



## **DICTAMEN SOBRE LA ADECUACION AL ORDENAMIENTO JURIDICO TANTO ESPAÑOL COMO INTERNACIONAL DE LA DIRECTIVA P6 TA PROV (2008) 0293 SOBRE PROCEDIMIENTOS Y NORMAS COMUNES PARA EL RETORNO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAISES QUE SE ENCUENTREN ILEGALMENTE EN SU TERRITORIO**

### I.- ANTECEDENTES

1.- En el Tratado de Ámsterdam de 1997 la Unión Europea asumió competencias en materia de expedición de visados, admisión y control de entradas de personas provenientes de terceros estados, estancia y residencia de los mismos en territorio de la Unión Europea, así como en los asuntos relativos al asilo político.

2.- En 1999 el Consejo Europeo de Tampere expresó la voluntad de la Unión Europea de armonizar, con un planteamiento coherente y desde un punto de vista de respeto a los derechos humanos, las políticas de inmigración y asilo, estableciendo un sistema común de asilo, una política de inmigración legal y un plan de lucha contra la inmigración ilegal.

3.- El año 2001 el Consejo Europeo de Laeken promovió un plan de acción contra la inmigración ilegal finalmente aprobado por el Consejo en febrero de 2002.

4.- En el año mismo año 2002 la Comisión Europea elaboró in Libro verde relativo a la política comunitaria de retorno de ciudadanos de terceros países en situación de estancia ilegal en la Unión Europea.

5.- El Consejo Europeo de Bruselas en 2004 pidió que se estableciera una política eficaz de expulsión y repatriación basada en normas comunes para las personas que vayan a ser repatriadas, de manera humana y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad.

6.- El año 2005 la Comisión Europea formuló una propuesta sobre procedimientos y normas comunes para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio - en el ámbito de la codecisión- al Parlamento Europeo y al Consejo, la cual fue finalmente aprobada el día 18 de junio de 2008.

## **II.- OBSERVACIONES**

Conviene concretar que el ámbito de la Directiva informada hace referencia a los mecanismos de repatriación – tanto voluntaria como forzosa- que en el Derecho Español se hallan configurados en las figuras jurídicas de la expulsión, el rechazo y consiguiente retorno en frontera, la devolución y la salida obligatoria, así como el mecanismo de repatriación de menores extranjeros no acompañados.

A fin de analizar el encaje jurídico se va a proceder a un análisis comparativo en dos planos:

\* Normativa española, incluyendo tanto el marco proporcionado por la Constitución de 1978, la Jurisprudencia Constitucional (STC 107/1984, STC 115/1987, STC 95/2003, STC 236/2007, STC 260/2007 y siguientes) y otras leyes de referencia específica ( Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social según sucesivas modificaciones introducidas por las leyes orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003, Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor).

\* Normativa internacional, tanto de ámbito europeo y comunitario como global, entre ella, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Internacional sobre los Derechos de Niño de 1990 y la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2000.

## **III.- ANALISIS**

Tras una lectura pormenorizada y detallada del texto de la Directiva objeto de dictamen se opta por un desglose según las materias susceptibles de vulneración de los marcos jurídicos especificados, todo ello desde al perspectiva de base que nos ofrecen dos artículos concretos de la Constitución de 1978 y sobre los que ha de girar todo el análisis

### Artículo 10

1. 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 de la paz social.

2. 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.

### Artículo 13

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

## 1.- MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

El artículo 10 de la Directiva objeto de estudio prevé y articula la expulsión de menores, fijando que previamente las autoridades del Estado Miembro deben haber obtenido la *garantía* de que dicho menor será entregado a un miembro de su familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en su Estado de retorno.

Ha de resaltarse que dado que el artículo 3.c de la Directiva prevé – en defecto se entiende del retorno a su país de origen- el retorno de las personas expulsadas a países de tránsito con acuerdos de readmisión o de otro tipo, cabe que el menor sea expulsado a un país que no sea el de su origen: éste extremo se ve confirmado por el artículo 10.2 que prevé unos servicios de recepción de menores en el Estado de “retorno” y no en el de origen del menor.

Asimismo ha de entenderse que todas las disposiciones comunes a las decisiones de expulsión y retorno de la mencionada Directiva (prohibición de entrada, recurso, asistencia letrada, etc) son de aplicación para con los menores extranjeros no acompañados.

También cabe aplicar a los niños extranjeros en situación administrativa ilegal las previsiones sobre internamiento dado que podrán ser internados en centros a tal fin, incluso cabría la posibilidad de internamiento en establecimientos de carácter penitenciario según la redacción del artículo 17.4<sup>1</sup>

*“a los menores no acompañados se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad.”*

Asimismo se les aplicará a los menores las consecuencias previstas en la Directiva y relativas a la prohibición de entrada por un plazo de cinco años.

En la **normativa española**, la Constitución en su artículo 39 párrafo cuatro reconoce que

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Por otro lado, el artículo 35 de la vigente Ley de Extranjería<sup>2</sup> establece que la resolución administrativa sobre el retorno de niños extranjeros en situación de desamparo se basará en el principio de reagrupación familiar y previo informe de los servicios de protección de menores: dicho artículo asimismo se halla desarrollado por

---

<sup>1</sup> El artículo 16 de la Directiva prevé como **norma general** el internamiento en centros específicos especializados pero se prevé el internamiento en centros penitenciarios.

<sup>2</sup> Ley Orgánica Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, por la Ley Orgánica 11/2003 y por la Ley Orgánica 14/2003

el artículo 93 del Real Decreto 2393/2004<sup>3</sup> el cual amplía la previsión legal, añadiendo que, de acuerdo con el principio del interés superior del menor, la repatriación **sólo** se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen.

Dicho marco normativo ha de aplicarse bajo la cobertura específica de la Ley Orgánica 1/1996<sup>4</sup> de protección jurídica del menor, obviamente también de aplicación a menores extranjeros, que determina lo siguiente

#### Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años **que se encuentren en territorio español**, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

#### Artículo 2. Principios generales

En la aplicación de la presente Ley **primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir**. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

## CAPITULO II. DERECHOS DEL MENOR

#### Artículo 3. Referencia a Instrumentos Internacionales

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, **nacionalidad**, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

**Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional.**

---

<sup>3</sup> Real Decreto 2393/2004 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, por la Ley Orgánica 11/2003 y por la Ley Orgánica 14/2003 (BOE 23 de septiembre).

<sup>4</sup> Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica al menor (BOE 17 de enero)

Por su parte la **legislación internacional** y en concreto la Convención Internacional sobre los Derechos de Niño<sup>5</sup> dado que, atendiendo a la remisión de la ley española, hemos de acudir al referido texto internacional -ratificado por España en 1990- el cual en su articulado<sup>6</sup> establece

#### Artículo 2

1. **Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.**

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para **garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición**, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

#### Artículo 3

1. 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.**

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

#### Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar **efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención**. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales,

---

<sup>5</sup> Adoptada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1959 y ratificada por España con fecha 30 de noviembre de 1990 (BOE 313/1990).

<sup>6</sup> Asimismo cabe entender de aplicación la Carta Europea de los Derechos del Niño A-3-0172 de 1992, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo

los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

De manera complementaria, y a mayor abundamiento, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales – aprobada en el año 2000<sup>7</sup>- establece

#### Artículo 24. Derechos del menor

1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

**2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.**

3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

Cabe asimismo mencionar el concepto de repatriación de menores y su entrega a unos “servicios de recepción adecuados” en su estado de retorno: además de reiterar que el estado de retorno no tiene porque ser el estado de origen del niño – ex artículo 10.2 de la Directiva- habrá que plantearse de qué se está hablando cuando se refiere realmente a países en vías de desarrollo con precarias o nulas estructuras asistenciales para colectivos vulnerables en este caso, niños.

De lo expuesto anteriormente cabe extraer la vulneración del marco jurídico español, el cual se halla en posiciones bastantes más garantistas y tuitivas para con el interés del menor, dado que el hecho de ser extranjero “*no puede suponer para un menor no acompañado elemento de discriminación negativa a la hora de aplicarle la legislación española de menores y todo el abanico de protección y garantías que establece*”<sup>8</sup>, y, muy especialmente, del marco jurídico internacional, dado que la Directiva prima de manera palmaria el interés del Estado Miembro en perjuicio y detrimento del interés - más digno de protección, según se ha acreditado- del menor y, concretamente, al prever tanto la detención e internamiento del menor así como un castigo como es la expulsión para los niños extranjeros en situación irregular los cuales sólo han cometido una mera infracción administrativa, además de permitir la Directiva informada la expulsión del niño a un país que no es el de origen.

---

<sup>7</sup> Diario Oficial de la Comunidad Europea DOCE 364/2000, de 18 de diciembre

<sup>8</sup> Conclusiones del 18 Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo. Conclusión III. Las Palmas, mayo 2008.

## 2.- EL INTERNAMIENTO

El artículo 15 de la Directiva objeto de este dictamen permite que las autoridades administrativas acuerden internar a los extranjeros que se hallen incurso en procesos de retorno al efecto de preparar el mismo o la ejecución del proceso de expulsión.

A tal fin el párrafo 2 del artículo 15 prevé que la decisión sobre el internamiento pueda ser tomada por *autoridades administrativas*, estableciendo que, para tal caso, se dispondrá el control judicial *rápido* de la legalidad del internamiento que deberá decidirse *lo más rápidamente posible*.

El artículo 15.5 de la Directiva prevé que el internamiento duré hasta un *máximo de seis meses* que- sin embargo- *puede prorrogarse por los estados miembros hasta otros doce meses* más si “*cabe presumirse*” que la expulsión se prolongará debido bien a la falta de cooperación del sujeto objeto de retorno, bien por demoras en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir terceros países.

Asimismo el artículo 16 establece como “*norma general*” que el internamiento se realizará en centros específicos pero, en caso de que el Estado miembro no pueda proporcionar tal “alojamiento”, cabe realizarlo en centros penitenciarios

Por otro lado, el artículo 16.2 expresa que sólo *previa petición* se autorizará a los internos a que *entren en contacto en el momento oportuno* con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes.

Finalmente, el artículo 16.3 prevé la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades para las personas “vulnerables”.

El **marco jurídico español** regulador de la figura del internamiento se halla en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social según sucesivas modificaciones introducidas por las leyes orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003: su articulado establece que

### Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento

1. Incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del art. 54, así como a), d) y f) del art. 53,<sup>9</sup> en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá **solicitar al juez** de instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión.

---

<sup>9</sup> Hace referencia a los supuestos en que se puede solicitar el internamiento, que son más amplias que la mera estancia en situación irregular, por ejemplo, promover la inmigración clandestina, realizar actividades contrarias a la seguridad exterior de España o la realización de actividades contrarias al orden público.

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

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

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

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

Artículo 62 bis. **Derechos** de los extranjeros internados

Los extranjeros sometidos a internamiento tienen los siguientes derechos:

a) A **ser informado** de su situación.

b) A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.

c) A que se **facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico**, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.

d) A **recibir asistencia médica y sanitaria adecuada** y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro.

e) A que **se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional**.



f) A **ser asistido de abogado**, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.

g) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.

h) A **ser asistido de intérprete** si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.

i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

#### Artículo 62 quáter. Información y reclamaciones

1. Los extranjeros recibirán a su ingreso en el centro **información escrita** sobre sus derechos y obligaciones, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones o quejas. La información se les facilitará en un idioma que entiendan.

2. Los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento.

Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al director del centro, el cual las atenderá si son de su competencia o las pondrá en conocimiento de la autoridad competente, en caso contrario.

Todo este bagaje legal es desarrollado posteriormente por el Real Decreto 2393/2004 en sus artículos 153 a 155.

Asimismo este *corpus* jurídico sobre el internamiento esta integrado asimismo por las previsiones sobre la privación de libertad que contiene la Constitución de 1978 la cual establece que

#### Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. **La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos**, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. **Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención**, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

#### Artículo 24

1. Todas las personas tienen **derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.**

2. Asimismo, **todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos**, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

#### Artículo 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. **La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.**

En este ámbito relativo al internamiento es especialmente trascendente la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, sobre la que tuvo oportunidad de pronunciarse en la Sentencia número 115/87 sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo respecto a diversos artículos de la Ley Orgánica 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y, en concreto, sobre la figura del internamiento de extranjeros en situación administrativa irregular: para nuestro Alto Tribunal **sólo** se entiende el internamiento de extranjeros en situación administrativa irregular por espacio superior a las 72 horas – periodo límite de la detención policial- si tal internamiento es sometido a control judicial según se extrae del prolijo Fundamento Jurídico Segundo de la referida Sentencia

**“La voluntad de la Ley, y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las 72 horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad.** No deja de ser relevante al respecto la previsión contenida en el art. 117.4 CE que permite la atribución por Ley de funciones no juzgadoras a los órganos judiciales "en garantía de cualquier derecho", y, en el presente caso, para la garantía de la libertad del extranjero afectado. Por consiguiente, a la luz de la Constitución, el término "interesar", ha de ser entendido como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero más allá del plazo de 72 horas.

Lo que el precepto legal establece es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de 72 horas, ha de solicitar del Juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión. El órgano judicial habrá de 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 (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su 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 art. 17.2 CE, sino, al mismo tiempo, también del art. 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad.** Tampoco entraría el precepto en colisión con el art. 24.2 CE, porque del mismo no se deduce limitación alguna de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el correspondiente procedimiento.

**La disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma.** Este carácter judicial de la privación de libertad hace plenamente aplicable también al caso de los extranjeros la doctrina sentada por este Tribunal, para el supuesto distinto de la prisión provisional. **Ha de decirse que el internamiento del extranjero "debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar"** (STC 41/1982 de 2 julio). La S 12 marzo 1987 ha sostenido que este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del "*favor libertátis*", lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial.

Este carácter excepcional, resulta ya del propio art. 26.2 LO 7/1985, que aun cuando utiliza el término "imprescindible" sólo respecto a la duración, implícitamente parece dar a entender que ha de ser también imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no es la sustanciación del expediente de expulsión, sino las propias circunstancias del caso, por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad, siendo el Juez, guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones.

**Este carácter restringido y excepcional de la medida de internamiento se refleja también en la existencia de una duración máxima, de modo que la medida de internamiento no puede exceder, en ningún caso, de 40 días, que es también la duración máxima de la prisión preventiva de los extranjeros prevista en el art. 16.4 Convenio Europeo de Extradición de 12 diciembre 1957, ratificado por España el 21 abril 1982 (BOE 8 junio).** Dentro de esa duración máxima podrá el Juez autorizar la pérdida de libertad sin perjuicio de que, en el caso de haberse autorizado una duración menor, pueda la autoridad administrativa solicitar de nuevo del órgano judicial la ampliación del internamiento sin superar, claro está, el tiempo máximo fijado en la Ley.

**La decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser "adoptada mediante resolución judicial motivada"** (STC 41/1982 de 2 julio), que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (art. 24.1 y 17.3 CE), incluidos los previstos en el art. 30.2 LO 7/1985 de 1 julio, en conexión con el art. 6.3 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el art. 35 LO 7/1985 de 1 julio, en conexión con el art. 5.4 del citado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se cumple así la exigencia que el Tribunal de Estrasburgo estableció en su S 18 junio 1971 (Caso de Wilde, Ooms y Versyp), de que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con "unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal".

Es decir, el precepto impugnado respeta y ha de respetar el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de "habeas corpus" del art. 17.4 CE, tanto en lo que se refiere a la fase gubernativa previa, dentro de las 72 horas, como también respecto a esa prolongación del internamiento en caso necesario, más allá de las 72 horas, en virtud de una resolución judicial. **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.**

Es cierto que, como el Defensor del Pueblo alega, el pfo. 2º núm. 2 art. 26 habla de "interesando el internamiento a su disposición", con lo que parecería dar a entender una disponibilidad administrativa sobre la libertad que estaría en contradicción con el claro mandato del art. 17.2 que precisamente habla de "a disposición de la autoridad judicial". Sin embargo, como ya se ha dicho, el extranjero respecto a su libertad a partir de las 72 horas se encuentra a la plena disponibilidad judicial, que cesará en el momento en que el Juez mismo decida la puesta en libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicite del órgano judicial la entrega del detenido para proceder a su efectiva expulsión. Se posibilita así sin restricciones la actuación del Juez como garante de la libertad de la persona.

Finalmente, **el internamiento ha de ser en centros o locales "que no tengan carácter penitenciario", garantía adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios.**

Todo este conjunto de garantías deducibles, en un caso del propio texto de la Ley, y en otros de su integración con los preceptos constitucionales, con el Convenio Europeo de 1950 y con la propia doctrina de este Tribunal, hacen que el internamiento de los extranjeros no pueda considerarse ni de carácter administrativo, ni sin las garantías de fondo y forma que eviten su carácter arbitrario. En consecuencia, al ser susceptible de una interpretación conforme a la Constitución, tal y como se ha señalado en este fundamento, no puede ser considerado como inconstitucional el pfo. 2º núm. 2 art. 26 LO 7/1985 de 1 julio.

En lo que se refiere al **ordenamiento internacional** cabe entender de aplicación las previsiones del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966<sup>10</sup>

#### Artículo 5

**1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.**

**2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.**

#### Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

#### Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. **Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.** Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

---

<sup>10</sup> Ratificado por España en 1977 (BOE 103/1977)

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

**4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.**

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

#### Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) **Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;**

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

#### Artículo 14

**1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.** La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses

de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes **garantías mínimas**:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Resulta de aplicación también la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, también ratificada por España<sup>11</sup> que prevé el derecho a la comunicación consular y el derecho de asistencia consular a las personas extranjeras en países terceros en su artículo 36

Artículo 36. Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) **los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos.** Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, **las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado.**

c) **los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía, que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia.** Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. **Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.**

Asimismo son aplicables las normas previstas en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio de Roma de 1950<sup>12</sup>, el cual establece que

<sup>11</sup> Ratificada por España en 1970 (BOE 56/1970)

<sup>12</sup> Ratificado por España en 1979 (BOE 243/1979)



## Artículo 5 Derecho a la libertad y a la seguridad

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

**2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.**

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párr. 1 c) del presente artículo **deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez** o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento **tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial**, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad, si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

#### Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo

1. **Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial**, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) **A ser informado**, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, **poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio**, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) **A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.**

#### Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el 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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

#### 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.

#### Artículo 14. Prohibición de discriminación

**El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.**

En un ámbito intrínsecamente comunitario la Carta Europea de Derechos Humanos – citada anteriormente- viene a fijar lo siguiente

#### Artículo 19. Protección en caso de devolución, expulsión y extradición

1. Se prohíben las expulsiones colectivas.

2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

### CAPÍTULO III. IGUALDAD

#### Artículo 20. Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley.

#### Artículo 21. No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

Por lo anteriormente expuesto en lo relativo a la configuración del internamiento, su proceso de determinación en cuanto privación de libertad de una persona, así como las condiciones del mismo y los derechos inherentes a tal situación, la Directiva informada vulnera palmariamente el marco jurídico constitucional español y va en contra –frontalmente- de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha establecido para considerar ajustada a nuestra Constitución la figura del internamiento, toda vez que la norma comunitaria admite un “internamiento administrativo” con un más que difuso por indeterminado control judicial, de la misma manera que el plazo de tiempo del internamiento – mucho más extenso que el considerado por el Tribunal Constitucional como bastante, esto es, los 40 días- se puede prolongar a voluntad casi exclusiva de la autoridad administrativa hasta los 18 meses y – además- en establecimientos que pueden llegar a ser penitenciarios en defecto de los específicos. Finalmente los derechos de los internos sólo se reconocen como rogados, esto es, previa petición y para el momento que la administración considere oportuno, lo cual introduce un claro ámbito no ya de discrecionalidad administrativa sino de clara arbitrariedad, intolerable en un ámbito de derechos de la persona.

### 3.- LAS GARANTIAS PROCESALES

El artículo 12.2 de la Directiva establece que los Estados Miembros proporcionarán – sólo *previa petición*- una traducción escrita u oral de los *principales elementos* de las decisiones de retorno, incluida información sobre las vías de recurso, en una lengua que el extranjero comprenda o *pueda suponerse razonablemente que comprende*.

El artículo 12.3 permite eliminar la referida traducción de la resolución de retorno a los extranjeros que hayan entrado ilegalmente en el país, optando en ese caso por la entrega de un formulario-tipo normalizado

Asimismo el artículo 13.3 de la Directiva prevé que se “podrá tener” asesoramiento jurídico y, en su caso asistencia lingüística. En el párrafo 4 se habilita a los Estados para que “velen” para que -siempre a petición del interesado- se pueda disponer de asistencia jurídica gratuita y con una moratoria específica para su puesta en vigor de 36 meses tras la publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea según refiere el artículo 20.

Finalmente, el artículo 13.1 no garantiza el recurso jurisdiccional, dado que prevé también la interposición de recurso ante una autoridad administrativa u otro órgano competente.

En estos supuestos, el **marco jurídico español** regulador se hallaría – nuevamente- en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social según sucesivas modificaciones introducidas por las leyes orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003, y en concreto en el artículo 62 bis <sup>13</sup> y a cuyo texto explícito nos remitimos.

---

<sup>13</sup> Vid supra

Respecto a la cobertura que la Constitución española de 1978 proporciona en estos supuestos, asimismo, nos remitimos al texto del artículo 17.3<sup>14</sup> y sobretodo al enunciado del artículo 24 que reproducimos

#### Artículo 24

1. Todas las personas tienen **derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.**

2. Asimismo, **todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos,** a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

En este ámbito y específicamente al respecto del derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros en situación irregular, resulta muy clarificadora la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto expresada en la Sentencias número 107/1984 sobre un recurso de amparo y la Sentencia 95/2003 sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo respecto a diversos artículos de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita.

Para el Tribunal Constitucional – en la primera de las sentencias referidas- analizando el contenido del artículo 13 de la Constitución establece en su Fundamento Jurídico Tercero que

No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido 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 derechos 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.

Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio

---

<sup>14</sup> Vid supra

mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.

Se entiende, por tanto la tutela judicial efectiva como un de esos derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana<sup>15</sup>, pero para el acceso pleno a tal derecho se configura una conexión instrumental con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, pues la finalidad inmediata de éste -según se extrae de la Sentencia 95/2003 y en concreto de su Fundamento Jurídico Tercero- “radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones 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”. En la misma sentencia el Fundamento Jurídico Cuarto expresa que

“(...) toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario (...)”.

Dicha Sentencia concreta que

“ (...) todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia (insistimos: del modo y manera en que lo configura el legislador) si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos”.

Finalmente resulta de aplicación -por analogía y en cuanto personas privadas de libertad- lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en concreto en su artículo 520

Artículo 520

1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

**La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.** Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

**2. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las**

---

<sup>15</sup> En un sentido mucho más exhaustivo al respecto vid Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre (BOE nº 295 de 10 de diciembre)

razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.

d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.

e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.

f) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

3. Si se tratare de un menor de edad o incapacitado, la autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará las circunstancias del apartado 2 d) a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fueran halladas, se dará cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal. Si el detenido menor o incapacitado fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

En lo que se refiere al **ordenamiento internacional** cabe entender de aplicación las previsiones del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 ya mencionado y en concreto sus artículos 9.4 y 14<sup>16</sup> ya relatados, así como los artículos 5, 6 y 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>17</sup>.

Según mi opinión, y a la vista de los textos normativos manejados así como de la Jurisprudencia Constitucional citada, el contenido de la Directiva informada relativo a las garantías procesales vulnera rotundamente los derechos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional, toda vez que inicialmente no se establece una adecuada información y conocimiento respecto a la decisión de retorno, sobre la cual ni siquiera se asegura el derecho a que le sea traducida y, por lo tanto, entendible al

---

<sup>16</sup> Vid supra

<sup>17</sup> Vid supra

extranjero: asimismo las previsiones respecto a la asistencia jurídica y la gratuidad – en su caso- de la misma, son totalmente insuficientes y se dejan al albur de la mejor o peor voluntad política de los Estados Miembros, más allá incluso del generoso periodo transitorio para su adopción de 36 meses, lo cual afecta también a la tutela judicial efectiva.

Respecto a la habilitación de vías de impugnación o recurso contra las resoluciones de retorno, la solución planteada en la Directiva es claramente insatisfactoria y rompe con la concepción clásica del derecho a la tutela judicial efectiva, vulnerando el mismo, pues no garantiza el acceso a un órgano judicial imparcial al que someter la cuestión del retorno.

#### **IV.- CONCLUSIONES**

A.- En lo referido al tratamiento de la **repatriación de menores extranjeros no acompañados** la Directiva P6 TA PROV (2008) 0293, en tanto permite tal repatriación sin valorar el interés superior del menor, sin garantizar el debido acogimiento en beneficio del niño, con posibilidad de enviar al niño a un país que no sea el de su origen y autoriza el internamiento de los mismos, incluso en establecimientos no específicos, donde los derechos en cuanto niño y en cuanto persona detenida son gravemente menoscabados, tal Directiva vulnera en el plano internacional los artículos 2, 3 y 4 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y el artículo 24 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, al tiempo que en el plano interno vulnera el artículo 39 de la Constitución, el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social según sucesivas modificaciones y los artículos 1, 2 y 3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

B.- En referencia al **internamiento**, la Directiva P6 TA PROV (2008) 0293 permite que puedan ser autoridades administrativas las que decidan sobre la privación de libertad de un individuo, sobre cuya decisión a tal fin no existe garantía de un efectivo control judicial inmediato.

Asimismo en el mismo artículo 15 la referida Directiva autoriza que la prorroga del internamiento hasta los 18 meses se produzca por meras presunciones jurídicamente indeterminadas y sin ninguna concreción que garantice la inexistencia de discrecionalidad en la prolongación de la privación de la libertad de un ser humano, al tiempo que prevé que tal internamiento pueda realizarse en centros penitenciarios.



Por otro lado el artículo 16 de la Directiva no garantiza los derechos básicos (comunicaciones, asistencia consular, asistencia letrada, asistencia médica) de toda persona privada de libertad ni el momento en que puedan ejercerse tales derechos.

Por ello entiendo que en referencia al Derecho Internacional la Directiva P6 TA PROV (2008) 0293 vulnera los artículos 5, 7,9,10 y 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el artículo 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares, el artículo 5, 6, 8, 13 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los artículo 19, 20 y 21 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

Asimismo vulnera los artículos 17, 24 y 25 de la Constitución y la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, los artículos 62, 62 bis y 62 quáter de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social según sucesivas modificaciones introducidas por las leyes orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003 -además del desarrollo reglamentario de dicho artículos contemplado en el Real Decreto 2393/2004- así como el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

C.- En el ámbito de las **garantías procesales** la Directiva establece para los extranjeros objeto de retorno unos *derechos rogados*, esto es, sólo previa petición, lo que origina que si el extranjero no conoce esos derechos o la mera existencia de los mismos, no se le dará acceso a tales derechos: entre estos “derechos” esta el de conocer el acto concreto de retorno pero ni siquiera en su integridad sino sólo sus principales elementos lo cual vulnera el derecho a conocer la causa justificativa de retorno y/o internamiento e inhabilita una adecuada defensa, máxime si tampoco se garantiza la traducción adecuada del mismo, traducción que en todo caso se puede eliminar a los extranjeros que han entrado ilegalmente.

Tampoco se garantiza el derecho de defensa ni la asistencia jurídica, tanto la privada como la gratuita, aunque en este último caso se hace una tibia llamada a los Estados Miembros sin ningún valor normativo.

También se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva puesto que no se garantiza una vía jurisdiccional de impugnación vía recurso de las decisiones de retorno.

Por ello entiendo que en referencia al Derecho Internacional la Directiva P6 TA PROV (2008) 0293 vulnera los artículos 9.4 y 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el artículo 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares, el artículo 5, 6 y 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los artículo 19, 20 y 21 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

Asimismo vulnera los artículos 17.3 y 24 de la Constitución y la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto sobre extranjeros, asistencia jurídica gratuita y tutela judicial efectiva. También vulnera el artículo 62 bis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

integración social según sucesivas modificaciones introducidas por las leyes orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003, así como el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vitoria-Gasteiz, a 4 de julio 2008.