

Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?

Margarita Martínez Escamilla

Universidad Complutense de Madrid

Abstract

La política migratoria española y europea acude cada vez con más frecuencia y con mayor dureza al castigo y al poder coercitivo del Estado. Se trata de un uso que en muchos casos excepciona principios básicos del ius puniendi, socava el Estado de Derecho y conlleva graves lesiones de los derechos fundamentales y humanos de los migrantes. El presente artículo aborda esta realidad a través del análisis de piezas clave de esta política como, por ejemplo, el delito de favorecimiento de la inmigración, el denominado “delito de solidaridad”, la privación de libertad que prevé la Ley de Extranjería y los Centros de Internamiento de Extranjeros. También se pondrá de relieve cómo la respuesta penal se hace depender de la situación administrativa del inmigrante en una nueva manifestación de la utilización del Derecho penal como un instrumento de contención y represión de la inmigración irregular.

Spanish and European legal policy towards immigration is increasingly based upon punishment and coercion. That implies constant Rule of Law and migrant’s fundamental human rights jeopardy. This work intends to face this terrible reality by analyzing key issues in that policy such as the statutory offence of “immigration favouring”, the so called “solidarity offence”, imprisonment in the Ley de Extranjería (Act on Immigration), or problems involved with the Confinement Centres for Immigrants. It will also be emphasized how penal response is actually implemented under police and administrative point of views. Again this shows how Penal law is used for no penal purposes but as a means of facing irregular immigration through restraint and repression.

Die spanische und europäische Wanderungspolitik greift immer öfter und harter an die Strafe und die Zwangsmacht des Staates zurück. Es handelt sich um eine Anwendung, die strafrechtliche Grundprinzipien ausnimmt, den Rechtsstaat untergrabt und die Grundrechte der Migranten verletzt. Der Aufsatz stellt eine Analyse der Schlüsselteile der erwähnte Politik dar: die mit dem Einschleusen von Ausländer bezogene Straftat; die sogenannte “Solidarität-Straftat”; die in der Aufenthaltsgesetz vorausgesehene Freiheitsberaubung; oder die Einweisungszentren für Ausländer. Es wird also die Abhängigkeit der strafrechtlichen Antwort von der Verwaltungssituation der Ausländer behandelt, eine Neuheit der Anwendung Strafrechts als Instrument für die Beherrschung und Beschränkung der illegalen Einwanderung.

Title: Immigration, criminal policy and human rights: to where we are willing to go?

Titel: Einwanderung, Menschenrechte und Kriminalpolitik: Wie weit wollen wir gehen?

Palabras clave: Inmigración, inmigrante irregular, extranjería, sin papeles, derechos humanos, externalización de controles, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, mínima intervención, lesividad, proporcionalidad, subsidiariedad, manteros, top manta, propiedad intelectual, directiva de la vergüenza, directiva de retorno, centros de internamiento, centros de detención, internamiento de extranjeros, expulsión, devolución, retorno, repatriación, suspensión de la pena, sustitución de la pena.

Keywords: immigration, stealthy immigrant, legal treatment of aliens, human rights, repatriation, proportionality, copyright, intellectual property, Directive for returning illegal immigrants, Confinement Centres for Immigrants.

Stichwörter: Einwanderung, illegale Einwanderer, Ausländerrecht, Externalisierung der Grenzen, Straftaten gegen die Rechte ausländischer Bürgern, Ultima Ratio Prinzip, Verhältnismässigkeit, Urheberrecht, Richtlinie 2008/115/EG zur Rückführung illegaler aufhältiger Drittstaatsangehöriger, Verhaftungseinrichtungen, Einweisung Ausländer, Ausweisung, Rückführung, Repatriierung.

Sumario

1. A modo de introducción: que no salgan, que no entren, que se vayan
2. El favorecimiento de la inmigración irregular y el llamado "delito de solidaridad"
3. Criminalizando la pobreza, criminalizando al inmigrante: el ejemplo de los manteros
4. Sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a un extranjero no residente legal
5. Los centros de internamiento de extranjeros
6. La Directiva de la vergüenza y los intentos de ampliar el plazo de internamiento
7. A modo de conclusión

*Mi hijo no nació para morir en el mar.
Ningún dios le castigó,
ninguna maldición le obliga a ser esclavo.
A mi hijo lo mata cada tarde
una forma de entender el mundo,
una manera criminal de gobernar
en la que el ser humano no es lo prioritario,
porque el hombre aun no cotiza en bolsa...*

Fragmento del poema *Nuestros hijos*,
Pilar del Río

1. A modo de introducción: que no salgan, que no entren, que se vayan¹

Hace ya tiempo que Europa y España declararon la guerra a la inmigración irregular y desde entonces no se han escatimado medios materiales ni instrumentos jurídicos para salir victoriosos en una lucha desigual, cuya legitimidad ética resulta más que dudosa y que en muchas de sus manifestaciones se traduce en un elevadísimo riesgo para las vidas de los migrantes y en un auténtico atropello de sus derechos. Cada vez se necesitan ejércitos mayores para defender lo indefendible².

No quisiera en esta introducción aburrir con consideraciones generales conocidas por el lector, pero para entender el recorrido que se traza en este artículo es conveniente un breve recordatorio sobre cómo en España y en Europa se gestiona la inmigración. Si hubiera que señalar el principio básico que inspira esta política, destacaría el hecho de que el modelo de gestión de la inmigración, tanto español como europeo, está inspirado fundamentalmente y de forma expresamente reconocida en nuestros intereses económicos: se admite a quien consideramos que puede ser útil para nuestra economía, una economía que ha pasado de prospera a maltrecha. La inmigración que desde esta perspectiva económica no podemos o no queremos asumir, se concibe como una amenaza, como una –por definición indeseada– invasión. A partir de esa percepción, la política migratoria se concentra en el rechazo, poniéndose el acento en el control de fronteras y en la persecución y hostigamiento de quienes consiguen esquivarlas, en el refuerzo de los instrumentos jurídicos y de los medios materiales para afrontar lo que se ha denominado “lucha” contra la inmigración irregular. Esta lucha se llevaría a cabo en tres frentes: el primero impidiendo que salgan y que se nos aproximen. El segundo, impidiendo que entren, que traspasen nuestras fronteras. Para el caso de que consigan entrar en nuestro territorio, el tercer objetivo sería echarles de él, forzarles a salir.

¹ “Que no salgan, si salen que no lleguen y si llegan que sean inmediatamente detenidos y lo antes posible repatriados”. Así resume Rafael Lara un discurso de Rodríguez Zapatero en que éste señala las claves de su política sobre inmigración (LARA, Rafael, «¿Regulación de Flujos? 20 años de muerte en las fronteras», en APDHA (Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía), *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2008*, 2008, pp. 91 y ss., [http://www.apdha.org/media/fronterasur2008.pdf; última visita: 1 de julio de 2009]).

² Así reza el texto de un contundente dibujo de El Roto, publicado en *El País*, 28 de abril de 2004, en el que si bien no se alude explícitamente al fenómeno de la inmigración, pueden verse reflejadas las fuerzas que pugnan en el fenómeno migratorio.

Una de las piezas claves de la política migratoria europea que respondería al primer objetivo señalado (que no salgan, que no se nos aproximen) y que ha demostrado tener un alto coste para derechos humanos básicos de los migrantes sería lo que se conoce como externalización de los controles, mediante la cual Europa pretende desplazar los controles más allá de sus fronteras en el sentido de encargar a terceros países de tránsito la contención de la inmigración que tiene como destino Europa a cambio de grandes presiones y ayudas económicas³. Este encargo a países tan poco respetuosos con los derechos humanos como, por ejemplo, Libia, Marruecos o Mauritania, se viene traduciendo en la reiterada vulneración de derechos humanos por parte de la policía de estos países, que se concreta en palizas, desvalijamientos e incluso homicidios y todo ello con el silencio cómplice de Europa, que gasta ingentes cantidades de dinero en militarizar las fronteras de estos países para evitar la inmigración pero se desentiende de cuestiones de un humanitarismo básico como facilitar el retorno de los inmigrantes interceptados quienes tienen que volver a sus lugares de origen enfrentando las mismas penalidades, peligros y abusos que sufrieron en su intento de llegar a Europa y ello ahora en un estado físico muy deteriorado y con importantes traumas psicológicos.

Aunque no puedo detenerme como desearía en el tema de la externalización, recordar que sabido es que el hostigamiento a los inmigrantes por parte de la policía marroquí estuvo en el origen de los intentos masivos de saltar las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla que tuvieron lugar en septiembre y octubre de 2005 y conocido es el abandono de migrantes subsaharianos en la frontera con Argelia en zonas desérticas y minadas, sin poder tampoco entrar en este país, cuya policía dispara al aire para disuadirles. No hay mejor forma de aprehender las consecuencias de esta deslocalización de los controles que el relato de prácticas y situaciones concretas y frecuentes, por lo que recomiendo el escalofriante y detallado informe *Derechos Humanos en la Frontera Sur, 2008*, de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía⁴. También ilustrativo de esta política es un reciente informe de CEAR sobre el Centro de Detención de migrantes en Nouadhibou (Mauritania), construido y mantenido con financiación española y apodado "Guantanamo". Además de las muy deficientes condiciones materiales en las que se verifica la detención, el informe subraya que estas privaciones de libertad se llevan a cabo al margen del derecho, pues "la legislación vigente en Mauritania no contiene ningún precepto sancionador que pueda aplicarse a inmigrantes que pretendan migrar a terceros países, por lo que tampoco existen plazos de internamiento o garantías básicas como el derecho a asistencia letrada o la supervisión judicial de la detención. Asimismo en los procedimientos de hecho aplicados no se notifica ningún tipo de resoluciones ni cabe posibilidad de recurso contra las mismas. A los migrantes detenidos no se les facilita información sobre cuándo y cómo serán repatriados, operación que se realiza sin las mínimas garantías", añadiendo que las autoridades mauritanas "señalan de forma clara y reiterada que es una actuación que realizan a petición expresa del gobierno español, por lo

³ Sobre este aspecto de la política europea de migración, vid. DIETRICH, Helmut, «El Mediterráneo como nuevo espacio de disuasión», en VV.AA., *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Barcelona (Virus Editorial) 2008, pp. 7 y ss., pp. 60 y ss.

⁴ Vid. el informe sobre las constantes violaciones de derechos humanos de los migrantes inferidas por las fuerzas de seguridad marroquíes contenido en APDHA, *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2008*, 2008, pp. 35 y ss.

que quedan a la espera de lo que este solicite o decida sobre el futuro del centro de Nouadhibou”⁵. El mencionado informe *Derechos Humanos en la Frontera Sur, 2008*, también informa sobre este centro de detención, recogiendo testimonios que denuncian malos tratos y tener que pagar por todo⁶. Los tratos inhumanos y degradantes y las continuas vulneraciones de los derechos de los migrantes son perfectamente conocidas por los España y por el resto de los Estados miembros de la UE, así como las negativas consecuencias que para los refugiados tiene esta externalización de los controles. Desde luego ignorancia no se puede alegar y ausencia de responsabilidad, tampoco.

Al segundo objetivo -que no entren- respondería el intento de impermeabilizar nuestras fronteras. El carácter restrictivo de las actuales políticas migratorias hace que la mayor parte de la inmigración se canalice de forma irregular, es decir, fuera de los cauces establecidos y, evidentemente, cuantas mayores son las dificultades para acceder al país, mayor es el encarecimiento de la entrada y mayores son los riesgos que el inmigrante irregular ha de asumir, existiendo una relación directa entre incremento de las dificultades y número de muertes en el intento, lo que se hace especialmente patente en la frontera sur de Europa, donde la intensificación del control supuso la búsqueda de travesías alternativas, más largas y más peligrosas. En concreto, el aumento de las dificultades para acceder a España desde Marruecos trajo consigo el fenómeno de los cayucos, cuyas rutas nadie se hubiera atrevido a imaginar como viables, por su lejanía y peligrosidad. A pesar de la inexistencia de cifras certeras sobre los muertos en el intento de llegar a España, cualquier aproximación resulta espeluznante⁷, sin que estos muertos sean en modo alguno equiparables a las víctimas de una catástrofe natural.

Pero nada bueno le espera al inmigrante que a pesar de todos los obstáculos consigue entrar en nuestro territorio. Sin papeles, sin derecho a ganarse un sustento y con el poderoso Estado dispuesto a no reparar en medios para echarle: las detenciones, los internamientos, las repatriaciones... No sé si alguna vez corrieron buenos tiempos para la inmigración en España y Europa, pero qué duda cabe que el actual panorama resulta realmente tenebroso. Para colmo de males parecen haberse esfumado algunos de los argumentos utilizados para demostrar que, también desde la utilitarista perspectiva económica, resultaba injustificado el rechazo al

⁵ CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado), *Informe de evaluación del centro de detención de migrantes en Nouadhibou (Mauritania)*, 2009, (<http://www.cear.es/files/Informe%20CEAR%20Nouadhibou%202009%20.pdf>; última visita: 1 de julio de 2009).

⁶ CEAR, *Informe de evaluación del centro de detención de migrantes en Nouadhibou (Mauritania)*, 2009, pp. 58 y ss.

⁷ La Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía documentó la muerte en su intento de entrar en España de 927 personas en 2007 y de 580 en 2008. En este cálculo no se incluyen los muertos en naufragios no contrastados, ni durante la travesía por el desierto, ni los que pudieran morir por las deportaciones realizadas por Marruecos a zonas desérticas. Esta asociación no duda que los muertos en 2007 en el conjunto de las rutas migratorias hacia España alcanzara las 3500 personas y en el 2008 las 2900 personas. Vid. APDHA, *Derechos Humanos en la Frontera Sur*, 2008, pp. 99 y ss., (http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=606&Itemid=45; última visita: 5 de julio de 2009).

Por su parte la organización No Fortress Europe, en mayo de 2008 llevaba perfectamente documentadas 11.105 muertes de personas al intentar entrar en Europa -vid. el informe en la siguiente página web: http://www.unitedagainstracism.org/pdfs/actual_listofdeath.pdf

inmigrante. A saber: que eran necesarios para el ciclo de “prosperidad económica” en el que nos hallábamos inmersos. Pero el panorama económico ha cambiado drásticamente y hoy buena parte de esos inmigrantes, a menos a corto plazo, ya no parecen útiles. Muchos han pasado a engrosar las listas del paro, dejan de cotizar y ya no parecen cuadrar las cuentas que antes nos permitían afirmar que la inmigración aporta mucho más en términos económicos que el gasto público que pudiera generar.

Y es justamente en esta coyuntura, tan poco propicia para la solidaridad, cuando más necesario se hace reivindicar algo de lo que se vanagloriaba la “civilizada Europa”: el respeto de los derechos humanos, resultando urgente levantar la voz frente a políticas nacionales y europeas que presentan indisimulados tintes de fascismo. No merecen otro calificativo leyes como la propuesta por el Gobierno de Berlusconi y aprobada el 14 de mayo de 2009 en el Congreso Italiano, que convierte la entrada y permanencia ilegal en Italia en un delito, castiga con penas de hasta tres años a quien alquile una vivienda a un inmigrante irregular y obliga a los funcionarios públicos a denunciar a los inmigrantes sin papeles con la única excepción de los médicos y los maestros, quienes inicialmente eran incluidos en esta obligación. En la misma línea de represión y hostigamiento avanza también Francia, donde el Gobierno de Sarkozy ha promovido una ley que castiga con penas de prisión y multa a “toda persona que haya, por ayuda directa o indirecta, facilitado o intentado facilitar la entrada, la circulación o la estancia irregulares de un extranjero en Francia”, resultando por otra parte, sumamente preocupante la promesa del Gobierno Francés de expulsar a 30.000 inmigrantes antes del 2010.

Los movimientos migratorios se han convertido en el talón de Aquiles de los derechos humanos. Son muchos y diferentes los medios que puede utilizar el poderoso Estado en la lucha contra el inmigrante clandestino y muchos y diferentes los derechos humanos y derechos fundamentales de los migrantes que se pueden ver afectados. Un tema inabarcable que trataré de acotar mediante la introducción de una tercera variable: la utilización en la lucha contra la inmigración irregular del *ius puniendi* del Estado, del derecho a castigar para cuya ejecución se sirve del uso de la fuerza y la coacción. Así, en relación con el objetivo de obstaculizar la permanencia analizaré, de mano del tema de los denominados manteros, cómo la respuestas penal varía en función de situación administrativa del autor y también me detendré en la detención en los Centros de Internamiento –que según la Directiva podría prolongarse en determinados casos hasta dieciocho meses– con vistas a una eventual repatriación. Respecto al segundo objetivo de la política migratoria: impedirles entrar, analizaré el art. 318 bis del Código penal o delito de favorecimiento de la inmigración. Son ejemplos de hasta dónde estamos dispuestos a llegar en la lucha contra la inmigración irregular.

2. El favorecimiento de la inmigración irregular y el llamado "delito de solidaridad"

I. Uno no puede dejar de sorprenderse cuando averigua que el art. 318 bis del Código penal, en

su párrafo primero, condena a penas de cuatro a ocho años de prisión a quien “de forma directa o indirecta, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”⁸.

Lo primero sobre lo que hay que llamar la atención es que el precepto transcrito no está castigando la vertiente más dramática de la inmigración, en la que al drama del éxodo se suman abusos y lesiones de los derechos de los migrantes⁹. Estos supuestos son castigados por el Derecho penal, pero el art. 318 bis en su párrafo primero lo que castiga con penas de cuatro a ocho años de prisión no es la lesión o puesta en peligro de los derechos de los inmigrantes, sino la ayuda, la facilitación de la inmigración irregular en sí misma considerada¹⁰. Y para entenderlo nada más ilustrativo que ver a qué supuestos se está aplicando este precepto. Entre una larga lista de resoluciones, podemos citar, por ejemplo, la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, donde la Audiencia Provincial de Cádiz condenó a tres años de prisión a un policía local por intentar introducir en la península al hermano de su novia. La Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 13 de julio de 2004, aplicó la penalidad atenuada del párrafo sexto, condenando a una pena de dos años, a quienes, por móviles altruistas, intentaron introducir en España a un joven marroquí oculto en el coche. O por ejemplo, la Audiencia Provincial de Málaga (sección 7ª), de 24 de febrero de 2005, enjuició el caso del procesado de origen marroquí y con pasaporte belga que intentó introducir en la península, con el pasaporte de su hijo, a un sobrino – nieto, con el fin de acompañarle hasta Bélgica para que allí pudiera mejorar sus condiciones de vida. El órgano judicial aplicó la posibilidad atenuante pero sobre el tipo agravado porque el inmigrante era un menor de edad y finalmente le imponen la pena de tres años y un día de prisión. El fiscal pedía para él seis años de prisión.

Es lo que se conoce también como “delito de solidaridad”, en el que se castiga no al inmigrante¹¹,

⁸ Conviene recordar que en materia de inmigración las directrices las marca Europa. La Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares, obliga en su artículo primero a los Estados miembros a sancionar penalmente a quienes intencionalmente ayuden a entrar o transitar irregularmente por un país o, con ánimo de lucro, ayuden a permanecer en dicho país, si bien deja libertad a los Estados miembros para no castigar las conductas llevadas a cabo con un fin humanitario. Por su parte, la Decisión Marco 2002/946/JAI, también de 28 de noviembre, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, establece las pautas que han de seguir las sanciones penales con las que los Estados han de castigar las conductas mencionadas. Al final de este epígrafe aludiré al contenido de esta Decisión Marco.

⁹ Resulta importante insistir en que no debe identificarse inmigración irregular con abuso. Ello supone desconocer las múltiples modalidades en que una persona puede ejecutar su proyecto migratorio. Inmigrar no es sinónimo de trata de blancas, ni de jugarse la vida en El Estrecho, ni necesariamente lleva aparejada la explotación, por más que esta terrible cara de la inmigración sea la que más aparece en los medios. Piénsese en la cantidad de inmigrantes que cruzan nuestra frontera de forma aparentemente legal y cuya permanencia deviene irregular y en la que se cuenta con el apoyo de familiares o conocidos, con el apoyo de esas “otras redes” de la inmigración ilegal. Deberíamos ser cuidadosos con una excesiva puesta en relación de la inmigración irregular con fenómenos de degradación o abuso, que puede resultar perjudicial en la medida que insiste en relacionar, con peligro de llegar a identificar, inmigración irregular y criminalidad.

¹⁰ Con detenimiento acerca del bien jurídico del art. 318 bis, así como sobre los múltiples aspectos que plantea el delito de favorecimiento de la inmigración irregular, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Barcelona (Atelier) 2007.

¹¹ Sí se castiga penalmente al inmigrante irregular en Francia y Alemania. El Congreso italiano ha introducido

sino a quien le ayuda o promueve su proyecto migratorio y su persecución y castigo tiene perniciosas consecuencias de cara a los derechos humanos de los migrantes. Resultan muy ilustrativos algunos de los ejemplos que aparecen en el informe *Derechos Humanos en la Frontera Sur, 2007*, de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. Transcribo el siguiente párrafo: “En mayo de 2007, veintisiete migrantes permanecieron durante más de veinticuatro horas desesperadamente agarrados a jaulas de atún de 35 cm. de largo tiradas, en pleno Mediterráneo, por un remolcador maltés cuyo capitán se negaba obstinadamente a detenerse para tomarlos a su bordo, o incluso a escoltarlos hasta la costa. Ya que ayudar a los naufragos conduciéndolos al puerto significa, para los salvadores, varios días de inmovilización de su barco, cuando no son perseguidos, además, “por haber facilitado la inmigración ilegal”, como pasó en el mes de agosto de 2007 con siete pescadores tunecinos, mandados a prisión en Sicilia después de haber salvado del ahogamiento a cuarenta y cuatro personas. El delito de ayuda a la entrada y a la residencia ilegal de extranjeros, que permite llevar a juicio no sólo a aquellos que se designa como “pasadores de fronteras” porque hacen pagar sus servicios, sino a cualquiera que lleva asistencia a un inmigrante desprovisto de papeles, está por otra parte generalizándose tanto en las legislaciones europeas como en los países de tránsito. Es bajo este fundamento que, en Francia, militantes asociativos de la región de Calais fueron inculcados porque procedían a la distribución de comida o albergaban exiliados. En Marruecos, es porque la amenaza de actuaciones judiciales pesa como una espada de Damocles, que numerosos subsaharianos se ven privados de transporte público: por temor a ser inculcados en aplicación de la ley 02–03 relativa a la entrada y a la estancia de los extranjeros por haber tomado a su bordo a extranjeros en situación irregular, no es raro que los conductores de autocar se nieguen a subir a Africanos¹².

II. En España sólo es delito la ayuda a entrar irregularmente en España o a inmigrar irregularmente desde nuestro país o a transitar por él con este fin. La ayuda desinteresada a la permanencia en España afortunadamente no es delito. Es decir, comete un ilícito penal quien de alguna manera favorece que alguien inmigre irregularmente a nuestro país, pero no quien de alguna manera hace posible la permanencia sin autorización en España, por ejemplo aportando alojamiento o manutención.

Sin embargo, se está aprovechando el proceso de reforma en curso de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX), más conocida como Ley de Extranjería, para introducir el castigo administrativo de la ayuda a la permanencia del extranjero irregular. Así, la primera versión del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Extranjería, presentado por el Consejo de Ministros el 18 de diciembre de 2008, convertía en delito la ayuda solidaria a quien ya está en nuestro país, amenazando dichas conductas con fuertes multas. La propuesta de art. 53 incluía ex novo un apartado 2.c) donde se tipificaba como infracción grave castigada con multa de entre 501 y 10.000 euros el

recientemente el castigo penal del inmigrante irregular aunque con la sanción de multa.

¹² El referido informe puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.apdha.org/media/informeinmigra07.pdf>.

“promover la permanencia irregular en España de un extranjero. Se considerará que se promueve la permanencia irregular cuando el extranjero dependa económicamente del infractor y se prolongue la estancia autorizada más allá del periodo legalmente previsto [...]”. Esta redacción dio lugar a múltiples protestas de organizaciones y personas dedicadas al apoyo a inmigrantes irregulares¹³, lo que parece haber provocado una nueva redacción. El Proyecto de Reforma aprobado por el Consejo de Ministros de 26 de junio de 2009 tipifica ahora el promover la permanencia irregular en España de un extranjero “cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el periodo de tiempo permitido por su visado o autorización” (art. 53.2.c)), castigándose con ello la asistencia al inmigrante por parte de quien en su día le facilitó la carta de invitación que le permitió entrar en España. Frente a la posible apariencia simbólica de esta infracción, habría que advertir de la facilidad para perseguir estas conductas, bastando con cotejar las invitaciones cursadas y las personas cuya salida no consta una vez expirado el periodo de estancia legal así como, por ejemplo, que el inmigrante se aloja en casa de quien le invitó.

En esta lamentable estrategia de atacar la inmigración irregular atacando la solidaridad con el sin papeles, ha de situarse el intento del Gobierno de castigar con elevadas multas el “consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal, por parte del titular de la vivienda habitada para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita” (art. 53.2.d)), castigándose la misma conducta como falta muy grave cuando concorra ánimo de lucro. Es decir, por esta vía se pretende que el inmigrante que carece de domicilio por su situación de precariedad, no pueda llegar a inscribirse en el padrón municipal, con el consiguiente detrimento en el ejercicio de derechos como el de asistencia sanitaria o la dificultad para poder beneficiarse de futuras regularizaciones. El cerco a la persona en situación administrativa de irregularidad se estrecha más.

III. Pero volvamos al tipo básico del artículo 318 bis del Código Penal. Este precepto es un claro ejemplo de lo que los penalistas llamamos expansión del Derecho penal. El legislador, de todas aquellas conductas de favorecimiento podía haber seleccionado aquellas que considerara más graves en función de diferentes criterios: la concurrencia de ánimo de lucro, el actuar en el marco de una organización, que afecten a una pluralidad de inmigrantes, etc. Sin embargo, lejos de seleccionar, ha llevado a cabo una regulación omnicompreensiva, lo más amplia posible, con el fin de castigar cualquier comportamiento relacionado con la inmigración irregular, que de alguna forma “directa o indirectamente” la favorezcan. Por ejemplo, el prestar dinero desinteresadamente o indicar al inmigrante el lugar más vulnerable para saltar la valla, o firmar una oferta de trabajo que no se tiene intención de verificar con el solo fin de que el inmigrante

¹³ Muchas de estas protestas se canalizaron a través de la campaña “Salvemos la hospitalidad”, de la que se puede encontrar información en Internet. Sobre este tema puede leerse el magnífico artículo de Juan Goytisolo, titulado «Objeción de conciencia», aparecido en *El País* de 12 de abril de 2009.

obtenga una autorización para entrar¹⁴, podrían considerarse conductas subsumibles en el art. 318 bis y les correspondería, en principio, una pena de hasta ocho años de prisión, si bien el último párrafo prevé la posibilidad de atenuación.

Pero es que además dicha expansión corre paralela a la difuminación del contenido de injusto de los hechos sancionados. Si bien no puede negarse que conductas como las descritas de alguna manera favorecen la entrada irregular, resulta cuestionable no ya que merezcan las gravísimas penas con las que se las conmina, sino incluso que deban ser elevadas a la categoría de infracción penal, por su escasísima gravedad, por lo que entiendo que en buena medida el tipo básico del art. 318 bis vulneraría el principio de lesividad. No creo que a esta conclusión se le pueda oponer que estamos ante un bien jurídico –mantenimiento de los estándares de bienestar que podrían disminuir a causa de un aumento de la presión migratoria– cuyo menoscabo no se produce mediante conductas aisladas, sino por la suma de muchos comportamientos típicos, es decir, por la suma de daños cumulativos. Obviamente no es un acto de inmigración irregular, ni dos, ni tres, lo que deterioraría supuestamente esos estándares que se pretenden proteger, sino la suma de muchos actos de inmigración. El tipo del art. 318 bis sería, pues, un delito de acumulación¹⁵.

No discuto que puedan existir bienes jurídicos cuya efectiva protección pasa por castigar conductas a las que sólo resulta imputable un mínimo grado de lesividad, pero cuya suma produce un efectivo menoscabo. Ahora bien, a mi juicio la merma del principio de lesividad que ello supone sólo podría justificarse por el valor del bien jurídico en cuestión y por la gravedad de su situación y no creo que estos requisitos concurren en el delito de favorecimiento de la inmigración. En los tiempos de crisis que vivimos probablemente se azucen los miedos que suelen acompañar a la inmigración: incremento de los gastos sociales, quiebra de la convivencia por un excesivo número de inmigrantes y su déficit de integración, mayor competencia en acceso a un trabajo ahora escaso, etc. Sin embargo, ni siquiera en estos malos tiempos no resulta ni mucho menos evidente la preeminencia de los derechos y privilegios en que se sustenta nuestro

¹⁴ A mi juicio, la inmigración puede ser calificada de ilegal no sólo cuando la entrada es oculta por verificarse por lugares diferentes a los pasos fronterizos o por producirse por éstos pero sin el conocimiento de los agentes. También puede conceptuarse de ilegal cuando se obtiene permiso pero éste ha sido emitido sobre la base de documentos materialmente falsificados o documentos privados en los que se falta a la verdad. Incluso podría afirmarse que estamos ante una inmigración ilegal cuando la entrada se produce con un visado turista en regla, o incluso cuando el pasaporte es título suficiente, pero con la intención de permanecer en nuestro país una vez transcurrido el tiempo autorizado de estancia. La Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, propugna una interpretación amplia del término “ilegal”, incluyendo tal calificación la entrada con documentación que, sin ser físicamente falsa, no responde a la realidad de las cosas. También se entiende que “quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas, con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que resultan así burlados, incurre en el ilícito penal”. En el ámbito de la aplicación judicial, el Tribunal Supremo en su Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2005, se pronuncia sobre el alcance del art. 313.1 CP (entrada clandestina e ilegal) en el siguiente sentido: “El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina”.

¹⁵ Críticamente acerca de los delitos de acumulación, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid (Civitas) 2001, pp. 131 y ss.

actual sistema económico y social sobre el derecho universal a migrar, que muchas veces, desgraciadamente, es presupuesto para ejercer otros muchos e los derechos que, según la Declaración Universal de Derechos Humanos, posee toda persona, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

El Derecho penal en este ámbito es, además, un instrumento de muy escasa eficacia. Existen importantes indicios para pensar que la desaparición del tipo básico del art. 318 bis no supondría un incremento relevante de los niveles de inmigración irregular. En primer lugar porque la intervención penal lógicamente continuaría para aquellos supuestos en que se ven comprometidos los bienes jurídicos de los inmigrantes, como la vida, la salud, la libertad, la dignidad, etc. Respecto a la inmigración en que esta dramática vertiente no concurre hay que asumir que gran parte de ella resulta realmente difícil de controlar y que un gran número de extranjeros residentes irregularmente en nuestro país entraron en España de forma aparentemente legal, por ejemplo, por pertenecer a países a los que no se exige visado de entrada. En definitiva, que no sólo es cuestionable la legitimidad ética de castigar penalmente la ayuda desinteresada a quien pretende entrar en nuestro país, sino también que su posible eficacia, eficacia que de existir sería muy reducida y difícilmente justificaría los costes que su aplicación conlleva, por lo que entiendo que el precepto analizado entraría en confrontación con el principio de última ratio y mínima intervención, cuyo respeto siempre se consideró necesario para poder calificar como legítima y justificada la intervención penal.

Nótese, por otra parte, la desmesurada gravedad de las penas –de cuatro a ocho años de prisión con posibilidad potestativa de atenuación– con las que se conmina comportamientos de tan ínfima gravedad como los analizados. No se puede alegar que respondan a una exigencia comunitaria pues exceden con mucho lo exigido por la Decisión Marco 2002/946/JAI, de 28 de noviembre, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Esta norma no obliga expresamente a acudir a la pena de prisión para combatir la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia irregular, aunque sí exige que las penas establecidas puedan dar lugar a la extradición. Sí alude expresamente a la pena de prisión cuando la ayuda a la entrada o tránsito ilegal se haya cometido con ánimo de lucro y, además, dicha ayuda forme parte de las actividades de una organización delictiva, o bien, la infracción se haya cometido poniendo en peligro la vida de las personas objeto de la infracción. En estos casos la pena privativa de libertad tendrá una duración máxima no inferior a ocho años (art. 1.3), o excepcionalmente no podrá ser inferior a seis años si ello es indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional (art. 1.4). Por otra parte, el art. 1.2 de la Directiva 2002/90/CE del Consejo, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares permite a los Estados miembros no imponer sanciones a las conductas de ayuda a la entrada y tránsito irregulares cuando su finalidad sea la de prestar ayuda humanitaria.

Resulta obvio que las sanciones establecidas en el art. 318 bis exceden en severidad las

obligaciones impuestas por la normativa europea reseñada. En primer lugar, el legislador español no ha hecho uso de la posibilidad de dejar impunes las conductas guiadas por un fin de ayuda humanitaria, por lo que la relevancia de tal circunstancia se subordina a la discrecionalidad del órgano judicial, que podrá tenerla en cuenta para la aplicación del tipo privilegiado recogido en el apartado sexto del art. 318 bis. Por otra parte, los ocho años que, como regla general, según la Decisión Marco, debería constituir, como mínimo, el límite máximo de la pena impuesta cuando concorra ánimo de lucro y organización o puesta en peligro de la vida, es impuesto por el legislador español como límite máximo del tipo básico, es decir, para conductas en las que no concurre ninguna de las circunstancias mencionadas.

Como puede apreciarse, todo vale frente a la inmigración, incluso sobrepasar los límites al *ius puniendi* y derrochar la pena de prisión. Prueba de ello es el tipo básico del 318 bis que castiga con cuatro a ocho años e prisión ayudar desinteresadamente a entrar irregularmente en nuestro país. Dicha norma excede lo razonable y no puede ser sino objeto de una clara reprobación.

3. Criminalizando la pobreza, criminalizando al inmigrante: el ejemplo de los manteros¹⁶

I. Pero el inmigrante irregular no sólo se ve acosado por una política migratoria específicamente concebida para impedir su proyecto migratorio, que despliega todas sus fuerzas primeramente obstaculizando la entrada y, si lo consigue, dificultando enormemente la vida cotidiana una vez en nuestro país. El inmigrante irregular se ve atrapado en las redes del Derecho penal en primer lugar por inmigrante y por irregular, pero también por pobre y por excluido social. O quizá hubiera que invertir los términos, pues en último extremo no es la extranjería sino la pobreza el hecho diferencial. En cualquier caso, es justamente el inmigrante irregular el ejemplo más evidente de exclusión del individuo operada por las normas: sin papeles, sin derechos, sin ni siquiera posibilidad de ganarse un sustento. Estando prohibido trabajar y castigado el dar empleo a un inmigrante irregular, a éste le resulta muy difícil encontrar un trabajo, si quiera eventual, y si lo obtiene suele ser en condiciones de explotación. En el presente epígrafe analizaré, de mano de la realidad de los manteros cómo la situación de exclusión que vive el inmigrante le empuja a las redes del Derecho penal, pero también como la respuesta penal por el delito cometido varía en función de una circunstancia que nada tiene que ver con la gravedad del hecho

¹⁶ Las razones y reflexiones que se contienen en el siguiente epígrafe, nos han movido a un grupo de profesionales del Derecho penal, entre quienes me encuentro (Grupo Inmigración y Derecho Penal), junto con numerosos colegas, ciudadanos, también titulares de derecho de propiedad intelectual, y colectivos (muy destacadamente Ferrocarril Clandestino) a pedir que se adopten las medidas legales necesarias para evitar la criminalización e ingreso en prisión de los manteros. Para ello aproximadamente en noviembre de 2008 iniciamos la campaña "Contra la criminalización e ingreso en prisión de los manteros" con la finalidad de que se reforme el Código Penal de forma que las conductas de los manteros no resulten punibles. A la espera de dichas reformas se verifiquen, se han comenzado a solicitar el indulto en todos aquellos casos de manteros condenados que llegan a nuestro conocimiento. Pueden consultarse los pormenores de la campaña en la siguiente dirección: <https://campusvirtual.ucm.es/portal/inmigracionsistemapenal.html>.

ni con la culpabilidad del autor: su situación administrativa irregular.

La opción de algunas de estas personas ha sido dedicarse a la venta callejera de reproducciones ilícitas de CDs, DVDs o de productos similares. Son conocidos como top-manta o manteros, en su mayoría inmigrantes irregulares de origen subsahariano, que en un momento dado se convirtieron en parte cotidiana de nuestro paisaje urbano, cuya aparente tranquilidad se trastocaba cuando precipitadamente los vendedores recogían sus mercancías y salían huyendo. De un tiempo a esta parte los manteros prácticamente han desaparecido del centro de las grandes ciudades, al menos de Madrid, y los pocos que quedan, ante la aparición de la policía, corren incluso más rápido que antes. Y es que los manteros tienen buenas razones para correr.

II. La principal razón es el art. 270 del Código Penal¹⁷, que en su punto primero establece lo siguiente: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios”. Es decir, el Código penal, en cuanto castiga la distribución con ánimo de lucro de una obra artística sin el consentimiento del titular o cesionario de los derechos, está tipificando y castigando con penas de multa y prisión de seis meses a dos años la conducta de los manteros.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo una serie de reformas en dicha regulación que han supuesto un paso decisivo en la represión de los delitos contra la propiedad intelectual o, al menos, en la represión de la conducta de los manteros. En primer lugar, la pena de multa y de prisión ya no aparecen como alternativas, sino que han de imponerse cumulativamente: pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses. La elevación del mínimo de la multa de seis a doce meses no es ni mucho menos inocuo, habida cuenta de que la mayoría de estas personas son insolventes, por lo que la multa impuesta se transformará en responsabilidad personal subsidiaria a tenor de un día de prisión por cada dos días multas, de acuerdo con lo establecido en el art. 53 CP. Es decir, si se impone al mantero la mínima pena de multa posible: doce meses, su insolvencia determinará que esta pena de multa se convierta en 180 días, seis meses de prisión. Otro cambio de gran repercusión fue la conversión de estos delitos en delitos públicos, frente al carácter semipúblico que tenían con anterioridad, al desaparecer el requisito de la denuncia previa (art. 287 CP), lo que, como se ha dicho, “supuso una auténtica revolución para los usos policiales”¹⁸, en cuanto legitima a las Fuerzas de Seguridad a actuar de

¹⁷ Aunque en este epígrafe me referiré a la venta de copias piratas de CDs, DVDs y de obras similares, las consideraciones que aquí se incluyen son en gran medida también aplicables a la venta en pequeña escala de falsificaciones y otros productos subsumibles en los delitos contra la propiedad industrial (arts. 273 y ss. CP)

¹⁸ VALLÉS CAUSADA, Luis, «Guardia Civil y defensa de la propiedad intelectual», en VV.AA., *Colección de Estudios de Derecho Judicial*, 129: *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, Madrid (CGPJ) 2007, p. 203.

oficio y ha permitido organizar operaciones policiales contra la venta callejera que han provocado la práctica desaparición de los manteros del paisaje urbano¹⁹. Por último destacar que los delitos contra la propiedad intelectual (e industrial) flagrantes se han incorporado al catálogo de delitos de juicios rápidos, lo que según la Circular 1/2006 “evidencia el claro propósito de dar una respuesta inmediata y eficaz a las formas más generalizadas de ataque a estos derechos que vienen representados en nuestra sociedad por la figura del “top manta”²⁰.

III. Dejando a un lado el interrogante de si las mencionadas reformas realmente han facilitado la lucha contra otros atentados, como por ejemplo las descargas, mucho más dañinos para la industria audiovisual que el fenómeno del “top manta” o si han facilitado el castigo de los autores con peso cuantitativo o cualitativo en este negocio de las reproducciones ilegales, lo cierto es que dichas reformas han sido realmente eficaces en la persecución y castigo del último eslabón de la cadena. Según datos que la Policía municipal de Madrid habría aportado al diario *La Razón*, desde enero a noviembre de 2008 se habían practicado más de seiscientos ochenta detenciones por delitos de ese tipo²¹. No se tienen datos precisos, pero es de suponer que muchas de esas detenciones habrán dado lugar a la apertura de un proceso penal y que sólo en Madrid un tanto por ciento de esos procesos habrán terminado en condena. En muchos casos la pena privativa de libertad se habrá sustituido por la expulsión en virtud de lo establecido en el art. 89 CP y el inmigrante habrá sido sacado por la fuerza de nuestro país. De no poder ser expulsado, lo más probable es que el inmigrante condenado por vender copias piratas ingrese en prisión.

En el próximo epígrafe me referiré con algún pormenor a estas posibilidades, pero por el momento me interesa poner de manifiesto algo que por sí mismo salta a la vista: la enorme cantidad de dinero público que se invierte en reprimir penalmente estas conductas. A las razones constitucionales, jurídicas y éticas que avalan la no criminalización de los manteros, se unen razones económicas cuya contundencia resulta más evidente si cabe en la actual situación de crisis económica. Los días de detención de estas personas, los días en que la policía tiene que comparecer para las actuaciones judiciales no dedicando ese tiempo a otros menesteres de orden y seguridad ciudadana, el tiempo dedicado en las oficinas judiciales y por los jueces a despachar estos asuntos, etc., sin mencionar el elevadísimo coste diario que supone el enviar a estas personas a prisión, un lugar donde, al margen de consideraciones económicas, nunca deberían ir a parar.

¹⁹ Como se recoge en el artículo de VALLÉS CAUSADA, “un buen ejemplo sería la Op. MADRID PLUS, llevada a cabo en la Comunidad Autónoma de Madrid a finales del 2005, en la que actuaron de forma conjunta la Guardia Civil, el CNP, la Agencia Tributaria y las policías locales de la CAM (especialmente la de Madrid Capital). Su principal resultado fue la desaparición *de facto* durante varios meses de los manteros de las calles de Madrid” (VALLÉS CAUSADA, en VV.AA., *Colección de Estudios de Derecho Judicial*, 129: *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, 2007, p. 203, nota 26).

²⁰ Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.

²¹ El artículo, titulado «Cerca al “top-manta”», lo firma L. Boullosa en *La Razón* de 13 de enero de 2009. De acuerdo con este mismo artículo, según fuentes policiales, aunque ha decrecido el número de manteros, habría crecido el número de quienes van vendiendo por los locales.

En primer lugar, resulta dudoso que el castigo penal de los manteros aporte suficientes réditos en términos de protección de la propiedad intelectual que puedan justificar el sufrimiento que genera. De todo el abanico de posibilidades existentes para combatir el fenómeno del top manta (confiscación del material y sanción administrativa, actuar sobre la demanda o cualquier otro tipo de sanción penal menos grave), el legislador ha optado por la que incide de una forma más devastadora sobre la vida de las personas: la pena de prisión, con las dudas que ello suscita desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, según el cual sólo está justificado acudir al Derecho penal cuando otros medios se muestran ineficaces para conseguir la protección del bien jurídico.

Pero el actual castigo del top manta no sólo vulneraría el principio de subsidiariedad del Derecho penal, sino también otro principio limitador básico: el de lesividad, según el cual no cabe castigar penalmente cualquier comportamiento, sino sólo aquellos que por su gravedad supongan un auténtico peligro de lesión para el bien jurídico. A salvo el hecho de que en virtud del principio de culpabilidad sólo cabe castigar al sujeto por su comportamiento, sin imputarle todas las consecuencias del fenómeno en el que está inmerso, resultaría interesante saber si los ingresos de los titulares y cesionarios de derechos de propiedad intelectual han reflejado positivamente la práctica desaparición del top manta de nuestras calles. Probablemente no, entre otras razones porque el top manta se concentra en la piratería de una variedad limitada de obras, copias normalmente de baja calidad, compradas por personas que raramente adquirirían las copias autorizadas y en este sentido algunas resoluciones judiciales no acceden a las indemnizaciones civiles solicitadas con el argumento de no hay perjuicio si no se ha perfeccionado la venta (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª, Sentencia 228/2007, de 21 de febrero) o, por ejemplo, que no puede entenderse que cada copia ilegal vendida supone un ejemplar que el autor deja de vender (Juzgado de lo Penal núm. 3 de Madrid de 14 de noviembre de 2007, entre otras numerosas resoluciones judiciales).

En íntima conexión con la vulneración del principio de subsidiariedad y de lesividad, nos hallamos también ante una vulneración del principio de proporcionalidad: la pena de prisión de seis meses a dos años es de todo punto excesiva y no guarda relación con la ínfima gravedad de la conducta del mantero. La desproporción del Código penal en este tema se aprecia incluso con más nitidez si comparamos la pena del art. 270 con la pena establecida para otros delitos. Carece de lógica que el ofrecimiento en venta de unos DVDs o CDs tenga una pena que puede ser incluso superior a la de un robo con violencia o intimidación (ver art. 242.3: pena de uno a dos años, sin multa), o a la de algunos delitos de lesiones (art. 147.2). Además, las penas que se aplican son demasiado elevadas en relación con otras conductas descritas en el mismo Título XIII "delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", no resultando coherente que no se mantenga el paralelismo con tipicidades como la apropiación indebida, estafa, hurto, daños, defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, en las que de no alcanzar lo defraudado o hurtado los cuatrocientos euros la infracción es considerada una falta, correspondiéndole, por tanto, una sanción mucho más leve.

Precisamente, si nos fijamos en el ámbito de las faltas es donde mejor se aprecia la desproporción de la respuesta penal que se da a los manteros. Así, por ejemplo, la simple venta de una película estaría más castigada que la causación de la muerte de una persona por imprudencia leve, a la que corresponde una pena de multa (art. 621.2 y 4). También se considera simple falta, y se castiga con una simple multa, defraudar a la Hacienda o a los presupuestos de la Comunidad Europea una cantidad que no supere los 4.000 euros o abandonar jeringuillas u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores (art. 630).

IV. Creo sinceramente que pocas personas serán capaces de negar que nos hallamos ante una reacción desproporcionada, que lesiona buena parte de los principios limitadores del *ius puniendi* y que, en cuanto criminaliza la pobreza, es una reacción tremendamente injusta. De esto son conscientes en primer lugar los jueces a quienes se solicita la aplicación del art. 270 CP y la condena del mantero, viéndose colocados en la encrucijada de consumir lo que a todas luces es una injusticia o buscar argumentos, a veces algo forzados, en los que sustentar la absolución. De esta manera, y este es un hecho merecedor de reflexión, conviven en la realidad de nuestra justicia penal dos tendencias jurisprudenciales opuestas: la que sistemáticamente condena al mantero por un delito del 270 CP al entender que dicha condena es obligada por imperativo del principio de legalidad y la corriente jurisprudencial que busca la absolución y la fundamenta en razones de muy diversa índole²².

Así, hay Sentencias que fundamentan la absolución en la insuficiencia de la actividad probatoria sobre los elementos del tipo. Otras, por el contrario, fundamentan el fallo absolutorio en una interpretación restrictiva de los elementos del tipo basada en consideraciones dogmáticas de diversa índole. Por último, buena parte de la jurisprudencia que intenta la absolución de los manteros, apela en sus razonamientos a los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi*, tales como el principio de mínima intervención, el de subsidiariedad o el de proporcionalidad de la reacción penal. A veces estos principios limitadores del *ius puniendi* son utilizados por el órgano judicial para apoyar interpretaciones pro atipicidad de los elementos del tipo, lo cual, no sólo es posible sino que resulta debido, pues ante dos interpretaciones de un mismo precepto compatibles ambas con el tenor literal, lógicamente ha de optarse por la más acorde con los principios legitimadores de la intervención penal. En otras ocasiones, por el contrario, la absolución se deriva de la aplicación directa de estos principios, a pesar de que del tenor literal de precepto parece deducirse la resolución condenatoria y en estos supuestos surge

²² Una detallada información acerca de ambas corrientes jurisprudenciales puede hallarse en CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa/ROBLES PLANAS, Ricardo, «¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)», *InDret* (2), 2007, (<http://www.indret.com/pdf/422.pdf>; última visita: 13 de julio de 2009), y en VV.AA., *Escenarios jurídicos para la defensa de las personas excluidas que venden reproducciones ilegales de CDs, DVDs, entre otras obras, sobre sus mantas*, 2009, (<https://campusvirtual.ucm.es/portal/inmigracionysistemapenal.html>; última visita: 3 de julio de 2009). Este último es un documento colectivo, elaborado con la urgencia de aportar a los operadores jurídicos argumentos para fundamentar la absolución de los manteros.

la duda de si el bienintencionado juez está actuando correctamente.

Efectivamente hoy nadie cree que sea posible la aplicación del Derecho mediante un aséptico proceso de subsunción llevado a cabo utilizando silogismos formales y neutros, sino que más bien la interpretación y aplicación de la norma es al tiempo una labor creadora del derecho, a lo que nada cabe oponer excepto la necesidad de unos límites que impidan que la letra de la ley se convierta, sin más, en la voluntad del intérprete²³.

En cualquier caso, del panorama jurisprudencial descrito, desearía destacar que la convivencia de tendencias interpretativas opuestas, lejos de transmitir una buena imagen de la justicia penal, transmite inseguridad jurídica y desigualdad en aplicación de ley, pero de este panorama no es ni mucho menos culpable la Administración de Justicia, sino el legislador penal que al tipificar penalmente conductas nimias y al establecer castigos desproporcionados, coloca al juez en la encrucijada que hemos descrito. Es por ello al legislador penal a quien en primer término compete poner fin a semejante desatino.

4. Sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a un extranjero no residente legal

I. Los vendedores ambulantes de reproducciones no autorizadas, como acabamos de ver, son en muchos casos condenados a penas de prisión de seis meses a dos años y penas de multa de doce a veinticuatro meses, multa que en inmensa mayoría de los casos se transformará en responsabilidad personal subsidiaria, por insolvencia del mantero. De esta manera, si se le impone el mínimo de multa, doce meses, esto supondría una pena privativa de libertad de 180 días, seis meses, a sumar a la pena de prisión propiamente dicha y ello en virtud de lo dispuesto por el art. 53 del Código penal.

El Código penal prevé unos mecanismos –la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80 CP) o la sustitución de penas privativas de libertad (art. 88 CP)– dirigidos a evitar que reos no habituales condenados a penas de prisión de corta duración ingresen efectivamente en prisión. Sin embargo, de nuevo el dato de la irregularidad administrativa va a determinar una específica respuesta penal en lo que respecta al cumplimiento de la pena de prisión impuesta. De hecho,

²³ Como sabemos, cuando de la rigurosa aplicación de las normas resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal no debería serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, el juez sin perjuicio de ejecutar la Sentencia, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto. Igualmente. Por su parte, el art. 163 de la Constitución Española establece que cuando el órgano judicial haya de aplicar una ley que pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, cuestión de inconstitucionalidad que no tendrá efectos suspensivos.

sería bastante improbable que un español ingresara en prisión a cumplir una condena impuesta por la venta en pequeñas cantidades de obras pirateadas.

El art. 89.1 del Código penal, en la redacción dada por la LO 11/2003, establece literalmente lo siguiente: “las penas privativas de libertad impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

Como podemos comprobar, una circunstancia ajena al Derecho penal, cual es la situación administrativa de irregularidad, que nada tiene que ver con la gravedad del hecho ni con la responsabilidad del autor, va a determinar que se excepcione y se modifique la respuesta que con carácter general el Código penal ofrece frente a delitos como los cometidos. Nos hallamos de nuevo ante una respuesta de excepción. En vez del cumplimiento de la pena impuesta o la posible aplicación del régimen general de la suspensión o sustitución de la pena (arts. 80 y ss. y 88)²⁴, el Código penal preceptúa la expulsión del extranjero irregular condenado a penas de prisión de menos de seis años, expulsión que no necesita ser motivada, ni requiere la audiencia del afectado. Tan sólo excepcionalmente el juez puede anteponer la opción del cumplimiento a la expulsión, exigiéndose en este caso la motivación de la decisión y la audiencia previa del Fiscal.

II. La actual configuración de la expulsión como sustitutivo de la pena ha sido objeto de una generalizada y durísima crítica por parte de la doctrina. Entre sus muchos sinsentidos y disfunciones, quizá lo más llamativo sea su ambivalencia aflictiva: la expulsión puede suponer un auténtico drama para aquellos extranjeros irregulares cuya idea es establecerse en nuestro país y que incluso pueden haber conseguido un arraigo a pesar de su irregularidad administrativa. En estos caso la expulsión posee un enorme contenido aflictivo, una gravedad quizá desproporcionada en relación con delitos que pueden ser leves, cuya pena se preferiría cumplir. Por el contrario, en otros casos, como cuando la llegada del extranjero a nuestro país tiene como finalidad la comisión delictiva –supuesto para el que no debería utilizarse el término inmigrante-, la expulsión como sustitutivo de la prisión constituye un auténtico regalo, con la consiguiente merma de las funciones preventivo generales del Derecho penal y un trato desigual difícilmente justificable respecto a los extranjeros residentes legales o los nacionales condenados por idénticos delitos en cuya comisión incluso pudieron participar con la persona a quien se expulsa. La falta de racionalidad de la medida, así como las disfunciones que conlleva, sustentan la crítica

²⁴ La modificación del art. 89 CP operada por la LO 11/2003, además de configurar la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión como algo preceptivo, se encarga de dejar bien claro que la expulsión no podrá evitarse mediante la aplicación del régimen general de la suspensión y sustitución: “La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal” (art. 89.1, párrafo tercero).

compartida por la mayoría de quienes han analizado el tema²⁵ de que nos hallamos ante una subordinación del Derecho penal y de los principios por los que ha de regirse a una determinada política migratoria cuyo fin prioritario es combatir la inmigración irregular, no sólo mediante el control de entradas, sino también mediante la expulsión aunque sea sacrificando una política criminal mínimamente coherente²⁶.

Esta subordinación se hace más patente incluso en el art 57.7a) de la LOEX, según el cual, cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado por un delito o falta que tenga una pena de menos de seis años, y tenga incoado un expediente de expulsión, la autoridad gubernativa puede pedir al juez que autorice su expulsión²⁷, supeditando el ordenamiento penal al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora²⁸. Y la irracionalidad llega a su máxima expresión cuando el art. 108 CP obliga a sustituir por la expulsión no una pena, sino cualquier medida de

²⁵ Entre los numerosos trabajos que abordan el tema, vid. ASÚA BATARRITA, Adela, «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración», en VV.AA., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2002, pp. 17 y ss.; CANCIO MELIÁ, Manuel, «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en VV.AA., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Thomson Aranzadi) 2005, pp. 191 y ss.; CERES MONTES, José Francisco, «Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial, num. 3: Las últimas reformas penales*, Madrid (CGPJ) 2005, pp. 302 y ss.; CUGAT MAURI, Miriam, «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del derecho penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal* (6), 2001, pp. 23 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid (La Ley) 2007, pp. 591 y ss.; VV.AA., «Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas», *Revista Jurídica de Castilla y León* (12), 2007, pp. 57 y ss.; FLORES MENDOZA, Fátima, «La expulsión del extranjero en el Código penal español», en VV.AA., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, 2002, pp. 97 y ss.; GARCÍA DEL BLANCO, Ibán, «Problemas de legitimidad y aplicación de la expulsión como sustitutivo a penas privativas de libertad. A la espera de una inminente reforma en la legislación penal española» (en prensa); MONCLÚS MASÓ, Marta, *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Barcelona (Editores del Puerto) 2008; NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Expulsión `penal` de extranjeros: Una simbiosis de derecho penal `simbólico` y derecho penal del `enemigo`», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (17), 2006, pp. 153 y ss.; PRAT WESTERLINDH, Carlos, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Madrid (Dykinson) 2004; RODRÍGUEZ MESA, María José, «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica», en VV.AA., *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2006, pp. 255 y ss.; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, «La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003», *Diario La Ley* (6042), 17 de junio de 2004, entre otros.

²⁶ La exposición de motivos de la LO 11/2003 justificaba la expulsión como sustitutivo y su automatismo arguyendo que con ello “se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”.

²⁷ Según el art. 57.7a), “cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación”.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará a todos ellos la autorización a que se refiere el apartado anterior”.

²⁸ Vid. por todos, MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, 2008, pp. 422 y ss.

seguridad, cuyo presupuesto, como sabemos, es la peligrosidad criminal.

III. Pero centrémonos en el artículo 89 CP. Los despropósitos de este precepto son tan evidentes que no sólo han dado lugar a la crítica doctrinal, sino a una situación de auténtica insumisión judicial. La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio, fue el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el art. 89 tras la reforma en él operada por la LO 11/2003. En ella la Sala Segunda hace una interpretación garantista estableciendo una serie de requisitos para la aplicación de la expulsión no establecidos en el 89 CP. Así, por ejemplo, se afirma que la sustitución no puede ser apreciada de oficio, sino que es necesaria la solicitud expresa de las acusaciones, instituyéndose, además, la necesidad de dar un trámite de audiencia al acusado para que pueda alegar respecto a la conveniencia de la expulsión. Se exige, además, la necesidad de motivar no sólo la excepción al régimen general, sino también la decisión de expulsión, insistiéndose en que se ponderen las circunstancias personales del condenado, aunque no aluda a ellas el art. 89.1 CP, que tan sólo se refiere, como circunstancia a tener en cuenta, a la naturaleza del delito. No voy a entrar aquí en el análisis y valoración de esta Sentencia, que hay quien ha puesto como ejemplo de “insumisión judicial”²⁹.

Por un momento pareció que el prelegislador penal, en este caso el Gobierno, era receptivo a la dura crítica doctrinal y jurisprudencial al art. 89 CP. El Proyecto de Ley para reformar el Código penal de 2006 (Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de enero de 2007) cambiaba el actual régimen preceptivo por uno potestativo, y en su Exposición de Motivos reconocía lo siguiente: “[...] gran fuente de conflictos en la reciente experiencia penal ha sido la contradictoria función de la medida de expulsión de extranjeros, especialmente cuando se configura con un fuerte automatismo que dé lugar a que sea imposible imaginar anticipadamente el efecto que su aplicación vaya a causar en cada concreto sujeto, abriéndose tanto la posibilidad de que la medida resulte excesivamente aflictiva en comparación con la pena que puedan sufrir otros individuos con análoga responsabilidad hasta todo lo contrario, provocando entonces un efecto criminógeno al resultar de nulo poder preventivo y ser, incluso, un beneficioso modo de escapar del castigo, amén de desigual en comparación también con las situaciones similares. La búsqueda del imprescindible carácter especialmente preventivo a la par que disuasorio de esa amenaza penal exige, por todo ello, que se permita a los Tribunales que puedan valorar la oportunidad de acordarla, lo que ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por el Tribunal Supremo”.

Como es sabido, la legislatura concluyó y el Proyecto de ley decayó. De nuevo en 2008 se puso en

²⁹ Es criticada duramente, por ejemplo, por SÁNCHEZ TOMÁS, con las siguientes palabras: “Con la pretensión de hacer una lectura del precepto conforme a la Constitución, se derivan, frente a su tenor literal, la manifiesta intención del legislador y una interpretación derivada de su evolución legislativa, diversas exigencias procesales cuyo anclaje legal y constitucional está deficientemente motivado y que, en última instancia, lo que evidencian es la insumisión judicial a la aplicación del precepto” (SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, «Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros», en VV.AA., *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, Madrid (Edisofer) 2008, pp. 1559 y ss., p. 1565, con referencias a otros comentarios doctrinales a dicha sentencia (notas 17 y 20).

marcha un proceso de reforma del Código penal. Frente al reconocimiento expreso de la necesidad de modificar la figura, el Anteproyecto de Reforma de Código Penal de 2008 nos depara una incomprensible sorpresa: su absoluto silencio respecto a la expulsión; Anteproyecto del que, por otra parte, hace mucho que nada se ha vuelto a saber.

IV. Parece, pues, que el actual régimen de la expulsión va a permanecer durante mucho tiempo, así que volvamos a él. Resulta difícil saber cuál está siendo la aplicación práctica del artículo 89.1 CP y de la doctrina jurisprudencial al respecto. Volviendo al caso de los manteros, no resulta muy factible que el órgano judicial pueda excepcionar la regla de la expulsión apelando a las circunstancias personales del autor. Como la Sentencia comentada reconoce, las únicas circunstancias personales capaces de excepcionar, por afectar a derechos fundamentales, el régimen general de la expulsión, serían la vinculación familiar en nuestro país y también los riesgos efectivos que para la vida e integridad del inmigrante se derivarían de la expulsión a su país. Sin embargo no es habitual que los manteros tengan su familia en España, ni que el órgano judicial reconozca que la expulsión supondría un riesgo para la vida o integridad de una persona que no ha solicitado ni obtenido asilo político, por lo que es de suponer que en la inmensa mayoría de los casos procedería la aplicación del régimen general: sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión.

Obviamente ni mucho menos todos los extranjeros condenados podrán ser expulsados de nuestro país, sino que en muchos casos la expulsión no podrá hacerse efectiva, por ejemplo, porque el país de origen no les reconozca como nacionales, porque no se hayan firmado acuerdos de repatriación, etc. En estos supuestos, bastante numerosos, en los que la expulsión no puede ejecutarse, la pena de prisión sustituida adquiere vigencia. Y mucha atención a lo que establece en su párrafo último el artículo 89.1: “En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la pena de expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente” (subrayado mío). De la lectura del precepto parece deducirse que si no puede ejecutarse la expulsión, procede el cumplimiento de la pena y el ingreso en prisión, es decir, pareciera que no cabe la aplicación de otros substitutivos penales como la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88) o que no fuera posible dejar en suspenso la ejecución de la pena de prisión (arts. 80 y ss.).

Sin embargo, esta lectura, aunque pudiera deducirse del tenor literal del precepto, no resulta constitucionalmente posible. La situación administrativa de irregularidad, el no tener los papeles en regla, no puede en absoluto justificar que mientras cualquier persona a la que se le impone una pena de prisión pueda ver ésta suspendida o sustituida por alternativas menos gravosas cuando concurren los requisitos legalmente previstos, dicha posibilidad resulte excluida en atención a la situación administrativa de irregularidad. Ninguno de los fines que justificarían la ejecución de la pena puede explicar semejante diferencia de trato, que supondría una vulneración del principio de igualdad ante la ley proscrito en el art. 14 de la Constitución Española.

Afortunadamente así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, desactivando una de las muchas trampas que el Derecho penal tiende al inmigrante irregular. En el Auto 132/2006, de 4 de abril, el Tribunal analizaba una cuestión de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo penal núm. 3 de Alicante en relación con el art. 89 CP por la referida vulneración del art. 14 y la desestimaba por entender que tal conclusión no es obligada ni desde el punto de vista literal, ni a partir de una interpretación sistemática o teleológica, sino que tales métodos de interpretación permiten alcanzar la conclusión contraria³⁰. En resumen, que si, por las razones que sean la expulsión no ha sido posible en el tiempo legalmente previsto, cabría la aplicación del régimen general de suspensión o sustitución de la pena, de darse los requisitos legalmente previstos.

Sin embargo, existen indicios para pensar que la jurisdicción penal no está haciendo un uso demasiado generoso del régimen general de sustitución y suspensión de las penas privativas de libertad en el caso de los extranjeros en situación de irregularidad, ello debido, en parte, a que al configurarse la aplicación de estas alternativas como una potestad discrecional, el órgano judicial tiende a denegarla en atención a circunstancias que a menudo concurren en el inmigrante irregular, tales como la falta de un domicilio fijo, insolvencia, etc. Pero también cabe pensar que el referido Auto del Tribunal Constitucional no es lo suficientemente conocido entre la jurisdicción penal que puede estar haciendo una lectura del art. 89 contraria al principio de igualdad. Por esta razón, además, resulta criticable el silencio del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, porque convendría modificar la redacción del último párrafo del art. 89 de

³⁰ Transcribo a continuación el razonamiento: “Como ha quedado dicho, el texto legal cuestionado no obliga a llegar a esta conclusión. No obliga a ello su interpretación literal. En primer lugar, es obvio que el último párrafo del art. 89.1 CP no establece expresamente ninguna previsión sobre la imposibilidad de aplicar los art. 80, 87 y 88 CP en los supuestos en que la expulsión no pueda finalmente verificarse. Tampoco a esta conclusión puede llevar la utilización en este párrafo del término “cumplimiento”, puesto que, como ya destacara el Fiscal General del Estado, dicho término en el contexto del Código Penal no es sinónimo de ingreso en prisión, tal como se acredita con su utilización, por ejemplo, en los arts. 73, 75 y 76 CP en relación al establecimiento de los límites máximos de cumplimiento en supuestos de concursos reales de delitos, utilización que, evidentemente, no prejuzga la aplicabilidad de los substitutivos penales. Y, en segundo lugar, la exclusión de la aplicación de estos substitutivos en el párrafo tercero del art. 89.1 CP viene prevista en el marco de una disposición que comienza diciendo que “la expulsión se llevará a efecto”, lo que no es el caso del supuesto regulado en el último párrafo en el que se prevén los efectos legales cuando la expulsión no se puede llevar a efecto.

La conclusión interpretativa de la que parte el órgano judicial para fundamentar el cuestionamiento del precepto tampoco resulta obligada a partir de su interpretación sistemática, puesto que, mientras la regulación establecida en el tercer párrafo del art. 89.1 CP se está refiriendo a una expulsión posible, para descartar que pueda dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello; sin embargo, el último párrafo del art. 89.1 CP constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los arts. 80, 87 y 88 CP.

Por último, tampoco obliga a alcanzar la conclusión de referencia una interpretación teleológica del mencionado precepto. La finalidad de las formas substitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los substitutivos penales”.

cara a evitar cualquier interpretación del precepto contraria al principio constitucional de igualdad.

5. *Los centros de internamiento de extranjeros*

El presente epígrafe tiene por objeto una figura jurídica y una realidad tan desconocida como la privación de libertad que prevé la Ley de Extranjería. En él trataré de exponer en sus líneas, necesariamente generales, el excepcional régimen jurídico del internamiento de extranjeros, que no puede dejar de asombrar al jurista y plantear continuas dudas de legitimidad. Se pondrán de manifiesto las principales deficiencias de la normativa vigente y se harán propuestas de mejoras, exponiéndose también las razones por las que no deben prosperar las propuestas de ampliación del plazo de internamiento³¹.

I. De acuerdo con la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX o Ley de Extranjería), son varias las situaciones que pueden deparar la privación de libertad del extranjero y su ingreso en un Centro de Internamiento³². El supuesto regulado con más claridad es el del extranjero que comete alguna infracción administrativa susceptible de ser castigada con la sanción de expulsión, como por ejemplo, hallarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización (art. 53 a) LOEX). En estos casos puede decretarse el internamiento del extranjero como medida cautelar en el marco del procedimiento sancionador. Pero también puede acordarse el internamiento en los supuestos de devolución, que procede cuando el inmigrante que ha sido previamente expulsado contraviene la prohibición de entrada o cuando pretende entrar ilegalmente en nuestro país (art. 58 LOEX). Por su parte se utiliza el término retorno para los rechazos en frontera (art. 60 LOEX). En los casos de devolución y retorno, en los que no es necesario incoar un expediente de expulsión para deportar al extranjero, si la salida de España no fuera posible durante las setenta y dos horas de la detención policial³³, se establece también la

³¹ En el marco del proceso de reforma de la Ley de Extranjería, el Grupo Inmigración y Sistema Penal, del que formo parte, ha puesto en marcha una campaña destinada a evitar que prospere la ampliación del plazo de internamiento y la posibilidad de suspender su cómputo. Al mismo tiempo se solicita a todos aquellos que intervienen en el actual proceso de reforma que se aproveche la ocasión para mejorar las condiciones jurídicas del internamiento. Más información sobre la campaña y los documentos elaborados en la siguiente página web: <https://campusvirtual.ucm.es/portal/inmigracionsistemapenal.html>.

³² De forma más sistemática, el art. 153.2 del Reglamento de la LO 4/2000 (en adelante, RE) recoge los supuestos en que cabe el internamiento: "2. Sólo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurren alguno de los siguientes supuestos:

Que haya sido detenido por encontrarse incurso en alguno de los supuestos de expulsión de los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como los párrafos a) d) y f) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Que se haya dictado resolución de retorno y ésta no pueda ejecutarse dentro del plazo de 72 horas, cuando la autoridad judicial así lo determine.

Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el Reglamento.

Que se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se le haya concedido para ello".

³³ No voy a ocuparme en este artículo de los problemas y peculiaridades que plantea la detención policial de los

posibilidad de internamiento. Cada una de estas figuras tiene sus peculiaridades y para no perderme en particularidades, me referiré normalmente a la posibilidad regulada con mayor pormenor: el internamiento como medida adoptada en el marco de un procedimiento sancionador con el fin de asegurar la ejecución de una eventual sanción de expulsión, si bien la mayoría de las consideraciones que se realicen también resultan aplicables al internamiento como medida asegurativa de la devolución o del retorno, sobre todo aquellas referidas los problemas jurídicos y materiales de los Centros de Internamiento.

Así, un extranjero en situación irregular puede ser detenido por la policía y serle incoado un expediente sancionador susceptible de concluir con la sanción de expulsión. El instructor del procedimiento, si lo estima pertinente y prevé que la expulsión no podrá verificarse en el plazo de las setenta y dos horas de detención policial, puede solicitar al juez competente –el Juez de Instrucción del lugar donde se produjo detención– que autorice el ingreso del extranjero en un Centro de Internamiento mientras se tramita el expediente sancionador. Dicho internamiento no puede superar los cuarenta días, al término de los cuales el extranjero habrá de ser puesto en libertad aunque no haya recaído la sanción de expulsión o ésta no se haya podido ejecutar.

II. La primera peculiaridad sobre la que conviene llamar la atención, es sobre la naturaleza jurídica del internamiento. El internamiento de extranjeros formalmente no es una sanción, ni penal ni administrativa. Cuando dicha medida se adopta en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, su naturaleza es la de una medida cautelar consistente en la privación de libertad que tiene por finalidad asegurar la ejecución de la eventual sanción administrativa: la salida coactiva del territorio nacional³⁴. Su equivalente en el proceso penal al internamiento, sería la prisión preventiva, y no deja de llamar la atención el hecho de que se pueda privar de libertad a una persona para asegurar una eventual sanción administrativa –la expulsión– impuesta no por la comisión de un delito, sino por una infracción de naturaleza administrativa cual es, por ejemplo, la estancia irregular en nuestro país. Tal posibilidad no puede sino generar una serie de dudas.

La primera gran duda es si el internamiento de extranjeros no vulneraría el art. 25.3 de la Constitución en cuanto establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad”³⁵. No lo entendió así el Tribunal

extranjeros. Al respecto vid., por ejemplo, SOLA RECHE, Esteban, «Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», en VV.AA., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, 2002, pp. 345 y ss.

³⁴ Hay quien entiende que en los casos de devolución y retorno el internamiento no debería conceptuarse como medida cautelar, sino que se trata más bien de “un supuesto de ejecución forzosa de una resolución administrativa”. Así, por ejemplo, respecto a la devolución, la Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, de la Fiscalía General del Estado.

³⁵ Hay autores que niegan esta vulneración con el argumento de que el internamiento que estamos analizando es una medida cautelar y no una sanción propiamente dicha, tal y como exige el mencionado precepto. En este sentido VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ángel Ignacio, «El régimen jurídico-constitucional de la detención e

Constitucional, en una famosa y polémica Sentencia. El que sea un juez quien, a petición de la Administración, dicte el Auto de internamiento, permitió al Tribunal Constitucional, en su Sentencia 115/1987, declarar que, sin perjuicio del carácter administrativo de la expulsión, la decisión acerca del internamiento es una decisión judicial y que, por lo tanto, no vulneraría el art. 25.3 de la Constitución, en cuanto establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad”.

III. Según la referida sentencia, la intervención judicial que permitía salvar la constitucionalidad de la medida, no debía ser un simple acto de ratificación formal de la solicitud administrativa de internamiento, sino suponer una auténtica garantía del derecho a la libertad personal que se ve afectado³⁶. Sin embargo, existen bastantes indicios de que en la actualidad la intervención de los Jueces de Instrucción no está suponiendo un auténtico control de la procedencia y legitimidad de la medida de internamiento. Es cierto que el Juez de Instrucción del lugar donde se produce la detención del extranjero, que es el competente, no ha de entrar a examinar la procedencia de la expulsión, que es una sanción administrativa que corresponde adoptar al órgano administrativo y, en su caso, ratificar o anular a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, ello no quiere decir que no posea un importante margen de valoración que ha de ser ejercido. Así, habrá de examinar lo que en la teoría general de las medidas cautelares se denomina *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que le obliga a analizar, entre otros extremos, si se cumplen los requisitos formales de procedimiento y competencia, que las causas invocadas en el expediente puedan dar lugar a internamiento y hay quien entiende que, incluso, el Juez ha de analizar si en el caso concreto aparentemente concurre o no dicha causa, aunque no pronunciarse taxativamente sobre la concurrencia o no de la misma, para lo cual será necesario que el órgano

internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado», en PRESNO LINERA, Miguel Ángel (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2004, pp. 147 y ss., pp. 182-183. También MARTÍNEZ PARDO, Vicente, *Detención e internamiento de extranjeros*, Navarra (Thomson Aranzadi) 2006, p. 106. No comparto este argumento por su carácter excesivamente formal. Una interpretación del art. 23.5 CE acorde a su fin, que no es otro que la protección del derecho fundamental a la libertad, aconsejaría no excluir de su ámbito las medidas cautelares privativas de libertad. Las razones para impedir que la Administración civil pueda imponer sanciones que supongan la privación de libertad existen igualmente y probablemente cobran mayor fuerza para prohibir que pueda decretar medidas cautelares privativas de libertad. Entiendo, pues, que no cabe excluir las medidas cautelares del ámbito de protección del art. 25.3 de la Constitución.

³⁶ Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las detenciones e internamientos del art. 5.1. f) CEDH son conformes al Convenio cuando estén previstas y reguladas con claridad en una norma con rango suficiente, siempre que exista un control judicial, tengan fijado un tiempo máximo de duración y se arbitren los mecanismos necesarios para que el privado de libertad disponga de información sobre su situación, de asistencia jurídica y humanitaria y el lugar donde esté privado de libertad presente unas condiciones dignas. Vid. al respecto VILLAVERDE MENÉNDEZ, en PRESNO LINERA (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, 2004, pp. 168-169. El art. 5.1º f) del Convenio admite la privación de libertad “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 está en curso un procedimiento de expulsión o extradición”, estableciendo como derechos del privado de libertad el ser informado en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda de las razones de su privación de libertad, a presentar un recurso ante un órgano judicial para que se pronuncie con celeridad sobre la legalidad de tal privación de libertad. También tendrá derecho a una reparación cuando la detención o internamiento hayan sido llevadas a cabo en condiciones contrarias a dicho precepto.

administrativo motive suficientemente su solicitud de internamiento³⁷. El Juez de Instrucción también habrá de valorar si el internamiento que se solicita está justificado desde la perspectiva de su carácter excepcional³⁸ y por ejemplo denegarlo cuando se puedan adoptar otras medidas cautelares menos lesivas. En esta línea resultaría conveniente que el art. 61 LOEX, que hace referencia a las medidas cautelares, no se configurara como una lista cerrada, de tal forma que cupieran otras medidas cautelares, como el aval de organizaciones humanitarias o ciudadanos o cualquier otra que el Juez pueda considerar oportuna.

También el Juez de Instrucción habrá de tener presente el carácter cautelar y no sancionador de la medida, de tal manera que tendrá necesariamente que denegarlo cuando desde el principio aparezca como segura o muy probable la imposibilidad de expulsar al extranjero en cuestión, lo cual sucede en muchísimos supuestos: porque se trata de un nacional de un país que no colabora y que no reconoce a sus nacionales, porque el extranjero ya tiene una anterior orden de expulsión que no se pudo hacer efectiva, etc. En resumen, en palabras del Tribunal Constitucional, “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 expulsión misma (sobre las 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, en la mayor o menor probabilidad de su huída o cualquier otra que el juez estime relevante para adoptar su decisión” (FJ Primero)³⁹. Sólo si la decisión judicial huye del automatismo y valora motivadamente la procedencia de la medida, podrá afirmarse que estamos ante una garantía del derecho a la libertad personal del afectado y no ante un simple acto de ratificación formal.

No estaría de más que la LOEX recogiera expresamente estos criterios de ponderación, resultando muy deficiente la actual regulación de los criterios que el juez ha de tener en cuenta a la hora de autorizar o denegar el internamiento, proponiéndose la siguiente redacción: El juez, previa audiencia del interesado e informe favorable del Ministerio Fiscal, dictará auto motivado autorizando o denegando el internamiento. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, la naturaleza cautelar y el carácter excepcional de la medida, el juez ponderará el riesgo de fuga y demás posibilidades de elusión de la expulsión junto con las posibilidades de que el expediente

³⁷ En este sentido, TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Intervención de juez penal en la expulsión de extranjeros*, Madrid (Coley) 2006.

³⁸ También se acentúa el carácter excepcional del internamiento en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España y en la Circular 3/2001 sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

³⁹ Así, por poner un ejemplo, razonando desde la excepcionalidad de la medida y su carácter cautelar, el Auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid (ponente Arturo Beltrán Núñez), de 3 de marzo de 2009, que estima el recurso de apelación frente a un autor de internamiento, argumentando que “el apelante ha acreditado que está empadronado en [...], que ha contado con el apoyo de la asociación Lleida Solidaria donde aprendió español para inmigrantes, que la orden de expulsión es del delegado del Gobierno en Ceuta, del año 2005, tras lo cual se autorizó su traslado a la península, lo cual al menos, es indicativo de la dificultad de ejecución de tal resolución y de todo esto se desprende que no está justificada la privación de libertad de quien no ha delinquido, cuando es dudoso que sea posible la ejecución de la expulsión, y, de serlo, puede lograrse buscando al extranjero en su domicilio”.

concluya con la sanción de expulsión y de que ésta pueda ejecutarse⁴⁰. Resulta, además, totalmente rechazable la referencia que hace el actual art. 62 a la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Estas circunstancias sólo podrían tener relevancia en cuanto incrementan el riesgo de fuga, pero su mención autónoma propicia la comprensión del internamiento como una sanción en la que también se tienen en cuenta los antecedentes.

Sin embargo, el examen y valoración de los extremos apuntados exigen un conocimiento no sólo de la normativa, sino también de las prácticas en extranjería, resultando bastante improbable que un órgano judicial cuya competencia se determina por un criterio tan aleatorio como el estar de guardia en el momento en que se solicita el internamiento posea los conocimientos y medios para valorar cuestiones como las mencionadas. En esta línea el Defensor del Pueblo en su Informe sobre asistencia jurídica los extranjeros en España, ya recomendaba que se adoptasen las reformas oportunas en orden a atribuir la competencia para autorizar los internamientos a los juzgados de lo contencioso-administrativo, aunque quizá pudiera darse un paso más en esta dirección y plantearse la creación de una jurisdicción especialmente encargada de temas de extranjería. Ha de tenerse en cuenta que el derecho de extranjería, lejos de constituir un fenómeno marginal, representa un tanto por ciento muy elevado de los asuntos que conocen los tribunales contenciosos, tratándose de una materia que, es de prever, lejos de decrecer, irá en aumento.

También es una crítica que se repite en los distintos informes de instituciones y organizaciones la relativa a la inexistencia de una auténtica asistencia letrada durante los procesos de expulsión y, en concreto, en lo referido al internamiento. En palabras de Amnistía Internacional, “la presencia del abogado se limita a la audiencia de los extranjeros ante la autoridad judicial antes de ser internados en los centros y se trata de una mera presencia legal y no una verdadera asistencia letrada. La organización pudo constatar que no se celebran entrevistas entre abogado y su cliente previas a la audiencia y que los extranjeros no disponían de ningún número para poder contactar posteriormente con su abogado”⁴¹. Además las posibilidades de defensa y de una efectiva asistencia letrada se reducen por el hecho de que en muchos casos el extranjero es internado en un centro muy alejado del lugar donde fue detenido, dificultando esto la comunicación con su abogado⁴². Para aproximarnos a la indefensión que están padeciendo estas personas, hay que

⁴⁰ Ésta, junto con la posible creación de una jurisdicción especial, es una de las propuestas de regulación planteadas por el Grupo Inmigración y Sistema Penal en el documento titulado *El internamiento de extranjeros en el Anteproyecto de Reforma de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Reflexiones a favor de su modificación*. Dicho informe puede consultarse online en la siguiente página web: <https://campusvirtual.ucm.es/portal/inmigracionsistemapenal.html>.

⁴¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los derechos de los extranjeros que llegan a las Islas Canarias siguen siendo vulnerados. Resultados de la misión de investigación de Amnistía Internacional los días 14 al 16 de junio, 2006*, p. 22, (http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/Mision_Canarias_01.pdf; última visita: 8 de julio de 2009). Sobre el tema del derecho a la defensa y a la asistencia letrada de los extranjeros, vid. el magnífico informe del Defensor del Pueblo: DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid 2005, (<http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp>; última visita: 3 de julio de 2009).

⁴² Vid., por ejemplo, OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Primer informe sobre procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Cataluña*, Barcelona (Editorial

recordar que se trata en gran parte de recién llegados a nuestro país del que desconocen en muchas ocasiones incluso el idioma, en situación de gran vulnerabilidad, por lo que incapaces de suplir por sí mismas las deficiencias de la asistencia letrada y alegar a lo que sus intereses pudiera servir. Resulta evidente la gravedad de esta indefensión, pudiendo añadirse que, además, el sentido de la intervención judicial que permitió al Tribunal Constitucional afirmar la constitucionalidad del internamiento, es también permitir “al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente un carácter de internamiento arbitrario” (STC 115/1987), por lo que si no se arbitran los medios necesarios para pueda ejercerse realmente el derecho de defensa, la intervención judicial no podrá ser entendida como una auténtica garantía.

Por último, señalar que del carácter excepcional del internamiento y de su naturaleza instrumental respecto de la eventual sanción de expulsión, se deriva el que se deba levantar dicho internamiento si antes de expirar el plazo máximo han cambiado las circunstancias, por ejemplo, poniéndose de manifiesto nuevas dificultades para ejecutar la expulsión lo que determina que el mantenimiento del internamiento no resulte justificado⁴³.

IV. En nuestro país la analizada privación de libertad tiene lugar en los denominados Centros de Internamiento de Extranjeros. Los Centros de Internamiento probablemente sean en la actualidad los espacios de mayor opacidad y el internamiento la figura que más tensiona los principios en que se basa nuestro Estado de Derecho. A pesar de ello, ni el poder ejecutivo ni el legislativo han mostrado demasiado interés en ofrecer una adecuada normativa reguladora del funcionamiento y régimen interno de estos centros⁴⁴, resultando la actual claramente insuficiente: arts. 62-62sexies de la LO 4/2000, arts. 153-155 del Reglamento (Real Decreto 2393/2004) y la Orden Ministerial de 1999 sobre funcionamiento y régimen interior de los CIE, con varios preceptos anulados que no han sido repuestos.

Al margen de las proclamas de la Ley de Extranjería, como por ejemplo que los CIE no tendrán un carácter penitenciario y que estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, así como que los extranjeros estarán privados únicamente del derecho ambulatorio (art. 60.2 LOEX) o que se les facilitará el ejercicio de los derechos reconocidos por el

Virus) 2004, donde se analiza no sólo la indefensión y falta de garantías derivadas de la actuación del Juez de Instrucción, sino también derivadas de la actuación de los abogados y de las prácticas administrativas durante la tramitación y decisión del expediente. Vid. también APDHA, *Centros de Internamiento y Retención en España. Octubre 2008*, 2008, p. 5, (http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=548&Itemid=45; última visita: 4 de julio de 2009), entre otros muchos. Sobre la situación de indefensión que sufren los sujetos a expulsión, devolución o retorno, SILVEIRA GORSKI, Héctor, «Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho», *Panóptico* (3) 2002, pp. 3 y ss.

⁴³ En este sentido el art. 153.5 RE, que establece que “la duración máxima del internamiento no podrá exceder de 40 días, y deberá solicitarse de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso del plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo”.

⁴⁴ Detalladamente sobre la evolución de la normativa sobre el tema, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, «Para que el Derecho no se detenga a las puertas de los CIE. Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros», en VV.AA. *Libro Homenaje a Juan Bustos Ramírez*, Madrid 2009, (en prensa).

ordenamiento jurídico sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento (art. 62 bis c), la realidad es que hoy por hoy los Centros de internamiento son espacios de opacidad y sus condiciones materiales y jurídicas objeto de críticos informes de instituciones y organismos nacionales e internacionales.

Actualmente existen en España nueve Centros de Internamiento de Extranjeros: Zona Franca en Barcelona, El Matorral en Fuerteventura, Barranco Seco en Gran Canaria, Hoya Fría en Tenerife, Capuchinos en Málaga, Carabanchel en Madrid, Zapadores en Valencia, Sangonera la Verde en Murcia y La Piñera en Algeciras. A ellos habría que añadir la terminal del aeropuerto de Lanzarote, dos Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) en Melilla y Ceuta y Centros de Retención Informales situados sobre todo en las Islas Canarias y Almería⁴⁵. Lógicamente, existe una gran diversidad entre los problemas que plantea cada uno de estos Centros y ello por cuestiones tan variadas como las características de los edificios que ocupan o el tipo de inmigrantes que alberga, pues tendrán unas necesidades específicas quienes acaban de arribar a nuestro país, como ocurre en los CIE de las Islas Canarias, que quienes pueden llevar largo tiempo viviendo entre nosotros. Por ello, las deficiencias que se critican quizá no sean predicables de todos y cada uno de ellos, pero desde luego no deberían serlo de ninguno y es un hecho cierto que la historia de los CIE está plagada de denuncias de vulneraciones de derechos de los migrantes. Así, por ejemplo, se ha denunciado que muchos de estos centros, a pesar de las proclamaciones de la ley, tienen una estructura claramente penitenciaria, incluso algunos, como el de Algeciras, están ubicados en antiguas prisiones, y el régimen de vida también se configura con un esquema marcadamente carcelario⁴⁶. Lamentablemente son frecuentes las denuncias por maltrato físico y psicológico, así como imputación de graves delitos⁴⁷. También se critican las

⁴⁵Según la enumeración realizada por la Asociación de Derechos Humanos de Andalucía, en el informe *Centros de Retención e Internamiento en España*. Al tiempo de redactar estas líneas ha sido dado a conocer el *Informe 2008* del Defensor del Pueblo, donde en concreto respecto al CIE de Madrid se denuncia un deterioro en la convivencia en relación con visitas anteriores. Sus palabras son las siguientes: "En particular llamó la atención el uso de las defensas por parte de los funcionarios de policía durante sus labores de vigilancia, así como el derecho de que las llevaran frecuentemente en la mano y no enganchadas en el cinturón. [...] En cuanto al sistema de cierre y apertura de las puertas de los dormitorios y de acceso a los módulos, presenta problemas en supuestos de emergencia, al no ser centralizado, al tiempo que plantea situaciones innecesariamente aflictivas, como las derivadas de la dificultad de los internos para acceder al baño durante el período nocturno, para lo cual debe llamar la atención del funcionario de guardia mediante gritos, al no tener las habitaciones pulsadores de llamada." Denuncia además la falta de acondicionamiento de los patios y las salas de visita y la necesidad de asegurar la confidencialidad de las conversaciones de los internos con sus letrados, familiares o amistades." En el curso de la última visita se comprobó que el problema de la atención sanitaria, lejos de solucionarse había empeorado, al reducirse las visitas médicas a sólo dos días por semana, lo que claramente impedía la realización regular de las revisiones médicas de los internos en el plazo de veinticuatro horas desde su ingreso, según dispone la normativa reguladora de este tipo de establecimientos. Asimismo se apreció que no se estaban dispensando los medicamentos fuera del horario de trabajo del diplomado en enfermería asignado a las instalaciones. Todas estas circunstancias, unidas a la interrupción de tratamientos prescritos a los internos con anterioridad a su ingreso, explican el alto número de derivaciones a centros hospitalarios que se apreció que se venía produciendo en este centro. En los días posteriores a la visita, esta Institución tuvo conocimiento de la contratación de un servicio médico específico para cubrir las necesidades del centro, lo que se espera sirva para superar las graves deficiencias constatadas" (DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2008, 2009*, pp. 406-408, [<http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/informesanuales/informe2008.pdf>; última visita: 4 de julio de 2009]).

⁴⁶ Por si cabía alguna duda sobre este aspecto véase el video colgado en la siguiente página web: <http://de.truveo.com/Centro-de-Internamiento-de-Inmigrantes-de/id/2305843013354085696>.

⁴⁷ En 2006 fueron imputados el Jefe de Seguridad del CIE de Málaga y siete policías más por delitos contra la

deficientes condiciones higiénicas, frío, mala comida, no asistencia médica adecuada⁴⁸, no existencia, en contra de lo establecido por la ley de trabajador social, intérprete, ni tampoco de módulos familiares o de parejas adecuados⁴⁹, etc. Nunca se subrayará lo suficiente que muchas de las personas ingresadas en dichos centros se encuentran en una situación de marcada vulnerabilidad e indefensión: inmigrantes en su mayoría recién llegados a nuestro país tras numerosas penalidades, desconocedores de su funcionamiento y que, en muchos casos, ni siquiera entienden o pueden expresarse en nuestro idioma. En relación con este aspecto Álvaro Gil-Robles destacaba en su informe la falta de información de estas personas sobre su situación. “El desconocimiento sobre la normativa de extranjería e inmigración y de asilo es generalizado y muchos extranjeros ignoran los derechos y deberes que tienen”, subrayando también las dificultades de acceso a la asistencia letrada y “la escasa dotación de los turnos de oficio de los Colegios de Abogados que atienden a extranjeros y la ausencia de una formación específica de los letrados en materia de extranjería, inmigración y asilo”⁵⁰. Es también una queja reiterada las dificultades de las ONG y asociaciones que trabajan con inmigrantes para poder entrar en estos centros, resultando muy preocupante esta falta de transparencia que contrasta con la relativa facilidad del Tercer Sector para desarrollar sus actividades dentro de las cárceles⁵¹.

A nadie se le oculta la gravedad de la situación dentro de los Centros de Internamiento, pero no voy a incidir en las particularidades de denuncias bien documentadas. Lo que ahora me propongo poner de manifiesto es que las vulneraciones denunciadas vienen en buena proporción por la regulación actual de los CIE y por deficiencias en la norma que serían fácilmente corregibles. En este sentido me gustaría subrayar tres importantes cuestiones: el hecho de que los CIE estén gestionados y custodiados por la policía, que no exista una regulación suficiente de su régimen y funcionamiento y que no se garantice un verdadero control judicial de la ejecución de dicha medida.

V. Una cuestión a destacar es que, mientras que en los Centros penitenciarios las labores de custodia y tratamiento corren a cargo de funcionarios civiles especializados, los funcionarios de

libertad sexual que tenían como víctimas extranjeras internas en dicho centro. Recientemente 85 extranjeros encerrados en el CIE de Carabanchel presentaron una denuncia por malos tratos que es investigada por la Fiscalía.

⁴⁸ Resulta impactante los testimonios sobre el CIE de Carabanchel de mujeres retenidas en él. Pueden escucharse en la siguiente página web: <http://www.masvoces.org/audio-player/playerwpress.swf?soundFile=http://www.masvoces.org/golpe4.mp3>, <http://s28812.gridserver.com/masvoces/2007/200711163.mp3>.

También puede accederse a los testimonios en la siguiente dirección: <http://www.masvoces.org/audio-player/playerwpress.swf?soundFile=http://www.masvoces.org/golpe4.mp3>, http://www.masvoces.org/audio/mp3/testimonio_boliviana.mp3.

⁴⁹ Vid. RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis *et alter*, *Informe de la visita realizada el 11 de octubre de 2006 al Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga (Capuchinos)*, 2007, (<http://www.acoge.org/malaga/docs/sensibilizacion/camp/informecie.pdf>; última visita: 4 de julio de 2009).

⁵⁰ GIL-ROBLES, Álvaro, *Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos sobre su visita a España. 10-19 de marzo de 2005, 2005*, nm. 84, (<http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/4464/autonomia/docu/gilrobles.doc>; última visita: 4 de julio de 2009).

⁵¹ Existen muchos informes sobre las condiciones de los CIE. Una descripción de los principales problemas que plantea cada uno de ellos en APDHA, *Centros de Internamiento y Retención en España. Octubre 2008*, 2008.

los CIE pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía, sin que se les exija ni se les proporcione una especial formación para atender a las personas sometidas a esta medida de internamiento. El Director del CIE es nombrado por el Director General de la Policía entre los funcionarios del grupo A con dependencia funcional de la Comisaría General de Extranjería y documentación.

Por supuesto que no se presupone un mal hacer en la actividad policial, pero bien es cierto que ésta se relaciona con la inmigración de una forma fundamentalmente represiva. No ha de olvidarse tampoco que, al igual que ocurre en los Centros penitenciarios, el extranjero encerrado está respecto a los funcionarios que le custodian en una "relación de sujeción especial", no entendida esta expresión como construcción jurídica capaz de justificar una merma en los derechos⁵², sino como descripción del intenso poder que sobre el privado de libertad ostenta quien le custodia: es quien determina a qué hora se acuesta y se levanta, cuándo puede ver a su familia o llamarla por teléfono o cuándo comunicar con su abogado. Cualquier relación con el exterior está mediatizada por la policía, amén del hecho importantísimo de que en estos contextos la persona privada de libertad necesita de la colaboración de quien le mantiene encerrado para poder ejercer los derechos de los no puede ser privado. Las personas encerradas en los CIE no son delincuentes, no han sido detenidas por cometer delitos, son personas que fueron detenidas cuando iban al trabajo o cuando lo estaban lo estaban buscando, o intentando cruzar nuestras fronteras o en las inmediaciones de éstas, tras un periplo en los que han tenido que afrontar incontables calamidades y peligros, son personas que necesitarán ser atendidas pero de manera claramente diferente a cómo está preparada para hacerlo la policía.

VI. El riesgo de arbitrariedad y abuso en el interior de los CIE se reduciría si existiera una adecuada normativa sobre régimen y funcionamiento de estos centros, pues en la actualidad no existe una reglamentación suficiente que establezca cómo han de gestionarse y resolverse incidencias, problemas o eventualidades que aparecen con frecuencia en el día a día de la privación de libertad, regulación que con bastante pormenor sí existe en relación con los Centros penitenciarios⁵³. Además, la normativa al respecto adolece de importantes contradicciones y

⁵² Como es sabido, con el concepto nuclear del Derecho administrativo, de las relaciones de especial sujeción, se ha intentado durante mucho tiempo describir, a la vez que justificar, el hecho de que en determinados ámbitos - funcionarios, soldados, presos, etc.- la Administración detenta una especie de supremacía especial. Esta supremacía se traduciría en un debilitamiento de los derechos, incluso fundamentales, de los administrados, en un repliegue de la reserva de ley con la consiguiente ampliación de la potestad reglamentaria, así como en un incremento de las potestades disciplinarias de la Administración. En España la teoría de las relaciones de especial sujeción se importó en la década de los sesenta, siendo muy utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hizo de la misma una aplicación desmedida y también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La construcción de las relaciones de especial sujeción ha sido sometida a una intensa crítica, pues carece de capacidad para generar y establecer los límites y contornos de esa mayor flexibilidad en la actuación administrativa que se reclama. Y sobre todo, en un Estado de Derecho como el que proclama el artículo primero de nuestra Constitución, las limitaciones de derechos de los ciudadanos tan sólo son posibles en la medida que lo sean de acuerdo con el sistema normativo por el que dicho Estado se rige. Es decir, las limitaciones de derechos fundamentales de los administrados sólo son posibles en cuanto las posibilite el sistema de garantías de derechos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico y en primerísimo lugar en la medida que resulten posibles de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Sobre las relaciones de especial sujeción en el ámbito penitenciario, vid., por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso. Un análisis constitucional del art. 51 de la LOGP*, Madrid (Tecnos) 2000.

⁵³ Vid. el pormenorizado análisis que RODRÍGUEZ CANDELA hace del estatuto jurídico de los internados en los CIE

deficiencias técnicas, así como de numerosos preceptos anulados.

Por poner algún ejemplo de deficiencia normativa, el art. 62 sexies LOEX, introducido por la LO 14/2003, atribuye al director del Centro la competencia para “adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o de régimen interior”. Sin embargo, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ CANDELA⁵⁴, no existe un catálogo de infracciones ni tampoco de las sanciones correspondientes, por lo que si se impusiera alguna medida sancionadora al extranjero internado como respuesta a algún comportamiento, la actuación sería inconstitucional por vulneración del art. 25.1 de la Constitución en cuanto establece que “nadie puede ser condenado ni 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”, sin que pueda subsanar dicha imposición inconstitucional el que, como establece el art. 154.2 del Reglamento, el Director comunique las medidas impuestas al extranjero al Juez que autorizó su privación de libertad⁵⁵. Este es un significativo ejemplo del grado de “dejadez” del legislador en la regulación de la ejecución del internamiento, que llega al extremo de encomendar al Director la imposición de sanciones, sin que mencione cuáles son éstas ni los comportamientos a reprender, ni se establezca un mínimo procedimiento para su imposición. De acuerdo con lo dicho, resulta legalmente imposible la imposición de sanciones a las personas recluidas en Centros de Internamiento, aunque haría falta ser muy ingenuo para pensar que en la realidad dichas sanciones no tienen lugar al margen de toda previsión legal y de la posibilidad de defensa. Es éste tan sólo uno de los supuestos de vacío legal que potencia la arbitrariedad y el abuso.

VII. A la custodia y gestión policial de los CIE y a la ausencia de una regulación suficiente de su funcionamiento, se suma un tercer factor a mi juicio sumamente importante: la ausencia de un auténtico control judicial sobre el contenido de esa privación de libertad y sobre la actuación de la policía que custodia y gestiona el internamiento.

El art 62 quáter 2 de la LOEX establece lacónicamente que “los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a las condiciones de su internamiento”. Los acontecimientos y circunstancias que serían denunciabiles son de los más

que configura la legislación de extranjería, comparándolo con la regulación prevista para los Centros penitenciarios en RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, «Centros de internamiento de extranjeros», en CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel/GARCÍA ESPAÑA, Elisa, *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Granada (Comares) 2007, pp. 365 y ss.

⁵⁴ RODRÍGUEZ CANDELA, en CEREZO DOMÍNGUEZ/GARCÍA ESPAÑA, *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, 2007, pp. 402 y ss.

⁵⁵ Recordemos que la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 20 de marzo de 2003, declaró nulo, entre otros preceptos, el apartado segundo del artículo 130.2 del Reglamento de Ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. que establecía que “la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de convivencia y de régimen interior [...]”. Entendía el Tribunal Supremo que la Ley no amparaba la posibilidad de imponer medidas coercitivas a los “internos” que no respetasen las normas de convivencia, dado que no estaban especificadas ni unas ni otras. Se anulaban, pues dicho apartado por vulneración del principio de reserva de ley.

variadas: desde que no se permite contactar telefónicamente con el abogado, que sólo se conceden diez minutos para comunicar con un amigo venido de lejos, comida insuficiente, decomiso de las pertenencias personales al ingresar en el centro, malas condiciones higiénicas, no funcionamiento de la calefacción en invierno, no información acerca de las normas que rigen el centro, realización de analítica sin su consentimiento informado, empleo injustificado de medidas de fuerza por parte de la policía, o por haber sido sancionado totalmente al margen de la legalidad, pues no establece la ley ni el reglamento qué conductas son sancionables y cuál es la consecuencia que pueden aparejar, etc.

Es larga la lista de situaciones denunciables, pero, ¿ante quién se ejerce ese derecho?, ¿quién es el órgano encargado, más allá del Director, de examinar las denuncias del interno en relación con el internamiento?⁵⁶ A salvo claro está de presentar quejas ante el Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal, etc., en la actualidad el órgano judicial encargado de atenderlas será el Juez de Instrucción que dictó el auto de internamiento. Así se desprende del art. 60.3º de la LOEX, que establece que “el extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados” (en los mismos términos el art. 153.6º RE), y con más claridad el art. 2.2º de la Orden Ministerial de 1999 cuando señala que “dicha autoridad judicial velará por el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros ingresados, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del propio interesado”.

Pudiera parecer lógico encomendar el control de las vicisitudes de la privación de libertad al órgano judicial que decretó el internamiento. Sin embargo, todo parece indicar que este juez no está en las mejores condiciones para velar por el respeto a los derechos de los extranjeros durante el internamiento, ni para controlar el sometimiento a la legalidad del actuar policial en la custodia y gestión de los CIE, ni que dicha ejecución se ajusta a los principios constitucionales que han de presidir la privación de libertad. Se trata de un juez cuya competencia sobre el internamiento del extranjero ha venido determinada por una circunstancia tan aleatoria como ser el Juez de Instrucción del lugar donde se produjo la detención y estar de guardia en el momento en que se solicita el auto de internamiento, que puede no conocer un ámbito jurídico tan específico como el contenido de la privación de libertad, ni tampoco el funcionamiento y las particularidades del centro donde ha sido internado la persona respecto a la cual él dicho auto de internamiento. A ello se suma, y esto es muy importante, que con frecuencia el extranjero es internado en un centro muy distante del lugar donde el juez tiene su jurisdicción, lo que dificulta la comunicación y la información, por lo que difícilmente, como digo, estos juzgados podrán garantizar legalidad y respecto a los derechos en el interior de los centros

⁵⁶ La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de mayo de 2005, declaró nulo el apartado quinto del artículo 33, en cuanto establecía que “todas las peticiones y quejas a que se refieren los apartados anteriores, deberán presentarse ante el Director del centro [...]”, por constituir una limitación injustificada.

De nuevo las personas internadas en los CIE tienen peor condición que quienes cumplen pena de prisión en un Centro penitenciario, pues en éste existe un control sobre la ejecución de la pena encomendado a un órgano judicial, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuyo cometido específico es garantizar los derechos de los internos y controlar el sometimiento a la legalidad de la Administración. Nótese que las funciones judiciales cuya efectividad estamos reclamando coinciden en gran medida con las que cumple el Juez de Vigilancia respecto a los centros penitenciarios. Y en este sentido buena parte de las razones que en su día inspiraron la creación de los Juzgados de Vigilancia abogarían por la creación de una jurisdicción especial para controlar los pormenores del internamiento. La relación de sujeción tan intensa, el que se produzca en un contexto cerrado donde el ejercicio de derechos está mediatizado por la Administración, a lo que se une la especial vulnerabilidad de estas personas, son razones que abogarían por la creación de una jurisdicción especializada, mejor conocedora de las peculiaridades de este tipo de privación de libertad y cuya función de control de la legalidad y garantía de derechos le esté expresamente encomendado y debidamente articulado con obligaciones como la visitas periódicas a los centros, entrevistas con los internos, etc.

Las similitudes señaladas podrían sugerir encomendar esta labor a la jurisdicción de vigilancia, pero otra serie de consideraciones desaconsejarían esta opción, pues se correría el peligro de que el Juez de Vigilancia, acostumbrado a controlar la ejecución de la pena de prisión, trasladara a los CIE el mismo esquema del régimen penitenciario, siendo que ni los extranjeros son delincuentes, ni los lugares donde están internados deberían ser centros penitenciarios. Podría defenderse la creación de una jurisdicción especializada, nueva y diferente de la de vigilancia con las funciones a las que se ha hecho alusión, sin que resulte una crítica de peso “la marginalidad” del fenómeno. Probablemente si tuviéramos los datos nos sorprendería el número de internamientos que se producen a lo largo del año, tratándose de un recurso cuyo uso, a pesar de su excepcionalidad formalmente declarada, parece ir en aumento.

En cualquier caso, si la creación de una jurisdicción especial no resultara viable, al menos debería seguirse la recomendación hecha hace tiempo del Defensor del Pueblo en el sentido de encomendar “a uno de los juzgados de cada una de las ciudades que cuentan con un centro de internamiento, la responsabilidad de vigilar la ejecución de las medidas y resolver sobre las iniciativas que puedan plantearse. La puesta en marcha de este sistema podría establecerse por un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, si afecta al control genérico del centro, aunque su plena implantación requeriría de una reforma legal que definiera las funciones y cometidos de estos juzgados y desvinculara el hecho de autorizar un internamiento y, en su caso, resolver sobre el recurso que quepa contra tal decisión, del control judicial de la ejecución de la medida”⁵⁷.

Sea cual sea la opción elegida, resulta imprescindible que el órgano judicial que se encargue del

⁵⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, 2005, p. 183.

control de la ejecución del internamiento sea de la demarcación territorial donde se encuentra el CIE, así como también resulta necesario que la ley indique expresamente las funciones de este órgano judicial en cuanto a garantizar los derechos de los privados de libertad así como a controlar el sometimiento a la legalidad de la Administración en su actuar.

6. La Directiva de la vergüenza y los intentos de ampliar el plazo de internamiento

I. No podemos concluir este trabajo sin hacer mención a la Directiva 208/115/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 que se encuentren ilegalmente en su territorio, a la que el Parlamento Europeo dio su visto bueno el 18 de julio de 2008 con el voto favorable de los parlamentarios socialistas⁵⁸, y que es más conocida como la Directiva de la vergüenza. Bastan dos datos para hacernos entender este calificativo.

En primer lugar, resulta sumamente preocupante el tema de la expulsión de menores no acompañados. El art. 8 bis 2 de la Directiva establece lo siguiente: “Las autoridades del Estado miembro del que se trate, antes de expulsar de su territorio a un menor no acompañado, deberán haber obtenido garantía de que esa persona será entregada a un miembro de su familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno”. Hay que llamar la atención sobre el hecho de que el Estado de retorno no es necesariamente el Estado de origen, entendiéndose por país de retorno, según el art. 3 de la propia Directiva, los países de tránsito. Esto significa que se podrá expulsar a los menores a países que no son sus países de origen sino a terceros países tan sospechosos en su respeto a los derechos humanos como pueden ser Libia o Marruecos, por poner un ejemplo.

Por otra parte, el art. 15 autoriza a los Estados miembros a encerrar a los extranjeros que sean objeto de procedimientos de expulsión cuando se entienda necesario para la ejecución de la expulsión, por un periodo de seis meses. El apartado 6º de este precepto permite a los Estados miembros prolongar esta privación de libertad por doce meses más cuando la expulsión no se haya conseguido en esos seis meses iniciales por falta de cooperación del extranjero o por demoras en la obtención de la documentación necesaria. Esto significa que si la persona por ejemplo oculta su nacionalidad, pero también por causas no imputables al extranjero como puede ser la falta de colaboración de su país, el inmigrante puede permanecer encerrado dieciocho meses, es decir, un año y medio.

II. Ante las críticas y protestas por parte de asociaciones y colectivos que provocó la Directiva de la vergüenza, el Presidente del Gobierno, Sr. Rodríguez Zapatero, además de llamar demagogos e ignorantes supinos a quienes entonces se opusieron a dicha norma, aseguró enfáticamente que la

⁵⁸ A excepción de Josep Borrell y Raimon Obiols, que rompieron la disciplina de voto. Martí Grau se abstuvo.

Directiva no supondría un empeoramiento de la situación de los inmigrantes irregulares en nuestro país⁵⁹. El 18 de diciembre de 2008 el Consejo de Ministros presentó el Anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000. La reforma era necesaria a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007 y otras posteriores en las que se declaraban inconstitucionales algunos preceptos de la ley. Lo que no era de esperar es que las propuestas del Gobierno en relación con el internamiento, lejos de pretender una mejora de una situación humana y jurídicamente insostenible, supusieran un intolerable retroceso en los derechos de los extranjeros y en nuestro Estado de Derecho.

Especialmente grave resultaba la regulación propuesta por el Anteproyecto en cuanto se refiere a los plazos de internamiento. Frente al texto actual del art. 62.2 (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 periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado), el Anteproyecto proponía un art. 62.2 del siguiente tenor: “El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima, con carácter general, de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquier de las causas previstas en un mismo expediente. El cómputo del plazo señalado en este artículo quedará suspendido mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo o de habeas corpus que, en su caso, se hubiesen iniciado. Igualmente procederá dicha suspensión en caso de enfermedad del extranjero o por otras causas no imputables a la Administración que impidan o dificulten su salida de España”.

Esta gravísima propuesta de prolongar sine die el plazo de internamiento cosechó críticas y fue enjuiciado con gran dureza en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, por entender que el Anteproyecto va más allá de lo permitido por la Directiva de Retorno. Al tiempo de revisar estas líneas el Consejo de Ministros, en su reunión de 26 de junio de 2009, ha aprobado el proyecto que pasará a discusión parlamentaria. En él se han suprimido algunas de las medidas inicialmente propuestas y duramente criticadas. Sin embargo, otras subsisten. Según la nueva propuesta la duración máxima del internamiento será de sesenta días. El Juez podrá suspender el cómputo de dicho plazo en dos supuestos: cuando el extranjero solicite el asilo y por un plazo máximo de catorce días. También hasta que se resuelva la admisión del habeas corpus, según los plazos legalmente establecidos⁶⁰.

⁵⁹ Puede verse la intervención del Sr. Rodríguez Zapatero en el Congreso de los Diputados en la siguiente página web: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/06/25/espana/1214407325.html>.

La llamada Directiva sobre retorno de inmigrantes “no se ha aplicado, ni se va a aplicar nunca en España”, así lo aseguró tajantemente la Vicepresidenta del Gobierno, M^a Teresa Fernández de la Vega el día 7 de agosto de 2008. Puede verse la grabación de sus palabras online aquí: <http://www.madridprogresista.es/2008/08/07/la-directiva-de-la-verguenza-no-se-aplicara-en-espana/>.

⁶⁰ Art. 62.2: “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

Evidentemente las propuestas del Proyecto son menos malas que las del Anteproyecto, lo que no significa que no merezcan una dura crítica y oposición. Así, contra la ampliación del plazo de internamiento a sesenta días pueden esgrimirse muy variadas y potentes razones. Aunque el internamiento de extranjeros teóricamente se configura como una medida cautelar para asegurar la eventual ejecución de la repatriación, existen serios indicios para pensar que en la práctica se utiliza frecuentemente con fines represivos, es decir, como sanción encubierta para castigar en la práctica se utiliza frecuentemente como sanción encubierta para castigar la irregularidad de la estancia y con fines preventivo generales tales como amedrentar o presionar para que el extranjero irregular regrese a su país o disuadirle de venir a España. Indicios de esta inadmisibles utilización son el elevado número de personas detenidas que no son expulsadas y tan sólo se las pone en libertad una vez transcurridos los cuarenta días establecidos como tiempo máximo de internamiento. Las informaciones aparecidas no hace mucho en la prensa en relación con la existencia de instrucciones dirigidas a la policía para que detuviera un número mínimo de extranjeros no son también sino un claro indicio del uso del internamiento con fines represivos. Ampliar el plazo supondría aumentar las posibilidades de un uso desviado de esta peculiar y excepcional medida cautelar. Si además tenemos en cuenta las gravísimas eficiencias de los Centros de Internamiento, la ampliación del plazo a sesenta días no puede sino empeorar tan deplorable situación. Veinte días podrían parecer no demasiado, pero es demasiado si tenemos en cuenta que son veinte días más, a añadir a cuarenta días previos de privación de libertad, si tenemos en cuenta además las condiciones del internamiento y el delicado estado psíquico, y a veces físico, en que se encuentran las personas encerradas.

En un periodo de recesión como el actual, de recursos económicos escasos e incremento de las necesidades a cubrir, la ampliación del plazo de internamiento se manifiesta como un auténtico despropósito, pues supone una inversión económicamente muy costosa, que de emplearse en este ámbito debiera hacerse para corregir las deficiencias de los CIE. Estaría bien que el Gobierno explicara en la memoria económica que ha de acompañar a su propuesta a costa de qué partidas piensa hacer frente a semejante gasto, que sin duda será muy elevado habida cuenta de lo sumamente costoso que resulta la privación de libertad y, por supuesto, cuánto nos va a costar ese intento de aparentar dureza frente al inmigrante irregular.

A pesar de la importancia de esta medida, en la Exposición de motivos del Proyecto el Gobierno no explica las razones que a su juicio justificarían su adopción. Probablemente se argüirá que cuarenta días no son suficientes para hacer efectivas las repatriaciones y que se necesita un plazo

previstas en un mismo expediente.

3. El Juez, a instancias del Instructor del expediente, podrá suspender el cómputo de los plazos señalados en este artículo en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el extranjero solicite asilo y exclusivamente mientras dure su tramitación y resolución por un plazo de catorce días, que deberá ser autorizado por auto judicial en las mismas condiciones que el internamiento inicial. Frente a esta resolución no cabrá recurso alguno.
- b) Hasta que se resuelva la admisión del Habeas Corpus, según los plazos previsto por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, Reguladora del Procedimiento Habeas Corpus”.

mayor. Frente a esta explicación no es difícil contraargumentar. Por ejemplo, poniendo de manifiesto que hay muchísimas expulsiones que no se practican no porque el plazo de cuarenta días no sea suficiente, sino simplemente porque las repatriaciones son excesivamente caras y el Estado no puede hacer frente a dicho coste. Este problema desde luego no se soluciona incrementando el a sesenta días la detención de los inmigrantes sin los papeles en regla. Además, son muchos los inmigrantes que no pueden ser expulsados ni en cuarenta, ni en sesenta, ni en mucho más tiempo. Supuestos de personas indocumentadas, personas cuyos países no les reconocen como nacionales o con los cuales no hay firmados acuerdos de repatriación. Si el plazo de internamiento se amplían estas personas serán detenidas, ingresadas en los CIE y tras dos meses de detención serán puestos en libertad. Habremos invertido un montón de dinero, habremos socavado principios básicos de nuestro Estado de Derecho para no hacer otra cosa que empeorar la situación de esas personas, infringiéndole un daño tan inútil como desmedido.

Por lo que respecta a la posibilidad de ampliar el internamiento más allá de los sesenta días, cabe recordar que cuando los socialistas españoles votaron a favor de la Directiva de retorno, se argumentó que la Directiva suponía un avance en el terreno de las garantías, pues establecía una serie de límites que no podrían sobrepasar los Estados miembros en lo atinente a las expulsiones e internamiento de inmigrantes. Y es cierto. Por ejemplo, la Directiva nos dice el plazo máximo de internamiento que no se podrá sobrepasar. Pero igualmente la Directiva establece los supuestos en los que será posible la suspensión del plazo de internamiento. Y estos supuestos no son ni la interposición de habeas corpus, ni la solicitud de asilo político.

La posibilidad de suspensión del plazo de internamiento se contempla en el artículo 15.6 de la Directiva 2008/115/CE en los siguientes términos: “Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un período limitado, no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional [...]” y los supuestos en que se admite dicha prórroga son “la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria”. La conclusión es clara: no es posible prorrogar el plazo ni en los casos de petición de asilo, ni en los casos de interposición de un habeas corpus. Ello sería contrario a la normativa europea. Así lo sugería el Informe del Consejo General del Poder Judicial, que llamaba la atención sobre el hecho de que la propuesta del Gobierno adoptaba un criterio más amplio que el impuesto en la Directiva.

7. A modo de conclusión

A lo largo de este artículo he abordado figuras y cuestiones muy diversas y de una gran complejidad. Todas ellas sin embargo poseen un denominador común: van dirigidas a evitar que las personas realicen sus proyectos migratorios, son ejemplos de cómo se utiliza el Derecho penal y el poder coercitivo del Estado en la contención y represión de la inmigración irregular. Estoy convencida de que es una forma totalmente errónea, y además ineficaz, de gestionar los

movimientos migratorios, sin que los reducidos éxitos de contención que en su haber se puedan computar consigan justificar las ingentes cantidades de dolor que genera. Muchos pensarán que semejante intervención es la única forma de defender nuestros intereses y nuestro bienestar, pero lo que en modo alguno pueden es ignorar que dicha política socava los principios de nuestro Estado de Derecho y conlleva graves vulneraciones de derechos humanos que como personas, como sociedad y como nación nos deberían avergonzar. ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?

Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los derechos de los extranjeros que llegan a las Islas Canarias siguen siendo vulnerados. Resultados de la misión de investigación de Amnistía Internacional los días 14 al 16 de junio, 2006*, (http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/Mision_Canarias_01.pdf; última visita: 8 de julio de 2009).

APDHA (ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA), *Centros de Internamiento y Retención en España. Octubre 2008, 2008*, (http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=548&Itemid=45; última visita: 4 de julio de 2009),

APDHA, *Derechos Humanos en la Frontera Sur, 2007, 2007*, (<http://www.apdha.org/media/fronterasur2007.pdf>; última visita: 5 de julio de 2009).

APDHA, *Derechos Humanos en la Frontera Sur, 2008, 2008*, (<http://www.apdha.org/media/fronterasur2008.pdf>; última visita: 5 de julio de 2009).

ASÚA BATARRITA, Adela, «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración», en VV.AA., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2002, pp. 17-96.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en VV.AA., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Thomson Aranzadi) 2005, pp. 183-216.

CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa/ROBLES PLANAS, Ricardo, «¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)», *InDret* (2), 2007, (<http://www.indret.com/pdf/422.pdf>; última visita: 13 de julio de 2009).

CEAR (COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO), *Informe de evaluación del centro de detención de migrantes en Nouadhibou (Mauritania)*, 2009, (<http://www.cear.es/files/Informe%20CEAR%20Nouadhibou%202009%20.pdf>; última visita: 1 de julio de 2009).

CERES MONTES, José Francisco, «Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial*, num. 3: *Las últimas reformas penales*, Madrid (CGPJ) 2005, pp. 283-351.

CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, 2009, (http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2009-786; última visita: 10 de julio de 2009).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, 2009, (<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>; última visita: 10 de julio de 2009).

CUGAT MAURI, Miriam, «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del derecho penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal* (6), 2001, pp. 23-37.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, «La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003», *Diario La Ley* (6042), 17 de junio de 2004, pp. 1917-1927.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid 2005, (<http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp>; última visita: 3 de julio de 2009).

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2008*, 2009, (<http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/informesanuales/informe2008.pdf>; última visita: 4 de julio de 2009).

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid (La Ley) 2007.

DIETRICH, Helmut, «El Mediterráneo como nuevo espacio de disuasión», en VV.AA., *Frontera Sur*.

Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa, Barcelona (Virus Editorial) 2008, pp. 13-82.

FLORES MENDOZA, Fátima, «La expulsión del extranjero en el Código penal español», en VV.AA., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2002, pp. 97-132.

GIL-ROBLES, Álvaro, *Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos sobre su visita a España. 10-19 de marzo de 2005*, 2005, nm. 84, (<http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/4464/autonomia/docu/gilrobles.doc>; última visita: 4 de julio de 2009).

LARA, Rafael, «¿Regulación de Flujos? 20 años de muerte en las fronteras», en APDHA, *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2008*, 2008, pp. 91 y ss.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, «Para que el Derecho no se detenga a las puertas de los CIE. Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros», en VV.AA. *Libro Homenaje a Juan Bustos Ramírez*, Madrid 2009, (en prensa).

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Barcelona (Atelier) 2007.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso. Un análisis constitucional del art. 51 de la LOGP*, Madrid (Tecnos) 2000.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente, *Detención e internamiento de extranjeros*, Navarra (Thomson Aranzadi) 2006.

MONCLÚS MASÓ, Marta, *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Barcelona (Editores del Puerto) 2008.

NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Expulsión `penal` de extranjeros: Una simbiosis de derecho penal `simbólico` y derecho penal del `enemigo`», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (17), 2006, pp. 153-182.

OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Primer informe sobre procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Cataluña*, Barcelona (Editorial Virus) 2004.

PRAT WESTERLINDH, Carlos, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Madrid (Dykinson) 2004.

RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis *et alter*, *Informe de la visita realizada el 11 de octubre de 2006 al Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga (Capuchinos)*, 2007, (<http://www.acoge.org/malaga/docs/sensibilizacion/camp/informecie.pdf>; última visita: 4 de julio de 2009).

RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, «Centros de internamiento de extranjeros», en CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel/GARCÍA ESPAÑA, Elisa, *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Granada (Comares) 2007, pp. 365 y ss.

RODRÍGUEZ MESA, María José, «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica», en VV.AA., *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2006, pp. 255-288.

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, «Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros», en VV.AA., *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, Madrid (Edisofer) 2008, pp. 1559 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid (Civitas) 2001.

SILVEIRA GORSKI, Héctor, «Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho», *Panóptico* (3) 2002, pp. 3 y ss.

SOLA RECHE, Esteban, «Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», en VV.AA., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2002, pp. 345 y ss.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Intervención de juez penal en la expulsión de extranjeros*, Madrid (Colec) 2006.

VALLÉS CAUSADA, Luis, «Guardia Civil y defensa de la propiedad intelectual», en VV.AA., *Colección de Estudios de Derecho Judicial, 129: Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, Madrid

(CGPJ) 2007, pp. 189-215.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ángel Ignacio, «El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado», en PRESNO LINERA, Miguel Ángel (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2004, pp. 147-197.

VV.AA., «Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas», *Revista Jurídica de Castilla y León* (12), 2007, pp. 57 y ss.

VV.AA., *Escenarios jurídicos para la defensa de las personas excluidas que venden reproducciones ilegales de CDs, DVDs, entre otras obras, sobre sus mantas*, 2009, (<https://campusvirtual.ucm.es/portal/inmigracionsistemapenal.html>; última visita: 3 de julio de 2009).