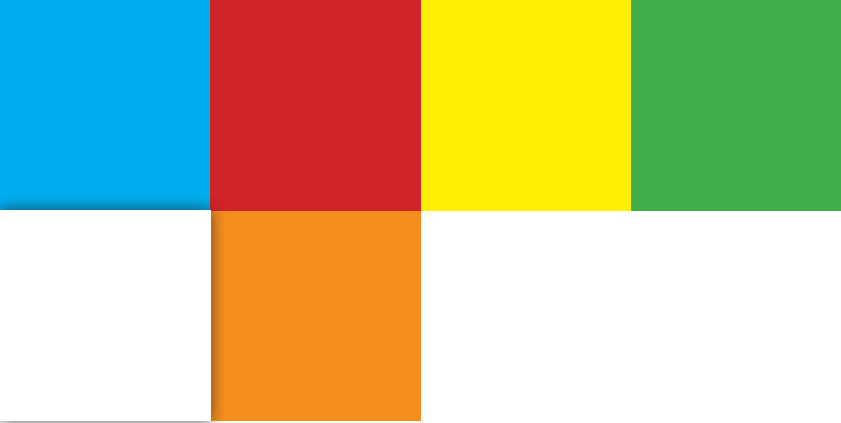




Informe de la Comisión Jurídica del
Consejo General de la Abogacía Española

Centros de Internamiento de Extranjeros en España:

régimen vigente y propuestas de futuro.

Abril
2012



Consejo General
de la Abogacía
Española



Índice

I. Introducción	3
II. Derecho de la Unión Europea	5
2.1. La Directiva 2008/115: su contenido y transposición al Derecho español	5
2.2. Jurisprudencia del TJUE: asuntos C-357/09 PPU, C-61/2011 y C-329/2011	14
III. Condiciones del internamiento. Estatuto jurídico de los internados	20
IV. Conclusiones del informe.....	27



I. Introducción

La situación jurídica de los Centros de Internamiento de Extranjeros en España, y los extranjeros ciudadanos de Estados que no se encuentran incluidos en el régimen de la ciudadanía europea o de la aplicación de las libertades fundamentales de la Unión, ha recibido durísimas críticas por parte de numerosas instituciones públicas¹ y por los diversos actores de la sociedad civil que han tenido contacto con ellos, desde que se produjo su implantación en España. Según datos del Informe presentado ante el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), en el año 2009 16.590 extranjeros fueron sometidos a la medida de internamiento².

La regulación en general de la materia de la extranjería y, en particular, de los Centros (a los que, en adelante, se hará referencia más abreviada como CIEs) ha sido objeto, además, de numerosos pronunciamientos jurisdiccionales, que según el caso han declarado inconstitucionales³ o anulado, usualmente por falta de rango normativo de las disposiciones enjuiciadas, algunos de sus contenidos, lo que ha generado mayor inseguridad jurídica en este ámbito⁴.

Expresiones como las de “páramo jurídico”, para hacer referencia al marco normativo de los CIEs, o de “limbo jurídico”, para calificar la situación en

la que se encuentran los internos en los CIEs, son comúnmente utilizadas en nuestro país; su uso revela un estado de cosas inaceptable, que las innumerables reformas de nuestra legislación de extranjería no ha sido capaz de paliar.

En el momento actual, se encuentran pendientes de desarrollo reglamentario los artículos 62 a 62 sexies, que son aquellos que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX), dedica al régimen de los CIEs, pues finalmente se decidió por el Gobierno no incluir en el último Reglamento de la

¹ Informe del Defensor del Pueblo de 2005. Este informe específico se ve acompañado en los informes anuales del Defensor del Pueblo de específicas observaciones. Al tiempo, son constantes sus recomendaciones sobre diversos aspectos del régimen de los CIEs, la mayoría de las cuales revelan actuaciones o situaciones que demandan una pronta actividad normativa y una fuerte inversión de recursos públicos. Valga como ejemplo la Recomendación 3/2010, de 21 de enero, sobre la actuación de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y la utilización de los sistemas de grabación de imágenes en el CIE de Madrid.

² Según los registros consultados para la elaboración de ese informe, sólo 8.935 de esos extranjeros fueron expulsados del país.

³ STC 115/1987, de 7 de julio de 1987; STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007.

⁴ Así, cabe citar la Sentencia de 20 de marzo de 2003, que anuló los apartados 2 y 6 del artículo 130 del Reglamento de 2001 de la LOEX, entre otros apartados de artículos o incisos concretos, y la Sentencia de 11 de mayo de 2005, que anuló los apartados 1, 2, 3, 6, 8 y 9 del artículo 30, y los artículos 33.5 y 34 de la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. También relevante la STS de 10 de enero de 2007, que desestimó íntegramente el recurso interpuesto contra diversos preceptos del Reglamento de 2004 de la LOEX.

LOEX, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, un régimen acabado de estos Centros, sino un único artículo (258) que contiene algunas cuestiones generales, pero remite el desarrollo normativo completo del régimen de internamiento en los CIEs a una norma ulterior que, con arreglo a la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOEX, debía haber sido aprobada en el plazo de seis meses (ha de entenderse que ese plazo debía computarse desde la entrada en vigor de la propia Ley Orgánica, que tuvo lugar el 13 de diciembre de 2009 –BOE del 12 de diciembre de 2009–). Por consiguiente, aún permanece en vigor la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (BOE de 24 de febrero de 1999)⁵.

El presente informe, ante la cercanía de la previsible iniciación del procedimiento de elaboración de un nuevo Reglamento de los CIEs, tiene por objeto examinar algunas cuestiones relevantes del vigente régimen jurídico aplicable a los mismos, para tratar de ofrecer pautas a esa futura regulación y propuestas de mejora del actual marco normativo. Para ello, se examinarán las normas de la Unión Europea y las nacionales que conforman el grupo normativo de los CIEs, así como la jurisprudencia relevante para la finalidad de este informe. En cualquier caso, se es consciente de que toda norma requiere de su necesario complemento material, en el sentido de que es preciso superar el actual estadio normativo de los CIEs, pero que no se lograrán alcanzar los mínimos estándares exigibles de tratamiento digno de los internados en ellos sin la necesaria aplicación de recursos públicos, hasta la fecha manifiestamente insuficiente⁶.

⁵ Su precedente se encontraba en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, regulador del régimen de entrada, permanencia y salida del territorio español.

⁶ La STS de 20 de enero de 2005 (rec. 716/2000), en un caso de responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los hechos acontecidos en un CIE, indica que el sistema contra incendios en el edificio era perfectible y que no existía alumbrado de seguridad.

II. Derecho de la Unión Europea

2.1. La Directiva 2008/115: su contenido y transposición al Derecho español

En el Derecho de la Unión Europea, la norma de cabecera en la materia que ocupa a este informe es la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular⁷.

Esta disposición, que fue incorporada a nuestro ordenamiento por la citada Ley Orgánica 2/2009 (Exposición de Motivos, apartado II), “establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión Europea, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos” (artículo 1).

En lo que al internamiento se refiere, la Directiva trata la materia en los artículos 15 a 18⁸, que han sido incorporados en términos generales por la reforma de 2009 a la LOEX.

Es preciso reparar en lo establecido en los artículos 15 a 17, pues el artículo 18 no es relevante a los efectos del presente informe⁹.

A) Internamiento¹⁰: régimen de la Directiva

Dispone el artículo 15 (“Internamiento”) de la Directiva 2008/115 lo siguiente:

⁷ DOUE de 24 de diciembre de 2008.

⁸ Capítulo IV, Internamiento a efectos de expulsión.

⁹ “Artículo 18 Situaciones de emergencia.

1. En situaciones en que un número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países que deban ser retornados plantee una importante carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro o para su personal administrativo o judicial, dicho Estado miembro podrá, mientras persista dicha situación excepcional, decidir autorizar períodos más largos para el control judicial que los establecidos en el artículo 15, apartado 2, párrafo tercero, y tomar medidas urgentes con respecto a las condiciones de internamiento que se aparten de las fijadas en el artículo 16, apartado 1, y en el artículo 17, apartado 2.
2. Cuando recurra a tales medidas excepcionales, el Estado miembro de que se trate informará a la Comisión. También informará a la Comisión tan pronto como desaparezcan las razones que justificaban la aplicación de dichas medidas excepcionales.
3. El presente artículo no se interpretará de tal modo que permita a los Estados miembros apartarse de su obligación general de tomar todas las medidas adecuadas, generales o particulares, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la presente Directiva”.

¹⁰ La transposición de la Directiva hubiera podido ser una buena oportunidad para acomodar conceptualmente la terminología dado que el término “internamiento”, procedente sin duda de la primera Ley de Extranjería de 1985, y sobre todo la de “Centros de internamiento” debiera ser ajustado a la real situación administrativa en la que se encuentran las personas extranjeras sometidas a un procedimiento administrativo de expulsión (las traducciones “in speziellen Haftenrichtungen” (al.); “in specialised detention facilities” (eng.); “centres de rétention spécialisés” (fr.); o “centri di permanenza temporanea” (it.) parecen más ajustadas a la situación administrativa de las personas en trance de expulsión).

- “1. Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, especialmente cuando:
- a) haya riesgo de fuga, o
 - b) el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión.
- Cualquier internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión.
2. El internamiento será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales.
El internamiento será ordenado por escrito indicando los fundamentos de hecho y de derecho. Cuando el internamiento haya sido ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros: a) establecerán un control judicial rápido de la legalidad del internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible desde el comienzo del internamiento, o b) concederán al nacional de un tercer país de que se trate el derecho de incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible desde la incoación del procedimiento. En este caso, los Estados miembros informarán inmediatamente al nacional de un tercer país de que se trate sobre la posibilidad de incoar dicho procedimiento.
El nacional de un tercer país de que se trate será puesto en libertad inmediatamente si el internamiento es ilegal.
3. En todos los casos, se revisará la medida de internamiento a intervalos razonables cuando así lo solicite el nacional de un tercer país de que se trate o de oficio. En caso de periodos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de una autoridad judicial.
4. Cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente.
5. El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término. Cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses.
6. Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un periodo limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a:
- a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o
 - b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria”.

Conviene tener claro en primer lugar que, como señala el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada el 6 de Diciembre de 2011 en el caso Achughbadian¹¹, “en realidad, con arreglo a las normas y a los procedimientos comunes que se establecen en los artículos 6, 8, 15 y 16 de la Directiva 2008/115, ese nacional de un tercer país debe ser objeto de

¹¹ As. C-329/11. Esta persona –nacional de Armenia– se encontraba en Francia en situación irregular, por lo cual el *préfet* du Val-de-Marne dictó una orden administrativa de expulsión y una orden de internamiento. Tras diversas vicisitudes judiciales, la *cour d’appel* de París resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

un procedimiento de retorno o, si de una privación de libertad se trata, puede, a lo sumo, ser objeto de internamiento” (apartado 38). Por lo tanto, el internamiento es indudablemente, aún de carácter temporal, una privación de libertad.

Es sabido que la transposición de este precepto a nuestro Derecho de extranjería supuso la ampliación del plazo máximo de retención en un CIE, quedando ahora fijado en 60 días (artículo 62.2 LOEX), sin que se haya incorporado la posibilidad regulada en el artículo 15.6 de la Directiva. Por consiguiente, en España no cabe que un internamiento a efectos de expulsión, devolución o retorno dure más de 60 días¹².

Puede advertirse en la Directiva una notable preocupación por diversos aspectos relativos al internamiento de los ciudadanos extranjeros, entre los que cabe destacar los concernientes a la finalidad de la medida (el internamiento cabe “únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión”, según el artículo 15.1, lo que se completa con las previsiones sobre la necesaria terminación del internamiento en los casos del artículo 15.4) y a la actividad administrativa relacionada con su observancia y consecución.

Es decir, que para el legislador de la UE el internamiento es la medida más restrictiva de la libertad

de los ciudadanos extranjeros y, como tal, si llega a acordarse por la autoridades competentes de los Estados miembros, debe orientarse hacia la expulsión, única y exclusivamente, y la actividad administrativa debe encauzarse a tal fin. Si se quiere, puede decirse que la actuación de la Administración en esta materia es acusadamente finalista pues, consideraciones de seguridad pública y orden público al margen, su actividad se orienta a la consecución de la finalidad por la que la medida de internamiento es adoptada, que no es otra que la de lograr la expulsión del ciudadano extranjero internado.

La Directiva, consciente de la cercenadura de derechos que entraña el internamiento, ha establecido en este artículo 15 una serie de garantías que, a la vez, suponen límites a la acción administrativa.

En particular, cabe destacar las siguientes:

- La medida de internamiento ha de estar siempre justificada por las circunstancias del caso concreto¹³, de modo que si en el supuesto específico puede conseguirse la finalidad perseguida –la expulsión– mediante la adopción de una medida menos limitativa de los derechos de los ciudadanos extranjeros, así habrá de hacerse. Puede incluso sostenerse que la medida de internamiento es el último medio a disposición de los Estados miembros, que deberían instituir alternativas a la detención¹⁴.

¹² En relación con esta cuestión, el TJUE, asunto C-357/09 PPU, ha considerado que el período de internamiento durante la tramitación del procedimiento mediante el que la legalidad de la decisión de expulsión es objeto de control jurisdiccional debe computarse a efectos del cálculo de la duración máxima del internamiento prevista por el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115 (53), por lo que “el artículo 15, apartados 5 y 6, de la directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que el período durante el que la ejecución de la orden de expulsión administrativa en la frontera ha estado suspendida, a causa de un procedimiento de recurso jurisdiccional interpuesto por el interesado contra dicha orden, se computa para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión cuando durante dicho procedimiento el interesado ha permanecido en un centro de internamiento temporal” (57).

¹³ La STC 169/2008, de 15 de diciembre de 2008, que otorgó el amparo solicitado, evaluó en el caso un internamiento que se acordó sin explicar el Juzgado de Instrucción, siquiera indiciariamente, qué circunstancias concurrentes en el demandante de amparo fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad, considerando que la ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad del demandante decretada por el auto de internamiento infringió los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y a la libertad (artículos 24.1 y 17.1 de la Constitución), en cuanto que de la resolución judicial no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada.

¹⁴ Así, cabe destacar que el Considerando 16 de la Directiva 2008/115 precisa que “sólo se justifica el internamiento para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, y si la aplicación de medidas menos coercitivas no es suficiente”. Este juicio de suficiencia debería ser efectuado, en primer lugar, por el legislador a la hora de tipificar las medidas cautelares que pueden adoptarse en un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, en el que tendría cabida, entre otros, el empleo de dispositivos de localización.

- El internamiento sólo puede obedecer al fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión. La Directiva prevé algunos casos en los que el internamiento estará justificado (por ejemplo, en los supuestos de riesgo de fuga, artículo 15.1.a), en relación con el artículo 3.7) de la propia Directiva), dejando un margen de precisión a los Estados miembros de cara a precisar esos casos en los que el internamiento puede estar justificado.
- El internamiento, dentro del lapso temporal finalmente fijado por cada Estado miembro –60 días en el caso de España–, será siempre “lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión” (artículo 15.1, último párrafo).
- El internamiento será objeto de revisión a intervalos razonables, ya sea de oficio, ya sea a instancia del internado. En caso de períodos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de la autoridad judicial (artículo 15.3).
- La desaparición de la “perspectiva razonable de expulsión” (artículo 15.4) implica la pérdida de justificación del internamiento y, en consecuencia, la obligación para la autoridad administrativa competente de proceder a la inmediata puesta en libertad del internado.
- El internamiento sólo se mantendrá mientras sea necesario para preparar el retorno o llevar a cabo la expulsión o para garantizar que la expulsión se lleve a buen término.

B) Incorporación al Derecho español: valoración

Muchas de estas previsiones han sido incorporadas a la LOEX¹⁵. Conforme al artículo 62, en sus tres primeros apartados:

“Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento.

1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a y b del artículo 54.1, en las letras a, d y f del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.

El Juez, previa audiencia del interesado 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. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

3. Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, 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

¹⁵ El apoyo de toda privación de libertad en nuestro ordenamiento, incluidas las acordadas en materia de extranjería, encierran su apoyo constitucional en el artículo 17 de la Constitución.

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”.

Esta previsión ha de completarse con las incluidas en los artículos 60, 63 y 64, en los que se regulan los supuestos en los que podrá procederse al internamiento de los extranjeros en los CIEs, usualmente previa orden de expulsión, de manera que los CIEs son los establecimientos en los que se formaliza la pérdida de la libertad deambulatoria a efectos de la expulsión del territorio nacional, en tanto se tramita el expediente correspondiente¹⁶.

La lectura de estos preceptos permite apreciar cómo las reglas mencionadas sobre la diligencia en la tramitación de los expedientes (artículo 15.1), de cara a la expulsión, y la revisión de la situación de internamiento (artículo 15.3), no parecen haber sido incorporadas de manera adecuada a nuestro ordenamiento, lo que plantea dos cuestiones diferentes: en primer lugar, si la transposición de la Directiva ha sido correcta; y, en segundo lugar, y en función de si la respuesta a la primera pregunta es negativa, cómo y a través de qué instrumento normativo habría de efectuarse esa incorporación a nuestro Derecho.

Ni en la LOEX, ni en su Reglamento, cabe apreciar una plena incorporación de ninguno de los dos extremos enunciados. La Directiva impone un límite a la acción de los Estados miembros y, al tiempo, una garantía para los internados en este punto concreto, como es que el internamiento sólo se man-

tendrá mientras los trámites de expulsión estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia.

Debería ser meridianamente claro que los trámites de expulsión siempre están en curso, por lo que la primera parte de esa obligación devendría prácticamente innecesaria, pero el segundo de los elementos (internamiento supeditado a la debida diligencia en la tramitación del procedimiento de expulsión) está llamado en la lógica de la Directiva a tener una capital relevancia. Y es que ha de tenerse en cuenta que “*el recurso al internamiento a efectos de expulsión se debe limitar y supeditar al principio de proporcionalidad por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos*” (Considerando 16), debiendo “*supeditarse expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos*” (Considerando 13)¹⁷.

Por consiguiente, para la Directiva es primordial destacar el carácter de última ratio del internamiento, que puede acordarse si concurren los elementos previstos en el artículo 15, pero que sólo puede mantenerse no ya si subsisten durante el plazo de internamiento (máximo de 60 días), sino si durante ese plazo y constante el internamiento se tramita el procedimiento de expulsión con la debida diligencia.

Este entendimiento tiene diversas consecuencias: primera, que el plazo máximo de internamiento no es de agotamiento necesario, sino un término temporal insuperable para los poderes

¹⁶ No puede dejar de destacarse la regulación que tiene en la LOEX el supuesto típico de situación previa a la expulsión, como es la estancia irregular en España –artículo 53.1.a)–, y su régimen sancionador. Así, se tipifica como infracción grave, a sancionar con pena de multa –artículo 55.1.b)–, si bien “podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español” –artículo 57.1–, que se tramitará por el procedimiento ordinario (artículos 63 y 63 bis de la LOEX y artículos 226 y 234 de su Reglamento). En estos supuestos, conforme al artículo 63 bis.4 de la LOEX, no cabe acordar el internamiento, que sí procede acordar con ocasión de la tramitación de un procedimiento preferente (artículo 63.2 de la LOEX).

¹⁷ El TJUE ha considerado que el principio de proporcionalidad exige que las medidas de que se trate no superen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de optar entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa (asuntos C-27/00 y C-122/00, entre otros muchos).

públicos, dentro de cuyos márgenes pueden producirse bien la expulsión del sujeto afectado, bien su puesta en libertad; segunda, que durante el plazo de internamiento el procedimiento encaminado a la expulsión ha de tramitarse de manera diligente; y, tercera, que si se aprecia que no existe una “perspectiva razonable de expulsión” en cualquier momento del plazo de internamiento, esto es, que no existe una perspectiva real de que la expulsión pueda llevarse a buen término, el internamiento carece de justificación y el internado ha de ser puesto inmediatamente en libertad.

Resultan así específicos mandatos para las autoridades competentes de cada Estado miembro, que han de tramitar el procedimiento con la diligencia exigida por el carácter finalista del internamiento, la garantía de los derechos de los internados y la exigencia de respeto al principio de proporcionalidad. Y si en esa tramitación, antes del término del período máximo de internamiento, se aprecia en cualquier momento que no existe perspectiva razonable de expulsión, el internamiento pierde su razón de ser, con la consecuencia de la obligada puesta en libertad del afectado¹⁸.

Y de estos mandatos a los poderes públicos de los Estados miembros surgen de manera necesaria y natural los correlativos derechos para los ciudadanos extranjeros internados, en la tramitación de los expedientes. Estos han de tener derecho a que el procedimiento de expulsión, ya sea ordinario, ya sea preferente, se tramite con pleno respeto a las garantías constitucionales y con la debida diligencia, la cual ha de acomodarse a la duración misma del internamiento.

Quiere con ello decirse: primero, que la LOEX contiene una serie de reglas que formalmente implican el reconocimiento de las clásicas garantías de todo tipo de procedimiento, incluidas la audiencia al afectado y la posibilidad de la práctica de prueba; pero ello no obstante, en su articulación práctica esas garantías se ven afectadas por las limitaciones al acceso a una adecuada asistencia jurídica, sin que los internados se encuentren en situación de llevar de manera personal una adecuada defensa de sus intereses¹⁹; segundo, que la diligencia a que alude la Directiva 2008/115 ha de poder ser apreciada e invocada por los sujetos al internamiento, a fin de hacerla valer ante las autoridades administrativas y, en su caso, ante la autoridad judicial competente.

Las anteriores reflexiones se conectan de manera natural con la segunda de las cuestiones advertidas, esto es, la relacionada con la previsión del artículo 15.3 de la Directiva.

Como ya se ha indicado, la Directiva establece en ese precepto lo siguiente:

“En todos los casos, se revisará la medida de internamiento a intervalos razonables cuando así lo solicite el nacional de un tercer país de que se trate o de oficio. En caso de períodos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de una autoridad judicial”.

De la lectura de este precepto se deduce que la revisión de la situación puede ser solicitada por el extranjero internado o de oficio. En esta segunda expresión, cabe considerar que la revisión puede

¹⁸ En este sentido, cabe destacar cómo en la Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, de la Fiscalía General del Estado, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España (apartado II), se afirma que el internamiento sólo tiene sentido para materializar la expulsión, devolución o retorno, por lo que el Juez de Instrucción no puede legalmente mantenerlo cuando la autoridad gubernativa interesa el cese por no ser posible ejecutar del internado la salida del territorio nacional.

¹⁹ Con posterioridad se realizarán algunas reflexiones adicionales sobre este particular, que debería ser objeto de una adecuado tratamiento en el Reglamento que regule los CIEs.

llevarse a cabo por las autoridades competentes sobre el CIE, pero no es descartable que pueda ser impulsada por el Fiscal o a instancia de la propia autoridad judicial competente.

Además de los sujetos legitimados, es preciso reparar en el empleo por la Directiva de la expresión “intervalos razonables”, como medida a tener en cuenta por los Estados miembros para articular el régimen de revisión del internamiento. Por tanto, la normativa que transpone la Directiva ha de prever siempre (no otro sentido puede tener la frase “en todos los casos, se revisará”) la posibilidad de la revisión del internamiento.

En qué haya de consistir esa revisión puede derivarse de anteriores consideraciones, en el sentido de verificar que aún concurre una perspectiva razonable de expulsión en cada caso concreto. La obligación de que esa revisión se efectúe a intervalos razonables implica que en la transposición no puede quedar sin reflejo esa posibilidad, que se habrá de articular en conexión con los demás elementos hasta aquí examinados.

Por consiguiente, nuestro Derecho interno debería prever que los procedimientos de expulsión se han de tramitar con la necesaria diligencia y precisar de alguna manera que, mientras se tramita el procedimiento, se revisará si la medida de internamiento sigue siendo proporcionada, en los términos de la Directiva, o si en su caso, existen alternativas a la expulsión.

Por lo que atañe a la revisión de la medida de internamiento, cabe recordar que en el Derecho francés (donde estos establecimientos se denominan “centres de rétention administrative”) el plazo máximo previsto es de 45 días; la decisión de internamiento corresponde al préfet e inicialmente alcanza hasta un máximo de 5 días. El préfet puede solicitar una primera prolongación de 20 días y una segunda prolongación de otros 20 días, pero quien decide

es el juez, en ambos casos. Si el juez rechaza alguna de las dos prolongaciones posibles, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad (arts. L55-1 a L55-3 y R551-1 a R553-7 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*). En nuestro ordenamiento, para una aplicación correcta y completa de la Directiva 2008/115/CE, se podría establecer un plazo máximo inicial de 10 días, tras el cual se debe revisar por el juez la situación del internado y decidir una primera prolongación de 25 días; tras ella, debería existir una segunda revisión judicial para, en su caso, decidir una segunda prolongación de otros 25 días como máximo.

Para precisar el alcance de estas observaciones, debe recordarse que el Reglamento de la LOEX contiene varias reglas en la materia que, conforme a lo expuesto, no terminan de incorporar las prescripciones de la Directiva.

Así, el artículo 258 del Reglamento, en su sexto apartado, prevé que

“6. El extranjero, durante su internamiento, estará en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó, debiendo la autoridad gubernativa comunicar a éste cualquier circunstancia en relación con la situación de aquél que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento”.

Esta regla, en el fondo, entraña la revisión mencionada, pero no con el carácter sistemático y obligatorio para las autoridades competentes que aquí se sostiene, por derivación de la Directiva. Y ello porque el citado artículo no impone obligación alguna de actividad de revisión, sino sólo de comunicación a la autoridad judicial de ciertas circunstancias cuando se aprecie su concurrencia por la autoridad gubernativa.

Y los preceptos del propio Reglamento que regulan el procedimiento preferente y las que

establecen las normas comunes en materia de procedimientos, tampoco incorporan las mencionadas exigencias. No se encuentran en el artículo 235.5²⁰, ni en los artículos 216 a 225.

En suma, por las razones expuestas, no puede considerarse que se haya efectuado una transposición adecuada de estas cuestiones concretas de la Directiva 2008/115.

Por consiguiente, en el primero de los interrogantes planteados la respuesta ha de ser negativa, lo que lleva a la segunda cuestión, cual es la del instrumento normativo adecuado para efectuar la transposición del Derecho de la Unión Europea.

Indica el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de 2008 que “la norma de incorporación ha de respetar el sistema de fuentes del ordenamiento interno”, siendo una de las cuestiones fundamentales de toda transposición la de la “distribución de materias entre norma legal y norma reglamentaria, distribución que ha de decidirse teniendo presente el juego del principio de reserva de ley y el diferimiento al reglamento de los contenidos de menos estabilidad o relevancia”.

Las cuestiones que han sido destacadas tienen un alcance administrativo, en el sentido de que disciplinan la actividad de la Administración competente. Según lo expuesto, la Directiva obliga a que la tramitación del procedimiento [preferente] de expulsión se lleve a cabo con

la debida diligencia y a que en el curso de esa tramitación se deben llevar a cabo revisiones periódicas, o, como indica la Directiva, a intervalos razonables.

En cuanto al concreto tipo de instrumento normativo en el que de llevarse a cabo la transposición de ambos elementos, indicó el Consejo de Estado en el mencionado Informe que cuando no exista reserva de ley en atención a la materia afectada ni deba modificarse una norma vigente de dicho rango, puede haber lugar al ejercicio por el Gobierno de la potestad reglamentaria. En el juego entre ambos tipos de normas, la regla general ha de ser que la Ley se reserve para regular aquellos contenidos que, por su trascendencia o por constituir materia a ella reservada, han de integrar el marco normativo esencial de la disciplina afectada (dictamen nº 1.504/2007), debiendo optarse, como criterio rector, por la transposición mediante decreto frente a la transposición por orden ministerial (dictamen 535/1992), o aun por circulares o instrucciones.

Las anteriores consideraciones son de especial relevancia en el ámbito del Derecho de extranjería, pues ha de recordarse que cada CIE cuenta con un protocolo de actuación o de régimen interior²¹, que sin duda no es el instrumento adecuado para efectuar una incorporación a nuestro Derecho de las cuestiones hasta aquí examinadas. Una operación normativa de ese calado, además de contribuir a la indeseable fragmentación del ordenamiento, podría derivar en una condena para el Reino de España, dado que esos proto-

²⁰ 235. 5: “En tanto se realiza la tramitación del expediente, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero expedientado en un Centro de Internamiento de Extranjeros. La solicitud de internamiento deberá ser motivada.

El periodo de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente y no podrá exceder en ningún caso de sesenta días.

La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá establecer un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado.

No podrá acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en el mismo expediente”.

²¹ “Directrices de organización” las denomina el artículo 62 sexies de la LOEX.

colos no suelen ser objeto de publicación oficial y comunicación²².

En definitiva, ante la pregunta de si concurre o no reserva de ley sobre las cuestiones que se ha entendido que no se encuentran efectivamente transpuestas a nuestro ordenamiento, debe considerarse que se incardinan en el ámbito de los procedimientos administrativos, que se encuentran suficientemente regulados en la LOEX, por lo que no es precisa una Ley de transposición, sino una disposición reglamentaria. Ahora bien, quizás hubiera sido deseable que las previsiones que se encuentran más relacionadas con la tramitación del procedimiento de expulsión hubieran sido incorporadas en el Reglamento de la LOEX. No obstante, nada impide que la futura disposición reglamentaria que regule los CIEs incorpore estas cuestiones.

La instrumentación de estas previsiones debe respetar lo establecido en la Directiva y, al tiempo, incardinarse en el plazo máximo de duración del internamiento. Ambos extremos se integran, sin duda, en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados; en cualquier caso, una vez que el legislador orgánico decidió fijar el plazo máximo de internamiento en 60 días, ambos extremos de la Directiva han de incardinarse en el marco de esa decisión legislativa (esto es, que la tramitación diligente y la revisión de la situación de internamiento a intervalos razonables han de desplegarse en ese término temporal).

Por ello, se considera que:

- El futuro reglamento de los CIEs debe prever que las situaciones de internamiento podrán ser revisadas a instancia del interno o de su abogado o, en su caso, del Ministerio Fiscal; si no mediara esta solicitud, la situación deberá ser revisada de oficio por las autoridades responsables del Centro. Tanto en uno como en otro supuesto,

la revisión ha de verificarse a intervalos razonables, lo que implicará una obligación de revisión para las autoridades del Centro –por ejemplo, de revisar cada situación de manera periódica, así, cada diez días– y un derecho para el interno, su abogado o el fiscal; en estos dos primeros casos, la letra de la Directiva impone que la revisión se efectúe a intervalos razonables, lo que implica que no será posible solicitarlas de continuo, sino a su vez, cada cierto tiempo.

- Si a resultas de la revisión se apreciase, en los términos de la Directiva, la desaparición de la perspectiva razonable de expulsión o de los motivos que justificaron que se acordara el internamiento (lo que podría entenderse recogido en el citado artículo 258.6 del Reglamento de la LOEX), deberá procederse a la inmediata puesta en libertad del afectado, salvo que concurren circunstancias específicas que han de acreditarse debidamente. Si se esgrimiesen estas circunstancias por la autoridad gubernativa, deben articularse vías de recurso por el afectado.
- Del resultado de esa revisión ha de informarse al interno, en su caso, a su abogado y al Ministerio Fiscal, y a la autoridad judicial, a los efectos oportunos.

Si este conjunto de previsiones se incorporase a nuestro ordenamiento, además de completar la transposición de la Directiva 2008/115, se reforzaría el régimen de garantías de los extranjeros sometidos a régimen de internamiento.

Si no resultasen incorporadas, podría tratarse de un supuesto de falta de transposición del derecho de la UE, con las consecuencias conocidas.

A este respecto, cabe analizar ahora las escasas pero relevantes sentencias que en la materia ha dictado el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

²² En el ámbito de la Guardia Civil, se consideró por el TJCE que no se había efectuado una adecuada transposición de una Directiva sobre seguridad y salud de los trabajadores en relación con la cual se habían dictado diversas instrucciones, al considerar que estas no eran suficientes para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos (STJCE de 12 de enero de 2006, *Comisión/ España*, C-132/4).

2.2. Jurisprudencia del TJUE: asuntos C-357/09 PPU, C-61/2011 y C-329/2011

No se han producido hasta la fecha muchos pronunciamientos del TJUE respecto de esta Directiva, pero las sentencias mencionadas realizan una serie de consideraciones que son de extrema relevancia para el entendimiento e interpretación de la Directiva 2008/115.

A) Asunto C-357/09 PPU

En este caso, la petición²³ de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 15, apartados 4 a 6, de la Directiva 2008/115.

El TJUE examinó diversas cuestiones planteadas, pudiendo destacarse los siguientes pronunciamientos:

- El tribunal remitente trataba de saber si, en el cálculo del plazo de internamiento a efectos de la expulsión, previsto por el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva, debía incluirse el período durante el que la ejecución de la resolución de expulsión estuvo suspendida a causa del examen de una solicitud de asilo presentada por un nacional de un tercer país, siendo así que durante la tramitación del procedimiento relativo a dicha solicitud ese nacional permaneció en el centro de internamiento temporal. Tras recordar el régimen vigente en materia de asilo (Directivas 2005/85 y 2003/9) y que los Estados miembros no mantendrán a una persona detenida por la única razón de que sea un solicitante de asilo y que cuando se mantenga detenido a un solicitante de asilo, los Estados miembros velarán por que exista la posibilidad de una revisión judicial rápida, se entiende por el Tribunal que el período durante el que una persona ha permanecido en un centro de internamiento temporal, con fundamento en una decisión adoptada en virtud de las disposiciones nacionales y de la UE relativas a los solicitantes de asilo, no debe considerarse como un internamiento a efectos de expulsión en el sentido del artículo 15 de la Directiva 2008/115.
- Se solicita también un pronunciamiento acerca de si el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el período durante el que la ejecución de la orden de expulsión administrativa en la frontera ha estado suspendida, a causa de un procedimiento de recurso jurisdiccional interpuesto por el interesado contra dicha orden, se computa para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión cuando durante la tramitación de dicho procedimiento el interesado ha permanecido en un centro de internamiento temporal. El Tribunal considera que ni el artículo 15, apartados 5 y 6, ni ninguna otra de las disposiciones de la Directiva permiten considerar que los períodos de internamiento a efectos de la expulsión no deban incluirse en la

²³ Esa petición se presentó en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo iniciado a instancias del Director de la *Direksia «Migratsia» pri Ministerstvo na vatrešnite raboti* (Dirección de Inmigración en el Ministerio del Interior), con objeto de que el *Administrativen sad Sofia-grad* (Tribunal de lo Contencioso-administrativo de Sofía) resolviera de oficio sobre el mantenimiento del Sr. Kadzoev (Huchbarov) en el centro especial de internamiento de extranjeros de dicha Dirección establecido en Busmantsi (en lo sucesivo, «centro especial de internamiento»), situado en el distrito de Sofía.

duración máxima de internamiento definida en dicho artículo 15, apartados 5 y 6, a causa de la suspensión de la ejecución de la decisión de expulsión. Si no se entendiera así, la duración del internamiento a efectos de la expulsión podría variar, en su caso de forma considerable, de un caso a otro en un mismo Estado miembro, o bien de un Estado miembro a otro, debido a las particularidades y las circunstancias propias de los procedimientos judiciales nacionales, lo que sería contrario al objetivo del artículo 15, apartados 5 y 6, que es garantizar una duración máxima de internamiento común a los Estados miembros. En definitiva, concluye a este respecto el TJUE, que el artículo 15, apartados 5 y 6, debe interpretarse en el sentido de que el período durante el que la ejecución de la orden de expulsión administrativa en la frontera ha estado suspendida, a causa de un procedimiento de recurso jurisdiccional interpuesto por el interesado contra dicha orden, se computa para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión cuando durante dicho procedimiento el interesado ha permanecido en un centro de internamiento temporal.

- En tercer lugar, se requirió del TJUE un pronunciamiento acerca del alcance de la expresión “perspectiva razonable de expulsión” del artículo 15.4 de la Directiva. El Tribunal consideró, en primer término, que esa regulación no es aplicable cuando se haya alcanzado la duración máxima del internamiento pues, en tal caso, el afectado ha de ser puesto en libertad, y, en segundo lugar, que es preciso que, en el momento de la revisión de la legalidad del internamiento por el tribunal nacional, se ponga de manifiesto que existe una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término, habida cuenta de los plazos fijados en el artículo 15, apartados 5 y 6, para que pueda considerarse que subsiste una «perspectiva razonable de expulsión», en el sentido del artículo 15, apartado 4. De esa forma, no existe una perspectiva razonable de expulsión cuando parece poco probable que el

interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos. En definitiva, el artículo 15, apartado 4, debe interpretarse en el sentido de que sólo una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término, habida cuenta de los plazos fijados en los apartados 5 y 6 del mismo artículo, corresponde a una perspectiva razonable de expulsión, y que ésta no existe cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos.

- Finalmente, se cuestiona si el artículo 15, apartados 5 y 6, permite, aun cuando haya terminado el período máximo de internamiento previsto por esa Directiva, y fijado por los Estados miembros, que el interesado no sea inmediatamente puesto en libertad, debido a que no está en posesión de documentos válidos, da muestras de comportamiento agresivo y no dispone de medios de subsistencia propios ni de una vivienda, o de medios facilitados con ese objeto por el Estado miembro. A este respecto, comienza recordándose que el artículo 15, apartado 6, de la Directiva no autoriza en ningún caso que se sobrepase el plazo máximo definido en esa disposición, por lo que la posibilidad de poner en situación de internamiento a una persona por razones de orden público y de seguridad pública no puede tener fundamento en la propia Directiva. Por tanto, ninguna de las circunstancias mencionadas por el tribunal remitente podía constituir por sí misma una causa de internamiento en virtud de las disposiciones de esta Directiva. Por consiguiente, el artículo 15, apartados 4 y 6, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no permite, cuando haya terminado el período máximo de internamiento previsto en la Directiva, que el interesado no sea inmediatamente puesto en libertad, debido a que no esté en posesión de documentos válidos, dé muestras de comportamiento agresivo y no disponga de medios de subsistencia propios ni de una vivienda, o de medios facilitados con ese objeto por el Estado miembro.

B) Asunto C-61/2011

En este asunto, la petición²⁴ de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115.

Interesa destacar los siguientes fundamentos de la sentencia:

- Para el TJUE, los Estados miembros deben llevar a cabo la expulsión a través de las medidas menos coercitivas posibles y únicamente en el supuesto de que la ejecución de la decisión de retorno en forma de expulsión pueda verse dificultada por el comportamiento del interesado, tras una apreciación de cada situación específica, esos Estados podrán privar de libertad a ese último mediante un internamiento. A lo que añade que, conforme al artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2008/115, esa privación de libertad será lo más corta posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión. Según los apartados 3 y 4 del mismo artículo 15 la referida privación de libertad deberá ser revisada a intervalos razonables, y se pondrá fin a ella cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión. Los apartados 5 y 6 del mismo artículo fijan la duración máxima de esa privación de libertad en 18 meses, que constituye un límite impuesto a todos los Estados miembros. Por otra parte, el artículo 16, apartado 1, de esa Directiva exige que las personas afectadas estén internadas en un centro especializado y separadas en cualquier caso de los presos comunes.
- De lo que antecede resulta, según el Tribunal, que el orden de desarrollo de las fases del pro-

cedimiento de retorno regulado por la Directiva 2008/115 corresponde a una graduación de las medidas que han de tomarse para la ejecución de la decisión de retorno, graduación que va desde la medida que más libertad permite al interesado, a saber la concesión de un plazo para su salida voluntaria, hasta las medidas coercitivas que más la restringen, a saber, el internamiento en un centro especializado, debiendo garantizarse en todas esas fases el respeto del principio de proporcionalidad.

- También se pone de manifiesto que el recurso a esa última medida, que constituye la privación de libertad más grave que permite esa Directiva²⁵ en el contexto de un procedimiento de expulsión forzosa, está estrictamente delimitado en aplicación de los artículos 15 y 16 de la misma Directiva, con objeto en especial de asegurar el respeto de los derechos fundamentales de los nacionales de los terceros países afectados. En particular, la duración máxima prevista en el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115 tiene como objetivo limitar la privación de libertad de los nacionales de terceros países en la situación de expulsión forzosa (sentencia de 30 de noviembre de 2009, Kadzoev, C-357/09 PPU, Rec. p. I-11189, apartado 56). La Directiva 2008/115 pretende así pues tener en cuenta tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), según la cual el principio de proporcionalidad exige que la privación de libertad de una persona contra la que está en trámite un procedimiento de expulsión o de extradición no se prolongue durante un período de tiempo irrazonable, es decir, que no exceda del plazo necesario para lograr el fin perseguido (véase en especial

²⁴ La petición se presentó en el marco de un procedimiento tramitado contra el Sr. El Dridi, condenado a una pena de un año de prisión, por el delito consistente en permanecer ilegalmente en el territorio italiano, sin causa justificada, con infracción de una orden de expulsión dictada contra él por el *questore di Udine* (jefe de policía de Udine).

²⁵ Como se deduce claramente de la sentencia dictada en el caso Achughbabian, antes citada.

TEDH, sentencia Saadi c. Reino Unido, de 29 de enero de 2008, aún no publicada en el *Recueil des arrêts et décisions*, § 72 y 74), como la octava de las «Veinte directrices sobre el retorno forzoso» adoptadas el 4 de mayo de 2005 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a las que hace referencia el tercer considerando de la Directiva. Según ese principio toda privación de libertad previa a la expulsión debe ser lo más breve posible.

Partiendo de estas consideraciones, la sentencia analiza si la normativa italiana enjuiciada era o no contraria a la Directiva 2008/115.

- A este respecto, el Tribunal comienza indicando que la Directiva 2008/115, en el momento de dictar sentencia, no se había transpuesto en el ordenamiento jurídico italiano, en relación con lo cual recuerda que, según reiterada jurisprudencia, siempre que las disposiciones de una directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, en particular cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado o cuando haya procedido a una adaptación incorrecta (véanse en ese sentido en especial las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 46, y de 3 de marzo de 2011, Auto Nikolovi, C-203/10, Rec. p. I-0000, apartado 61). Para el TJUE, ésa es la naturaleza de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115, los cuales son de contenido incondicional y lo suficientemente preciso, que no requiere otros complementos específicos para hacer posible su aplicación por los Estados miembros.
- Por otra parte, ya en relación con las circunstancias del caso concreto, analiza el TJUE si la normativa, que preveía un supuesto de ingreso en prisión tras la frustración del procedimiento administrativo de expulsión del ciudadano

extranjero en situación irregular en Italia, se entiende que si bien es cierto que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son de la competencia de los Estados miembros, de ello no puede deducirse que el Derecho de la Unión no pueda afectar a dicha rama del Derecho (véanse en ese sentido en particular las sentencias de 11 de noviembre de 1981, Casati, 203/80, Rec. p. 2595, apartado 27; de 2 de febrero de 1989, Cowan, 186/87, Rec. p. 195, apartado 19, y de 16 de junio de 1998, Lemmens, C-226/97, Rec. p. I-3711, apartado 19, El Dridi, 28 de abril de 2011, apartado 53, Achughbabian, 5 de diciembre de 2011, apartado 33).

- De ello se deduce que, pese a que ni el artículo 63 CE, párrafo primero, punto 3, letra b), disposición que se ha recogido en el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra c), ni la Directiva 2008/115, adoptada concretamente con fundamento en esa disposición del Tratado CE, excluyen la competencia penal de los Estados miembros en el ámbito de la inmigración clandestina y de la situación irregular, éstos deben ajustar su legislación en esa materia para asegurar el respeto del Derecho de la Unión. En particular, esos Estados no pueden aplicar una normativa, aun si es de naturaleza penal, que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia, privarla de su efecto útil.
- En lo que atañe más específicamente a la Directiva 2008/115, hay que recordar que, a tenor de su decimotercer considerando, somete expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos. Por consiguiente, para subsanar el fracaso de las medidas coercitivas adoptadas para llevar a cabo la expulsión forzosa conforme al artículo 8, apartado 4, de dicha Directiva los Estados miembros no pueden establecer una pena privativa de liber-

tad, como la prevista en la norma italiana, por el único motivo de que un nacional de un tercer país, tras serle notificada una orden de salida del territorio nacional y una vez finalizado el plazo que esa orden fijó, permanezca de forma irregular en el territorio de un Estado miembro, sino que deben proseguir sus esfuerzos para la ejecución de la decisión de retorno, que sigue produciendo sus efectos.

- Para el TJUE, esa pena, en razón especialmente de sus condiciones y formas de aplicación, puede perjudicar a la realización del objetivo pretendido por dicha Directiva, a saber, la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular. En definitiva, se declara que la Directiva 2008/115/CE, en particular sus artículos 15 y 16, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.

C) Asunto C-329/2011

Como se ha comentado con anterioridad, en este caso una nacional de Armenia se encontraba en Francia en situación irregular, por lo cual la autoridad competente dictó una orden administrativa de expulsión y una orden de internamiento. Tras la tramitación correspondiente, la Corte de Apelación de París resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

El Tribunal consideró, en lo que interesa al objeto del presente informe, lo siguiente:

- Del artículo 8, apartados 1 y 4, de la Directiva 2008/115 se desprende que los términos «medidas» y «medidas coercitivas» que en él

figuran hacen referencia a toda actuación que conduzca, de forma eficaz y proporcionada, al retorno del interesado. El artículo 15 de dicha Directiva dispone que el internamiento sólo se permite con objeto de preparar y de permitir la expulsión y que esta privación de libertad sólo puede mantenerse durante seis meses como máximo, pudiendo añadirse un período adicional de internamiento de doce meses únicamente en el supuesto de que no se haya ejecutado la decisión de retorno durante aquellos seis meses debido a la falta de cooperación del interesado o a demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.

- Pues bien, es evidente que la imposición y la ejecución de una pena de prisión en el curso del procedimiento de retorno regulado en la Directiva 2008/115 no contribuyen a que se lleve a cabo la expulsión que dicho procedimiento persigue, esto es, a que se traslade físicamente al interesado fuera del Estado miembro de que se trata. Por tanto, dicha pena no constituye una «medida» o una «medida coercitiva» en el sentido del artículo 8 de la Directiva 2008/115.
- Para el TJUE, quedó acreditado en el proceso que la normativa nacional controvertida en el litigio principal, en la medida en que establece una pena de prisión para todo nacional de un tercer país, mayor de dieciocho años, que se halle en situación irregular en Francia una vez transcurrido el plazo de tres meses desde su entrada en el territorio francés, puede dar lugar a un encarcelamiento cuando, en realidad, con arreglo a las normas y a los procedimientos comunes que se establecen en los artículos 6, 8, 15 y 16 de la Directiva 2008/115, ese nacional de un tercer país debe ser objeto de un procedimiento de retorno o, si de una privación de libertad se trata, puede, a lo sumo, ser objeto de internamiento.
- Por consiguiente, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal

puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes que establece la Directiva 2008/115 y demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva.

D) Conclusiones

A la vista de las decisiones judiciales extractadas se advierte cómo para el TJUE los artículos 15 y 16 de la Directiva reúnen las características específicamente exigidas por la jurisprudencia para entender que no requieren de otros complementos específicos para hacer posible su aplicación por los Estados miembros y, por consiguiente, que los particulares podrán invocarlas frente al Estado, en particular cuando éste no haya adaptado

el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado o cuando haya procedido a una adaptación incorrecta.

En línea con lo anteriormente expuesto, se considera que el artículo 15 de la Directiva, en sus apartados 1 y 3, no ha sido objeto de una transposición adecuada, por lo que los ciudadanos extranjeros sometidos a internamiento podrían hacerlos valer frente al Estado, sin que la falta de regulación expresa en el Derecho nacional pueda ser un obstáculo para los afectados de los derechos que en esos apartados regula la Directiva.

Esta cuestión entronca con el siguiente apartado del presente informe.



III. Condiciones del internamiento. Estatuto jurídico de los internados

El artículo 16 (“Condiciones del internamiento”) de la Directiva establece las normas generales al efecto²⁶, en los siguientes términos:

- “1. Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios.*
 - 2. Previa petición, se autorizará a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento a que entren en contacto en el momento oportuno con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes.*
 - 3. Se prestará particular atención a la situación de las personas vulnerables. Se les dispensará atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades.*
 - 4. Las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes podrán visitar los centros de internamiento a que se refiere el apartado 1, en la medida en que se utilicen para el internamiento de nacionales de terceros países con arreglo al presente capítulo. Tales visitas podrán estar sujetas a autorización previa.*
 - 5. Los nacionales de terceros países en régimen de internamiento recibirán de forma sistemática información sobre las normas aplicables en el centro y sobre sus derechos y obligaciones, incluida información sobre su derecho, con arreglo a la legislación nacional, a ponerse en contacto con las organizaciones y organismos a que se refiere el apartado 4”.*
- Algunas de estas previsiones han sido recogidas en el artículo 62 bis de la LOEX:

²⁶ En materia de internamiento de menores y familias ha de estarse al régimen específico del artículo 17 de la Directiva, conforme al cual:

- “1. Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible.*
- 2. A las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad.*
- 3. Se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación.*
- 4. 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.*
- 5. El interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión”.*

“Artículo 62 bis. Derechos de los extranjeros internados.

- 1. Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos 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.
(...)*
- 2. Los centros dispondrán de servicios de asistencia social y sanitaria con dotación suficiente. Las condiciones para la prestación de estos servicios se desarrollarán reglamentariamente.*
- 3. Las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes y los organismos internacionales pertinentes podrán visitar los centros de internamiento; reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de las mismas”.*

Por consiguiente, siguiendo con lo ya establecido en normas anteriores, la LOEX prevé que los

centros de internamiento son establecimientos públicos de carácter no penitenciario²⁷.

Sin embargo, los informes elaborados por el Defensor del Pueblo y los Colegios de Abogados²⁸, así como por organizaciones nacionales e internacionales de protección de los derechos, ponen de relieve cómo en esos centros, con independencia de su supuesto carácter, no se cumplen los mínimos exigibles para el respeto de los derechos y la dignidad de los internados.

Esta cuestión, sobre la que existe abundante documentación²⁹, tiene un particular alcance en lo que se refiere a los derechos de los internados, que junto con los correspondientes deberes, conforman el llamado estatuto jurídico de los internados³⁰.

La tradicional postura sobre la titularidad de derechos por los extranjeros, sustentada en una interpretación literal del artículo 13 de la Constitución, fue incluso admitida por el Tribunal Constitucional (STC 107/1984), en el entendimiento de que se trataba de derechos de configuración legal, respecto de los que el legislador podía reconocer o no la titularidad de tal o cual derecho y aun fijar el contenido sin atender a su contenido esencial. Esta tendencia comenzó a quebrar con la STC 115/1987, desde la que se afirma que aquellos derechos fundamentales

²⁷ En nuestro ordenamiento existen los centros de internamiento de extranjeros propiamente dichos, dependientes del Ministerio del Interior, y que funcionan en régimen cerrado, y los llamados centros de internamiento temporal de extranjeros, dependientes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y que funcionan en régimen abierto. A los efectos del presente informe son relevantes los de la primera categoría, por lo que en ellos se centran las consideraciones que se efectúan.

²⁸ Resulta sumamente ilustrativo el Informe sobre derechos y libertades de las personas internadas en los Centros de Internamiento de Extranjeros, de septiembre de 2011, de la Comisión de Extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. En él se hace un pormenorizado análisis de los derechos de esas personas, realizando propuestas para su verdadera implantación y respeto. De gran importancia son las relativas a la necesaria regulación de los extremos dirigidos a garantizar la tutela judicial efectiva de los interesados; a tal fin, se sugería en ese informe que se permitiera la entrada de fedatarios públicos para que los internados pudieran dejar constancia expresa de su voluntad de designación de Abogado. Quizás fuera más efectivo que se atendiera a lo establecido en el artículo 223 del Reglamento y se recogiera en el Reglamento de los CIEs que bastará con la designación de abogado realizada por el interno ante el Director del Centro.

²⁹ Una visión general de esta cuestión ofrece el informe del Comité de libertades civiles, Justicia e Interior (Dirección General de Política Interior de la Comisión) sobre las condiciones en centros de los nacionales de terceros estados (centros de detención, centros abiertos y centros y zonas de tránsito), con especial atención a la situación de las personas con necesidades especiales, elaborado en diciembre de 2007 (PE 393.275).

³⁰ Muestra de esa evolución puede ser la constante labor de los Juzgados en funciones de control jurisdiccional de los CIEs. Así, el Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid, en auto de 13 de enero de 2011, ha cuestionado la viabilidad de las restricciones horarias impuestas por las direcciones de los centros a las visitas a los centros de los representantes de las ONGs.

que forman parte integrante de la idea de dignidad de la persona también corresponden a los extranjeros en los mismos términos que a los españoles (STC 94/1993, 116/1993 y 242/1994). Entre ellos, se encuentra la tutela judicial efectiva; la conocida STC 95/2003 declaró inconstitucional la norma que privaba de la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en situación irregular en España³¹.

Es obvio que existen ciertos derechos que siguen siendo de configuración legal (por ejemplo, los del artículo 19 de la Constitución), pero la tendencia de la propia legislación de extranjería es expansiva, en el sentido de la admisión de mayor número de derechos³² o, si se prefiere, de eliminación de trabas derivadas de aquellas concepciones³³.

La legislación vigente en la materia se compone de diversos elementos de relevancia para la cuestión ahora examinada.

Así, de una parte, ha de tenerse en cuenta la declaración específica contenida en el artículo 62 bis.1 ya citado, conforme al cual “el ingreso y estancia en los mismos [en los centros de internamiento] 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”.

Esta declaración –que tiene resonancias del artículo 25.2 de la Constitución– es de suma relevancia, pues los derechos y libertades reconocidos en

el ordenamiento jurídico son, en primer lugar, los reconocidos en el artículo 62 bis³⁴, según el cual

“Artículo 62 bis. Derechos de los extranjeros internados.

- 1. Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos 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. En particular, el extranjero sometido a internamiento tiene 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.*

³¹ El derecho a la asistencia jurídica gratuita se regula ahora en el artículo 22 de la LOEX.

³² Cabe citar en esta línea el auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid, de 15 de abril de 2011, Juzgado en función de control jurisdiccional del CIE de Aluche (Madrid), en que declaró que “un CIE no es un centro carcelario o prisión, y el derecho a la intimidad de la correspondencia es un derecho fundamental que no puede ser vulnerado por ningún agente de policía ni por la Dirección del Centro, puesto que sólo por la autoridad judicial se puede proceder a interceptar o leer la correspondencia”.

³³ Una buena muestra de lo expuesto en relación con este punto se encuentra en el dictamen del Consejo de Estado nº 786/2009, sobre un anteproyecto de ley orgánica que posteriormente se aprobaría como la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la LOEX.

³⁴ Este régimen se recogía originariamente en la Orden de 1999, pero en 2003 fue incorporado a la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 14/2003. La carencia de rango suficiente de esa Orden era manifiesta y así resulta de las citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 2003 y 2005.

- 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.*
 - j) A entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes.*
2. Los centros dispondrán de servicios de asistencia social y sanitaria con dotación suficiente. Las condiciones para la prestación de estos servicios se desarrollarán reglamentariamente.
3. Las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes y los organismos internacionales pertinentes podrán visitar los centros de internamiento; reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de las mismas”.

Como es obvio, este precepto regula en su primer apartado los derechos de los internados en tal condición, es decir, que precisa aquellos de los que disfrutaban como sujetos sometidos a la rela-

ción de sujeción especial de internados en un CIE. Pero como resulta también del propio precepto, además de estos derechos que conforman su estatuto jurídico de internados, cuentan con todos los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, como son los regulados en la propia LOEX (Título I, artículos 3 a 24) y los que resultan del Derecho de la Unión Europea (por ejemplo, los afirmados por la referida STJUE C-61/2011, en relación con la Directiva 2008/115).

Es evidente que la situación de internamiento impone de facto límites al ejercicio de los derechos y libertades, pero también lo es que la situación de internamiento no supone la privación de esos derechos, ante todo, de los inherentes a la dignidad humana. Consciente de la necesidad de eliminar las dudas que podían haber surgido en este ámbito, la reforma de la LOEX de 2009 ha instituido la figura de los Juzgados de Instrucción en función de control de los CIEs (artículo 62.6 de la LOEX).

Pero haciendo hincapié en los derechos expresamente concedidos a los ciudadanos extranjeros internados por el artículo 62 bis, debe repararse, en particular, en el regulado en el artículo 62 bis, apartado 1.f), consistente en el derecho “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”³⁵.

Se reconoce en este apartado un derecho de los internados a la asistencia jurídica en casos de urgencia que no ha tenido el despliegue que merece hasta la fecha³⁶. Si se incardina este derecho con otras previsiones de nuestro Derecho de extranjería, como podría ser la del artículo 62.6 de la LOEX que atribuye al Juez de Instrucción la

³⁵ En la medida en que el extranjero se encuentra detenido, ostenta el derecho a la asistencia letrada, en los términos del artículo 22 de la LOEX, y el bloque de derechos recogido en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁶ La citada Circular 2/2006 de la Fiscalía ya se hizo eco de la necesidad de la asistencia letrada y de la audiencia al extranjero, a fin de que pudiera hacer alegaciones y proponer y practicar la prueba pertinente. Además, entendía preciso el traslado de las actuaciones a la Fiscalía correspondiente, a fin de emitir informe con carácter previo a la decisión judicial de internamiento.

competencia para conocer, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales, se advierte que el abogado, y no el personal del CIE, es el sujeto indicado para valorar qué peticiones y quejas revisten los caracteres de lesiones a los derechos fundamentales de los internados. Es obvio que esa especie de derecho de petición se puede ejercitar de manera personal por parte de los internados, pero el asesoramiento prestado por el abogado³⁷ está llamado a asegurar el buen fin del sistema de quejas de los ciudadanos extranjeros que tan parca y defectuosamente contiene la LOEX.

El futuro Reglamento debe establecer un procedimiento de quejas que respete el secreto de las comunicaciones de los internos y el principio de celeridad, asegurando la entrega directa de estas quejas al juez de control. Una buena práctica sería reconocer legitimación a las ONGs para plantear esas quejas y peticiones en nombre de los internados, como sucede en Madrid y Valencia. En suma, la fiscalización de los CIEs, en garantía de los derechos fundamentales de los internos, debería pivotar sobre la acción coordinada de los juzgados de control, los letrados y las ONGs.

No puede dejar de destacarse que el estatuto jurídico de los internados no ha sido objeto de una especial atención por parte del legislador³⁸ ni por parte de las autoridades gubernativas. Y síntoma de ello son las recomendaciones que se vienen recogiendo en los informes del Defensor del Pueblo, así como los acuerdos adoptados por los Juzgados en función de control de los CIEs, de Madrid y de Valencia, en asuntos como la atención médica, las comunicaciones telefónicas, la comunicación con los letrados, las visitas de ONGs, los buzones

de quejas para los Juzgados de control, la información al ingreso en el centro, etc.; o el reciente acuerdo adoptado el 27 de febrero de 2012 por los Juzgados de Instrucción números 6, 19 y 20 de Madrid, en funciones de control del Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid (Expediente gubernativo 286/2012), en el que, tras considerar que la expulsión de los internados sin cierta información previa vulnera su derecho a estar informados de su situación y el derecho fundamental a un trato digno, se acuerda lo siguiente:

“En el CIE se deberán adoptar 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 del 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 en España o de su país de 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.

Se deberá traducir el presente Acuerdo Gubernativo y notificarlo a los internos, mediante inserto en el tablón de anuncios en todos los idiomas usados por los internos del CIE”.

En relación con estas cuestiones, se valora de manera favorable que se haya atribuido una competencia mayor sobre la tutela de los derechos de los internados en CIEs a determinados Juzgados de Instrucción; pero sería preciso dotar al modelo esbozado en la legislación de los ele-

³⁷ Esta intervención no está cubierta por el sistema de asistencia jurídica gratuita de la Ley 1/1996.

³⁸ Aunque algunas previsiones de la LOEX son una clara guía para futuras disposiciones de desarrollo, como su artículo 20.2, con arreglo al cual “los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley (“Expedición del visado”)”.

mentos precisos para que sean esos juzgados, y no los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, los competentes también para verificar la adecuada garantía del derecho a la asistencia letrada de los internados. Sería preciso articular mecanismos de petición por los internados del beneficio, por medio de los oportunos convenios con los Colegios de Abogados y Procuradores correspondientes³⁹.

Como puede apreciarse, el régimen de los derechos de los internados se basa en solemnes declaraciones que encuentran en su despliegue notables obstáculos.

Uno de los elementos que podría contribuir a la mejora de la situación presente sería la regulación en el futuro Reglamento de los CIEs del procedimiento de presentación y resolución de las peticiones y quejas de los internados.

Los artículos en los que se regulan sucintamente estas posibilidades son el citado artículo 62.6 y el artículo 62 quáter, conforme al cual:

“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”.

Dado que el artículo 62.6 prevé que el Juez de Instrucción competente conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales, puede deducirse lo siguiente:

- Los extranjeros tienen derecho a formular peticiones y quejas sin más limitaciones que las derivadas del ordenamiento; esas peticiones o quejas pueden dirigirse a la entidad o institución que estimen pertinente (director del centro, Juzgado competente, Fiscal, Defensor del Pueblo...). No se considera adecuada la limitación que incluye el artículo 62 quáter en su segundo apartado, pues ha de entenderse que el internado podrá formular las peticiones que estime conveniente y no sólo las referidas a su situación de internamiento (así, por ejemplo, puede formular peticiones o quejas relativas a un procedimiento de solicitud de autorización de trabajo en España).
- Es preciso diferenciar el régimen de tramitación según el contenido de la queja o petición. A tal efecto, el artículo 62 quáter atribuye al director del CIE la facultad de atender las que sean de su competencia, que puede entenderse que son las relativas a la situación de internamiento. Pero en la medida en que exista una posible afectación de los derechos del extranjero, deberían incluir pie de recurso, a fin de que se pronuncie el Juez competente, conforme al artículo 62.6 de la LOEX. No se considera que en este caso la materia (afectación de derechos fundamentales del internado) implique que la petición o queja se

³⁹ El XVII Encuentro en Pamplona de 2007, sobre asistencia jurídica gratuita, ya puso de manifiesto que existían vulneraciones del derecho a la asistencia letrada en los supuestos de detención para la ejecución de resoluciones de expulsión, siendo una actuación administrativa contraria al artículo 17 de la Constitución.

residencie directamente ante el Juzgado competente; pero sí que la decisión administrativa al respecto –aceptando en todo o en parte la queja o rechazando lo solicitado por el extranjero– sea susceptible de ser revisada por la jurisdicción⁴⁰.

En definitiva, una regulación de los CIEs debería articular los mecanismos necesarios para que los extranjeros internados puedan presentar sus quejas y peticiones, así como su eventual revisión judicial, sin que puedan verse afectados sus derechos y libertades por mera decisión de la autoridad gubernativa.

En el plano del derecho a la asistencia letrada, se considera que el juego actual de los artículos 22 de la LOEX y 520 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal puede llegar a ofrecer un entramado suficiente de garantías, pero la aspiración de nuestro ordenamiento en la materia habría de ser la de la consecución de un régimen completo y acabado incluido en un único cuerpo normativo. Así, aun cuando el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece las garantías para los detenidos o presos, la especial situación de los extranjeros internados demanda un tratamiento específico de su situación, que tendría una sede lógica en la propia LOEX. Ésta debería, por consiguiente, incluir un régimen completo y autosuficiente del derecho a la asistencia letrada de los extranjeros en España, que comprendería entre otros extremos el beneficio de asistencia jurídica gratuita o el régimen de apoderamientos, en el que, además, se atendiera a las especiales situaciones en las que pueden encontrarse.

⁴⁰ Del mismo modo, se entiende que el régimen de las medidas de seguridad extraordinarias o medios coercitivos que regula el artículo 62 quíntos de la LOEX debe ser interpretado en el sentido de que exista siempre un conocimiento por el Juzgado de Instrucción competente de su adopción, necesariamente motivada, y de su aplicación en cada caso, pues tales medidas han de ser conocidas por la primordial institución de garantía de los derechos de los internados.

IV. Conclusiones del informe

A lo largo del presente informe se han ido destacando algunas cuestiones de la regulación en España de los llamados Centros de Internamiento de Extranjeros, establecimientos públicos destinados a garantizar el buen fin de un procedimiento de expulsión, devolución o retorno de un ciudadano de un tercer Estado.

El parco régimen normativo está pendiente de una profunda revisión, en relación con la cual han tratado de aportarse algunas ideas y sugerencias de cara a su mejora y a la implantación de medidas dirigidas a la garantía de los derechos de los extranjeros internados, sin menoscabo de la tutela de la seguridad pública que corresponde a cada Estado, como elemento inherente a su competencia exclusiva para regular la materia de extranjería, con los límites marcados por los tratados internacionales y el Derecho de la Unión Europea.

Los CIEs han de ser objeto de una regulación adecuada, que haga frente a ese cúmulo de circunstancias, que no han de ser reguladas como contrapuestas. A fin de que esa nueva regulación se inserte de manera respetuosa en el grupo normativo al que pertenece, deben tenerse en cuenta las siguientes cuestiones:

- Los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115 son normas incondicionales y suficientemente precisas, que los particulares podrán invocar directamente frente al Estado, si no se ha producido su incorporación al derecho español o ésta ha sido incompleta.
- Los apartados 1 y 5 del artículo 15 de la Directiva 2008/115 no se consideran adecuada-

mente incorporados a nuestro ordenamiento, sin que la Ley Orgánica 2/2009 procediera a la transposición de sus contenidos a la Ley Orgánica 4/2000.

- Es posible proceder a su transposición por norma de rango reglamentario; en tal sentido, el Derecho de la Unión Europea no impone una incorporación únicamente a través de ley sino que deja libertad a los Estados miembros.
- Debe potenciarse el control jurisdiccional de la acción de los CIEs. Se considera acertado que se residencien ante los Juzgados en función de control jurisdiccional de los CIEs todas las cuestiones atinentes a la garantía de los derechos de los internados, incluidas todas las relativas al derecho a la asistencia letrada.
- El régimen de la asistencia jurídica de los extranjeros debería regularse en un único cuerpo normativo, preferentemente la LOEX, en la que tuvieran cabida todas las cuestiones relativas a la materia, superando la fragmentación actualmente existente.
- Debe procederse a un adecuado desarrollo de los procedimientos a través de los cuales

se articula el ejercicio de sus derechos por parte de los internados, tanto los propios de la normativa de extranjería (procedimiento

ordinario y preferente), como los específicos relacionados con la situación de internamiento.

28

Madrid, 10 de abril de 2012





Consejo General
de la Abogacía
Española

Consejo General de la Abogacía Española.
Paseo de Recoletos 13, 28004 Madrid.
Telf: (34) 91 523 25 93. Fax: (34) 91 532 78 36.
informacion@cga.es