delegado de Gobierno o por el Ministerio del ramo* que en el caso concreto, sería el Ministerio del Interior. No podemos estar de acuerdo con ello toda vez que tal y como señala la propia LOEx, el competente para acordar la devolución es la misma autoridad que para dictar la orden de expulsión, descartándose por tanto que pueda ser competente el Ministro del Interior. A lo que tenemos que añadir que conforme a lo establecido en la LJCA, los Juzgados de lo Contencioso administrativo, son competentes para conocer de las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado o por los órganos competentes de las Comunidades autónomas (artículo 8.4), entre los que se encuentran los órdenes de devolución, no siendo, en ningún caso competentes para conocer de los recursos contenciosos contra actos dictados por los Ministros.

3.2. La ejecución del acuerdo de devolución: detención e internamiento

3.2.1. Privación de libertad en los supuestos de devolución: análisis jurisprudencial

La Ley Orgánica de Extranjería, en su redacción actual, establece que en el caso de que la devolución no pueda ser ejecutada en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para la expulsión.

Como ya indicamos, nuestra primera LOEx del 85, no preveía la privación de libertad de los extranjeros objeto de devolución más allá de las referidas 72 horas previstas para la detención gubernativa, debiendo quedar, por tanto, en libertad transcurrido dicho plazo si la devolución no podía ser ejecutada. Posteriormente y tras la nueva regulación sobre la materia, LO 4/2000, se contempla la posibilidad del internamiento, posibilidad que además encontró su acomodo constitucional en la STC 115/87 de 7 de julio³⁹². La primera redacción de la LO 4/2000, como ya se apuntó, era un tanto confusa, reservándose de forma expresa el internamiento para los supuestos en los que se acordase *el retorno* de aquellos extranjeros que habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada (artículo 54.4), debiendo entender por tanto y en aplicación del principio del *favor libertatis*, que no podía acordarse el internamiento en el caso de entrada ilegal. Consecuentemente con ello, una vez transcurrido el plazo máximo establecido para la detención gubernativa, en el caso de que no se pudiera ejecutar la devolución, los extranjeros que pretendían entrar ilegalmente debían quedar en libertad. La reforma producida por LO 8/2000 ya no utiliza la expresión *retorno* sino que utiliza el término *devolución*, dando una nueva redacción al artículo 57 que pasa a ser el 58, aunque se sigue manteniendo la procedencia del internamiento en los mismos términos que en la Ley reformada, esto es, solo para los supuestos de contravención de la prohibición de entrada previamente acordada³⁹³. No es sino hasta la reforma que

³⁹² El Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia declara la constitucionalidad del precepto 26.2 de la LO 7/85 de 1 de julio, en relación a la posibilidad de que la autoridad gubernativa pueda interesar a la autoridad judicial, el internamiento de extranjeros sujetos a un expediente de expulsión si esta no puede ejecutarse en el plazo de 72 horas.

³⁹³ De ahí, algunas resoluciones judiciales como la dictada por el Juez de Instrucción nº 5 de Algeciras, Auto de 31 de agosto del 2001, mediante el que se acordó dejar en libertad a un grupo de nigerianos, que se encontraban internados en el CIE de Los Capuchinos (Málaga), al entender que no procedía tal internamiento al haber tratado de entrar ilegalmente en territorio español, no existiendo cobertura legal para acordarlo en tal supuesto.

tiene lugar por LO 14/2003 de 21 de noviembre que se modifica lo relativo al internamiento, extendiéndose el mismo para ambos casos en los que se pueda acordar la devolución.

Conforme a reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la libertad que se protege en el artículo 17 de la CE, ha de ser entendida como libertad física, es decir, *la libertad personal frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios*³⁹⁴. Sin embargo, este derecho fundamental no está concebido como un derecho absoluto y por tanto, es susceptible de restricciones. Como señala GÁLVEZ MONTES, la regulación que de la libertad se lleva a cabo en el texto constitucional, “resulta de mayor interés en su aspecto negativo de limitación que en su vertiente positiva o de reconocimiento”³⁹⁵. De esta forma, el apartado primero del artículo 17 establece una reserva legal como presupuesto previo a la detención³⁹⁶; el apartado segundo, un límite temporal, que en todo caso no podrá superar las setenta y dos horas (para la detención policial), debiendo el detenido ser puesto en libertad o en su caso, a disposición judicial. El tercero, los derechos que asisten a toda persona que ha sido detenida y finalmente, el reconocimiento a nivel constitucional de un procedimiento a fin de evitar las detenciones arbitrarias o ilegales (*habeas corpus*)³⁹⁷.

³⁹⁴ STC 120/1990 de 20 de junio (Fundamento Jurídico 11) y, en el mismo sentido, entre otras, STC 126/87 de 16 de julio (Fundamento Jurídico Cuarto) y STC 22/1988 de 18 de febrero (Fundamento Jurídico Primero). Este es el mismo concepto que entiende el TEDH (STEDH de 8 de junio de 1976), considerando que el concepto de seguridad debe entenderse comprendido en el de libertad, protegiéndose a través del artículo 5 del CEDH, “al individuo tanto de cualquier privación ilegal de libertad – derecho a la libertad- como de cualquier intromisión arbitraria de los poderes públicos en esa libertad-derecho a la seguridad”, E. PEDRAZ PENALVA, “El derecho a la libertad y seguridad. Artículo 5 del CEDH” en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, págs. 73 a 172, concretamente pág. 92.

³⁹⁵ J. GALVEZ MONTES, “Artículo 17. Seguridad personal”, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española 1978. Tomo II, artículos 10 a 23*, VVAA, dirigidos por O. ALZAGA VILAAMIL, Edersa, Madrid, 1984, págs. 375 a 422, concretamente pág. 379.

³⁹⁶ La redacción del este primer apartado es coincidente con el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”.

³⁹⁷ El procedimiento de *habeas corpus*, se regula en Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo (BOE de 26 de mayo de 1984).

En lo que nos ocupa, los extranjeros objeto de una medida de devolución están privados de libertad³⁹⁸ y dicha privación es consecuencia de una detención policial o gubernativa, cuya finalidad debe ser ciertamente, la ejecución de tal devolución.

Con independencia, como ya apuntamos, de la distinción que nuestra CE hace, por un lado de la libertad de entrada, circulación y residencia, del artículo 19 y por otro lado, la libertad personal del artículo 17, lo que sí resulta obvio es el hecho de que toda privación de libertad conlleva necesariamente una privación de la libertad ambulatoria y que a pesar de que los extranjeros no disfrutaban del derecho fundamental de entrada en territorio nacional, sí gozan en igualdad de condiciones con los españoles, del derecho a la libertad individual, sea cual fuere su situación administrativa. Por lo tanto y a pesar de que en un principio, el derecho a la libertad solo podía ser restringido en procedimientos penales no es menos cierto que los extranjeros pueden verse privados de su libertad no sólo conforme al derecho penal sino también, en aplicación de la ley de extranjería³⁹⁹ y en virtud de su situación administrativa. No obstante y puesto que tales detenciones gubernativas, al amparo de dicha legislación, afectan de forma directa al derecho fundamental a la libertad y seguridad, deben aplicarse y respetarse tanto las garantías que se reconocen el artículo 17 de la CE como los derechos que asisten a toda persona detenida al amparo del artículo 520 de la LECr⁴⁰⁰, a fin de evitar detenciones arbitrarias.

³⁹⁸ Ni la LO 4/2000, ni su Reglamento de ejecución, alude de forma directa a tal privación de libertad sin embargo la misma ha de entenderse de forma implícita y deducirla de expresiones tales como que *se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para la expulsión* (es obvio que quién interesará tal internamiento será la autoridad gubernativa respecto del extranjero que se encuentre detenido– Artículo 58 de la Ley de extranjería). Del mismo modo se deduce de la manifestación que se recoge en el artículo 23 del Reglamento, *si durante la situación de privación de libertad del extranjero*.

³⁹⁹ De esta forma y como indica A. NÁRVAEZ RODRÍGUEZ, “(...) si bien el reconocimiento del derecho se plantea en términos de igualdad con los españoles, los supuestos de limitación de su ejercicio son más numerosos que los de aquéllos”, “Los extranjeros en España. Su situación jurídica desde las perspectivas constitucional y administrativa”, Ponencia- Recapitulación, recurso electrónico disponible en www.cej.justicia.es, año 2009, fecha de la consulta 21 de febrero del 2015, pág. 14.

⁴⁰⁰ Los derechos relativos a la detención son los siguientes: derecho a ser informado de forma inmediata y comprensible de los hechos que se le imputan y las razones de la privación de libertad, derecho a no declarar y a no confesarse culpable, derecho a poner en conocimiento de una persona el hecho y lugar de la detención, derecho a ser reconocido por un médico, derecho a un intérprete, derecho a la asistencia letrada y derecho a la limitación temporal de la detención.

Nos encontramos por tanto, ante una *detención preventiva cautelar*⁴⁰¹, ordenada por una autoridad gubernativa y que encuentra su amparo en la legislación de extranjería-cumpléndose así uno de los requisitos exigidos en el artículo 17 de la CE para limitar la libertad personal, esto es, la reserva de ley-⁴⁰² y en instrumentos internacionales ratificados por España como es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuyo artículo 5, apartado f), se indica que “nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (...): si se trata de la detención o privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cuál esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”. Sin embargo, no podemos olvidar que se trata de una detención “por causas que no son constitutivas de delito ni muchas veces de falta”.⁴⁰³

El límite temporal de las 72 horas establecido en la CE para las detenciones policiales o gubernativas, ha de entenderse como límite máximo, es decir, el extranjero no debe estar privado de libertad más del tiempo imprescindible para la práctica de las diligencias conducentes a la acreditación de los hechos y en el caso concreto, las actuaciones necesarias para proceder a ejecutar la devolución de los extranjeros objeto de tal medida. En caso contrario nos hallaríamos ante una detención ilegal. Si realizadas tales diligencias no se ejecuta tal medida o bien, en caso de que no pudiera llevarse a cabo en tal plazo, el extranjero no es puesto a disposición judicial y se mantiene tal privación de libertad, esta se convertiría en ilegal. En tal sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional entre otras, en Sentencia 86/1996 de 21 de mayo⁴⁰⁴, Sala Primera, en la que se afirma que si bien la detención que sufrió el recurrente en la creencia de su situación de ilegalidad no vulneró su derecho a la libertad, la prolongación de la misma durante más del tiempo indispensable sí infringió tal derecho fundamental toda vez que al día de siguiente de su detención, la policía ya había

⁴⁰¹ STC 115/87 de 7 de julio – Fundamento Jurídico Primero

⁴⁰² Tal y como indicaremos en el apartado siguiente, tal reserva legal se encuentra implícitamente recogida en el artículo 58.6 de la LO 4/2000.

⁴⁰³ M. MOYA ESCUDERO, “La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales”, *Revista La Ley*, núm. 1, 1986, págs. 1025 a 1042, concretamente pág. 1029.

⁴⁰⁴ Del mismo modo se pronunció el TC, en SSTC 341/93, Fundamento Jurídico Sexto y 206/91, Fundamento Jurídico Cuarto

efectuado todas las diligencias de averiguación que estimó necesarias: interrogatorio del detenido y diversas comprobaciones, plasmadas en un informe interno e, incluso, se elevó al superior, la propuesta de expulsión. De esta forma, el TC afirma que

“desde el momento en que las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos fueron finalizadas y no contando con otras circunstancias, la detención policial del actor quedó privada de fundamento constitucional. En ese instante, que nunca puede producirse después de las 72 horas, pero sí antes, la policía tenía que haberlo puesto en libertad o bien haberse dirigido al Juez competente”,

para interesar, en su caso, el internamiento.

No obstante tal doctrina constitucional, que *a priori* no deja lugar a dudas en cuanto al plazo máximo de detención gubernativa en los supuestos de devolución, pareciera que el Tribunal cambia de criterio en los supuestos de devolución de extranjeros que se encuentren en las zonas de rechazos de los aeropuertos o en su caso, en las zonas habilitadas de puestos fronterizos, esperando a la ejecución de dicha devolución. Nos referimos a una Sentencia posterior a las mencionadas (STC 174/1999)⁴⁰⁵ en la que se analizan tales situaciones que consideramos de especial relevancia en el tema que nos ocupa. Examinemos dicha Sentencia: en ella se resuelve un recurso de amparo en el que el recurrente considera que se ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad al haber estado privado de la misma durante más de las 72 horas que la CE prevé para la detención policial. El TC señala que “las circunstancias de las personas que se hallan en la sala de rechazados (...) pueden ser muy diversas y responder a situaciones jurídicas distintas (...)”, así no es lo mismo que se traten de solicitantes de asilo a la espera de que su petición sea admitida a trámite o bien, habiendo sido inadmitida, estén pendientes de la ejecución de la medida de devolución que conlleva dicha inadmisión o bien, que se traten de extranjeros cuya orden de expulsión o de devolución, que es el caso que contempla la Sentencia, está pendiente de ejecutarse. El Tribunal afirma que esa situación que es identificable con la situación de compulsión personal, en ocasiones puede ser “calificable como de detención preventiva y por tanto, reconducible al ámbito de las garantías del artículo 17.2 de la CE (...); sin embargo, no toda compulsión personal constituye detención preventiva (...)”. Continúa

⁴⁰⁵ Sentencia de la Sala Segunda del TC, de 27 de septiembre de 1999.

afirmando el Tribunal que en el caso de la ejecución forzosa de una orden de devolución-haciendo referencia únicamente al supuesto de la devolución acordada por contravención de la prohibición de entrada acordada en una resolución administrativa de expulsión, que es el supuesto concreto

“puede tener lugar mediante la sujeción y la conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional. Esta ejecución forzosa deberá practicarse sin dilación pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas. En consecuencia, si practicada una detención preventiva fuere dictada y notificada una orden de devolución, tendríamos por concluida la situación de detención preventiva e iniciada la de ejecución forzosa de una resolución administrativa de devolución”.

Es decir, que según el Tribunal Constitucional, si durante el periodo de detención gubernativa (72 horas), se adopta la resolución administrativa acordando la devolución del extranjero y este es trasladado al puesto fronterizo para proceder a su ejecución, el periodo de tiempo que transcurra desde la notificación de dicha orden de devolución hasta que se ejecute la misma no sería considerada una detención privativa sino un acto de *ejecución forzosa*, lo cuál significaría que la situación en la que se encontrara quedaría sustraída a las garantías del artículo 17 CE. Añade nuestro Alto Tribunal, remitiéndose a su Auto 55/1996, Fundamento Jurídico Quinto, que “la libertad de salida a otros países desde la zona de rechazados de la que sin duda disfruta el extranjero, no evita la existencia de una verdadera situación de limitación de movimientos del extranjero sin ningún título que lo legitime, a un único espacio limitado y cerrado del territorio español (...)”.

En cualquier caso, no coincidimos con el criterio apuntado por el Tribunal, a pesar del respeto que nos merece, por varios motivos. El primero de ellos porque con independencia del lugar donde se encuentre el extranjero, bien en dependencias policiales o bien en zonas del puesto fronterizo, esperando a la ejecución de la medida de devolución, su situación es la misma, esto es, su derecho a la libertad se encuentra limitado y en tanto en cuanto no haya intervenido la autoridad judicial, se trataría de una privación de libertad que devendría ilegal si superara el tiempo máximo de 72 horas. Cuestión distinta sería si antes de que transcurrieran las mencionadas 72 horas, por parte de la autoridad gubernativa se interesara a la autoridad judicial competente, la medida

de internamiento del extranjero a fin de ejecutar la devolución o bien, que se autorizara el mismo incluso en la zona fronteriza habilitada, ante la inminencia de la ejecución pero que fuera a producirse en un momento más allá de las 72 horas previstas. En este caso y como consecuencia de tal intervención judicial, la detención sería legal puesto que ya habría sido sometida a control judicial.

El segundo de los motivos, porque el Tribunal iría en contra de su propio parecer establecido en su Sentencia 98/1986 de 10 de julio, en la que afirmaba que

“(…) Una recta identificación del concepto de privación de libertad que figura en el artículo 17.1 de la Constitución, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la Norma fundamental y, en este sentido, hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad- en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean (...)” Continúa el Tribunal afirmando que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento sino una pura situación fáctica (...), sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad (...).”

Es decir y trasladándolo al supuesto previsto en la STC 174/1999, la situación jurídica de ejecución forzosa de una orden de devolución no legitimaría un estado de compulsión en la zona de rechazados de un aeropuerto-a pesar de que ya se haya dictado y notificado la orden de devolución- por un tiempo superior a 72 horas, sin limitación temporal y sin la existencia de un control judicial.

Y ya por último, indicar que la STC 179/2000, si bien resuelve un recurso de amparo en relación a solicitantes de asilo que se encontraban en el aeropuerto, mantiene que

“para que la privación de libertad respete el derecho fundamental que consagra el artículo 17.1 de la CE, es preciso que tenga una duración acorde con el principio de limitación temporal que como hemos señalado se induce del artículo 17.2 (...)”. Y, que no obstante tal límite temporal, “una duración mayor que la estrictamente necesaria para

proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia, ni tampoco tener una duración que en sí misma puede considerarse que es muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto (...).”

A lo que hemos de añadir que el TEDH entre otras, la Sentencia de 25 de junio de 1996, en el caso Amuur contra Francia, incide en la necesidad del establecimiento en el régimen jurídico interno relativo tanto a la duración máxima de permanencia de los extranjeros en los puestos fronterizos que están a la espera de que se ejecute su devolución como la posibilidad de que el Juez pueda controlar las condiciones de estancia y la duración del mantenimiento de tal situación.

En conclusión, entendemos que no puede mantenerse una situación fáctica de privación de libertad que se ampare legalmente en un supuesto de compulsión personal a fin de ejecutar una devolución, distinta de la detención y que se sustraiga a las garantías previstas en el artículo 17.2 de la CE; cuestión que a pesar de lo afirmado por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 174/99, entendemos que se resolvió con anterioridad en Sentencias 12/1994 de 17 de enero y 86/1996 de 21 de mayo, en las que se confirma la aplicación de los límites temporales de la detención del artículo 17.2 a las detenciones realizadas con base o al amparo de la legislación de extranjería, que se confirma en una Sentencia posterior (STC 179/200). A lo que hemos de añadir la afirmación que se contiene en la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, de que la actual legislación de extranjería

“prevé la posibilidad de acordar la detención de extranjeros en los mismos supuestos en los que cabe autorizar el internamiento (...). Durante la tramitación del expediente de expulsión, se podrá acordar la detención cautelar por un periodo máximo de 72 horas (...) y, en cualquier otro supuesto de detención (aquí habría de incluir los casos de retorno, devolución o incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio español), la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas (...).”

Por tanto y siendo la devolución una causa en base a la cuál procede la medida del internamiento, de forma cautelar y previamente a la adopción de la misma, se puede practicar la detención del extranjero que se encuentre incurso en un expediente

administrativo de devolución o bien contra el que ya se haya dictado dicha resolución pero siempre con la finalidad de proceder a su ejecución, sin que en ningún caso, esta detención gubernativa, pueda superar las 72 horas ya referidas.

Como garantía fundamental del derecho a la libertad y con la finalidad de evitar detenciones ilegales, el artículo 17 CE, en su apartado cuarto, reconoce el derecho al procedimiento de *habeas corpus*, siendo igualmente, los extranjeros, titulares del mismo⁴⁰⁶. Dicho procedimiento se erige como una

“garantía reforzada para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados 17 de la Ce, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en la cuales se desarrollan situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente, mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere que está privada de libertad ilegalmente⁴⁰⁷”.

El Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, con ocasión de situaciones de extranjeros privados de libertad objeto de una medida de devolución, consolidando un criterio jurisprudencial al respecto, principalmente en dos aspectos, el primero, en qué medida puede ser vulnerado el derecho fundamental a la libertad por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de incoación de *habeas corpus* y el segundo, en cuanto a la posibilidad de que sea el propio el propio letrado que asiste a los ciudadanos extranjeros, quien interponga el recurso de amparo concurriendo determinadas circunstancias.

El procedimiento de *habeas corpus* procede en los supuestos de detención policial o gubernativa, excluyéndose por tanto, en las situaciones de privación de libertad dispuestas por la autoridad judicial y durante el tiempo autorizado⁴⁰⁸. Pues bien,

⁴⁰⁶ La STC 12/1994, de 17 de enero ya reconoció el derecho al *habeas corpus*, concretamente en el caso de detención de extranjeros sujetos a devolución por haber entrado ilegalmente.

⁴⁰⁷ STC del Pleno 303/2005 de 24 de noviembre.

⁴⁰⁸ STC 174/1999 de 27 de septiembre, Sala Segunda: “La situación jurídica de ejecución forzosa de un orden de devolución legitima un estado de compulsión en la zona de rechazados de un aeropuerto pero no excluye por sí y a *limine litis* el procedimiento de *habeas corpus*. (...). Basamos esta afirmación en las

partiendo de tal presupuesto, en los casos de solicitud de *habeas corpus* por considerar que la situación de detención preventiva es ilegal, la inadmisión a trámite por parte del Juez competente, fundamentándola en el hecho de que tal detención se amparaba en uno de los supuestos contemplados en la Ley de extranjería, sin haber oído con anterioridad al detenido, asistido de letrado y en su caso de intérprete, vulneraría el derecho a la libertad personal y por tanto, se ha de considerar no ajustada a derecho, debiéndose otorgar el amparo al recurrente⁴⁰⁹. Es cierto que la propia Ley Orgánica que regula el procedimiento de *habeas corpus*, “permite llevar a cabo un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación (...)”, pero la resolución judicial que se pronuncie sobre la inadmisibilidad de tal procedimiento debe reducirse exclusivamente a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales: “si tal inadmisión a *limine* se funda en la legalidad de la detención (sin que conste que antes de la decisión de inadmisión hubiera existido una actuación judicial de control de la legalidad de la detención), ha de considerarse lesiva del artículo 17.4 y por tanto, procede otorgar el amparo solicitado”⁴¹⁰

En cuanto a la legitimación para interponer el recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal, creemos que adquiere especial relevancia en los supuestos de devolución máxime cuando el extranjero ha sido ya devuelto y su derecho de defensa puede verse limitado. Conforme a nuestra Constitución “están legitimados para interponer recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo⁴¹¹”, es decir, que se extiende tal legitimación no solo a la persona titular del derecho fundamental infringido sino a quien pueda ostentar también un interés más general que se encuentre en una determinada situación que le autorice efectivamente a interponer tal recurso. Así, en STC 12/1994 de 17 de

consideración del *habeas corpus* como garantía procesal aplicable a todos los supuestos de privación de libertad no acordada por el Juez (...). Fundamento Jurídico Cuarto.

⁴⁰⁹ STC 174/1999, de 27 de septiembre, Sala Segunda: “(...) La legitimidad de la situación de privación de libertad (...) no puede adoptarse en el trámite de admisión, es decir, sin la previa comparecencia y audiencia de la persona privada de libertad ya que la finalidad última del referido procedimiento radica, precisamente, en la puesta en presencia del Juez de toda persona privada de libertad que denuncie la ilegalidad de la privación de libertad de la que es objeto (...)”. Fundamento Jurídico Sexto. En el mismo sentido, Sentencia del TC 179/2000, la Sentencia del Pleno del TC 303/2005 de 24 de noviembre y STC, Sala Primera, de 169/2006 de 5 de junio.

⁴¹⁰ Sentencia del Pleno del TC 172/2008 de 18 de diciembre. Fundamento Jurídico Tercero. En el mismo sentido podemos señalar SSTC 260/2006 de 11 de septiembre y 84/2009 de 30 de marzo.

⁴¹¹ Artículo 162.1 b) de la CE.

enero, se admite a trámite el recurso de amparo interpuesto por la hermana de una ciudadana peruana que se encontraba detenida y que consideraba que tal privación de libertad era ilegal y concretamente, en el Fundamento Jurídico Segundo, se indica que la “demandante de amparo, hermana de la persona que fue privada de libertad, ha de reconocérsele un interés legítimo para promover este recurso de amparo”, circunstancia esta que además se debe añadir al hecho de haber sido parte en el proceso judicial previo.

Ahora cabe plantearnos si el letrado que asiste a los extranjeros sujetos a una medida de devolución, normalmente es un letrado designado por el turno de oficio, puede interponer recurso de amparo en nombre del afectado cuando ha sido ejecutada tal medida. En la Sentencia del Pleno del TC ya mencionada, 303/2005 que resuelve un recurso de amparo promovido por letrado y procurador, ambos profesionales designados de oficio, el Tribunal admite a trámite el mismo sin oponer objeción alguna en cuanto al ejercicio de tal defensa y representación. No obstante, la misma Sentencia contiene un Voto particular, formulado por el Magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel (al que se adhirió también el Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), alegando, en resumen, que el profesional que ejerce la defensa del afectado en realidad, no ejerce un interés legítimo, conforme a nuestra norma constitucional, sino que al interponer las demandas en interés de los clientes,

“tal interés es un simple interés genérico (...) que carece en el régimen procesal del recurso de amparo de la categoría de interés portador de eficacia legitimadora por la simple razón de que dicho recurso tiene por objeto la defensa de derechos fundamentales propios y no ajenos (...)”, debiendo constar por tanto una autorización expresa o, al menos, un mandato tácito del afectado.

Sin embargo, el Alto Tribunal se ha mostrado favorable a la admisión a trámite de recursos de amparo, en los supuestos ya mencionados (entre otras, SSTC 317/2005 de 12 de diciembre y 260/2006 de 11 de septiembre), a pesar de no existir mandato o poder específico por parte del afectado, dadas las *singulares circunstancias concurrentes* (imposibilidad de requerir al propio extranjero a fin de que ratifique el recurso de amparo interpuesto en su interés toda vez que ha sido ya objeto de devolución y se ignora su paradero), entendiéndose la existencia de una autorización tácita a favor de

letrado que le asistió y que instó la solicitud de *habeas corpus*, a fin de que pueda interponer el recurso de amparo en su interés, presunción que se ha de extender igualmente a favor del procurador que ejerza su representación técnica. (Sentencia del Pleno del TC de 172/2008 de 18 de diciembre y STC, Sala Segunda, 84/2009 de 30 de marzo):

“(…) no cabe duda hoy en día de la legitimación del abogado del detenido (no solo para solicitar el *habeas corpus*, sino incluso a efectos de recurrir en amparo contra la denegación de aquella solicitud, lo cual tiene especial trascendencia si tenemos en cuenta la situación de ignorancia, soledad... en la que se encuentran muchos de los extranjeros a los que asisten los abogados del turno de oficio en materia de extranjería”⁴¹²,

De esta forma, al admitir a trámite los recursos de amparo en tales situaciones entendemos que queda salvaguardado su derecho a la tutela judicial efectiva que en caso contrario, se vería vulnerado si no tuviera la oportunidad de acceder a los tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (artículo 24 CE).

3.2.2. Detención e internamiento

A. Detención

En cuanto a la detención del extranjero para posibilitar su devolución, nos encontramos con un primer problema a resolver: la falta de previsión expresa en la legislación. Sin embargo, como expondremos, “tal imprevisión no es óbice para entender implícita una detención policial (...) que comporta una privación de libertad personal en el marco de un procedimiento administrativo no sancionador, decretada para posibilitar la ejecución (...) de la devolución y que antecede a un internamiento cuando dicha medida no pueda verificarse en el plazo de setenta y dos horas”⁴¹³.

⁴¹² J.A. TOMÉ GARCÍA, “Derechos del detenido. Derecho a plantear el *habeas corpus* en caso de detención ilegal”, *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo Reglamento de los CIE*, Colex, Madrid, 2004, págs. 160 a 167, concretamente, págs. 164 y 165.

⁴¹³ A. M^a. CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, “Detenciones producidas en el ámbito de la normativa de extranjería”, *Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular*, Tirant lo Blanch, monografías, núm. 703, Valencia, 2010, pág.114.

La LO 4/2000, en su redacción actual, dispone en su artículo 58.6 que “para el caso de que la devolución no pudiera llevarse a cabo en el plazo de las 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión”. A la vista de tal precepto y a diferencia de la expulsión, en la que existe una habilitación legal expresa para practicar la detención del extranjero⁴¹⁴, en el supuesto de la figura de devolución nos encontramos, aparentemente, ante una ausencia de tal amparo legal. No obstante, dicha habilitación se ha venido deduciendo por un lado, del propio precepto transcrito y así, deberíamos entender que en cualquier supuesto en el que se pueda acordar una medida de devolución, el extranjero puede ser detenido previamente por la autoridad gubernativa, detención que se confirmaría con el acuerdo en el que se inicie el procedimiento de devolución. Y por otro lado, del artículo 61.1 d), relativo a las expulsiones, que “parece distinguir entre la detención cautelar previa a la solicitud de internamiento (en su apartado primero) y cualquier otro supuesto de detención (apartado segundo), exigiendo también en este último caso que la puesta a disposición judicial se producirá, en un plazo no superior a 72 horas (...)”⁴¹⁵. Podría entenderse que tal *habilitación implícita* no cumple con los requisitos que se exigen conforme a lo establecido en el artículo 17.1 CE para la procedencia de dichas privaciones de libertad, “pues no contemplaría los casos ni la forma que tales privaciones pueden considerarse admisibles desde el punto de vista constitucional aunque sean absolutamente necesarias para la práctica administrativa diaria de la devolución⁴¹⁶. Sin embargo, realizando una interpretación conjunta de tales preceptos así como del artículo 23.2 del RD 557/2011, en el que se prevé que en el supuesto de que se intercepten ciudadanos extranjeros que pretendan entrar irregularmente en España, serán conducidos “con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía”, habrá de deducirse la habilitación legal a fin de proceder a su detención gubernativa. Además, no podemos olvidar que tal detención,

⁴¹⁴ Artículo 61.1 d): “Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor (...) podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: (...) d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa, o sus agentes, por un periodo máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento (...)”

⁴¹⁵ J.A. TOMÉ GARCÍA, “La detención necesaria para ejecutar la sanción de expulsión, el regreso o la devolución”, cit., pág. 147.

⁴¹⁶ D. MOYA MALAPIERA, “La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, cit., pág. 226.

supuestamente, tiene como finalidad *impedir su entrada ilegal*, que encuentra su amparo en el artículo 5.1.f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En cuanto a la naturaleza de dicha detención, es obvio que se trata de una medida de carácter cautelar que se deduce en primer término, del propio artículo 61 de la LOEx, en el que se contempla la detención como medida cautelar, “por un periodo máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento” y “desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador”, aplicándolo en el caso que nos ocupa, “en el que pueda proponerse” no solo la expulsión sino también la devolución por extensión del artículo 58. Y en segundo término, en tanto en cuanto la principal finalidad de dicha detención no es solo garantizar que durante el procedimiento y hasta la ejecución de la medida de devolución, el extranjero se encuentre a disposición de la Administración sino también que pueda ser ejecutada. En este sentido, podemos predicar el carácter puramente cautelar de la detención hasta que se dicte el acuerdo de devolución. Ahora bien, y habida cuenta de que del mismo modo se prevé la detención de extranjeros contra quienes exista ya un acuerdo administrativo de devolución, a fin de ejecutar el mismo, podría hablarse también de un carácter coercitivo toda vez que constituye una verdadera *medida de coerción, pues se trata de dar cumplimiento a lo ya acordado*⁴¹⁷, manteniendo al extranjero a disposición de la Administración a fin de que pueda ejecutar la misma con carácter inmediato.

B. Internamiento

La posibilidad de acordar el internamiento de extranjeros se contempló ya en nuestra primera Ley de Extranjería de 1985, aunque como ya indicamos, exclusivamente para los supuestos de extranjeros incurso en un procedimiento de expulsión o bien que esta ya se hubiera acordado y el extranjero no hubiera abandonado voluntariamente el territorio nacional. De forma definitiva y tras la modificación producida por LO 14/2003, se prevé la posibilidad de interesar el internamiento para aquellos extranjeros sujetos a un procedimiento de devolución por cualquiera de las causas en las que se pueda acordar, es decir, tanto para aquellos que hayan sido interceptados en frontera,

⁴¹⁷ A. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, cit., pág. 18.

tratando de entrar ilegalmente como en el caso de extranjeros que habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada.

Legalmente, y conforme al artículo 58.6 de la LO 4/2000 en relación con los artículos 61 y 62 del mismo texto legal, el internamiento se configura como una medida cautelar preventiva, de carácter jurisdiccional, que consiste en mantener al extranjero privado de libertad con la única finalidad de ejecutar la medida de devolución que pudiera acordarse o la devolución ya acordada. Sin embargo, tal y como señalan algunos autores, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, sólo estaríamos ante una medida cautelar *strictu sensu*, cuando se trate de un internamiento acordado durante el tiempo que se tramite el correspondiente expediente administrativo⁴¹⁸. En el mismo sentido se pronuncia TOMÉ GARCÍA, que tras afirmar que efectivamente el internamiento preventivo “es una medida cautelar, tanto por la finalidad, como por sus características y los presupuestos que han de concurrir para que se pueda acordar”, adoptándose para asegurar la ejecución de la resolución que pudiera dictar, mantiene que “cuando el internamiento preventivo se acuerda una vez dictada la resolución de expulsión o, en los casos de devolución o regreso hay que reconocer que, como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 27 de julio, dicho internamiento más que una medida cautelar, participa de la naturaleza de medida de ejecución forzosa de un acto administrativo”⁴¹⁹.

A pesar de tal previsión legal, y como veremos a continuación, el amparo constitucional que posee la adopción de tal medida, es conveniente hacer dos precisiones. La primera de ellas, la circunstancia de que el internamiento supone la privación de libertad de una persona- por un tiempo de hasta sesenta días- que se adopta, fundamentada única y exclusivamente en la comisión o presunta comisión de una infracción administrativa y, decimos presunta porque, existe la posibilidad de internar a extranjeros con anterioridad a la adopción de la resolución definitiva en la que se acuerde si efectivamente el extranjero es responsable de dicha infracción. Y la segunda, que tal privación de libertad, prevista inicialmente para un procedimiento sancionador- expulsión-, se contempla también para los supuestos de devolución y

⁴¹⁸ A. M^a. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, cit., pág.117.

⁴¹⁹ J.A. TOMÉ GARCÍA, “El internamiento preventivo de extranjeros como medida cautelar: cuestiones generales”, cit. pág. 26.

denegación de entrada que como ya hemos visto, y tal y como tiene acordado el Tribunal Constitucional, no tienen tal carácter sancionador.

Analizaremos ahora las condiciones en las que se puede adoptar tal medida privativa de libertad.

B.1 Competencia

Con independencia del procedimiento en el que se adopte, lo cierto es que la medida de internamiento es una medida judicial en tanto en cuanto, la única autoridad competente para acordarla es el órgano judicial y concretamente el Juez de Instrucción del lugar donde se encuentre el extranjero detenido⁴²⁰, siendo también este quién deba acordar el cese del mismo. Algunos autores, FERNÁNDEZ ARÉVALO⁴²¹, NARVÁEZ RODRÍGUEZ⁴²² y BERMEJO ROMERO DE TERREROS⁴²³, han apuntado la conveniencia de atribuir la competencia para acordar el internamiento a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, (al igual que se llevó a cabo la atribución de competencias a esos Juzgados en relación a las autorizaciones de entrada en los domicilios, en virtud de la reforma introducida en el artículo 91.2 de la LOPJ, por LO 6/1998 de 13 de julio) por distintos motivos. Entre los que se apuntan: que el internamiento es una medida cautelar pero de carácter administrativo y no penal; que se tratarían de funciones de control de legalidad de la actividad de la Administración en garantía de derechos fundamentales y que dicho control se ejercería de forma realmente eficaz por los Juzgados de lo Contencioso ya que estos son los que tienen atribuidas competencias de revisión de la potestad administrativa en materia de extranjería. Aunque, claro está, supondría tanto una modificación de las competencias de los

⁴²⁰ Artículo 61.6 de la LO 4/2000: “A los efectos del presente artículo, el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención (...)”.

⁴²¹ L. FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Tutela del derecho a la libertad por el orden jurisdiccional penal y medidas repatriativas de extranjeros” *Estudios jurídicos*, 2004, págs. 1 a 65, recurso electrónico disponible en www.cej.justicia.es, fecha de la consulta agosto de 2015.

⁴²² A. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, cit.

⁴²³ J.A. BERMEJO ROMERO DE TERREROS, “Medidas cautelares: internamiento. Régimen penitenciario de internos extranjeros” *Estudios jurídicos*, núm.1, 2003, págs.769 a 792.

Juzgados de lo Contencioso como la previsión de Juzgados de guardia de este orden jurisdiccional.

Por el contrario, TOMÉ GARCÍA, considera que la “opción que ha efectuado el legislador, es la más acertada. Es el Juez de Instrucción el órgano jurisdiccional para autorizar una medida privativa de libertad tan relevante como es el internamiento preventivo de extranjeros, medida que debe autorizarse respetando las garantías constitucionales, propias del ámbito penal”⁴²⁴. Es cierto que durante la tramitación parlamentaria de la reforma de la legislación de extranjería (LO 2/2009), y con la finalidad de *descriminalizar la conducta del extranjero*, toda vez que solo es un infractor administrativo, se propuso atribuir competencias a los Juzgados de lo Contencioso en todo lo relativo a extranjería, incluidas la autorizaciones de internamiento pero ello no prosperó, considerándose más adecuada otorgar tal competencia a los Juzgados de Instrucción⁴²⁵.

Sea como fuere, lo cierto es que no se ha producido reforma alguna en el sentido apuntado y que los Juzgados de Instrucción, hoy por hoy, son los únicos con potestad para autorizar dicho internamiento y por ende, para privar de libertad a los extranjeros incursos en procesos administrativos de expulsión, devolución o retorno, sin perjuicio de la posibilidad de revisión de la decisión gubernativa a través de los correspondientes recursos contencioso-administrativos e incluso la adopción de medidas cautelares o cautelarísimas a través de las cuales podría dejarse no sólo en suspenso la ejecución de la medida sino también y en consecuencia, la puesta en libertad del extranjero.

En cuanto a la competencia territorial, le corresponde al Juez del lugar donde se practique la detención, tal cual establece el artículo 62.6 de la LOEx. No obstante, los Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería⁴²⁶, señalan que los letrados deben “cuidar que el Juzgado de Instrucción ante el que se presente la petición de autorización de internamiento en el CIE sea el del lugar en que se haya producido la

⁴²⁴ J.A. TOMÉ GARCÍA, “Competencia para autorizar el internamiento”, cit., pág. 173.

⁴²⁵ A. M^a. CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, cit., pág. 117.

⁴²⁶ Protocolos elaborados por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía española, junio 2012, pág. 21, recurso electrónico disponible en www.icab.es/files, fecha de la consulta 20 de agosto del 2015.

detención (artículo 62.6 de la LOEX y 258.1 del Reglamento), no permitiendo la práctica policial de formular las peticiones ante aquellos Juzgados que puedan ser más proclives a la admisión de decisiones de internamiento”.

Una de las novedades que se produce con la reforma LO 2/2009 de 11 de diciembre, es la de introducir la figura del “Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los centros de internamiento” y en su caso, *las salas de inadmisión de fronteras*, correspondiéndole tal competencia al Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados tales establecimientos⁴²⁷. La creación de esta figura se hacía necesaria por dos motivos fundamentales, el primero, porque en muchas ocasiones se internaban a los extranjeros en centros que se encontraban ubicados en localidades distintas de las del Juez de Instrucción que acordó tal internamiento, por lo que el seguimiento de la privación de libertad del extranjero se hacía muy dificultoso. El segundo, y lo que es más importante, se trataría de evitar determinadas prácticas de la propia Administración, que han venido sucediéndose y que dejaban en grave situación de desamparo a los extranjeros, vulnerándose incluso su derecho a la tutela judicial efectiva. Tales actuaciones consistían en ejecutar de forma inmediata las expulsiones o devoluciones, sin notificar previamente a los extranjeros en horas adecuadas y con el tiempo suficiente para comunicar tal circunstancia a familiares o al abogado que ejerciera su defensa a fin de que pudiera interponer recurso contencioso ante la jurisdicción contenciosa administrativa así como instar las medidas cautelarísimas o cautelares que se considerasen adecuadas. Por lo tanto y al amparo de la reforma producida, la Administración viene obligada a informar previamente al extranjero internado de cómo y cuándo se ha de llevar a cabo tal devolución o expulsión para evitar que su derecho a la defensa no resulte lesionado⁴²⁸.

⁴²⁷ Artículo 62.6 de la LOEx.

⁴²⁸ En este sentido hemos de señalar la resolución judicial dictada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid (Juzgado en funciones de control jurisdiccional del CIE de Madrid), Auto de fecha 15 de abril del 2014, en el que se indica que a los internos no se les proporciona el expediente de expulsión ni las resoluciones que se adopten en relación al mismo limitándose así *la posibilidad de ejercer la defensa de sus derechos en todos los órganos jurisdiccionales*. Del mismo modo constata la especial situación en la que se encuentran los extranjeros internos en el CIE de Madrid, procedentes de distintos lugares geográficos de España y que se ven privadas del conocimiento de sus expedientes, a quienes no se les facilita copia de la resolución de expulsión y a veces ni el auto de internamiento. Para evitarlo, el Juzgado exige que cada interno, a su ingreso en el CIE, reciba copia íntegra de todo el expediente administrativo.

Estas situaciones se agravan especialmente con aquellos extranjeros, procedentes de zonas de conflicto, que van a ser devueltos y a quienes no se les informa acerca de la posibilidad de formalizar una solicitud de protección internacional incumpléndose de esta forma, por parte de la Administración, una Instrucción de la Dirección General de Política Interior de 21 de noviembre del 2005 (en vigor), en la que se establece que en todos los Centros de Internamiento dispondrán de folletos informativos para los internos a fin de que puedan ser informados sobre su derecho a solicitar asilo durante el tiempo que se encuentren internados. Ello ya se había constatado, concretamente en el CIE de Madrid, con ocasión de la expulsión de un grupo de ciudadanos de Mali (dieciocho de ellos se encontraban en el CIE), a quienes no se les informó de la posibilidad de formalizar una petición de asilo, siendo Mali, además, un país de gran inestabilidad política y en el que en los últimos años se habían producido conflictos armados. Tampoco se les avisó previamente de la fecha del vuelo, es decir, del momento en el que se iba a ejecutar la expulsión, aún a sabiendas, de que se trataba de un vuelo colectivo organizado por el Ministerio del Interior y por tanto, conocido. Así y tras la queja recibida por parte de CEAR, Karibú y Pueblos Unidos, el Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid, dicta en fecha 15 de abril un Auto en el que se destaca el “carácter no penitenciario de los Centros de Internamiento cumpliendo una función de privación de la libertad deambulatoria pero en modo alguno priva a los internos de los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico (...) y, desde luego de las derivadas de los Tratados Internacionales vigentes en España”. También señala que entre las personas internadas pueden encontrarse personas necesitadas de protección internacional que “de forma mecánica se ven internados sin que hayan tenido ni tan siquiera la posibilidad de ejercer las peticiones de asilo que pudieran ampararles (...)”. El Auto finaliza requiriendo al Director del CIE de Madrid a fin de que se informe a los internos sobre la posibilidad de solicitar una petición de protección internacional debiendo dejar constancia de ello.

Siguiendo la misma línea, se pronuncia el Juzgado de Instrucción nº 1 de Barcelona, con funciones de control jurisdiccional del centro de internamiento de esta localidad, de 23 de junio del 2014, en el que se acuerda y requiere de la obligatoriedad de que se disponga en el CIE de boletines informativos de los derechos que les asisten a los internos y, en el caso de extranjeros no alfabetizados, deberá informárseles de tales derechos *de forma verbal, pausada, sin prisas y de manera comprensible*. El contenido

del Fundamento de Derecho Tercero, lo dedica a cómo ha de realizarse la información acerca de las peticiones de asilo que considera relevante respecto de los nacionales de países que se encuentran en guerra como es el caso de Malí, Siria o Irak. Pues bien en estos casos, el Magistrado “considera conveniente que en el CIE de Barcelona se facilite a los internos el día de su llegada la misma información sobre la posibilidad de pedir asilo que se ha acordado que se otorgue a los internos del CIE de Madrid mediante el Auto del Juzgado de Instrucción nº 6”.

Ya con anterioridad a la fecha de los Autos analizados, por parte de los Juzgados encargados del control del CIE de Madrid (Juzgados de Instrucción nº 6, 19 y 20), ya se dictó resolución judicial, (Auto colectivo de 27/02/2012), en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 62.6 de LO de Extranjería, en su redacción dada por LO 2/2009 de 11 de diciembre, en el que se acordó que

“la expulsión (o en su caso devolución) realizada de esta forma, sin información previa, vulnera por un lado el derecho a estar informados de su situación, pero también, el derecho fundamental a un trato digno, y dado que dicha conducción hasta su país se produce en situación de privación de libertad y considerando que la información debe ser garantizada con antelación y por tanto durante el internamiento en el CIE”

a lo que debemos añadir que también se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que se le impediría al extranjero informar al letrado que tenga designado para que si procede, interponga recurso contencioso o inste la adopción de medidas cautelarísimas. Pues bien a fin de evitar tal vulneración se acuerda que se adopten en el CIE, los medios necesarios

“para garantizar el derecho de los internos a conocer, con una antelación de 12 horas, el momento en que se va a producir la expulsión, el número de vuelo, la hora de llegada y la ciudad de destino, y al mismo tiempo se les deberá facilitar en ese lapso de tiempo los medios necesarios para poder realizar llamadas telefónicas con la finalidad de avisar a sus parientes o conocidos de España o de su país de su llegada, a fin de posibilitar la organización del regreso. Ese derecho debe ser garantizado a todos los internos ya lo pidan o no, ya hagan uso del derecho a llamar a sus parientes o no”.

Como podemos observar y a pesar, por un lado, de la creación de los Juzgados que ejercen el control jurisdiccional del internamiento de los extranjeros, con los que se trata

de evitar que se vulneren los derechos de los extranjeros internados y que dicho control sea efectivo y no quede vacío de contenido, en aplicación, no sólo de lo establecido en la propia Ley de Extranjería sino también, en el Reglamento de funcionamiento de los Centros de Internamiento⁴²⁹. Y por otro lado, de las resoluciones judiciales dictadas requiriendo a los directores de los distintos CIES del deber de informar a los internos en el momento de su llegada acerca de los derechos que le asisten; la Administración continúa obviando tales obligaciones legales y procede a hacer efectivas las expulsiones y/o devoluciones de extranjeros aún a costa de vulnerar tales derechos fundamentales.

B.2 Procedencia y motivación

El internamiento se ha de acordar siempre a instancia y previa solicitud de la Administración, en el curso de un procedimiento administrativo o, una vez finalizado este, para la ejecución de la resolución administrativa acordada, siempre que la ejecución de la misma no pueda llevarse a cabo en el plazo de 72 horas (devolución, expulsión o regreso al país de procedencia al haberse rechazado la entrada del extranjero en territorio español por incumplimiento de los requisitos legales). El artículo 58 de la LOEx, nada dice acerca de cuál sea el órgano administrativo competente para instar el internamiento. Tampoco se menciona nada al respecto en el Reglamento de ejecución sin embargo, entendemos que ha de ser *el instructor* del procedimiento, tal y como indican los artículos 61 y 62 del mismo texto legal, y que tal instructor ha de ser un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, conforme señala el artículo 246.3 del Reglamento de ejecución de la LOEx: “si la expulsión no se pudiere ejecutar en el plazo de setenta y dos horas desde el momento de la detención, el instructor o el responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante el que se presente el detenido (...)”. En el mismo sentido se establece en el Reglamento de funcionamiento de los Centros de internamiento, donde en su artículo 23, relativo a la solicitud de internamiento derivada de un procedimiento de expulsión, devolución o denegación de

⁴²⁹ Aprobado por Real Decreto 162/14 de 14 de marzo, BOE 64, de 15 de marzo del 2014, en cuyo artículo 29 se recoge que la obligación de ser informados acerca de su derecho a dirigir peticiones, quejas al Juez competente para el control de la estancia en el centro cuando considere vulnerados sus derechos fundamentales. Y en el artículo 16 se contemplan todos los derechos que les asisten a los internos, entre los que debemos destacar la comunicación inmediata de su ingreso no sólo a la persona que indique sino también a su abogado, a ser asistido de abogado y comunicarse con él incluso fuera del horario habitual si existen razones de urgencia que lo justifiquen y, a ser informado de su situación y de todas las resoluciones administrativas y judiciales que le afecten.

entrada, en su apartado primero, señala que “la solicitud de ingreso se formalizará de manera motivada ante la autoridad judicial (...) por el instructor del expediente administrativo”⁴³⁰.

Como mencionamos con anterioridad, la figura del internamiento ya se contempló en la primera Ley de extranjería del 85, y a pesar de que fue objeto de recurso de amparo por parte del Defensor del Pueblo, la constitucionalidad de tal privación de libertad ha quedado fijada desde la Sentencia 115/87 de 7 de julio que resuelve dicho recurso.

El Defensor del Pueblo planteó la inconstitucionalidad del artículo 26.2 de la LO 7/85⁴³¹ en el que se contemplaba el internamiento de extranjeros incurso en procedimientos de expulsión y que suponía su privación de libertad por un tiempo de hasta 40 días. Mantenía que dada la naturaleza administrativa del procedimiento de expulsión y la prohibición constitucional de que la Administración imponga sanciones que impliquen privación de libertad, no puede adoptar tal medida de internamiento aunque fuere con carácter cautelar. Por el contrario, el Tribunal Constitucional

⁴³⁰ El pasado 27 de julio del 2014, la Dirección General de Policía aprobó una nueva Circular que recoge los criterios a valorar para solicitar el ingreso en los Centros de Internamiento. Tras expresar que el internamiento, como medida cautelar “tiene como finalidad asegurar la resolución final de la expulsión, devolución o regreso” indica que no procedería su solicitud si “existen parámetros que indican que esta no se llevará a efecto”. Se establece que las peticiones dirigidas a la autoridad judicial “reflejen realmente la situación personal, social y familiar del ciudadano extranjero así como la viabilidad de que pueda llevarse a efecto la medida de repatriación”, el objetivo a conseguir es “optimizar la ocupación de los CIEs”. Entre los criterios a valorar, refiere: circunstancias de carácter personal (entre otras: vínculo familiares, hijos menores a cargo, si supone un riesgo para el orden público o la seguridad nacional; en el caso de mujeres, si se encuentran embarazadas, su estado físico y/o psíquico, si han sufrido violencia o malos tratos); viabilidad de la ejecución de la repatriación (si tiene a su disposición pasaporte o documento de viaje, si su país de origen tiene representación consular en España y en caso de estar indocumentado, posibilidades de ser documentado dentro del plazo máximo de internamiento-60 días-); países en riesgo : “antes de solicitar el internamiento, el instructor consultará los listados del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) con el fin de conocer la situación de conflicto bélico o de otra índole del país al que van a ser repatriados, o si esa repatriación puede implicar riesgo para su vida o integridad física, penas o tratos inhumanos, degradantes o torturas”. Finalmente se contempla que “la Dirección General de la Policía recuerda que existen otras medidas cautelares para asegurar la expulsión que también pueden ser adoptadas, como la presentación periódica ante el instructor o la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad”, “Nota de prensa de la Dirección General de Policía”, recurso electrónico disponible en http://www.policia.es/prensa/20140727_2.html, fecha de la consulta 23 de agosto del 2015.

⁴³¹ Recordemos que el artículo 26.2, párrafo segundo señalaba que “La Autoridad Gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero en el plazo de 72 horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario”

considera que a pesar de que la decisión sobre el procedimiento administrativo corresponde en todo caso al órgano gubernativo, el mantenimiento o no de la privación de libertad-más allá de las 72 horas previstas para la detención gubernativa- es una decisión que debe adoptar de forma necesaria la autoridad judicial. Y la Administración, *como titular de intereses públicos*, debe limitar su actuación a *interesarse* (expresión que el TC entiende equivalente a *solicitar*) el internamiento pero ello no significa

“en contra de lo que opina el Defensor del Pueblo que la decisión misma en relación al mantenimiento o no de la libertad haya de quedar en manos de la Administración” (...) Lo que el precepto legal establece es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de las 72 horas, ha de solicitar del Juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión (...).”

Por lo tanto, la decisión sobre la pérdida de libertad es una medida judicial que deberá adoptarse conforme a lo establecido en la Constitución y respetando los derechos que asisten a todos los detenidos. Aunque el órgano jurisdiccional no pueda valorar la legalidad de la causa de expulsión o en su caso, devolución o denegación de entrada, toda vez que ello corresponde a los Juzgados de lo Contencioso administrativo, sí que tiene que constatar la existencia de tal circunstancia, según el supuesto de que se trate, pudiendo adoptar libremente su decisión

“teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (...) sino a las concernientes entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Interpretado en estos términos el precepto impugnado es plenamente respetuoso no sólo del artículo 17.2 CE sino, al mismo tiempo, también del artículo 25.3, al no ser una decisión administrativa sino judicial la que permite la pérdida de libertad (...).”

Algún autor ha planteado la duda, a pesar de lo mantenido por el TC, de si el internamiento no vulneraría el artículo 25.3 de la CE en el que se establece que “La Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad”. Se argumenta que “una interpretación de tal precepto acorde a su fin, que no es otro que el de la protección del derecho fundamental a la

libertad, aconsejaría no excluir de su ámbito las medidas cautelares de privación de libertad (...) El Tribunal Constitucional concibe en esta resolución (la STC 115/87), el artículo 25.3 como una garantía relativa al órgano que decreta la privación de libertad- poder judicial *versus* Administración- y no como una garantía por razón de la materia- ámbito penal *versus* Derecho administrativo”, concluyendo que a pesar de que se haya mantenido la constitucionalidad de tal figura jurídica lo cierto es que ello permite “suspender un derecho tan básico como la libertad ambulatoria para asegurar la ejecución de una eventual sanción administrativa”⁴³².

Continúa el Tribunal afirmando que la medida de internamiento deberá adoptarse con carácter excepcional, es decir, que “la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o prevención que habrán de ser valoradas por el órgano judicial” (Fundamento de Derecho Primero) a lo que habría que añadir que la propia ley, entonces y actualmente la LO 4/2000, señala que el *internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente*. Consecuentemente con ello, tal privación de libertad debe acordarse única y exclusivamente con la finalidad de ejecutar la resolución administrativa que pudiera acordarse o bien que haya sido ya acordada y en todo caso, “cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones, para proceder a la expulsión o devolución, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio, o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal” (artículo 62.3 de la LO 4/2000).

Además habrán de valorarse otras circunstancias antes de adoptar el internamiento como son, *las propias que concurren en el supuesto concreto, razones de seguridad, orden público...*pero también las propias circunstancias personales del extranjero como

⁴³² M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Para que el derecho no se detenga en las puertas de los CIE. Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 62, Madrid, 2009, artículo escrito en el marco del Proyecto de investigación “El internamiento de extranjeros: informes, propuestas de regulación, recomendaciones y actuaciones concretas para un mayor respeto de los derechos fundamentales”, financiado por el Colegio de Abogados de Madrid en la Convocatoria 2008 para Ayudas para Proyectos de Responsabilidad Social de la Abogacía, págs. 4 y 5, recurso electrónico disponible en <http://www.icafe.com/docs/estrangeria/documents/arjie.pdf>.

pueda ser su situación de arraigo social, laboral, familiar; la existencia de un domicilio conocido, los medios de vida con los que cuenta, si ha instado su regularización en España- especialmente en los casos de la existencia de una medida de expulsión- y cualquier otra que pueda afectar a su situación personal⁴³³. Pues bien, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, el Juez, en aplicación de los principios de proporcionalidad y de *favor libertatis*, adoptará la decisión correspondiente acerca del internamiento interesado por la Administración⁴³⁴.

Hemos de precisar que, en el caso que nos ocupa, esto es, la devolución, entendemos que han de apreciarse otras situaciones en las que puedan encontrarse los extranjeros sujetos a tal medida. Así, en el caso de mujeres embarazadas, tal cual establece el artículo 58.4 de la LO 4/2000, que no podrán ser devueltas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre, si efectivamente no puede llevarse a cabo, y a pesar de que el Reglamento indique que quedará en suspenso la ejecución de tal medida, debería ser causa suficiente para no acordar el internamiento. Del mismo modo no debería autorizarse el internamiento en los supuestos que contempla el artículo 23.8 del Reglamento de ejecución de la LO de Extranjería, en su redacción actual, esto es en el caso de extranjeros que interceptados en el territorio nacional y sobre los que exista una orden de devolución no ejecutada, hayan instado la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. El funcionario de policía en tales situaciones, y con carácter previo a instar el internamiento, debería solicitar al órgano que conozca del procedimiento administrativo de tal petición de residencia que informe sobre si concurren los requisitos para su concesión y conforme a tal información, y si efectivamente se cumplen con dichos requisitos, debería abstenerse de instar tal medida privativa de libertad. No obstante y si la Administración no procediera de tal forma, el órgano judicial que tuviera que decidir

⁴³³ El artículo 62.1 de la LO 4/2000, establece que “El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, 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 incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, 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. Así mismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero”.

⁴³⁴ En el mismo sentido se pronuncia la STC 144/1990 de 26 de septiembre, Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto.

sobre el internamiento debería tomar en cuenta tal circunstancia en orden a adoptar o no el internamiento⁴³⁵. En cuanto a los ciudadanos extranjeros que hayan sido detenidos, pretendiendo entrar ilegalmente en España, y soliciten asilo, aunque pueden igualmente ser privados de libertad, la ejecución de una posible devolución quedaría en suspenso hasta tanto en cuanto no se decidiera sobre la admisión o inadmisión a trámite de su petición, cuestión que abordaremos con más detalle en el capítulo siguiente.

A pesar de que tanto la LO 4/2000, en su redacción inicial como en la reforma operada por LO 8/2000, tan sólo preveían la posibilidad de internamiento en los supuestos de devolución de aquellos extranjeros que habiendo sido expulsados previamente hayan contravenido la prohibición de entrada (Artículos 54.4 y 58.5 respectivamente); sin embargo, el Reglamento de ejecución, aprobado por RD 864/2001, a pesar de la inexistencia de la cobertura legal, amplió y reguló la posibilidad de acordar el internamiento en ambos supuestos tal cual se recoge en el artículo 127.2 c): “Solo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concorra alguno de los siguientes supuestos: (...) c) Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento(...)”. Sin embargo, y tras el Recurso interpuesto contra el RD 864/2001 de 20 de julio, la Sentencia del Tribunal Supremo 1924/03 de 20 de marzo del 2003, Sala de lo Contencioso, Sección Sexta, declara que dicho artículo vulnera

el artículo 58.5 de la LO de Extranjería ya que este precepto legal tan solo admite que el internamiento en los supuestos que la devolución tenga lugar por haberse infringido la prohibición de entrada, es decir en los supuestos del apartado 2 a) del artículo 58 de la Ley (...). Extender por vía reglamentaria una medida cautelar que afecta al Derecho a la libertad en supuestos no previstos legalmente resulta contrario al Ordenamiento Jurídico y, por tanto el precepto impugnado debe ser anulado (...).”

⁴³⁵ Prueba de ello es la Resolución de la Subdelegación de Gobierno de Tenerife de 12 de julio del 2010, mediante la que se revoca, de oficio, la orden de devolución que existía contra un ciudadano senegalés a quien se le había concedido autorización de residencia por circunstancias excepcionales por resolución de la Subdelegación de Gobierno de Vizcaya. Con esta resolución se da cumplimiento al acuerdo verbal de octubre del 2009 por el cual las Subdelegaciones y/o Delegaciones de Gobierno, se requerirán de auxilio interadministrativo para revocar aquellas resoluciones de expulsión y/o devolución en supuestos de mera estancia irregular, sin necesidad de pedirlo previamente el interesado. Recurso electrónico disponible en www.migrarconderechos.es, consulta realizada en fecha 15 de marzo del 2015

No obstante tal Sentencia y como consecuencia de su contenido, se produce una nueva reforma de la LOEx, por LO 14/2003, de 20 de noviembre, que modifica el artículo 58.5, ampliándose la medida de internamiento para ambos supuestos en los que proceda la expulsión, es decir, se contempla tal medida también para los casos de extranjeros que pretendan entrar ilegalmente. Tal modificación se mantiene en la redacción actual de la Ley de extranjería.

B.3 Sustanciación del procedimiento

El órgano judicial competente, una vez interesado el internamiento por la autoridad policial y, “previa audiencia del extranjero y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes (...)”, artículo 62.1 de la LOEx. Analicemos este precepto:

Interesado el internamiento, el extranjero pasará a disposición judicial a fin de que previamente a acordar o no tal medida, sea oído por el órgano jurisdiccional competente: el ejercicio del derecho a la defensa se traduce en la necesidad de ser oído previamente a la adopción de la resolución que acuerde el internamiento. Tal audiencia previa se encuentra en consonancia con la STC 115 /87 ya referida, en la que se recoge que “(...) La intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario (...)”. En esta audiencia también será oído el representante del Ministerio Fiscal que podrá pronunciarse igualmente sobre la procedencia o no del internamiento⁴³⁶ y será el momento adecuado para que el extranjero declare, proponga prueba y el letrado alegue y acredite las circunstancias que concurren en el mismo, no sólo en las que fundamente que la medida de internamiento no es apropiada ni proporcional sino también, y especialmente, aquellas que puedan suponer o conllevar la propia suspensión de la

⁴³⁶ El Juez, por tanto, deberá convocar al Ministerio Fiscal. En la Circular de la Fiscalía General del Estado, 2/2006, señala que “a la vista de la naturaleza de los intereses en juego, resultando afectado un derecho fundamental de la persona como es la libertad, interpretando sistemáticamente el artículo 62 de la LOEx en relación con el artículo 505 de la LECr y teniendo en cuenta las funciones asignadas al Fiscal por la Constitución y su Estatuto Orgánico, es conveniente la presencia del Fiscal en el acto de la audiencia y la emisión de informe previo a la decisión judicial (...) y, aconsejable desde la lógica procesal, para poder realizar un control de legalidad del internamiento.

ejecución de la devolución (enfermedad, mujeres embarazadas, solicitantes de Asilo). En este sentido y como ya apuntamos anteriormente, cobra especialmente relevancia las particularidades que pudieran concurrir en aquellos extranjeros que habiendo sido expulsados hayan contravenido la prohibición de entrada y se encuentren en territorio español en singulares situaciones de arraigo social, laboral e incluso familiar. En este caso el Juez tendrá que verificar principalmente la causa de la devolución, que la expulsión o devolución que ha motivado la adopción de tal medida esté aún vigente, las circunstancias de arraigo si existieran e incluso el hecho de si ha tratado de regularizar su situación habiendo solicitado cualquier autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo.

El Juez de instrucción además, deberá examinar: a) si concurren los presupuestos materiales para interesar el internamiento, es decir, si concurre alguna de las causas que permiten el internamiento y en el caso que nos ocupa, la existencia de un procedimiento administrativo de devolución o la resolución en la que se haya acordado tal devolución⁴³⁷; también, en el caso de que se haya acordado la devolución, que dicha resolución ha sido notificada al interesado, la vigencia de la misma y las razones aducidas por la Administración para poder verificar que tal medida efectivamente no puede llevarse a cabo en el plazo de setenta y dos horas y de ahí, la necesidad del internamiento⁴³⁸; b) otras razones de orden público, domicilio conocido, riesgo de fuga, la inexistencia de causas personales que puedan excluir tal devolución, c) circunstancias personales de arraigo y, d) en aplicación del principio de proporcionalidad, que la decisión del internamiento sea realmente imprescindible para asegurar la finalidad del procedimiento, que no es otro que la ejecución de la devolución; debiendo, en todo caso, primar el principio de *favor libertatis*: “(...) el internamiento del extranjero debe

⁴³⁷ “(...) El órgano judicial por otra parte, habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso pero no las relativas a la decisión de expulsión sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada (...)” STC 144/90 de 23 de octubre. Fundamento de Derecho Cuarto. El Juez de Instrucción no podrá valorar ni decidir si las causa de expulsión o devolución invocada es o no conforme a la legalidad, toda vez que dicha competencia le corresponde a los Juzgados de lo Contencioso. Del mismo modo se pronuncian las SSTC 260/2007, del Pleno, de 20 de diciembre Fundamento Jurídico Sexto y 169/2008 de 15 de diciembre, Sala Primera: “La medida de internamiento del extranjero para proceder a su expulsión (o devolución en el caso de que no pueda ejecutarse en el plazo de 72 horas) exige que sea el Juez de Instrucción competente quien disponga el ingreso en un centro de internamiento mediante Auto motivado y, en el que atendidas las circunstancias concurrentes y (...) la causa de devolución o expulsión invocada por la autoridad gubernativa (...)”

⁴³⁸ J.A. TOMÉ GARCÍA, cit., pág. 98.

regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención que deberán ser valoradas por el órgano judicial (...)", STC 144/90 de 26 de septiembre y STC 182/1996 de 12 de noviembre. En el caso concreto de las devoluciones entendemos que el órgano judicial habrá de ser especialmente diligente cuando se encuentre ante extranjeros que no puedan ser devueltos porque no existan acuerdos de readmisión con su país de procedencia o porque los países de origen no acepten su retorno, supuestos en los cuales no podrá llevarse a cabo la devolución y por tanto, creemos que la adopción de la medida privativa de libertad no se encontraría justificada.

La resolución mediante la que se acuerde haber lugar o no al internamiento adoptará la forma de auto motivado (artículo 62.1, párrafo segundo) que deberá contener las razones conformes a las cuales se haya decidido o no su procedencia, referidas además, al caso concreto. La STC 115/87 ya aludía a la necesidad de tal motivación:

"(...) la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser adoptada por resolución motivada que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (...) en conexión con los artículos 6.3 y 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...)" . No caben por tanto, decisiones de internamiento "(...) de forma colectiva, con motivación genérica (...) no expresando los motivos y causas en virtud de los cuales acuerdan el internamiento (...). Esta ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad de la hoy recurrente así decretada, infringe los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y la libertad, consagrados en los artículos 24.1 y 17.1 de la CE (STC 144/90, Fundamento Jurídico Quinto) ⁴³⁹ .

⁴³⁹ En el mismo sentido, se pronuncia la STC 169/2008, de 15 de diciembre, resuelve otorgar el amparo solicitado, reconociendo el derecho a la libertad y a la tutela judicial efectiva, derechos que fueron conculcados por los Autos tanto del Juzgado de Instrucción nº 25 de Madrid, que acordó el internamiento como el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16, que confirmó el dictado por el Juzgado , anulando los mismos, señalando que dichas resoluciones judiciales no tuvieron en cuenta las circunstancias concurrentes del extranjero- que fue detenido por haber contravenido la prohibición de entrada establecida en una orden de expulsión y cuya devolución se pretendía-que fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad, haciendo referencia únicamente a la existencia de la causa de devolución. Por lo tanto, el TC considera que los Autos que acordaron su internamiento no estaban motivados suficientemente.

En tanto en cuanto nos encontramos con la adopción de una medida cautelar que conlleva una verdadera privación de libertad, la motivación de las resoluciones judiciales constituye una garantía reforzada tendente a cumplir, por un lado, la finalidad última de la misma, esto es, el aseguramiento de la devolución y por tanto, y conforme al principio de excepcionalidad que debe regir en las privaciones de libertad, el Juez tan solo podrá adoptarla cuando existan “indicios sólidos de que el extranjero pueda eludir la expulsión”⁴⁴⁰. Es cierto que la doctrina constitucional no requiere una motivación pormenorizada pero al menos han de recogerse las razones en base a las cuáles han sido los “criterios jurídicos esenciales de la decisión, es decir, *la ratio dicendi* que ha determinado la adopción de la resolución”⁴⁴¹.

Las resoluciones judiciales en las que se acuerda no haber lugar al internamiento de extranjeros incursos en expedientes sancionadores de expulsión o devolución, son numerosas y diversas, bien por la no concurrencia de motivos suficientes para acordar la privación de libertad o bien por irregularidades en la tramitación administrativa o en las detenciones. Así consideramos significativos, entre otros, el Auto del Juzgado de Instrucción nº 9 de Bilbao de 28 de agosto del 2009, mediante el que se deniega el internamiento porque la extranjera detenida no fue asistida por letrado en el momento de la detención, tampoco estuvo presente letrado alguno en el momento de la notificación del acuerdo de devolución habiendo sido mantenida su detención durante más de un día sin practicar otras diligencias que motivaran la misma, constando además la existencia de domicilio conocido y el hecho de que el hijo de la detenida, menor de edad, se encontraba también en territorio nacional y a su cargo.

Del mismo modo y cuando el Juez aprecie indicios de que la ejecución de la medida no podrá llevarse a cabo, tampoco deberá acordar el internamiento. En este sentido: el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª de 3 de marzo de 2009, en el que se pone de manifiesto la dificultad de ejecución de la expulsión del extranjero, constando una resolución de la Delegación del Gobierno de Ceuta, en la que se autorizaba su traslado a la Península en el año 2005; existencia de domicilio conocido así como apoyo social de una Asociación; por tanto, no se autoriza el

⁴⁴⁰ A. Mª CHOCRON GIRÁLDEZ, cit., pág. 118.

⁴⁴¹ En este sentido, entre otras, las SSTC 169/2008 y 17/2009.

internamiento al considerarlo innecesario y no proporcional. Y el Auto del Juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 6 de Areyns del Mar (Barcelona), de fecha 24 de mayo de 2010, que deniega el internamiento al constar en el ciudadano extranjero suficiente arraigo en territorio español así como una cita para presentar su autorización de residencia por circunstancias excepcionales ante la Oficina de Extranjeros de Barcelona⁴⁴².

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16, de 28 de enero de 2013, si bien estima procedente la autorización del internamiento, señala de forma contundente que aunque la autoridad judicial no debe “entrar a valorar la pertinencia de la orden de expulsión acordada por la autoridad administrativa” porque de tal control se encarga el orden jurisdiccional contencioso administrativo, no es menos cierto que “en esta fase hemos de encargarnos de valorar si para la ejecución de la orden administrativa de expulsión, era procedente o no el internamiento en el CIE y para ello como hemos señalado, cobra especial relieve el arraigo del apelante y la mayor o menor disposición para cumplir con dicha orden (...)”

En cuanto a los recursos, contra dicha resolución judicial cabrán los recursos que la LECr prevé, esto es reforma- ante el propio Juzgado que ha autorizado el internamiento- y apelación- ante el órgano superior, la Audiencia Provincial-⁴⁴³. De esta forma y como indica la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 “el extranjero podrá conocer las razones por las que la autoridad judicial ha estimado procedente la restricción de libertad, facilitando su impugnación y el control de tal decisión por un tribunal superior”. La interposición de los recursos no suspenden el curso de las actuaciones por lo que con independencia de su interposición, el extranjero será internado⁴⁴⁴

⁴⁴² En el mismo sentido, es decir, denegación del internamiento por existencia de arraigo, Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao de 1 de septiembre del 2010, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15, de 11 de junio del 2012, Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao de 12 de septiembre del 2013 y Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao de 16 de septiembre del 2014.

⁴⁴³ También la Directiva de Retorno en su artículo 12 hace referencia a la motivación de las resoluciones que acuerden el internamiento como a la necesidad de que puedan ser recurridas: “Las decisiones de retorno y-si se dictan- las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que dispone”

⁴⁴⁴ Artículo 766.1 de la LECr y Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006.

Es cierto que el control judicial en orden a acordar o no el internamiento de extranjeros es una garantía básica para evitar internamientos arbitrarios y actuaciones gubernativas que vulneren los derechos fundamentales de los extranjeros, especialmente los derechos reconocidos en los artículos 17 y 24 de la CE y también lo es que, bien los Jueces de Instrucción, bien las Audiencias Provinciales, que conocen de los recursos de apelación contra los autos de internamiento, tratan de verificar que se cumplen las condiciones y presupuestos legales para que tal privación de libertad no se acuerde de forma injustificada. Sin embargo, no todas estas resoluciones judiciales son ajustadas a derecho y prueba de ello es la existencia de extranjeros en los Centros de Internamiento con arraigo en nuestro país que no tienen sanciones administrativas previas o condenas penales⁴⁴⁵. En este sentido, especialmente significativa resulta la Sentencia del Tribunal Supremo, 992/2013, de 20 de diciembre, Sala de lo Penal, Sección Primera, en la que desestima el recurso de casación interpuesto y se confirma la condena por la comisión de un delito de prevaricación de la acusada, Jueza Suplente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Santa Coloma de Farners (Girona) que estuvo en funciones de guardia el día 16 de diciembre de 2011. Pues bien, en este caso, el órgano judicial autorizó el internamiento de dos ciudadanos senegaleses en situación de irregularidad, en el seno de un procedimiento penal, sin que por parte de la autoridad gubernativa se hubiera instado tal internamiento y habiéndose acordado su libertad por la causa penal. Sin embargo, decidió su internamiento sin respetar el procedimiento legalmente establecido ni las garantías y cautelas contempladas en la legislación de extranjería. Así en los hechos probados se señala que “sin tener a la vista la copia de los respectivos expedientes administrativos (la autoridad gubernativa tan sólo dio inicio a los expedientes de expulsión no habiendo solicitado como ya se ha señalado, el internamiento de los extranjeros), “que en ningún momento creyó conveniente reclamar, sin oír previamente sobre la proporcionalidad y justificación de la medida cautelar ni a los interesados, ni a su Abogada, ni a la Fiscal adscrita al Juzgado (...), acordó el internamiento con omisión de la más mínima diligencia y con grave desatención en la verificación del cumplimiento de los requisitos que la ley exige para su adopción (...)”. Incluso habiéndose solicitado la inmediata puesta en libertad de los extranjeros por parte del

⁴⁴⁵ Informe de CEAR sobre la situación de los CIE,s en España, realizado en el marco del estudio europeo DEVAS, diciembre 2009. En este informe se recoge, por ejemplo, que en los Centros de Internamiento de Aluche (Madrid), Zapadores (Valencia) y Capuchinos (Málaga), un 20% de los internados son de origen africano, principalmente Sierra Leona, con al menos cuatro años de residencia en nuestro país y el 40%, extranjeros procedentes de países latinoamericanos, con más de cinco años en territorio nacional. Recurso electrónico disponible en www.icam.es. Fecha de la consulta 15 de marzo del 2015.

Ministerio Fiscal, alegando la infracción del artículo 62 de la LOEx, fue desestimada por la Jueza, por Auto de 30 de diciembre de 2011, entre otros motivos porque, desconociendo totalmente la legislación sobre la materia así como la jurisprudencia del TC, manifiesta que “no es necesaria la petición de la policía tal y como tienen reconocidas las Sentencias del Tribunal Supremo, que no se citaban en absoluto”. Posteriormente, y por Auto de 9 de enero de 2012, desestimó igualmente los recursos de reforma interpuestos por las defensas de los ciudadanos senegaleses, recursos a los que se adhirió también el Ministerio Fiscal, afirmando, la instructora, que no se había producido indefensión y que los autos de internamiento se encontraban suficientemente motivados y ajustados a derecho. El Auto de 9 de enero fue recurrido en apelación, recurso que fue íntegramente estimado, decretando la “*nulidad radical e insubsanable de las resoluciones recurridas*”. La resolución judicial de la Audiencia Provincial de Girona consideró además, que “al haberse producido por parte de la acusada, al dictar las resoluciones recurridas, una vulneración tan flagrante de las normas más esenciales del procedimiento, su emisión podría constituir un delito de prevaricación, al menos culposa y dispuso deducir testimonio de la totalidad de las actuaciones(...)”.

Evidentemente no es habitual que los jueces de instrucción a la hora de adoptar la medida de internamiento, actúen de la forma indicada, sin embargo, tal sentencia es relevante puesto que afirma una vez más que para la adopción del internamiento se ha de seguir un procedimiento, respetando los derechos de los extranjeros, valorando las circunstancias concurrentes y por supuesto, nunca se podrá autorizar de oficio la privación de libertad sin la existencia de una previa petición por parte de la autoridad gubernativa y siempre en el seno de un procedimiento administrativo de expulsión, devolución o denegación de entrada.

Entendemos, conforme a todo lo expuesto, que el internamiento constituye una verdadera privación de libertad judicial y por tanto, la adopción de tal medida debe estar rodeada de todas las cautelas y exigencias legales como si se tratara de una privación de libertad por la comisión de un delito y nos atrevemos incluso a afirmar que los Jueces deben ser especialmente meticulosos en el caso de acordar un internamiento habida cuenta de que, no lo olvidemos, se trata de privar de libertad a una persona que supuestamente ha cometido una infracción administrativa y no penal. Por ello y si claramente existe el menor indicio de que a pesar de que concurren los motivos para

acordar dicho internamiento, no se va a poder ejecutar la devolución o en su caso, la expulsión de un extranjero, este no debe adoptarse.

En este sentido cabe preguntarnos si en los supuestos de devolución cabría adoptar otra medida distinta del internamiento, de entre las que se indican en el artículo 61 de la LOEx y concretamente la medida que menciona la letra f), que ha sido introducida por LO 2/2009, en la que se prevé que para “asegurar la resolución final que pudiera recaer”, podrá adoptarse “cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente”. Es cierto que la propia Ley tan sólo contempla la posibilidad de la adopción de la medida de internamiento en el caso de que no pueda ejecutarse la devolución en el plazo de 72 horas y también lo es el hecho de que las medidas cautelares que se fijan en tal artículo se prevén en el supuesto de que se *incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión*. Sin embargo, tal y como hemos manifestado, los criterios que han de regir para la adopción del internamiento (con la finalidad, tanto para ejecutar una expulsión como una devolución), son los mismos en ambos supuestos, esto es, se trata de una medida excepcional (deberá adoptarse única y exclusivamente cuando no exista otra forma distinta que del mismo modo permita ejecutar la resolución que se pueda acordar o se haya acordado) y por ello, se exige la aplicación del principio del *favor libertatis*. En consecuencia, consideramos que en el caso de que el órgano judicial estime que con la adopción de otra medida cautelar se podría igualmente asegurar la ejecución de la medida de devolución, debería denegarse el internamiento. En la línea apuntada, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda en Auto de fecha 27 de marzo de 2012, en el que después de afirmar que el internamiento de extranjeros se asemeja a la prisión provisional, indica que su objeto es asegurar que pueda hacerse efectiva, en el caso concreto, la expulsión. Por tanto,

“la necesidad de la medida viene determinada por el grado de arraigo que el extranjero tenga en nuestro país acreditado por circunstancias de carácter cultural (conocimiento de la lengua, costumbres...), de carácter económico (actividad laboral, ser titular de bienes inmuebles, ser arrendatario...) y, por último la existencia de vínculos familiares (haber contraído matrimonio, tener parientes...), circunstancias todas ellas que vinculan de modo estable al súbdito extranjero con nuestro país, disminuyendo en gran medida el riesgo de huida del mismo (...). La Sala, analizadas las actuaciones, considera (...) que se dan circunstancias de las que se deduce que el extranjero podrá

ser localizado y se podrá hacer efectiva la expulsión (...) entre las que se encuentran el esfuerzo de integración que abren otras vías-distintas del internamiento- para asegurar la eficacia de la acción administrativa (...). Por todo ello, considera procedente la sustitución de la medida de internamiento por la presentación semanal en la Comisaría de su domicilio (...)"

No podemos dejar de abordar la situación de aquellos extranjeros que se encuentren en territorio español y cuya prohibición de entrada ha sido adoptada por alguno de los Estados del espacio Schengen. Pues bien, en este caso y tal y como indica el artículo 23 a) segundo párrafo del RD 557/2011, serán igualmente objeto de un procedimiento de devolución con independencia de que la contravención de la prohibición de entrada, como consecuencia de una expulsión, haya sido acordada por las autoridades españolas como por las de *alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en este sentido*. Sin embargo y en cuanto al ejercicio efectivo del derecho a la defensa, entendemos que este se encuentra un tanto mermado habida cuenta de que las autoridades policiales tan sólo tendrán que comprobar la existencia de tal expulsión y prohibición de entrada y procederán a su ejecución de forma inmediata, y en todo caso, en un plazo no superior a 72 horas, por lo que la actuación del letrado en estos casos se encuentra muy limitada: tan solo a constatar la existencia y vigencia de tal sanción administrativa. No obstante, el derecho a ser oído previamente a la decisión de *retorno*, además de encontrarse amparado como parte integrante del derecho a la defensa en el artículo 6 del CEDH, se contempla también en la Directiva 2008/115/CE- la denominada Directiva de retorno-señalando la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre del 2014, que el contenido de este derecho

“debe interpretarse en el sentido de que incluye, para un nacional de un tercer país en situación irregular, el derecho a expresar, antes de la adopción de una decisión de retorno en su contra, su punto de vista sobre la legalidad de su estancia, sobre la posible aplicación de los artículos 5 y 6, apartados 2 a, de dicha Directiva y sobre las modalidades de su retorno (...)"

B.4 Duración del internamiento y lugar: los Centros de Internamiento de Extranjeros

Examinemos en primer lugar la duración del internamiento. La STC 115/87, mencionada ya en distintas ocasiones, señalaba que, al tratarse de una medida excepcional, su duración “(...) *no puede exceder en ningún caso, de cuarenta días (...)*” justificando la misma por aplicación por analogía, de la duración máxima de la detención preventiva prevista en el Convenio Europeo de Extradición, aplicable a las personas que están siendo reclamadas por otros países para proceder a su extradición (artículo 16.4). Esta duración de cuarenta días de internamiento se mantuvo en la LOEx 4/2000 y en las modificaciones sufridas posteriormente hasta la nueva reforma producida por LO 2/2009 de 11 de diciembre que da una nueva redacción al artículo 62, aumentando el plazo de internamiento hasta un máximo de sesenta días. La reforma tal y como señala el Preámbulo en su apartado VII, se llevó a cabo como consecuencia de la trasposición a nuestro ordenamiento interno de algunas Directivas, entre ellas, la Directiva 2008/115/CEE de 16 de diciembre. Sin embargo, no se indica motivo alguno que justifique dicha ampliación⁴⁴⁶ y ello a pesar de que la propia Directiva en su artículo 15, apartado 5, deja a los Estados miembros la fijación del plazo del internamiento con el límite de seis meses, es decir que la trasposición de la Directiva no le obligaba al Estado español a aumentar el plazo de internamiento.

La STC 260/2007, al resolver el recurso interpuesto por el Parlamento Vasco impugnando el artículo 62.2 de la LO 8/2000, en cuanto al tiempo de internamiento de extranjeros que se fijaba aún en cuarenta días, se remite a las SSTC 115/87 de 7 de julio y 303/2005 de 24 de noviembre, para justificar la constitucionalidad, tanto de la adopción de la medida de internamiento como del plazo máximo de cuarenta días. Pues bien, si la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo, desde su primera Sentencia sobre la materia, que el plazo de 40 días- plazo máximo- de internamiento es ajustado, proporcional y conforme a nuestra Constitución, hemos de plantearnos entonces cómo se justifica la ampliación a 60 de días operada por LO

⁴⁴⁶ Como ya señalamos en el Capítulo I, esta Directiva “legaliza” la privación de libertad de extranjeros a fin de ejecutar su “retorno” por un plazo de seis meses prorrogables a doce meses más, en el caso de que no hubiera podido ejecutarse por falta de colaboración del extranjero o porque no se hubiera obtenido la documentación en dicho plazo pero incluso, cuando ello se deba a causas no imputables al propio extranjero como que el país de su nacionalidad no coopere.

2/2009, ampliación que además, consideramos que supone una oposición frontal al carácter excepcional de la propia medida y principalmente, al hecho de que la misma no puede durar más que el tiempo imprescindible para la ejecución de la medida administrativa acordada ya sea expulsión, devolución o retorno del extranjero. Es cierto que la duración del internamiento en España es, como ya indicamos en el capítulo primero, notablemente inferior a la establecida en el resto de ordenamientos de los distintos Estados miembros, y como señala AJA, la efectiva trasposición así como la fijación de un límite-aunque pueda alcanzar hasta 18 meses en determinados supuestos *relativiza el cambio operado*⁴⁴⁷. Pese a ello, no podemos aceptar tales circunstancias como motivos suficientes para entender justificada tal ampliación. MARTINEZ ESCAMILLA, critica la ampliación en cuanto que considera que si ya existen indicios de que esta medida se utiliza en la práctica más con fines represivos para castigar la irregularidad y con fines preventivos tales como amedrentar al extranjero en situación irregular para que regrese a su país, que con la finalidad de asegurar una eventual ejecución de la sanción impuesta, tal ampliación supondría “aumentar las posibilidades de un uso desviado de esta peculiar y excepcional medida cautelar. Si además tenemos en cuenta las gravísimas deficiencias de los Centros de Internamiento, la ampliación del plazo a sesenta días no puede sino empeorar tan deplorable situación”⁴⁴⁸

En todo caso, el plazo de los sesenta días ha de entenderse como plazo máximo, pudiéndose, no obstante, acordar un plazo inferior si se considera que es suficiente para proceder a la ejecución de la expulsión, devolución o retorno o bien porque se constata que el extranjero ya ha estado internado, en cuyo caso, la duración tendrá que acordarse tan solo por el tiempo restante. A pesar de todo lo expuesto hasta el momento, en cuanto a la finalidad que se ha de perseguir con el internamiento y que en todo caso ha de primar el principio de *favor libertatis*, nos encontramos que en la práctica judicial, los Juzgados de Instrucción, tanto con anterioridad a la reforma que introduce la ampliación del plazo como en la actualidad, de forma automática, en las resoluciones judiciales en las que se acuerda dicho internamiento, establecen que el mismo debe mantenerse por el tiempo máximo siendo en muy pocas ocasiones en las que se acuerda un plazo

⁴⁴⁷ AJA, E : “La reforma de la Ley de extranjería” en *La inmigración en tiempo de crisis*, Anuario de la inmigración en España, CIDOB, 2009, págs. 18 a 40, concretamente pág. 36.

⁴⁴⁸ M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Para que el Derecho no se detenga en las puertas de los CIE...”, cit., pág. 23.

inferior⁴⁴⁹. A nivel europeo y en cuanto a la interpretación que debe hacerse de la Directiva de retorno en relación al periodo de internamiento y más concretamente, respecto de una posible ampliación del mismo, el Tribunal Europeo de Justicia, en dos Sentencias de fecha 5 de junio del 2014 y 10 de septiembre del 2013, declara que para acordar la prórroga de un internamiento tras el periodo máximo establecido, deberá llevarse a cabo mediante escrito en el que se recogerán tanto los hechos como los fundamentos de derecho en los que se base dicha ampliación, debiendo el extranjero ser oído a fin de ejercer un adecuado derecho a la defensa, antes de la autorización de la prórroga y por último valorar las circunstancias concurrentes en el sentido de determinar los hechos conforme a los cuales no pudo llevarse a cabo la ejecución de la medida de expulsión y especialmente si ello fue debido a la falta de cooperación por parte del propio extranjero. No obstante, el Tribunal se opone al hecho de que se proceda a prorrogar el internamiento más allá de seis meses en el caso de que se haya acordado tal internamiento tan solo por el hecho de que el extranjero carezca de documentación, debiéndose valorar otras circunstancias como el riesgo de fuga e incluso acordar otra medida menos coercitiva.

También hemos de mencionar que no caben internamientos sucesivos, es decir, no puede acordarse un nuevo internamiento *por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente* (Artículo 62.2 de la LOEx). El Reglamento sobre funcionamiento interno de los Centros de Internamiento, aprobado por RD 162/2014 de 14 de marzo, desarrollando tal precepto, en su artículo 21.3 señalaba que “podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el periodo que resta has cumplir éste. Igualmente se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, en este caso, por la totalidad del tiempo legalmente establecido”. Es decir, que contemplaba la posibilidad, a pesar de la dicción y prohibición de la LOEx, de acordar internamientos sucesivos hasta agotar el plazo máximo. Este precepto ha sido objeto de recurso ante el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 10 de febrero del 2015, dictada por el Pleno de

⁴⁴⁹ Así podemos señalar entre otros, los Autos de los Juzgados de Instrucción nº 5 de Valladolid, de fecha 26 de febrero del 2015; nº 5 de Bilbao, de 7 de octubre del 2014 y nº 12 de Madrid de 3 de febrero del 2009, en los que se establece el plazo máximo de internamiento. Por el contrario, el Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Irún de 18 de agosto del 2011, acuerda el internamiento de una ciudadana de nacionalidad guineana tan sólo por el plazo de 40 días.

la Sala Tercera, declara inválido y nulo el primer inciso del artículo. Los recurrentes fundamentaron su impugnación, entre otros motivos, porque estando el extranjero a disposición judicial durante el tiempo del internamiento, el Juez puede, en el caso de que se haya acordado un periodo inferior a sesenta días, prorrogar el mismo hasta el plazo máximo pero no un nuevo internamiento⁴⁵⁰ puesto que la Ley de Extranjería lo prohíbe expresamente al igual que el RD 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LOEx, en su artículo 246.3 *in fine* al señalar que “No podrá acordarse un nuevo internamiento sobre la base del mismo expediente de expulsión”. Así las cosas, el Tribunal Supremo, “circunscribe la cuestión al hecho de si la autoridad judicial competente, puede, una vez agotado el plazo de internamiento acordado y puesto en libertad el extranjero, acordar un nuevo internamiento por las mismas causas” (Fundamento de Derecho Quinto). El Tribunal Supremo, otorga la razón a los recurrentes en tanto en cuanto considera que “resulta indiscutible que la Ley prohíbe de manera taxativa e incondicionada un nuevo internamiento por las mismas causas en un mismo expediente, y lo hace de manera separada del establecimiento del plazo máximo del internamiento”. Entiende por tanto, que la Ley de Extranjería regula dos garantías en relación a los extranjeros frente a los que se ha adoptado la medida de internamiento, la primera, en cuanto al plazo máximo de internamiento, que no podrá exceder, en ningún caso de sesenta días y la segunda, que acordado un internamiento, por el plazo máximo o por un plazo inferior, habiendo sido puesto en libertad el extranjero por las razones que fueran, no se puede acordar un nuevo internamiento por las mismas causas, es decir, por el mismo expediente, que motivaron el internamiento ya agotado⁴⁵¹. Por ello el artículo 21.3 en su primer inciso se declaró nulo y en cuanto al segundo, queda redactado como sigue, “Se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, por la totalidad del tiempo establecido”.

⁴⁵⁰ Los recurrentes aluden a la posibilidad de que por parte de la autoridad gubernativa se pueda instar un nuevo internamiento a otra autoridad judicial, sin embargo, el Tribunal descarta esta posibilidad al entender que “nada hay en el precepto reglamentario impugnado que lleve a entender que la nueva medida de internamiento vaya a solicitarse ante una autoridad judicial distinta (...)”.

⁴⁵¹ En este sentido, creemos especialmente significativo y merecedor de ser reseñado, el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 15 de Madrid de 11 de marzo de 2011, en el que se acuerda, previa incoación del procedimiento de *habeas corpus*, el amparo solicitado y la libertad inmediata del extranjero que había sido detenido con la finalidad de ejecutar la expulsión. Sin embargo, tal expulsión no pudo llevarse a cabo habiéndose además agotado el plazo máximo para el internamiento.

En cuanto a los centros de internamiento y en lo que nos interesa, el artículo 62 bis, establece que “son centros públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada”.

Ya hemos visto cómo la adopción judicial de la medida de internamiento ha de estar rodeada de una serie de garantías. Pues bien, la necesidad de que los centros donde vaya a materializarse tal medida no tengan carácter penitenciario se erige como una garantía “adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios” (STC 115/87) y que además responde al carácter excepcional y a la finalidad preventiva y cautelar del internamiento. La propia LO 7/85 recogía tal previsión si bien ello no siempre se cumplía y así la Fiscalía General del Estado tras tener conocimiento a través de asesores del Defensor del Pueblo, en visitas a centros penitenciarios, pudieron constatar que había ciudadanos extranjeros ingresados en centros penitenciarios a pesar de que tan solo se encontraban incurso en procedimientos de expulsión. Así, una de las primeras Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, concretamente la Instrucción 6/1991 de 23 de octubre sobre garantías del internamiento de extranjeros, se afirmaba que tales internamientos eran inadmisibles y por lo tanto debían ser internados en centros o locales no penitenciarios. Ni si quiera en comisarías de policía toda vez que los calabozos habilitados en tales dependencias se destinaban y estaban previstos para las detenciones o privaciones de libertad breves y hasta un periodo de 72 horas, señalando específicamente que tendrá que ser la Autoridad gubernativa que “solicita la medida quien debe acreditar también la existencia de locales que reúnan las condiciones adecuadas y que existan efectivamente plazas disponibles en los mismos”.

La ya mencionada Directiva de retorno, en su artículo 16, y en cuanto a los centros de internamiento, aunque establece que como normal general el internamiento se llevará a cabo en centros especializados, no descarta la posibilidad de que en caso de que alguno de los Estados miembros no pueda proporcionar alojamiento en un centro especializado, pueda recurrir a un centro penitenciario, indicando que los extranjeros internados deberán estar separados de los presos ordinarios. Posibilidad esta que no

hace sino criminalizar al extranjero privado de libertad que tan solo se encuentra sometido a una medida de retorno como consecuencia de su irregularidad en el territorio de la Unión. Sin embargo, afortunadamente, el Tribunal Europeo de Justicia (Gran Sala), en Sentencia de 17 de julio del 2014⁴⁵², declara que el artículo citado debe interpretarse en el sentido de que no se puede permitir a ningún Estado miembro “internar a efectos de expulsión a un nacional de un tercer país en un centro penitenciario con presos ordinarios” aún alegando la inexistencia de centros especializados en su territorio o en parte del mismo ni tampoco amparándose en el hecho de que el propio extranjero haya accedido a ser internado en un centro penitenciario. El Tribunal de Justicia señala que

“en el marco de la Directiva de Retorno la obligación de separar a los nacionales de terceros países en situación irregular de los presos comunes, no admite excepciones y constituye una garantía de respeto de los derechos expresamente reconocida por el Derecho de la Unión a dichos nacionales en el marco de la condiciones de internamiento a efectos de expulsión”.

Concretamente la obligación de separación va más allá de una simple modalidad de ejecución específica del internamiento en centros penitenciarios pues constituye un requisito esencial de dicho internamiento sin el cual éste no sería conforme a la Directiva.

Actualmente en España y tras el cierre del Centro de Internamiento de los Capuchinos en Málaga⁴⁵³, existen ocho CIES⁴⁵⁴ y dos Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes-CETI-, en Ceuta y Melilla⁴⁵⁵. Como ya hemos visto en estos Centros se

⁴⁵² Esta Sentencia resuelve, por acumulación, tres asuntos referidos a tres extranjeros que sujetos a un procedimiento de retorno fueron internados en centros penitenciarios en lugares diversos del territorio Alemán.

⁴⁵³ Orden/PRE/9/2013 de 8 de enero.

⁴⁵⁴ Los CIES se encuentran en Madrid (Aluche), Barcelona (Zona Franca), Las Palmas (Matorral de Fuerteventura y Barranco Seco en Gran Canaria), Tenerife (Hoya Fría), Valencia (Zapadores), Algeciras (La Piñera y con una extensión en el centro de la Isla de las Palomas en Tarifa) y Murcia (Sangonera la Verde).

⁴⁵⁵ En cuanto a los CETI de Ceuta y Melilla, conforme al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se tratan de “establecimientos de la Administración Pública, concebidos como dispositivos de primera acogida y destinados a conceder servicios y prestaciones sociales básicas al colectivo de inmigrantes y solicitantes de asilo que llegan a las Ciudades Autónomas” ver pág. web del Ministerio, recurso

encuentran privados de libertad multitud de inmigrantes, incursos en procedimientos administrativos de expulsión, devolución o retorno a la espera de que se ejecuten tales medidas, donde las condiciones de vida rayan la vulneración de los más elementales derechos humanos, salvando claro estás las diferencias existentes entre unos y otros centros⁴⁵⁶. Muchas han sido las instituciones que han denunciado tales condiciones⁴⁵⁷: malos tratos⁴⁵⁸, celdas de aislamiento, dificultades de acceso a organizaciones sociales, problemas graves en las instalaciones: mobiliario, baños/agua caliente, ausencia de intimidad, hacinamiento, ausencia de medios de sujeción no lesivos, no se brinda información sobre la posibilidad de solicitar asilo, no existen traductores (salvo excepciones), deficiencias en la asistencia sanitaria...⁴⁵⁹, sin que hasta el momento tales denuncias hayan obtenido respuesta por parte de los Gobiernos que se han ido sucediendo en estos años. A ello hemos de añadir que, no ha sido sino hasta el año 2014, que se ha aprobado el Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los CIES, tras cuatro años de la entrada en vigor de la última reforma de la LOEx y a pesar de que la Disposición Adicional Tercera otorgaba al Gobierno un plazo de seis meses para la elaboración del Reglamento. Todavía es pronto para determinar si con dicha

electrónico disponible en http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_15/contenidos/guia, fecha de la consulta abril del 2015. Si bien y a diferencia de los CIES; los CETI son centros abiertos, los inmigrantes ven reducida su libertad deambulatoria a las ciudades de Ceuta y Melilla, no pudiéndose trasladar a la Península, salvo autorización judicial.

⁴⁵⁶ Informe CEAR sobre “La situación de los centros de internamiento de extranjeros”, cit. informe técnico realizado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, en el marco del estudio europeo DEVAS, diciembre 2009, recurso electrónico disponible en <http://www.icam.es/docs/ficheros/2009>, fecha de la consulta abril de 2015

⁴⁵⁷ Así, el Defensor del Pueblo, en distintos Informes (2009,págs.. 441 y ss.; 2010, págs. 281 y ss.; 2011, págs. 281 y ss.; 2012, págs. 153 y ss.) pone de manifiesto las condiciones lamentables de los internos y el trato que reciben y la Fiscalía General del Estado, especialmente la Memoria del año 2012, menciona la masificación de algunos CIES (especialmente el de Algeciras y Madrid), la ausencia de módulos diferenciados donde alojar a separadamente a los internos pendientes de expulsión de los penados que han sido destinados por aplicación de la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión del artículo 89 del CP, págs. 853 a 863, recursos electrónicos disponibles en www.defensordelpueblo.es, fecha de la consulta agosto de 2015.

⁴⁵⁸ En este sentido, señalar las muertes de Samba Martine en el CIE de Aluche (Madrid), que llegó a melilla en agosto del 2011, con la intención de solicitar asilo; sin embargo, fue detenida, acordándose su expulsión y trasladada al CIE de Aluche, moribunda, donde falleció en el Hospital 12 de octubre, por causas indeterminadas. P.P. MIRALLES SANGRO en “Democracia, Derechos humanos y constitución exigen el cierre inmediato de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES)”, *Revista de Derecho UNED*, núm.10, 2012, recurso electrónico disponible en www.e.spacio.uned.es, fecha de la consulta 22 de agosto del 2015. Y las de Idrissa Diallo y Aramis Manukyan en el CIE de Zona Franca (Barcelona), también sin esclarecer, en www.pear-euskadi.org, fecha de la consulta 22 de agosto del 2015.

⁴⁵⁹ Informe CEAR, cit. y P. P. MIRALLES SANGRO, cit., págs.736 y 739.

regulación la situación y los derechos de los ciudadanos extranjeros internados van a ser objeto de mejora, extremo este que dudamos porque, entre otros motivos, la inversión presupuestaria requerida es de gran importancia⁴⁶⁰ y no creemos que el objetivo del Gobierno actual, ni de los futuros, sea invertir en respetar los derechos de los *inmigrantes ilegales no deseados*⁴⁶¹, especialmente en el contexto actual de las políticas migratorias de la UE, en las que se impone el control y la restricción en la llegada de extranjeros así como su alejamiento de nuestras fronteras Y por otro lado, porque en realidad, los Centros de Internamiento tienen como finalidad, identificar a las personas incurso en procedimientos de expulsión, devolución o retorno, controlar su libertad y examinar su situación a fin de ejecutar tales medidas.

IV. DEVOLUCIONES EN “CALIENTE”: QUIEBRA DEL SISTEMA DE GARANTÍAS Y LA PATENTE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este Capítulo hemos examinado la situación de los ciudadanos extranjeros en frontera que pretenden entrar ilegalmente en nuestro país, esto es, por puestos fronterizos no habilitados para ello así como el elenco de derechos que les asisten y las garantías jurídicas. Ahora analizaremos la especial posición en la que se encuentran en Ceuta y Melilla, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana⁴⁶² y de la Disposición final primera, que adiciona una Disposición adicional décima a la LO 4/2000, relativa al “Régimen especial de Ceuta y Melilla”, así como el alcance de esta modificación sobre los derechos fundamentales.

⁴⁶⁰ “En la actualidad el coste de funcionamiento de los centros es de 8.875.948,04 euros, en los conceptos de alimentación, limpieza, mantenimiento, consumos y asistencia médica, más 400.000 euros de subvención a la Cruz Roja Española para programas asistenciales. Para alcanzar un grado satisfactorio de cobertura de las necesidades derivadas del funcionamiento de los centros habría que añadir otros 3.040.000 euros para servicios (intérpretes, servicios sociales y refuerzo asistencia médica) y suministros (kit de aseo, vestuario, ocio, prensa, gastos farmacéuticos, ajueres y lavandería) más otros 2.560.000 euros en gastos de infraestructura y equipamientos en los ejercicios 2013 y 2014”, J.A TOMÉ GARCÍA, “Los Centros de Internamiento de Extranjeros”, cit., pág. 246 (nota al pie de página).

⁴⁶¹ La cursiva es nuestra.

⁴⁶² LO 4/2015, BOE núm. 77, de 31 de marzo.

4.1 Antecedentes: los hechos acaecidos en febrero del 2014 en Ceuta y la cuestión de la delimitación territorial de Ceuta y Melilla

Ceuta y Melilla, dos ciudades españolas enclavadas en el norte de Marruecos, únicas fronteras exteriores terrestres en el continente africano y que separan tan solo unos metros a este continente de la Unión Europea, constituyen por tal posición geográfica, un enclave especialmente peculiar como consecuencia de la llegada de inmigrantes que de forma constante se ha venido produciendo desde los primeros años de la década de los noventa y especialmente desde el año 2005, fecha en la que podemos situar la primera gran crisis migratoria⁴⁶³. Posteriormente, y como consecuencia de la intensa colaboración entre las autoridades españolas y las marroquíes, la presión migratoria cedió, si bien volvió a intensificarse en el año 2012⁴⁶⁴ hasta fecha actual.

La incesante llegada de inmigrantes no ya solo magrebíes sino también procedentes de cualquier país del continente africano, especialmente de países en conflicto, constituye el motivo originario de la actual situación jurídica que afecta a miles de ciudadanos extranjeros que tratan de llegar a Europa a través de la frontera española con Marruecos. Sin embargo, fueron los hechos acaecidos en febrero del 2014

⁴⁶³ “Durante el año 2005, se produjeron 24 avalanchas en Melilla. En dos semanas de 2005 entraron por la valla fronteriza de dicha ciudad autónoma más de 1000 inmigrantes”, I. GONZÁLEZ GARCÍA, “El acuerdo España- Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla”, trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación de I+D de 2005: “España y la Unión Europea ante el área del Estrecho de Gibraltar en la era de la globalización” (SEJ-2005-08136/JURI) financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y los fondos FEDER/UE, recurso electrónico disponible en http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/22221/1/ADI_XXII_2006_08.pdf, fecha de consulta 23 de agosto del 2015, pág. 266. La trágica consecuencia de esas avalanchas se saldó con al menos 14 inmigrantes fallecidos, algunos de ellos por armas de fuego, “Crisis migratorias en Melilla: un instrumento de negociación política”, en “Notes Internationals”, núm. 71, CIDOB, Barcelona, marzo 2013, pág. 1, recurso electrónico disponible en www.cidob.org, fecha de la consulta 23 de agosto del 2015. Relacionados con estos sucesos se produjo también en fecha 6 de octubre del mismo año la expulsión a Marruecos, de forma ilegal, de 73 subsaharianos que consiguieron atravesar la valla. Para mayor información consultar el informe “Derechos humanos en la frontera sur 2014”, elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, marzo 2014, págs. 26 a 30, recurso electrónico disponible en http://www.apdha.org/media/frontera_sur_2014_web.pdf, fecha de la consulta, 23 de agosto del 2015.

⁴⁶⁴ En octubre del 2012, Melilla registró al menos 19 intentos de asalto. A principios del mes de septiembre de ese año, dos grupos de inmigrantes llegaron a la Isla de Tierra a la espera de ser trasladados a Melilla argumentando que se encontraban en territorio español. El Gobierno español pidió asistencia a Marruecos a fin de gestionar la situación y tan solo 10 inmigrantes fueron acogidos (8 menores y 2 mujeres), el resto fueron devueltos ilegalmente a Marruecos, en aplicación del acuerdo de readmisión con este país, que sin embargo en tal fecha no se encontraba en vigor. Datos obtenidos de “Crisis migratorias en Melilla: un instrumento de negociación política”, cit., págs. 3 y 4.

en Ceuta el desencadenante principal y más inmediato de la modificación legislativa operada a través de la LOPSC, es decir, de la cobertura legal que se le otorga a las devoluciones ilegales que han venido produciéndose de forma sistemática tanto en Ceuta como en Melilla, las denominadas “devoluciones en caliente”⁴⁶⁵.

El 6 de febrero aproximadamente 300 inmigrantes subsaharianos alcanzaron la zona del Tarajal, de los cuales un centenar fue interceptado por las fuerzas marroquíes si bien el resto logró alcanzar el mar, momento en el que comenzó la intervención de la Guardia Civil española que cuando vieron que estaban llegando a la costa, comenzaron a disparar pelotas de goma, armas de fuego y gases lacrimógenos contra ellos (no se activó el protocolo de salvamento). Murieron 15 personas ahogadas. Las que lograron alcanzar la costa fueron inmediatamente *devueltas* a territorio marroquí sin llevar a cabo su identificación y sin iniciar el procedimiento de devolución conforme a los trámites legales expuestos, o en el caso de que hubieran existido solicitantes de asilo, actuar de acuerdo a lo establecido para estos supuestos en la legislación específica⁴⁶⁶. En definitiva, la actuación de las autoridades españolas constituyó una clara violación de la legalidad, quebrantando no sólo lo preceptuado en la LOEX sino también en las normas más básicas en cuanto a derechos humanos se refieren, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Convención internacional contra la Tortura. Esta forma de actuar, ejecutando devoluciones colectivas y sin el respeto al procedimiento legalmente establecido (devoluciones en caliente)⁴⁶⁷, no es una novedad: distintas organizaciones no gubernamentales llevan varios años denunciando esta práctica habitual⁴⁶⁸ e incluso

⁴⁶⁵ A cuyo hecho debemos añadir los acaecidos en Melilla entre julio y agosto del 2014 que fueron objeto de querrela parte de distintas organizaciones (Federación Andalucía Acoge, SOS Racismo y Asociación Pro-Derechos de la Infancia -PRODEIN) y, cuya presentación supuso la imputación al Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, como la persona que firmó la Orden de Servicio 6/2014 titulado “Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras”, el día 11 de abril de 2014, de un presunto delito de prevaricación al no haber aplicado la legislación de extranjería en los supuestos de entrada irregular de inmigrantes.

⁴⁶⁶ Datos extraídos del informe “Derechos humanos en la frontera sur 2014”, cit. págs. 40 a 43, fecha de la consulta 23 de agosto del 2015.

⁴⁶⁷ Es decir, sin dar cumplimiento al procedimiento legalmente establecido: interceptación de inmigrantes, detención y puesta a disposición de forma inmediata ante los Funcionarios del Cuerpo de Policía Nacional a efectos identificativos.

⁴⁶⁸ Entre otras, Amnistía Internacional que en su Informe del 2012, denuncia la expulsión colectiva de 70 inmigrantes del islote español de Isla de Tierra a Marruecos, sin acceso a un letrado ni a la posibilidad de solicitar asilo, pág. 122, recurso electrónico disponible en www.amnistiainternacional.org, fecha de la consulta, 23 de agosto del 2015.

el Defensor del Pueblo investigó distintas denuncias sobre actuaciones de la Guardia Civil relacionadas con este tipo de devoluciones⁴⁶⁹. Sin embargo, el impacto que causaron los hechos sucedidos en Ceuta, la publicidad que se hizo a través de los medios de comunicación, las versiones contradictorias ofrecidas por el Delegado de Gobierno de Ceuta y el Director de la Guardia Civil, así como la explicación poco o nada satisfactoria del representante del Ministerio del Interior para justificar dicha actuación, (afirmando que los inmigrantes no habían llegado a territorio español porque la línea fronteriza estaba localizada donde se situaba la fila de guardias civiles y que si se utilizó material antidisturbios fue para marcar la línea de frontera); tuvo como resultado que saltara la alarma y que fuera conocida tanto a nivel nacional como internacional la verdadera situación de lo que realmente venía ocurriendo con los inmigrantes que tratan de entrar a territorio español a través de la línea perimetral fronteriza de estas dos ciudades.

Esta situación, unida a la confusión creada por parte de las autoridades españolas de cuál sea la frontera española con Marruecos y consecuentemente las dudas surgidas en cuanto a la aplicación o no de la legislación de extranjería, lleva a cuestionarnos cuáles sean realmente los límites fronterizos nacionales de Ceuta y Melilla con ese país.

En cuanto a Ceuta, la primera valla fronteriza comienza su construcción en el año 1995, posteriormente se construye otra valla paralela (valla exterior y valla interior), con una carretera entre ambas, una carretera de circunvalación, patrullada por la Guardia civil y todo tipo de dispositivos para interceptar a inmigrantes. En el año 1996 se procede a renovar la alambrada y en el año 1999 a reforzar la valla exterior (que se eleva hasta 3,10 metros) e instalar en la interior una malla de concertinas. En el año 2000 finaliza la construcción con una extensión de 8.3 Kms⁴⁷⁰.

Respecto de Melilla, la construcción de la valla comenzó en el año 1998 (primero una sola valla y después otra, paralela, siguiendo el mismo ejemplo de Ceuta), esta

⁴⁶⁹ Informe del Defensor del Pueblo del 2012, concluyendo que tales actuaciones no son respetuosas con la legislación vigente: “Cuando se intercepte a un extranjero cuyo propósito sea entrar irregularmente en España, la única respuesta posible por parte de los efectivos de la Guardia Civil es la puesta a disposición del Cuerpo Nacional de Policía, para que se incoe el oportuno expediente de devolución”, pág. 148, recurso electrónico disponible en www.defensordelpueblo.es, fecha de la consulta 23 de agosto del 2015.

⁴⁷⁰ Datos extraídos del Informe “Derechos humanos en la frontera sur”, 2014, cit., págs. 21 a 23.

doble valla, “iría a sustituir parcialmente la anterior verja militar (...), creándose entre las dos nuevas vallas instaladas, una *zona de seguridad* o *ronda* de cinco metros de anchura”. Sin embargo, por razones orográficas y prácticas, “algunas zonas del doble vallado sustituyeron a la antigua verja militar y en otras, quedó, al otro lado de la nueva valla exterior, en territorio inicialmente español”. (Marruecos reaccionó de tal forma que se apropió de terreno español entre la valla exterior y la verja militar y procedió a cavar fosos y talar árboles para dificultar los asaltos de inmigrantes). Posteriormente y como consecuencia de la presión migratoria y el asalto a las vallas de Ceuta y Melilla en el año 2005, “se decide aumentar la altura de toda la doble valla a los 6 metros, así como a instalar una tercera valla o sirga tridimensional” (...) “que se colocaría más allá de la valla exterior y en sustitución de la anterior verja militar”⁴⁷¹. Todo ello no hace más que demostrar la existencia de territorio español al otro lado de esta última valla exterior (la tercera) y, al menos hasta el límite de la verja militar referida. No obstante, la construcción de esta tercera valla, fue considerada por Marruecos como una “intrusión ilegítima a su territorio” y el Gobierno español decidió finalmente colocar la sirga en la zona situada entre las dos vallas, recurriendo a cuestiones técnicas para adoptar esta decisión⁴⁷². Así, nos encontramos en la actualidad con un doble vallado de una extensión de 10,2 Kms, y con una altura de 6 metros: la primer valla dispone de alambre de púas, con un sistema retráctil que dificulta treparla (también se ha añadido una malla anti-trepa) y para el caso de que los inmigrantes superaran la primera valla, se encontrarán con la sirga referida a lo que habrá que añadir el sistema de vigilancia (cámaras de video, infrarrojos, micrófonos y torres de control con un sistema de radar para detectar a los inmigrantes). La gestión de esta frontera así como la de Ceuta son competencia actual de la Guardia Civil. Nótese que a pesar de la *apropiación*⁴⁷³ por parte de Marruecos de terreno español, y la construcción del foso, ya nos encontraríamos en territorio español, al menos, desde la propia antigua verja militar hasta el comienzo de la primera valla exterior y claramente lo sería el terreno existente

⁴⁷¹ M.A. ACOSTA SÁNCHEZ, “Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y tierra de nadie”, trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Ministerio de Economía y Competitividad, “Cuestiones territoriales y cooperación transfronteriza en el área del Estrecho” DER2012-34577 (2012-2015), *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2014, págs. 2 y 19 a 21, recurso electrónico disponible en www.reer.org, fecha de la consulta, mayo del 2015.

⁴⁷² M.A. ACOSTA SÁNCHEZ, cit., pág. 22. El autor considera que realmente la decisión del Gobierno no estuvo motivada por razones técnicas sino por evitar un “conflicto diplomático” con Marruecos.

⁴⁷³ La cursiva es nuestra.

entre esta y la valla más interior y ello, aun existiendo la sirga instalada entre una y otra. Además, habiéndose ya determinado a través de Tratados internacionales⁴⁷⁴ los límites externos de España, la construcción de las vallas de Ceuta y Melilla se llevó a cabo dentro de los límites jurisdiccionales de España, esto es, dentro ya de territorio español, lo que significaría que el hecho ya de traspasar la primera valla o incluso acercarse e intentar traspasarla habida cuenta de la existencia de territorio español justo antes de la valla exterior como hemos indicado, sería suficiente para considerar que el extranjero se encuentra en territorio español y por tanto, le sería de aplicación la legislación española. Del mismo modo, se encontraría en territorio español si alcanza aguas jurisdiccionales españolas aunque no haya llegado a tierra.

Es por tanto, en este contexto, donde analizaremos la legalización de las denominadas devoluciones o expulsiones “en caliente”, entendiendo por tales, la “actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en este caso la Guardia Civil tal y como hemos comentado porque tienen asignada la gestión y control del perímetro fronterizo en Ceuta y Melilla) consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas⁴⁷⁵,”

⁴⁷⁴ Respecto de Ceuta, los límites territoriales se establecieron en el Tratado de Paz de Tetuán, de 26 de abril de 1860, determinándose también un “campo neutral” que desde el año 1961, se encuentra enteramente ocupado por Marruecos. Los límites de Melilla se encuentran delimitados claramente desde el año 1891, mediante un “Acta de replanteo de los límites jurisdiccionales de Melilla” de fecha 1 de mayo de 1891, que complementa el Convenio de Tetuán de 24 de agosto de 1859, el Tratado de Paz y Amistad de 1860 y el Tratado de Madrid de 1861. Los límites marítimos son más discutibles: Marruecos llevó a cabo una delimitación argumentando que los “territorios españoles en el norte de África constituyen una ocupación que carece de efectos jurídicos en el mar y que, por consiguiente, toda la costa norte de África afectada es territorio marroquí”. Esta delimitación fue objeto de protesta por parte de España en el año 1975 y por tanto las líneas trazadas no son oponibles a España, manteniendo su jurisdicción sobre las aguas circundantes a Ceuta y Melilla, constituyendo por tanto, territorio español. J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Expulsiones en caliente, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 196, Madrid, enero-abril 2015, págs. 309 a 329, concretamente, págs. 313 a 315.

⁴⁷⁵ “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa la margen de la Ley”, Informe promovido desde el Proyecto I+D+ iusmigrante (DER 2011-26449), fecha de publicación, 27 de junio de 2014, pág. 2, recurso electrónico disponible en www.migrarconderechos.es, fecha de la consulta julio del 2014.

4.2. ¿Existe cobertura legal para las devoluciones en caliente? Motivos alegados por el Gobierno para legalizar tales prácticas

El Gobierno⁴⁷⁶, completamente conocedor de que este tipo de actuaciones carecen de cobertura legal toda vez que lo apropiado sería reconducirlas al procedimiento de devolución examinado en apartados anteriores, incluyéndose la identificación de los inmigrantes interceptados en frontera, trata de justificarlas básicamente en torno a tres argumentos: el concepto operativo de frontera, que no resulta necesario incoar procedimiento alguno en relación a ciudadanos extranjeros que pretendan o hayan entrado ilegalmente en territorio nacional y que, en todo caso, tal actuación encuentra su acomodo legal en el Acuerdo de readmisión entre España y Marruecos. Analicemos tales razonamientos.

4.2.1. El concepto operativo de frontera

Conforme al informe de fecha 8 de febrero del 2014, elaborado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil dirigido a su Director General en relación a los hechos que tuvieron lugar dos días antes en Ceuta, tal concepto *operativo de frontera* se encuentra consolidado desde el año 2005⁴⁷⁷ y es plenamente aplicable “a los inmigrantes que son contenidos y rechazados en la líneas de vigilancia” a quienes no se les aplicaría el procedimiento de devolución toda vez que la misma “es consecuencia inmediata de la entrada en territorio nacional, entrada que en tales supuestos, a efectos de extranjería no se produce”⁴⁷⁸. Así el concepto operativo sería válido en dos supuestos: el primero, si la entrada o intento de entrar tiene lugar “saltando la valla”, en cuyo caso, las líneas de vigilancia se situarían y en cuanto a la delimitación en tierra, “a la vanguardia” de la línea fronteriza; es decir, en la primera línea de la valla fronteriza exterior, no consumándose, por tanto, la entrada a territorio nacional sino cuando los

⁴⁷⁶ Nos estamos refiriendo al periodo del actual Gobierno español formado por la mayoría absoluta del Partido Popular (2011-2015).

⁴⁷⁷ Por la propia Guardia Civil se reconoce la aplicación del concepto operativo de frontera y por ende, las devoluciones ilegales en correspondencia con las denuncias realizadas en relación a tales prácticas tanto por ONG,s como por el Defensor del Pueblo, tal cual apuntamos en el apartado anterior.

⁴⁷⁸ Informe presentado por el Ministerio del Interior al Congreso de los Diputados, en fecha 7 de marzo del 2014, recurso electrónico disponible en www.migrarconderechos.es, fecha de la consulta noviembre del 2014, págs. 6 y 7.

inmigrantes “rebasan la valla interna”. Los inmigrantes que traten de saltar la valla exterior o bien se encuentren entre ambas, según tal concepto de frontera, no se encuentran en territorio nacional. Y el segundo supuesto, Ceuta y la zona del Tarajal, “la valla terrestre se prolonga, en forma de espigón, en la playa y en el agua”, de tal modo que los elementos de contención y rechazo se ejercerían “en una línea imaginaria que represente el límite fronterizo” y que sin embargo, por razones de seguridad, se retrotrae a “tierra firme”. Es decir, en ninguno de estos dos casos, el inmigrante, a efectos de aplicación de la legislación de extranjería, ha alcanzado territorio español.

Por el contrario no se aplicaría el concepto “operativo de frontera” para aquellos inmigrantes que lleguen a las costas por mar a través de embarcaciones, debiendo, por tanto ser rescatados y aplicar a continuación el régimen de extranjería y por ende, el procedimiento establecido para proceder a su devolución, con todas las garantías que ello conlleva.

Sin embargo, tal *movilidad*⁴⁷⁹ de la frontera, y por tanto, la creación de este concepto de frontera, que resulta totalmente ficticio, no tiene cobertura legal alguna. En primer lugar, porque la noción de frontera como zona territorial soberana se trata de un concepto jurídico que está regulado en la normativa internacional y que es de obligado cumplimiento y es por ello que no puede ser modificada unilateralmente por los Estados con carácter general ni especial como se pretende justificar en el caso que nos ocupa, “mediante una decisión libre y soberana” y a los solos “efectos de la legislación de extranjería”. En este sentido también se pronunció el Defensor del Pueblo al afirmar que

“no le corresponde a la Administración española determinar dónde ha de comenzar a regir la legislación de nuestro país. Dicha aplicación territorial viene regida por los tratados internacionales (...). Cabe también que las leyes establezcan acotaciones territoriales para su vigencia pero esta facultad corresponde en nuestro Derecho al poder legislativo (...), no existe en las disposiciones legales que regulan el acceso de extranjeros a territorio español ninguna norma que permita excepcionar la aplicación plena de la ley española sobre una porción de territorio nacional. Así pues, no parece acertada la explicación alusiva a que la Administración puede determinar dónde coloca los obstáculos que será preciso traspasar para considerar que se ha entrado en

⁴⁷⁹ La cursiva es nuestra.

territorio español, La entrada en territorio español se efectúa cuando se han traspasado los límites internacionalmente establecidos y, en ese caso, la única ley aplicable es la española”⁴⁸⁰.

En segundo lugar, tal concepto tampoco está admitido en nuestra jurisprudencia:

“(…) los que pretendan entrar ilegalmente en el país, se está refiriendo, por una parte a la mera tentativa de entrada como ya dijimos en nuestra STS 20 de mayo del 2003 y por otro utiliza un concepto jurídico-país-sin contenido jurídico propio, que estima la Sala no hace referencia ni al espacio aéreo ni a las aguas interiores al mar territorial adyacente a las costas, delimitado como mar territorial, comprendiendo tan sólo el espacio de tierra firme del territorio nacional. Entendido así el término ”país” resulta acomodado a derecho el precepto reglamentario recurrido interpretado en el sentido de que permite la devolución de un extranjeros interceptado tanto en el límite fronterizo de la costa como en las inmediaciones de ésta dentro del mar territorial (…)”⁴⁸¹

En tercer lugar, y conforme a lo establecido en el artículo 9.1 de la CE “cualquier actuación de la Administración que se desarrolle dentro o fuera del territorio nacional es una actividad realizada por funcionarios públicos españoles en el ejercicio de sus cargos y, por tanto, sometida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español”. Consecuentemente con ello, tal sometimiento abarca a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, encargados de la vigilancia de las zonas fronterizas, que en el ejercicio de sus funciones intercepten a inmigrantes “antes o después de que se sitúen en zona de soberanía español” y en todo caso, “cualquier procedimiento de control migratorio desarrollado debe tener amparo en la legislación de extranjería^{482,}

Y para finalizar, hacer referencia, por un lado, al concepto de frontera que se contiene en el Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Melilla,

⁴⁸⁰ El Informe del Defensor del Pueblo del año 2005 realiza un análisis pormenorizado de la situación de los extranjeros en Ceuta y Melilla, en las págs. 287 a 310, en lo que nos ocupa, pág. 292.

⁴⁸¹ STS 6218/2003, Sala de lo Contencioso, Sección Sexta, de 13 de octubre.

⁴⁸² Informe “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa la margen de la Ley”, cit., pág. 8.

que determina la frontera española frente a Marruecos, concluyendo, a la vista de los distintos acuerdos entre ambos países, primero, que el espacio entre vallas es terreno español y por tanto, sujeto a su soberanía; segundo, que el doble vallado y la sirga tridimensional, pudieran encontrarse incluidas “en el concepto de fortificaciones y defensas” adoptadas por España y por lo tanto sujetas a su soberanía⁴⁸³. Y por otro lado, los propios Tratados y Acuerdos internacionales firmados con Marruecos en los que ya se establecen los límites fronterizos, y como ya hemos apuntado, en todo caso, la construcción de las vallas tanto en Ceuta y Melilla, habían quedado situadas dentro de territorio español y desde el punto de vista jurídico tanto la valla exterior como la zona entre ambas, se encuentran bajo la soberanía española a todos los efectos⁴⁸⁴.

4.2.2. La entrada ilegal por puestos fronterizos no habilitados no requiere de la incoación de expediente alguno

Otro de los argumentos utilizados es que los inmigrantes podrían ser devueltos o expulsados *por vía de hecho*, sin necesidad de procedimiento administrativo alguno en el caso de que hubieran entrado ilegalmente y se encontrasen en cualquier lugar del territorio nacional. Tal posibilidad, como ya hemos puesto de manifiesto, fue rechazada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de marzo del 2003, con ocasión de la reforma introducida por LO 8/2000 y su Reglamento de ejecución, aprobado por RD 864/2001, en la que se declaraba la nulidad del inciso contenido en el artículo 138 del Reglamento, en el que se contemplaba la aplicación de la figura de devolución en los supuestos de extranjeros que “sean interceptados en el territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada”. Es decir, en estos casos y con independencia de que hubieran entrado legal o ilegalmente, el procedimiento, y en su

⁴⁸³ Este Auto fue acordado en el seno de las Diligencias Previas 866/2014, de fecha 11 de septiembre, en el que se acuerda citar en calidad de imputado al Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, por un presunto delito de prevaricación.

⁴⁸⁴ Esta cuestión sin embargo, fue debatida en las Cortes, “rechazándose en 2005 por el Gobierno socialista y en el 2014, por el Gobierno Popular, curiosamente con los mismos y exactos argumentos. Así defenderían que la zona entre vallas sería un espacio de soberanía española –incluso reconocen la existencia de territorio español más allá de las dos vallas, hasta los restos de la verja militar- y no *res nullius*, pero no se aplicaría específicamente la legislación en materia de extranjería. Parten los Gobiernos de diferenciar la frontera política de la frontera geográfica o topográfica, dando mayor prioridad a la primera de ellas. De esta forma, aplicando el concepto de frontera geográfica, el inmigrante que deseara entrar en España, únicamente debería superar los restos de la verja militar que se encuentran localizados más allá de la valla exterior. Esta interpretación, argumentan, sería insostenible”, M.A. ACOSTA SÁNCHEZ, cit., págs. 26 y 27.

caso, la sanción a aplicar, sería la de expulsión. Y la devolución se aplicaría a aquellos extranjeros “que pretendan entrar irregularmente en el país”, incluyéndose a estos efectos “a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones” (artículo 23.1.b) del RD 557/2011), en cuyo caso deberán ser “conducidos a la correspondiente comisaría del Cuerpo nacional de Policía para que pueda procederse a su identificación y en su caso, a su devolución” (artículo 23.2 del RD 557/2011).

Entendemos que tal interpretación es una interpretación completamente forzada y que no tiene cobertura legal alguna: tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como el propio Reglamento de ejecución de la LOEx, son claros e incluyen dentro de los supuestos de devolución y de aplicación de la legislación de extranjería, tanto a los que pretendan entrar como los que habiendo entrado, sean interceptados en la propia línea fronteriza o en sus inmediaciones. En casos distintos, deberá aplicarse el procedimiento correspondiente a fin de imponer una sanción de expulsión, hayan o no entrado ilegalmente. Creemos que no existe vacío legal alguno que permita interpretar que los extranjeros que hayan entrado de forma irregular puedan ser expulsados *de facto*.

4.2.3. El Acuerdo de readmisión entre España y Marruecos

Ya vimos en el capítulo primero la importancia que los convenios de readmisión tienen para la política migratoria de la UE, no solo en cuanto a la gestión de flujos migratorios sino principalmente en cuanto a que constituyen un instrumento imprescindible para facilitar y garantizar el alejamiento de los inmigrantes de nuestras fronteras (*retorno*), de forma eficaz.

En este contexto, y respecto de la inmigración irregular procedente de países africanos, España desarrolló una política exterior que se contempla en el “Plan de Acción para el África subsahariana”⁴⁸⁵ con el que se pretende no solo dar una respuesta global al problema de esta inmigración mediante acciones de cooperación al desarrollo sino también, y para evitar la llegada de flujos migratorios de estos países, la firma de distintos acuerdos centrados “exclusivamente en la readmisión de personas en situación

⁴⁸⁵ Es el denominado “Plan África 2006-2008”, desarrollado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

irregular”⁴⁸⁶. Se han formalizado acuerdos bilaterales con distintos países, entre los que se encuentran acuerdos relativos a la cooperación en materia migratoria y otros, exclusivamente de readmisión. En este segundo supuesto, se sitúa el Acuerdo con Marruecos⁴⁸⁷. A través de los tratados o en su caso, cláusulas de readmisión, de lo que se trata es que el Estado donde se encuentre el extranjero en situación irregular y si se cumplen con los requisitos que se establezcan, pueda solicitar (Estado requirente) su readmisión en otro Estado (Estado requerido), facilitándose su traslado y la admisión del ciudadano extranjero en este último país, bien porque sea nacional del mismo o bien, porque aun no ostentando la nacionalidad, haya accedido al Estado requirente a través del territorio del Estado requerido.

Con estas premisas, en primer lugar, hemos de señalar que el Acuerdo de readmisión con Marruecos a pesar de haberse formalizado en el año 1992, sin embargo, no entró en vigor hasta el año 2012, aunque el artículo 16 del propio Acuerdo indicaba que se aplicaría provisionalmente desde la fecha de su firma⁴⁸⁸. En segundo lugar y en cuanto al ámbito de aplicación y para los supuestos de readmisión, el artículo 1 señala que “Las autoridades fronterizas del Estado requerido readmitirán, en su territorio, a petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requirente, a los nacionales de países terceros que hubiesen entrado ilegalmente en el territorio de este último procedente del Estado requerido”. En tercer lugar, dicha readmisión se encuentra condicionada al cumplimiento de determinados requisitos: a) que el Estado requirente acredite que el extranjero cuya readmisión se solicita procede efectivamente del territorio del Estado requerido (artículo 2); b) que la petición de readmisión se formalice en el plazo de diez días posteriores a la entrada ilegal, lo que se considera un error de

⁴⁸⁶ M.A. ASÍN CABRERA, “Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, julio a diciembre de 2008, págs. 165 a 168, concretamente pág. 171.

⁴⁸⁷ Acuerdo de 13 de febrero 1992 entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, BOE 100, de 25 de abril de 1992. El listado de países con los que se han firmado acuerdos de readmisión así como el contenido de los mismos, puede consultarse en <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/internacional/readmision/>, fecha de la consulta, 25 de agosto del 2015.

⁴⁸⁸ Tal retraso en la entrada en vigor del Acuerdo se justifica porque no se cumplió uno de los requisitos requeridos para ello, esto es, que entraría en vigor “treinta días después de que ambas partes se notificaran el cumplimiento de los requisitos constitucionales para su ratificación”, “Informe Derechos Humanos en la Frontera sur”, 2014, cit., pág. 46.

transcripción como indica GONZÁLEZ GARCÍA, toda vez que tal disposición “interpretada literalmente, impediría la aplicación del Acuerdo, por lo que entendemos que (...) el mencionado plazo se empezará a contar desde la entrada ilegal en el territorio del Estado requirente”⁴⁸⁹. En la petición se debe hacer constar la identidad del extranjero y las condiciones de su entrada irregular si bien el Acuerdo tan solo exige probar que procede del territorio del Estado requerido.

Ahora bien, la aplicación del Acuerdo de readmisión no es una norma excluyente de la LOEx sino que ambas son compatibles toda vez que no coinciden su objeto de regulación ni el ámbito de aplicación y en todo caso, serían de aplicación sucesiva⁴⁹⁰. De esta forma, se aplicará exclusivamente, el Acuerdo con Marruecos en el caso de extranjeros cuyo destino sea este país y en el supuesto de las devoluciones reguladas en la LOEx, se aplicará a aquellos extranjeros cuyo destino sea otro distinto. No obstante y con la finalidad de aplicar unas u otras normas, el extranjero habrá de ser identificado y para ello, como ya hemos apuntado, debe ser trasladado a las dependencias de la comisaría de Policía Nacional, siendo los funcionarios de policía los encargados, a la vista de las circunstancias concurrentes quienes, en aplicación de la legalidad y conforme a los requisitos que se deban cumplir, optar por ejecutar el acuerdo de readmisión o en caso de que no proceda, por la devolución. Por el contrario, las devoluciones en caliente que se ejecutarían *de facto*, es decir, sin identificar al extranjero y sin aplicar la LOEx. A lo que hemos de añadir que en el Acuerdo se contempla, además, un procedimiento: identificación, documentación, prueba de la procedencia del extranjero del territorio de este país, solicitud de readmisión y en el caso de que sea aceptada, “expedición por parte de las autoridades fronterizas del Estado requerido de un certificado o de cualquier otro documento en el que se hace constar la identidad y en su caso, la documentación poseída por el extranjero en cuestión” (artículo 2, último párrafo del Acuerdo). Nada de esto se lleva a cabo cuando se ejecuta una devolución en caliente, por lo tanto, tampoco pueden justificarse tales devoluciones conforme a la aplicación del Acuerdo que requiere de un procedimiento,

⁴⁸⁹ I. GONZÁLEZ GARCÍA, “El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla”, *Anuario español de Derecho internacional*, volumen XXII, 2006, págs. 255 a 284, concretamente, pág. 259, recurso electrónico disponible en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/22221>, fecha de la consulta octubre 2015.

⁴⁹⁰ En tal sentido, A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, cit. pág. 21 e Informe jurídico “Expulsiones en caliente cuando el Estado actúa al margen de la Ley”, cit., pág. 12.

cuya característica principal es la *identificación del extranjero*, frente a este tipo de devoluciones ilegales en las que no existe tal identificación a fin de silenciar tales prácticas y especialmente que el inmigrante pueda ejercitar sus derechos.

4.3 Consecuencias jurídicas de las devoluciones en caliente

Finalmente y a pesar de la clara ilegalidad que supone dotar de cobertura a tales prácticas, el Gobierno, aprovechando que se encontraba en trámite el Proyecto de Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, introdujo una Disposición adicional a la LOEx que fue aprobada únicamente con los votos del Grupo Parlamentario del Partido Popular, cuya redacción es la siguiente:

“Régimen especial de Ceuta y Melilla.

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España
2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.
3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”.

Como ya hemos explicado el procedimiento adecuado para proceder en los casos de extranjeros que pretenden intentar ilegalmente o hayan sido interceptados en las inmediaciones de la frontera, es el procedimiento dispuesto en la LOEx para las devoluciones. El precepto transcrito ya no habla de que los extranjeros en tales casos podrán ser devueltos sino que refiere que *podrán ser rechazados* y pueden darse las siguientes situaciones⁴⁹¹: a) cuando el extranjero es interceptado en aguas territoriales, en aguas interiores o en la playa, en estos casos, claramente se encuentran en territorio

⁴⁹¹ Seguiremos en este apartado de la exposición el análisis que se realiza en el Informe Jurídico “Rechazos en frontera: ¿frontera sin derechos?”, informe promovido desde el Proyecto I+D+i Iusmigrante (DER 2011-26449) de fecha 13 de abril del 2015, recurso electrónico disponible en www.migrarconderechos, fecha de la consulta 25 de agosto del 2015, págs. 11 a 13.

español y no está intentando “superar los elementos de contención fronterizos”, por lo tanto, entendemos que debe aplicarse la LOEx y el procedimiento de devolución. En todo caso debemos cuestionarnos en los supuestos que los extranjeros se encuentren en aguas territoriales o interiores en embarcaciones, si se activará el protocolo de salvamento o aun activándose y trasladando a estas personas a tierra si se aplicará también tal rechazo en lugar de los procedimientos contemplados legalmente (devolución o asilo) tal y como se hacía referencia en el Informe por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil dirigido a su Director General y en el que se recogían las situaciones en las que se aplicaba el concepto *operativo de frontera*; b) si ha sido interceptado cuando ya ha accedido o está intentando acceder a cualquiera de las islas, islotes o peñones de soberanía española situados frente a las costas de Marruecos, en tanto en cuanto se encuentran bajo tal soberanía, son territorios españoles y por tanto, los extranjeros aprehendidos en tales lugares, deberán ser objeto de devolución ⁴⁹²; c) extranjeros interceptados en cualquiera de las zonas existentes de las vallas de Ceuta o Melilla, donde a la vista de la literalidad del precepto referido, sería el lugar donde podrían llevarse a cabo tales *rechazos*. Sin embargo, y como ya hemos manifestado tanto las vallas exteriores como el espacio situado entre vallas, constituyen territorio español y es por ello que ha de aplicarse igualmente la legislación correspondiente toda vez que el extranjero no se encuentra tratando de traspasar de forma irregular la frontera a fin de evitar una entrada ilegal, sino que ya la ha traspasado; d) finalmente, en el caso de que el inmigrante sea interceptado cuando haya ya traspasado totalmente la valla interior, tampoco se encuentra incluido en el supuesto previsto en la Disposición Adicional Décima.

Hemos de concluir que tal actuación, esto es el *rechazo*, no resulta de aplicación a ninguna de las situaciones descritas toda vez que “no se puede intervenir para impedir una entrada ilegal en España respecto de quien ya está en territorio español” ⁴⁹³, a lo que añadimos que tal práctica realmente supone una expulsión o devolución *de facto*, que además se ejecuta materialmente hablando, con la *captura* ⁴⁹⁴ del extranjero cualquiera

⁴⁹² En estos territorios tampoco existen elementos fronterizos o de contención.

⁴⁹³ Informe jurídico, cit., pág. 12.

⁴⁹⁴ La cursiva es nuestra. Realmente creemos que es esto lo que ocurre con los extranjeros: son físicamente capturados, no podemos hablar ni si quiera de la existencia de una detención porque en este caso, tendrían derecho ya de forma inmediata a la asistencia de letrado originándose de esta forma la

que fuere el lugar de los referidos anteriormente y trasladados de nuevo al otro lado de la valla fronteriza.

Con la regularización de las devoluciones en caliente se producen graves quiebras jurídicas. En primer lugar, la actuación de la Administración en tales supuestos queda excluida del mandato constitucional recogido en el artículo 9 de la CE sometimiento al ordenamiento jurídico e interdicción de la arbitrariedad de la Administración. Tal actuación, incluso podría ser subsumible de un delito penal, como el delito de coacciones⁴⁹⁵, o cualquiera de los delitos recogidos en los artículos 537 a 542 bajo la rúbrica “Delitos cometidos por funcionarios públicos contra otros derechos individuales”, entre los que se encuentran la obstaculización al derecho a la asistencia de abogado al detenido o el que castiga al funcionario público que “a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes”. E incluso, como ya hemos visto, el delito de prevaricación, que contempla dos situaciones, la primera, “la autoridad o funcionario público, que a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo” (artículo 404 del CP), claramente aplicable en el caso que nos ocupa toda vez que la actuación llevada a cabo en las devoluciones en caliente, son resoluciones que aunque no se encuentre plasmadas por escrito, son adoptadas por la simple vía de hecho y por tanto, “al acordarse prescindiendo totalmente del procedimiento administrativo” y además ser contrarias al ordenamiento jurídico, incurrirán en nulidad de pleno derecho, “lo que al tiempo avalaría el carácter injusto y arbitrario de tal decisión”. Y la segunda situación, la falta de competencia para adoptar decisiones “sobre la expulsión o devolución de ciudadanos extranjeros, pues su cometido en este terreno es meramente ejecutivo en el caso de la Policía Nacional y ni si quiera eso en el caso de la Guardia Civil, a quien le compete la custodia de fronteras pero no la ejecución de las resoluciones de devolución y de expulsión”⁴⁹⁶. Aunque en este caso es clara la falta de competencia por parte de la Guardia Civil en la actuación del *rechazo*, sin embargo y conforme a la redacción dada

puesta en marcha de toda la maquinaria de las garantías jurídicas que les asisten especialmente frente a detenciones arbitrarias que en el mejor de los casos es lo que supone tal *rechazo*.

⁴⁹⁵ Artículo 172 del CP: “El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”.

⁴⁹⁶ Informe jurídico, cit., pág. 18

al artículo 405 del CP, tras la modificación por LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio, no sería objeto de un ilícito penal al comprender únicamente la actuación de falta de competencia del funcionario público, a sabiendas de su ilegalidad, que “diere nombramiento o posesión para el ejercicio de determinados cargos públicos a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello”.

En segundo lugar, no se respetan las garantías constitucionales de los extranjeros examinadas en este trabajo. En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, la infracción del mismo es patente. La legislación de extranjería tiene previsto un procedimiento específico para las devoluciones, en el que se contempla ser asistido por letrado y en su caso por intérprete, audiencia al interesado, práctica de prueba, derecho a obtener una resolución motivada y recurrirla; garantías que en el caso de la ejecución de la devolución en caliente, simplemente desaparecen. Tampoco se respeta el derecho a la libertad individual y a no ser objeto de detenciones arbitrarias, que en el caso de las devoluciones se concreta en el plazo máximo de 72 horas de la detención gubernativa y si no se pudiera ejecutar la devolución, interesar el internamiento y puesta a disposición judicial del extranjero. Resulta evidente que todo ello es claramente contrario no solo al régimen de garantías recogido en nuestra CE sino también a la normativa comunitaria⁴⁹⁷ y a cualquier normativa internacional en materia de derechos humanos, vulnerándose manifiestamente las garantías que le asisten a cualquier persona reconocidas, entre otros instrumentos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos como ya hemos tenido ocasión de analizar.

En tercer lugar, al encontrarnos ante una devolución efectuada por la vía de hecho, la actuación de la Administración no se puede controlar, imposibilitándose la identificación del extranjero, hecho este que tiene aún unas consecuencias más graves cuando se trata de menores no acompañados o solicitantes de asilo. En el caso de menores y, especialmente menores no acompañados, colectivo de especial vulnerabilidad, requieren una protección especial y la aplicación de un procedimiento distinto al de la devolución toda vez que, una vez determinada su minoría de edad, deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, debiendo ser puesto el menor, a disposición del servicio competente de protección de menores y actuar conforme a lo

⁴⁹⁷ Recordemos que en la Directiva de retorno, al analizar los supuestos en los que el extranjero en situación irregular puede ser retornado, se establece un procedimiento y la asistencia letrada.

previsto en el Capítulo III de la LOEx. En cuanto a posibles solicitantes de asilo, al no otorgarles la oportunidad de solicitar la protección internacional se vulneraría el principio de no devolución, principio que se encuentra consagrado también a nivel internacional como un derecho de *ius cogens*, es decir, de carácter obligatorio, exponiéndoles con tal devolución a ser objeto de cualquiera de las conductas que el artículo 3 del CEDH expresamente prohíbe y aunque el principio de no devolución no sea un derecho de carácter absoluto, la prohibición a ser sometido a tortura, malos tratos o tratos inhumanos, como se verá en el capítulo siguiente, sí que es un derecho que posee tal carácter absoluto. Consecuentemente con ello tales situaciones se encuentran “desprotegidas en las entregas sumarias a Marruecos y tampoco la previsión contemplada en el apartado tercero de la Disposición Adicional Décima, constituye una “garantía para posibilitar el ejercicio del derecho al asilo y asegurar el principio de no devolución”⁴⁹⁸. El acceso a las oficinas fronterizas de asilo de los puestos habilitados de Ceuta y Melilla supone haber traspasado en primer lugar, el control migratorio de las autoridades marroquíes y en segundo lugar, quien accede a territorio español a través de la valla perimetral será rechazado, lo que significa que las posibilidades de solicitar asilo son prácticamente inexistentes.

Por último, y como corolario, en tanto en cuanto los rechazos en las fronteras de Ceuta y Melilla, no se realizan conforme al procedimiento regulado legalmente y no se plasman en una resolución motivada individualmente, nos enfrentaríamos ante unas devoluciones o expulsiones colectivas que se encuentra expresamente prohibidas en el artículo 4 del Protocolo Adicional Cuarto del CEDH: “Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. En este sentido especialmente significativa es la STEDH de 23 de febrero del 2012, Caso Hirsi Jamma y otros contra Italia, en la que se condena a Italia por haber violado el CEDH, habiéndose considerado totalmente aplicable aunque los hechos hubieran acaecido en alta mar. En este asunto, los demandantes, inmigrantes procedentes de Libia y con intención de llegar a las costas italianas, fueron interceptados en alta mar, embarcados en unidades navales militares y desembarcados en Trípoli, sin haber sido identificados y por supuesto, sin haberles informado de su destino. Pues bien, el Alto Tribunal de Derechos Humanos, afirma que a pesar de que los hechos ocurrieran en alta mar, lo extranjeros estaban bajo la

⁴⁹⁸ Informe jurídico, cit., pág. 25.

jurisdicción italiana y el Convenio “garantiza los derechos a quienes se hallen bajo la jurisdicción efectiva de las autoridades de este Estado”, y siendo Italia parte del Convenio, se ha de aplicar aunque Libia no lo sea.⁴⁹⁹ Por lo tanto, en el caso concreto, no solo se violó el Protocolo Adicional Cuarto sino también los artículos 3 y 13 del Convenio, este último habida cuenta de que al no haberse iniciado procedimiento alguno para su expulsión, se les privó igualmente del derecho a un recurso efectivo. En consecuencia y aunque los Estados tengan derecho a regular y controlar los flujos migratorios y a expulsar a los inmigrantes en situación irregular, sin embargo, lo tienen que hacer a través de un procedimiento específico para ello y con todas las garantías para los ciudadanos extranjeros.

La importancia de esta Sentencia radica en dos aspectos: que fue adoptada por unanimidad por la Gran Sala “lo que significa que le Juez a título de Italia también votó en contra del Estado italiano” y aunque “sólo tiene valor de cosa juzgada para Italia, tiene valor de cosa interpretada para todos los Estados parte en el Convenio”⁵⁰⁰ incluida España. Así, en el caso de que los extranjeros sean aprehendidos en alta mar, y entendemos que en cualquier de los lugares señalados de la frontera con Ceuta y Melilla, tienen derecho a ser traídos a puerto español o al puesto fronterizo correspondiente a fin de que cada caso concreto pueda ser analizado y en consecuencia, aplicar la legislación respetando, en todo caso, los derechos que les asisten a los extranjeros en cada una de las situaciones en las que se puedan encontrar.

Queda por analizar la previsión recogida en el apartado segundo de la Disposición Adicional Décima: “En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España sea parte”. ¿Podríamos afirmar tras todo lo expuesto que los rechazos podrían llevarse a cabo conforme al CEDH o respetando el derecho a solicitar protección internacional? La respuesta creemos que ha de ser negativa. Si las devoluciones en caliente no posibilitan la identificación del ciudadano extranjero, ¿cómo vamos a conocer la situación concreta de cada uno de ellos? ¿cómo sabremos si se tratan de menores o

⁴⁹⁹ J.A. CARRILLO SALCEDO, “Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (Sentencia de 23 de febrero de 2012), UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, págs. 285 a 291, concretamente pág. 287.

⁵⁰⁰ J.A. CARRILLO SALCEDO, cit. págs. 288 y 290.

beneficiarios de cualquiera de las formas de protección internacional? ¿Cómo se van a respetar los derechos a la defensa o a la libertad individual si son inmediatamente expulsados? Evidentemente si no se cumple la primera premisa que es la identificación, la vulneración de tales derechos es patente. Y desde luego, la intención del Gobierno es seguir llevando a cabo tales prácticas porque de otro modo no se hubiera tratado de dar cobertura legal a estas devoluciones en caliente precisamente con esta reforma legislativa.

En definitiva, la previsión normativa de las devoluciones sumarias o en caliente, adolece de una grave ilegalidad vulnerando no solo la legislación sobre la materia al quebrar todo el sistema de garantías previsto sino también y principalmente, las más mínimas normas de derecho internacional en las que se contemplan los derechos humanos básicos de cualquier persona, fuere cual fuere su nacionalidad.

CAPITULO CUARTO

SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN FRONTERA: UN COLECTIVO DE ESPECIAL VULNERABILIDAD

I. INTRODUCCIÓN. EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO: LA CREACIÓN DE UN SISTEMA CLARAMENTE RESTRICTIVO Y DE CONTROL EN LA OBTENCIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Si bien, en un principio, el asilo ha sido entendido como un acto de protección del Estado en tanto en cuanto como Estado soberano y por tanto, libre y discrecional, no es menos cierto que tras la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia de la preocupación, a nivel internacional, de salvaguardar y proteger los derechos humanos, se convierte en una cuestión de derecho internacional, y más concretamente y en cuanto a lo que nos ocupa, en una cuestión de interés a nivel europeo. Sin embargo no solo ha sido esta preocupación de *salvaguarda de los derechos humanos* lo que ha llevado a la Unión Europea a desarrollar una política común en materia de asilo y a convertirse en un asunto prioritario sino que, en la realidad, existen otros motivos que podríamos denominar como menos *protectores*⁵⁰¹ y que responden a intereses de restricción y control de entrada de ciudadanos de terceros países.

Tras la aplicación del Acuerdo Schengen y la consecución del objetivo de libre circulación de personas entre los territorios de los distintos Estados miembros, el propósito de Europa no se detiene en controlar la entrada de personas exclusivamente migrantes sino que se extiende también a aquellas personas solicitantes de asilo, potenciales acreedoras de la concesión del estatuto de refugiadas y por ende, del disfrute de los derechos que lleva aparejado tal estatus, más beneficioso que el otorgado por la legislación de extranjería. Esta circunstancia unida al incremento de las peticiones de asilo que se han venido produciendo desde finales de los años 80, ha supuesto que dicho

⁵⁰¹ En ambos casos, la cursiva es nuestra.

solicitante se haya convertido en un problema para Europa en detrimento de la defensa y protección de los derechos humanos.

1.1. La primera fase en la consecución del SECA: Tratado de Ámsterdam

A pesar de que, como indica MONAR, la cooperación de los Estados miembros en materia de asilo comenzó, realmente, en el año 1987, con la creación del “subgrupo de asilo”, dependiente del “grupo de inmigración”, y cuyo logro más importante fue la firma del Convenio de Dublín en septiembre del año 1990, cuya entrada en vigor no tuvo lugar hasta el año 1997⁵⁰²; no es sino hasta el Tratado de Ámsterdam cuando la cuestión del asilo cobra relieve a nivel europeo. Ya comentamos en el primer capítulo la importancia que tuvo este Tratado así como el Consejo de Tampere, que se celebró poco después de su entrada en vigor, concretamente los días 15 y 16 de octubre de 1999, en cuanto a la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Dicho objetivo que se pretendía alcanzar mediante la actuación en distintas áreas, entre ellas, en el ámbito del asilo, se conseguirá gracias a la competencia y capacidad suficiente que el propio Tratado otorga a la Unión Europea. Se trataba, al igual que en materia de extranjería y política migratoria, y a pesar de las dificultades ante la disparidad de los regímenes jurídicos internos, de superar tales diferencias y crear un sistema uniforme en materia de asilo válido en toda la Unión, en el que el nivel de protección fuera similar en todos los países, así como el establecimiento de procedimientos comunes para la concesión y en su caso, retirada del derecho de asilo y el estatuto de refugiado, es decir el establecimiento de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

El objetivo de la primera fase del SECA (1999-2005), se centra en tratar de armonizar los sistemas jurídicos internos en base al establecimiento de normas mínimas comunes. No obstante, la acción de las instituciones europeas va a estar marcada, en los años posteriores a Tampere, por los atentados de Nueva York, en 2001, Londres, en 2006 y Madrid en 2008, lo que supondrá que dicha acción se centrará en mayor medida

⁵⁰² J. MONAR, “El camino de la Unión Europea hacia un sistema común de Asilo: progresos, déficits y perspectivas futuras” en *Actas del seminario sobre asilo, inmigración y cruce de fronteras*, Universidad Antonio de Nebrija y Dirección General de Policía, Comisaría General de Extranjería y Documentación, Ministerio del Interior, Madrid, 2001, VVAA, coords. B. RAMÍREZ SÁNCHEZ Y ARIAS FERNÁNDEZ, págs. 57 a 51, concretamente pág. 59.

a desarrollar “los aspectos relativos a la seguridad dentro del espacio europeo y en mejorar la efectividad del control de las personas que pretendan acceder a dicho espacio”⁵⁰³, con menoscabo del desarrollo de la normativa para la consecución del sistema común de asilo. Creemos que es este el motivo principal por el que a pesar de haberse producido un avance en cuanto a la aprobación de algunos instrumentos normativos; sin embargo, no se han conseguido superar las diferencias existentes entre los distintos países miembros a fin de alcanzar la igualdad de condiciones pretendida con la política común de asilo.

1.2. La segunda fase del SECA: Programa de la Haya y el Tratado de Lisboa

Los objetivos de la segunda fase del SECA se fijan en el Programa de la Haya, denominado de *consolidación de la libertad, seguridad y justicia en la UE*, que se aprobó en el Consejo Europeo de Bruselas celebrado en noviembre del 2004. Tal programa, como hemos señalado, va a estar marcado tanto por un afán en mantener la seguridad interna y la prevención del terrorismo como por un aumento en el control de las fronteras y en la regulación de los flujos migratorios. Por lo tanto, estas líneas de actuación influirán en la normativa a desarrollar y en la *dimensión exterior de la política migratoria y de asilo*⁵⁰⁴.

Con el Tratado de Lisboa del 2007, que entró en vigor en el año 2009, se incidirá en la creación de una política migratoria y de un sistema común de asilo, sin olvidar la lucha contra la inmigración irregular y el reforzamiento de los controles fronterizos. En esta etapa se ha destacar como hito importante el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo de 24 de Septiembre del 2008, en el que se establecen, entre otros, el propósito de conseguir la Europa del asilo, desarrollándose los objetivos acordados en la segunda fase del SECA y principalmente en lo relativo al establecimiento de un procedimiento común de asilo, creación de un estatuto uniforme para el asilo así como para la protección subsidiaria, mejorar la cooperación entre los Estados miembros y por último

⁵⁰³ A. OLESTI RAYO, “Las políticas de la UE relativas al control de fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, número 10, julio-diciembre 2008, págs. 13 a 48, concretamente pág. 16.

⁵⁰⁴ A. OLESTI RAYO, cit., pág. 5.

valorar, en orden al posible otorgamiento de protección internacional, las cuestiones de género y la situación de colectivos vulnerables. También se incluye como objetivo garantizar el asilo a aquellas personas que lo necesiten, y a tal fin se pretende que la actuación de la Unión se centre en *facilitar la entrada ordenada y bien gestionada de las personas que necesitan protección* lo que se trata de conseguir a través del establecimiento de mecanismos que le permitan a la Comisión de la UE determinar qué personas necesitan de protección y diferenciarlas de “otras categorías de emigrantes, antes de que lleguen a la frontera de los posibles Estados de acogida como procedimientos de entrada protegida y una utilización más flexible del régimen de visados basados en consideraciones de protección”⁵⁰⁵.

Es decir, al igual que en materia de política migratoria, a nuestro modo de entender, consideramos que la actuación de la Unión Europea en materia de asilo no tiene otro objetivo que el de controlar quiénes pueden llegar a nuestras fronteras e instar algún tipo de protección, decidiendo no solo, si efectivamente cumplen los requisitos para otorgar dicha protección sino también, incluso qué tipo de personas serán las *elegidas*⁵⁰⁶ para que su petición sea objeto de examen.

1.3. Aspectos legislativos relevantes de la política comunitaria en materia de asilo

La normativa europea en materia de asilo, como veremos a continuación, se ha caracterizado por la creación y regulación de un sistema normativo, básicamente procedimental, en el que se van a fijar, por un lado, criterios mínimos y comunes a todos los países miembros en orden a determinar quién sea el Estado responsable del conocimiento de una petición de protección internacional así como los requisitos para ser beneficiario de dicha protección; y por otro lado, la instauración de un régimen también común, relativo a los efectos y derechos de las personas a quienes se les ha otorgado tal protección (sistema de acogida).

⁵⁰⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, COM (2008) 360 final, Bruselas, 17 de junio del 2008. Esta Comunicación no se encuentra publicada en el Diario Oficial, recurso electrónico disponible en www.europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_migration/index_es.htm, consulta realizada el 1 de mayo del 2015.

⁵⁰⁶ La cursiva es nuestra.

La acción legislativa más relevante que se ha desarrollado para dotar de contenido a la política en materia de asilo, la podemos concretar en los siguientes actos:

1.3.1. El Convenio de Dublín

El Convenio de Dublín, de 15 de junio de 1990, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estado miembros de las Comunidades Europeas, Convenio que fue sustituido, en un primer momento, por el Reglamento (CE) 343/2003 de 18 de febrero del 2003⁵⁰⁷, y actualmente por el Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida (Texto refundido)⁵⁰⁸; constituye el primer instrumento del que se valió la Unión Europea para regular algunos aspectos relativos al asilo de forma unitaria para todos los Estados miembros.

La aprobación de dicho Convenio tenía como finalidad tratar de dar solución a una serie de problemas que venían surgiendo en relación a las peticiones de asilo ante los distintos países de la Unión y que tenían su origen en la propia “institución del asilo en el marco de un espacio común europeo sin fronteras interiores”⁵⁰⁹. Básicamente se trataban de dos problemas, el primero, el hecho que de forma continuada los Estados miembros rechazaran el examen de peticiones de asilo, y el segundo, la presentación, por una misma persona de múltiples solicitudes de asilo, tanto de forma simultánea como consecutiva, en los distintos países europeos. Estos problemas pretenden ser solventados por el Convenio al establecerse reglas y criterios a fin de determinar, de forma más o menos inmediata, quién deba ser el Estado competente para examinar las solicitudes de asilo así como las normas correspondientes para que por parte de los países miembros se asuma tal responsabilidad.

⁵⁰⁷ Reglamento denominado “Dublín II”, DOUE de 25 de febrero del 2003.

⁵⁰⁸ Dublín III, DOUE de 29 de junio del 2013.

⁵⁰⁹ Informe sobre la aplicación del Convenio de Dublín, elaborado por CEAR, de 23 de noviembre del 2000, recurso electrónico disponible en www.derechos.org/nizkor/espana/doc/dublin.es, fecha de la consulta 1 de mayo del 2015.

Si bien es cierto que el primer Convenio de Dublín impulsó “el proceso de armonización de las políticas de asilo”, con la finalidad de continuar con dicho proceso, fue sustituido por el Reglamento (CE) de 2003 ya referido, y que no solo viene a confirmar los “principios en los que se basaba” sino que también, pretende mejorar el mismo “con las reformas necesarias” para ello⁵¹⁰. Así, en el Capítulo III se contienen los criterios jerárquicos a seguir para determinar el Estado miembro responsable del conocimiento de una petición de asilo, “atendiendo a la situación existente en el momento en el que el solicitante de asilo presentó su solicitud por primera vez ante un Estado miembro”⁵¹¹, y en todo caso, con la finalidad de que dicha solicitud sea examinada por uno sólo de los países miembros⁵¹². El Capítulo V recoge las distintas normas de responsabilidad del Estado miembro responsable así como las de readmisión que obligan al país que sea competente a readmitir al solicitante de asilo en su territorio. Finalmente, el Capítulo VI establece determinadas reglas de *cooperación administrativa* entre los Estados miembros e intercambio de datos e información en relación a los solicitantes de asilo, “que resulten útiles, pertinentes y no excesivos, para: a) la determinación del Estado miembro responsable, b) el examen de la solicitud de asilo y c) el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del presente Reglamento” (artículo 21.1). No obstante, los países deberán respetar la normativa comunitaria relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁵¹³.

El nuevo Reglamento, tiene como objetivo mejorar la eficacia del sistema así como la protección de las personas y aunque mantiene los principios inspiradores del Convenio, introduce novedades en cuanto a los criterios jerárquicos aplicables para determinar el Estado responsable de examinar la solicitud de asilo estableciéndose, en primer lugar, consideraciones familiares; en segundo lugar, la expedición de un visado o

⁵¹⁰ Considerando (5) del Reglamento (CE) 343/2003 de 18 de febrero.

⁵¹¹ Artículo 5 del Reglamento, cit.

⁵¹² Los criterios que se establecen son: el principio de unidad familiar, expedición de visados o permisos de residencia, el de entrada o permanencia ilegal, la entrada legal y el del lugar de la solicitud, si se ha efectuado en una zona de tránsito internacional de un aeropuerto. Además el artículo 15 recoge una cláusula *humanitaria*, señalando que aun no siendo competente un Estado miembro para conocer una petición de asilo, conforme a los criterios establecidos, “(...) cualquier Estado miembro podrá agrupar a miembros de una familia, así como a otros familiares dependientes, por razones humanitarias(...)”.

⁵¹³ Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995.

autorización de una residencia por parte de un Estado miembro y, finalmente la entrada o acceso irregular.

Tal vez lo que resulta más relevante de este nuevo Reglamento es el hecho de contemplar expresamente la prohibición de transferencia de solicitantes de asilo a otro u otros países miembros, aunque resulten competentes para el examen de la solicitud de asilo, si se constata que en ellos no se garantiza un procedimiento adecuado en la petición de asilo o en las condiciones de acogida “que impliquen un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (artículo 3 del nuevo Reglamento de Dublín). Esta garantía de protección a los solicitantes de asilo se introdujo principalmente tras la Sentencia del TEDH, de 21 de enero del 2011⁵¹⁴, en la que se condenó a Grecia como responsable de violación: a) del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tanto por las condiciones de detención del demandante de asilo como por las condiciones de *existencia-indigencia material extrema*- en las que se encontró durante el periodo de libertad; y b) del artículo 13 del CEDH en relación con los artículos 2 y 3 del mismo texto, al considerar el Tribunal, que el sistema griego de procedimiento de asilo, adolecía de graves deficiencias que afectaron a la accesibilidad en la práctica de un recurso y a su efectividad. También condenó a Bélgica por haber violado el artículo 3 del Convenio, al haber permitido el traslado del solicitante a Grecia y haberle expuesto a los riesgos que resultaban de las deficiencias del sistema de asilo en este país así como por las condiciones a las que fue sometido durante su estancia en Grecia: el Tribunal considera que Bélgica tenía que haber valorado si “la aplicación en la práctica de la legislación griega de asilo llevaba a constatar que existía un riesgo real y personal de que el demandante fuese sometido a tratos contrarios al Convenio”⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Asunto M.M.S vs. Bélgica y Grecia.

⁵¹⁵ S. MORGADES GIL, “STEDH 21.01.2011. Gran Sala M.M.S. contra Bélgica y Grecia 30696/2009. Artículos 3 y 13 del CEDH – Prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes-Reglamento (CE) 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de Asilo (Dublín II). El funcionamiento efectivo de la política europea de Asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes en el ámbito del CEDH”, *Revista de Derecho europeo comunitario* n° 41, enero-abril 2012, págs. 183 a 204, concretamente pág. 190.

Lo más destacable de esta Sentencia, jurídicamente hablando y en lo que ahora nos ocupa⁵¹⁶, no es tanto preservar el principio de no devolución al país al que sufre persecución si se considera que como consecuencia de dicho traslado, el solicitante de asilo, podría ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, que evidentemente es esencial; sino que los países involucrados y que resultan condenados por violar el CEDH y especialmente el artículo relativo a la prohibición de la tortura, son dos Estados miembros de la UE, ambos parte del CEDH, de la Convención de Ginebra y a quienes obliga el Convenio de Dublín. Constatamos por tanto, que no necesariamente los países europeos pueden ser considerados como *países seguros* conforme a lo establecido en el artículo 38 de la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional (refundición)⁵¹⁷, es decir, aquellos donde se tenga la certeza que el solicitante recibirá un trato en el que su vida, integridad o libertad no se consideren amenazadas y en el que se respete el principio de no devolución si va a ser sometido a tratos inhumanos, degradantes o a torturas, conforme al Derecho internacional y recibir protección conforme a la Convención de Ginebra.

1.3.2. El sistema EURODAC

El funcionamiento del Convenio de Dublín así como el Reglamento que lo sustituye va a encontrar su apoyo en el sistema EURODAC⁵¹⁸. El sistema EURODAC se creó con la finalidad de permitir que los distintos países de la Unión Europea pudieran identificar a los extranjeros solicitantes de asilo, y también a otras personas extranjeras interceptadas

⁵¹⁶ Analizaremos otros aspectos de esta Sentencia en apartados posteriores.

⁵¹⁷ DOUE de 29 de junio del 2013, que sustituye a la Directiva 2005/85/CE.

⁵¹⁸ Aprobado por el Reglamento del Consejo (CE) 2725/2000 de 11 de diciembre de 2000, de comparación de las impresiones dactilares para la efectiva aplicación del Convenio de Dublín, publicado en el DO de la UE número 316 de 15 de diciembre del 2000. Y que ha sido sustituido en el 2013 con la refundición de la normativa en materia de asilo y concretamente por el Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio del 2013, relativo a la creación del sistema EURODAC para la comparación de las impresiones dactilares para la efectiva aplicación del Reglamento (UE) 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida y, a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembro y Europol a efectos de aplicación de la ley y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición). Será aplicable a partir del 20 de julio del 2015.

con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores, en orden a comprobar si ya habían formalizado tal petición en otro de los Estados miembros o si el solicitante de asilo había entrado de forma irregular en el territorio de la Unión. Consecuentemente con ello, se hacía necesario también “crear un sistema consistente en una unidad central que se establecerá en la Comisión y que gestionará una base central informatizada de datos dactiloscópicos así como los medios electrónicos de transmisión entre los Estados miembros y la base de datos central”⁵¹⁹.

El nuevo Reglamento (UE) 603/2013 tiene como objetivo principal *ayudar a determinar* cuál sea el Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de protección internacional presentadas en los Estados miembros, creando para ello, un sistema de comparación de impresiones dactilares y determinando las condiciones en que las autoridades designadas de los Estado miembros y la Oficina Europea de Policía (Europol), podrán solicitar la comparación de datos dactiloscópicos con los almacenados en el Sistema Central del EURODAC (artículo 1). Se mantiene que los datos dactiloscópicos se tomarán a todos los solicitantes de asilo mayores de 14 años y serán transmitidos de forma inmediata y en todo caso, en un plazo no superior a 72 horas desde la presentación de solicitud de protección internacional, al Sistema Central referido (el anterior Reglamento establecía un plazo de 24 horas para dicha transmisión). Además, se registrarán los datos relativos al Estado miembro donde se haya presentado la solicitud y la fecha de la misma, el sexo, fecha de toma de las impresiones dactilares, fecha de transmisión de los datos, fecha de introducción en la base central y fecha en la que la persona solicitante haya abandonado el territorio o haya sido expulsada. Igualmente se contempla que cualquier Estado miembro podrá requerir al Sistema Central la comparación dactilar, tanto de los datos trasmitidos por él mismo como por otros Estados. Estos datos se conservarán durante diez años si bien podrán ser suprimidos con carácter anterior en determinadas circunstancias, como por ejemplo, si se adquiere la nacionalidad de alguno de los países miembros.

De la misma forma se actuará en relación a personas que hayan sido interceptadas por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de fronteras y a los que no se devuelva al lugar de procedencia o que permanezcan

⁵¹⁹ Considerando (5) del Reglamento del Consejo 2725/2000 de 11 de diciembre.

físicamente en el territorio de los Estados miembros (artículo 14), si bien en este caso, la conservación de los datos será por un periodo de 18 meses.

Los artículos 19 y ss del Reglamento regulan el procedimiento para la comparación y transmisión de los datos dactiloscópicos así como el tratamiento, protección y responsabilidad de los mismos, señalándose, en cuanto al procedimiento, que la solicitud de comparación deberá hacerse por vía electrónica y tendrá que estar motivada, debiéndose, por parte de la autoridad correspondiente, verificar si se cumplen las condiciones para solicitar la comparación.

1.3.3. Las Directivas de procedimiento y acogida (2013/32/UE y 2013/33/UE)

Las conclusiones del Consejo de Tampere establecieron como criterios prioritarios en el desarrollo de una nueva política común en materia de asilo básicamente: a) el respeto del principio de no devolución; b) la plena y total aplicación de la convención de Ginebra⁵²⁰ y c) la consecución de cuantas acciones fueren necesarias a fin de incluir, a corto plazo, normas comunes para procedimientos justos y eficientes de asilo en los Estados miembros, y más a largo plazo, normas comunitarias que lleven a un procedimiento común de asilo en la Comunidad Europea⁵²¹.

El resultado fue la adopción de varias Directivas relativas a) a la tramitación de las solicitudes de asilo: Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, de carácter eminentemente procesal; b) a las condiciones de acogida para los solicitantes de asilo: Directiva 2003/9/CE, del Consejo, de 27 de enero por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros; y c) a la concesión de la protección: Directiva 2004/83/CE, del Consejo de 29 de abril, por la que se establecen las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de

⁵²⁰ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El sistema europeo común de asilo: desarrollo normativo y refundición 2013” en *Interventions and legal bases for the integration of immigrants in the European Union and Spain*, Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericano, Universidad de Varsovia, 2013, pág. 9.

⁵²¹ Considerando (3) de la Directiva 2005/85/CE.

terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesiten otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

Posteriormente, y dentro del plan de actuación para la creación definitiva del SECA, en el que exista un acción uniforme y un sistema que garantice una protección en igualdad de condiciones en todos los Estados miembros, se producen dos hitos de relevancia: el primero, el Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo⁵²² y el segundo, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/83/CE⁵²³.

El Libro Verde cuya finalidad es la de “identificar las opciones posibles dentro del actual marco legal de la UE para dar forma a la segunda fase de construcción del SECA”⁵²⁴, contiene una reflexión sobre las Directivas referidas analizando las deficiencias encontradas por un lado, en cuanto al procedimiento: diversidad procedimental que imposibilita la consecución de un procedimiento único para la evaluación de las solicitudes de asilo y protección subsidiaria; algunos aspectos de este procedimiento, tales como la calidad de las decisiones, la evaluación de las pruebas o los recursos previstos así como la imposición de límites temporales al propio procedimiento, deben mejorarse a fin de conseguir una mayor eficacia y garantía en la protección. Y por otro lado, y en relación a las condiciones de acogida de los solicitantes, se constata la existencia de grandes divergencias entre los Estados miembros, como por ejemplo el acceso al trabajo o a la asistencia sanitaria, indicando que en tales aspectos se requiere una mayor armonización de las legislaciones internas.

También estima necesario el establecimiento de unos criterios de concesión de la protección internacional que sean más uniformes así como dar una respuesta adecuada a situaciones de especial vulnerabilidad como por ejemplo, menores no acompañados, personas víctimas de trata de seres humanos o aquellas que son perseguidas por razones

⁵²² Libro Verde de 6 de junio del 2007, COM (2007) 301, final, recurso electrónico disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52007DC0301>, fecha de la consulta, 9 de agosto del 2015.

⁵²³ Informe de 29 de abril del 2010, de 16 de junio, COM (2010) 314, final.

⁵²⁴ Libro Verde, cit., introducción, pág. 1.

de sexo, debiéndose establecer unos criterios específicos para la identificación de solicitantes de protección que se encuentren en tales situaciones.

En cuanto al Informe, se centra principalmente en el análisis de la Directiva sobre concesión de la protección internacional (Directiva 2004/83/CE). En esta Directiva se regulan: a) la forma de realizar la evaluación de las solicitudes de protección internacional, indicando los elementos y criterios que se han de considerar y la valoración de los mismos; b) se introducen las definiciones de quiénes pueden ser agentes de persecución, incluyéndose aquellos distintos de los estatales y los requisitos que han de cumplirse para obtener el estatuto de refugiado así como en qué consisten los actos de persecución, entre los que se comprenden no solo los actos de violencia física sino también psíquica y los actos de violencia sexual; c) se introduce una nueva forma de protección internacional que es la protección subsidiaria y el establecimiento de su estatuto; d) se lleva a cabo una regulación amplia relativa a la extensión familiar del asilo y finalmente y una vez concedida la protección internacional, se detallan los derechos de los que disfrutarán las personas a quienes se les haya otorgado tal estatuto.

Como se puede observar esta Directiva contempla una regulación bastante completa y ambiciosa de la institución del asilo y de su régimen jurídico aunque, a la vista del Informe que se realiza por parte de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre su aplicación, realizado en el año 2010, hemos de concluir que no ha sido muy satisfactoria en cuanto a la consecución de los objetivos que se pretendían. De esta forma se comprueba que algunos países no han traspuesto de forma correcta determinados aspectos de la Directiva, constatándose la existencia de imprecisiones o ambigüedades en las definiciones de determinados conceptos, “como los de agentes de protección, protección interna o pertenencia a un grupo determinado”⁵²⁵ - por ejemplo Rumanía no ha traspuesto la disposición relativa a los agentes de protección y en la normativa interna de Estonia existe confusión entre lo que se entiende por agentes de persecución y agentes de protección-; lo que significa que la interpretación que pueda hacerse de tales conceptos va a ser muy diferente entre unos Estados y otros. Se ha podido verificar también que no todos los países han diferenciado entre la concesión del estatuto de refugiado ni la protección subsidiaria. Ello supone que el nivel de protección

⁵²⁵ Informe de la Comisión, cit., pág. 17.

y el contenido de los derechos en una y otras legislaciones difiera al igual que los requisitos para la concesión de la protección internacional.

La conclusión a la que llega el Informe no es otra que la armonización pretendida de las normativas internas, a fin de que quede establecido un sistema común de asilo en cuanto a las formas de protección, requisitos de concesión, estatuto y derechos de las personas a quienes se les haya reconocido tal protección internacional, no se ha conseguido y las divergencias existentes en la aplicación de la Directiva por parte de los Estados miembros “provocadas por la imprecisión y la ambigüedad de las propias normas sólo pueden eliminarse mediante la modificación legislativa de las disposiciones pertinentes”⁵²⁶.

Por lo tanto, las actuales Directivas sobre la materia (textos refundidos) tienen como finalidad tanto el desarrollo como la aproximación de las distintas legislaciones, con vista al establecimiento de un procedimiento común de asilo que soslaye las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos y garantice condiciones equivalentes⁵²⁷. En definitiva, se trata de establecer no solo procedimientos adecuados sino también y especialmente, derechos y garantías jurídicas que sean igualmente eficaces en todos los países miembros y que permitan *revisar la solicitud de forma más completa y equitativa posible*⁵²⁸. Esta nueva legislación comunitaria ha culminado, hasta el momento, en las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE.

La Directiva 2013/32/UE se aplicará a todas las solicitudes de protección internacional que se presenten en cualquiera de los Estados miembros, ya sea en el interior del territorio, en frontera o en las zonas de tránsito, quedando excluidas las peticiones *de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros*⁵²⁹.

⁵²⁶ Informe de la Comisión, cit., pág. 18.

⁵²⁷ Considerandos (12) y (13) de la Directiva de procedimiento refundida.

⁵²⁸ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El sistema europeo común de asilo: desarrollo normativo y refundición 2013”, cit., pág. 15.

⁵²⁹ Artículo 3.2 de la Directiva.

En relación a las garantías que se deben respetar en el procedimiento señalamos las más significativas: el examen de la solicitud se ha de llevar a cabo de forma imparcial, objetiva e individual, debiéndose obtener información precisa respecto de la situación de los países de origen o por los que haya transitado. La resolución ha de realizarse por escrito y en el caso de que sea denegatoria, debe contener los hechos y motivos de dicha denegación, del mismo modo que debe indicar los recursos que se pueden interponer, especificando que los interesados deben tener derecho a un *recurso efectivo* (artículo 46).

Durante el procedimiento, los Estados miembros deben garantizar que los solicitantes hayan sido informados sobre el procedimiento a seguir así como de los derechos que le asisten y las obligaciones; entre esos derechos se ha de prever la asistencia de intérprete cuando sea necesario, posibilitarle el contacto con el representante de ACNUR, así como ofrecerle el derecho a ser asistido por abogado y en el caso de que haga uso de este derecho, también se contempla la asistencia jurídica gratuita. Se debe facilitar, en la medida de lo posible una entrevista o audiencia personal entre el solicitante de asilo y la persona u organismo competente, en la que debe respetarse una total confidencialidad y estar presente, si fuera necesario, un intérprete.

En relación al propio procedimiento, se prevé en un primer estadio, un examen de la solicitud “suficiente y completo” y se procurará que dicho procedimiento “concluya lo más rápidamente posible” (artículo 23.2), tratando de que se resuelva la petición de asilo en un plazo no superior a seis meses. No obstante, se permite a los Estados miembros que aceleren el procedimiento en determinados supuestos como por ejemplo, se considere que la solicitud de asilo es claramente infundada o los hechos expuestos no guarden relación alguna con los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o se hayan formulado alegaciones inverosímiles o contradictorias, y se haya presentado una petición de asilo posterior a otra ya denegada que no contenga elementos o circunstancias nuevas y relevantes. Se mantiene un procedimiento específico para las solicitudes de protección internacional en los puestos fronterizos (artículo 43) y un procedimiento para la retirada de la protección internacional.

La Directiva 2013/33/UE en cuanto a las condiciones de acogida, contempla los supuestos en que los solicitantes de protección internacional pueden verse privados de libertad, y en su caso, internados, las condiciones de tal internamiento y los derechos que les asisten; precisiones específicas respecto de personas vulnerables, menores de edad y solicitantes con necesidades de acogida particulares y finalmente, las condiciones de acogida en materia de empleo y asistencia sanitaria.

Como hemos podido observar y como veremos en el desarrollo de este capítulo, aunque se tienda a la consecución de un sistema común en materia de asilo, esta armonización, principalmente, trata de que por parte de los Estados miembros se adopte una postura común y se dispense una respuesta única al problema que supone para Europa la llegada a sus fronteras de inmigrantes solicitantes de protección internacional. Se intenta crear una vía unitaria que permita el control de estos extranjeros a fin de conseguir que su entrada en el territorio de la Unión se encuentre limitada y que se concreta en lo que nos ocupa, que es la petición de protección internacional en frontera, en el mantenimiento y desarrollo del procedimiento fronterizo así como la posibilidad de que los interesados puedan estar privados de libertad, durante la sustanciación de tal procedimiento. No olvidemos que una gran parte de las solicitudes de protección internacional se producen en frontera como consecuencia de la llegada de grandes contingentes de personas, entre otros lugares, a las costas italianas, españolas y griegas y más recientemente a Bulgaria⁵³⁰; personas que huyen, la mayoría de ellas, de los conflictos armados que se están produciendo en su país, como es el caso de Siria, Mali o la frontera entre Sudán Sur y Sudán. Este *blindaje fronterizo*⁵³¹ está dando sus frutos y así, por ejemplo, en el caso de España, en el año 2013 se registró un número menor de solicitudes en frontera respecto del año anterior; produciéndose, por el contrario un aumento de las solicitudes dentro del territorio nacional⁵³².

⁵³⁰ “Los límites de Bulgaria con Grecia y Turquía son en estos momentos una de las fronteras exteriores más controvertidas de la UE (...) En 2013, Bulgaria recibió una afluencia sin precedentes de personas refugiadas, en su mayoría procedentes de Siria. Según las estadísticas de Eurostat, la cifra total de personas solicitantes de asilo se multiplicó por cinco respecto del año anterior”, Informe CEAR 2014, págs. 44 y 45, recurso electrónico disponible en <http://www.pear.es/wp-content/uploads/2013/05/Informe-CEAR-2014.pdf>, fecha de la consulta 10 de agosto del 2015.

⁵³¹ La cursiva es nuestra.

⁵³² Informe CEAR 2014, cit., pág. 55

II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL ASILO Y DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL SUBSIDIARIA EN ESPAÑA. LEY 12/2009 DE 30 DE OCTUBRE: AVANCES Y RETROCESOS

2.1. Concepto y contenido jurídico actual de la figura del asilo y del término de refugiado en nuestra legislación

Podríamos dar una definición *strictu sensu* del asilo como la protección que “consiste en acoger dentro del territorio de un Estado a uno o varios extranjeros *perseguidos* por motivos calificables *lato sensu* de políticos”⁵³³. Sin embargo, tal protección debe abarcar, conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁵³⁴ a aquellos extranjeros a quienes se les reconozca la condición de refugiados en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley⁵³⁵ y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra en 1951. Por tanto, hemos de determinar quiénes puedan ser refugiados hoy, conforme no solo a la Convención de Ginebra, sino también en consideración a toda la normativa vigente sobre la materia. Así, podríamos afirmar que cualquier persona que esté siendo perseguida o que existan fundados temores de ser perseguida, por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a un determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentre fuera de su país de nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país (aplicable también a los apátridas que se encuentren fuera del país de residencia habitual)⁵³⁶, puede tener la consideración de persona refugiada. Además la figura del asilo habrá de entenderse en un sentido más amplio en cuanto a que dicha protección debe otorgarse no solo a extranjeros que están siendo perseguidos individualmente sino también a aquellos que se encuentran en situación de grave peligro

⁵³³ F.M. MARIÑO MENÉNDEZ, “La regulación del asilo territorial por medio de Convenios Internacionales” en *Actas del seminario sobre Asilo, inmigración y cruce de fronteras*, febrero del 2000, Universidad Antonio de Nebrija y Ministerio del Interior, Madrid 2001, VVAA, coords. B. RAMÍREZ SÁNCHEZ Y ARIAS FERNÁNDEZ, págs. 45 a 56, concretamente, pág. 45.

⁵³⁴ Hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951. Completada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967.

⁵³⁵ Artículo 2 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de Asilo y de la protección subsidiaria. BOE 263, de 31 de octubre del 2009.

⁵³⁶ Artículo 3 de la Ley 12/2009

para su vida, integridad física o moral o su libertad, como consecuencia, por ejemplo, de conflictos armados internos o internacionales o de graves crisis humanitarias, lo que actualmente se denomina “protección subsidiaria”; derecho que se dispensa a las personas que sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen (...) o al de su residencia habitual (...), se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno o alguno de estos daños considerados como graves: condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución; tortura, tratos inhumanos o degradantes y, amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno (artículos 4 y 10 de la Ley 12/2009).

Nos encontramos de esta forma, con dos situaciones: la primera, persecución concreta e individual por los motivos aludidos, y la segunda situación, la de aquellos extranjeros en los que no concurren requisitos suficientes para la concesión del estatus de refugiado y sin embargo, en atención a concretas circunstancias se considera que deben ser protegidos por el país de acogida. No obstante, y a pesar de la existencia de estos dos niveles de protección, la concesión de asilo o de la protección subsidiaria, determinará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración así como en la normativa de la Unión Europea⁵³⁷, en igualdad de condiciones (artículo 36 de la Ley 12/2009).

Nuestra Constitución contempla la figura jurídica del asilo en su artículo 13 apartado cuarto, indicando que la “ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Sin embargo, no se configura como un derecho fundamental y su desarrollo y contenido se llevará a cabo a través de ley ordinaria (el propio texto constitucional se remite al legislador ordinario) con independencia de los derechos fundamentales de los que sean titulares los extranjeros que soliciten el asilo o aquellos a quienes se les haya concedido ya tal

⁵³⁷ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional (refundición) y Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido).

estatus. Aunque ningún precepto constitucional exige que la ley que configure el derecho de asilo se apruebe en la forma de ley orgánica, lo cierto es que la ley ordinaria que regule su contenido, deberá respetar los demás preceptos de la Constitución y en particular, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 27 de febrero del 2002, nº 53/2002, Fundamentos Jurídicos Cuarto y Decimocuarto).

Podemos situar el primer estadio sobre la regulación de la institución de asilo, en la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado⁵³⁸ y en el Reglamento para la aplicación de la misma aprobado por RD 511/1985 de 20 de febrero⁵³⁹. Posteriormente y como consecuencia, principalmente, de la aprobación del Convenio de Schengen y el de Dublín, relativo a la determinación del Estado miembro competente para el examen de la solicitud de asilo, la Ley 5/84 es modificada por Ley 9/1994 de 19 de mayo⁵⁴⁰. Con esta Ley se producen tres novedades de importancia: la primera, se suprime la dualidad que existía entre el asilo propiamente dicho y el refugio que se configuraban como dos estatutos jurídicos diferenciados. La segunda y en cuanto al procedimiento, se regula una fase previa a la admisión a trámite de las peticiones de asilo en frontera que permite la denegación de aquellas solicitudes manifiestamente infundadas o bien cuya competencia no corresponda a España. En este caso, y hasta la resolución sobre la admisión o inadmisión a trámite, el solicitante de asilo permanece en dependencias fronterizas, a diferencia de lo regulado en la Ley 5/84, en la que la solicitud de asilo en frontera conllevaba su admisión provisional. Y la tercera, relativa a los efectos de la resolución denegatoria del asilo: la inadmisión a trámite o la denegación de asilo, bien en frontera o bien en territorio español, conllevará, el rechazo en frontera, la expulsión o la obligación de salida, según los casos, a menos que en el solicitante concurren los requisitos exigidos por la legislación de extranjería para permanecer en España. En la legislación anterior (Ley 5/84), por el contrario, la denegación de asilo, salvo en algunos supuestos, no implicaba necesariamente la expulsión, señalándose que el solicitante “estará en las mismas

⁵³⁸ BOE 74, de 27 de marzo de 1984.

⁵³⁹ BOE 55, de 6 de marzo de 1989.

⁵⁴⁰ BOE 123, de 23 de mayo de 1994.

condiciones que cualquier otro extranjero para obtener la autorización de residencia y trabajo” (artículo 17 de la Ley 5/84 en relación con el artículo 20 del Reglamento)⁵⁴¹.

Como consecuencia de tal modificación se aprueba, por RD 203/1995 de 10 de febrero⁵⁴², un nuevo Reglamento de desarrollo que deroga el anterior. Actualmente la Ley de asilo 5/84 ha sido expresamente derogada por Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁵⁴³ y aunque actualmente se encuentra en vigor, ha sido recientemente modificada en su artículo 40, por Ley 2/2014 de 25 de marzo de la Acción y Servicio exterior del Estado y que hace referencia a la *Extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria*⁵⁴⁴.

2.2. La Ley 12/2009: la respuesta a la normativa comunitaria en materia de asilo

Como indica el preámbulo de la propia Ley, la nueva regulación responde a distintos motivos: primero, la necesidad de incorporar la normativa comunitaria que sobre la materia se ha adoptado procediéndose a trasponer distintas Directivas. Segundo, trata de “reflejar de modo adecuado las nuevas interpretaciones y criterios surgidos en la doctrina internacional y de la jurisprudencia de órganos supranacionales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el objeto de mejorar las garantías de las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional”, debiendo adaptarse además a los criterios que se desprenden de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales en materia de asilo. Y por último, como indica BUISÁN GARCÍA, “trata de resolver a través de mecanismos distintos, problemas derivados de la propia realidad de nuestro sistema de asilo” mediante la introducción de figuras y aspectos jurídicos que serán analizados en

⁵⁴¹ Esta modificación viene motivada básicamente por la finalidad de evitar la entrada de migrantes económicos que venían utilizando la figura del asilo para acceder al territorio nacional, eludiendo los controles de entrada impuestos por la normativa de extranjería, acuerdo alcanzado por los países miembros en el Acuerdo de Londres de 1992.

⁵⁴² BOE 52, de 2 de marzo de 1995.

⁵⁴³ BOE 263, de 31 de octubre del 2009.

⁵⁴⁴ BOE 74, de 26 de marzo que modifica a través de su Disposición Adicional Tercera el artículo 40 de la Ley 12/2009.

este capítulo⁵⁴⁵. A lo que hemos de añadir que la anterior normativa sobre la materia había quedado superada en el tiempo habida cuenta que, actualmente, la realidad político-social es completamente distinta a la de hace 20 años, los conflictos son otros, los países de procedencia de los solicitantes de asilo y los propios motivos de solicitud han variado e incluso los agentes de persecución no son estrictamente estatales sino que pueden ser organizaciones de carácter distinto y ello claro está, requiere de su reflejo en la legislación.

Realmente la reforma que se produce en la regulación del derecho de asilo en nuestra normativa interna que, como ya se ha señalado, viene motivada principalmente por la política desarrollada en esta materia a nivel comunitario, ha sido de gran importancia. Sin embargo, se siguen manteniendo algunos aspectos introducidos por la propia Ley 9/1994, que en su momento supusieron una gran novedad: nos estamos refiriendo a la fase previa de la admisión a trámite de la petición de asilo y la permanencia del solicitante en las dependencias fronterizas hasta que se resuelva tal solicitud.

Previamente a dar paso al siguiente apartado e indicar las principales novedades que la nueva Ley contempla, debemos tener presente dos aspectos. El primero y al igual que ha ocurrido con las políticas migratorias, el alto grado de comunitarización que ha sufrido la figura del asilo y, consecuentemente con ello, la normativa interna sobre la materia que necesariamente, se *inserta*, como indica GARCÍA MAHAMUT, “en el marco de la construcción de un Sistema Europeo Común de Asilo cuya finalidad es el establecimiento de un espacio común donde se garantizan altos niveles de protección a los refugiados y a las personas que no reuniendo los requisitos para obtener la condición de refugiados se enfrentasen, en caso de regresar a su país, a un riesgo real de sufrir daños graves”⁵⁴⁶. Y el segundo, que a través de esta nueva regulación se han

⁵⁴⁵ N. BUISAN GARCÍA, “La Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiarias: cuestiones procesales”, *Revista de jurisprudencia* nº 2, mayo del 2011. Recurso electrónico disponible en www.elderecho.com/administrativo, consulta realizada el 18 de abril del 2015.

⁵⁴⁶ GARCÍA MAHAMUT R. “El nuevo régimen jurídico del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España a la luz de la Ley 12/2009 de 30 de octubre: principales novedades y desafíos”, *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, VVAA, coord. M^a del C. VIDAL FUEYO, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2010, págs. 15 a 93, concretamente pág. 42.

incorporado al ordenamiento jurídico interno las Directivas 2004/83/CE⁵⁴⁷, 2005/85/CE⁵⁴⁸ y 2003/86/CE⁵⁴⁹, que como ya hemos señalado, han sido objeto de refundición en dos Directivas: 2013/32/UE⁵⁵⁰ y 2013/33/UE⁵⁵¹ que constituirán el elenco de normas mínimas a fin de conseguir una armonización de la normativa interna de los Estados miembros dentro del Sistema Europeo Común de Asilo⁵⁵².

2.3. Principales novedades de la Ley 12/2009

2.3.1. Concepto de protección internacional y protección subsidiaria

En el término de protección internacional se incluye la protección que se otorga no solo a las personas a quienes se les concede el estatuto de refugiado sino también a aquellas que no cumpliendo con los requisitos para la obtención de tal estatuto sin embargo, el regreso a su país de origen o de residencia, pudiera suponer un riesgo de sufrir alguno de los daños graves que dan lugar a tal protección (protección internacional subsidiaria). En cuanto al contenido y determinación de la protección internacional (Título Preliminar y Título Primero), si bien se siguen manteniendo las expresiones *derecho de asilo y refugiado*, en tanto en cuanto se otorga la protección del derecho de asilo a quienes se les reconozca la condición de refugiado, se determina la noción de refugiado y se detalla el contenido de lo que ha de entenderse por *Actos de persecución* (artículo

⁵⁴⁷ Directiva del Consejo de 29 de abril, sobre normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

⁵⁴⁸ Directiva del Consejo de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

⁵⁴⁹ Directiva del Consejo de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

⁵⁵⁰ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, DOUE de 29 de junio, cuya entrada en vigor es a los 20 días de su publicación a excepción de los artículos 47 y 48, que se aplicarán a partir del 21 de julio del 2015.

⁵⁵¹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, DOUE de 29 de junio, cuya entrada en vigor es a los 20 días de su publicación, a excepción de los artículos 13 y 29 que serán aplicables a partir del 21 de julio del 2015.

⁵⁵² M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El sistema europeo común de asilo: desarrollo normativo y refundición 2013”, cit., pág. 2.

6) y *Motivos de persecución* (artículo 7)⁵⁵³ y también quiénes pueden ser los causantes de la persecución o de daños graves. En el artículo 10 se relacionan y detallan los actos que constituyen *daños graves* a fin de determinar las condiciones para la concesión del derecho a la protección subsidiaria.

Ello nos lleva a otra de las novedades, que a nuestro modo de entender ha supuesto un gran avance, que es la introducción de la figura de la *protección subsidiaria* así como la regulación que se hace en el sentido de definir en qué consiste y las condiciones para su concesión. La inclusión de la figura de la protección subsidiaria es consecuencia principal de la trasposición⁵⁵⁴ de la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril del 2004⁵⁵⁴. Tal figura constituye el otorgamiento de un estatuto distinto y más beneficioso que el de la concesión de residencia por circunstancias excepcionales toda vez que en este caso, al solicitante de asilo se le incluye en el ámbito de la legislación de extranjería y en el supuesto de la concesión del derecho a la protección subsidiaria, los derechos de los que disfrutarán sus beneficiarios serán prácticamente los mismos de los de aquellas personas a quienes se les conceda el derecho de asilo y la condición de refugiado. Por tanto, se trata de una institución completamente diferenciada a la de la autorización de permanencia por razones humanitarias del antiguo artículo 17.2 de la Ley del 84⁵⁵⁵. Además, conforme a lo establecido en el artículo 16.3, se le obliga a la

⁵⁵³ Se incluyen actos y motivos de persecución tanto de orientación sexual como por motivos de género, extremo este que no hace más que incorporar la práctica, principalmente, a nivel judicial de concesión del derecho de asilo a personas que son perseguidas por dichos motivos, dotando a estos motivos ya de cobertura y protección legal. En este sentido, entre otras, SSTS, Sala Tercera de lo Contencioso, de 29 de septiembre del 2006 y 28 de noviembre del 2008, en cuanto a concesión de asilo por motivos sexuales y; las SSTS, también de la Sala Tercera de lo Contencioso, de 7 de julio del 2005 y 8 de julio del 2008, en las que se declaraba que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo.

⁵⁵⁴ Directiva por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y el contenido de la protección concedida. Publicada en el Diario Oficial de la UE 304/2004, de 30 de septiembre del 2004, vigente desde el 20 de octubre del 2004, fecha máxima de trasposición, 10 de octubre del 2006 e incorporada al derecho interno por la Disposición Final Segunda de la Ley 12/2009 de 30 de octubre. Como puede observarse, el Estado español no incorporó a su normativa de asilo esta Directiva en el plazo establecido para ello lo que supuso que fuera demandado ante el Tribunal de Justicia, Asunto C-272/08, la Comisión contra España, que finalizó en Sentencia 9 de julio del 2009, en la que se declara que efectivamente España ha incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de tal Directiva, “al no haber adoptado dentro del plazo fijado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva” y, del mismo modo, se le condena en costas.

⁵⁵⁵ En este sentido se ha pronunciado nuestro TS al indicar, en Sentencia de 24 de febrero del 2012, que la nueva ley de asilo de 2009 “ (...) configura un sistema de protección subsidiaria cualitativamente distinto

Administración a que contemple la posibilidad de que en un mismo procedimiento, se regule la solicitud y el reconocimiento de cualquier forma de protección internacional⁵⁵⁶.

No obstante, hubiera sido deseable también que la norma hubiera contenido, del mismo modo que lo hace con la protección subsidiaria, la obligación de que la Administración resolviera, al mismo tiempo, en el caso de que se denegara la concesión de la protección internacional en cualquiera de sus formas, sobre la posible autorización de la estancia o residencia en España por razones humanitarias, en el marco de la legislación de extranjería, conforme ha venido imponiendo la práctica y jurisprudencia de nuestros Tribunales⁵⁵⁷. De esta forma se evitaría una inminente devolución- en el caso de que el solicitante se encontrara en frontera- o expulsión, así como los perjuicios que se le causarían al interponer un recurso contencioso administrativo contra la inadmisión a trámite de su petición o la denegación de la protección, puesto que en la mayoría de las ocasiones se encontraría en situación de ilegalidad, permaneciendo en tal situación hasta tanto en cuanto se resolviera por sentencia firme. Ello ocurriría, por ejemplo, en el caso de que el Tribunal, aun constatando que la inadmisión a trámite o la denegación de protección internacional eran ajustadas a derecho sin embargo, considere que las circunstancias concurrentes en el interesado, una vez examinadas y valoradas, podrían constituir motivos suficientes para la concesión de la autorización de residencia por razones humanitarias. Así y a pesar de que ambas instituciones constituyen dos

de la autorización de permanencia por razones humanitarias del viejo artículo 17.2 de la ley de asilo 5 /84, pues aun cuando la definición de protección subsidiaria que da el artículo 4 se delimita con parámetros no lejanos a los del artículo 17.2 de la anterior Ley y de la jurisprudencia que lo había aplicado, el régimen de protección dispensado es superior al que resultaba de ese artículo 17.2, pues se asimila a la protección que da la concesión de asilo (...)

⁵⁵⁶ Artículo 16.3: “La presentación de la solicitud conllevará la valoración de las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de refugiado, así como la concesión de la protección subsidiaria. De este extremo se informará en debida forma al solicitante”.

⁵⁵⁷ En este sentido podemos señalar entre otras, SSTS de la Sala de lo Contencioso administrativo de 28 de julio del 2001, 28 de septiembre del 2002, 1 de junio del 2004, 17 de febrero del 2009 y ya más recientemente las Sentencias de 24 de febrero del 2010, 22 de julio de 2012 y 28 de septiembre del 2012, indicándose en esta última Sentencia que en “la más reciente doctrina de la Sala, en atención a lo dispuesto en los apartados 3º y 4º del artículo 31, del Reglamento aprobado por RD 203 /1995, de 10 de febrero, requiere que en el curso del procedimiento de asilo, se resuelva sobre la posibilidad de permanencia en España del interesado desde la perspectiva que dicho apartado marca, que, reiteramos, no está necesariamente vinculada con las causas de asilo (...)

regímenes distintos de protección, se minimizarían los posibles perjuicios aludidos y se cumpliría con el criterio jurisprudencial sobre la materia.

2.3.2. Nuevas causas de admisión y denegación: su especial importancia en el procedimiento fronterizo

En cuanto a la solicitud presentada en frontera se prevé, en primer lugar (artículo 21.1), la posibilidad de inadmisión, por parte del Ministro del Interior, en el caso de que concurren alguno de los siguientes supuestos: los recogidos en el apartado primero del artículo 20, a saber: a) cuando no le corresponda a España el examen de la solicitud; b) cuando el solicitante se halle reconocido como refugiado y tenga derecho a residir o a obtener protección en un tercer Estado, siempre que sea readmitida y no exista peligro para su vida, su libertad o pueda ser sometida a tortura o tratos inhumanos o degradantes; c) cuando la persona solicitante proceda de un tercer país seguro; d) cuando se trata de la reiteración de una solicitud ya denegada a menos que se planteen nuevas circunstancias y f) cuando el solicitante sea nacional de un Estado miembro de la UE.

Y en segundo lugar, la denegación de la solicitud: a) si el solicitante ha realizado alegaciones “incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, de forma que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada” (artículo 21.2 b); b) concorra alguno de los supuestos previstos en los apartados c), d) y f) del artículo 25.1: que el solicitante “plantee cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento” de la protección subsidiaria, que proceda de un país *considerado seguro* y, finalmente si se encuentra en alguno de los supuestos de exclusión o denegación, de los artículos 8, 9, 11 y 12; es decir, que se traten de personas que puedan ser consideradas un peligro para la seguridad o el orden público de España, que hayan sido objeto de una condena por delito grave o que hayan cometido, o sobre las que existan fundados temores para considerar que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o contra la humanidad o son culpables de actos contrarios a las finalidades y principios de Naciones Unidas.

Debemos hacer tres críticas al respecto: la primera, en cuanto a que en el procedimiento fronterizo no existe ya una fase previa de inadmisión sino que nos encontramos con dos procedimientos: el de inadmisión y el de denegación, en el que además no se entra en el fondo del asunto puesto que es la resolución final del procedimiento. Como indica GALPARSORO, “que la conclusión de la resolución sea bien una inadmisión a trámite, bien una denegación no es cuestión baladí. La inadmisión a trámite, impide la posibilidad de que una solicitud pueda ser estudiada a fondo para la determinación o no de la concesión del estatuto de protección al cumplirse una serie de condiciones tasadas por ley. La denegación en cambio, es la resolución (...) en la cual se deniega la concesión de asilo o de protección subsidiaria por no existir indicios suficientes del temor alegado. La admisión a trámite, por el contrario, determinará el pase a la siguiente fase, donde se determinará o no la concesión del estatuto de protección que corresponda (...)”⁵⁵⁸.

La segunda, en cuanto a la incorporación como causas de denegación “la formulación de alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país”; causas que con la legislación anterior eran motivos de inadmisión a trámite, ampliándose de esta forma, las causas de denegación. Ello significa que ante la existencia de una mínima contradicción en el relato de los hechos, apreciada por la Administración, se proceda a denegar de plano la concesión de la protección internacional. Como señala SANCHEZ LEGIDO “en su aplicación debería reclamarse una exquisita prudencia, rechazándose su operatividad como causa de denegación a poco que se plantee la más mínima duda razonable sobre la posible existencia de persecución o de daños graves o sobre la veracidad de las alegaciones”⁵⁵⁹

Y la tercera, dirigida a la combinación que se hace entre causas de denegación y motivos de exclusión recogidos en el artículo 1.d, e y f) de la Convención de Ginebra.

⁵⁵⁸ J. GALPARSORO, “Una nueva ley para el asilo en tiempos de crisis”, en *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, VVAA, coord., M^a del C. VIDAL FUEYO, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2010, págs.95 a 139, concretamente pág. 127.

⁵⁵⁹ A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo”, en *Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley*”, VVAA, coords. A.J. TRUJILLO PÉREZ y J.M. ORTEGA TEROL, Sequitur, Madrid, 2010, págs.11 a 53, concretamente pág. 46.

De esta forma se incorporan como causas de denegación la comisión de hechos delictivos que supongan una amenaza o un peligro para la seguridad interior o exterior del Estado; amenaza o peligro que operan como nuevas cláusulas de exclusión no previstas en la Convención de Ginebra. Ello supone, por un lado, un marco cuando menos confuso y por otro, que se le va a conceder a la Administración un amplio margen de discrecionalidad en el uso de estas causas de denegación alegando, por ejemplo, con carácter general, *razones de orden público*. En estos supuestos y para no hacer un uso indebido de tal término jurídico, debe actuarse con una gran cautela y la Administración debería concretar en sus resoluciones “las circunstancias particulares concurrentes en cada supuesto, atendiendo a la gravedad de la conducta delictiva así como a las posibles consecuencias de la aplicación de la cláusula de exclusión”⁵⁶⁰, a lo que tenemos que añadir que debe precisarse en qué medida y de qué forma estas conductas *ponen en peligro la seguridad o el orden público*, concretándose, además, si tal amenaza es real y actual.

Por último señalar que la introducción de causas de denegación en frontera conlleva la ampliación del plazo de permanencia de los solicitantes de asilo en dependencias fronterizas, hasta un máximo de diez días, en el caso de que el ACNUR así lo solicite de forma razonada.

2.3.3. Diversidad de procedimientos

Frente a la intención de la normativa comunitaria en orden al establecimiento de un procedimiento único en materia de protección internacional, la Ley 12/2009 amplía el número de procedimientos: por un lado, ya hemos visto en el apartado anterior y en cuanto a las peticiones en frontera: denegación e inadmisión. Por otro lado, en territorio nacional, se regula un procedimiento ordinario y una *tramitación de urgencia*, en determinados supuestos⁵⁶¹ y en el caso de peticiones formalizadas en los centros de

⁵⁶⁰ N. PÉREZ SOLA, “La nueva legislación sobre asilo”, en *La nueva regulación de la inmigración y la Extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el RD 557/2011 y la Ley 12/2009*”, VVAA, coords. D. BOZA MARTÍNEZ, F.J. VILLA y D. MOYA MALAPIERA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 597 a 620, concretamente pág. 607.

⁵⁶¹ Se tratan de los supuestos recogidos en el artículo 25: solicitudes manifiestamente infundadas, que los solicitantes sean menores no acompañados, que se planteen cuestiones que no guarden relación con el examen del reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de protección subsidiaria, que el solicitante proceda de un país de origen considerado seguro, conforme a lo establecido en el artículo 25

internamiento se prevén dos fases: en principio, la tramitación se ha de adecuar a lo dispuesto para las solicitudes presentadas en frontera y en segundo lugar para el caso de que fuesen admitidas a trámite, se ajustarán a la tramitación de urgencia, reduciéndose los plazos, determinados para el procedimiento ordinario, a la mitad (artículo 25.2)

2.3.4. Intervención del ACNUR

La intervención del ACNUR si bien esta sigue siendo relevante - ha de ser informado de las peticiones de protección internacional, estar presente en las audiencias a los solicitantes, entrevistarse con ellos, presentar informes y ser convocado de forma preceptiva a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (artículo 34)-; sin embargo y en cuanto a las peticiones formalizadas en frontera, su informe, ni es vinculante ni tiene los efectos que hasta ahora la legislación le otorgaba. Conforme al artículo 39 del RD 203/1995 de 10 de febrero si el ACNUR informaba favorablemente acerca de la admisión a trámite de la petición de asilo y si el interesado manifestaba expresamente su deseo de recurrir, se autorizaba su entrada en territorio español y permanencia en el mismo hasta que el órgano jurisdiccional resolvía sobre la suspensión del acto administrativo. Pues bien, el artículo 29.2 de la Ley 12/2009, establece que para el caso de que se interponga recurso contencioso administrativo y se solicite la suspensión, esta tendrá el carácter de urgente pero no se permitirá su entrada en España aun existiendo informe favorable a la admisión o concesión de la protección internacional.

2.3.5. Régimen específico en relación a menores y otras personas vulnerables

Otra de las novedades que se han producido y que podrá adquirir una importancia notable si se produce una adecuada regulación reglamentaria, es el hecho de establecer un régimen específico para menores de edad, menores de edad no acompañados así como otras personas en situación de vulnerabilidad, señalándose que se *adoptarán las*

de la Directiva 2005/85/ CE, es decir, donde reciban un trato en el que su vida, integridad o libertad no se consideren amenazadas y en el que se respete el principio de no devolución; solicitudes presentadas, sin motivo justificado, una vez transcurrido el plazo de un mes y que el interesado se encuentre en alguno de los supuestos de exclusión o denegación por existir motivos fundados de que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, que hubieran cometido un delito grave, que se consideren personas que constituya, un peligro para la seguridad de España.

medidas necesarias, para dar un tratamiento diferenciando, cuando sea preciso (artículo 46.2).

Respecto de los menores de edad no acompañados solicitantes de protección internacional, se contempla la comunicación inmediata de tal hecho al Ministerio Fiscal y en el caso de que la minoría de edad no pueda ser establecida claramente, se dispondrá de todo lo necesario a fin de determinar la edad. En el supuesto de que se compruebe que efectivamente se trata de un menor de edad, será puesto a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores, nombrándole de forma inmediata un representante a fin de que le asista en el examen de su solicitud.

2.3.6. Exclusión de ciudadanos comunitarios

A diferencia de la legislación anterior, se excluye la posibilidad de que los ciudadanos comunitarios puedan solicitar protección internacional (los artículos 1, 2 y 16, hacen referencia expresa a “personas nacionales de países no comunitarios”), estableciéndose además como una causa de inadmisión de la petición, la circunstancia de que el solicitante sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea (artículo 20.1f). Esta delimitación o mejor dicho, restricción del ámbito subjetivo, a nuestro modo de ver responde, por un lado, al hecho, como ya hemos indicado, de que la protección internacional se incluye en la creación de un sistema común a nivel europeo frente a nacionales de terceros países. Y por otro, supuestamente, a la existencia, en todos los países miembros, en principio, de un alto nivel en el respeto y observancia de los derechos humanos, si bien, como indica GALPARSORO, dicha circunstancia, “no excluye la posibilidad de que las violaciones de éstos puedan producirse y, buena prueba de ello, es la abundante jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenando a los diferentes Estados que componen la Unión Europea”⁵⁶². Mantiene el mismo autor que dicha exclusión del ámbito subjetivo, iría en contra del carácter universal de la figura del asilo tal cual se consagra en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951 y contra la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea, en cuyo artículo 18 garantiza el derecho de asilo dentro de las normas de la Convención de Ginebra. Y en el ámbito

⁵⁶² J. GALPARSORO, cit., pág. 109.

interno, tal restricción, atentaría contra el contenido del artículo 13.4 de la CE y del mismo modo contra la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, Sentencia 53/2002 de 27 de febrero, en cuyo Fundamento Jurídico Cuarto, señala que no debe modularse el ámbito subjetivo del derecho de asilo, sosteniendo que “en el ámbito del Derecho internacional general, la configuración del derecho de asilo se encuentra básicamente en la Convención de Ginebra”. Por todo ello, el autor citado, considera que dicha restricción es del todo completamente injustificada⁵⁶³.

La exclusión de la posibilidad de solicitar protección internacional a los ciudadanos de los Estados miembros viene determinada, principalmente, por la Directiva 2004/83/CE del Consejo de Europa, en cuyo artículo primero, limita su ámbito de aplicación *a nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección* y en su artículo segundo, define al refugiado como la persona que necesita de protección, *al nacional de un tercer país*⁵⁶⁴; y por la Directiva 2005/85/CE, en la que se recoge la definición de país seguro.

Ello no es más que el reflejo, como ya apuntamos, de la clara comunitarización que ha venido sufriendo la figura del asilo en el entorno europeo y el interés de todos los países miembros de establecer normativas comunes frente a los potenciales solicitantes de protección internacional, procedentes de terceros países.

III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN FRONTERA

Si bien es cierto que como ya indicamos en apartados anteriores, el propio derecho a solicitar asilo o cualquiera de las formas de protección internacional reguladas en nuestra legislación no son derechos fundamentales, la circunstancia de que detrás de una solicitud de protección internacional puedan encontrarse en juego derechos humanos reconocidos internacionalmente como son el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física..., conlleva que los procedimientos que regulan la concesión del estatuto de refugiado, que son procedimientos claramente administrativos, deban tener características propias. Ello no significa, como veremos, que la regulación que se ha

⁵⁶³ J. GALPARSORO, cit., págs. 100 a 110.

⁵⁶⁴ De igual modo se recoge en la Directiva 2013/32/UE.

llevado a cabo a nivel comunitario y en lo que nos atañe, en la legislación interna, se hayan hecho eco de estas circunstancias peculiares, otorgando de esta forma una mayor relevancia a la preservación de la seguridad interior así como al control de flujos migratorios por razones económicas en detrimento de la protección de los derechos humanos. A pesar de que el derecho a solicitar y a obtener protección internacional no se haya incluido en la categoría de derecho fundamental, los motivos que subyacen en dicha solicitud pueden afectar a estos derechos y por ello, tanto los Estados como las administraciones deberían ser especialmente cuidadosas a la hora de resolver y decidir si efectivamente un extranjero es acreedor del derecho a ser protegido internacionalmente.

Con dicha puntualización solo queremos poner de manifiesto que en ningún momento podemos olvidar cuál sea el contenido y objeto del derecho de asilo y por ende, el del procedimiento que lo regula que en definitiva tiene como finalidad la obtención de una resolución que, con independencia de su contenido, es decir, de si efectivamente tiene o no el solicitante derecho a obtener la protección internacional pretendida, sea un procedimiento en el que se hayan respetado, ahora sí, otros derechos fundamentales como lo son el de defensa, libertad o el principio de no devolución, que van a verse involucrados, en el caso que nos ocupa, en la solicitud formalizada en puestos fronterizos.

3.1. Derechos de los solicitantes de protección internacional

Analizaremos cómo se encuentra, a fecha actual, regulado en la Ley 12/2009, el procedimiento de solicitud de protección internacional en frontera y su incidencia en los distintos derechos que le asisten al solicitante de asilo desde una perspectiva no solo puramente administrativa sino también y especialmente, jurisdiccional para finalmente, determinar si se ha producido un avance o mejora en las condiciones de los solicitantes o por el contrario, si ello ha supuesto un retroceso pero siempre desde la óptica de la posible repercusión que dicho procedimiento pueda tener sobre los derechos fundamentales.

3.2. Principio de no devolución

3.2.1. Contenido jurídico

El principio de no devolución, también conocido a nivel internacional como *non-refoulement*, es una norma de Derecho Internacional obligatoria para todos los Estados-norma de *ius cogens*- que impide *devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro*⁵⁶⁵. Sin embargo, dicho principio también es “susceptible de operar, como mínimo, frente a ciertas formas especialmente graves de violación del derecho a un proceso con todas las garantías (flagrante denegación de justicia)”⁵⁶⁶.

La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado recoge la prohibición de devolución en su artículo 33, en los siguientes términos: “Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”⁵⁶⁷.

Este principio de no devolución no sólo se circunscribe al ámbito de la Convención de Ginebra o al Estatuto de refugiados sino que adquiere una dimensión superior, incorporándose en el marco del Derecho internacional y así hemos de mencionar, entre otros, el artículo 3 de la Declaración sobre Asilo territorial de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1967, 2312 (XXII): “Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1, será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el

⁵⁶⁵ “Protección de los refugiados en el Derecho Internacional. Consultas globales en ACNUR sobre Protección Internacional”. ACNUR. Icaria. 2010. Recurso electrónico disponible en www.acnur.es. Consulta realizada en fecha 4 de junio del 2015. Pág 99.

⁵⁶⁶ A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura”, *Revista española de Derecho internacional*, volumen 60, núm.1, 2008, págs. 22 a 38, concretamente pág 6.

⁵⁶⁷ Nuestra legislación contempla el principio de no devolución en el artículo 5 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, bajo el título *Derechos garantizados con el asilo y la protección subsidiaria* y que consisten en la no devolución ni expulsión. En relación a los solicitantes, el artículo 18, señala, entre otros, como derechos que les asisten: “d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante (...)”. Y, finalmente el artículo 19 bajo el título *Efectos de la presentación de la solicitud*, señala que “solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o esta no sea admitida (...)”

territorio en el que busca asilo, la expulsión o devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución”. Este principio se aplica también como un componente de la prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes, encontrando su reflejo en otros instrumentos internacionales, como por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 7 se dispone que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En el mismo sentido, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y también el artículo 3 de la Convención contra la Tortura de 1984, señalando que “Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

Como señala PÉREZ GÓNZALEZ⁵⁶⁸, el principio de no devolución conlleva una serie de obligaciones por parte de los Estados, que constituyen el contenido de dicho principio y que podemos concretar en las siguientes: la primera, en cuanto a la obligación que surge de proteger al extranjero que está bajo su jurisdicción no pudiendo, en principio, devolverle a un país que no ofrezca garantías de que no va a ser sometido a tratos inhumanos o degradantes⁵⁶⁹. El hecho de devolver a una persona al país de origen o procedencia, donde podría correr peligro de sufrir violaciones de derechos humanos o persecución “independientemente de que se la haya permitido acceder a los procedimientos de concesión de asilo e incluso aunque su petición haya sido denegada”, constituye una violación del principio de no devolución⁵⁷⁰.

La segunda, en cuanto a que el Estado parte debe regular un procedimiento que le permita verificar “caso por caso que la persona a la que devolverá no quedará expuesta a ninguna de las situaciones mencionadas”. Y finalmente y lo que a nuestro

⁵⁶⁸ C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Los principios generales aplicables en el ámbito de la devolución forzosa de los extranjeros” en *Migraciones irregulares y Derecho internacional. Gestión de flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho internacional de los Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 101 a 106.

⁵⁶⁹ Se prohíbe además, no sólo la devolución directa, es decir a un Estado concreto sino también la denominada *devolución indirecta*, esto es, la entrega del individuo a un país que podría a su vez entregarlo a un tercer Estado donde exista un riesgo para su persona.

⁵⁷⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Refugiados: Los derechos humanos no tienen fronteras”, EDAI (Editorial de Amnistía internacional), 1997, pág. 31. Recurso electrónico disponible en www.amnesty.org., consulta realizada en fecha de 7 de junio del 2015.

modo de entender resulta de gran relevancia, el hecho de que tal principio “es determinante en el diseño de las políticas relativas a la lucha contra la inmigración irregular”⁵⁷¹. Es decir, que al tratarse de un principio cuyo ámbito de aplicación no se reduce estrictamente al entorno de la protección internacional, aún cuando el Estado en aplicación de su legislación de extranjería trate de impedir la entrada de extranjeros en el propio territorio, viene igualmente condicionado por tal principio aunque no se trate de una persona susceptible de ser amparada conforme a dicha protección, siempre claro está que pueda constatarse que efectivamente su devolución al país de origen o procedencia pueda suponer un riesgo para su vida o integridad física.

En este sentido podría plantearse tal cuestión en el supuesto de inmigrantes económicos, es decir si les puede o no alcanzar el principio de no devolución. Tal y como hemos señalado, los Estados deben establecer internamente un procedimiento que le permita verificar, en el momento de la entrada de los extranjeros a su territorio, si se tratan de solicitantes de protección internacional y en el caso de que no lo fueran, los países miembros deberán comprobar si su devolución no vulnera lo establecido el artículo 3 del CEDH, puesto que, entendemos, que si no quedara garantizada su integridad, aún siendo inmigrantes económicos, no podrán ser devueltos. Sin embargo, si se trataran exclusivamente de inmigrantes económicos, *a priori* y como indica la misma autora y ante el estado actual del Derecho internacional, “*la protección derivada de la obligación de respetar el principio de non refoulement no les alcanza*”⁵⁷². No obstante, y a pesar de que efectivamente no exista un acuerdo entre los distintos Estados de la Comunidad Internacional a fin de ampliar la protección del principio de no devolución a tales inmigrantes económicos, no es menos cierto que existe una situación de riesgo para aquellas personas en cuyos países de origen o procedencia, no tienen garantizado su derecho a la alimentación, que podría equivaler a una forma de *trato inhumano*⁵⁷³.

⁵⁷¹ PÉREZ GONZÁLEZ. C, cit., pág. 106.

⁵⁷² PÉREZ GONZÁLEZ. C, “La Unión Europea ante el fenómeno de las inmigración irregular: la postergación de los Derechos Humanos” en *Migraciones irregulares y Derecho internacional. Gestión de flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 180.

⁵⁷³ PÉREZ GONZÁLEZ. C, cit., pág. 181.

En cuanto a su aplicación territorial y en el caso concreto que nos ocupa, esto es, el marco de la protección internacional, está generalmente aceptado, que no solo se aplicará a aquellas personas que hayan obtenido tal estatuto de refugiado sino también a los solicitantes de protección internacional, debiéndose incluir las solicitudes en frontera, es decir, que el principio de no devolución comprende también el *no rechazo en frontera* puesto que, en caso contrario, no podría hablarse de una protección efectiva⁵⁷⁴.

Esta cuestión resulta relevante habida cuenta de que algunos Estados han pretendido argumentar una supuesta “extraterritorialidad” de sus zonas fronterizas a fin de evitar la aplicación de las garantías jurídicas y derechos que asisten a los solicitantes de asilo y claro está, entre ellos, el principio de no devolución. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concretamente en el caso *Amuur contra Francia*⁵⁷⁵. En este caso, si bien la cuestión principal del recurso se centraba en si se había vulnerado o no la libertad de los solicitantes de asilo que se encontraban en la zona internacional del aeropuerto de París-Orly, el TEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido del principio de no devolución así y frente a la argumentación del Estado francés, que alegaba que la zona de tránsito es una zona extraterritorial en el sentido de que Francia no ejerce su jurisdicción y la misma “está cerrada hacia Francia” y permanece “abierta hacia el exterior”, de manera que los interesados “habrían podido partir por su propia voluntad a Siria donde su seguridad estaba garantizada, teniendo en cuenta las garantías que las autoridades sirias habían dado al Gobierno francés”; el Tribunal señala que, en todo caso, el mantenimiento de los demandantes en la zona internacional del aeropuerto, les hacía depender del Derecho francés, no pudiéndose otorgar a dicha zona, *a pesar de su denominación*, el beneficio

⁵⁷⁴ Conclusión número 6 (XXVIII) NO DEVOLUCIÓN, 1977, del Comité ejecutivo del Programa del ACNUR, 1975-2000: “El comité ejecutivo (...) c) Reafirmó la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución-tanto en frontera como dentro del territorio de un Estado-de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podían ser objeto de persecución si se las devolvía a su país de origen.”, en “Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos”. Conclusiones del Comité ejecutivo del Programa del ACNUR, 1975-2000. Tomo IV, México, 2002, pág. 49. Recurso electrónico disponible en www.acnur.es, fecha de la consulta 7 de junio del 2015.

⁵⁷⁵ STEDH 1996/29 de 25 de junio, párrafos 52 y 53.

del estatuto de extraterritorialidad⁵⁷⁶. Añade igualmente que, no obstante la legislación aplicable en materia de control de entrada de extranjeros, no se debe privar a los solicitantes de asilo de la protección proporcionada por los instrumentos internacionales sobre la materia- entre los que se incluiría claro está el derecho a no ser devuelto-, si efectivamente se comprobaba que tal devolución les situaba en situación de riesgo como era el caso concreto.

3.2.2. Limitaciones al principio de no devolución: el derecho de los Estados a preservar su seguridad versus el artículo 3 del CEDH

A pesar de que el principio de no devolución sea una norma de Derecho internacional de *ius cogens*, sin embargo y tal y como viene configurado en la Convención de Ginebra, no tiene carácter absoluto, es decir, que puede limitarse, aunque las circunstancias en las que puede ser revocado, dada la importancia de tal principio se encuentren restringidas. Estos supuestos vienen contemplados en el artículo 33.2 de la Convención: “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición-*no devolución*-al refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o, que habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. Obviamente nuestra legislación interna también se ha hecho eco de tales excepciones que se concretan, por un lado, en el supuesto de extradiciones a favor de otros Estados miembros de la Unión Europea “en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales”⁵⁷⁷ y por otro, como uno de los motivos de revocación del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria: “la persona beneficiaria constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España o, que habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad”⁵⁷⁸. En estos casos y habiéndose revocado la protección

⁵⁷⁶ El TEDH, en la misma sentencia señalada alude a otra anterior (Malone contra el Reino Unido, de 2 de agosto de 1984), en el que manifiesta que el hecho de que el demandante de asilo “haya entrado o no en territorio del Estado parte, en el sentido técnico del término, el hecho es que se encuentra allí físicamente y, por lo tanto sometido a la jurisdicción del Estado demandado (...). Corresponde así al Estado demandado garantizar al demandante los derechos enunciados en el artículo 3(...)”.

⁵⁷⁷ Artículo 19.3 de la Ley 12 /2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

⁵⁷⁸ Artículo 44.1 c) de la Ley 12/2009.

internacional, se aplicará de forma inmediata la legislación de extranjería y si procede, el inicio de la tramitación de un expediente administrativo para su expulsión del territorio nacional.

Ahora bien, aunque el principio de no devolución, tal y como se contempla en el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, no tenga un carácter absoluto, sí lo tiene la prohibición de ser sometido a torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes, tal cual se refiere, entre otros instrumentos internacionales, el artículo 3 del CEDH. ¿Cómo se concilia entonces una y otra norma frente al derecho que tiene cada Estado en mantener el orden público y/o la seguridad y el control sobre la entrada de extranjeros?

En primer lugar, hemos de señalar que el TEDH tiene reconocido que “se produce una vulneración del artículo 3 del CEDH, cuando se expulsa o extradita a una persona hacia un país existiendo motivos fundados para creer que esa persona, si es expulsada o extraditada, afrontará un riesgo real de ser sometida a tratos contrarios al Convenio”⁵⁷⁹ y por tanto, tal extradición o expulsión violaría el referido artículo 3. Por ello y pese a que se hayan denegado solicitudes de asilo, reiteramos, una vez más, la obligación que tiene el Estado que va a proceder a esa devolución, extradición o expulsión, a confirmar que efectivamente al país al que va a ser trasladado, se garantice que no existe riesgo para su integridad, debiendo ceder, en estos casos, tanto cuestiones de seguridad pública como de control de fronteras: “nada ni nadie puede justificar nunca la tortura (...). Ese carácter absoluto implica que ni las inmensas dificultades con que se enfrentan los Estados para combatir determinadas formas de delincuencia, ni la especial gravedad de los delitos efectiva o supuestamente cometidos por la víctima permiten exceptuar, matizar, relajar o condicionar las exigencias de trato digno consustanciales a la prohibición (...). El carácter absoluto añade a la inderogabilidad la imposibilidad de introducir limitaciones sobre la base de ponderar el interés protegido con la prohibición

⁵⁷⁹ M. DÍAZ CREGO, “Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)”, en *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio*, VVAA, directores. E. AJA, J.ARANGO y J.OLIVER ALONSO, Anuario de la Inmigración en España, CIDOB, 2012, págs. 254 a 299, concretamente pág. 260. En el mismo sentido se pronuncia C. MIGUEL JUAN, “El Convenio europeo de Derechos Humanos y la protección de los refugiados”, *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*”, VVAA, director A. CHUECA SANCHO, Lex Nova, 2010, págs. 171 a 184, concretamente pág. 171.

de la tortura con otros intereses dignos también de tutela como la seguridad o el orden público”⁵⁸⁰.

Este primer reconocimiento del carácter absoluto del contenido del artículo 3 del CEDH, tiene lugar con la STEDH de 7 de julio de 1989, caso Soering contra Reino Unido. En esta Sentencia, el Tribunal indica ya, en un primer momento, que la decisión de extradición por parte del reino Unido a favor de Estados Unidos, en relación a una persona de nacionalidad alemana acusada de asesinato, puede suponer un problema en relación al artículo 3 del Convenio,

“cuando hay motivos serios y probados para creer que si el interesado es entregado al Estado requirente, correrá un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes. Para establecer una responsabilidad tal, no se puede evitar apreciar la situación en el país de destino según las exigencias del artículo 3” (párrafo 91). En este sentido y, siendo plenamente aplicable el Convenio al caso concreto, el Tribunal concluye, en el párrafo 111, que “ningún detenido condenado a muerte podría evitar ni el transcurso de un cierto plazo de tiempo entre el pronunciamiento y la ejecución de la pena ni las fuertes tensiones inherentes a un régimen riguroso de internamiento necesario (...). Teniendo en cuenta, sin embargo, el larguísimo período de tiempo que se pasa en el "corredor de la muerte" en condiciones muy extremas, con la angustia omnipresente de la ejecución de la pena capital, y la situación personal del demandante, particularmente su edad y su estado mental en la época de del delito, una extradición a los Estados Unidos expondría al interesado a un riesgo real de tratos que superarían el límite fijado por el artículo 3. (...) En conclusión, la decisión ministerial de entregar al Demandante a los Estados Unidos violaría el artículo 3 si es ejecutada”.

Sentencias posteriores reafirman este carácter absoluto del contenido del artículo 3 del Convenio, entre las que podemos señalar por su importancia, la STEDH en el caso Chahal contra Reino Unido, en la que se manifiesta que el principio de no devolución es mucho más amplio incluso que el previsto en la Convención de Ginebra, proyectándose a los supuestos de expulsión y no solo a los de extradición. En el caso concreto, el primer demandante, un ciudadano indio, frente al que se acordó una orden de expulsión, tras la denegación del asilo, denunciaba que la ejecución de dicha expulsión a su país de

⁵⁸⁰ A. SÁNCHEZ LEGIDO, cit., pág. 14.

origen, le podría causar *riesgos reales de tortura o trato inhumanos o degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Por el contrario, el Gobierno del Reino Unido, fundamentaba la procedencia de la expulsión por motivos de seguridad y mantenimiento de orden público, habida cuenta de que había sido condenado por su participación en distintos disturbios además de tener la convicción de su participación en actividades terroristas. El Tribunal afirma que

“El artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas (...). El Tribunal es plenamente consciente de las enormes dificultades que tienen en nuestra época los Estados para proteger a su población de la violencia terrorista. Sin embargo, incluso teniendo en cuenta estos factores, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes, sean cuales sean las acciones de la víctima. El artículo 3 no prevé restricciones (...) y no sufre ninguna derogación según el artículo 15, incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la nación (...).

La prohibición de malos tratos enunciada en el artículo 3 es también absoluta en materia de expulsión. Así cada vez que existen motivos serios y contrastados de creer que una persona correrá un riesgo real de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3 si es expulsado hacia otro Estado, el Estado contratante es responsable- de protegerla en tales tratos-en caso de expulsión (...). En estas condiciones, las actuaciones de la persona considerada, por muy indeseables o peligrosas que sean, no podrían ser tenidas en cuenta. La protección garantizada por el artículo 3 es por lo tanto, más amplia que la prevista en los artículos 32 y 33 del Convenio de las Naciones Unidas de 1951 relativo al estatuto de los refugiados (...).⁵⁸¹

Esta es la línea jurisprudencial que de forma reiterada ha venido manteniendo el Tribunal⁵⁸² y que ha consagrado de forma definitiva el carácter absoluto del contenido del artículo 3 del CEDH. Ahora bien y en lo que se refiere al contenido de este precepto,

⁵⁸¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala de 15 de noviembre de 1996, apartados 79 y 80.

⁵⁸² En este sentido también podemos señalar, entre otras, las SSTEDH de 19 de diciembre de 2013, Asunto N.K. contra Francia, Sección Quinta, apartado 47; de 15 de mayo de 2012, Asunto S.F y otros contra Suecia, Sección Quinta, apartados 34 y 69 a 71; de 26 de julio de 2005, Asunto N contra Finlandia, Sección Cuarta, (demandante de nacionalidad congoleña contra quien se pretendía ejecutar una orden de expulsión tras haber sido denegada su petición de asilo) apartados 159 y 160; de 6 de marzo de 2001, Caso Hilal contra Reino Unido, Sección Tercera, apartados 59 a 68; de 28 de julio de 1999, Caso Selmouni contra Francia, apartados 99 a 106.

se pueden plantear el problema de “determinar si el riesgo real de sufrir tratos contrarios al Convenio debe ser un riesgo personalizado en el demandante o si es suficiente con que exista una situación generalizada de riesgo o violencia en el país al que va a ser expulsado o extraditado”⁵⁸³ .

Aunque en un principio, el TEDH, exigía la *personalización del riesgo*, (Sentencia de 29 de abril de 1997, asunto H.L.R. contra Francia)⁵⁸⁴ no es menos cierto que en algunas circunstancias se admitía la posibilidad de tener en cuenta la conjunción de las condiciones personales del extranjero y la situación socio-política general del país. Este criterio se encuentra asentado ya desde el año 2009 y particularmente, desde la Sentencia en el asunto Saadi contra Italia⁵⁸⁵, en el sentido de que, aunque seguirá siendo el extranjero quien deberá probar la existencia del riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes si es expulsado, para valorar la existencia de tal riesgo, el TEDH, deberá “tener en cuenta tanto los datos sobre el país de origen como la situación personal del extranjero”⁵⁸⁶ .

En esta Sentencia, el recurrente Sr. Saadi, de nacionalidad tunecina, residente legal en Italia, fue condenado a una pena de prisión de 4 años y 6 meses, por la comisión del delito de *conspiración criminal*. En el *interin*, fue sentenciado, en ausencia, por un tribunal tunecino, a la pena de 20 años de prisión *por ser miembro de una organización terrorista y por incitación al terrorismo*. En el año 2006 (agosto), el Gobierno italiano procede a su excarcelación, sin embargo, a los pocos días de este hecho se acuerda su deportación a Túnez; entonces el Sr. Saadi solicita asilo que le fue denegado en septiembre del mismo año, momento en el que interpone la demanda ante el TEDH, alegando entre otros motivos, vulneración del artículo 3 del CEDH.

⁵⁸³ M. DÍAZ CREGO, cit., pág. 261.

⁵⁸⁴ STEDH, de 29 de abril del 1997: la situación general de violencia en el país de destino, Colombia, no es por sí misma suficiente para desencadenar, en caso de expulsión, una violación del artículo 3 del CEDH. Además el Tribunal considera que el recurrente no ha demostrado que las autoridades colombianas no sean capaces de ofrecerle una protección adecuada. La demanda es desestimada.

⁵⁸⁵ STEDH de 28 de febrero del 2008, Gran Sala.

⁵⁸⁶ M. DÍAZ CREGO, “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” en *Inmigración y crisis económica: impactos actuales y perspectivas de futuro*, (edición 2010), VVAA, Directores E. AJA, J. ARANGO y J. OLIVER ALONSO, CIDOB, Barcelona, 2011, págs.. 222 a 243, concretamente pág. 381.

La importancia de esta Sentencia radica en varios aspectos: el primero, en la intervención de Reino Unido, país que tiene gran interés en tratar de que el Tribunal lleve a cabo una nueva reinterpretación del artículo 3 del CEDH, en los casos de terrorismo y ello tras la condena que sufrió este país con la STEDH en el caso Chahal contra Reino Unido, pretendiendo, por un lado, la introducción de un criterio de valoración que pondere la seguridad nacional y el riesgo real de tortura y por otro, que en todo caso, el responsable del cumplimiento del contenido del precepto, sea el Estado al que se pretende expulsar al extranjero y no el Estado demandado (en el caso concreto Italia)⁵⁸⁷. El segundo aspecto de importancia es el hecho de que se vuelve a tratar nuevamente la posibilidad de que motivos de seguridad nacional o terrorismo puedan constituir límites al carácter absoluto del principio de que nadie puede ser sometido a torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes. Y el tercero, que en esta sentencia, se asienta de forma definitiva, la línea jurisprudencial ya referida, esto es, que para valorar el riesgo de tortura, deberán conjugarse los propios elementos personales del extranjero y la situación del país al que va a ser devuelto (particularmente la existencia de una situación generalizada de violencia), debiéndose además, valorar y analizar los informes que existan sobre el contexto socio-político del país que puedan ser elaborados por distintos organismos, principalmente organismos internacionales no gubernamentales.

Las conclusiones del Tribunal en el asunto Saadi contra Italia, son contundentes: en primer lugar, decide de forma unánime que la prohibición de la tortura tiene carácter absoluto, que no admite excepciones ni puede ser derogada (párrafo 127) y que Italia, Estado demandado, sería responsable y tiene la obligación de no deportar a su país de origen al Sr. Saadi toda vez que ha quedado acreditado que existe un riesgo real de que sufriría torturas, “pues en caso contrario, sería responsable de la comisión de un acto ilícito: la vulneración del artículo 3 de la Convención”⁵⁸⁸. En segundo lugar, esta norma es una norma de *derecho absoluto* y no puede ceder frente a argumentos de protección de nacionales o frente a actos de terrorismo o de preservación de la seguridad

⁵⁸⁷ E. CONDE PÉREZ, “TEDH, Sentencia de 28 de febrero del 2008, Saadi c. Italia, 37201/2006, artículo 3 del CEDH, prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes. Terrorismo v. Tortura” en *Revista de Derecho Comunitario europeo*, núm. 32, Madrid, Enero/abril, 2009, págs. 277 a 289, recurso electrónico disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>, fecha de consulta 20 de junio del 2015.

⁵⁸⁸ E. CONDE PÉREZ, cit., pág. 282.

nacional: la prohibición de la tortura es absoluta, con independencia de la conducta víctima (párrafo 127). Y por último, concluye que “para determinar si existen motivos fundados para creer que existe un riesgo real de trato incompatible con el artículo 3, la Corte tendrá como base toda la documentación que se le ofrezca o material obtenido *motu proprio*” (párrafo 128) y que “en los casos en que el solicitante alegue que es miembro de un grupo expuesto sistemáticamente a una práctica de malos tratos, la Corte considera que la protección del artículo 3”, entra en juego cuando el solicitante alega y acredita “(...) razones fundadas para creer en la existencia de esa práctica en cuestión y de su pertenencia al grupo de que se trate” (párrafo 132). Pues bien, en el caso concreto, el Tribunal consultó y estudió el Informe de Amnistía Internacional sobre Túnez de 2007, el Informe de Human Rights Watch también del año 2007, las investigaciones llevadas a cabo por el Comité Internacional de Cruz Roja y por último, el Informe del Departamento de Estado de Estados Unidos, sobre Derechos Humanos en Túnez del año 2006. Tras el análisis de tales informes y de la situación personal del interesado, concluye que efectivamente muchas personas acusadas bajo la Ley interna de Túnez sobre prevención de terrorismo del año 2003, son sometidas a torturas o malos tratos y estos no son investigadas por las autoridades tunecinas. Considerando por tanto, que la posible expulsión del Sr. Saadi a Túnez, por parte de Italia, violaría claramente el contenido del artículo 3 del CEDH, es decir, dicha expulsión situaría al interesado en una situación de riesgo real de sufrir torturas o ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes.

No obstante ello y el mantenimiento de la línea jurisprudencial aludida, esto es, que para valorar el riesgo de la existencia real de sufrir tratos contrarios conforme a lo establecido en dicho artículo 3, deben tomarse en cuenta no solo las circunstancias personales de la víctima sino también las de la situación del país⁵⁸⁹, se avanza en el sentido de que debe también considerarse el contexto político del país unido a la pertenencia o supuesta pertenencia a un determinado colectivo que sea objeto de persecución sistemática⁵⁹⁰, como es el caso de Yabukov contra Rusia⁵⁹¹. En este

⁵⁸⁹ En este sentido, podemos, señalar entre otras, las siguientes SSTEDH: de 24 de marzo del 2009, asunto Ben Salah contra Italia; de 22 de septiembre del 2009, asunto Abdolkhani y Kariminia contra Turquía y de 3 de diciembre del 2009, asunto Daoudi contra Francia.

⁵⁹⁰ SSTEDH de 31 de enero del 2012, Sección Segunda, asunto M.S contra Bélgica; de 7 de febrero de 2012, Sección cuarta, asunto Al Husin contra Bosnia Herzegovina y, especialmente destacable, la STEDH de 22 de septiembre del 2011, Sección Quinta, asunto H.R contra Francia, en el que el Tribunal considera

asunto, el demandante, nacional de Uzbekistán, residente en Rusia, fue acusado en su país de pertenencia a un grupo islámico radical cuya actividad estaba prohibida tanto en el país de origen como en Rusia, denominado Hizb ub- Tahrir (también llamado HT). Pues bien, tras la constatación de que en Uzbekistán, era “práctica generalizada la utilización de la tortura contra los detenidos y persona sospechosas de pertenecer a organización religiosas proscritas”, conforme entre otros, a los informes de Naciones Unidas (Comité de la Tortura de la ONU de noviembre del 2007), Human Rights Watch y Amnistía Internacional (de fecha 2009), así como la persecución sistemática contra personas que practicaban o pertenecían a una organización religiosa no permitida por el gobierno, torturas y persecuciones que no fueron debidamente investigadas por las autoridades; el Tribunal, en primer lugar indica que “la evaluación de si existen razones fundadas para creer que el solicitante se enfrenta a un riesgo real de ser sometido a tratamientos contrarios al artículo 3, inevitablemente requiere que la Corte deba evaluar las condiciones en el país receptor contra las normas de esa disposición de la Convención (asunto Mamatkulov y Askarov v. Turquía)” – párrafo 59- y concluye que efectivamente, en el caso concreto, si el extranjero, que es sospechoso y está siendo acusado de pertenencia a la organización referida, y en tanto en cuanto, la situación de Uzbekistán sigue siendo la misma, si fuera expulsado a su país de origen, existiría un riesgo real de que sería sometido a tratos prohibidos por el artículo 3 del CEDH.

En esta misma dirección, el Tribunal, recientemente, a la hora de valorar las circunstancias personales de los demandantes, está tomando en cuenta, junto con las actividades que hayan desarrollado en el país de origen, las que desarrolle en el país en el que se encuentre y que puedan constituir motivo de persecución o de tratos contrarios al artículo 3 del Convenio, en el país de origen. Así ocurre en el caso S.F y otros contra Suecia⁵⁹², en cuya Sentencia, el Tribunal consideró que la deportación de los demandantes, nacionales iraníes, de origen kurdo, activistas políticos muy críticos con

que en el caso de que Francia expulsara al demandante a su país de origen, Argelia, vulneraría el artículo 3 del Convenio toda vez que la víctima había sido acusada y condenada por colaborar con miembros de organizaciones terroristas en Argelia, y se pudo constatar a través de numerosos informes sobre la situación política en dicho país que estas personas eran sometidas a torturas y tratos contrarios al artículo 3. En el mismo sentido y, en relación a Pakistán, la Sentencia de 19 de diciembre del 2013, Sección Quinta, asunto N.K. contra Francia.

⁵⁹¹ STEDH de 8 de noviembre del 2011, Sección primera.

⁵⁹² STEDH de 15 de mayo del 2012, Sección Quinta.

el régimen político iraní durante su estancia en Suecia, supondría una violación del artículo 3 del Convenio toda vez que se pudo comprobar que por parte del régimen iraní se controlaban “las comunicaciones en internet. Además, de acuerdo a la información proporcionada al Tribunal, los iraníes que regresan a Irán son controlados” a fin de poder identificar a los opositores en el exterior.

El TEDH ha ido evolucionando aún más, admitiendo en algunos casos, la posibilidad de “que la situación general existente en un país puede ser de tal nivel de violencia indiscriminada o extrema que proceda reconocer vulnerado el artículo 3 del CEDH en relación con cualquier expulsión o extradición dirigida hacia el país”⁵⁹³. En este sentido parece pronunciarse en la Sentencia dictada en el caso F.H. contra Suecia⁵⁹⁴, en la que aunque no considera acreditada que con la expulsión del extranjero (tras serle denegado el asilo en este país) a su país de origen, Iraq, se infrinja lo contemplado en tal precepto, sí que alude a tal situación de “violencia generalizada”, señalando en el apartado 90, que la misma

“normalmente en sí misma no implica la violación del artículo 3 en el caso de una expulsión (...). Sin embargo, la Corte, no ha excluido la posibilidad de que la situación general de violencia en el país de destino pueda ser de un nivel de suficiente intensidad en la medida que implicaría que cualquier expulsión sería necesariamente una violación del artículo 3 de la Convención (...) aunque adoptaría este enfoque sólo en los casos más extremos de violencia general, donde se pudiera apreciar un riesgo real de malos tratos por el simple hecho de que un individuo esté expuesto a este tipo de violencia”.

Y en el párrafo siguiente, indica que si bien reconoce que la situación de seguridad en Iraq es problemática, sin embargo, al mismo tiempo, constata que la misma ha mejorado en los últimos tiempos.

⁵⁹³ M. DÍAZ CREGO, “Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)”, cit., pág. 261.

⁵⁹⁴ STEDH de 20 de enero del 2009, Sección Tercera.

Del mismo modo, el Tribunal, en Sentencia posteriores, ha ido analizando la situación general existente en distintos países, entre ellos, Yemen, Afganistán y Burundi y en ninguno de estos casos “ha entendido que la situación de violencia en el país fuera tan extrema e indiscriminada como para entender que cualquier civil que fuera extraditado o expulsado hacia ellos, correría un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 del CEDH”⁵⁹⁵

En definitiva, aunque el principio de devolución admite límites, en consideración al contenido del artículo 3 del CEDH, que sí tiene carácter absoluto, habrá que analizar el caso concreto a fin de determinar si el extranjero debe o no ser devuelto al país de procedencia, debiendo ceder los motivos de orden público o seguridad a favor de la existencia del riesgo a ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes.

3.3. Derecho a la defensa

En cuanto a los solicitantes de asilo en frontera, tal derecho a la defensa se concreta en determinadas garantías jurídicas que pasaremos a analizar de forma individualizada.

3.3.1. Asistencia letrada

La nueva regulación de asilo contempla la asistencia jurídica gratuita de forma preceptiva en *todas las solicitudes que se formalicen de acuerdo al procedimiento señalado en el artículo 21 de la presente Ley*, esto es, las solicitudes que se presenten en los puestos fronterizos. La legislación anterior, por el contrario, aunque reconocía el derecho a la asistencia letrada lo configuraba como un derecho de carácter potestativo, es decir, disponible por parte del interesado. No obstante, los solicitantes siempre debían ser informados de la posibilidad de ser asistido por un abogado de su elección o

⁵⁹⁵ M. DÍAZ CREGO, cit., pág. 261. Cita la autora las siguientes SSTEDH: en el caso de Afganistán: Sentencia de 20 de diciembre del 2011, J.H. contra Reino Unido: el Tribunal alude a que en Afganistán no existían niveles de violencia indiscriminada suficientes para creer que exista un riesgo real de que un civil pueda sufrir alguno de las conductas prohibidas por el artículo 3 del Convenio y, en particular en Kabul, donde sería devuelto el demandante (párrafo 55); en el caso de Yemen: la Sentencia de 28 de junio del 2012, caso A.A. y otros contra Suecia y, finalmente, la Sentencia de 15 de mayo de 2012, H.N. contra Suecia, en el caso de Burundi; en los que se pronuncia de igual forma que en la primera Sentencia referida.

bien de oficio, información que debía ser real y efectiva, esto es, de forma que le resultara comprensible⁵⁹⁶: *los solicitantes de asilo han de ser adecuadamente informados de su derecho a obtener asistencia letrada gratuita* toda vez que el incumplimiento de tal información supondría la vulneración de una de las garantías esenciales del procedimiento, recogidas en el artículo 24 de nuestra Constitución⁵⁹⁷; sin embargo, se trataba de un derecho del que una vez debidamente informado, el propio solicitante, como ya hemos manifestado, podía disponer⁵⁹⁸.

No ocurre así en la nueva legislación cuya asistencia jurídica deviene de obligado cumplimiento. En este caso y como muy acertadamente señala SANCHEZ LEGIDO, “la especial vulnerabilidad en la que se encuentran a menudo los solicitantes recién llegados a un puesto fronterizo, la situación de privación de libertad a la que quedan sometidos como consecuencia de la prohibición de acceso al territorio español y la extraordinaria celeridad con la que ha de procederse a su tramitación convierten la asistencia jurídica en este tipo de supuestos, en especialmente necesaria”⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ Así se pronuncian, entre otras las SSTS, Sala de lo Contencioso, de 1 de abril del 2011, 17 de mayo del 2011 y 29 de septiembre del 2011.

⁵⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo del 2010, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, Fundamento de Derecho Tercero. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia, también de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección primera de 27 de octubre del 2006, que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señala que los solicitantes de asilo han de ser adecuadamente informados de su derecho a obtener asistencia jurídica gratuita y no sólo el derecho a “tener acceso a un abogado de su elección. (...) La omisión de la información o, en otras palabras, en los términos, en los que se realizó la misma entendemos que supone un incumplimiento por parte de la Administración demandada de los deberes que le incumben en virtud de la regulación legal y reglamentaria aplicables. (...). En suma, resulta claro que el recurrente careció de asistencia técnica y que esta hubiera podido incidir en la exposición de la versión de los hechos y en la eventual indicación de medios probatorios idóneos, (...) lo que lleva a concluir que se ha producido una merma sustancial de las posibilidades concretas de defensa (...)”

⁵⁹⁸ Entre otras, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Segunda, de 14 de marzo del 2013, que recoge en su Fundamento de Derecho Tercero, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia y en aplicación de la Ley 5/84: “No puede entenderse que se haya vulnerado el derecho de defensa que la ley le otorga, cuando habiéndose ofrecido la misma, se haya declinado hacer uso de ese derecho, ya que puede renunciarse a la asistencia letrada una vez instruido de sus derechos y, en particular, del derecho de asistencia de abogado (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 1 Junio 2004, recurso 492/2000). En el sistema de la Ley de Asilo 5/1984, el derecho a recibir asistencia jurídica a lo largo de todo el procedimiento, es un derecho disponible (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 17 mayo 2011, recurso 4920/2009).

⁵⁹⁹ A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de asilo” en *Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*, coords. A. J. TRUJILLO PÉREZ y J.M. ORTEGA TEROL, Sequitur, Madrid, 2010, pág. 35.

De especial relevancia resulta la previsión contenida en el artículo 19.4 de la Ley 12/2009 en cuanto al derecho del solicitante de asilo a entrevistarse con el letrado en las propias dependencias de los puestos fronterizos y que la nueva Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio, también lo contempla⁶⁰⁰. Concretamente el artículo 8 de la Directiva, señala la obligación de la información a los extranjeros en puestos fronterizos sobre la posibilidad de formalizar una solicitud de protección internacional, así como que los Estados miembros deberán garantizar “que las organizaciones y personas que presten asesoramiento y consejo a los solicitantes tengan acceso efectivo a los solicitantes que se encuentren en los puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores”, si bien podrán establecerse limitaciones de acceso sólo, cuando “en virtud del Derecho nacional, sean necesarias por razones de seguridad, orden público o la gestión administrativa de los puestos fronterizos en cuestión, siempre y cuando con ello el acceso no resulte seriamente limitado o imposibilitado”. Aunque esta limitación ha sido ya recogida en el referido artículo 19 de nuestra normativa, sin embargo, no se contempla la cautela que previene la propia Directiva, esto es, que aunque se pueda limitar el acceso ante la concurrencia de las razones aludidas, las mismas no deben afectar al derecho de tal forma que supongan *per se*, la obstaculización del ejercicio efectivo del mismo.

Entendemos por tanto, que los Estados miembros podrán establecer al respecto normas, horarios y forma de acceder por parte del abogado al solicitante que se encuentre en el puesto fronterizo, siempre que ello no haga imposible dicho acceso puesto que en caso contrario, se vulneraría el derecho a la defensa. Esta posibilidad de “acceso” así como la asistencia letrada en esta fase inicial del procedimiento, debería y sería lo deseable comprender igualmente, la posibilidad de que el abogado pueda reunirse con el solicitante de asilo, con carácter previo a la entrevista que mantendrá con el funcionario correspondiente a fin de explicarle el procedimiento y trámites a

⁶⁰⁰ Directiva sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) que deroga expresamente la Directiva 2005/85/CE y cuyo plazo de trasposición es el 20 de julio del 2015, debiendo los Estados miembros adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a los artículos 1 al 30 y apartados 3, 4 y 5 del artículo 31, señalándose la fecha máxima de trasposición de los apartados de este último artículo, el 20 de julio del 2018, relativo al procedimiento de examen de la solicitud.

seguir⁶⁰¹, personas que intervienen en el proceso, e incluso conocer ya de antemano los motivos de la solicitud de protección internacional.

La asistencia jurídica preceptiva y el acceso de los letrados a los lugares donde se encuentren los solicitantes de protección internacional cobra gran relevancia en cuanto a “un grupo de solicitantes especialmente vulnerable, como es el caso de los polizones cuya privación de libertad derivada de la prohibición de desembarque se produce en el propio buque en condicionales a menudo deplorables”⁶⁰². Ya el Defensor del Pueblo en su informe del año 2005, puso de manifiesto la situación de desprotección jurídica de estas personas (imposibilidad de acceso por parte de letrados e incluso ONG,s de carácter humanitario, limitaciones para manifestar su intención de desembarcar en territorio español o de indicar su deseo de solicitar asilo), señalando que el tratamiento de polizones debía llevarse a cabo a través de las normas de extranjería o asilo que correspondieran y no a través de unas simples instrucciones que no solo no tienen rango de ley sino que ni si quiera se exige su publicación oficial, debiendo en todo caso, aplicarse tal normativa cuando el buque se encuentre bajo la jurisdicción española y no solo cuando se encuentre atracado en un puerto español⁶⁰³.

A pesar de tales recomendaciones, actualmente, se continúa regulando la situación de los *polizones* mediante tales instrucciones⁶⁰⁴, en las que se sigue manteniendo que tan solo puedan acceder los funcionarios de policía o guardia civil en el caso de que el buque haya atracado en puerto, no se garantiza el acceso de letrados a fin de estar presentes en el momento de la entrevista que permita identificar su situación real y necesidades sino que tal acceso queda supeditado a que el polizón exprese su

⁶⁰¹ “Guía de actuación en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional, en el contexto de la Ley 12 2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, elaborada por el Equipo de Protección de la oficina del ACNUR en España con la colaboración del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ACNUR, Madrid, 2011, pág. 9. Recurso electrónico disponible www.acnur.es, fecha de la consulta 25 de julio del 2015.

⁶⁰² A. SÁNCHEZ LEGIDO, cit., págs. 35 y 36.

⁶⁰³ Informe del Defensor del Pueblo sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España, Madrid, 2005, págs. 316 a 323. Recurso electrónico disponible en <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico>, fecha de la consulta 25 de julio del 2015.

⁶⁰⁴ Instrucciones conjuntas del Cuerpo de Policía Nacional, Guardia Civil, Dirección General de Política Interior y Dirección General de Inmigración de 28 de noviembre del 2007. Recurso electrónico disponible en <http://www.intermigra.info/archivos/revista/instruccionesPOLIZONES.pdf>, fecha de la consulta, 25 de julio del 2015.

voluntad de solicitar asilo o de desembarcar en territorio español, supuestos en los que ya se aplicaría la normativa correspondiente. No obstante y si no existen causas que justifiquen el desembarco (en caso de necesidad y asistencia médica o humanitaria), el polizón deberá permanecer en el buque hasta que se resuelva su admisión o inadmisión a trámite, en su caso, de su solicitud de asilo y siempre claro está el buque no deba zarpar con anterioridad a tal resolución.

La Comisión Española de Ayuda al Refugiado igualmente se ha hecho eco de la desprotección y desamparo legal en las que se encuentran estas personas⁶⁰⁵ y ha podido constatar que entre los años 2008 y 2013, únicamente cinco de los polizones que llegaron a nuestro país, pudieron acceder y solicitar protección internacional. Así mismo se pudo comprobar, a través de las consultas realizadas a las distintas Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno y de la lectura de los distintos cuestionarios realizados a estas personas, que en algunos casos querían entrar en nuestro país y en otros casos, manifestaron su intención de solicitar asilo y sin embargo, se les impidió desembarcar y acceder a la asistencia letrada, permaneciendo en el buque hasta que zarpó de nuevo⁶⁰⁶.

La nueva configuración del contenido de la asistencia letrada, asistencia que además debe mantenerse durante todo el procedimiento, tendría que solventar las deficiencias e irregularidades existentes y que impiden tal asistencia jurídica preliminar así como las dificultades de acceso de los abogados a las dependencias fronterizas, garantizando de esta forma un efectivo ejercicio del derecho a la defensa, por el contrario y como hemos podido comprobar, al menos, hasta la fecha y en relación a los *polizones*, tales previsiones no se respetan.

⁶⁰⁵ Informes de CEAR de fechas 2009, págs. 51 y 52 y, 2013, págs. 57 a 59, concretamente en este último informe se señala la necesidad de modificar el protocolo de actuación en relación a los polizones que deseen solicitar la protección internacional tras contrastar en determinados caso, las trabas y dificultades que tienen para acceder al asilo. Recurso electrónico disponible en www.cear.es, fecha de la consulta 25 de julio del 2015.

⁶⁰⁶ Informe CEAR del año 2014, págs. 61 a 63. Recurso electrónico disponible en www.cear.es, fecha de la consulta 25 de julio del 2015.

3.3.2. Asistencia de intérprete

Un adecuado ejercicio a la defensa requiere la asistencia de intérprete, en el caso de que sea necesario, que en los supuestos de protección internacional adquiere una especial importancia que viene determinada básicamente por dos circunstancias: la propia complejidad de los procedimientos y la existencia, en muchas ocasiones, de una barrera lingüística entre las personas que intervienen en el proceso y el propio solicitante, que debe ser asistido por un intérprete adecuado en el idioma que conozca. Ello permitirá que las alegaciones realizadas y los argumentos utilizados para hacerse acreedor de la protección internacional queden correctamente determinados.

El artículo 18 de la Ley del 2009 enumera los distintos derechos que asisten al solicitante de protección internacional, entre los que se encuentra el derecho a un intérprete y el Reglamento de ejecución de la Ley de asilo 5/84, aprobado por RD 203/1995 de 10 de febrero, en vigor en tanto en cuanto no se oponga a la actual legislación de asilo, señala en su artículo 8.4, el derecho a un intérprete “para la formalización de su solicitud y en todo el procedimiento”. Resulta obvio, por tanto, que el interesado que no hable o no comprenda el idioma español, deberá, de forma preceptiva, ser asistido de un intérprete en todos los trámites que se lleven a cabo en relación a su solicitud de protección internacional⁶⁰⁷. Y en caso de que tal previsión no se cumpla, las resoluciones que se adopten en lo relativo a su petición deberán entenderse nulas, acordándose la retroacción de las actuaciones al momento en el que se produjo la vulneración del derecho⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Octava, de 4 de diciembre del 2013 y de la Sección Primera de 11 de junio de 1999, donde concretamente su Fundamento de Derecho Cuarto señala que “(...) esta Sala, tras comprobar que en el expediente administrativo no figura la comunicación a la interesada de sus derechos (...) no puede sino estar conforme con el planteamiento de la demanda, ya que del expediente administrativo se desprende que la inadmisión se ha podido producir con una total indefensión para el solicitante de asilo, quien presumiblemente, no conocía el español, no ha tenido intérprete, no ha sido asistida por Letrado, ni conocido la posibilidad de solicitarlo(...)”

⁶⁰⁸ En el sentido aludido, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección segunda de 13 de marzo del 2014. En este caso constaba la petición por parte del interesado de intérprete pero no de letrado; sin embargo en el procedimiento administrativo, que culmina con la inadmisión a trámite de su petición, tampoco queda constancia de haber sido asistido por un intérprete de su lengua materna: “(...) forzoso será entender que la actuación del intérprete (...) constituye acto obligatorio para la Administración (...). Procede entonces y, si necesidad de otros razonamientos, estimar parcialmente el recurso contencioso -administrativo (pues la Sala carece de datos, visto el deficiente procedimiento empleado, para analizar si concurre o no la causa de persecución alegada) al objeto de que

El problema podría plantearse en cuanto a la práctica de tal asistencia en los supuestos en que el letrado deba comunicarse con su cliente de forma reservada, bien de forma previa a la formalización de la solicitud o bien, con posterioridad. Entendemos que tal asistencia habrá de ser, en todo caso, preceptiva y en el supuesto de peticiones en dependencias fronterizas, deberá ser la propia Administración quien proporcione la misma. Pero no solo debe reducirse la asistencia de intérprete a la entrevista previa o posterior a la formalización sino que también deberá extenderse a todas aquellas actuaciones en las que el letrado tenga necesidad de entrevistarse con su defendido, como por ejemplo, en el caso de que inadmitida a trámite la petición se proceda a presentar el reexamen, en cuyo caso y a fin de obtener mayores datos, precisar hechos o aclarar extremos que hayan resultado confusos en la petición, el abogado tenga que entrevistarse una vez más con el extranjero. Y ello es así porque a pesar de que la Ley 2/2009 no especifique en qué actuaciones habrá de intervenir el intérprete, además claro está del trámite de formalización de la petición, el Reglamento aludido sí que señala expresamente que tal asistencia tendrá que existir en “todo el procedimiento”, siendo el trámite de reexamen y en su caso, interposición de recurso contencioso, actuaciones que conforman dicho procedimiento.

3.3.3. Derecho al reexamen

En cuanto a la posibilidad de plantear una petición de reexamen contra la inadmisión a trámite o denegación de la solicitud de protección internacional (artículo 21.4 de la Ley 12/2009 en relación con el artículo 20.1c) del RD 293/1995), en lo que ahora nos interesa, hemos de indicar que tal y como ha venido manteniéndose en nuestra jurisprudencia⁶⁰⁹, se trata de un trámite procedimental que no reviste los caracteres de un recurso propiamente dicho aunque sí se configura como un derecho a la revisión, dentro del procedimiento administrativo, de la petición que ha sido denegada o inadmitida.

La asistencia del letrado en dicho trámite es obligatoria, debiéndose trasladar a las dependencias fronterizas, junto con el intérprete si fuera necesario, pero sin la

se dé al procedimiento el trámite legalmente previsto hasta su resolución, incluyendo expresamente (...) la actuación de un intérprete (...)” Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto.

⁶⁰⁹ Entre otras SSTs de 21 de marzo del 2005, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Fundamento de Derecho Cuarto y de 7 de julio del 2005, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Fundamentos de Derecho Primero y Tercero.

presencia de funcionario. En este momento procesal no solo pueden aclararse aspectos que hayan podido quedar confusos en la solicitud inicial sino que también es posible incorporar la información que haya recabado el abogado sobre la situación del país e incluso “nuevos argumentos, nueva documentación y nuevas alegaciones distintas de las contenidas en la solicitud”⁶¹⁰ aunque sería conveniente explicar tanto las razones de la incorporación de nuevos hechos como en su caso, de la prueba documental que se aporte.

Este derecho al reexamen, entendemos que resulta de especial relevancia en tanto en cuanto, la Administración deberá *reconsiderar* su resolución, especialmente si existe informe favorable del ACNUR, aunque el mismo no sea en absoluto vinculante.

3.3.4. Derecho a un recurso efectivo

Como ya comentamos al inicio de este capítulo nos encontramos que en el denominado *procedimiento fronterizo* aun manteniéndose la posibilidad de inadmitir a trámite las peticiones de protección internacional (fase previa que fue introducida por Ley 9/94), dicha posibilidad se ha visto reducida al configurarse algunos de los supuestos de inadmisión como causas de denegación en la Ley 12/2009 y regulando, al mismo tiempo, otros motivos de denegación⁶¹¹. Este procedimiento además, se caracteriza por ser un procedimiento acelerado que si bien en un principio podría considerarse positivo en tanto en cuanto evitaría que los interesados permanecieran largos periodos de tiempo en los puestos fronterizos, a nuestro modo de ver, privados de libertad; por el contrario, tal celeridad podría traducirse no solo en una merma de las garantías procesales, entre ellas el derecho a un recurso efectivo; sino que también podría determinar la adopción de resoluciones erróneas o adaptadas a modelos predeterminados, con motivaciones un tanto parcas o incluso llegando a adolecer de insuficiente motivación. En todo caso, y, aunque puedan incluirse mecanismos que permitan de forma rápida y *cuasi* inmediata, inadmitir o denegar peticiones de protección internacional *manifiestamente infundadas*

⁶¹⁰ “Guía de actuación en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional en el contexto de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, ACNUR, Madrid, 2011, pág. 16. Recurso electrónico disponible en www.acnur.es. Fecha de la consulta 30 de julio del 2015.

⁶¹¹ Artículo 21.2 de la Ley12/2009.

o fraudulentas, ello no debe ser argumento bastante para que puedan prescindirse de las garantías procesales, de los plazos y de los derechos que les asisten a los solicitantes y mucho menos aún que *pueda prevalecer sobre el ejercicio efectivo de la prohibición de la devolución*⁶¹².

Veremos a continuación cómo se desarrolla tal procedimiento a fin de determinar si las normas reguladoras del mismo afectan o no a las garantías jurídico-procesales referidas y en todo caso, cómo se concreta el derecho a un recurso efectivo

A. Procedimiento fronterizo y cumplimiento de las garantías jurídicas

Desde el momento en que se detecte que un extranjero que se encuentre en el puesto fronterizo pudiera ser un solicitante de protección internacional⁶¹³, se le informará inmediatamente de la posibilidad de formular tal petición así como los derechos que le asisten en los términos recogidos en el artículo 18 de la Ley 12/2009 y en los que nos interesa, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, de intérprete, a conocer el contenido del expediente en cualquier momento y, especialmente a la *suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición* que le pudiera afectar⁶¹⁴.

⁶¹² “Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo”, publicada en el contexto de la petición de decisión prejudicial planteada, en fecha de 3 de febrero del 2010, por el Tribunal Administrativo de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del artículo 39 de la Directiva sobre procedimientos de asilo (DPA), y los artículos 6 y 13 del CEDH. Recurso electrónico disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4c15fed72> . Fecha de la consulta, 1 de agosto del 2015.

⁶¹³ El artículo 21 de la Ley 12/2009, bajo la rúbrica *Solicitudes presentadas en puestos fronterizos*, hace referencia a aquellas personas extranjeras que no reúnan los requisitos necesarios para entrar en territorio español, presenten una solicitud de protección internacional. Sin embargo, hemos de entender que cualquier persona que se considere acreedora de la concesión del derecho de asilo o en su caso, de protección subsidiaria, tendrá la posibilidad de formular su petición con independencia de si cumple o no los requisitos para el acceso a España. El procedimiento de estas solicitudes y en tanto en cuanto no se apruebe un nuevo reglamento, sigue las normas que se regulan en el RD 203/1995, modificado por RD 2393/2004 de 30 de diciembre (modificación que afecta precisamente al procedimiento en frontera), y que se contienen en las Secciones Segunda y Tercera bajo el título, respectivamente de *Inadmisión en frontera y Efectos de la inadmisión a trámite*.

⁶¹⁴ Artículo 19 de la Ley 12/2009, “Efectos de la presentación de la solicitud. 1. Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o esta no sea admitida (...). 2. Asimismo la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente (...)” .

La petición formal de protección internacional consistirá en la cumplimentación de un formulario y en la realización de una entrevista con la presencia de un funcionario que puede ser tanto un funcionario de policía como de la Oficina de Asilo y Refugio y claro está, con la asistencia letrada. La Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional (refundición) contempla la exigencia de esta entrevista que entendemos se erige como una garantía adicional al procedimiento toda vez que debe *brindarse* al interesado antes de adoptarse la resolución correspondiente. Se recogen, no obstante, dos supuestos en los que se puede prescindir de tal entrevista: cuando se pueda adoptar una resolución favorable respecto del estatuto de refugiado con las pruebas de las que se dispongan en ese momento o cuando la autoridad decisoria considere que el solicitante esté incapacitado o no se encuentre apto para ser entrevistado⁶¹⁵.

La presentación de solicitudes en frontera serán inmediatamente comunicadas al representante en España del ACNUR, quien podrá entrevistarse, si lo desea, con los solicitantes (artículo 34 de la Ley 12/2009)⁶¹⁶, aunque en todo caso y antes de dictarse las resoluciones sobre estas solicitudes, se le dará audiencia.

El plazo máximo para inadmitir a trámite o denegar la petición de protección internacional será de cuatro días, debiendo entenderse que serán días hábiles por dos motivos, el primero porque aunque se trate de un procedimiento específico no deja de ser un procedimiento administrativo y aplicando las reglas generales para el cómputo de los plazos si nada se dice, ha de entenderse que son hábiles y no naturales⁶¹⁷. Y

⁶¹⁵ “En opinión del ACNUR, la entrevista personal, particularmente, es fundamental porque proporciona al solicitante la oportunidad de explicar exhaustivamente y directamente a las autoridades las razones de la solicitud y da a la autoridad decisoria la oportunidad de establecer, en la medida de lo posible todos los hechos pertinentes y de evaluar la credibilidad de la prueba testimonial”, “Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo”, cit., pág.13, apartado 38.

⁶¹⁶ La comunicación al representante del ACNUR en España sigue manteniéndose de forma preceptiva y, en tal sentido señalar que nuestra jurisprudencia, ha determinado que la *falta de comunicación del expediente de asilo al ACNUR, sin respetar lo establecido categóricamente por la Ley de asilo y su Reglamento, determina su nulidad*, siempre que no exista constancia de tal comunicación. (SSTS de 8 de julio del 2011, 29 de abril del 2011 y 31 de octubre del 2008, entre otras).

⁶¹⁷ Artículo 48 de la Ley 30/92, en su apartado primero señala que “Siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que estos son hábiles, excluyendo del cómputo los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se fijen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones”.

segundo, porque si hubiera estado en el ánimo del legislador llevar a cabo el cómputo de forma distinta, se hubiera recogido expresamente como lo hace el Reglamento y lo hacía la Ley 5/84, al referirse al cómputo por horas, constituyendo además el establecimiento de los plazos por horas *rigurosamente excepcional en Derecho administrativo*⁶¹⁸.

No obstante, tal plazo de resolución puede verse ampliado hasta un máximo de diez días por “resolución del Ministro del Interior, en los casos en los que por concurrir alguna de las circunstancias previstas en la letra f) del apartado primero del artículo 25, el ACNUR, de manera razonada así lo solicite”. Los supuestos recogidos en tal precepto no son otros que las causas de exclusión *de la condición de refugiados o de denegación del derecho a la protección subsidiaria* que se detallan en los artículos 8, 9, 11 y 12 relativas, básicamente, a la concurrencia o existencia de motivos fundados de que el solicitante haya cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o contra la humanidad o bien un delito grave que afecte a la vida, la libertad, indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas e incluso delitos contra el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas o en caso de delincuencia organizada; que se consideren que constituyen un peligro para la seguridad de España o una amenaza para la comunidad.

Ya apuntamos la problemática en cuanto a la equiparación de las causas de exclusión y motivos de denegación en este mismo capítulo, por tanto y en lo que nos interesa en este momento, indicar que, por un lado, entendemos que la inadmisión o denegación de las solicitudes de protección internacional conforme a dichos motivos habrán de exigir la máxima cautela, debiéndose interpretar de forma restrictiva, de tal modo que “esas cláusulas sean aplicadas de forma proporcional a su objeto, atendiendo a la gravedad del delito en cuestión y evaluando las consecuencias que derivarían de la apreciación de la causa de exclusión que podría llevar aparejada la expulsión a un tercer Estado en el que exista la probabilidad de sufrir persecución o maltrato”⁶¹⁹. Y por otro lado, no podemos dejar de hacer una crítica al hecho de que cuestiones tan complejas y significativas en cuanto a las consecuencias, como son el determinar si concurren causas

⁶¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección Quinta, de 5 de diciembre del 2007, Fundamento de Derecho Segundo.

⁶¹⁹ N. PÉREZ SOLA, “La nueva legislación sobre asilo” en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, VVAA, coords. D. BOZA MARTÍNEZ, F.J. DONAIRE VILLA y D. MOYA MALAPIERA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 607.

de exclusión o de excepciones al principio de no devolución, deban ser resueltas en el marco de un procedimiento tan breve como es el procedimiento fronterizo que en todo caso y a pesar de la posibilidad de ampliar el plazo para la resolución hasta diez días, sólo se producirá cuando el ACNUR, de forma razonada así lo solicite. Evidentemente, entendemos que dicho periodo de tiempo resulta excesivamente exiguo habida cuenta de las cuestiones a ventilar y en las que, no olvidemos, la capacidad de actuación y la posibilidad de aportar prueba o información relativa al caso concreto, están condicionadas precisamente por la reducción de los plazos. Por el contrario, la Administración dispone de un amplio margen de decisión toda vez que puede decidir qué determinadas conductas puedan ser contrarias al orden público o suponer una amenaza para la seguridad de España, sin entrar a precisar si tales conductas son actuales y reales y sin llevar a cabo un juicio de proporcionalidad.

Hubiera sido preferible que en tales casos tal y como señala SÁNCHEZ LEGIDO, “reconducir estos casos directamente al procedimiento ordinario a fin de asegurar desde el principio un examen adecuado”⁶²⁰ y por tanto, un ejercicio efectivo del derecho a la defensa. Por ello, hemos de concluir que si efectivamente el examen de estas causas requiere un análisis más pormenorizado habida cuenta del significado y contenido así como las consecuencias de las cuestiones que se ventilan, las garantías procesales que asisten al solicitante se ven afectadas porque no se dispone del trámite procedimental adecuado con plazos más amplios a fin de valer sus pretensiones o que las mismas sean estudiadas conforme a la importancia que requieren. En definitiva “cuando no se concede tiempo suficiente durante el procedimiento para ejercer estos derechos o para beneficiarse de ellos, su efectividad puede verse afectada”⁶²¹. Un procedimiento de asilo para que sea eficiente debe permitir un examen completo de la solicitud así como un periodo de tiempo razonable en el que se puedan cumplir correctamente con las garantías jurídico-procesales imprescindibles y mínimas exigidas en este tipo de procesos.

En este sentido y de forma necesaria hemos de hacer referencia a dos Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo que reinterpretan las causas de denegación

⁶²⁰ A. SÁNCHEZ LEGIDO, cit., pág. 47.

⁶²¹ “Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo”, cit., pág. 4.

en el procedimiento fronterizo: son las Sentencias 1971/2013 y 1957/2013⁶²². El Tribunal Supremo en ambas sentencias mantiene que aunque se hable de causas de denegación, en realidad tales causas son coincidentes con los motivos de inadmisión a trámite de la solicitud recogidos en la legislación anterior y así sostiene que tal semejanza

“se aprecia no solo por su propio enunciado, básicamente coincidente, sino también porque del mismo modo se permitía y se permite solicitar el reexamen (...)”. Existe además otra coincidencia entre el artículo 5 de la Ley antigua y el 21 de la actual, y es la consecuencia que ambas leyes dan al silencio de la Administración, que era la admisión a trámite en la vieja y la continuación por el procedimiento ordinario en la nueva (artículo 21.5)”.

Y concluye afirmando que

“si en la Ley anterior la inadmisión se contraponía dialécticamente a la admisión a trámite y consiguiente sustanciación del expediente hasta la concesión o denegación del asilo previo estudio en profundidad del mismo, del mismo modo en la Ley nueva la inadmisión o denegación por estos cauces acelerados del artículo 21 se contraponen dialécticamente a la admisión y estudio más detenido del asunto mediante el procedimiento ordinario regulado en el artículo 24 y el de urgencia del artículo 25.2. En definitiva, ciñéndonos a la causa de denegación aplicada en el caso aquí examinado, recordemos, la del artículo 21.2.b) de la Ley 12/2009, podemos concluir que esa causa de denegación reviste la misma funcionalidad operativa en el conjunto del sistema similar a la que tenía la antigua causa de inadmisión del antiguo artículo 5.6.d); y conduce a examinar si, como alega la parte recurrente, pudiera ser de aplicación en sus aspectos sustanciales a la denegación aquí concernida, (acordada respecto de una solicitud de asilo presentada en un CIE con base en el nuevo artículo 21.2.b), la jurisprudencia en relación con la interpretación y aplicación de aquel antiguo artículo 5.6.d). La respuesta, podemos anticiparlo, ha de ser afirmativo”.

Finalmente, el Tribunal considera que lo relevante en el “procedimiento de denegación”, es la pérdida de garantías para el solicitante:

⁶²² Sentencias de 27 de marzo de 2013, Sección Tercera.

“denegar directamente el asilo sin intermediar una previa y formal declaración a trámite (...) refuerza la conclusión ya apuntada de que no es de aplicación a este cauce de denegación peculiar del artículo 21, la regla general del artículo 25.2, que reserva la aplicación del procedimiento de urgencia para las solicitudes que hayan sido expresamente admitidas a trámite (...). Cuando se acuerda la denegación por el cauce del artículo 21.1, nos hallamos ante una resolución denegatoria acordada mediante un procedimiento brevísimo que comporta una patente disminución de garantías para el solicitante (...).

“ Obvio es que un rechazo tan expeditivo de las solicitudes de asilo reclama una aplicación prudente y restrictiva, en términos similares a los que la antigua jurisprudencia exigía para las causas de inadmisión del artículo 5.6 de la Ley de Asilo de 1984 , justamente por la señalada limitación de garantías que comporta. (...)”⁶²³

Ello significa que la Administración debería tener en cuenta tal criterio a fin de actuar con la debida cautela previamente a denegar una petición de protección internacional.

Continuando con el procedimiento, “contra la resolución de inadmisión a trámite o de denegación de la solicitud- *que tendrá que ser individualizada y motivada*- (artículo 20.1c) del RD 203/1995) se podrá, en el plazo de dos días contados desde su notificación, presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquella” (artículo 21.3 de la LO 12/2009). En esta resolución se deberá informar al interesado de la posibilidad de pedir el reexamen o en su caso de abandonar el territorio español “informándosele además de la posibilidad de continuar la tramitación del expediente a través de la Embajada española en el país que corresponda”. En el caso de que opte por abandonar el territorio español, debe constar tal opción por escrito, asistido por letrado, y en el caso de que fuera necesario, por intérprete.

Lo importante en este momento procesal es la posibilidad de que la Administración pueda examinar de nuevo los motivos alegados y en tanto en cuanto resuelve la solicitud de reexamen, el solicitante, seguirá permaneciendo en el puesto fronterizo, es decir, que su interposición tiene efectos suspensivos.

⁶²³ Este nuevo criterio jurisprudencial se ha visto confirmado mediante Sentencia del TS 6000/2013 de 16 de diciembre, Sección Tercera.

Será el Ministro del Interior el competente para resolver sobre el reexamen y dicha resolución “deberá notificarse a la persona interesada en el plazo de dos días desde el momento en que aquella hubiese sido presentada”. Esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, puede ser recurrida en reposición dentro del plazo de un mes desde la notificación de forma potestativa o bien, puede interponerse recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses.

Concretando, los plazos para resolver en frontera sobre la petición de protección internacional, son, con carácter general, cuatro días, y en caso de interposición de reexamen podrá aumentarse hasta un total de ocho días (dos días para la presentación y dos días más para la resolución), que en la realidad podrían ampliarse hasta diez, al efectuarse el cómputo por días hábiles. Plazos que en los supuestos ya referidos en los que concurren causas de exclusión o denegación, pueden verse prolongados, a petición del ACNUR, hasta seis días más, lo que haría un total de catorce días. En comparación con la legislación anterior, lo cierto es que los plazos han aumentado no solo porque eran aún más breves sino porque, el cómputo se realizaba por horas y días naturales: así, la inadmisión a trámite debía resolverse en el plazo de 72 horas, la interposición del reexamen en 24 horas y su resolución en dos días. En todo caso, se tenía que adoptar una resolución definitiva, incluyéndose la resolución sobre el reexamen, en un periodo no superior a siete días.

Cabría plantearnos si esa ampliación de plazos así como el cómputo de los mismos, es decir, por días hábiles, y en tanto en cuanto afecta a la libertad de los interesados no supondría una vulneración de los principios de celeridad y urgencia que rigen las inadmisiones a trámite y las peticiones de reexamen en los procedimientos en frontera. El Tribunal Supremo ya se pronunció sobre esta posibilidad en distintas Sentencias, en relación a la Ley 5/84, entre ellas, la Sentencia de 5 de diciembre del 2007, que señala en su Fundamento de Derecho Tercero,

“un procedimiento en que la persona tiene limitada su libertad de movimientos (v.g. artículo 5.7 párrafo tercero de la Ley 5/84, a cuyo tenor el interesado ha de permanecer en el puesto fronterizo y en las dependencias adecuadas mientras se resuelve la petición de asilo y la solicitud de reexamen), no se compadece en absoluto con un sistema de

cómputo que por excluir los días inhábiles, puede retrasar la resolución de forma sustancial, al ser posible que se sucedan en el tiempo varios días festivos seguidos, mezclados con días hábiles, no siendo infrecuente, como la experiencia señala que según ese cómputo un plazo de dos días, pueda convertirse en cuatro (...)"⁶²⁴

Sea como fuere, lo cierto es que se ha producido en vía legal, un incremento de los plazos y en todo caso, entendemos que establecer si esos plazos son excesivos o no, deberá determinarse haciendo un juicio de proporcionalidad por un lado, entre la necesidad de valorar adecuadamente las peticiones de asilo a fin de que no se adopten decisiones claramente infundadas o con falta de motivación, y por otro, la exigencia y el respeto del derecho a la defensa que le asiste al peticionario así como el derecho a la libertad que se ve afectado toda vez que los interesados han de permanecer durante todo el procedimiento en las dependencias fronterizas.

A nuestro modo de ver, a la vista de las cuestiones que se tratan y las consecuencias que una denegación o inadmisión puede tener para el interesado, entendemos que los plazos son excesivamente breves, debiéndose en todo caso, no decidir en este momento sobre la denegación definitiva de la petición o, en su caso sobre la inadmisión a trámite, procediéndose por tanto a su admisión para que a través del procedimiento ordinario, y ya en territorio español, se decida sobre la procedencia o no de conceder la protección internacional. Por el contrario, y habida cuenta de que el interesado, durante la tramitación, verá limitado su derecho a la libertad deambulatoria, consideramos que los plazos son excesivos (hasta en el mejor de los casos, de ocho a diez días) y que la solución debería ser la misma, esto es, la admisión a trámite y la entrada en territorio nacional, conforme preveía la Ley 5/84 en relación a las peticiones de asilo en frontera.

Si por parte de la Administración no se cumplieran con los plazos establecidos legalmente, bien los fijados para la inadmisión a trámite o la denegación, o en su caso, para la resolución del reexamen, sin que se haya notificado la resolución de forma expresa, la consecuencia es la tramitación por el procedimiento ordinario y la autorización de entrada en territorio nacional así como la autorización de permanencia

⁶²⁴ STS de 5 de diciembre del 2007, Sala de lo Contencioso, Sección Quinta. Y, en el mismo sentido STS de 30 de junio del 2006, Sala de lo Contencioso, Sección Quinta.

de forma provisional hasta tanto en cuanto se resuelva su solicitud (artículo 21.5 de la Ley 12/2009). La jurisprudencia es clara y favorable en orden a otorgar efectos positivos al silencio administrativo así como a la admisión a trámite de forma automática en tales supuestos o en el caso que las notificaciones sobre inadmisión a trámite o sobre la resolución del reexamen fueran extemporáneas⁶²⁵.

B. Régimen de recursos previstos en la Ley 12/2009. Especial referencia al recurso contencioso-administrativo

Si finalmente la Administración inadmite a trámite o deniega la solicitud de protección internacional, dichas resoluciones determinarán bien, según lo que corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español, o en su caso el traslado al territorio del estado responsable del examen de la solicitud de asilo salvo que la persona interesada reúna requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia, de acuerdo por lo establecido en la LO 4/2000 o se autorice su estancia o residencia por razones humanitarias (artículo 37 Ley 12/2009).

No obstante, y aunque tales resoluciones ponen fin a la vía administrativa y en principio son plena e inmediatamente ejecutables, puede interponerse contra ellas un recurso de reposición con carácter potestativo o directamente, un recurso contencioso-administrativo ante la jurisdicción contenciosa (artículo 29.1 de la Ley 12/2009).

En cuanto al recurso de reposición nos remitimos a lo ya apuntado en el capítulo segundo, en lo relativo a las denegaciones de entrada a territorio español, haciendo constar únicamente que en los supuestos que nos ocupan, al igual que en las denegaciones de entrada, el hecho de interponerse tal recurso y, aunque se pida la suspensión, no paraliza ni suspende los efectos de la denegación o inadmisión a trámite de la protección internacional, por lo que la interposición de mismo carece totalmente de eficacia a efectos prácticos.

⁶²⁵ Entre otras, SSTTS de 5 de diciembre del 2007, 6 de noviembre del 2006 y 30 de junio del 2006, todas ellas de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso; y Sentencias de la Audiencia Nacional de 24 de noviembre del 2004, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso y de 30 de marzo del 2004 y 12 de enero del 2005, ambas de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso.

Por ello, nos centraremos en el recurso contencioso-administrativo en tanto en cuanto, si se solicita la suspensión del acto recurrido, y por ende los efectos del mismo, se podría obtener, de forma más o menos inmediata, al menos una paralización cautelar provisionalísima o incluso provisional.

Nos podemos encontrar con dos tipos de resoluciones: inadmisión a trámite o denegación de la protección internacional, extremo este a tomar en cuenta toda vez que va a determinar la competencia de uno u otro órgano judicial así como el procedimiento a seguir. En el caso de que se trate de una inadmisión, serán los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo quienes tendrán competencia para conocer del recurso que se sustanciará por los trámites del procedimiento abreviado ordinario⁶²⁶. Por el contrario, si se tratara de una denegación, será competente la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y se seguirán los trámites del procedimiento ordinario.

La propia Ley 12/2009, en el apartado segundo del artículo 29, contempla que en el caso de que se interponga el recurso contencioso, *si se solicita la suspensión del acto recurrido*, tal solicitud tendrá la consideración de especial urgencia conforme a lo dispuesto en el artículo 135 de la LJCA, es decir, que se determina *ope legis*, que en el caso que nos ocupa (denegación o inadmisión a trámite en puesto fronterizo) ya se cumplen los requisitos para la adopción de las llamadas *medidas cautelarísimas*, que no son otros que *la concurrencia de circunstancias de especial urgencia*, que vienen constituidas por la propia inminencia de la ejecución del acto recurrido y los efectos del mismo.

La tramitación de la suspensión conforme a lo previsto en el artículo 135 se caracteriza fundamentalmente por dos rasgos: se trata de un trámite de especial urgencia, que no implica que la suspensión deba resolverse positivamente sino que el órgano judicial deberá hacerlo de forma inmediata y que se concreta en la adopción, en el plazo de dos días, de una resolución judicial que adoptará la forma de auto. Este auto

⁶²⁶ Artículo 78.1 de la LJCA, “(...) Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo de este Orden jurisdiccional, conocen por el procedimiento abreviado, de los asuntos de su competencia, que se susciten (...) sobre inadmisiones a trámite de asilo político (...)”. En estos casos, el recurso, a diferencia del procedimiento ordinario, se iniciará por demanda (artículo 78.2).

se acordará *inaudita parte*, es decir, sin oír a la Administración demandada y contra el mismo no cabrá recurso alguno aunque no cierra el paso al incidente cautelar ordinario.

En estos supuestos resulta de gran trascendencia que el letrado que ha venido asistiendo al extranjero actúe con rapidez habida cuenta de que la Administración puede ejecutar de forma inmediata la resolución, incluso antes de que pueda interponerse el recurso. Debe tenerse en cuenta además, tal y como ya expusimos en el capítulo segundo, que los órganos del orden contencioso no funcionan en días y horas inhábiles y no existen juzgados de guardia en dicha jurisdicción por lo que habrá que utilizar la vía prevista en el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005 y dirigimos al Juzgado de Instrucción que esté en funciones de guardia que además resolverá sobre tal suspensión de forma inmediata.

La solicitud de estas medidas *cautelarísimas*, deben solicitarse mediante *otrosí*, en el escrito de interposición de recurso o de demanda, en función de la resolución que se recurra y del procedimiento a seguir, debiéndose hacer un relato de los hechos preciso aunque sin entrar en la fundamentación de fondo pero sí argumentar la apariencia de legalidad así como el *periculum in mora* o la pérdida de finalidad del recurso si no se acuerda la suspensión, es decir, se deben acreditar los requisitos que exige el artículo 130 de la LJCA. En este relato de los hechos resulta imprescindible que expliquemos claramente por qué consideramos procedente que se adopte la medida interesada así como su mantenimiento, haciendo especial hincapié en cualquier circunstancia que aporte indicios de verosimilitud de los hechos alegados, poniendo de manifiesto las posibles consecuencias o riesgos que para la vida, la integridad o la libertad pueda sufrir el extranjero si es devuelto al país de origen o procedencia. En este sentido es conveniente detallar cualquier información que exista en el expediente que pueda apoyar tales argumentos cobrando especial relevancia los informes del ACNUR que sean discrepantes con la posición de la Administración, informes médicos y/o psicológicos o sociales y cualquier información sobre el país de origen que avalen los hechos alegados para la obtención de la protección internacional⁶²⁷.

⁶²⁷ “Guía de actuación en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional”, cit., pág.15.

Nuestros tribunales se han mostrado favorables a la concesión de medidas cautelarísimas, no solo en los casos en que se apreciaba una situación de urgencia sino también en los supuestos de existencia de indicios en los que una posible devolución, retorno, expulsión o traslado del solicitante de asilo, podía suponer un riesgo real para su integridad física o para su libertad. En este sentido podemos señalar el Auto de la Audiencia Nacional de 5 de septiembre del 2013, en el que se otorga dicha medida aun considerando que las

“posibles incoherencias e incluso contradicciones que cabe apreciar en algunos aspectos del relato no resultan de relevancia suficiente para calificar este como inverosímil, máxime teniendo en cuenta las circunstancias que sobre el país pone de manifiesto el ACNUR y dado el limitado cauce del procedimiento en frontera para la adecuada investigación de las alegaciones de los interesados, cuando tales alegaciones no resultan, a priori, contradictorias o inverosímiles en el contexto de la situación general del país de origen del solicitante.

La razonable duda sobre la existencia de una real situación de peligro para los recurrentes en el caso de retornar al país de origen, a tenor de los elementos de juicio con los que hasta ahora contamos, justifica la adopción de la medida cautelarísima, dejando en suspenso la devolución de los recurrentes a su país. Medida que, en todo caso, será valorada de nuevo por el tribunal una vez oído el Abogado del Estado”⁶²⁸.

Ahora bien, la LJCA, en su artículo 135 y tras la reforma sufrida por Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, señala que si bien el órgano judicial correspondiente aun adoptando la medida *cautelarísima* de dejar en suspenso la medida de devolución, retorno o expulsión, acordará en la misma resolución, dar audiencia a la parte contraria, es decir, a la Administración, a fin de que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que deberá celebrarse también en el plazo de los tres días siguientes a la adopción de la medida. En definitiva que se dará inicio al trámite de suspensión cautelar ordinario y “el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales”. Si se mantiene la suspensión acordada, esto es, se acuerda la adopción de la medida cautelar de dejar en suspenso los efectos de la resolución

⁶²⁸ Sala de lo Contencioso, Sección Octava de la A Nacional.

recurrida, se mantendrá en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se haya acordado o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta ley (artículo 132). Ello significa que el extranjero a quien se le ha denegado la protección o cuya solicitud ha sido inadmitida a trámite, será autorizado a entrar en territorio nacional y a permanecer en el mismo hasta que se decida sobre el fondo del asunto. Por el contrario, si se acuerda no haber lugar al mantenimiento de la medida cautelarísima, la resolución será plenamente ejecutable a pesar de que se haya interpuesto el recurso contencioso administrativo y el mismo se encuentre pendiente.

En todo caso y aun habiéndose denegado la medida cautelarísima, si se ha instado la adopción de la cautelar, no cabe la ejecución del acto recurrido durante la sustanciación de tal medida cautelar y hasta que se resuelva la misma, debiendo, por tanto el interesado permanecer en las dependencias fronterizas⁶²⁹.

En cuanto a la adopción de medidas cautelares, especialmente significativa resulta la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero del 2010, en la que se recoge la doctrina a seguir en orden a acordar la suspensión mientras se sustancia el litigio principal al señalar que

“el limitado ámbito del incidente cautelar no permite un examen anticipado sobre el fondo del asunto, puesto que el objeto del mismo no es un enjuiciamiento provisional o abreviado, sino el aseguramiento de la finalidad del proceso, en el caso de que la ejecución del acto objeto de revisión pudiera hacer perder la finalidad legítima al recurso, es decir, cuando el mismo es capaz de generar situaciones jurídicas irreversibles o difícilmente reparables. El Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia de 17 de julio del 2003) señala en este sentido que “la concesión o suspensión en función exclusivamente de la obligación de salir de España supondría dejar sin efecto con carácter general las previsiones normativas sobre la materia, por ello la suspensión solo procede cuando circunstancias personales específicas así lo aconsejen o cuando la situación de origen sea manifiestamente de tal gravedad que per se implique una situación de riesgo para la vida, la integridad física o la libertad del recurrente”(…)”⁶³⁰.

⁶²⁹ Providencia de 26 de enero del 2011 de la Sección Octava de la Audiencia Nacional.

⁶³⁰ Sección Cuarta de la Audiencia Nacional.

C. El efecto suspensivo como característica relevante del derecho a un recurso efectivo

Llegados a este punto nos hemos de plantear algunos interrogantes. El primero, relativo a si la previsión introducida por el artículo 29 de la Ley 12/2009, esto es, la interposición del recurso contencioso y la tramitación de la suspensión por el procedimiento de urgencia, supone realmente un avance positivo frente “al efecto suspensivo automático que concedía la anterior ley a las solicitudes inadmitidas en frontera con informe favorable del ACNUR”⁶³¹. La legislación anterior otorgaba al informe favorable a la admisión a trámite del ACNUR, tras la práctica del reexamen, un valor esencial toda vez que aunque la Administración decidiera negativamente sobre la admisión, si el solicitante manifestaba su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la inadmisión, se autorizaba su entrada al territorio y su permanencia hasta tanto el órgano jurisdiccional competente resolviera sobre la suspensión del acto administrativo (artículo 30 del RD 203/1995).

Resulta obvio que el artículo 29 de la nueva Ley no constituye un avance ni un aspecto más favorable de la situación del solicitante de protección internacional con respecto a la que tenía con anterioridad por varios motivos. El primero, evidente, con la legislación anterior no era necesario ni si quiera interponer el recurso y pedir la suspensión sino que a la vista del informe favorable del ACNUR y manifestando la intención de recurrir en vía judicial era suficiente para que se suspendieran los efectos de la resolución administrativa, permitiendo la entrada del extranjero a territorio nacional. El segundo, y como muy bien señala GALPARSORO, “la posibilidad de acudir a la petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo, es una opción que ya existe en cualquier procedimiento jurisdiccional y que no palia el grave retroceso en garantías que supone la desaparición del efecto suspensivo automático”⁶³², a lo que hemos de añadir que actualmente y aunque exista informe favorable del ACNUR, ni es vinculante ni es argumento bastante para que el órgano judicial adopte medida cautelar positiva. Y el tercero, que la regulación actual, amplía aún más el plazo de permanencia

⁶³¹ J. GALPARSORO, *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, cit., pág 133.

⁶³² J. GALPARSORO, cit., pág 134.

del solicitante de protección internacional en dependencias fronterizas y por ende, su privación de libertad, plazo que podría verse aumentado hasta cinco días más ⁶³³.

Y el segundo interrogante que se plantea, es si efectivamente la regulación que hace la normativa interna sobre la interposición del recurso judicial y la posible suspensión del acto que se recurre, respeta y garantiza el derecho a un recurso efectivo tal y como se contempla en el artículo 46 de la Directiva sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional (refundición) ⁶³⁴ y conforme exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a los artículos 13 y 3 del CEDH.

El artículo 46 de la Directiva establece que los Estados miembros deberán garantizar que los solicitantes tengan derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional, en lo que ahora nos interesa, contra “una resolución adoptada sobre la solicitud de protección internacional, incluida (...) la decisión adoptada en frontera o en las zonas de tránsito de un Estado miembro (...)”. Este recurso debe incluir un examen completo y *ex nunc*, tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho, debiéndose determinar plazos razonables (expresamente se señala que “los plazos no harán imposible o excesivamente difícil dicho ejercicio) y las normas necesarias para que el solicitante pueda ejercitar su derecho.

El ACNUR tiene declarado que el derecho a un recurso efectivo debe incluir el derecho a apelar la primera decisión negativa y en esencia que la apelación “sea examinada por una Corte o Tribunal, separada e independiente de la autoridad que tomó la decisión inicial y que se permita una revisión completa” ⁶³⁵.

Continúa el artículo 46 en su apartado 5 señalando que “los Estados miembros permitirán que los solicitantes permanezcan en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual puedan ejercer el derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya

⁶³³ En estos casos y como muy bien señala SÁNCHEZ LEGIDO, “el efecto de la reforma, es a efectos prácticos, atribuir carácter suspensivo al recurso hasta que la autoridad judicial se pronuncie sobre la citada solicitud”, cit., pág. 37.

⁶³⁴ Corresponde al artículo 39 en la Directiva 2005/85/CE del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

⁶³⁵ “Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo”, cit., pág. 7.

ejercitado ese derecho dentro del plazo, en espera del resultado del recurso”. Ello quiere decir que la interposición del recurso ha de tener un efecto suspensivo en relación con el apartado 8 en el que se recoge que del mismo modo, los solicitantes podrán permanecer en el territorio del Estado miembro “mientras se resuelve el procedimiento para decidir si el solicitante puede o no permanecer en el territorio”. Por lo tanto, el derecho a este recurso efectivo también debe incluir un efecto suspensivo que respete el principio de no devolución.

La jurisprudencia del TEDH, sobre lo que debe entenderse por un *derecho a un recurso efectivo*, es extensa. Señalemos algunos casos significativos.

En el caso Jabari contra Turquía, la demandante de asilo, de nacionalidad iraní, que había sido acusada de adulterio llegando a ser arrestada, una vez que se denegó su asilo, interpuso un recurso contra la deportación acordada por Turquía a Irán, constando además que a la vista de los informes existentes, la legislación de su país reprime tales conductas mediante lapidación. Pues bien, el TEDH afirma que dicho recurso no podía ser entendido como un verdadero recurso efectivo, conforme al artículo 13 del CEDH declarando que

“esta acción no le permitió suspender la ejecución de la deportación ni el fondo de la solicitud que estaba en juego (...). En consideración del carácter irreversible del daño que podría ocasionarse en caso de materializarse el presunto riesgo de tortura o malos tratos y por la importancia que la Corte le confiere al artículo 3, el concepto de un recurso efectivo bajo el artículo 13 requiere un escrutinio independiente y riguroso de la solicitud para esclarecer si existen razones para temer un verdadero riesgo de tratamientos contrarios al artículo 3 y la posibilidad de suspender la ejecución de la medida impuesta (...)”⁶³⁶

En el asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia⁶³⁷ el demandante, tras haber pasado previamente por Grecia, llega a Bélgica donde solicita asilo. Por parte del gobierno belga y en aplicación del Convenio de Dublín, se interesa de las autoridades griegas que se hagan cargo de la petición de asilo. El solicitante a la vista del informe que consta en el procedimiento de asilo instado ante Bélgica (se trata de un informe del ACNUR en el

⁶³⁶ STEDH de 11 de julio del 2000, párrafos 49 y 50.

⁶³⁷ STEDH (Gran Sala) de 21 de enero del 2011.

que se denuncian tanto los errores detectados en el procedimiento de asilo en la legislación griega como las pésimas condiciones de acogida en este país) en el que se recomienda la suspensión de los traslados de solicitantes de asilo a Grecia, interpone un recurso contra dicho traslado, alegando “la escasa probabilidad de que se demanda de asilo fuera en realidad examinada y las deplorables condiciones de detención y acogida de los solicitantes de asilo en Grecia”. El gobierno belga, no obstante tal informe, deniega el recurso y procede a llevar a cabo su traslado. Una vez en Grecia, la demanda de asilo fue denegada. Pues bien el TEDH, en cuanto a lo que debe entenderse por derecho a un recurso efectivo, declara que

“El Tribunal ha dicho en numerosas ocasiones que el artículo 13 del Convenio garantiza la existencia en la legislación interna de un recurso que permita beneficiarse de los derechos y libertades consagrados en el Convenio (...) El alcance que la obligación del artículo 13 impone a los Estados contratante varía dependiendo de la naturaleza de la queja del demandante. Sin embargo el recurso exigido por el artículo 13 debe ser eficaz tanto de hecho como de derecho (...), párrafo 288.

(...) Para ser efectivo (...), debe serlo en la práctica y serlo también desde el punto de vista legal, en concreto en el sentido de que su ejercicio no se vea dificultado de forma injustificada por hechos u omisiones de las autoridades del Estado en cuestión (...), párrafo 290.

(...) Finalmente, considerando la importancia que el Tribunal concede al artículo 3 y al carácter irreversible del daño susceptible de causar, en caso de confirmación del riesgo de tortura o malos tratos, la efectividad de un recurso en el sentido del artículo 13 reclama de manera imperativa un control exhaustivo de la autoridad nacional, un examen independiente y riguroso de cualquier queja en cuyos términos existan motivos para creer que existe un riesgo de trato contrario al artículo, así como una celeridad particular; requiere así mismo que los interesados dispongan de un derecho suspensivo de pleno derecho(...), párrafo 293.

Aplicando tales criterios al caso concreto concluye que el demandante ha planteado una queja defendible en tanto en cuanto su devolución a Afganistán conllevaría una situación de riesgo real para su integridad y que al no haberse practicado un examen minucioso de su solicitud, el gobierno griego no ha respetado su derecho a

un recurso efectivo, declarando por unanimidad que ha habido violación por parte de Grecia del artículo 13 del CEDH en relación con el artículo 3 “respecto a los defectos del procedimiento de asilo en relación al demandante y del riesgo de expulsión a Afganistán sin un examen serio del fundamento de su petición de asilo y sin acceso a un recurso efectivo” y al mismo tiempo también declara la violación por parte del Bélgica del artículo 13 en relación con el 3 del CEDH.

Y por último, señalar dos Sentencias más en cuanto a que el recurso efectivo debe tener efectos suspensivos: caso Labsi contra Eslovaquia⁶³⁸ y en el caso Yoh- Ekate Mwanje contra Bélgica⁶³⁹.

En el primero, el solicitante de asilo, de nacionalidad argelina fue expulsado a su país de origen a pesar de que constaba en el procedimiento de asilo, la existencia de riesgos reales de ser sometido a malos tratos si era devuelto a Argelia. Aunque existía la posibilidad de recurrir la decisión final de la negativa a conceder asilo y la consiguiente expulsión; sin embargo, este recurso no solo no tenía efectos suspensivos sino que tampoco se le dio oportunidad al interesado de recurrir toda vez que fue expulsado al día siguiente de haberle notificado la sentencia y es por ello que el Tribunal entiende que se ha producido una violación del artículo 13.

Y en el segundo, indica el Tribunal que “la importancia que se atribuye al artículo 3 del CEDH y la irreversibilidad del daño causado en caso de materialización del riesgo de tortura o malos tratos, la eficacia de una apelación en el sentido del artículo 13 requiere una revisión independiente de cualquier queja (...) y el órgano competente debe examinar el contenido de la queja y proporcionar un remedio adecuado (...), párrafo 105.

En definitiva, para que pueda entenderse que el derecho a un recurso es efectivo debe incluir por un lado, suficientes garantías procesales y tiempo adecuado para interponerlo y por otro lado, si el mismo es defendible porque esté amparado en hechos demostrables que no carezcan manifiestamente de fundamento, en el sentido de que

⁶³⁸ STEDH, Sección 3ª, de 15 de mayo del 2012.

⁶³⁹ STEDH, Sección 2ª, de 20 de diciembre del 2011.

existan razones fundadas para temer un riesgo real de trato contrario al artículo 3 del CEDH, debe tener igualmente un efecto suspensivo, excepto para casos muy limitados, como por ejemplo cuando exista “un comportamiento claramente abusivo por parte del solicitante o, cuando la solicitud sea manifiestamente *infundada*, la aplicación automática de los efectos suspensivos podría ser retirada”⁶⁴⁰.

D. El incumplimiento de la legislación española en cuanto al efecto suspensivo del recurso: la STEDH de 22 de abril del 2014

Examinemos ahora, a la vista de lo expuesto, si la legislación nacional ofrece a los solicitantes de asilo el derecho a un recurso efectivo conforme a las exigencias requeridas tanto por la legislación comunitaria como por la jurisprudencia del TEDH.

Nuestra Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, contempla la posibilidad, como ya hemos visto, de interponer un recurso judicial contra la denegación de dicha protección internacional, dentro de un plazo lo suficientemente amplio -dos meses- para afirmar que el mismo no hace imposible o muy difícil su interposición. La autoridad que revisará el recurso es una autoridad judicial distinta a la autoridad administrativa que ha resuelto sobre la petición de protección internacional y además entrará a conocer tanto la forma como el fondo del asunto, teniendo la capacidad, por tanto, de anular la resoluciones dictadas en esa instancia, si considera que no son conformes a derecho y conceder la protección interesada si se hubiera denegado sin motivación.

También podrá conocer sobre la procedencia o no, de ejecutar la resolución que se recurre, es decir, sobre la posible suspensión de los efectos de dicha resolución. Conforme al artículo 29 de la Ley 12/2009 en relación con el artículo 135 del la LJCA, la interposición del recurso tiene efecto suspensivo hasta tanto en cuanto se resuelva la suspensión de la ejecución del acto administrativo. Ahora bien, si el órgano judicial decidiera no haber lugar a dicha suspensión, la pendencia del recurso contencioso *per se* no tiene efecto suspensivo y por tanto hemos de plantearnos si dicho sistema es

⁶⁴⁰ “Observaciones preliminares del ACNUR acerca de la propuesta de la Comisión Europea para una Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos de concesión o retirada del estatuto de refugiado (Documento del Consejo 14203/04, Asilo 64, del 9 de noviembre de 2004)”, 10 de febrero del 2005, pág. 51, recurso electrónico disponible en www.unhcr.org/refworld, fecha de la consulta, 4 de agosto del 2015.

suficiente y acorde a las exigencias examinadas para determinar si efectivamente se trata de un recurso efectivo.

A priori, podríamos contestar afirmativamente habida cuenta de que existen resoluciones judiciales, como hemos puesto de manifiesto, que acceden a la suspensión en los supuestos de existencia de riesgo para la integridad o la libertad del solicitante de protección internacional. Sin embargo, y en el supuesto de que no se acceda a la suspensión cautelar, la propia interposición del recurso contencioso y la pendencia del mismo, no tienen efectos suspensivos. Recientemente España ha sido condenada por el TEDH por violación del artículo 13 del CEDH, en sentencia 22 de abril del 2014⁶⁴¹. Analicemos dicha Sentencia a fin de dar una resolución definitiva a la cuestión planteada.

Esta Sentencia trae su origen en la acumulación de una treintena de demandas que se corresponden, a su vez, a otras tantas solicitudes de protección internacional y consecuentemente, su denegación. Los demandantes, 30 extranjeros de origen saharauí, con ocasión de los hechos acaecidos en un campamento, situado en territorio del Sáhara occidental, entre los días 10 de octubre y 8 de noviembre, momento en el que estallaron enfrentamientos con las fuerzas de seguridad marroquíes al producirse el desmantelamiento de dicho campamento; fueron objeto de malos tratos, detenciones arbitrarias, torturas y no solo ellos sino que en algunos casos, también sufrieron hostigamientos sus familias e incluso algunas mujeres fueron víctimas de violaciones sexuales. El relato de los hechos que motivaron las distintas solicitudes de protección internacional es similar, constando que algunos de ellos eran reconocidos activistas o lo era algún familiar, que luchaban a favor del reconocimiento de la autodeterminación del pueblo saharauí.

Pues bien, estas personas llegaron en distintas fechas, a las costas de Fuerteventura y todos ellos solicitaron protección internacional, siendo denegadas sus peticiones al considerar la Administración que estaban basadas en “alegaciones contradictorias e insuficientes siendo sus exposiciones de hechos vagas e imprecisas respecto de los motivos que dan origen a la alegada persecución”, párrafo 41. Los

⁶⁴¹ Asunto A.C y otros contra España.

demandantes solicitaron el reexamen y aportaron nuevas informaciones, emitiéndose informe por parte del ACNUR, favorable a la admisión de las solicitudes, haciendo constar expresamente que “los motivos invocados y las informaciones aportadas por los demandantes eran coherentes y aportaban suficientes indicios para justificar la admisibilidad”, párrafo 42.

No obstante tal informe, el Ministerio del Interior confirmó las decisiones siendo recurridas judicialmente en un primer momento por trece de los demandantes, solicitando la suspensión cautelarísima de la ejecución de la medida de expulsión, conforme al artículo 135 de la LJCA. Posteriormente el resto de los demandantes interpusieron también el recurso contencioso.

Pese a que en un primer momento se suspendió la ejecución de la expulsión, sin embargo, en el trámite del incidente cautelar ordinario, la Audiencia Nacional denegó la suspensión al entender que “los motivos formulados en apoyo de sus recursos no permitían concluir ni la existencia en sus alegaciones, de una situación de urgencia especial susceptible de justificar una suspensión de toda expulsión del territorio nacional, ni la pérdida de eficacia del procedimiento en cuanto al fondo, en caso de ejecución de las medidas de expulsión”, párrafo 44.

Ante esta situación y la inminencia de su expulsión a Marruecos, los demandantes instaron el amparo del TEDH, solicitando que se mantuviera su permanencia en territorio español habida cuenta de que se sentían amenazados y temían que pudieran sufrir represalias si eran devueltos al país de procedencia y exponían que durante el desmantelamiento del campamento ya sufrieron malos tratos por parte de las autoridades marroquíes por motivo de su origen saharauí.

El fundamento jurídico de los interesados se concretaba en que la posibilidad de suspensión de la medida de expulsión solo se contemplaba en el ordenamiento español de forma temporal y limitada a la propia solicitud de medidas cautelares y no hasta la decisión final sobre el procedimiento principal. Por tanto, consideraban que esa posibilidad de suspensión tal cuál se contempla en la legislación española, no era suficiente para dar respuesta a las exigencias del artículo 13 del CEDH, y particularmente cuando se tratan de asuntos tan complejos, como el que nos ocupa, ya que se “resuelven en unos plazos muy breves, sin que los hechos estén claramente

establecidos y sin la comparecencia de las partes”, párrafos 78 y 79. En conclusión, estiman que ha habido violación del artículo 13 del Convenio en relación con el artículo 3, ante la existencia real del grave riesgo de sufrir torturas, malos tratos y detenciones arbitrarias, si eran devueltos a Marruecos, párrafo 80.

El Tribunal en los párrafos 81 a 89 recoge la jurisprudencia consagrada respecto de lo que debe entenderse por derecho a un recurso efectivo que implica unas exigencias en términos de “accesibilidad, calidad, rapidez y de efecto suspensivo, habida cuenta especialmente, de la importancia que el TEDH concede al artículo 3 y de la naturaleza irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de consumación del riesgo de tortura o malos tratos”, y ello a pesar de que los Estados puedan gozar de un “cierto margen de valoración en cuanto a la manera de someterse a las obligaciones que les impone el artículo 13 del Convenio”. Además, la efectividad de un recurso requiere el “examen independiente y riguroso de toda queja que por su planteamiento dé motivos para creer en la existencia de un riesgo de trato contrario al artículo 3 del CEDH”.

Trasladando dichas apreciaciones al caso concreto, el TEDH concluye que la legislación española no ofrece ni dispone de un recurso con garantías efectivas que proteja a los demandantes contra una expulsión arbitraria directa o indirecta a su país de origen, en cuanto que asimismo, los recursos de los demandantes sobre el fondo del asunto se encuentran pendientes de ser resueltos ante la jurisdicción nacional. Por tanto, por un lado, indica al Gobierno español que en interés del buen desarrollo del procedimiento, no proceda a expulsar a los extranjeros en tanto en cuanto la Sentencia del TEDH no adquiera firmeza, debiendo garantizar la permanencia de los demandantes en territorio español durante el examen de sus recursos y hasta que no haya decisión definitiva en cuanto a las solicitudes de protección internacional. Y por otro lado, declara que ha habido violación del artículo 13 del Convenio en relación con los artículos 2 y 3.

A fecha actual, y en cuanto llega al conocimiento de esta parte, la Audiencia Nacional ha confirmado la inadmisión a trámite de las solicitudes de protección internacional si bien, al menos, ocho demandantes han interpuesto recurso de casación con resultado favorable en cuanto que dichas solicitudes de protección internacional

debían haberse admitido y se encuentran pendientes de resolver sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la concesión o no de dicha protección.

¿Qué conclusiones podemos extraer?

A nuestro modo de ver, entendemos que la regulación existente en la legislación española en lo relativo a la interposición de recursos contra la denegación o inadmisión a trámite de una petición de protección internacional así como el régimen de suspensión de los efectos de las resoluciones administrativas recurridas, no cumple con las exigencias que conforme a la doctrina del TEDH, debe caracterizar el derecho a un recurso efectivo. Efectivamente, nuestros tribunales no vienen obligados legalmente a suspender de forma automática los efectos de las denegaciones o inadmisiones a trámite sino que tendrán un amplio margen de valoración para acordar o no de forma definitiva, y en tanto en cuanto, se encuentre pendiente el recurso sobre el fondo del asunto, la suspensión de la devolución, retorno o expulsión de los demandantes de protección internacional. No obstante, y a la vista de la jurisprudencia examinada, deberían, en todo caso, acordar tal suspensión ante circunstancias de especial urgencia y siempre que constaran, al menos de forma indiciaria, elementos o motivos suficientes de que su vida, integridad física o libertad pueda verse amenazada. Argumentos para ello no les faltaría: la propia jurisprudencia del TEDH y especialmente la Sentencia analizada y ello dado el carácter vinculante de dicha jurisprudencia para todos los Estados miembros de la UE. Considero que de otra forma y habida cuenta de que no existen visos de modificación de la legislación interna en tal sentido, esta sería la vía más apropiada para otorgar a los solicitantes de asilo un derecho fundamental como es el derecho a un recurso efectivo. En caso contrario, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva de estas personas seguirían seriamente amenazados⁶⁴².

⁶⁴² Junto con España, “Austria, Suecia, Estonia y Grecia no disponen de un recurso con efecto suspensivo. Otros nueve Estados, como Holanda e Italia prevén el efecto suspensivo en alguna de sus instancias, mientras que otros catorce Estados, entre los que se encuentra Portugal contemplan en efecto suspensivo en todas sus instancias”. A. SOLANES CORELLA, “Avances y retrocesos del derecho de asilo en España”, en *Políticas migratorias, Asilo y Derechos Humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 327. Datos extraídos del CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 48º periodo de sesiones de 30 de abril a 18 de mayo de 2102, pág. 4.

3.4. Derecho a la libertad

Otro de los aspectos a tratar es el concerniente a la situación en la que se encuentran los demandantes de protección internacional en frontera y su posible repercusión, relevancia o trascendencia en otro derecho fundamental como es el derecho a la libertad.

El artículo 22 de la Ley 12/2009 establece que “en todo caso, durante la tramitación de la petición de reexamen y el recurso de reposición (...) así como en los supuestos en los que se solicite la adopción de las medidas a las que se refiere el apartado segundo del artículo 29, la persona solicitante de asilo permanecerá en las dependencias habilitadas a tal efecto”.

La original Ley reguladora del derecho de asilo, Ley 5/84, antes de su modificación por Ley 9/94, en su artículo 4 apartado segundo, relativo a las solicitudes de asilo en frontera, contemplaba la admisión provisional del extranjero en territorio nacional sin perjuicio de la posterior resolución sobre su petición con los efectos derivados de la misma. Sin embargo, tras la entrada de España en la Unión Europea, la aprobación del primer Convenio de Dublín en 1990 y en definitiva el interés a nivel europeo de armonizar las legislaciones nacionales sobre la materia, que no tiene otro propósito que el de frenar la llegada de inmigrantes a nuestras fronteras y cuyo original motivo lo podemos encontrar en el *aumento de solicitudes de asilo a las que comenzaron a enfrentarse algunos Estados miembros desde finales de los años 80*⁶⁴³, e impedir el uso del asilo con fines estrictamente migratorios, se procede a reformar la Ley del 84.

En cuanto a lo que nos interesa, la Ley del 94 introduce una fase previa en el examen de las solicitudes presentadas en frontera que como señala la Exposición de motivos, permite “la denegación de forma rápida de aquellas peticiones que sean abusivas o manifiestamente infundadas, así como aquellas cuyo examen no le corresponda a España o en que exista otro Estado en condiciones de prestar la protección (...). La entrada en territorio español (...) quedará, pues, condicionada a la

⁶⁴³ J.MONAR, “El camino de la Unión Europea hacia un sistema común de asilo: progresos, déficits y perspectivas futuras”, en *Asilo, inmigración y cruce de fronteras*, Universidad Antonio de Nebrija, Dirección General de la Policía, Comisaría General de Extranjería y Documentación y Ministerio del Interior, Madrid, 2001, pág 57.

admisión a trámite de la solicitud (...). La adopción de tal medida encuentra su fundamento en (...) “el número creciente de solicitudes, en su mayoría, de inmigrantes económicos (...) convirtiéndose en la práctica, en la principal vía de inmigración irregular hacia nuestro país (...).”

Ello supuso la regulación de un *procedimiento fronterizo*, que aunque pretendía estar revestido de todas las garantías jurídicas para el solicitante, al introducir la posibilidad de ser asistido por letrado, el derecho a presentar un reexamen contra la primera denegación y en su caso, un recurso contencioso ante el órgano judicial; no obstante, tuvo la consecuencia de que el solicitante de asilo debía permanecer durante todo el periodo de tiempo, que en todo caso no podía exceder de siete días (artículo 21.2 del RD 203 /1995), en las dependencias fronterizas.

Tal modificación provocó la presentación de demandas de *habeas corpus*, al considerar que la permanencia en dependencias fronterizas de los solicitantes de asilo durante el tiempo en el que se resolvía la admisión o no a trámite de su petición, superior a 72 horas, atentaba contra su derecho fundamental a la libertad, al considerar que se encontraban detenidos de forma arbitraria. La mayoría de esas demandas, algunas incluso llegaron al amparo constitucional, fueron rechazadas. El Tribunal Constitucional, a través de distintas Sentencias⁶⁴⁴, consideró que la situación de permanencia en el puesto fronterizo, superando el límite de las 72 horas previsto para las detenciones en materia penal, aunque pueda ser considerada como privación de libertad no por ello vulnera el derecho a la libertad tal y como se contempla en el artículo 17 de nuestra Constitución, toda vez que la misma encuentra amparo legal:

“En relación con la vulneración del derecho a la libertad alegada, lo que el recurrente considera lesivo de este derecho fundamental es que, una vez le fue denegada su petición de reexamen de su solicitud de asilo, permaneció en la zona de tránsito del aeropuerto bajo la custodia de la policía más de setenta y dos horas. De ahí que la primera cuestión que ahora se nos plantea es la de determinar si el límite de setenta y dos horas que establece el artículo 17.2 de la Ce, es aplicable al tiempo que permanece un extranjero custodiado por la policía mientras que se procede a su expulsión por carecer de los requisitos legales para entrar en España.

⁶⁴⁴ Entre otras, SSTC 174/99 de 27 de septiembre y 179/2000 de 26 de junio.

Al respecto, lo que debe señalarse es que la referida situación debe ser considerada como una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país (...) impida considerar que no existe dicha privación de libertad, pues con independencia de que exista la posibilidad de abandonar voluntariamente el país, y al margen también de que los extranjeros carezcan del derecho fundamental al circular libremente por España, al no conllevar el derecho a la libertad, el derecho a entrar en territorio nacional (...), lo que conlleva es una limitación de su libertad deambulatoria que determina una privación de libertad.

Ahora bien el hecho de que pueda considerarse que en tales casos existe una privación de libertad no significa que necesariamente le resulten de aplicación las garantías que establece el artículo 17.2 y.3 (...). Uno de los supuestos en los que puede existir una privación de libertad distinta de la detención preventiva (...) es aquel en que la ejecución de un acto administrativo conlleva adoptar medidas de compulsión personal que determinen una privación de libertad (...)

En el caso que ahora enjuiciamos nos encontramos también ante un supuesto en el que la privación de libertad que ha padecido el recurrente tiene como objeto garantizar la ejecución del acto administrativo por el que se le deniega la petición de asilo ya que ese acto determina en este caso, el rechazo del extranjero en frontera cuando, como aquí ocurre, el solicitante no reúne los requisitos exigidos para entrar en España. Esta privación de libertad tiene por tanto, una finalidad lícita: la de impedir la entrada ilegal en España de un extranjero, supuesto expresamente previsto en el artículo 5.1 f) del CEDH (...). Ahora bien, para que esta privación de libertad respete el derecho fundamental que consagra el artículo 17 de la Ce es preciso que tenga una duración acorde con el principio de limitación temporal que (...) no es necesario que respete el plazo máximo de 72 horas (...), no puede sin embargo durar más que el tiempo que requiera adoptar las medidas necesarias para ejecutar este acto administrativo, lo que determina que no pueda tener una duración mayor que la estrictamente necesaria para proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia, ni tampoco tener una duración que en sí misma pueda considerarse que es muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto (...)⁶⁴⁵

⁶⁴⁵ STC 179/2000, Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero.

3.4.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002

El Defensor del Pueblo en agosto de 1994, interpone recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único, apartado 8 de la Ley 9 /1994 que modifica la redacción del artículo 5, apartado 7, párrafo 3 de la Ley 5/84, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, entendiéndose que con dicha modificación se produce una violación del derecho a la libertad personal de los solicitantes de asilo, al obligarles a permanecer en el puesto fronterizo durante la tramitación de la petición del asilo; y contra el rango de la Ley recurrida. Este recurso fue resuelto por Sentencia 53/2002, de 27 de febrero⁶⁴⁶, eso es, ¡ocho años después de su interposición!

Entiende el Defensor del Pueblo que la *retención en frontera* del peticionario de asilo constituye indudablemente una privación de libertad puesto “que tiene limitados sus movimientos al no poder salir de las dependencias dispuestas a tal fin, lo que resulta del empleo de la expresión *permanecerá*” y, por tanto, deben aplicarse las garantías del artículo 17 de la CE. En cuanto a la posible voluntariedad del extranjero de permanecer en frontera considera que no existe “si las opciones que la ley le ofrece (...) son, o quedarse detenido en la frontera a la espera de la oportuna resolución sobre la admisión de su petición de asilo, o renuncia al legítimo ejercicio de su derecho de asilo (...)”. Continúa argumentando el Defensor del Pueblo que tal privación de libertad, *pese a responder a fines legítimos*, “es contraria al artículo 17 al no respetar los límites temporales fijados en dicho precepto a la detención gubernativa y al no prever las debidas garantías judiciales, lo que se agrava por el hecho de que el solicitante de asilo pueda permanecer hasta siete días, situación esta que puede prorrogarse hasta que se ejecute su expulsión, sin determinar el tiempo en que esta haya de producirse.

Y por último y habida cuenta de que la modificación producida afecta a un derecho fundamental, tal supuesto de privación de libertad *debería revestir la forma de Ley Orgánica*⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 27 de febrero del 2002.

⁶⁴⁷ STC 53/2002, Antecedentes de hecho, primero a tercero.

El Tribunal como ya sabemos, desestima el recurso y declara la constitucionalidad del precepto impugnado. Sin embargo, se hace necesario hacer un examen de los argumentos realizados a fin de ponerlos en conexión con la jurisprudencia del TEDH sobre la materia.

Como ya pusimos de manifiesto en el capítulo segundo de este trabajo, los extranjeros no disponen del derecho fundamental a entrar en España, derecho que no obstante podrán ejercer, si cumplen con los requisitos exigidos legalmente para ello. Partiendo de tal premisa, el TC estima que el solicitante de asilo

“en cuanto extranjero, tampoco tiene tal derecho; sin embargo, y de forma excepcional, puede entrar en España (supuesto que la permanencia en las dependencias adecuadas del puesto fronterizo pueda considerarse tal)⁶⁴⁸, “si bien de forma limitada y provisional mientras sobre la petición de asilo recae una primera resolución a admisión a trámite (...) El amparo o protección del Estado español se cifra, en la permanencia del extranjero en el puesto fronterizo (...). Fuera de estas condiciones el solicitante de asilo en frontera carece de todo derecho, ni constitucional ni legal, a entrar o circular por España (...)”.

Ahora bien, dicha permanencia en frontera ¿supone una privación de libertad?

El Tribunal Constitucional afirma que los solicitantes de asilo disfrutan del derecho a la libertad a pesar de que tal derecho no es absoluto toda vez que puede ser limitado *en los casos y formas prevenidos por la Ley*. Resulta evidente que en tanto en cuanto los solicitantes de asilo tienen restringida su libertad de movimientos, se encuentran privados de libertad⁶⁴⁹, habida cuenta de que no pueden entrar en España- cual sería su intención- aunque puedan permanecer en el puesto fronterizo, hasta que se resuelva la admisión a trámite de la solicitud de asilo porque no cumple con los requisitos de entrada ni tampoco puede volver a su país de origen por razones obvias (la

⁶⁴⁸ La interpretación que debe hacerse por tanto es que las zonas internacionales tienen la consideración del territorio español tal y como el propio Tribunal afirmó en ATC 155/1996 de 6 de marzo, Sección Segunda: “De la anterior afirmación no cabe, sin embargo, deducir que la llamada zona internacional del aeropuerto, donde se encontraban los demandantes, no sea territorio español. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española”

⁶⁴⁹ Del mismo modo se pronuncia P. REQUEJO RODRÍGUEZ “Los supuestos en los que puede proceder el internamiento de extranjeros” en *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 88.

motivación de su petición viene determinada por el hecho de la existencia de fundados temores de que su vida o libertad corre peligro en tal país), y ello a pesar del criterio que mantiene el Tribunal de que el extranjero en estos supuestos es libre y nada impide “que abandone el lugar de espera-dependencias fronterizas-, cuando lo considere conveniente, aunque no, por supuesto, para entrar incondicionalmente en España”⁶⁵⁰. Criterio que con todo el respeto que nos merece este Alto Tribunal, no compartimos porque el extranjero solicitante de asilo se encuentra avocado obligatoriamente a permanecer en las dependencias fronterizas hasta que al menos se resuelva sobre la admisión a trámite de su petición de asilo, en aplicación, además del principio de no devolución, principio que configura principalmente el derecho de asilo..

En todo caso y aunque el Tribunal mantenga en ese supuesto, que tal restricción de libertad sea *voluntariamente aceptada*, tal voluntariedad no es determinante a la hora de identificar una privación de libertad⁶⁵¹. En este sentido también se pronuncia VILLAVERDE MENÉNDEZ, al señalar que “es irrelevante que el afectado acepte voluntariamente la restricción de su libertad deambulatoria. Lo constitucionalmente decisivo es que el Estado puede imponer coactivamente la restricción a la libertad de movimientos de una persona al margen de que ésta la acepte voluntariamente o no”⁶⁵².

Con independencia o no de la existencia de dicha *voluntariedad*, con las precisiones señaladas, y partiendo de que el Tribunal en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia que estamos examinando, parece que acepta tal restricción de libertad, procede a examinar en los Fundamentos siguientes si efectivamente el artículo

⁶⁵⁰ STC 53/2002, Fundamento Jurídico Cuarto.

⁶⁵¹ Así en Sentencia del Pleno del TC 341/1993 de 18 de noviembre, se afirma que “(...) la libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o las órdenes dictadas en su virtud. No cabe pues hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del artículo 17.1 de la Ce cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención y, bien claro está que si éste del acatamiento fuera el criterio para reconocer o no una situación de privación de libertad perderían toda objetividad las garantías el artículo 17 y se concluiría en hacer de peor condición a la persona que acata la orden que aquella otra que la desatiende o resiste. Una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte (...)”.

⁶⁵² I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, en “El régimen jurídico constitucional de la detención e internamiento de extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado” en *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, coord. M. PRESNO LINERA, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 174. Citado por P. REQUEJO RODÍRIGUEZ, en *El internamiento de extranjeros*, cit. pág 91.

5.7.3 de la Ley reguladora del derecho de asilo, excede o no de los límites que contempla el artículo 17 de la Ce.

En primer lugar señala que la privación de libertad a la que se encuentra sometido el solicitante de asilo, no puede ser considerada detención a los efectos del artículo 17 de la CE, toda vez que

“el detenido a que se refiere el artículo 17.2 de la Ce, es en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal y, por lo mismo, el plazo máximo de setenta y dos horas, no es aplicable cuando la privación de libertad sirve a un fin radicalmente distinto, como es la protección de quien se dice perseguido con simultáneo aseguramiento de que la entrada y estancia de los extranjeros en España se hacen con pleno respeto a la ley”.

Sin embargo, mantiene que dicha restricción a su libertad no puede ilimitarse en el tiempo y que no existe ninguna duda de que el artículo 5.7.3 de la Ley 5/84, tras su modificación establece un límite temporal que resulta proporcionado y adecuado al supuesto de petición de asilo. Y así y en cuanto al establecimiento del límite en el tiempo de privación de libertad indica que tal precepto:

“(…) establece con precisión un máximo de permanencia o espera en las *dependencias adecuadas* del puesto fronterizo: cuatro días (y dos días más en el caso de que inadmitida la solicitud de asilo se paralice la expulsión del extranjero mediante una petición de reexamen).

Tampoco hay indeterminación alguna sobre el régimen de la permanencia: impide la libre entrada en España pero no se opone a que el extranjero regrese a su lugar de procedencia o a un tercer Estado ⁶⁵³ (…)

Igualmente y en cuanto a la permanencia en el puesto fronterizo, en realidad, supone una *espera* hasta tanto en cuanto se resuelve su petición de asilo y por tanto, la actuación de la Administración *autorizando* al extranjero a que pueda permanecer en las

⁶⁵³ Sigue manteniendo de alguna forma que el extranjero es libre de marcharse no solo a su país sino también a otro Estado. Consideramos tal posibilidad si bien no completamente impracticable, sí al menos de muy difícil consecución toda vez que igualmente se le someterá al extranjero a cumplir con los requisitos de entrada a tal Estado que si se trata de un Estado miembro de la UE, seguro que tampoco reunirá los requisitos de entrada.

dependencias adecuadas, supone una protección *provisional al que se dice perseguido*, constituyendo una garantía adicional, habida cuenta de que la estancia del extranjero en frontera durante dos días más una vez denegada en un primer momento su petición, y durante el periodo de tiempo en el que se resuelve su solicitud de reexamen, se trata en realidad de una excepción a la regla general de ejecutoriedad de las resoluciones administrativas cuya ejecución hubiera supuesto la salida inmediata del mismo.

En cuanto a la idoneidad y ponderación –proporcionalidad- de la privación de libertad, el Tribunal entiende que “el fin que persigue (...) evita eficazmente que, por vía de protección al perseguido, se eludan las leyes que regulan la entrada, residencia y circulación de los extranjeros en España” y no considera “otra medida menos restrictiva de la libertad (...) que la permanencia o espera de los solicitantes en *dependencias adecuadas* en frontera”, señalando que el plazo de tiempo en el que se debe permanecer en el puesto fronterizo se corresponde con el “tiempo mínimo que requiere la tramitación y resolución fundada de una petición de asilo”.

Y respecto de la proporcionalidad de tal medida indica que,

“(...) el mandato de ponderación exige: en primer lugar, la identificación de un bien o interés de relevancia constitucional al cual sirve la limitación de otro bien constitucional; y en segundo lugar, identificar las condiciones en que un interés constitucional prevalece sobre otro. En cuanto a lo primero, la restricción de libertad del artículo 5.7.3 tiene por fin asegurar el cumplimiento de la legislación sobre entrada de los extranjeros en España, sin que con ello se ponga en riesgo la vida o la integridad de quien se dice perseguido (...). El cumplimiento de la ley- en especial de la legislación de extranjería- es un bien constitucional con asiento en los artículos 10. 1 y 13.1 de la CE(...). Por lo dicho, ninguna duda puede haber de que el respeto a la legislación sobre entrada, estancia y residencia goza de relevancia constitucional (...).

El respeto a la Ley solo permite restricciones limitadas, controladas y ciertas sobre un bien constitucional (la libertad personal) que goza de una posición constitucional preeminente en su doble vertiente de derecho fundamental y valor superior del ordenamiento jurídico. Esta *regla de prevalencia condicionada* entre los bienes constitucionales en concurrencia tiene por lo demás, claro respaldo en el artículo

5.1 f) del CEDH que expresamente contempla como posible causa legal de restricción de la libertad personal el impedimento de la entrada ilegal en el territorio del país (...)"

Por lo tanto, el Tribunal estima que la limitación establecida en la regulación de asilo, es una limitación ponderada porque se trata de una restricción *cierta y limitada*, "tanto en relación con los sujetos afectados como en el tiempo, en el espacio y en el modo (ausencia de régimen penitenciario o disciplinario). Y es también, por último, una limitación de libertad plenamente controlada: ora de forma administrativa como judicial (...)"

3.4.2. Ampliación de plazos de permanencia en puesto fronterizo: ¿conculcación del artículo 17 de la CE o adecuación al criterio del Tribunal Constitucional?

Ahora bien en la actualidad, nos encontramos con una nueva regulación, operada por Ley 12/2009, en la que como hemos podido comprobar se produce un aumento de los plazos de permanencia en el puesto fronterizo de los peticionarios de la protección internacional: cuatro días (hábiles) para la notificación de la inadmisión a trámite o denegación, dos días desde dicha notificación para la presentación del reexamen y otros dos con los que cuenta la Administración para la resolución, frente al anterior plazo de 72 horas para notificar la inadmisión a trámite, (el transcurso de cuatro días sin que se le notifique implicaba la admisión a trámite) que incluía días inhábiles, 24 horas para formular el reexamen y dos días para la resolución.

En todo caso, en la regulación anterior, no podía superar el procedimiento y por ende, la permanencia en dependencias fronterizas, el plazo de siete días. Por el contrario conforme a la Ley/2009, ni si quiera se contempla tal plazo máximo a lo que hemos de añadir una agravante: la posibilidad de que en determinadas circunstancias pueda ampliarse el plazo para notificar la denegación de la solicitud *hasta un máximo de diez días* (artículo 21.3 de la Ley 12/2009).

¿Debemos entender vigente lo manifestado por el TC en cuanto a la constitucionalidad de la privación de libertad ante el aumento de plazos? Si el Tribunal consideró en la Sentencia 53/2002 que el plazo de permanencia en el puesto fronterizo era el adecuado a fin de resolver la petición de asilo, ¿cómo se sustenta ahora la

ampliación de ese plazo? ¿Ha de entenderse también proporcional y necesaria para una correcta resolución de la petición de asilo? Es cierto que tal prolongación de los plazos quizá no pudiera considerarse excesiva (entre ocho y diez días en función de los días inhábiles), a excepción claro está de la ampliación de los diez días en los casos de denegación; sin embargo, ¿realmente había necesidad de alargar los plazos? ¿Cuál es su justificación? ¿Debemos entender que la introducción de esos plazos, sin contabilizar los días inhábiles, venga justificada porque en algunas ocasiones la Administración no actuaba con la debida diligencia y dejaba transcurrir las primeras 72 horas en la admisión o los dos días para la notificación del reexamen⁶⁵⁴?

Nada al respecto se dice en la Exposición de motivos salvo lo relativo a la incorporación a la normativa interna de las distintas Directivas aprobadas sobre la materia. Probablemente la justificación derive de dicha integración de la legislación comunitaria: el artículo 35.4 de la Directiva 2005/85/CE y su correlativo, artículo 43.2 en el texto refundido en la Directiva 2013/32/UE, disponen que “Los Estados miembros garantizarán que se tome una decisión en el marco del procedimiento descrito en el apartado 1-*procedimientoo fronterizo*- dentro de un plazo razonable. Si no se ha tomado una decisión antes del transcurso de cuatro semanas, se concederá al solicitante la entrada al territorio del Estado miembro para que se tramite su solicitud de conformidad con las demás disposiciones de la presente Directiva”.

Entendemos que el legislador español al trasponer y adecuar tal precepto en la Ley 12/2009, en lugar de mantener una interpretación restrictiva en relación al tiempo que el solicitante de protección internacional puede estar privado de libertad, decide, aumentar los plazos habida cuenta de que tal aumento no vulnera la legislación comunitaria, al establecerse, en todo caso, un periodo de tiempo inferior del previsto en la Directiva. Sin embargo, hemos de señalar que cualquier circunstancia que afecte a la libertad personal habrá de corresponderse a una motivación específica y precisa, que explique por qué se hace necesaria tal ampliación por mínima que fuera, entre otras razones porque desde la STC 53/2002 se ha mantenido que el plazo de siete días para

⁶⁵⁴ Son numerosas las Sentencias en las que se procede a la admisión a trámite de la petición de asilo al haber dejado transcurrir la Administración el tiempo para la notificación de las resoluciones o por una notificación extemporánea, a modo de ejemplo: SSTS, Sección Quinta de 5 de diciembre del 2007 y 30 de junio del 2006; SS de la Audiencia Nacional, Sección Octava de 12 de enero del 2005, de 17 de junio del 2003, de 22 de octubre del 2002, de 26 de junio del 2001; de la Sección Primera, de 15 de junio del 2005.

resolver la petición de asilo en frontera y por ende su privación de libertad, es el máximo que se ha considerado adecuado y proporcional, en tanto en cuanto, cumple con las previsiones del artículo 17 de la CE.

Hasta aquí, la situación de los solicitantes de asilo y/o protección internacional durante el procedimiento administrativo de inadmisión o denegación pero ¿en qué posición se encuentran los extranjeros que ven rechazada su petición? En este caso, o bien aguarda a la ejecución del acto administrativo o bien, interpone recurso contencioso-administrativo. En ambos casos, no solo su situación de privación de libertad se alargaría aún más sino que tampoco se prevé la intervención de la autoridad judicial para legitimar la misma. El TC en la Sentencia 53/2002, nada dice en cuanto a tal prolongación a excepción de que considera que la interposición de este recurso constituye *una tutela judicial reforzada* (Fundamento Jurídico Undécimo)⁶⁵⁵. Sin embargo y con independencia de tal apreciación, lo cierto es que, conforme al artículo 29 de la Ley 12/2009 en relación con el 135 de la LJCA, el periodo de tiempo que los extranjeros pueden estar privados de libertad se prolongaría, al menos, durante cinco días más.

Ahora bien, si después de haber interpuesto tal recurso contencioso, se denegara la suspensión, en principio, la ejecución de la devolución, retorno o expulsión, debería ser inmediata, pero existe la posibilidad de que pueden surgir demoras en cuyo caso, entendemos, que en estos supuestos, debería comenzar a contabilizarse el periodo de 72 horas durante el cual el extranjero puede estar detenido por la autoridad gubernativa, y en el caso de que no se ejecutara tal acto en ese plazo, debería intervenir la autoridad judicial competente a fin de determinar la procedencia o no del mantenimiento de la

⁶⁵⁵ Resulta de gran importancia el Voto particular que formula el Magistrado Sr. Cachón Villar en el sentido de que a pesar de la supuesta *tutela judicial reforzada*, lo cierto es que el precepto cuestionado, en tanto en cuanto nada prevé respecto de una posible intervención judicial o en el caso de que se suspendiera la ejecución del acto por la interposición del recurso contencioso, en relación a si el solicitante de asilo, debe continuar en las dependencias fronterizas y el periodo (que entiende indeterminado), podría ser inconstitucional. Por ello, considera necesario que “para afirmar la constitucionalidad del precepto cuestionado-artículo 5.7.3 de la Ley 5/84-, a) en primer lugar, integrarlo entre otros preceptos con las previsiones del artículo 21.2 de la Ley; b), en segundo lugar, y respecto de las situaciones generadas por la aplicación de este último precepto, hacer una interpretación conforme, en la que se incluyese la referencia a la normativa reglamentaria vigente que lo desarrolla(...)”. No obstante ello y conforme a la regulación actual, ese periodo, entendemos que si bien, no se adecúa al principio de *favor libertatis*, al menos queda condicionado a que por parte del órgano jurisdiccional se pronuncie en el plazo de dos días, sobre la medida cautelarísima y en el plazo de tres días más, sobre la medida cautelar ordinaria que en el caso de ser favorable a la suspensión de la ejecución de los efectos del acto administrativo, conllevaría la entrada en territorio nacional.

privación de libertad, el lugar donde deba permanecer (bien en el puesto fronterizo, bien en un Centro de internamiento) y el plazo máximo. Es decir, se debería actuar conforme si se tratara de un rechazo en frontera, una devolución o una expulsión y de acuerdo a lo establecido en la Ley y con el respeto a las garantías y derechos que asisten a los extranjeros en estas situaciones⁶⁵⁶ y ello con la finalidad de evitar que se produzca una vulneración del contenido del artículo 17.1 en relación con el 17.3 de la CE, es decir, una prórroga de privación de libertad que entendemos, no encontraría amparo legal.

En consecuencia, “el incremento de los plazos no hace más que incidir en la desproporción de la medida, máxime cuando uno de los argumentos básicos de la tesis del TC, mantenida en STC 53/2002, era la posibilidad de la entrada en territorio nacional cuando existía una discrepancia entre el ACNUR y la Administración. (...). Por lo tanto, no estamos ante un procedimiento (la solicitud de asilo en frontera) y una privación de libertad justificada, equitativa y proporcionada (...). Todas estas circunstancias implican que la privación de libertad de los solicitantes de asilo en frontera (...) contraviene el artículo 17.3 de la CE al no ser proporcional ni ponderar justamente los motivos de la misma”⁶⁵⁷

3.4.3. Criterio establecido por la jurisprudencia del TEDH

Ya hemos podido comprobar cómo para la Unión Europea y en lo que nos ocupa, para España y resto de países miembros, el objetivo perseguido respecto de las personas que llegan a nuestras fronteras, es impedir con carácter general, su entrada, incluidas las personas cuyo interés sea obtener la protección internacional. Para conseguir tal

⁶⁵⁶ En este mismo sentido se pronuncia P. REQUEJO RODRÍGUEZ, cit., pág. 99 al señalar que “Pero no solo el plazo de la espera o la ausencia de intervención judicial para salvaguardar los derechos que asisten al extranjero en tan especial situación son susceptibles de crítica. Si después de lo dicho hay algo evidente es que las dependencias de los puestos fronterizos no resultan normalmente las idóneas, por muy adecuadas que deban ser, para una espera de por sí prolongada y cuando no indefinida. Por ello parece aconsejable que esa restricción de libertad ambulatoria que sufre el solicitante de asilo se rodee de cautelas, permitiendo que la espera tenga lugar en unos Centros de internamiento (...). Una solución contraria abundaría en la idea de que en realidad la finalidad principal de la espera no es proteger al refugiado y facilitar la notificación sino impedir su entrada con un internamiento *de facto*, sin garantías, hasta que no se compruebe que cumple con los requisitos legalmente establecidos (...)”. A lo que tenemos que añadir, que el internamiento de los extranjeros supondría ya la intervención de una autoridad judicial que controlaría la situación de privación de libertad y que en el caso de que se prolongara más allá del límite legal, determinaría su libertad.

⁶⁵⁷ J. GALPARSORO, “Una nueva ley para el asilo en tiempos de crisis”, cit., págs. 131 y 132.

propósito se han previsto una serie de normas que van a permitir a los Estados denegar o inadmitir dicha protección internacional, a través de procedimientos acelerados que tienen como principal efecto que el solicitante de dicha protección permanezca en el puesto fronterizo privado de libertad hasta tanto en cuanto se resuelva su petición, y en el caso de que dicha resolución sea negativa, proceder a su devolución o retorno, considerando además tal privación o detención necesaria en aras a evitar su entrada ilegal. Pese a ello, la privación de libertad, para que no sea arbitraria debe cumplir con una serie de requisitos entre ellos que se trate de una detención motivada, proporcionada y cuya duración no se encuentre indeterminada.

El artículo 26 de la Directiva sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional (refundición), establece que “1. Los Estados miembros no mantendrán a una persona internada por la única razón de que sea un solicitante de protección internacional. Los motivos y las condiciones de internamiento y las garantías de los solicitantes internados, serán conformes con la Directiva 2013/33/UE. 2. Cuando se mantenga internado a un solicitante, los Estados miembros velarán por que exista un procedimiento rápido de revisión judicial de conformidad con la Directiva 2013/33/UE”. Y el artículo 43 en su apartado segundo, como ya hemos visto señala que la decisión se deberá tomar antes del trascurso de cuatro semanas y en caso contrario, el solicitante podrá entrar al territorio del Estado miembro.

De cualquier forma, “en el marco del Derecho de la UE, la detención se debe realizar en última instancia y cuando ya se hayan agotado todas las alternativas, salvo que tales alternativas carecieran de efectividad en el caso de que se trate”⁶⁵⁸ y, ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Directiva 2013/33/UE sobre condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición)⁶⁵⁹. No obstante y en el caso de las peticiones en puesto fronterizo, se prevé su privación de libertad o internamiento en los siguientes supuestos: “para decidir en el marco de un procedimiento, sobre el derecho del solicitante a entrar en territorio nacional” (artículo

⁶⁵⁸ “Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración”, Agencia de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Bélgica, 2014, pág 154.

⁶⁵⁹ Artículo 8.1 y .2: “Los Estados miembros no internarán a una persona por la única razón que sea solicitante de protección internacional (...). Cuando ello resulte necesario, sobre la base de una evaluación individual de cada caso, los Estado miembros podrán internar a un solicitante siempre que no se puedan aplicar efectivamente medidas menor coercitivas”

8.3 c); “para preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión y, el Estado miembro puede demostrar sobre la base de criterios objetivos, que, en particular, el interesado ya ha tenido la oportunidad de acceder al procedimiento de asilo” (artículo 8.3 d) y “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (artículo 8.3 f)”. Supuestos que en definitiva, tienen como finalidad paralizar la entrada hasta que se decida sobre la petición de protección internacional o el Estado miembro competente, y en el caso de denegación, ejecutar los efectos de esta: retorno, expulsión o devolución, según proceda, mientras que el solicitante permanece en frontera o en su caso, internado en otros establecimientos, conforme corresponda en el Derecho interno de cada Estado.

Veamos si tales previsiones respetan y son adecuadas al derecho a la libertad personal tal cual viene conformado en el artículo 5 del CEDH, en relación con la restricción que se contempla en su apartado primero f) que establece que la privación de libertad persona se encuentra amparada legalmente y no atenta a este derecho fundamental, en el caso de que se acuerde “para impedir su entrada ilegal en el territorio”. Examinaremos algunas Sentencias del TEDH que consideramos relevantes.

En el asunto Saadi contra el Reino Unido⁶⁶⁰, el Tribunal lleva a cabo una interpretación del artículo 5.1.f) del CEDH, y aunque no olvida la importancia que tiene este derecho fundamental a la libertad frente a *atentados arbitrarios del Estado contra la libertad* individual, considera que la excepción que se contiene se encuentra comprendida en el innegable derecho de los Estados a

“controlar soberanamente la entrada y residencia de los extranjeros en su territorio (...). La facultad para los Estados de internar a los aspirantes a inmigrar al solicitar- por medio de una demanda de asilo o no- la autorización para entrar a un país es un corolario indispensable de este derecho (...)”. Por tanto, “la detención de

⁶⁶⁰ STEDH de 29 de enero del 2008.

inmigrantes potenciales, especialmente de los solicitantes de asilo, puede conciliarse con el artículo 5.1 f)”).

Ahora bien, el Tribunal si bien ampara tal detención para impedir la entrada ilegal de extranjeros, subraya que “tal detención debe conciliarse con la finalidad general del artículo 5, que trata de proteger el derecho a la libertad y de asegurar que nadie pueda ser desprovisto de su libertad de manera arbitraria”. Para que una detención no sea arbitraria indica que la misma no sólo debe estar prevista y ser conforme a la legislación interna, sino que además no puede *existir ningún elemento de mala fe o confusión por parte de las autoridades*, sea adecuada a la finalidad perseguida, y además “debe existir cierto nexo, entre, por un lado, el motivo invocado para justificar la privación de libertad invocada y, por otro, el lugar y régimen de detención”, no pudiendo tener una duración que exceda de lo razonable conforme a la finalidad para la que se ha acordado.

En aplicación de tales criterios, y en el caso que resuelve la Sentencia referida, el Tribunal concluye que la privación de libertad del solicitante de asilo durante siete días mientras se resolvía su petición con la finalidad de evitar que entrara ilegalmente en el país, cumplía con las exigencias a fin de considerarse una libertad acorde al artículo 5.1.f) del CEDH y por tanto no considera que se haya vulnerado tal derecho. Sin embargo sí considera que se ha producido una violación del artículo 5.2⁶⁶¹ en tanto en cuanto se le comunicó su detención y los motivos de la misma tras llevar setenta y seis horas detenido, a través de su representante legal, por lo que entiende que no se cumplió con la obligación de comunicárselo personalmente y “dentro del plazo más breve de tiempo”.

En el Caso Gebremedhin contra Francia⁶⁶², el Tribunal tiene ocasión de pronunciarse sobre qué es lo que ha de considerarse como “un plazo razonable” de duración de privación de libertad. En este supuesto, el solicitante de asilo, de nacionalidad eritrea, alega que permanece privado de libertad en el puesto fronterizo del aeropuerto francés Charles de Gaulle, durante 22 días a pesar que la legislación interna

⁶⁶¹ Artículo 5.2 del CEDH: “Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”.

⁶⁶² STEDH, Sección Segunda, de 26 de abril del 2007.

francesa prevé “el mantenimiento en la zona de espera el tiempo estrictamente necesario para su partida y, si es solicitante de asilo, para el examen que permita determinar si su solicitud no es manifiestamente infundada”, y en todo caso, ese plazo no podrá superar un máximo de 20 días. Sin embargo, su petición de asilo no se cursó sino hasta dos días después de su llegada “porque la Policía de aire y fronteras rehusó en varias ocasiones registrar su solicitud en concepto de asilo y darle entrada a la zona de espera”.

La llegada del solicitante se produjo en fecha 29 de junio del 2005 y el día 6 de julio la Administración ya había acordado la resolución correspondiente mediante la que se procedía a denegar la admisión de la petición de asilo. Y desde el mismo día 7 de julio, ya se sabía que iba a resultar *materialmente imposible organizar su devolución a Eritrea ni a ningún otro país* ya que no tenía documentos de viaje, Eritrea no le reconoció como nacional suyo, por tanto no le expidió salvoconducto; y se desconocía el país de procedencia.

Con independencia de las alegaciones del demandante en cuanto a la fecha de llegada al puesto fronterizo, lo cierto es que no se pudo acreditar que efectivamente tuviera lugar el día 29 de junio y consecuentemente con ello, el Tribunal entiende que habría que comenzar a contabilizar el plazo de privación de libertad desde el día 1 de julio, momento en el que se cursa su petición de asilo, privación de libertad que además fue controlada, confirmada y renovada por un órgano judicial hasta el día vigésimo, momento en el cual fue puesto en libertad y autorizado a entrar en territorio francés. Por lo tanto, el Tribunal considera que no se produjo violación del artículo 5.1 f) del Convenio porque por un lado, su detención, se encontraba amparada en una resolución judicial y por otro, no excedió del máximo legal que la legislación nacional preveía. Tampoco el Tribunal apreció que hubiera habido mala fe por parte del Gobierno en mantener su privación de libertad después de la inadmisión a trámite de su petición de asilo habida cuenta que la misma se justificó en la necesidad de llevar a cabo todas las comprobaciones necesarias a fin de verificar su identidad bien, para proceder a su expulsión a Eritrea o bien a otro tercer país y puesto que ello no pudo llevarse a cabo, se procedió justo en el último día del plazo previsto en la legislación interna, a expedirle un salvoconducto y permitir su entrada al país. Consecuentemente con ello entendió que el plazo que estuvo privado de libertad *no excedió el límite de lo razonable*.

Por el contrario, en el asunto *Amuur contra Francia*⁶⁶³ el Tribunal declara que se ha violado el artículo 5.1 f) del Convenio, considerando que la detención sufrida por el demandante fue arbitraria: afirma que toda privación de libertad exige que se acuerde *con arreglo al procedimiento legalmente establecido*, y por tanto incumbe al Tribunal

“apreciar no solamente la legislación en vigor sino también la calidad de otras normas jurídicas aplicables a los interesados. Tal calidad implica que una ley nacional que autorice una privación de libertad-sobre todo cuando se trata de un solicitante de asilo-sea suficientemente accesible y precisa a fin de evitar todo peligro de arbitrariedad. Estas características revisten una importancia fundamental en el campo de los solicitantes de asilo en los aeropuertos, teniendo en cuenta principalmente la necesidad de conciliar la protección de los derechos fundamentales y los imperativos de la política de emigración de los Estados”.

Por ello y en aplicación de tales exigencias, el Tribunal aprecia que la legislación francesa en vigor que permitió mantener a los solicitantes de asilo durante 20 días privados de libertad sin que se hubiera examinado su petición,

“no constituía una Ley de calidad suficiente en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal: ofrecer una protección adecuada y la seguridad jurídica necesaria para prevenir los atentados arbitrarios de los poderes públicos a los derechos garantizados en el Convenio (...). En el momento de los hechos, ninguno de estos textos permitía al Juez controlar las condiciones de estancia de los extranjeros ni, si hubiera sido necesario, imponer a la administración un límite a la duración del mantenimiento litigioso (...)”.

En el asunto *A.A contra Grecia*⁶⁶⁴, el demandante fue detenido en principio, como consecuencia de su estancia ilegal en el país (que en realidad no fue así porque llegó a las costas de Creta en fecha 7 de mayo si bien fue trasladado a dependencias hospitalarias e, inmediatamente manifestó su intención de pedir asilo) y se inició contra él un procedimiento de expulsión, si bien en el mismo momento de su detención formuló petición de asilo que no fue registrada hasta varios días después. Posteriormente su expulsión fue suspendida y aún así no fue puesto en libertad. La

⁶⁶³ STEDH de 25 de junio de 1996.

⁶⁶⁴ STEDH, Sección Primera de 22 de julio del 2010.

detención se produjo en fecha 10 de mayo, el registro de su solicitud de asilo tuvo lugar el 12 de junio, la decisión de suspender la expulsión se produjo el 30 de julio y su privación de libertad se mantuvo hasta el día 6 de agosto; es decir, estuvo privado de libertad durante prácticamente tres meses. El Gobierno griego argumenta que este es el plazo máximo que contempla su legislación interna a efectos de expulsión.

Sin embargo, el Tribunal declara que se ha producido una violación del artículo 5.1 del Convenio en tanto en cuanto la arbitrariedad de la detención fue evidente: no se acordó conforme a los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia, y así ni fue proporcional al fin perseguido ni existió control judicial y consideró que el tiempo de duración fue excesivo no cumpliendo con el criterio de razonabilidad.

Como podemos observar, el criterio del TEDH a fin de determinar si la privación de libertad es conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos, debe responder a la conjunción de varios elementos: estar justificada para la consecución de un fin (en este caso, impedir la entrada ilegal al territorio del Estado correspondiente), prevista y determinada en la legislación interna, ser proporcional en tanto en cuanto no debe mantenerse más del tiempo razonable, adecuarse al procedimiento específico, en este caso, el procedimiento en frontera y atender al supuesto y a las circunstancias concretas.

En el caso de la Ley 12/2009, si bien la privación de libertad responde a los requisitos de previsión y justificación legal, sin embargo, creemos que no se encuentra lo suficientemente determinada por los motivos recogidos en el apartado anterior: primero, no establece un tiempo máximo de permanencia a diferencia de lo contemplado en la legislación anterior (siete días); segundo, el hecho de interponer el recurso contencioso y en tanto en cuanto no tiene un efecto suspensivo definitivo, prolonga dicha privación de libertad de forma desproporcionada e injustificada y por último, no se prevé una intervención judicial que controle y aprecie la legalidad de dicha prolongación⁶⁶⁵ a lo que habría que añadir el mantenimiento de dicha situación durante el tiempo necesario, en el caso de que, denegada la suspensión del acto que se

⁶⁶⁵ Los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo conocerán sobre el fondo del asunto y, en su caso sobre la procedencia o no de la suspensión, garantizando un acceso adecuado a la tutela judicial efectiva pero no son competentes para decidir sobre la privación de libertad y su adecuación al artículo 17 de la Ce, que entendemos debe corresponder, en lo que nos ocupa, a los Juzgados de Instrucción.

recurre, se prevea para la ejecución de los efectos de la desestimación de la petición de protección internacional.

3.5. Consideración final: el claro retroceso que en materia de protección internacional ha supuesto la Ley 12/2009

Es innegable que en materia de asilo se han producido algunos avances significativos: la introducción del nuevo estatus de protección subsidiaria que contempla situaciones necesitadas de protección y acogimiento internacional, motivadas principalmente por el aumento de conflictos bélicos, y el establecimiento de criterios específicos para dar respuesta diferenciada a situaciones de especial vulnerabilidad. Sin embargo, hemos de afirmar que el retroceso es más que relevante.

La Ley 12/2009, rebaja de forma alarmante el nivel de garantías de los solicitantes de protección internacional en frontera: aumento del margen de discrecionalidad de la Administración en los motivos de denegación, reducción de los motivos de inadmisión lo que se traduce en la dificultad de acceso a un procedimiento ordinario en el que con el tiempo suficiente y en condiciones distintas a las de privación de libertad pueda examinarse con amplitud la petición de protección internacional; falta de acceso a un recurso efectivo que permite una mayor facilidad en el rechazo de las peticiones; la indeterminación del tiempo máximo de privación de libertad en dependencias fronterizas; la incorporación, como causas de denegación, de los supuestos de exclusión de asilo contemplados en la Convención de Ginebra, con las dificultades y el peligro que conlleva que en el procedimiento en frontera pueda denegarse la protección internacional por tales motivos; eliminación del carácter vinculante y suspensivo del informe del ACNUR en relación a la admisión en frontera; la imposibilidad de que un ciudadano de la Unión pueda acogerse a la protección internacional, configurándose como una causa de inadmisión; la pluralidad de procedimientos que a nuestro modo de ver no hace más que crear confusión y es contrario al interés, a nivel comunitario, de conseguir un procedimiento único; y finalmente, la falta de diligencia en el caso de España en cuanto que después del transcurso de seis años desde la aprobación de la Ley no se haya aprobado el

Reglamento de ejecución lo que genera una clara inseguridad jurídica respecto de determinadas previsiones que requieren de un desarrollo reglamentario.

3.6. Breve apunte a la gestión europea de la crisis de los refugiados

Ya hemos puesto de manifiesto que el Sistema Europeo Común de Asilo adolece de deficiencias para gestionar, en situaciones de *normalidad*, eficazmente el procedimiento relativo tanto a la petición de protección internacional como al sistema de acogida de los solicitantes. Obviamente y ante la envergadura de la crisis humanitaria que está sucediéndose, tenemos que afirmar de forma categórica que tal Sistema se ha revelado claramente insuficiente para dar respuesta a esta presión migratoria. Y así lo ha declarado la propia Unión Europea.

Con la finalidad de dar una respuesta inmediata a esta situación así como para llevar a cabo una mejor gestión migratoria en todos los ámbitos y no solo en materia de protección internacional, por parte de la Comisión Europea se ha elaborado una Agenda en la que se contemplan una serie de medidas “que la Unión Europea debe adoptar en este momento, y en los próximos años, para desarrollar un enfoque coherente e integrado que permita aprovechar las ventajas y afrontar los retos que supone la migración”⁶⁶⁶.

La primera parte de la Agenda se dirige a la “necesidad de reaccionar de forma rápida”⁶⁶⁷ ante la tragedia humana que desde hace un tiempo ya se viene sucediendo en el Mediterráneo, actuación que se ha ampliado para hacer frente también a la llegada masiva de personas procedentes principalmente de Siria a través de las fronteras terrestres (ruta de los Balcanes occidentales).

De forma perentoria se prevé, por un lado, la reactivación e incremento de las operaciones conjuntas Tritón y Poseidón de Frontex en dos aspectos, el primero a fin de que amplíe su ámbito geográfico de actuación y apoye a los países miembros cuyas

⁶⁶⁶ COM (2015) 240 final, de 13 de mayo de 2015, “Una agenda europea de migración”, Introducción, pág. 1.

⁶⁶⁷ COM (2015) 240 final, de 13 de mayo de 2015, cit. pág. 4.

fronteras están sometidas a presión migratoria y el segundo, ayudar al rescate de migrantes interceptados en alta mar o cercanos a las costas de estos países. Igualmente, se contemplan el desarrollo de distintas operaciones, en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa, con el objetivo de perseguir y eliminar las redes de inmigración clandestina⁶⁶⁸.

Por otro lado y en lo que nos ocupa, a fin de evitar las situaciones de fuerte presión migratoria que están sufriendo algunos países miembros, se adoptarán decisiones para proceder a reubicar y asentar a los solicitantes de protección internacional, “con vistas a la implantación de un régimen de reubicación obligatorio y de activación automática para distribuir a las personas manifiestamente necesitadas de protección internacional”⁶⁶⁹. En este aspecto, el reasentamiento ofrecido inicialmente (20.000 plazas) y la aportación específica de 50 millones de euros adicionales en el periodo 2015/2016, se ha manifestado totalmente insuficiente. Así y en el marco de actuación de la Agenda Europea de Migración, la Comisión presentó en septiembre del presente año, 2015, un *paquete de propuestas* “con el objetivo de ayudar a responder a la crisis de los refugiados que afecta a los Estados miembros de la UE y países vecinos”⁶⁷⁰. Entre estas propuestas se prevé la reubicación de emergencia de los más de 40.000 refugiados que se encuentran en los territorios de Grecia e Italia⁶⁷¹, aprobándose la Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015⁶⁷², relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional a favor de estos países. Ello supone que con la finalidad de que puedan hacer “frente más

⁶⁶⁸ Se propone “identificar, capturar y destruir” las embarcaciones utilizadas por los traficantes de seres humanos. No consideramos muy eficaz la adopción de tal medida para luchar contra estas redes. En primer lugar, evidentemente porque los países miembros no tienen competencia para actuar de tal forma en el territorio de otros Estados a fin de destruir las embarcaciones en origen. En segundo lugar, si la identificación y captura se realiza en aguas territoriales o en alta mar, se deberá rescatar a los inmigrantes y trasladarlos a tierra a fin de detectar posibles solicitantes de asilo e iniciar los procedimientos previstos para ello. En todo caso, entendemos que tal medida por sí misma, considerada de forma individual, no supone una medida de intimidación suficiente para que los traficantes dejen de construir tales embarcaciones habida cuenta además de los beneficios económicos que les reporta el tráfico de inmigrantes.

⁶⁶⁹ “Una agenda europea de migración”, cit. pág. 5.

⁶⁷⁰ Comunicado de prensa de la Comisión Europea de 9 de septiembre de 2015.

⁶⁷¹ En este Comunicado de Prensa, la Comisión recoge concretamente que en Italia, se encuentran 15.600 personas, en Grecia 50.400 y en Hungría 54.000.

⁶⁷² DOUE de 15 de septiembre.

adecuadamente a una situación de emergencia caracterizada por una afluencia repentina de nacionales de terceros países”⁶⁷³, se prevé la reubicación de estos refugiados que en aplicación del Convenio de Dublín hubieran sido los Estados responsables en conocer sus peticiones de protección internacional. Se trata por tanto de una medida que implica la “excepción temporal a la norma establecida en el artículo 13, apartado 1 del Reglamento (UE), nº 604/2013 del Parlamento y del Consejo.

La “reubicación”, entendida como la “distribución entre los Estados miembros de las personas que necesiten manifiestamente protección internacional” que se aplicará con carácter general, se asentará en “criterios objetivos, verificables y cuantificables y tendrá en cuenta la capacidad de los Estados miembros para absorber e integrar a los refugiados”⁶⁷⁴. Estos criterios tomarán como referencia distintos aspectos: tamaño de la población, el Producto Interior Bruto, número medio de solicitudes y número de refugiados reasentados en el periodo 2010-2014 y la tasa de desempleo. Este mecanismo de reubicación y posterior asentamiento de los refugiados entre los distintos países en función de las cuotas asignadas de forma obligatoria deberá tener carácter permanente con el objetivo de que la UE pueda dar respuesta inmediata y eficaz a la llegada continua y masiva de refugiados a su territorio.

En fecha 23 de septiembre la Comisión emite dos nuevos Comunicados, en los que se recogen las actuaciones llevadas a cabo desde mayo hasta la fecha actual⁶⁷⁵, reconociendo que tal actuación se encuentra obstaculizada por parte de algunos países miembros que por un lado, no aplican correcta e íntegramente la legislación de la Unión en materia de protección internacional y por otro, la negativa de aceptar las cuotas que les corresponden a fin de asentar y dar acogida a los refugiados⁶⁷⁶. Con el propósito de que la labor de la UE no se dificulte y obstruya como consecuencia de la posición de los

⁶⁷³ Artículo 1 de la Decisión.

⁶⁷⁴ “Una agenda europea de migración”, cit., ANEXO, pág. 22.

⁶⁷⁵ Comunicado sobre la gestión de la crisis de los refugiados: medidas operativas, presupuestarias y jurídicas inmediatas en el marco de la Agenda Europea de Migración.

⁶⁷⁶ “Una mayor responsabilidad en la gestión de la crisis de los refugiados: La Comisión Europea pone en marcha 40 procedimientos de infracción para hacer que funcione el Sistema Europeo de Asilo”, Comunicado de prensa de 23 de septiembre de 2015.

países miembros, se han adoptado 40 decisiones de infracción contra 19 Estados miembros, entre los que se encuentra España ⁶⁷⁷.

En definitiva, se evidencia por un lado, la inoperancia del SECA para abordar situaciones de urgencia de forma inmediata y eficaz. Y por otro, la propia incapacidad de las instituciones europeas a fin de obligar a los distintos países miembros a cumplir correctamente con la normativa europea sobre la materia de asilo. A ello hemos de añadir que la postura adoptada por parte de algunos países miembros ⁶⁷⁸ en cuanto a la aplicación de las medidas acordadas de forma urgente para paliar la situación de crisis migratoria, no hace más que agravar la situación de las personas refugiadas, situación que a nuestro entender, no se encuentra en vías de solución inmediata.

⁶⁷⁷ En el ANEXO de este último Comunicado se indican los países frente a los que se han adoptado tales decisiones de infracción y los motivos. Estos países son, además de España: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia.

⁶⁷⁸ Recordemos las noticias en los medios de comunicación del cierre de frontera entre Hungría y Serbia el pasado 14 de septiembre, anunciando que tan solo tramitaría la petición de asilo de sirios correctamente documentados y formalizada en los puestos fronterizos habilitados. Y la modificación que lleva a cabo de su legislación interna, criminalizando la llegada de inmigrantes e imponiendo penas de hasta tres años a quienes efectúen la entrada de forma ilegal. Recurso electrónico disponible en www.elpais.com, de 15 de septiembre, fecha de la consulta 10 de octubre del 2015.

Conclusiones

I

La problemática de la llegada de extranjeros a Europa y la regulación de los flujos migratorios, en cuanto a inmigrantes económicos se trata, se aborda desde el rechazo, la restricción y el control en detrimento de otras políticas favorecedoras a la entrada regular, la integración, y en su caso, la ayuda al desarrollo y al establecimiento de infraestructuras en los países de origen que fomenten la creación de un entorno económico, social y cultural que prevengan los grandes flujos migratorios y que propicien la permanencia de los extranjeros en sus propios países.

En efecto, se constata que desde la creación del espacio Schengen el objetivo en cuanto a política migratoria se trata, ha sido, por un lado, dificultar la llegada y acceso de ciudadanos de terceros países a territorio de la Unión Europea. Y por otro, fomentar, en caso de permanencia irregular, el retorno o la expulsión de los extranjeros en tal situación. Ello se refleja tanto en el establecimiento y desarrollo de un régimen jurídico común a todos los países miembros, que unifica criterios en materia de concesión de visados, normas sobre condiciones y requisitos de entrada; como en la implantación de normas y procedimientos comunes para ejecutar de forma efectiva a tal retorno.

A pesar de la creación de tal sistema normativo, la llegada de extranjeros se produce de forma continuada, y en muchas ocasiones a través de vías irregulares. A fin de responder a tal fenómeno se crea también una legislación específica que permite a los distintos Estados miembros actuar incluso antes de que el extranjero llegue a sus fronteras, tal es el caso de la Agencia Frontex que tiene asignadas, entre otras, competencias para el despliegue de operaciones de vigilancia y control de las fronteras exteriores de la Unión Europea

Por el contrario, y especialmente desde el Tratado de Lisboa, se ha fomentado la llegada de trabajadores altamente cualificados así como de inversores, investigadores y

estudiantes, posibilitando además la movilidad de estos últimos entre los distintos países miembros. Se comprueba por tanto, que las instituciones europeas no tienen interés ni disposición en regular adecuadamente y desde una perspectiva más solidaria la llegada de inmigrantes de forma legal.

II

En España la normativa que sobre extranjería se ha desarrollado a nivel interno, en un primer momento la LOEx 7/85 y actualmente la LOEx 4/2000, y las distintas reformas de las que ha sido objeto, se ha mostrado inadecuada e insatisfactoria al carecer de una respuesta conjunta y acorde a la complejidad de los flujos migratorios: la falta de una regulación eficaz ha tenido como resultado el incremento de inmigrantes en situación irregular en nuestro territorio.

Esta situación motivó en un primer momento la necesidad de ordenar distintos procesos de regularización hasta la última reforma producida por LO 2/2009, en la que se contempló la posibilidad, de forma permanente, que los extranjeros que se encuentren irregulares en nuestro país puedan legalizar su situación mediante la obtención de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales a través de la figura jurídica del “arraigo”. Por lo tanto, pareciera que el Estado español, a sabiendas de su imposibilidad de organizar de forma satisfactoria la llegada de inmigrantes, asume la existencia, presente y futura, de extranjeros en situación irregular a los que se les otorga la posibilidad de *regularizarse*, siempre, claro está, no hayan sido expulsados con carácter previo.

III

La evidente preocupación por controlar la entrada de extranjeros adquiere singular relevancia en el caso de España que, por su posicionamiento geográfico, se ha convertido en uno de los principales accesos al territorio europeo lo que ha supuesto que el control fronterizo que debe ejercer, en consonancia con la política europea, sea particularmente estricto. Evidentemente todo ello no puede dejar de tener una clara incidencia sobre los derechos de los extranjeros que tratan de entrar y sobre los que se ejerce tal control.

Como se ha puesto de manifiesto en los distintos planos de estudio de este trabajo, en nuestro país, la cuestión de los derechos de los extranjeros no ha estado exenta de polémica. El Tribunal Constitucional ha tratado de conformar un estatuto jurídico en cuanto a la atribución de su titularidad y ejercicio que, a nuestro modo de ver y tras la últimas Sentencias dictadas sobre la materia, principalmente las SSTC 236/07 y 259/07, no se encuentra resuelto de forma definitiva ni satisfactoria básicamente por dos motivos. En primer término porque la utilización del criterio de la *dignidad humana* para determinar la titularidad y el ejercicio de los derechos constitucionales por parte de los extranjeros puede acarrear problemas de interpretación habida cuenta de que, en definitiva, todos los derechos se encuentran vinculados en mayor o menor medida a la dignidad humana. En este sentido se propician apreciaciones subjetivas ajenas por completo a la concepción de lo que debe considerarse como derecho fundamental, que en definitiva es su indisponibilidad por parte del legislador.

En segundo término, porque si bien tales Sentencias han ampliado el elenco de derechos fundamentales de los extranjeros; sin embargo, y a diferencia del criterio seguido por el propio Tribunal desde, principalmente, las Sentencias 107/84 y 115/87, pareciera que para el ejercicio de determinados derechos considerados fundamentales (derechos de reunión y asociación y sindicación) se le concede al legislador la potestad de regular y establecer condicionamientos en el caso de extranjeros en situación de irregularidad. Ello significaría, en la práctica, privarles de tales derechos.

IV

En el contexto de restricción de entrada de extranjeros al territorio de la UE alcanza singular trascendencia el derecho reconocido en el artículo 19 de nuestra Constitución: determinar si los nacionales de terceros países son titulares de los derechos contemplados en tal precepto y especialmente en lo relativo al derecho de entrada, y con qué alcance no es, en modo alguno, una cuestión desdeñable.

La jurisprudencia constitucional y la doctrina mayoritaria mantienen, sin género de duda, que los extranjeros no tienen un *derecho fundamental a entrar*. Sin embargo, en nuestra opinión, si el TC siempre ha mantenido la conveniencia de llevar a cabo una interpretación sistemática y conformadora de los derechos de los extranjeros, en aplicación del artículo 13.1 de la CE, podría extenderse a estos tal derecho,

condicionando su ejercicio a la observancia de determinadas exigencias legales. Por lo tanto, entendemos que nada obstaría a que se mantuviera la atribución constitucional de la titularidad y ejercicio aunque el legislador pudiera imponer requisitos para la entrada. Así, cumplidas tales exigencias podrían ejercitar los mecanismos extraordinarios de protección (recurso de amparo) en base al artículo 53.2 CE.

Las primeras Sentencias de nuestro Alto Tribunal sobre la materia (SSTC 94/93 y 242/94, entre otras) mantuvieron tal posición y otorgaron el amparo, en algunas ocasiones a extranjeros que vieron lesionados sus derechos a residir y circular libremente, por ejemplo, con la adopción de resoluciones de expulsión. Tal criterio por el contrario, se modificó en la STC 72/2005, que afirmó que el derecho a entrar en territorio nacional por parte de extranjeros se trataba de una cuestión de estricta legalidad, cuya titularidad venía atribuida no por la CE sino por ley, excluyéndose, por tanto, la aplicación del artículo 13.1 del texto constitucional a los derechos contenidos en el artículo 19, quedando circunscrito al ámbito de la legalidad ordinaria.

V

Los extranjeros en materia de entrada tienen reconocido el derecho fundamental a la defensa que se concreta en un sistema de garantías jurídicas que deben operar en determinados procedimientos administrativos. Sin embargo comprobamos cómo los intereses del Estado, que se dirigen a preservar la seguridad y fomentar el desarrollo de políticas migratorias de carácter restrictivo, prevalecen manifiestamente en detrimento de la salvaguarda de dichas garantías, traducándose en la práctica, en la vulneración del derecho del extranjero a la tutela judicial efectiva.

Esta conclusión se constata en concreto y analizando los dos estadios o momentos de verificación del control de entrada en los siguientes extremos:

En primer lugar, en el país de origen, mediante dos mecanismos: a) la exigencia del visado y b) la obligación por parte de las compañías transportadoras de verificar el cumplimiento de requisitos de entrada de los ciudadanos extranjeros que vayan a viajar a territorio de la Unión Europea.

En materia de visados hemos de destacar dos circunstancias. La primera, el carácter político que posee su exigencia al condicionarse su concesión al cumplimiento de los requisitos unilateralmente determinados por la política migratoria de la UE y del propio Estado español. Esto significa, *a priori*, que son estas políticas migratorias las que deciden qué extranjeros podrán entrar en el territorio. La segunda, la discrecionalidad de la Administración en la valoración de los requisitos exigidos por ella misma, discrecionalidad que se convierte en arbitrariedad en los supuestos en los que no se exija motivación para denegar el visado así como cuando se dictan resoluciones carentes de motivación o con motivación insuficiente, lo que sucede con cierta frecuencia como hemos comprobado tras el análisis jurisprudencial sobre este punto en concreto.

Ello evidencia la grave inseguridad jurídica e indefensión en la que se sitúa al extranjero que desconoce las causas y razones que han llevado a la Administración a denegar el visado y queda impedido por el mismo motivo, a interponer un recurso adecuado.

Tal situación sin embargo, se ha visto atemperada por nuestra jurisprudencia que mantiene que, a pesar de que el extranjero no tenga un derecho subjetivo a obtener un visado ni la denegación suponga una limitación de derechos, sin embargo, sí que tiene un interés legítimo a obtenerlo y, por tanto, sería causa suficiente para exigir *ex lege* la motivación de su denegación. Por ello la Administración tiene la obligación de valorar tanto las circunstancias concurrentes en el interesado como verificar si se cumplen los requisitos exigidos y explicar los argumentos que le han llevado a denegar el visado.

No obstante, cabe señalar que el posible control jurisdiccional no supone necesariamente que la Administración *per se* proceda conforme a tal doctrina jurisprudencial. Y ello por dos motivos, el primero, porque el control de la actuación administrativa por parte de los Tribunales se produce con carácter posterior, es decir, tras la denegación del visado y no siempre, toda vez que en muchas ocasiones los extranjeros no tienen la posibilidad de recurrir o desconocen el procedimiento. Y el segundo, porque hasta que se decida si se ha actuado o no *contra legem*, con la denegación de visado, bajo la apariencia de legalidad, se ha *bloqueado* la llegada de extranjeros a nuestro territorio.

Habíamos señalado anteriormente un segundo mecanismo que es el ejercido por las compañías transportadoras. El mismo viene impuesto por la Directiva 2001/50, conocida como Directiva de transportistas, que establece la obligación a dichas compañías de asumir una serie de funciones en cuanto a control migratorio que en realidad deberían corresponder, con carácter exclusivo, al Estado en ejercicio de su soberanía sobre el territorio nacional. Entendemos que la responsabilidad que adquieren en virtud de tal Directiva, respecto de la comprobación del cumplimiento de los requisitos de entrada, se ejerce únicamente para evitar posibles sanciones económicas y carecen, a nuestro modo de ver, del suficiente respaldo legal, situando al extranjero en una posición de desamparo ante la falta de previsión de procedimiento alguno para hacer valer sus derechos en el caso de que, por ejemplo, no se emitiera un billete o se le denegara el embarque.

VI

El segundo estadio en el control de entrada se produce en el puesto fronterizo por los agentes encargados del mismo y principalmente en relación a aquellos ciudadanos de terceros países con los que se haya acordado la supresión de vigencia de visados para estancias de corta duración. En estos supuestos, la adopción de resoluciones administrativas en las que se acuerda la denegación de entrada y consiguiente regreso del extranjero al país de procedencia, incide no solo en el derecho a la defensa sino también, y en tanto en cuanto nos encontremos con resoluciones *contra legem*, al derecho a la libertad.

En la práctica, y tras el examen de distintas sentencias, se constata que tales resoluciones, en muchas ocasiones, son genéricas, imprecisas y adolecen de falta de motivación; en definitiva, no son conformes a derecho. En estos casos, al igual que en materia de visados, tal actuación puede ser controlada jurisdiccionalmente; sin embargo, el hecho de que los extranjeros se encuentren en el puesto fronterizo, privados de libertad y que la consecuencia de la denegación de entrada sea el regreso inmediato del extranjero al país de procedencia requiere de una respuesta más rápida y eficaz que la otorgada por los Tribunales tras la interposición del recurso correspondiente.

A nuestro entender, el sistema previsto en la legislación de extranjería no garantiza un derecho a la tutela judicial efectiva apropiada a la situación concreta. Bien es cierto que la asistencia de letrado, y en su caso de intérprete, y la posible interposición de un recurso de alzada contra la denegación de entrada se contemplan legalmente, pero ello en la práctica carece de efecto jurídico alguno, al menos inmediato, especialmente cuando se verifica que por parte del extranjero se cumplen con los requisitos de entrada. Y es que la interposición del recurso de alzada no paraliza el regreso al país de procedencia.

La constatación de tales situaciones que requieren de una tutela judicial inmediata para garantizar un efectivo derecho a la defensa, motivó que el CGPJ, mediante Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre del 2007, otorgara la potestad a los letrados para que pudieran instar las medidas cautelarísimas previstas en el artículo 135 de la LJCA. Medidas que podrán adoptar tanto los Juzgados de lo Contencioso, competentes en materia de extranjería, como los Juzgados de Instrucción, en horas y días inhábiles si concurren situaciones de especial urgencia. Dichas medidas conllevan la paralización del regreso del extranjero hasta que los Juzgados de lo Contencioso se pronuncien sobre el mantenimiento o no de las mismas.

Pues bien el ejercicio de esta facultad por parte de los letrados ha sido continuado y ello se ha traducido en la adopción de un número importante de resoluciones judiciales en las que se acuerda la medida cautelar y se permite la entrada de los extranjeros al considerar que cumplen con los requisitos exigidos legalmente.

Son dos las consecuencias jurídicas de relevancia que conviene poner de manifiesto: la primera, que nos encontramos en este primer momento procesal con un verdadero control judicial sobre la actuación de la Administración, lo que nos permite comprobar que la Administración dicta, de forma sistemática, resoluciones *contra legem*. Y la segunda, porque los Juzgados, al permitir la entrada de aquellos extranjeros que cumplen con los requisitos exigidos para ello, les está reconociendo *a priori* su derecho a entrar en territorio nacional.

Tal denegación de entrada por parte de la Administración, en los términos que hemos visto, implica que el derecho a la libertad resulte afectado en tanto en cuanto se

le impide al extranjero acceder al territorio nacional, restringiendo su libertad de movimientos, especialmente cuando se compruebe que efectivamente cumple con las exigencias legales para ello. Por el contrario, si la resolución de denegación de entrada fuera conforme a derecho, la privación de libertad del extranjero se encontraría amparada por la legislación de extranjería al responder a una finalidad lícita, esto es, evitar la entrada ilegal de ciudadanos de terceros países.

VII

El *blindaje* de las fronteras exteriores del espacio Schengen impide de forma general la entrada de extranjeros por los procedimientos y vías regulares. El resultado lógico es que los extranjeros busquen otras vías de acceso, como es la entrada por lugares no habilitados para ello, es decir, evitando los puestos fronterizos. En España, tales entradas se producen a través del Mediterráneo con la llegada a las costas de embarcaciones conocidas como *pateras* y por las ciudades de Ceuta y Melilla.

La respuesta que nuestra legislación de extranjería prevé frente a tales entradas ilegales viene constituida por la figura jurídica de la devolución. Tal devolución se adoptará no solo en materia de entrada ilegal y siempre que el extranjero sea interceptado en las inmediaciones fronterizas, sino también en aquellos supuestos de extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada impuesta en la resolución de expulsión.

La adopción de una resolución administrativa en la que se acuerde la devolución de un extranjero, al igual que en materia de denegación de entrada, debe estar revestida de una serie de garantías jurídicas que amparen el respeto de los derechos de los extranjeros en tales procedimientos. Sin embargo, y como consecuencia de las transformaciones legales que ha sufrido la figura de la devolución, nos encontramos en la actualidad ante una controversia de gran trascendencia jurídica.

La primera cuestión que plantea la devolución es la de su naturaleza jurídica. La determinación o no del carácter sancionador debe tener su reflejo necesariamente en cuanto al procedimiento a seguir para su adopción y al establecimiento de unas u otras garantías. El Tribunal Constitucional, tras Sentencia 17/2013 de 21 de enero, parece

haber dado por solventada tal cuestión al mantener que la devolución no posee naturaleza sancionadora en ninguno de los dos supuestos en los que procede.

A nuestro entender mientras que en el supuesto de la entrada ilegal queda clara la naturaleza no sancionadora de la devolución, en el supuesto de extranjeros expulsados contravengan la prohibición de entrada acordada, sí hemos de sostener el carácter sancionador de tal medida.

Y es que en este caso se contempla el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada lo que implica una ampliación del plazo de la sanción; es decir, se produce una sanción autónoma *de facto* por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora que se confirma además, con el establecimiento de plazos de prescripción que son inherentes a las sanciones administrativas.

En este sentido no podemos por menos que disentir del pronunciamiento del TC que mantiene el carácter no sancionador de la devolución y entiende que para su adopción no es necesario establecer un procedimiento *ad hoc*, como se exige para la expulsión. En lógica congruencia debería haberse declarado la inconstitucionalidad del reinicio del cómputo de la prohibición de entrada.

VIII

El segundo aspecto de las devoluciones es el de su incidencia en el derecho a la libertad y especialmente en el momento de su ejecución, que en el caso de que no pueda llevarse a cabo en el plazo de 72 horas, la ley establece que se deberá interesar del Juez de instrucción el internamiento del extranjero durante un tiempo máximo de 60 días. Como es sabido la privación de libertad de los extranjeros sometidos a un procedimiento de devolución debe respetar las garantías del artículo 17 CE y demás derechos que asisten a toda persona detenida de acuerdo con la LECr incluido el *habeas corpus*.

A nuestro modo de ver la evolución de la legislación en la materia no ha hecho más que agravar la situación del extranjero con una flagrante vulneración de sus derechos. Mientras que en un primer momento no se preveía la posibilidad de internamiento en los supuestos de entrada ilegal, el Reglamento 864/2001, a pesar de la falta de cobertura legal, amplió y reguló la posibilidad de acordar el internamiento en este caso; sin

embargo, por STS 1924/2003, se declaró la nulidad de tal previsión al extenderse por vía reglamentaria una medida que afectaba al derecho a la libertad. Por el contrario, la siguiente reforma, operada por LO 14/2003, prevé ya tal internamiento. Finalmente la LO 2/2009, aumenta el periodo de 40 a 60 días, justificándose tal ampliación como consecuencia de la trasposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 2008/115, más conocida por Directiva de retorno.

IX

En relación con el internamiento, y para el supuesto de extranjeros que tratan de entrar ilegalmente en territorio español, cabe destacar la incidencia que tiene la dificultad de su identificación lo que hace que en la práctica y en la mayoría de los supuestos, al no poder ser devuelto al país de procedencia o de origen, en el plazo de 72 horas, la privación de libertad por un periodo de hasta 60 días queda de facto consolidada. Situación que es a todas luces violatoria de los más elementales derechos de la persona en la medida en que se acuerda en el seno de un procedimiento administrativo que ni si quiera tiene un carácter sancionador.

No desconocemos que la constitucionalidad del internamiento se ha venido justificando ya desde el primer momento en que fue contemplada por LO 7/85 y por la STC 115/87, considerándose proporcional y adecuada a la finalidad pretendida, esto es, la devolución del extranjero que trata de entrar ilegalmente, rodeándose de todas las garantías necesarias al ser adoptada por la autoridad judicial. Ello no obsta la crítica que hacemos de tal medida porque no solo criminaliza al extranjero que ha cometido una irregularidad administrativa sino porque además se considera que tal irregularidad por sí misma es suficiente para justificar tal privación de libertad.

Por lo que hace al incremento del periodo de tiempo que el extranjero puede estar privado de libertad (de 40 a 60 días), sostenemos que no tiene amparo legal suficiente: por un lado, porque la Directiva mencionada deja libertad a los Estados miembros para la fijación de plazo de internamiento con el límite de seis meses y, por otro, porque en la misma se contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan mantener disposiciones más favorables. Por lo tanto, la Directiva no obligaba al Estado español a ampliar el plazo de internamiento. Igualmente entendemos que tampoco encuentra amparo constitucional porque el propio TC ya en Sentencia 115/87 y

posteriormente, en SSTC 303/2005 y 260/2007 señalaba que el plazo de 40 días era ajustado, proporcional y conforme a nuestra CE. En nuestra opinión tal ampliación temporal supone una manifiesta oposición al carácter excepcional de la propia medida y al hecho de que la misma no debe durar más que el tiempo imprescindible para la ejecución de la medida acordada lo que en definitiva implica una vulneración del derecho a la libertad.

Finalmente y a pesar de que el control judicial en orden a adoptar el internamiento constituye una garantía básica para evitar internamientos arbitrarios y aunque los Jueces de instrucción tratan de verificar que se cumplen con las condiciones y presupuestos legales para acordar tal privación de libertad, en la práctica no siempre nos encontramos con resoluciones judiciales ajustadas a derecho y aún considerándose conformes a la legalidad, son numerosos los Autos que acuerdan el internamiento de forma sistemática por el tiempo máximo establecido sin entrar a valorar la procedencia de un tiempo inferior o incluso la adopción de otra medida menos gravosa. No debemos olvidar que, en la adopción del internamiento debe regir el *favor libertatis* y que se trata de una medida excepcional que debe acordarse exclusivamente en el caso de que no pueda adoptarse otra medida cautelar que, del mismo modo, pueda asegurar la ejecución de la medida de la devolución.

En suma, lo cierto es que el internamiento se ha convertido en una medida represiva que tiene más bien la finalidad de castigar la irregularidad que la de ejecutar la medida adoptada por la Administración.

X

La situación del extranjero privado de libertad empeora aún más por las graves deficiencias que presentan los Centros de Internamiento, cuyas condiciones infringen los más elementales derechos humanos (celdas de aislamiento, malos tratos, pésima asistencia sanitaria, falta de información...).

Con la finalidad de mejorar la situación de los internos se introdujo en la última reforma de la LOEx, LO 2/2009, la figura del Juez “competente para el control de la estancia de los extranjeros en los centros de internamiento”. Ello ha supuesto una mejora significativa especialmente en materia de tutela judicial toda vez que gracias a

su actuación se han adoptado medidas a fin de evitar prácticas tales como imposibilitar información a los internos de su derecho a solicitar protección internacional o incluso la de proceder a la ejecución de expulsiones o devoluciones de forma inmediata sin informar al propio interno o a su letrado con carácter previo y con el tiempo suficiente para interponer recurso contencioso o instar las medidas cautelares o cautelarísimas si se consideraba procedente.

En la misma línea, el pasado año 2014 se aprobó el Reglamento de Funcionamiento y Régimen interior de los CIES (RD 162/2014) y aunque aún es pronto para declarar si con tal regulación la situación y los derechos de los extranjeros internados han mejorado, lo cierto es que alguno de sus preceptos han sido objeto de recurso ante el Tribunal Supremo, entre otros, el relativo a la posibilidad de acordar internamientos sucesivos, expresamente prohibidos por la LOEx. El resultado ha sido la STS de 10 de febrero del 2015, dictada por el Pleno de la Sala Tercera, en la que se declara nula la posibilidad de que pueda acordarse un nuevo internamiento por las mismas causas en el mismo expediente una vez agotado el plazo máximo de internamiento.

En todo caso, manifestamos nuestras dudas en cuanto a futuros avances en la mejora de las condiciones de los internos entre otros motivos porque la inversión presupuestaria que se requiere para el acondicionamiento de los centros es de gran importancia y porque no creemos que entre los objetivos del Gobierno actual ni de los futuros, sea invertir en el respeto de los derechos de los inmigrantes ilegales no deseados y menos aún en el contexto actual de la política migratoria de la Unión Europea.

XI

Un aspecto que merece especial atención hace referencia a la *legalización* de las denominadas devoluciones en caliente. Con la introducción, mediante la DA Décima a la LOEx, incorporada por la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana, se prevé el *rechazo* de extranjeros “detectados en la línea fronteriza de la demarcación de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera”, no se respeta el procedimiento establecido legalmente para las devoluciones. Ello constituye una manifiesta vulneración de los

derechos de defensa y libertad y una quiebra del sistema de garantías previsto legalmente y amparado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional así como una violación de Derecho internacional de los derechos humanos.

Como hemos puesto de relieve en este trabajo la cobertura *legal* de tal práctica tiene consecuencias jurídicas de especial gravedad. De forma conclusiva y por lo que hace a la garantía de los derechos fundamentales señalamos las siguientes:

-Se procede, con el argumento del concepto *operativo de frontera*, a rechazar a extranjeros que realmente ya se encuentran en territorio español, lo que significa que tal práctica realmente supone una expulsión o una devolución *de facto* que se ejecuta, materialmente hablando, con la *captura* del extranjero que es trasladado al otro lado de la valla fronteriza. Por lo tanto, se atenta directamente contra el derecho a la libertad habida cuenta de que ni si quiera podríamos hablar de la existencia de una detención porque en tal caso el extranjero tendría derecho ya de forma inmediata a la asistencia de letrado así como el resto de las garantías jurídicas que les asisten, especialmente frente a detenciones arbitrarias.

-Vulneración de la tutela judicial efectiva porque se le impide al extranjero el ejercicio de su derecho a la defensa que se concreta en la ausencia de letrado y del procedimiento administrativo que ampare la adopción de la medida procedente, que sería la de devolución.

-Tal *rechazo* (o devolución *de facto*) implica la falta de identificación del extranjero y la imposibilidad de detectar posibles solicitantes de protección internacional, vulnerándose el principio de no devolución. Del mismo modo tampoco se detectaría la presencia de menores, colectivo de especial vulnerabilidad que requieren de una protección especial y la aplicación de un procedimiento incluso distinto al de la devolución.

- Las *devoluciones en caliente*, en tanto en cuanto no se adoptan en el marco de un procedimiento legal y no se plasman en una resolución motivada individualmente consagran expulsiones colectivas que se encuentran expresamente prohibidas en el artículo 4 del Protocolo Cuarto del CEDH.

- Tal actuación por parte de la Administración no solo queda sustraída al control jurisdiccional sino que tampoco respetaría el contenido del artículo 9 de la CE que

contempla el sometimiento al ordenamiento jurídico y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

XII

En materia de protección internacional, la actuación de los países europeos no ha sido muy distinta a la desarrollada en materia de control migratorio. La política que en cuestión de asilo ha establecido la Unión Europea (Sistema Europeo Común de Asilo) ha estado marcada, principalmente, por el mantenimiento de la seguridad interna, la prevención del terrorismo y por el control de fronteras lo que ha afectado a los derechos de los solicitantes de protección internacional.

La UE ha tratado de establecer un sistema uniforme y común a todos los países miembros en cuanto a la determinación del Estado competente para conocer de las peticiones de protección internacional (Convenio de Dublín), los requisitos que deben cumplir los solicitantes, los procedimientos a seguir para la concesión del tal estatuto así como las condiciones de acogida. Sin embargo, tal objetivo aún dista de conseguirse habida cuenta de las diferencias existentes entre las normativas de los países miembros lo que se traduce en la existencia de distintos niveles de protección entre unos y otros. Prueba de ello es la STEDH, en el asunto MMS contra Bélgica y Grecia, de 21 de enero del 2011, en la que resultan condenados ambos países por violación del artículo 3 del CEDH. El primero, por haber trasladado al solicitante de asilo a Grecia y haberle expuesto a los riesgos que resultaban de las deficiencias del sistema de asilo griego, y el segundo, por las condiciones a las que fue sometido el extranjero durante su estancia en Grecia.

A lo que hemos de añadir que tal sistema, ante la situación de crisis humanitaria que nos encontramos en la actualidad, no ha respondido de forma adecuada al gran incremento de personas en situación de vulnerabilidad que pretenden solicitar la protección internacional. Ello se manifiesta tanto en las propuestas de la Comisión Europea para el establecimiento de cuotas obligatorias de acogida de refugiados por parte de los países miembros de la UE como en las propuestas de acción inmediata para responder a la llegada masiva de estas personas. Sin embargo, a fecha actual, tal actuación no ha obtenido un resultado positivo principalmente por la negativa de

algunos países miembros a respetar la normativa comunitaria sobre la materia, especialmente en cuanto al sistema de acogida. Tal es el caso de Hungría, Bulgaria o Grecia, entre otros.

Si bien es cierto que el propio derecho a solicitar asilo o cualquiera de las formas de protección internacional no constituye un derecho fundamental, la circunstancia de que detrás de una solicitud de protección internacional puedan encontrarse en juego derechos humanos reconocidos internacionalmente como son el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física..., conlleva que los procedimientos que regulan la concesión del estatuto de refugiado, con independencia del contenido de la resolución definitiva sobre tal petición, respeten otros derechos que sí poseen el carácter de fundamentales como son el derecho a la defensa, la libertad o el derecho de no devolución que constituye la columna vertebral en la que se debe apoyar todo el sistema de asilo. Por el contrario, la realidad es otra. Tras el análisis de la jurisprudencia del TEDH, hemos podido constatar que en muchas ocasiones, no se respetan tales derechos y no se valoran adecuadamente las circunstancias concurrentes en los interesados, llegándose a producir, incluso, flagrantes violaciones del artículo 3 del CEDH.

XIII

En España, en materia de protección internacional y en lo que nos ocupa, la petición en frontera, podemos constatar que la legislación actual también supone una agravación en cuanto a derechos fundamentales se trata.

Así, en materia de tutela judicial efectiva si bien se prevé la asistencia letrada de forma preceptiva y el establecimiento de recursos tanto administrativos (derecho al reexamen) como judiciales (recurso contencioso administrativo) y la adopción de medidas cautelares, sin embargo y tras la STEDH de 22 de abril del 2014, en la que se condena a España, podemos afirmar que no se respeta el derecho a un recurso efectivo conforme a las exigencias requeridas tanto por la legislación comunitaria como por la jurisprudencia del propio TEDH.

A lo que hemos de añadir que el aumento de las causas de denegación y la reducción de los motivos de inadmisión a trámite se traducen en la dificultad de acceso

a un procedimiento ordinario, ya en territorio nacional, en el que con el tiempo suficiente y en condiciones distintas pueda examinarse con amplitud la petición.

En cuanto al derecho a la libertad, el TC en STC 53/2002, mantiene, en cuanto a los solicitantes de protección internacional, que la privación de libertad a la que se encuentran sometidos no puede ser considerada detención a los efectos del artículo 17 de la CE. Sin embargo, entendemos que en estos casos en realidad el extranjero tiene restringida su libertad de movimientos y por tanto se encuentra privado de libertad habida cuenta de que no puede entrar en España hasta que no se resuelva su petición y tampoco puede volver a su país por razones obvias. Por ello el extranjero se encuentra obligado a permanecer en el puesto fronterizo. En tal caso entendemos que al igual que en la denegación de entrada, una vez transcurrido el plazo de las 72 horas previstos para la detención gubernativa, debería intervenir la autoridad judicial a fin de determinar la procedencia o no del mantenimiento de la privación de libertad.

Aún así, el Tribunal sostiene que tal permanencia no puede limitarse en el tiempo y considera que el límite temporal que establecía la anterior legislación sobre asilo, concretamente el artículo 5.7.3 de la Ley 5/84, tras su modificación por Ley 9/1994, es un límite temporal que resulta proporcionado y adecuado al supuesto de petición de asilo, límite que en todo caso no podía superar los siete días.

Aun aceptando tal criterio, en cuanto a que la libertad no tiene carácter absoluto y en tales supuestos se encuentra amparada legalmente y es proporcional a los fines perseguidos, sin embargo y tras la aprobación de la nueva normativa sobre la materia, entendemos que se vulnera de forma flagrante tal derecho fundamental. La Ley 12/2009, amplia, a nuestro entender, sin justificación alguna, el plazo de permanencia en el puesto fronterizo que se produce por llevar a cabo la contabilización de los días como hábiles (entre ocho y diez días, a lo que habríamos de añadir, al menos, hasta tres días más si se interpone recurso contencioso administrativo y se interesa la adopción de medidas cautelares). Tal plazo incluso se puede incrementar hasta diez días más en determinadas circunstancias (artículo 21.3).

El legislador español, al trasponer y adecuar la Directiva sobre la materia (2005/85/CE, artículo 35.4), que dispone que en el procedimiento fronterizo el

solicitante puede permanecer hasta cuatro semanas, en lugar de mantener una interpretación restrictiva, decide aumentar los plazos de permanencia toda vez que tal aumento no vulnera la legislación comunitaria. No obstante, consideramos, que cualquier circunstancia que afecte a la libertad personal habrá de corresponderse a una motivación específica y precisa que explique por qué se hace necesaria tal ampliación por mínima que fuere. Por lo tanto, debemos concluir que el incremento de los plazos de permanencia del solicitante de protección internacional en frontera constituye una medida desproporcionada, que conlleva una privación de libertad injustificada vulnerándose manifiestamente el artículo 17.3 de la CE. En tal caso, es decir en la ampliación de plazos, entendemos que la jurisprudencia del Constitucional (STC 53/2002) no es aplicable por dos motivos, el primero, porque en materia de privación de libertad debe regir siempre el principio de excepcionalidad y el segundo, porque el criterio que se contiene en la sentencia referida no debe interpretarse de forma extensiva.

Bibliografía

ACOSTA SÁNCHEZ, M.A.

- “Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y tierra de nadie”, trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Ministerio de Economía y Competitividad- “Cuestiones territoriales y cooperación transfronteriza en el área del Estrecho, DER 2012-34577 (2012-2015), recurso electrónico disponible en www.reei.org

AJA, E.

- “La reforma de la Ley de extranjería”, *La inmigración en tiempo de crisis*, VVAA (Aja, E. y Arango J., coords), Anuario de la inmigración en España, CIDOB, 2010, págs. 18 a 40.
- “El marco general de los derechos de los inmigrantes”, *Los derechos de los inmigrantes en España*, VVAA (Aja, E., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 9 a 24.
- “La evolución de la normativa sobre inmigración”, *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*. (Aja, E. y Arango J., coords.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, págs. 17 a 44.
- “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre Derechos de los Inmigrantes”, *La Democracia constitucional. Estudios en homenaje a Rubio Llorente*, Volumen I, CEPC, 2002, págs. 439 a 455

ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A.

- “Artículo 25. Requisitos para la entrada en territorio español”, *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, VVAA, (Monereo, J.L., Fernández, J.A., Triguero, L.A., coords.), Comares, Granada, 2012, págs. 381 a 405.
- “Régimen de entrada y permanencia regular de los extranjeros en España”, *V Jornadas Autonómicas de derechos internacional humanitario, Jaén 2001*, organizadas por la Asamblea Provincial de Cruz Roja española de Jaén, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Jaén, Germania, Valencia, 2003, págs. 113 a 147

y AGUELO NAVARRO.P

- *Normativa comentada sobre Derecho de extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.

- “La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería 2001*, VVAA (Álvarez-Cienfuegos, J.M, director), Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2001, CGPJ, Madrid, 2001, págs. 11 a 37.

APRELL LASAGABASTER, M^a C.

- “Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, Número 114, septiembre-diciembre 1987, págs. 253 a 256.

ARAGÓN REYES, M.

- “Constitucionalidad de los límites de los derechos fundamentales. Encuesta en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, Madrid, UNED, 2001, págs. 10 a 16, 31 y 32 y 40 a 42.

ARENAS GARCÍA, R

- “El sistema español de extranjería y su fiscalización por el TJCE”, Cuadernos de Escuela Diplomática, Relaciones internacionales y Derecho, Volumen 33, Tirant lo Blanch, 2007, Valencia, págs. 117 a 144.

ARIAS FERNÁNDEZ, G.

- “El control uniforme de las fronteras exteriores de Schengen”, *Actas del seminario sobre Asilo, inmigración y cruce de fronteras*, VVAA (Arias Fernández, G. y Ramírez Sánchez, B., coords.), Universidad Antonio de Nebrija, Dirección General de Policía, Comisaría General de Extranjería y Documentación, Ministerio del Interior, Madrid, 2001, págs.151 a 160.

ASENSI SABATER, J.

- “Constitucionalidad de los límites de los derechos fundamentales. Encuesta en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, Madrid, UNED, 2001, págs. 16 a 23 y 32 a 37.

ASÍN CABRERA, M^a. A.

- “Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, págs.165 a 168.

BALAGUER CASTELLÓN, F.

- “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, núm. 10, septiembre-diciembre 2008, recurso electrónico disponible en www.ugr.es~redce/REDCE10/articulos/15/FranciscoBalaguerCalljon.htm

BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L.

- “La regulación del Derecho de Asilo en la normativa comunitaria”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, págs. 275 a 286.

BARRERA LÓPEZ, F.M.

- “La protección del menor no acompañado y la condición de extranjero: ¿Una relación compatible? Reflexión desde el Derecho de la Unión europea y el Derecho español”, *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, núms.13-14, 2010 y 2011, págs. 195 a 232.
- “La readmisión en origen. La postrera expresión de la política comunitaria de alejamiento de los extranjeros inmigrantes en situación irregular”. *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de Granada*, 2010, recurso electrónico disponible en http://www.refdugr.com/estudios_doc.php

BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, C.

- “La gestión de los flujos migratorios. Algunas cuestiones previas en torno al caso español”, *Colección mediterráneo económico: procesos migratorios, economía y personas*, núm. 1, Instituto de Estudios sociales de Cajamar, 2002, págs. 225 a 246.

BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A.

- “Medidas cautelares: internamiento. Régimen penitenciario de internos extranjeros”, *Estudios jurídicos*, Ministerio Fiscal, núm. 1, 2003, págs. 769 a 792.

BERTRÁN DAMIÁN, M^a. A.

- “Comentario al artículo 54 de la LO 4/2000”, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, VVAA (Asensi Sabater, J., director), EDIJUS, Zaragoza, 2000, págs. 309 a 312.

BOZA MARTÍNEZ, D

- “Los derechos de los extranjeros en el procedimiento administrativo”, *Los derechos de los inmigrantes en España*, VVAA, (Aja, E. coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 247 a 277.

y DONAIRE VILLA, F.J y MOYA MALAPIERA, D.

- “La normativa española de extranjería y asilo: evolución y características principales”, *“La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009, VVAA*, (Boza Martínez. D, Donaire Villa, F.J y Moya Malapiera, D. coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 15 a 38.

BUISAN GARCÍA, N.

- “La Ley 12 /2009 reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria: cuestiones procesales”, *Revista de jurisprudencia* nº 2, 2011, recurso electrónico disponible en www.elderecho.com/administrativo

CACHÓN RODRÍGUEZ, L.

- “Inmigración y mercado de trabajo en España, ¿Suecas o ecuatorianas?”, *Inmigración, extranjería y asilo*, VVAA, (Linde Paniagua, E. y Moreno Díaz, J.A., directores), Colex, Madrid, 2005, págs. 147 a 160.

CARRILLO SALCEDO, J.A

- “Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (Sentencia de 23 de febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular”, *Teoría y Realidad Constitucional*, número 32, UNED, Madrid, 2013, págs. 285 a 291.

CLAVERA ARIZTI, I.

- “Controles en fronteras, Asilo e Inmigración”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 1er. Semestre, Colex, 2006, págs. 113 a 137.
- “El asilo en la Unión Europea”, *Inmigración, extranjería y asilo*, VVAA (Linde Paniagua, E. y Moreno Díaz, J.A., directores), Colex, Madrid, 2005, págs. 85 a 108.

CONDE PÉREZ, E.

- “TEDH. Sentencia de 28 de febrero del 2008, Saadi c. Italia, 37201/2006, artículo 3 del CEDH, prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes. Terrorismo v. Tortura”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, núm. 32, Madrid, 2009, págs. 277 a 289, recurso electrónico disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>

CORDERO LOZANO, C

- *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Bosch, Barcelona, 2011.

CRUZ VILLALÓN, P.

- “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, Año núm.9, núm. 25, 1989, págs. 35 a 62.

CUEVA (de la) ALEU, I.

- “Derecho a la libertad (artículo 17 CE)”, *Extranjería e Inmigración, Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 232 a 234.

CHOCRON GIRALDEZ, A. M^a.

- *Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, monografía nº 703.

CHUECA SANCHO, A.

- “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas del siglo XXI*, VVAA, (Balado Ruíz-Gallego, M. coord.), Bosch, Barcelona, 2009, págs. 753 a 777.
- “Inmigración y Tratados internacionales celebrados por la UE: los Tratados de readmisión”, 2006, recurso electrónico disponible en www.unizar.es/union_europea/files/Readmission.pdf

DEL VALLE GÁLVEZ, A.

- “Inmigración, extranjería y fronteras de la UE: cinco problemas conceptuales”, Cuadernos de la Escuela Diplomática, Relaciones Internacionales y Derecho, Volumen 33, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs., 43 a 80.

y ACOSTA SÁNCHEZ, M.

- “La crisis de los cayucos. La Agencia europea de control de fronteras FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina”, Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D, 2005, SEJ2005-08136/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y los fondos FEDER de la CE/UE, 2006, nº 83, recurso electrónico disponible en http://www.academia.edu/4828842/2006---LAS_CRISIS_DE_LOS_CAYUCOS.LA_AGENCIA_EUROPEA_DE_FRONTERAS_FRONTEX_Y_EL_CONTROL_MAR%C3%8DTIMO_DE_LA_INMIGRACION_CLANDESTINA-coautoria_con_Miguel_ACOSTA_SANCHEZ

DÍAZ CREGO, M.

- “Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)”, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio*, Anuario de

la inmigración en España, VVAA (Aja, E., Arango, J. y Oliver Alonso J., directores), CIDOB, Barcelona, 2013, págs. 254 a 299).

y GARCÍA ROCA, J.

- “Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *La inmigración en la encrucijada*, Anuario de la inmigración en España, VVAA (Aja E., Arango, J. y Oliver Alonso, J., directores) CIDOB, Barcelona, 2008, págs., 222 a 243.

DÍEZ MORRAS, F.J.

- “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm.10, 2012, págs. 95 a 104, recurso electrónico disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/diez.pdf>

DONAIRE VILLA, F.J.

- “Derechos y libertades de los extranjeros”, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, VVAA, (Boza Martínez, D., Donaire Villa, F. J. y Moya Malapiera, D., coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 85 a 140.
- “Detención e internamiento de extranjeros a efectos de expulsión. Régimen de los Centros de internamiento de extranjeros”, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, VVAA, (Boza Martínez, D., Donaire Villa, F. J. y Moya Malapiera, D., coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 508 a 520.
- “La libertad individual y sus limitaciones en el régimen general de extranjería”, *Los derechos de los inmigrantes en España*, VVAA (Aja, E., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 211 a 246.

DOMÍNGUEZ LUIS, C. y NIETO MENOR, M.

- “La suspensión de la ejecución de las resoluciones de denegación de entrada y retorno de extranjeros”, *Revista española de Derecho Administrativo*, número 118, 2003, págs. 267 a 290.

DURÁN RUÍZ, F.J.

- “Requisitos para la entrada en territorio español”, *Comentarios a la Ley de extranjería*, VVAA (Esplugues Mota, C. coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 125 a 135.

ESQUEMBRE VALDÉS, M^a. del M.

- “Garantías jurídicas”, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, VVAA (Asensi Sabater, J, director), EDIJUS, Zaragoza, 2000, págs.123 a 143.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.

- “La nueva Directiva de retorno en el contexto de la actual política comunitaria de inmigración” *Revista de Estudios Jurídicos*, número 8, Universidad de Jaén, 2008, págs. 225 a 232.

ESTEVE GONZÁLEZ, L.

- “De la entrada y salida del territorio español”, *Comentarios a la ley de extranjería*, VVAA (Asensi Sabater, J., director), EDIJUS, Zaragoza, 2000, págs. 159 a 176.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.

- “Tutela del derecho a la libertad por el orden jurisdiccional penal y medidas repatriativas de extranjeros”, 2004, págs., 1 a 65, recurso electrónico disponible en www.cej.justicia.es

FERNÁNDEZ- MIRANDA ALONSO, F.

- “Artículo 19. Libertad de circulación y residencia”, *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23*, VVAA (Alzaga Vilaamil, O., director), EDERSA, Madrid, 1984, págs. 469 a 488.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.

- “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, *Diario La Ley*, núm.8382, Sección Doctrina, 2014, año XXXV.

FERNÁNDEZ SEGADO, F

- “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1er semestre, Madrid, UNED, 2001, págs. 65 a 97

FERRERO TURRIÓN R. y LÓPEZ SALA A.

- “Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España: el caso de los acuerdos bilaterales de trabajadores con países de origen”, *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, nº 80, 2009, págs. 119 a 132. Artículo realizado en el marco del proyecto “Teoría política de fronteras: Políticas y movimientos de personas en el Euromediterráneo”, (REF: CSO 2008-02181/CPOL), financiado

por el VI Plan Nacional de Investigaciones Científicas, Desarrollo e Innovación tecnológica, recurso electrónico disponible en www.empleo.gob.es

GALPARSORO, J.

- “Una nueva ley para el asilo en tiempos de crisis”, *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, VVAA (Vidal Fueyo, M^a del C., coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, págs. 95 a 139.

GÁLVEZ MONTES, J.

- “Artículo 17. Seguridad personal”, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23*, VVAA (Alzaga Villaamil, O., director), EDERSA, Madrid, 1984, págs. 377 a 422.

GARCIA COSO E.

- “El refuerzo operativo del control de las fronteras exteriores de la Unión Europea y la contribución del FRONTEX: ¿El embrión de una guardia europea de fronteras exteriores?”, *La regulación de la inmigración irregular, Derechos humanos y el control de fronteras en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 153 a 205.
- “El alcance y eficacia de las medidas para reforzar la expulsión de inmigrantes irregulares y prevenir el empleo irregular”, *La regulación de la inmigración irregular, Derechos humanos y el control de fronteras en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 81 a 119.

GARCÍA FERNÁNDEZ, F.J

- “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, VVAA (Asensi Sabater, J., director), EDIJUS, Zaragoza, 2000, págs. 261 a 332.

GARCÍA MAHAMUT, R.

- “El nuevo régimen jurídico del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España a la luz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre: principales novedades y desafíos”, *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, VVAA (Vidal Fueyo, M^a del C., coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, págs. 15 a 93.

GARCIA RÍVAS, N.

- “Artículo 60. Retorno”, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, VVAA (Esplugues Mota, C., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 1279 a 1285.

GARCÍA VÁZQUEZ, S.

- *El Estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARCÍA VITORIA, I.

- “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (de Junio 2011 a Junio 2012)”, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio*, Anuario de la Inmigración en España, VVAA (Aja, E., Arango, J. y Oliver Alonso, J., directores), CIDOB, Barcelona, 2013, págs. 214 a 232.

GOIG MARTÍNEZ, J.M.

- “Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los derechos y libertades de los inmigrantes en España”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, número 17, 2º semestre, 2009, Colex, págs., 33 a 51.
- *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias*, Universitas Internacional, Madrid, 2008.
- “Tribunal Constitucional y derechos de los extranjeros. Comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería”, *Teoría y Realidad Constitucional*, número 22, UNED, Madrid, 2008, págs. 625 a 649.
- “Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España. Comentario a la STS de 20 de marzo de 2003”, *Teoría y Realidad Constitucional*, número 12-13, 2º semestre 2003-1er semestre 2004, UNED, Madrid, págs. 631 a 654.

GOIZUETA VÉRTIZ, J.

- “La entrada y salida del territorio nacional: algunas reflexiones sobre la titularidad y el régimen del ejercicio del derecho”, *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas del siglo XXI*, VVAA, (Balado Ruíz-Gallego, M. coord.), Bosch, Barcelona, 2009, págs. 443 a 461.
- “El derecho de entrada y circulación”, *Los derechos de los inmigrantes en España*, VVAA, (Aja, E., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 91 a 120.
- *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 189 a 276.
- “Los diferentes regímenes jurídicos del Derecho a la libre circulación y residencia en territorio español: especial referencia a extranjeros y ciudadanos comunitarios”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, núm.16, 2007, recurso electrónico disponible en www.uv.es/CEFD

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.

- “El derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros: ¿un (i) limitado derecho a la justicia?, Los derechos de los inmigrantes en España, VVAA, (Aja, E., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 279 a 318.

GONZÁLEZ GARCÍA, I.

- “El acuerdo de España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática de aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla”, Anuario de Derecho internacional, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 2006 núm. 22, págs. 255 a 258, recurso electrónico disponible en http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/22221/1/ADI_XXII_2006_08.pdf

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M^a.

- “Algunas cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la Ley Orgánica 2/2009”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, UNED, Madrid, 2010, págs. 515 a 541.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.

- “Expulsiones en caliente, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla”, *Revista de Administración Pública*, núm. 196, Madrid, enero-abril 2015, págs. 309 a 329

GONZÁLEZ RIVAS, J.J

- *Extranjería y libre circulación de personas*, Comares, Granada, 1995.

GONZALEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J.

- *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad complutense, Civitas, Madrid, 1991.

GUTIÉRREZ GUTIRÉRREZ, I.

- “Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm.12, UNED, Madrid, 2011, págs. 1 a 44.

HERNÁNDEZ I SAGRERA, R.

- “FRONTEX: Proyección a nivel europeo de la visión de España sobre el control de fronteras”, *España en Europa 2004-2008*, coord. E. BARBÉ, Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea, número 4, febrero 2008, Instituto

Universitario de Estudios Europeos, Bellaterra, Barcelona, artículo número 10, págs. 1 a 4.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S.

- “El régimen de entrada en España: entrada, visados, tránsito y salida del territorio español. Estancias de corta duración: visitas personales, turismo, negocios”, *Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, VVAA, (Boza Martínez, D, Donaire Villa, F.J y Moya Malapiera, D. coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs.159 a 191.

JIMÉNEZ CAMPO J.

- *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P.

- *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1994.

LINDE PANIAGUA, E.

- “La ciudadanía de la Unión europea. La inmigración en el interior de la Unión”, *Inmigración, extranjería y asilo*, VVAA (Linde Paniagua, E. y Moreno Díaz, J.A., directores), Colex, Madrid, 2005, págs. 109 a 134.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.

- “La regulación del asilo territorial por medio de Convenios internacionales”, *Actas del seminario sobre Asilo, inmigración y cruce de fronteras*, VVAA, (Arias Fernández, G. y Ramírez Sánchez, B., coords.), Universidad Antonio de Nebrija, Dirección General de Policía, Comisaría General de Extranjería y Documentación, Ministerio del Interior, Madrid, 2001, págs. 45 a 56.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.

- “Para que el derecho no se detenga en las puertas de los CIE. Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 62, Madrid, 2009, págs. 253 a 281, recurso electrónico disponible en <http://www.icafe.com/docs/extranjeria/documents/arjie.pdf>
- “Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros”, artículo escrito en el marco del proyecto de investigación: “El internamiento de extranjeros, informes, propuestas de regulación, recomendaciones y actuaciones concretas para un mayor respeto de los derechos fundamentales”, financiado por el Colegio de Abogados de Madrid, en la Convocatoria 2008, para Ayudas para proyectos de Responsabilidad Social de la abogacía”, recurso electrónico disponible en www.icafe.com

MARTÍNEZ PARDO, V.J.

- “Estudio jurisprudencial sobre la detención de extranjeros”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, número 19 enero-junio 2007, recurso electrónico disponible en www.uv.es/ripj
- “El extranjero en la normativa de la Fiscalía General del Estado”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, número 18 septiembre-diciembre 2006, Universidad de Valencia, recurso electrónico disponible en www.uv.es/ripj
- Derecho sancionador en materia de extranjería: consideraciones generales”, *Revista Internauta de práctica jurídica*, número 18 septiembre-diciembre 2006, Universidad de Valencia, recurso electrónico disponible en www.uv.es/ripj

MIGUEL JUAN, C

- “El Convenio europeo de Derechos Humanos y la protección de los refugiados”, *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, VVAA (Chueca Sancho, A., director), Lex Nova, 2010, págs. 171 a 184.

MIRALLES SANGRO, P.P.

- “Democracia, derechos humanos y constitución exigen el cierre inmediato de los centros de internamiento de extranjeros (CIES)”, *Revista de Derecho UNED*, número 10, Madrid, 2012, págs. 731 a 742.
- “La inconstitucional Ley de Extranjería: una discriminación lesiva de los derechos humanos”, *A distancia*, Vicerrectorado de extensión universitaria, Madrid, 2001, volumen 19, núm.1, págs. 193 a 202.
- “Presente y futuro de la ciudadanía de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Colex, Madrid, núm,1, 2001, págs.153 a 158.

MONAR, J.

- “El camino de la Unión Europea hacia un sistema común de asilo: progreso, déficits y perspectivas futuras”, *Actas del seminario sobre Asilo, inmigración y cruce de fronteras*, VVAA, (Arias Fernández G. y Ramírez Sánchez, B., coords.), Universidad Antonio de Nebrija, Dirección General de la Policía, Comisaría General de Extranjería y Documentación, Ministerio del Interior, Madrid, 2001, págs. 57 a 71.

MORGADES GIL, S.

- “STEDH 21.01.2011. Gran Sala M.M.S. contra Bélgica y Grecia 30696/2009. Artículos 3 y 13 del CEDH – Prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes- Reglamento (CE) 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de Asilo (Dublín II). El funcionamiento

efectivo de la política europea de Asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes en el ámbito del CEDH”, *Revista de Derecho europeo comunitario*, núm. 41, enero-abril 2012, págs. 183 a 204.

- “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.37, 2010, págs. 801 a 842.

MOYA ESCUDERO, M.

- “La seguridad y el control: fundamento de las desigualdades en Europa”, *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, VVAA (Reig Fabado, I., directora), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 187 a 255
- “La expulsión de extranjeros del territorio nacional. Dudosa garantía de los derechos fundamentales”, *La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 1986, págs.1025 a 1042.

MOYA MALAPIERA, D.

- “¿Luchar contra los flujos migratorios o canalizarlos?: Evolución del régimen de entrada, residencia, trabajo y salida de extranjeros en el actual modelo de gestión Migratoria”, *Revista Catalana de Derecho Internacional Público*, número 40, 2010, págs. 73 a 114.
- “La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”, *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, número 10, julio a diciembre 2008, págs. 101 a 164, recurso electrónico disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/03DavidMoya.htm>
- “La evolución del sistema de control migratorio de entrada en España”, *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, VVAA (Aja, E. y Arango, J., coords.), Fundación CIDOB, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2006, págs. 47 a 84.
- La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, número 62, 2002, págs. 189 a 259.

y HERNÁNDEZ CALERO, D.

- “Los controles en frontera: denegación de entrada, orden de regreso y devolución”, “*La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, VVAA, (Boza Martínez. D, Donaire Villa, F.J y Moya Malapiera, D. coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 192 a 226.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.

- “Los extranjeros en España. Su situación jurídica desde la perspectiva constitucional y de extranjería”, ponencia-recapitulación, 2009, recurso electrónico disponible en www.cej.justicia.es

OLESTI RAYO, A.

- “La normativa y las políticas de la Unión Europea durante el segundo semestre de 2011 y el primer semestre de 2012”, *Inmigración crisis: entre la continuidad y el cambio*, Anuario de la Inmigración en España, VVAA (Aja, E., Arango, J. y Oliver Alonso, J., directores), CIDOB, Barcelona, 2013, págs. 234 a 252.
- “La Unión europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 40, 2010, págs. 21 a 52.
- Las políticas de la UE relativas al control de fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, julio a diciembre 2008, págs.13 a 48.
- “El Código de fronteras Schengen y las condiciones de entrada por las fronteras exteriores para los nacionales de terceros países”, *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España, Cuadernos de la Escuela Diplomática, Relaciones internacionales y Derecho*, volumen 33, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 82 a 115.
- “Inmigración irregular y el control de los flujos migratorio en la Unión Europea”, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional- Homenaje al profesor Carrillo Salcedo*, VVAA, (coords. Vargas Gómez-Urrutia, M y Salinas de Frías, A), Tomo II, Universidad de Sevilla, 2005, págs. 943 a 964.

ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S.

- “El derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros: un apunte constitucional”, *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas del siglo XXI*, VVAA, (Balado Ruíz-Gallego, M. coord.), Bosch, Barcelona, 2009, págs. 365 a 376.

PAJARES ALONSO, M.

- “Las políticas de inmigración en la Unión Europea”, *Inmigración, extranjería y asilo*, VVAA (Linde Paniagua, E. y Moreno Díaz, J.A., directores, Colex, Madrid, 2005, págs. 65 a 84.

PARIZA CASTAÑOS, L.M.

- “Gestión de flujos migratorios en la Unión Europea”, VVAA (Linde Paniagua, E. y Moreno Díaz, J.A., directores), Colex, Madrid, 2005, págs. 135 a 144.

PECES MORATE, J.E.

- “La tutela judicial de los inmigrantes”, *Inmigración, extranjería y asilo*, VVAA (Linde Paniagua, E. y Moreno Díaz, J.A., directores), Colex, Madrid, 2005, págs. 203 a 260.
- “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso”, *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, VVAA (Álvarez-Cienfuegos Suárez, J.M., director), Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2001, CGPJ, Madrid 2001, págs. 213 a 257.

PEDRAZ PENALVA, E.

- “El derecho a la libertad y seguridad. (Artículo 5 del CEDH)”, *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, VVAA, Cuadernos del Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 73 a 172.

PÉREZ GONZÁLEZ, C.

- *Migraciones y Derecho internacional. Gestión de flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PÉREZ SOLA, N.

- “La nueva legislación sobre asilo”, “*La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*”, VVAA, (Boza Martínez, D, Donaire Villa, F.J y Moya Malapiera, D. coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 597 a 620.

PIÑAR MAÑAS, J.L.

- “El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional (En torno a dos sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo)”, *Revista de Administración Pública*, número 93, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 1980, págs. 199 a 212.

REQUEJO IBÁÑEZ, J.L

- *Extranjería y refugio: práctica contencioso-administrativa*, La Ley-Actualidad, S.A, Madrid, 1997.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P

- *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

RODRÍGUEZ CANDELA, J.L

- “Medidas de alejamiento del territorio nacional: denegación de entrada-retorno, devolución y expulsión por estancia irregular”, *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas del siglo XXI*, VVAA, (Balado Ruíz-Gallego, M. coord.), Bosch, Barcelona, 2009, págs. 488 a 506.

y GARCÍA ESPAÑA, E.

- “La devolución del extranjero”, *Diario La Ley*, Sección doctrina, 1996, tomo 5, págs. 1 a 35, recurso electrónico disponible en www.laleydigital.es

SÁNCHEZ LEGIDO, A.

- “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de asilo”, *Inmigración y asilo*, VVAA (Trujillo Pérez, A. J. y Ortega Terol, J. M., coords.), Sequitur, Madrid, 2010, págs. 11 a 53.
- “Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura”, *Revista española de Derecho Internacional*, volumen 60, número 1, 2008, págs. 22 a 38.

SANTOLAYA MACHETTI, P.

- “Los inmigrantes en situación irregular: derechos, expulsión y regularización (1990-2004)”, *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, VVAA (Aja, E. y Arango, J, coords.), Fundación CIDOB, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2006, págs. 129 a 144.

SOLANS CORELLA, A.

- “Avances y retrocesos del derecho de asilo en España”, *Políticas migratorias, Asilo y Derechos Humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, VVAA (Solanes Corella, A. y La Spina, E., coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 301 a 339.

TABOADA GARCÍA, A.

- “El servicio de guardia en el ámbito de lo contencioso-administrativo. Sombras sobre la legalidad del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre del Consejo General del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, núm.7019, sección doctrina, Madrid, 2008.

TOMÉ GARCÍA, J.A.

- *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*, Colex, Madrid, 2014

TRUJILLO PÉREZ, A. J.

- “Las claves parlamentarias de la nueva ley reguladora del derecho de asilo y de la protección parlamentaria”, *Inmigración y asilo*, VVAA (Trujillo Pérez, A. J. y Ortega Terol, J. M., coords.), Sequitur, Madrid, 2010, págs. 54 a 92.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I.

- “La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional español”, *Teoría y Realidad Constitucional*, número 32, UNED, Madrid, 2013, págs. 391-428.

VACAS FERNÁNDEZ, F.

- *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios*, Dykinson, Madrid, 2007.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.

- “El sistema Europeo Común de Asilo: desarrollo normativo y refundición”, “Avances en el Sistema Europeo Común de Asilo (refundición), Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericano, Universidad de Varsovia, 2014, págs. 1 a 25, recurso electrónico disponible en www.academia.edu/2629858/ElsistemaeuropeoComundeAsiloMarinaVargas
- “La Unión europea frente al fenómeno migratorio”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.16, 1er. Semestre, 2009, págs. 221 a 239.

VIDAL FUEYO, M^a del C.

- “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 85, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero a abril 2009, págs. 353 a 379.
- “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución Española”, *Los derechos de los inmigrantes en España*, VVAA, (Aja, E., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 25 a 50.
- “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, número 18, UNED, Madrid, 2006, págs.429 a 441.
- *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

WOLFF, S.

- “EU border policies beyond Lisbon”, *Configurando el perfil normativo de la UE: un marco para la migración y las fronteras*, VV.AA, (Zapata Barrero, R, coord.), Fundación CIDOB, Sección Monografías, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2010, págs. 23 a 36.

Documentos e informes

ACNUR

- Guía de actuación en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional en el contexto de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, elaborada por el Equipo de Protección de la oficina de ACNUR en colaboración con el ICAM, Madrid 2011, recurso electrónico disponible en www.acnur.es
- “Protección de los refugiados en el Derecho internacional. Consultas globales en ACNUR sobre Protección Internacional”. 2010, recurso electrónico disponible en www.acnur.es
- Conclusiones del Comité ejecutivo del Programa de ACNUR, 1975-2000, Tomo IV, México, 2002, recurso electrónico disponible en www.acnur.es

ASOCIACIÓN PRO- DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA

- Informe “Derechos humanos en la frontera sur 2014”, recurso electrónico disponible en http://www.apdha.org/media/frontera_sur_2014_web.pdf

AMNISTÍA INTERNACIONAL

- Informe del 2012, recurso electrónico disponible en www.amnistiainternacional.org
- “Refugiados. Los derechos humanos no tienen fronteras”, 1997, recurso electrónico disponible en www.amnistiainternacional.org

CIDOB

- “Crisis migratorias en Melilla: un instrumento de negociación política”, en *Notes Internationals*, núm. 71, CIDOB, Barcelona, marzo 2013, recurso electrónico disponible en www.cidob.org.

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA (SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA)

- Dictamen acerca de la posible inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley 14/2013, de 28 de noviembre de reforma de la LO 4/2000, de 20 de noviembre del 2003, recurso electrónico disponible en <http://www.intermigra.info/archivos/saoji/InformeSubcInc.pdf>

- Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería, junio 2012, recurso electrónico disponible en www.icab.es/files
- Protocolos de actuación en materia de extranjería. Recomendaciones y conclusiones, recurso electrónico disponible en <http://www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/2010/archivos/XX-Encuentro-Abogacia-Derecho-Extranjeria-Asilo-Bcn-May2010/Subcomision-Extranjeria-CGAE/SUBCOMISION-EXT-CGAE/protocolos.pdf>

COMISIÓN EUROPEA

- Comunicación al Consejo y al Parlamento europeo, relativa a una política común en materia de inmigración ilegal, COM (2001) 672 de 15 de noviembre del 2001
- Comunicación al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2008) 360 final, de 17 de junio del 2008, recurso electrónico disponible en www.europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/index_es.htm
- Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, COM (2007) 757 final de 22 de noviembre, recurso electrónico disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0757:FIN:EN:PDF>
- Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre migración circular y asociaciones de movilidad ente la Unión Europea, COM (2007) 248 final, de 16 de mayo del 2007, recurso electrónico disponible en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2007/ES/1-2007-248-ES-F1-1.Pdf>
- Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre aplicación de la Directiva 2004/83/CE, COM (2010), 314 final, de 29 de abril del 2010, recurso electrónico disponible en http://eurored.ccoo.es/eurored/Instituciones_UE:Comision_Europea
- Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, COM (2002) 175 final, de 10 de abril del 2002.
- Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de Regiones sobre una Agenda europea de migración, COM (2015) 240 final, de 13 de mayo del 2015.
- Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo, COM (2007) 301 final, de 6 de junio del 2007, recurso electrónico disponible <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52007DC0301>

- Comunicados de prensa de la Comisión de fechas 23 y 9 de septiembre del 2015, 17 de junio del 2013 y 13 de julio del 2010, recurso electrónico disponible en http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/notas-de-prensa/index_es.htm
- Propuesta sobre refundición de las Directivas sobre admisión de estudiantes e investigadores nacionales de terceros países, de 25 de marzo del 2013, recurso electrónico disponible en www.euroalert.net

CONSEJO DE EUROPA

- Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración. Oficina de publicación de la UE. Agencia de los Derechos fundamentales de la UE. Consejo de Europa, Viena (Austria) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, edición del 2014, recurso electrónico disponible en www.migrarconderechos.es

CEAR

- Informe sobre la situación de los Centros de Internamiento en España, 2009, Diciembre, recurso electrónico disponible en www.icam.es
- Informe sobre la aplicación del Convenio de Dublín en España, 2000, recurso electrónico disponible www.derechos.org/nizkor/espana/doc/dublin.es

DEFENSOR DEL PUEBLO

- Informes del 2009, 2010, 2011 y 2012
- Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España, Madrid, 2005
- Recursos electrónicos disponibles en www.defensordelpueblo.es

DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO

- Informes anuales de los años 2013, de septiembre del 2014 y 2014, de mayo del 2015, recurso electrónico disponible en <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/annualreports.faces>

DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICIA

- Circular sobre criterios a valorar para solicitar el ingreso en Centros de Internamiento de extranjeros en situación irregular, de 27 de julio el 2014, recurso electrónico disponible en <http://www.policia.es/prensa/201407272.html>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Instrucciones 6/1991 y 3/2001
- Circular 2/2006

- Memoria 2012
- Recursos electrónicos disponibles en www.fiscal.es

FRONTEX

- Informe general del año 2013, recurso electrónico disponible en www.frontera.europa.frontex.eu
- Entrevista realizada al Director ejecutivo adjunto de la Agencia FRONTEX, de fecha 25 de octubre del 2012, recurso electrónico disponible en www.infodefensa.com

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA

- Informe sobre Derechos y libertades de las persona internadas en los Centros de Internamiento de Extranjeros, Comisión de Extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, 2011, recurso electrónico disponible en www.icab.es

MORALES L. y ROS, V.

- “La politización de la inmigración en España en perspectiva comparada”, Documentos CIDOB Migraciones, núm. 25, 2012, recurso electrónico disponible en www.cidob.org

VVAA

- Informe jurídico “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, de 27 de junio del 2014, recurso electrónico disponible en www.migrarconderechos.es
- Informe jurídico “Rechazos en frontera: ¿frontera sin derechos?”, de 13 de abril del 2015, recurso electrónico disponible en www.migrarconderechos.es

Índice de jurisprudencia

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Asunto Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto 1984
- Asunto Soreing c. Reino Unido, de 7 de julio 1989
- Asunto Amuur c. Francia, de 25 de junio 1996
- Asunto Chahal c. Reino Unido, de 15 de noviembre 1996
- Asunto H.L.R c. Francia, de 29 de abril 1997
- Asunto Selmouni c. Francia, de 28 de julio 1999
- Asunto Jabari c. Turquía, de 11 de julio 2000
- Asunto Hilal c. Reino Unido, de 6 e marzo 2001
- Asunto Baltaji c. Bulgaria, de 12 de julio 2001
- Asunto Aly Samy c. Países Bajos, de 18 de junio 2002
- Asunto Al-Nashif c. Bulgaria, de 20 de junio 2002
- Asunto N. c. Finlandia, de 26 de julio 2005
- Asunto Mibilanzila Mayeka y Kaanki Mitunga c. Bélgica, de 12 de octubre 2006
- Asunto Conka c. Bélgica, de 5 de febrero 2007
- Asunto Maslov c. Austria, de 22 de marzo 2007
- Asunto Gebremdhin c. Francia, de 26 de abril 2007
- Asunto Riad e Idiab c. Bélgica, de 24 de enero 2008
- Asunto Saadi c. Italia, de 28 de febrero 2008
- Asunto F.H. c. Suiza, de 20 de enero 2009
- Asunto Ben Salah c. Italia, de 24 de marzo 2009
- Asunto Abdolkhani y Kariminia c. Turquía de 22 de septiembre 2009
- Asunto Hokic y Hrusti c. Italia, de 1 de diciembre 2009
- Asunto Daoudi c. Francia, de 3 de diciembre 2009
- Asunto Louled Massoud c. Malta, de 27 de julio de 2010
- Asunto Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica, de 19 de enero 2010
- Asunto A.A c. Grecia, de 22 de julio 2010
- Asuno M.M.S. c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero 2011
- Asunto H.R. c. Francia de 22 de septiembre 2011
- Asunto J.H. c. Reino Unido de 20 de diciembre 2011
- Asunto Yoh- Ekate Mwanje c. Bélgica, de 20 de diciembre 2011
- Asunto Al Husin c. Bosnia Herzegovina, de 7 de febrero 2012
- Asunto Hirsi Jamma c. Italia, de 23 de febrero 2012
- Asunto S.F y otros c. Suecia, de 15 de mayo 2012
- Asunto Labsi c. Eslovaqui, de 15 de mayo 2012
- Asunto A.A c. Suecia, de 28 de junio 2012
- Asunto Udeh c. Suiza, de 16 de abril 2013
- Asunto Barjamaj c. Grecia, de 2 de mayo 2013
- Asunto Hasanbasic c. Suiza, de 11 de junio 2013
- Asunto N.K. c. Francia, de 19 de diciembre 2013
- Asunto A.C. c. España, de 22 de abril 2014

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- Asunto C-357/2009 de 30 de Noviembre (Said Shamilovich Kadzoev c. Bulgaria)
- Asunto C-72/2008 de 9 de julio de 2009 (Comisión c. España)
- Asunto C-355/2010 de 5 de septiembre 2012 (Parlamento c. Consejo)
- Asunto C-383/2013 de 10 de septiembre 2013 (Decisión prejudicial planteada por Países Bajos)
- Asunto C-473/2013 y 514/13 de 17 de julio 2014 (Adala Bero c. Alemania y Ettayebi Bouzalmate c. Alemania)
- Asunto C-146/14 PPU de 5 de junio 2014 (Bashir Mohammed Ali Mahdi c. Bulgaria)
- Asunto C-249/13 de 11 de diciembre 2014 (Khaled Boudjlida c. Francia)

SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 99, de 25 de abril)
- STC 39/1983, de 16 de mayo (BOE 144, de 17 de junio)
- STC 107/1984, de 23 de noviembre (BOE 305, de 21 de diciembre)
- STC 95/1985, de 30 de septiembre (BOE 265, de 5 de noviembre)
- STC 98/1986, de 10 de julio (BOE 175, de 23 de julio)
- STC 3/1987, de 7 de julio (BOE 180, de 29 de julio)
- STC 74/1987, de 25 de mayo (BOE 137, de 9 de junio)
- STC 115/87, de 7 de julio (BOE 180, de 29 de julio)
- STC 126/1987, de 16 de julio (BOE 191, de 11 de agosto)
- STC 196/1987, de 11 de diciembre (BOE 7, de 8 de enero 1988)
- STC 22/1988, de 18 de febrero (BOE 52, de 11 de marzo)
- STC 71/1988, de 19 de abril (BOE 108, de 5 de mayo)
- STC 120/1990, de 27 de junio (BOE 181, de 30 de julio)
- STC 144/1990, de 26 de septiembre (BOE 254, de 23 de octubre)
- STC 206/1991, de 30 de octubre (BOE 284, de 27 de noviembre)
- STC 241/1991, de 16 de diciembre (BOE 13, de 15 de enero 1992)
- STC 94/1993, de 22 de marzo (BOE 100, de 27 de abril)
- STC 116/1993, de 29 de marzo (BOE 107, de 5 de mayo)
- STC 254/1993, de 20 de julio (BOE 197, de 18 de agosto)
- STC 341/1993, de 18 de noviembre (BOE 295, de 10 de diciembre)
- STC 12/1994, de 17 de enero (BOE 41, de 17 de febrero)
- STC 16/1994, de 20 de enero (BOE 41, de 17 de febrero)
- STC 218/1994, de 18 de julio (BOE 197, de 18 de agosto)
- STC 242/1994, de 20 de julio (BOE 197, de 18 de agosto)
- ATC 55/1996, de 6 de marzo
- STC 182/1996 de 12 de noviembre (BOE 303, de 17 de diciembre)
- STC 86/1996 de 21 de mayo (BOE 150, de 21 de junio)
- STC 22/1998 de 18 de febrero (BOE 47, de 24 de febrero)
- STC 117/1998, de 2 de junio (BOE 158, de 3 de julio)

- STC 138/1998, de 29 de junio (BOE 181, de 30 de julio)
- STC 174/1999, de 27 de septiembre (BOE 263, de 3 de noviembre)
- STC 104/2000, de 13 de abril (BOE 119, de 18 de mayo)
- STC 179/2000, de 26 de junio (BOE 180, de 28 de julio)
- STC 183/2001, de 17 de septiembre (BOE 251, de 19 de octubre)
- STC 53/2002 de 27 de febrero (BOE 80, de 3 de abril)
- STC 95/2003, de 22 de mayo (BOE 139, de 10 de junio)
- STC 72/2005, de 4 de abril (BOE 111, de 10 de mayo)
- STC 303/2005, de 24 de noviembre (BOE 304, de 21 de diciembre)
- STC 317/2005 de 12 de diciembre (BOE 10, de 12 de enero 2006)
- STC 260/2006 de 11 de septiembre (BOE 243, de 11 de octubre)
- STC 205/2007 de 24 de septiembre (BOE 261, de 32 de octubre)
- STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE 295, de 10 de diciembre)
- STC 259/2007, de 19 de diciembre (BOE 19, de 22 de enero 2008)
- STC 260/2007, de 20 de diciembre (BOE 19, de 22 de enero 2008)
- STC169/2008, de 15 de diciembre (BOE 8, de 9 de enero 2009)
- STC 172/2008, de 18 de diciembre (BOE 21 de 24 de enero 2009)
- STC 17/2009, de 26 de enero (BOE 49, de 26 de febrero)
- STC 84/2009, de 30 de marzo (BOE 102 de 27 de abril)
- STC 145/2011, de 26 de septiembre (BOE 258, de 26 de octubre)
- STC 17/2013, de 31 de enero (BOE 49, de 26 de febrero)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 25 de junio 1980 (ROJ 1593/1980)
- STS de 3 de noviembre 1981 (ROJ 1659/1981)
- STS de 11 de abril 1995 (ROJ 2139/1995)
- STS 28 de julio 2001 (ROJ 6680/2001)
- STS de 14 de noviembre 2001 (ROJ 8881/2001)
- STS 28 de septiembre 2002 (ROJ 6289/2002)
- STS de 20 de marzo 2003 (ROJ 1924/2003)
- STS 17 de junio 2003 (ROJ 4226/2003)
- STS de 13 de octubre 2003 (ROJ 6218/2003)
- STS de 25 de mayo 2004 (ROJ 3613/2004)
- STS de 1 de junio 2004 (ROJ 3790/2004)
- STS de 14 de diciembre 2004 (ROJ 8069/2004)
- STS de 21 de marzo 2005 (ROJ 1739/2005)
- STS de 1 de abril 2005, (ROJ 1963/2005)
- STS de 7 de julio 2005 (ROJ 4591/2005)
- STS de 22 de diciembre 2005 (ROJ 8138/2005)
- STS de 12 de enero 2006 (ROJ 38/2006)
- STS 30 de junio 2006 (ROJ 3949/2006)
- STS de 3 de febrero 2006 (ROJ 233/2006)
- SSTSS 6 de noviembre 2006 (ROJ 7051/2006 y ROJ 7054/2006)
- STS 5 de diciembre 2007 (ROJ 8967/2007)
- STS de 24 de junio 2008 (ROJ. 3227/2008)
- STS de 31 de octubre 2008 (ROJ 5907/2008)

- STS de 28 de noviembre 2008 (ROJ 6383/2008)
- STS de 17 de febrero 2009 (ROJ 1679/2009)
- STS de 6 de octubre 2009 (ROJ.6105/2009)
- STS de 24 de febrero 2010 (ROJ 1844/2010)
- STS de 1 de abril 2011 (ROJ 1876/2011)
- STS de 29 de abril 2011 (ROJ 2331/2011)
- STS de 17 de mayo 2011 (ROJ 2926/2011)
- STS de 14 de junio 2011 (ROJ 4094/2011)
- STS de 8 de julio 2011 (ROJ 4542/2011)
- STS de 29 de septiembre 2011 (ROJ 5953/2011)
- STS de 28 de octubre 2011 (ROJ 7462/2011)
- STS de 24 de febrero 2012 (ROJ 1197/2012)
- STS de 22 de marzo 2012 (ROJ. 2061/2012)
- STS de 28 de septiembre 2012 (ROJ 6394/12)
- STS de 12 de marzo 2013 (ROJ 988/2013)
- SSTS de 27 de marzo 2013 (ROJ 1541/2013 y ROJ 1971/2013)
- STS de 16 de diciembre 2013 (ROJ 6000/2013)
- STS de 20 de diciembre 2013 (6196/2013)
- STS de 10 de febrero 2015 (ROJ 807/2015)

**SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

- SAN de 11 de junio 1999 (ROJ 3906/1999)
- SAN 26 de junio 2001 (ROJ 4113/2001)
- SAN 22 de octubre 2002 (ROJ 5812/2002)
- SAN de 17 de junio 2003 (ROJ 5111/2003)
- SAN 30 de marzo 2004 (ROJ 2248/2004)
- SAN de 24 de noviembre 2004 (ROJ 7422/2004)
- SAN 12 de enero 2005 (ROJ 27/2005)
- SAN 15 de junio 2005 (ROJ 3222/2005)
- SAN 27 de octubre 2006 (ROJ 4876/2006)
- SAN de 31 de marzo 2010 (ROJ 1477/2010)
- SAN de 14 de marzo 2013 (ROJ 1033/2013)
- SAN de 4 de diciembre 2013 (ROJ 5331/2013)
- SAN de 13 de marzo 2014 (ROJ 951/2014)

AUTOS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- Auto de 20 de enero 2010 Sección Cuarta
- Auto de 5 de septiembre 2013, Sección Octava

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Andalucía, con sede en Málaga, Sala de lo Contencioso, 182/13, de 25 de enero
- STSJ de Andalucía, con sede en Málaga, Sala de lo Contencioso, 926/2010, de 26 de febrero

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de marzo 2009, Sección 5ª
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de junio 2012, Sección 15
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de enero 2013, Sección 16

JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

- Auto del Juzgado nº 4 de Madrid, de 29 de enero 2009
- Auto del Juzgado nº 15 de Madrid, de 18 de junio 2009
- Auto del Juzgado nº 22 de Madrid, de 9 de julio 2009
- Auto del Juzgado nº 3 de Madrid, de 19 de noviembre 2009
- Auto del Juzgado nº 11 de Madrid, de 10 de mayo 2010
- Auto del Juzgado nº 3 de Madrid, de 28 de marzo 2011
- Auto del Juzgado nº 18 de Madrid, de 19 de abril 2011
- Auto del Juzgado nº 10 de Madrid, de 12 de enero 2015

JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN

- Auto del Juzgado nº 5 de Algeciras, de 3 de agosto 2001
- Auto del Juzgado nº 12 de Madrid, de 3 de febrero 2009
- Auto del Juzgado nº 43 de Madrid, de 3 de julio 2009
- Auto del Juzgado nº 9 de Bilbao, de 28 de agosto 2009
- Auto del Juzgado nº 36 de Madrid, de 2 de diciembre 2009
- Auto del Juzgado (de 1ª Instancia e Instrucción) nº 6 de Areys del Mar, de 24 de mayo 2010
- Auto del Juzgado nº 4 de Bilbao, de 1 de septiembre 2010
- Auto del Juzgado nº 44 de Madrid, de 25 de marzo 2011
- Auto del Juzgado nº 17 de Madrid, de 16 de abril 2011
- Auto del Juzgado nº 3 de Irún, de 18 de agosto 2011
- Auto del Juzgado nº 51 de Madrid, de 4 de febrero 2012
- Auto colectivo dictado por los Juzgados núms. 6, 19 y 20 de Madrid, de 27 de febrero 2012
- Auto del Juzgado nº 5 de Bilbao, de 12 de septiembre 2013
- Auto del Juzgado nº 6 de Madrid, de 15 de abril 2014

- Auto del Juzgado nº 1 de Barcelona, de 23 de junio 2014
- Auto del Juzgado nº 43 de Madrid, de 5 de septiembre 2014
- Auto del Juzgado (de 1ª Instancia e Instrucción) nº 2 de Melilla, de 11 de septiembre 2014
- Auto del Juzgado nº 1 de Bilbao, de 16 de septiembre 2014
- Auto del Juzgado nº 5 de Bilbao, de 7 de octubre 2014
- Auto del Juzgado nº 5 de Valladolid, de 26 de febrero 2015