FUNDACIO JAUME BOFILL 1415

Tesis Doctoral elaborada para optar al Título de Doctor en Derecho.

Director: Dr. Eliseo Aja Fernández

LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS EN EL SISTEMA DE CONTROL MIGRATORIO ESPAÑOL

Doctorando: David Moya Malapeira

Programa de Doctorado en Derecho Constitucional (Bienio 1997-1999)

Tutor del Programa de Doctorado: Dr. Joan Vintró

Departamento de Derecho Constitucional
y Ciencia Política

Universidad de Barcelona
Mayo 2004

LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS EN EL SISTEMA DE CONTROL MIGRATORIO ESPAÑOL

David Moya Malapeira

ÍNDICE

Pág.

Agradecimientos 9

INTRODUCCIÓN AL SISTEMA DE CONTROL MIGRATORIO Y A LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS.

I.- Análisis de la gestión de las políticas públicas migratorias **15**
1- Las teorías sobre la inmigración y los sistemas o modelos de gestión migratoria 15
2.- El control migratorio y los instrumentos a su servicio 20
II.- Las medidas de alejamiento como instrumentos de control migratorio: su traducción jurídico-administrativa **26**
III.- Elementos comunes de las medidas de alejamiento. **32**

CAPÍTULO PRIMERO.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y MARCO JURÍDICO-POLÍTICO DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS

I.- Evolución histórica del sistema de control migratorio y de las medidas de alejamiento **43**
1.- Antecedentes y creación del moderno Derecho de Extranjería 45
2.- La evolución del sistema de control migratorio y de las medidas de alejamiento (S. XIX) 48
2.1.- El primer tercio del Siglo XIX 49
2.2.- El segundo tercio de Siglo: el Real Decreto de Extranjería de 1852 53
2.3.- El último tercio del Siglo XIX 56
3.- El control migratorio y las medidas de alejamiento en el Derecho de Extranjería preconstitucional (S. XX) 58
3.1.- La liberalización de los controles migratorios hasta la IIª Guerra Mundial 58
3.2.- La Dictadura franquista y la postguerra mundial en Europa 61
4.- El marco constitucional y la evolución normativa posterior de las medidas de alejamiento 64
4.1.- La vigencia de la legislación preconstitucional y el Tribunal Supremo (1978-1985) 64
4.2.- La tramitación y aprobación de la LO 7/1985 /1985) 71
4.3.- El desarrollo reglamentario de la LO 7/1985 (1986-2000) 76
4.4.- La amplia reforma acometida por la LO 4/2000 (2000) 78
4.5.- La contrarreforma de la LO 8/2000 y el RD 684/2001 (2001-2003). 85
4.6.- La reforma introducida por la LO 14/2003 (2003-2004) 87

II.- Marco jurídico-político: los límites a la soberanía estatal en la regulación del sistema de control migratorio y de las medidas de alejamiento **90**
1.- Fundamento de la competencia estatal de control migratorio en el Derecho Internacional Público y límites a la soberanía estatal en el respeto de los Derechos Humanos 90
2.- El *ius cogens* internacional como límite a la soberanía estatal 94
3.- La Constitución como instrumento de ordenación de la soberanía estatal 98
4.- Los límites impuestos por la integración del Estado en la Unión Europea 120

CAPÍTULO SEGUNDO.- LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS AL SERVICIO DEL CONTROL EXTERNO O CONTROL DE ENTRADA

Introducción.- Descripción del sistema de control migratorio de entrada en España y de las medidas de alejamiento a su servicio: **139**

I.- El control de los extranjeros en origen **146**
1.- Los filtros administrativos de control en origen 147
1.1.- Los derechos de los extranjeros en el país de origen 148
1.2.- El visado como filtro administrativo de control en los países de origen 153
2.- La externalización de los filtros de control de entrada: los filtros intermedios de control 163
2.1.- La colaboración de los Estados terceros 164
2.2.- La colaboración de las Compañías de Transporte 165

II.- El control de los extranjeros en los puestos fronterizos de control migratorio de entrada en España y su alejamiento (*retorno o rechazo*) **171**
1.- El control migratorio en los puestos fronterizos de entrada en España-Schengen 172
1.1.- Régimen de los puestos fronterizos de control migratorio 172
1.2.- Los puestos de control migratorio de frontera como Administración 175
1.3.- La naturaleza del acto de autorización/denegación de entrada: 176
1.4.- Objeto del control migratorio en los puestos fronterizos 188
1.5.- La clasificación de los niveles de control migratorio en frontera en función del estatuto personal 197
1.6.- La discrecionalidad administrativa en los puestos de control fronterizos 199
1.7.- El juego del principio de presunción de inocencia en la actividad de control migratorio 202
2.- La autorización de entrada 206
2.1.- El procedimiento simplificado de control migratorio de entrada (*screening*) 207
2.2.- El procedimiento administrativo de autorización de entrada formal (art. 26.2 TIDYLE) 215
2.3.- La autorización de entrada: resolución y formalización mediante el sello de entrada 217
2.4.- Las excepciones legales al cumplimiento de los requisitos de entrada 220
2.5.- La exención de visado como medida flexibilizadora del sistema de control migratorio 224
2.6.- La autorización de entrada viciada u obtenida fraudulentamente 228
3.- La denegación de entrada de extranjeros en frontera (*rechazo o retorno*) 233
3.1.- El alejamiento de extranjeros sometidos a controles migratorios en los puestos fronterizos habilitados (retorno o rechazo) 239
3.2.- La denegación de entrada en fronteras terrestres (rechazo o retorno) 242
3.3.- La denegación de entrada de extranjeros en puertos, aeropuertos y nudos ferroviarios (retorno con internamiento). 250

III.- El control de los extranjeros en tránsito o ruta irregular **255**
1.- Control migratorio en puestos fronterizos y control de fronteras: dos controles diferentes pero complementarios 256
1.1.- Distinción entre la entrada en España por puestos fronterizos y la entrada ilegal por la vía de hecho 257
1.2.- El concepto de "pretender entrar ilegalmente en España" del art. 58.2.b) TIDYLE 259
1.3.- Los mecanismos de información, vigilancia y detección de extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en España 267
1.3.1.- La distribución de competencias policiales en el control migratorio fronterizo 267
1.3.2.- La detección de extranjeros entrando ilegalmente en España 268
1.3.3.- La sospecha de entrada ilegal y el juego de presunciones 270
2.- El ejercicio de la coacción admininistrativa directa en el control de fronteras 272
3.- El procedimiento de alejamiento de extranjeros que tratan de eludir el control migratorio 274
3.1.- Detención cautelar y diligencias identificativas 274
3.2.- La fase declarativa del procedimiento de devolución de extranjeros 280
3.2.1.- Acuerdo de iniciación, instrucción del procedimiento y actividad probatoria 282
3.2.2.- La orden de devolución y otras resoluciones de terminación del procedimiento 286
3.2.3.- La inintercambiabilidad de los procedimientos por intento de entrada ilegal 288
3.3.- La aplicación de la devolución en supuestos especiales 290

IV.- El control de la salida de los extranjeros. Elementos de reflexión **295**

CAPÍTULO TERCERO.- LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS AL SERVICIO DEL CONTROL INTERNO O DE ESTANCIA

Introducción.- Las medidas de alejamiento al servicio del control de estancia **297**
1.- El control migratorio de estancia 297
2.- Los mecanismos de control al servicio del control migratorio interno o de estancia 299
3- La tradución jurídica de las medidas de alejamiento al servicio del control de estancia 306
3.1.- La caracterización constitucional de las medidas de alejamiento internas 307
3.2.- La jurisprudencia constitucional sobre las medidas de alejamiento internas 308
3.3.- Los fines e intereses públicos como límites a los derechos de extranjeros 311
I.- La expulsión administrativa de extranjeros como mecanismo de control de extranjeros en situación irregular **321**
1.- Análisis sintético de los motivos o causas de expulsión relacionados con el control de la irregularidad administrativa 321
2.- El procedimiento de expulsión como procedimiento declarativo de la estancia

irregular en el territorio (art. 53 TIDYLE) 330
2.1.- La detección de extranjeros en situación irregular y el inicio del procedimiento 331
2.2.- La medida provisional de detención y la incoación del procedimiento 338
3.- Instrucción del procedimiento 347
3.1.- La actividad probatoria de la policía 348
3.2.- La defensa del extranjero 350
4.- La propuesta de Decreto de expulsión 358

II.- La contravención de una prohibición de entrada previa como causa de alejamiento inmediato del territorio (*devolución*) 361
1.- Delimitación del concepto de contravención de la prohibición de entrada 363
1.1..- La prohibición de entrada impuesta por las autoridades españolas 364
1.2.- El reconocimiento de prohibiciones de entrada de terceros Estados 366
2.- Procedimiento en fase declarativa y apertura de la fase ejecutiva 369

CAPÍTULO CUARTO.- LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS

Introducción.- La fase ejecutiva de los actos administrativos de alejamiento 375

I.- Elementos comunes de las medidas de alejamiento en fase ejecutiva 376
1.- Fuentes normativas reguladoras de la fase ejecutiva de la salida obligatoria. 377
2.- Elementos comunes a la ejecución de las medidas de alejamiento 378

II.- La ejecución voluntaria del deber de salida en las medidas de alejamiento 381
1.- El principio de ejecución voluntaria de las medidas de alejamiento 382
2.- Importancia de una mínima formalización de la voluntad del extranjero 386
3.- El concepto de inmediatez de la salida voluntaria 389
4.- El control policial de la ejecución volutaria de la salida 392
5.- Límites a la determinación por el extranjero del país de destino y papel de las Compañías de Transporte 397
6.- La desviación de la práctica administrativa en el trámite de ejecución voluntaria y sus efectos sobre la dinámica de la devolución 399

III.- La ejecución forzosa del deber de salida en las medidas de alejamiento 402
1.- La determinación del medio más apropiado para la ejecución forzosa (art. 96 LRJAPyPAC) 402
1.1.- La ejecución subsidiaria del art. 98 LRJAPyPAC 403
1.2.- La ejecución subsidiaria por la Administración del deber de salida y la instrumentalidad del recurso a la compulsión personal del art. 100.1 LRJAPyPAC 405
2.- El procedimiento de ejecución forzosa 416
2.1.- Iniciación del procedimiento administrativo de ejecución forzosa 417
2.2.- Tramitación y resolución de la ejecución forzosa 419
2.3.- La detención asegurativa a efectos de ejecución forzosa y el internamiento judicial 423
2.4.- El ejercicio de la compulsión personal en la ejecución forzosa 426
2.5.- Elección del lugar de destino y Convenios de Readmisión 432
2.6.- La colaboración de las Compañías de Transporte y de agencias privadas de seguridad 435
3.- Consecuencias sobre el extranjero del fin del procedimiento ejecutivo de una medida de alejamiento: ejecución e inejecución 437
3.1.- Consecuencias de la ejecución 437
3.2.- Consecuencias de la inejecución 438

IV.- La ejecución de la prohibición de entrada 442
1.- El título ejecutivo de la prohibición de entrada 443
2.- Ejecución voluntaria y ejecución forzosa 447

CONCLUSIONES 451

BIBLIOGRAFÍA 465

Agradecimientos

Deseo agradecer a mis compañeros del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política, y en especial a los que forman parte del *Grupo de Estudios sobre los Derechos de los Inmigrantes*, por su apoyo y la calidad de sus aportaciones. Sin duda este estudio sería más pobre sin las discusiones y los estimulantes comentarios hilados en las diversas sesiones de trabajo sobre los derechos de los extranjeros. Pero sobre todo, deseo agradecer al Profesor Eliseo Aja su dirección y su apoyo, tanto profesionales como personales.

Muchas otras personas me han alentado a lo largo de la realización de este trabajo, a todas ellas deseo extender mi agradecimiento, pero quiero mencionar especialmente a Isabel, que es una extraordinaria abogada y amiga. Mi familia constituye un referente ineludible en mi vida y un motivo de satisfacción constante, su apoyo ha sido capital para la realización de este trabajo; las conversaciones sostenidas con mi padre, en particular, han suscitado algunas de las reflexiones contenidas en el mismo, confiriéndole un valor muy especial.

Por último, debo dejar constancia y agradecer sinceramente el apoyo económico prestado por la *Fundació Jaume Bofill* para la mi proyecto de investigación, que ha terminado en la elaboración de la presente tesis. Igualmente debo agradecer el apoyo de tres instituciones, el *Ministerio de Educación y Ciencia* (actualmente Ministerio de Ciencia y Tecnología), el *Institut d'Estudis Autonòmics* de la Generalitat de Catalunya y la *Fundación CajaMadrid*, cuyas aportaciones a lo largo de mi trayectoria de investigación me han permitido ampliar mis conocimientos en ámbitos del Derecho de Extranjería estrechamente conectadas con el objeto de este trabajo.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Para una lectura más cómoda y ágil del texto se ha utilizado el sistema de abreviaturas que se indica a continuación. No obstante, cuando la norma referenciada aparece por primera vez se cita por su título y fecha completos añadiendo a continuación entre paréntesis la abreviatura con la que será designada en adelante.

CE	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
TUE	Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, y reformado por el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997 y el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, adoptado en Roma el 25 de marzo de 1957, según la reforma introducida por el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997 y el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.
Convenio Schengen	Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990.
LOE	Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.
RELOE	Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.
RD 1119/86	Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LRJAPyPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.
LJCA 1998	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LOPSC	Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
TIDYLE	Texto integrado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003.
REDYLE	Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN AL SISTEMA DE CONTROL MIGRATORIO Y A LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS.

En la presente Introducción, se ofrecerá una breve panorámica sobre el sistema de gestión de flujos migratorios, su estructura y componentes así como los fines a los que se orientan las políticas públicas en este ámbito; la perspectiva predominante en este Apartado es la de los Estados, que deben atender a la protección de sus intereses propios, entre los cuales se encuentra destacadamente la articulación de políticas migratorias eficaces que permitan la integración de los colectivos de extranjeros que se asientan en España. Sin embargo, los intereses públicos que defiende el Estado en ejercicio de su soberanía no justifican una actuación libre de límites, especialmente desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales. Con especial atención a éstos últimos la presente Introducción intenta ofrecer el marco teórico fundamental de las políticas migratorias, necesario para analizar las distintas medidas de alejamiento de extranjeros en España.

I.- Análisis de la gestión de las políticas públicas migratorias

1- Las teorías sobre la inmigración y los sistemas o modelos de gestión migratoria

El Estado es un destacado actor que interviene en la conformación del fenómeno migratorio mediante la puesta en práctica, deliberada o inconscientemente, de políticas migratorias que generalmente ordenan los flujos migratorios de forma adecuada a sus intereses[1]. Diversas teorías, elaboradas fundamentalmente en los campos de la Economía, la

[1] Como principal actor en la política migratoria, el Estado dispone de un amplio margen de actuación para diseñar el modelo migratorio y aplicarlo, lo cual no quiere decir que otros actores (ONG's, empresarios, sindicatos, sociedad, o los propios inmigrantes puedan incidir decisivamente en la determinación de las de los condicionantes de estos modelos o de su implementación. No obstante, disponer de un amplio margen de actuación estatal para promover o frenar, pero sobre todo para incidir en algunos de sus aspectos: canalización flujos laborales, composición y origen, distribución geográfica, integración social, el Estado se autolimita en general para que con sus actuaciones no resulten afectados otros intereses públicos como el turismo, el transporte internacional, discriminaciones, intercambios económicos, etc... El Estado, fundamentalmente a través del Legislador y del Ejecutivo, es competentente para determinar y modificar el modelo migratorio, sus concretos mecanismos de control y muchos otros factores que sobre ellos inciden. Al mismo tiempo, las *políticas públicas* además de implementar ese modelo migratorio, también pueden alterarlo incluso involuntariamente, cuando actuaciones de alcance general o específicas para la inmigración, influyen

Sociología o la Geografía, intentan explicar los fenómenos migratorios internacionales[2]. Estas teorías en tanto que abstracciones y generalizaciones son de utilidad para clarificar y profundizar en la complejidad de los fenómenos migratorios. Constituyen, además, el fundamento teoríco de que se sirven los Estados para analizar y organizar la inmigración hacia su territorio: partiendo de las lógicas de estas teorías y en función de las necesidades (o realidades) de cada país, los Estados elaboran sus propios modelos o sistemas de gestión migratoria[3].

Sin entrar en la discusión de estas grandes líneas teóricas así como de sus modelos analíticos sobre migraciones internacionales, basta aquí señalar que las diferentes teorías aportan cada una de ellas ópticas distintas sobre un fenómeno complejo y poliédrico, de manera que es interesante tenerlas en cuenta todas si de lo que se pretende es tratar de explicar la migración hacia determinadas regiones y Estados ("análisis macro"); en cambio aspectos muy concretos de esas migraciones pueden ser mejor explicados mediante el recurso a una sola de esas teorías ("análisis micro"). En cualquier caso, y a pesar de que algunas teorías minimizan el peso de los Estados en la gestión del fenómeno migratorio,

---

decisivamente en los precondicionantes de la inmigración (factores *push & pull*, por ejemplo) y cambian el mapa social.

[2] A parte de las teorías sobre los movimientos de solicitantes de asilo y refugio que se rigen por otros criterios, existen diferentes teorías sobre los fenómenos migratorios, teorías que se presentan como yuxtapuestas y complementarias, que se pueden agrupar siguiendo la propuesta de CASTLES y MILLER y la crítica realizada a las mismas por MEYERS: en primer lugar, existen las *perspectivas clásicas y neoclásicas del equilibrio económico o "push and pull" theories,* que atribuyen un papel determinante en los flujos migratorios a la acción ordenadora del mercado ("new economics of labour migration"), tendiendo a minimizar el papel del Estado como actor relevante en la promoción, modulación y control de los movimientos migratorios. En segundo lugar, las *aproximaciones histórico-estructurales* critican el análisis neo-clásico por irreal al partir de la asunción de la igualdad de los individuos o la racionalidad de sus acciones y ofrecen una visión central del Estado como actor principal en el fenómeno migratorio y su gestión, entre las mismas se incluyen tesis marxistas y neo-marxistas, teorías de la "identidad nacional", teorías de "políticas internas", "teorías burocráticas" o "teorías realistas"; las "teorías de la globalización" apuntan a una pérdida de capacidad de incidencia del Estados en un contexto mundial de globalización. En tercer lugar, las *teorías de los sistemas migratorios,* centran su análisis en las relaciones entre dos o más países e incluso regiones para explicar cualquier movimiento migratorio como el resultado de la interacción entre macro y micro estructuras, de manera que las redes o conexiones ("networks") tanto formales como informales. Cfre.: CASTLES, Stephen y MILLER, Mark J.: *The age of migration. International population movements in the mordern world*, Ed. MacMillan Press Ltd., London 1998, igualmente sintéticas de las diversas teorías explicativas de los fenómenos migratorios son las páginas dedicadas por SCHOORL, Jeannette et al.: *Push and pull factors of international migration: a comparative report*, Ed. Eurostat-European Communities, Luxemburg 2000, o el análisis crítico de MEYERS, Eytan: "Theories of International immigration Policy –A Comparative Analysis", *International Migration Review*, vol. 34, num. 4, 2000, págs. 1245-1282.

[3] Una dificultad añadida al hecho de tener que trabajar con conceptos elaborados por otras disciplinas como la Ciencia Política o la Sociología, es la de que muchos de esos conceptos no disponen de una traducción estandarizada, a pesar de la necesidad de contar con un vocabulario especializado, por esta razón se ha intentado ajustarse a categorías y conceptos anglosajones como "filtros", "modelos", "sistemas", "controles", etc...

ninguna niega su papel como agentes responsables de elaborar las políticas públicas[4] (*policy-maker*), en cuyo proceso de elaboración, desarrollo y aplicación las demandas y presiones de otros actores (empresariado, sindicatos, opinión pública) juegan un papel destacado, dando lugar a una complejísima red de relaciones e interacciones entre todos los actores. Conscientes de estas limitaciones, únicamente interesa aquí apuntar algunos de los rasgos más destacados del conjunto de políticas de gestión migratoria que tomadas en conjunto conforman los sistemas o modelos de gestión migratoria de un Estado.

Antes de empezar, no obstante, debe señalarse la existencia de dos tipos de políticas migratorias: políticas *promotoras* (o *proactivas*) y políticas *restrictivas* de la inmigración; entre las políticas proactivas existen políticas *selectivas* y políticas *no selectivas*, dependiendo del grado de cualificación requerida al individuo para el trabajo o labor concreta en que el Estado pretende ocuparlo. Evidentemente, no existe una única política proactiva o restrictiva, generalmente se producen combinaciones segmentadas de ambas en función de los sectores laborales, la nacionalidades de origen de los inmigrantes, distintos períodos de tiempo, etc... pero en general puede valorarse globalmente una política estatal en función de la cantidad de inmigrantes y su impacto sobre la población residente en el país. Así, por ejemplo, en 2002-2003 Alemania anunció el inicio de un programa de atracción de titulados informáticos y especialistas del sector de las telecomunicaciones formulando una política proactiva, que no puede oscurecer el hecho de que la política alemana de la época era en general restrictiva a la inmigración[5]; al mismo tiempo esa concreta subpolítica proactiva alemana es altamente selectiva. Por el contrario, la política española ha sido en los últimos años proactiva como demuestra la fórmula de los contingentes, pero ha sido muy poco selectiva ya que los sectores de ocupación requerían escasa o media cualificación.

---

[4] Sin olvidar que existen una multiplicidad de actores que juegan un papel relevante en el fenómeno migratorio, con capacidad para incidir unos sobre otros: los inmigrantes, las asociaciones y sindicatos, las *networks* informales, los empresarios, la opinión pública, el mercado, etc... aquí interesa observar el papel de los Estados, como actores especialmente destacados, pues no sólo inciden en el fenómeno migratorio mediante políticas migratorias directas (normativa de extranjería, contingentes, controles migratorios) sino también mediante políticas que despliegan efectos indirectos en la capacidad de atracción de su territorio como destino -*pull factors*- (política laboral-salarial, ordenación economía, transportes, régimen transferencia de divisas, etc...) o en la situación de los países de origen -*push factors*- (política exterior, condonación de deuda, política comercial, etc...). BROCHMANN, Grete y HAMMAR, Tomas (ed.): *Mechanisms of Immigration control. A comparative analysis of European Regulation Policies*, Ed. Berg, Oxford 1999.

[5] Infome *Süssmuth*, reproducido por la revista *Migraciones* nº 12, pág. 207.

Del mismo modo, debe advertirse que existen ciertos condicionantes sobre el Estado en su opción por una política migratoria determinada, que pueden diluir o producir efectos contrarios a los buscados. Así, por ejemplo una política proactiva selectiva de un Estado democrático que reconozca a los trabajadores inmigrantes viajar con sus familias o reagruparlas con facilidad, puede empañar parcialmente el objetivo de inmigración selectiva, pues sus familias no tienen porqué estar cualificadas en el mismo grado. Por otro lado, cuando se habla de políticas públicas migratorias debe considerarse que tal política puede consistir en una gestión directa del Estado de las cuestiones relacionadas con el fenómeno migratorio, pero también de actuaciones indirectas sobre el mismo. De igual modo, una política migratoria no tiene porqué ser formalizada, es más, la ausencia de políticas migratorias expresas y formalizadas es en sí misma una opción política muy clara sobre la forma en que se considera que debe regirse la inmigración. Sin olvidar que, fruto de la suma de políticas e intereses que lo conforman, el modelo migratorio es dinámico y no siempre perfectamente coherente, siendo especialmente sensible al paso del tiempo y de los gobiernos.

La mayoría de los modelos de gestión migratoria europeos comparten un corte liberal no sólo desde el punto de vista económico, sino también en lo que se refiere a un mínimo respeto por los derechos humanos. Las diferencias entre ellos se deben en general al distinto grado de madurez migratoria de sus sociedades, y consecuentemente de los modelos migratorios que cada Estado ha abrazado, pudiéndose distinguir entre los países que todavía permiten la inmigración de mano de obra (Grecia, España, Italia, Portugal) de aquellos que únicamente admiten la reagrupación familiar como forma de entrada, con todas las variantes intermedias y variaciones temporales[6].

Las políticas migratorias se componen segun MEYERS[7]: "primero, de políticas de control migratorio o de regulación de la inmigración, es decir, de normas y procedimientos

[6] Algunos autores, como DeLAET para Estados Unidos o JOPKE para Europa, asumen los costes que el respeto de los derechos humanos supone en términos de menor eficacia en los mecanismos de control migratorio. DeLAET, Debra: *US Migration Policy in an age of rights*, Ed. Praeger, 2000; JOPPKE, Christian: *Immigration and the nation State: the United States, Germany and Britain,* Ed. Oxford University Press, Oxford 1999.

[7] MEYERS, Eytan: "Theories of International Immigration Policy. A comparative Analysis", *International Migration Review*, Vol. 34, Num. 4, 2000, pág. 1246.

que ordenan la selección y admisión de ciudadanos extranjeros; y segundo, de políticas dirigidas a los inmigrantes, es decir, las condiciones proporcionadas a los inmigrantes residentes (por ejemplo, condiciones de trabajo y alojamiento, prestaciones sociales y oportunidades educativas)". La distinción entre control e integración, sin ser pacífica, ofrece una indudable ventaja: clasifica las intervenciones estatales en dos grupos separados por unos objetivos, unas técnicas y unos instrumentos jurídicos completamente distintos, definiendo en consecuencia ámbitos de actuación separados y separables[8], aunque profundamente interrelacionados e interdependientes, pues la existencia de un mínimo control migratorio es condición indispensable para sostener la viabilidad y el correcto funcionamiento de todo el sistema de gestión de flujos migratorios y asegurar una cierta integración social. En esencia, la distinción entre políticas de control y políticas de integración sigue plenamente vigente para los poderes públicos con competencias sobre inmigración, principalmente en instancias comunitarias y estatales, que la han enriquecido con nuevas perspectivas.

Sobre el segundo elemento, la integración social de los inmigrantes, existe ya una notable literatura y numerosas actuaciones públicas, no solo de las autoridades nacionales[9], sino también aunque embrionariamente aún, de la Unión Europea que empieza a asumir competencias en este ámbito[10]. El presente trabajo, no obstante, centrará su atención respecto del primero de esos elementos, el control migratorio y sus instrumentos jurídicos de desarrollo, particularmente las medidas de alejamiento.

---

[8] La distinción entre las políticas de control y las de integración está en la base, por ejemplo, de la distribución descentralizada de las competencias sobre integración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sobre esta cuestión puede leerse AJA, Eliseo: "La distribución de competencias en materia de inmigración", *Informe Comunidades Autónomas 2000*, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona 2001, o ROIG, Eduard: "Las competencias autonómicas en materia de inmigración", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, nº 14-15*, 2002.

[9] ZAPATA-BARRERO, Ricard: *El turno de los inmigrantes, esferas de justicia y políticas de acomodación*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2002; OLIVÁN LÓPEZ, Fernando: *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Ed. Dyckinson, Madrid 2004.

[10] *Comunitation from the Comission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Comitee and the Comittee of the Regions on Immigration, Integration and employment*, COM(2003)336), Brussels, a propósito también ENTZINGER, Han y BIEZEVELD, Renske: "Benchmarking in Immigrant Integration", European Research Centre on Migration and Ethnic Relations (ERCOMER), Rotterdam, Agosto 2003, Report for the European Comission.

2.- El control migratorio y los instrumentos a su servicio

El concepto "control migratorio" es empleado por numerosos autores, procedentes de distintas disciplinas científicas, lo cual lo convierte en un concepto de uso extendido pero definición un tanto vaga. Sus formulaciones más elaboradas se pueden encontrar entre sociólogos y politólogos. Así, por ejemplo, MEYERS[11] define el estudio del *control migratorio* como el estudio de la admisión y selección de los inmigrantes permanentes, trabajadores temporales y refugiados, así como los intentos de reducir la inmigración irregular"; para este autor tal análisis admite dos enfoques, uno de corte más empírico, centrado en el proceso político de gestación de tales políticas así como de los medios asignados y su nivel de eficacia, y otro enfoque, de corte más teórico, sobre la capacidad de las distintas teorías existentes para explicar las decisiones estatales relativas al número de inmigrantes, origen étnico y condiciones de acceso para su admisión en el país.

PLENDER ha apuntado la existencia de dos formas de control migratorio: el control directo y el control indirecto. Mientras el primero se ocuparía de la selección de los inmigrantes y la reducción de la irregularidad, este autor identifica el segundo como aquél control realizado a través de medidas que afectan a las condiciones de vida de los extranjeros en un país, medidas que al igual que en el control directo inciden en el número y composición u origen y características de la inmigración.Todos los modelos teóricos de gestión de flujos migratorios recurren a alguna forma de control migratorio, luego en cada modelo de gestión de flujos la intensidad del control puede variar considerablemente. De hecho, los países de nuestro entorno apuestan desde hace tiempo por un estrecho control sobre los extranjeros que quieran acceder o permanezcan en su territorio.

El *objetivo* principal del control migratorio es, o debería ser, asegurar la idoneidad de los extranjeros que entran y permanecen en España en función de criterios de orden público, seguridad nacional, mercado laboral, salud, obligaciones internacionales, etc.. En general, la realización de un mínimo control migratorio implica la existencia de un ordenamiento jurídico de extranjería en el que se han previsto instrumentos específicos destinados a

[11] MEYERS, cit. *supra*. Para BROCHMANN, cit. *supra*,: el término "control migratorio" se emplea como sinónimo de "regulación de la inmigración", sin embargo, debe interpretarse con mayor amplitud para incluir no sólo la elaboración, aplicación y evaluación de políticas migratorias, sino también los mecanismos que las mismas emplean para la selección, admisión, ocupación y deportación de extranjeros.

asegurar la eficacia de ese control. Por medio del control migratorio el Estado no sólo determina qué extranjeros y en qué condiciones entran en su territorio, sino también impide la permanencia de aquellos cuya presencia no quiera tolerar durante más tiempo (delincuentes, temporeros, reducción de la demanda de trabajadores, etc...). El control de los extranjeros permite no sólo incidir en la composición, origen, características y volumen de la inmigración que entra, permanece o abandona el país, sino también disponer de datos generales para la elaboración de políticas públicas a los diferentes niveles de la Administración (estatal, autonómico o regional y local), sin los cuales no es posible una mínima eficacia en la gestión de flujos. No obstante, la delimitación de un objetivo tan ampliamente definido, requiere una labor de concreción en (sub)objetivos y acciones. entre los cuales cabe destacar: en primer lugar, el despliegue de una actividad de prevención, detección y reducción de la inmigración irregular (extranjeros que pretendan entrar o permanecer irregularmente en España), en los diferentes estadios de control sobre los que éste se proyecta; en segundo lugar, ajustar, en la medida de lo posible, la entrada y permanencia de extranjeros a las previsiones establecidas por el Estado en sus diversos instrumentos de planificación periódica (acuerdos internacionales, programación de permisos en régimen ordinario, contingentes de trabajadores, políticas de asilados y desplazados, etc.,), para lo cual las necesidades del mercado de trabajo y las políticas laborales constituyen los parámetros esenciales de tales políticas, especialmente respecto de los extranjeros que entran por razones laborales (trabajadores inmigrantes). A reserva de una explicación más detallada en páginas posteriores, puede señalarse ya aquí la posibilidad de distinguir entre los distintos objetivos o fines del control migratorio; así, debe señalarse la existencia de fines extrínsecos al sistema de control migratorio (seguridad pública, seguridad nacional, política criminal, etc..), frente a un fin intrínseco a éste como es la protección de la integridad y correcto funcionamiento del propio sistema de gestión migratoria.

En este sentido los autores distinguen diferentes *estadios de control* sobre los extranjeros, aunque difieren en su número y conceptuación, aunque en este trabajo se ha tomado como referencia el análisis de los mismos expuesto por BROCHMANN[12]. Así,

[12] BROCHMANN, cit *supra*, distingue entre controles externos, intermedios e internos. Por cierto, clasificado por esta autora como control externo, el control en el estadio de *salida* consistente en el control de los extranjeros que pretenden abandonar el país aunque sea simplemente registrando su salida, sería merecedor de

puede señalarse la existencia de un estadio de *control externo o control de entrada*, compuesto: primero, por los controles ejercidos en los países de origen para la promoción o reducción de la inmigración o para influir en la composición de los flujos y de su potencial (visados, acuerdos migratorios, naciones más favorecidas, contingentes o sistemas de cuotas); y segundo, por los controles fronterizos de admisión en el territorio (puestos fronterizos, controles móviles, vigilancia de fronteras,...). Junto a este, el *control interno, de estancia o permanencia* en el país se ocupa de supervisar el cumplimiento de las condiciones de permanencia de los extranjeros en el territorio e incluye todo un haz de mecanismos de control, tanto en la obtención de documentación para la residencia como en el acceso al mercado laboral o a determinadas prestaciones o servicios sociales, mecanismos que incluyen diversas medidas alcanza hasta la facultad de negar la continuación de la residencia regular o irregular en el territorio (desde extranjeros que hayan delinquido hasta simples temporeros que han agotado el período de trabajo, etc.,).

Para garantizar la máxima efectividad del sistema de control de extranjeros, tanto el control externo de extranjeros y especialmente el control de entrada[13], como el control interno, realizado durante la estancia del extranjero en el país, disponen el empleo de una diversidad de instrumentos jurídicos y técnicos organizados alrededor de tres tipos de actuación: los *filtros de control,* los *mecanismos de detección complementarios* y las *medidas reactivas o punitivas (medidas de alejamiento y medidas sancionadoras).* Cada una de estas actuaciones de control presenta rasgos distintos en fiunción del estadio de control, interno o externo, en el que operan, razón por la que su análisis más particularizado se acometerá en los Capítulos Tercero y Cuarto, respectivamente, Aquí simplemente se señalaran algunos rasgos característicos.

En cada estadio de control pueden instaurarse diversos *filtros de control*, así, por ejemplo, en los estadios de control en los países de orígen, es necesario acudir a la Embajada para obtener el visado, allí la solicitud del extranjero es examinada para determinar su

---

un tratamiento autónomo, sin embargo, su escaso desarrollo han marginado su estudio. Al mismo se dedican algunas reflexiones en este trabajo, al final del análisis de los controles de entrada.

[13] El *control migratorio de entrada* en el territorio nacional tiene por finalidad ajustar el número de extranjeros que entran en el territorio a las necesidades o los intereses del Estado (planificadas y programadas, o no) y para ello debe asegurar que la entrada de todos ellos se ajuste a los procedimientos administrativos establecidos y se efectúe en la forma y en los plazos previstos. Con ello se pretende tanto canalizar controladamente la circulación transfronteriza (inmigrantes incluidos) como disponer de medios para influir e intervenir sobre el fenómeno migratorio.

idoneidad; en los puestos fronterizos, los funcionarios de inmigración realizan un segundo filtro de control sobre el extranjero; las sucesivas renovaciones de permisos de residencia o trabajo, no constituyen más que filtros de control; en el Reino Unido y en los EUA, la solicitud de determinadas prestaciones sociales constituye un duro filtro de control, que puede afectar al status del extranjero en el país; la obtención de la nacionalidad es, si se quiere, el último filtro antes de que el Estado renuncie al control del extranjero. Respecto a los filtros, existen filtros de control administrativos (visado) e informales (para la expedición del billete de viaje por parte de una compañías de transporte), estos últimos no exentos de problemas.

Además, los filtros de control pueden revestir diferente *intensidad de control*, que en general tienden a aminorarse a medida que el extranjero consolida su presencia en España (renovaciones automáticas de permisos si subsisten las condiciones de su concesión anterior, silencios positivos, etc..). En principio, la intensidad del control en cada filtro debería guardar una lógica con el modelo migratorio y con otros filtros de control distintos[14], de modo que no tengan la misma intensidad los filtros de control que se realizan ante una nueva solicitud de permiso de residencia que ante una comunicación de cambio de domicilio o el empadronamiento. Dado que estadios de control y filtros están indisociablemente unidos, es lógico que la realización de determinados filtros presente características distintas en función de las condiciones en que éste se produzca en un estadio concreto, así no son iguales los filtros de control realizados en los puestos fronterizos de Ceuta o Melilla (frontera territorial) que en aeropuertos y puertos (fronteras aéreas y marítimas), al igual que tampoco lo son los filtros realizados para la obtención de un permiso de trabajo en unas provincias con escasa inmigración que en en otras con exceso de inmigración.

---

[14] Como ha señalado HAMMAR, cit *supra*, elcontrol se ejerce durante la estancia del inmigrante con niveles distintos de intensidad en función del *status* de la persona: extranjero (foreigner), residente (denizen), nacional (citizen). Estas categorías difieren entre países, pero se tiende a aumentar progresivamente la protección y rebajar los controles sobre el extranjero (excepto para obtener la nacionalidad: donde se reduce la vulnerabilidad o precariedad del extranjero no la intensidad de control, que probablemente aumenta, considérese si no la necesidad de demostrar algo como "la buena conducta cívica"). En el último estadio (citizen) el extranjero consigue la equiparación jurídica casi completa (con la salvedad de la distinción entre españoles de origen y españoles nacionalizados). A nivel jurídico ello se traduce en la aplicación completa del derecho a la igualdad (art. 14 CE).
Por otro lado, con ese itinerario hacia la equiparación a los nacionales se pretende la integración legal, que es tan importante como la social o la cultural, que son otras formas de integración. La integración y control migratorio están estrechamente relacionadas, aunque en la legal sea más clara que en las otras.

El nivel de control migratorio en cada país depende de diversos factores, estructurales y coyunturales. Son factores estructurales que determinan el nivel de control migratorio, en primer lugar, el modelo teórico de gestión de flujos adoptado, pues políticas migratorias proactivas y selectivas requieren mayores niveles de control que políticas reactivas; un modelo migratorio que combine diferentes políticas supondrá diferentes niveles de control migratorio y una estructura compleja de controles migratorio; en segundo lugar, es igualmente un factor estructural el hecho de que el nivel de control y su eficacia varía sustancialmente en los estadios de entrada, estancia y salida[15], e igualmente de las limitaciones inherentes al uso de cada uno de los instrumentos de control. Pueden considerarse coyunturales los niveles de control que varían en función de una serie de factores concretos definidos por cada país, principalmente tres: los rasgos particulares del extranjero (nacionalidad, situación socio-económica, proyecto migratorio –laboral, turístico, negocios, etc.-), las circunstancias concretas del Estado (necesidades económico-laborales puntuales, la percepción social de la inmigración, su composición demográfica, etc.) y la planificación y despliegue efectivo de medios dispuesto por el Estado; estos factores coyunturales explican que la intensidad del control varíe entre países con modelos migratorios semejantes o equiparables, que en un mismo país tal intensidad sea distinta en diferentes lugares, y que en los mismos lugares varíe dependiendo del momento, sin que sea ajena a ello la discrecionalidad administrativa (o la falta de estándares o parámetros de actuación para los funcionarios).

Junto a los filtros de control, los *mecanismos de detección complementarios,* presentan una gran diversidad, ubicuidándose en todos los estadios de control (entrada, estancia y salida). Fundamentalmente puede distinguirse entre mecanismos de detección de extranjeros irregulares, mecanimos de monitorización de los extranjeros regulares y mecanismos de persecución de infractores de la normativa migratoria. Entre sus instrumentos se encuentran los sistemas de información y alerta migratoria general sobre flujos migratorios (Observatorios, CIREFI, CIREA, etc...), las fuentes de información individualizada y concreta sobre inmigrantes (Compañías de Transporte, puestos fronterizos,

[15] CORNELIUS apunta la mayor efectividad del control de entrada sobre el control de estancia. Cfre.: CORNELIUS, Wayne, HOLLIFIELD, James, MARTIN, Philip L.: *Controlling Immigration. A global perspective*, Ed. Standford University Press, 1994.

controles migratorios aleatorios en trenes o 20km Schengen, Sistema Vigilancia del Estrecho y Canarias-GRECO), la inteligencia policial e información derivada de investigaciones criminales sobre delitos, los enlaces con bases de datos privadas (VIGíA de cartas de invitación, etc..) o estatales (Registro Central de Extranjero, etc..).

Como complemento de los instrumentos de detección e intervención sobre extranjeros, el sistema de control migratorio dispone una serie de *medidas reactivo-punitivas* frente a los extranejros infractores. Entre ellas, las *medidas de alejamiento*[16] son de instrumentos de traslado de la población extranjera que, en atención a la política nacional, al Estado no le interesa que permanezcan en su territorio (o bajo su jurisdicción). Las medidas de alejamiento son, por tanto, actos administrativos dirigidos a impedir la entrada o forzar la salida del territorio español de los extranjeros que hayan infringido los requisitos de entrada o estancia en España. La incoación de una medida de alejamiento de extranjeros conlleva el inicio de un procedimiento administrativo (en el que puede existir tanto una intervención judicial autorizatoria) o incluso de un proceso completamente judicializado, dirigidos a impedir o bien la entrada en espacios bajo jurisdicción española[17] o bien la prolongación de la presencia de un extranjero en territorio español. En función del tipo de control, interno (dirigido a impedir la entrada) o externo (dirigido a impedir la prolongación de la estancia), puede distinguirse entre medidas de alejamiento al servicio del control migratorio de entrada y medidas al servicio del control de estancia. Esta distinción es relevante para determinar el conjunto de garantías que asisten al extranjero frente a una medida de alejamiento concreta, para delimitar correctamente los ámbitos de aplicación de cada medida (pues en determinados casos la regulación es insuficiente), para determinar la duración del procedimiento, etc...[18]

[16] Aquí se emplea genéricamente el término "medidas de alejamiento" para incluir todas aquellas medidas administrativas dirigidas a forzar la salida del territorio nacional de extranjeros, tomándolo prestado del francés *mesures d'eloignement* ante la ausencia de denominación genérica similar.

[17] Como tales se consideran las zonas internacionales de puertos y aeropuertos (STEDH *Chahal*, STC 174/1999, STC 179/2001).

[18] En definitiva, tras esta distinción subyace una cierta idea de proporcionalidad en la regulación, en la cual las medidas de alejamiento al servicio del control de entradas otorgarían un mayor margen de actuación al Estado que aquellas aplicadas a un extranjero para impedirle prolongar su estancia en territorio español, situación potencialmente más perjudicial para los intereses del extranjero que puede haber iniciado o desarrollado un nexo con el país, dando lugar a una situación de arraigo y/o integración social.

Más allá de su naturaleza sancionadora o semi-sancionadora[19] (como en el caso de la devolución, por las razones que más adelante se expondrán), en cualquier caso, todas las medidas tiene evidentes consecuencias "limitativas" o "ablativas" sobre la esfera de derechos del extranjero, en primer lugar porque supone la supresión de la libertad de residencia que legalmente o por una via de hecho disfrutaban, en segundo lugar porque comporta la imposición de una prohibición de entrada en España de entre 3 y 10 años, conefecto en todo el territorio Schengen. Así ocurre tanto para los extranjeros regulares que incurren en alguno de los supuestos de expulsión por incumplir las condiciones a que la normativa somete su estancia (renovación de permisos, autorización previa para trabajar, no comisión de infracciones graves del orden público, etc.,), como para aquellos extranjeros que permanecen irregularmente en España, puesto que la expulsión o la devolución los desapoderan de las libertades de libre circulación y residencia que venían disfrutando *de facto* y sin título alguno. Por otro lado, cuando la expulsión deriva de la comisión de un delito, el alejamiento responde a una preferencia legal (a confirmar por Juez) por la expulsión de extranjeros comisores de delitos antes que en el cumplimiento de una pena de menos de 6 años de privación de libertad.

II.- Las medidas de alejamiento como instrumentos de control migratorio: su traducción jurídico-administrativa.

La principal consecuencia de la necesidad de elaborar políticas públicas sobre la inmigración, coherentes con el modelo migratorio y sus mecanismos de control, es que todos esos elementos tengan una traducción en términos jurídicos que configure un ordenamiento de extranjería coherente e integrado, y concretamente una *regulación de los mecanismos de control* lógica y completa que someta la actividad administrativa de control a una serie de reglas y procedimientos, y muy destacadamente a los Derechos

[19] Aunque la devolución no constituye en rigor una nueva sanción sino la reejecución de una parte de la sanción anterior de prohibición de entrada, de hecho el reinicio del cómputo de prescripción tiene un efecto similar al de la expulsión. Téngase en cuenta la salvedad referida a la vuleneración de prohibiciones de entrada derivadas de expulsión judicial, en las cuales la aplicación de la devolución se retarda hasta el cumplimiento de la parte de la condena de prisión que se sustituyó por el Juez.

Fundamentales y los principios del Derecho Administrativo. Actualmente, esa regulación de los mecanismos de control se encuentra en la LO 4/2000, reformada por las LO 8/2000, 11/2003 y 14/2003 y en su Reglamento, así como en las disposiciones generales sobre procedimiento administrativo (LRJAPyPAC; LOFAGE, etc...). De tal regulación se deduce la posibilidad de clasificar las medidas de alejamiento en función de los estadios de control: las *medidas de alejamiento al servicio del control de entrada* son el retorno con o sin internamiento (art. 60 TIDYLE) y la devolución por pretender entrar ilegalmente (art. 58.2.b TIDYLE); las *medidas de alejamiento al servicio del control de estancia* o residencia son la expulsión administrativa (art. 53 TIDYLE), la expulsión judicial (art. 89 CP) y la devolución por quebrantamiento de una prohibición de entrada derivada de expulsión anterior (art. 58.2.a TIDYLE).

En estas últimas, la medida de alejamiento se aplica sobre un extranjero cuya estancia en España, regular o irregular, se ha consolidado en cierta medida por su prolongada permanencia en territorio español, lo cual le ha permitido establecer una serie de nexos con la sociedad de acogida (amistades, relaciones afectivas y laborales, intereses económicos o profesionales, etc...) que merecen especial consideración (arraigo, protección de la familia, etc...). En ellas, la aplicación de esta medida se vincula a una conducta infractora más o menos grave de parte del extranjero (comisión de delitos o infracciones administrativas graves o muy graves, participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado, etc.) o al incumplimiento de deberes esenciales impuestos por la normativa de extranjería (obtención del permiso de residencia, trabajar sin permiso de trabajo ni residencia, ocultación o falseamiento de datos, incumplimiento de una prohibición de entrada impuesta anteriormente, etc.). En estos supuestos, el Legislador ha considerado que la conducta del extranjero entra en colisión directa con los principios inspiradores del modelo español de inmigración, y merece su exclusión de la sociedad española. Al margen de la valoración que merezcan algunos de los supuestos concretos de expulsión y de las desviaciones a las que su aplicación en la práctica da lugar, la previsión de este instrumento de control migratorio y su configuración como *ultima ratio* o mecanismo de cierre del sistema encaja en el modelo de control migratorio descrito anteriormente. En general, constituyen una sanción (expulsión admninistrativa), una pena sustitutiva de prisión (expulsión judicial) o dan cumplimiento a

una sanción anterior (devolución por quebrantamiento de la prohibición de entrada), presentando en tales casos algunos rasgos sancionadores (equívocos). En general, este tipo de medidas están animadas por una intencionalidad tanto restitutiva, respecto a la concreta infracción, como disuasoria, para el resto de extranjeros potencialmente infractores.

La articulación en la práctica de las medidas de alejamiento al servicio del control de estancia es bastante más compleja que en las medidas al servicio del control de entrada, pues su ámbito de aplicación subjetivo, geográfico y temporal es más amplio: los sujetos susceptibles de ser objeto de tales medidas son todos los extranjeros, regulares e irregulares[20], en cualquier lugar del país y aún después de transcurrido un largo lapso de tiempo en situación de residencia regular o desde una entrada irregular. Las técnicas policiales de detección y ejecución del alejamiento que implica este tipo de control tienen un fuerte impacto entre la comunidad inmigrante en términos de libertad personal, tratamiento discriminatorio, limitación de ingresos, acceso a recursos, desintegración social, ... Es por ello que este tipo de medidas tienen un margen muy limitado de actuación, pues el aumento de la presión para controlar la estancia de los extranjeros, fundamentalmente dirigido a detectar y alejar extranjeros en situación irregular o trabajando irregularmente tiene un fuerte impacto sobre el resto de la comunidad inmigrante.

Desde otra perspectiva, en este trabajo se difiere del tratamiento que tradicionalmente se ha dado a los actos administrativos que aquí se denominan *medidas de alejamiento,* recogidos en la legislación especial de extranjeros como retorno (art. 60 TIDYLE), devolución (art. 58.2 TIDYLE) y expulsión (art. 54 TIDYLE).

Se trata aquí de analizar cómo operan tales actos e intentar ubicarlos en las categorías administrativas al uso, cosa que desde la doctrina y la jurisprudencia se ha intentado hacer, si bien que fragmentariamente, es decir, sin emplear una perspectiva de análisis conjunto o sistemático. La ausencia de tal perspectiva, así como la excesiva atención prestada a la concreta regulación realizada por el Legislador del momento, han impedido ofrecer una perspectiva amplia sobre la estructura y los elementos con que se ha configurado tales medidas. Su análisis conjunto a partir de las categorías administrativas actuales permite

[20] Evidentemente, los regulares no podrán ser objeto de medidas de alejamiento dirigidas a erradicar la irregularidad o la para luchar contra la irregularidad como S alv

intentar ofrecer una comprensión de conjunto de estas medidas, prestando especial atención a los elementos comunes a este tipo de medidas que, una vez recolectados, añaden nuevas perspectivas al análisis de esta materia.

De todo lo expuesto se sigue que la expulsión, la devolución y el retorno[21] de extranjeros son generalmente percibidos como actos administrativos cuyo fundamento jurídico, finalidades, ámbito de aplicación, naturaleza, procedimiento y consecuencias son completamente distintas. No obstante, si se analizan cuidadosamente, cabe observar semejanzas en muchos de sus elementos así como también en la problemática que llevan aparejada. Empezaremos, sin embargo, destacando que expulsión, devolución y retorno no encajan exactamente en el marco jurídico-administrativo en el que teóricamente deberían encuadrarse.

En su forma más simple, toda norma consta de un supuesto de hecho y una o varias consecuencias jurídicas. Las medidas de alejamiento siguen dicho esquema, los diversos comportamientos más o menos antijurídicos del extranjero conforman un extenso listado (falta de visado al presentarse en frontera, entrada ilegal, estancia irregular, declaraciones fraudulentas, tráfico de inmigrantes, etc..) que el Legislador puede ordenar por grupos conforme a parámetros que sólo él decide[22] (gravedad de dicho comportamiento, lugar de realización, políticas criminales y represivas, etc..). Estas agrupaciones efectuadas por el Legislador suelen encajar con las categorías propias de la actividad administrativa: actividad autorizatoria-denegatoria, actividad sancionadora, actividad coactiva, ... De la misma manera, el Legislador determina las consecuencias jurídicas que pretende aplicar a cada uno de los comportamientos del extranjero. Las consecuencias pueden ser una sola o varias, y puede modularlas como le convenga en atención a razones jurídicas (principio de proporcionalidad) o políticas (disuasión, prevención, etc..), en equilibrio razonable.

En el caso de los comportamientos a los que son aplicables las medidas de retorno, devolución y expulsión, las consecuencias jurídicas van desde el mero alejamiento o salida obligatoria del extranjero (retorno), pasando por el alejamiento con prohibición de entrada

[21] O cualesquiera otra que sea la denominación que se les haya atribuido en las distintas normas.
[22] Puede incluso optar por no sancionar comportamientos antijurídicos que en otros países son sancionados incluso penalmente cuando razones de oportunidad o efectividad en las políticas migratorias así lo recomienden, ocurría algo parecido a esto con la devolución por entrada ilegal de la legislación anterior a la LO 14/2003.

de un máximo de 3 años (devolución) hasta el alejamiento con prohibición de entrada de un máximo de 10 años (expulsión). El traslado fuera de España es la consecuencia jurídica principal y común a la expulsión, la devolución y el retorno, pero no la única, pues el Legislador puede imponer otras consecuencias por el mismo comportamiento antijurídico. La segunda consecuencia que el Legislador puede anudar al comportamiento antijurídico del extranjero es su exclusión del territorio español o Schengen durante un cierto período de tiempo, que puede variar en función de la gravedad de su comportamiento, y que puede servir para graduar o escalonar la gravedad de las diferentes medidas de alejamiento.

Además, el Legislador consciente o inconscientemente puede regalar a la Administración con un espacio mayor o menor de discrecionalidad, tanto en la calificación de los hechos, cuando la definición de los supuestos de hecho es enrevesada u obscura, como en la determinación de la consecuencia jurídica anudada al hecho; por ejemplo la posibilidad de optar entre multa y expulsión en los supuestos del art. 57.1 TIDYLE, como en la modalidad y formas de la ejecución de la medida de alejamiento.

En los tres casos, sin embargo, la salida obligatoria o deber de alejamiento es una consecuencia jurídica esencialmente idéntica, consistente en el traslado del extranjero al país de origen o procedencia, o a cualesquiera otro donde pueda ser admitido. El traslado o alejamiento presenta los mismos elementos y problemas en los tres casos, razón por la que es posible su estudio conjunto dentro de la fase ejecutiva del procedimiento, como la consecuencia común a las tres. Se trata de procedimientos administrativos complejos en los que la decisión final de la fase declarativa incluye una constatación del cumplimiento del supuesto de hecho normativo y la aplicación de una consecuencia jurídica a tal comportamiento.

En principio los procedimientos administrativos constan, según la LRJAPyPAC, de fase declarativa y fase ejecutiva, aunque alguna de ellas pueda obviarse en atención a la particular naturaleza del acto administrativo o al comportamiento de sus destinatarios. Por otro lado, en algunos casos es práctica común denominar todo el procedimiento con el término por el que se conoce el acto ejecutivo que pone fin al mismo (multa, expropiación, etc..). En estos casos es evidente, no obstante, la distinción entre el acto declarativo de una infracción de tráfico y el cobro del importe de la multa o la declaración de un terreno como

de utilidad pública y el acto de derribo de la finca ubicada en el terreno expropiado. No es exactamente esto lo que ocurre con la Ley y el Reglamento de Extranjería respecto de la expulsión, la devolución y el retorno.

Para empezar, la Ley y el Reglamento regulan cada una de estas medidas de alejamiento confusamente, pues entremezclan la fase declarativa y la fase ejecutiva de las mismas como si formaran parte de un mismo procedimiento secuencialmente ordenado, basta leer los arts. 54, 68.2 y 60 TIDYLE así como los arts. 137 y 138 REDYLE para percatarse de ello. Sin embargo, no se trata simplemente de una mala técnica legislativa o reglamentaria, superable con una integración de tales preceptos mediante el recurso a la LRJAPyPAC tal como ordena el art. 21.2 TIDYLE, y ni siquiera de la extensión de la denominación con que se conoce el acto final de la fase ejecutiva (expulsión, devolución o retorno) a todo el procedimiento. En realidad esta confusión normativa esconde una regulación diferenciada de un mismo tipo de actos ejecutivos, los actos administrativos de alejamiento (o medidas de alejamiento). Considerar simplemente que existen tres procedimientos administrativos completamente diferentes de aplicación cada uno de ellos a unos supuestos distintos, cuyo único denominador común es que son de aplicación ante determinado comportamiento personal del extranjero (infracciones diversas, incumplimiento de los requisitos de entrada, etc..), es sólo una visión limitada de la estructura que caracteriza a estas medidas.

La consecuencia jurídica anudada al comportamiento infractor o desautorizado consiste en el traslado o alejamiento, es decir, la imposición de un deber individualizado de proceder al traslado de su persona hacia el país de origen o residencia. A partir de la emisión y comunicación de esa declaración, los actos subsiguientes se insertan en la fase ejecutiva, que depende completamente de dicho acto administrativo. La "prohibición de entrada" es una consecuencia jurídica adicional impuesta en determinadas medidas de alejamiento a los extranjeros, que consiste a su vez en la exclusión del territorio durante un cierto período de tiempo (art. 58.1 TIDYLE). Esta consecuencia jurídica sí presenta rasgos sancionadores cuya duración el Legislador y la Administración modulan para ajustar la carga sancionadora a la gravedad del comportamiento antijurídico.

Las medidas de alejamiento de extranjeros son, por tanto, consecuencia de un acto administrativo, sea este de denegación de entrada o residencia o de declaración de la comisión de una infracción. Esos actos administrativos deben ser comunicados adecuadamente al interesado y deben respetar un estándar mínimo de garantías elaborado por la jurisprudencia constitucional y europea (STEDH *Conka v. Bélgica*), entre las cuales deben destacarse la motivación, notificación, recursos administrativos y jurisdiccionales, asistencia legal, intérprete.... La necesidad de un procedimiento declarativo mínimo en todas las medidas de alejamiento, negada razonadamente por algunos autores[23]. En todo caso, las garantías e incluso los requisitos mínimos de la fase declarativa del procedimiento no pueden ser los mismos en unas MA que en otras, dada la diferente entidad del bien jurídico protegido (se podría hablar incluso de diferentes esferas de protección del extranjero), aunque siempre debe existir un procedimiento mínimo ligado al respeto de los derechos fundamentales, tal y como este puede derivarse de la jurisprudencia (europea, constitucional y ordinaria), además de las disposiciones generales de la Ley 30/1992.

III.- Los elementos comunes de las medidas de alejamiento de extranjeros

Uno de los hilos conductores de este trabajo consiste en demostrar como, fruto de la evolución de los sistemas de control de entrada en su conjunto y de cada una de las medidas de alejamiento por separado, éstas se han ido diversificando y diferenciando pero han conservando un sustrato común, constituido por una cierta identidad en algunos de sus elementos principales. Ese sustrato común o compartido, permite clasificar dentro del concepto "medidas de alejamiento" a un conjunto de instrumentos ideados para garantizar el funcionamiento del sistema de control migratorio en sus estadios de entrada o de estancia. La discusión sobre los elementos que conforman ese sustrato común o compartido, se ofrecerá en los siguientes subapartados, para abordar a continuación algunos de los problemas que de forma también común se les plantean a todas ellas. Esta visión global de

[23] VELASCO CABALLERO, Francisco: "Expulsión administrativa, ...", *Revista Aragones de Administración Púeblica*, monofráfico *Extranjeros*, 2003. pág. 326 ha defendido la existencia de títulos ejecutivos suficientes para justificar la apertura directa del procedimiento ejecutivo sobre la base de tales títulos.

las medidas de alejamiento permitirá avanzar una propuesta dee derechos y garantías aplicables a las mismas, al tiempo que permite allanar el terreno a una posible armonización comunitaria de las medidas de alejamiento

Con el concepto "medidas de alejamiento" (MA, en adelante), expresión tomada del Derecho francés[24], se pretende designar todos aquellos procedimientos estatales de traslado de un extranjero al país de origen, nacionalidad, procedencia, tránsito o cualquiera otro donde esté garantizada su admisión, como consecuencia del incumplimiento de las condiciones de entrada o estancia de extranjeros establecidas por la legislación del Estado de recepción. En nuestro ordenamiento, pueden considerarse como tales las diversas variantes del retorno, la devolución o la expulsión.

Las medidas de alejamiento comparten una serie de elementos comunes: en primer lugar, constituyen una actuación formalizada de los poderes públicos, Administración o Poder Judicial, o de procedimientos en los que ambas participan; segundo, constan de un acto de individualización y concreción para su destinatario de un deber de salida del territorio estatal; tercero, la actividad del poder público consiste en una intervención sobre la persona del extranjero dirigida a impedirle el acceso al territorio nacional (con anterioridad a la entrada o durante la misma) o para forzarle a abandonarlo; cuarto, la finalidad de este tipo de medidas es la protección de un interés público o fin legítimo, cuya consecución tienen asignados los poderes públicos.

Además es necesario deslindar las medidas de alejamiento propiamente dichas de otros tipos de actuaciones que no constituyen medidas de alejamiento (la extradición, el destierro,), pero también a la inversa, analizar aquellas medidas que bajo otras denominaciones o procedimientos constituyen medidas de alejamiento encubiertas (*STEDH Bozano*); e incluso, analizar aquellas disposiciones o resoluciones, que no siendo MA, pueden desplegar efectos equiparables o conduzcan más o menos automáticamente a la adopción de una medida de alejamiento (denegación de permiso de residencia, denegación de visado), y ello con el fin de observar si en los estadios previos a la adopción de la MA deben incluirse algunas de las garantías propias de las MA u otras específicas que

[24] El concepto se toma prestado del Derecho francés.

igualmente protejan al extranjero; es paradigmática en este sentido la jurisprudencia respecto de la presunción de inocencia y el acceso a la tutela judicial efectiva en los procedimientos de revisión jurisdiccional de la denegación de la renovación de un permiso de residencia (STS de 29 de mayo de 1998, Ar. 5458; STS de 26 de mayo de 1998, Ar. 4976; STS de 20 de mayo de 1990, Ar. 6150; STS de 13 de marzo de 1999, Ar. 3152).

Partiendo de la premisa de que las MA son instrumentos de casi libre configuración por parte del Legislador, que goza de la plenitud de su soberanía estatal para la adopción de políticas públicasen esta materia. El Legislador a su vez suele apoderar al Ejecutivo con un amplio margen para el diseño, planificación y ejecución de políticas concretas, es evidente que debe existir un cierto grado de discrecionalidad administrativa. En la actualidad, no obstante, la regulación de las MA es todavía insuficiente, tanto desde la perspectiva de los rasgos esenciales que deberían encontrarse recogidos en el texto legal (correcta definición de los ámbitos de aplicación, ejecución forzosa, ejercicio de la coacción administrativa) como desde la perspectiva de la necesaria autorregulación por parte del Ejecutivo a efectos de dotar de criterios de actuación a sus propios funcionarios (instrucciones, circulares, etc...). En ausencia de criterios generales normativizados, el inicial margen de libertad de configuración de la políticas públicas acaba recayendo para su total concreción en su destinatario último, el funcionario encargado de aplicar la norma, lo cual carece de sentido alguno pues compromete el funcionamiento de tales políticas públicas y dota al funcionario de poderes que pueden rayar la arbitrariedad (pues puede incoar el procedimiento o no, puede expulsar o imponer una multa, etc...). En estas circunstancias, conviene recurrir a una serie de principios recogidos en nuestro ordenamiento, que junto a los principios de eficacia y coordinación de la actividad administrativa que se abordarán más adelante (art. 103 CE), pueden dotarnos de algunos parámetros para introducir cierta racionalidad en la adopción y aplicación de las MA.

En primer lugar, puede recordarse, que las MA deben regirse por el *principio de excepcionalidad*, es decir, que su aplicación debe ser excepcional. Siendo ello especialmente cierto para la expulsión por los efectos restrictivos que comporta sobre la persona del extranjero (STC 115/1987), también debería serlo de alguna manera -quizá más diluida-

para otras MA, en función de los derechos e intereses en juego. En este sentido, tal excepcionalidad aumentaría paralela a la entidad y al grado de afectación de los derechos sobre los que inciden.

En directa relación con ello, es evidente que el principio de *proporcionalidad*[25] debería jugar un papel mucho más relevante en este ámbito por cuanto hay derechos fundamentales en juego, y las resoluciones (administrativas o judiciales) cuando no son abiertamente sancionadoras son limitativas de derechos (actos ablativos de derechos). Su operatividad jurídica, sin embargo, no resulta clara de la jurisprudencia constitucional[26], aunque la misma Ley de extranjería reconoce tácitamente su aplicación (criterios de determinación para la sanción con multa o expulsión) y la jurisprudencia ha acudido a él con frecuencia. El TEDH ha recurrido a este principio en algunas ocasiones, especialmente cuando existen diferentes Derechos Fundamentales, bienes jurídicos e intereses públicos y privados en juego, sobre los que realizar un juicio de ponderación sobre la sujeción al CEDH de una medida de alejamiento (vulneración del principio de proporcionalidad por la imposición de una prohibición de entrada excesivamente larga, STEDH *Benhebba v. Francia*, de 10 de julio de 2003 o STEDH *Yilmaz v. Alemania*, de 17 de abril de 2003, sobre prohibiciones de entrada ilimitadas).

Otro principio de análisis obligado es el de *seguridad jurídica*, que en esta materia resulta de especial importancia, por cuanto la ausencia de desarrollo normativo y de criterios orientadores de la actividad administrativa, dotan de un grado de incerteza excesivo la actuación de la Administración.

Anteriormente se ha dicho que para ser mínimamente coherente y eficaz, el sistema de control migratorio debe partir de una serie de premisas, las más evidentes serían: en primer lugar, el no solapamiento de sus respectivos ámbitos de aplicación que genera problemas respecto al *non bis in idem*, arbitrariedad administrativa, inseguridad jurídica, posible concurrencia de derecho penal y derecho administrativo; segundo, la existencia de "válvulas" de flexibilización del sistema (arraigo, razones humanitarias, etc.,); tercero,

[25] ASENSI SABATER, José: *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 8, 2000.
[26] Markus GONZÁLEZ: *El principio de proporcionalidad*, Ed. CEPC, Madrid 2000; ROIG MOLES, Eduard: *Constitución e Inmigración. La Constitucionalización del Derecho de Extranjería*, ejercicio de titularidad, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona 2003 (inédito).

disposición de medios para la evaluación de la eficacia del sistema y de sus disfunciones (registro y explotación de datos, bases de datos fiables, estudios estadísticos, acceso y publicidad de los datos, etc..); cuarto, elaboración de protocolos en la adopción y aplicación de medidas de alejamiento (actuación administrativa y policial uniforme, seguridad de los operadores jurídicos, etc..); quinto, planificación administrativa mínima de la actuación en materia de extranjería (planificación, programación, ejecución); sexto, coordinación en la ejecución forzosa de las diversas medidas de alejamiento; séptimo, reconocimiento de un procedimiento administrativo mínimo y de la posibilidad de acceso a un mínimo control jurisdiccional efectivo de tales medidas.

Las MA son fundamentalmente instrumentos al servicio de la eficacia del control migratorio y de salvaguarda de la integridad del modelo migratorio. Se adoptan en diversos estadios y ante situaciones diversas, aunque en ellas pueden jugar un papel importante otras políticas públicas distintas a la puramente migratoria (política penal, política de asilo, protección de minorías o grupos desprotegidos o desfavorecidos, relaciones internacionales, ...). En algunos casos pueden tener un gran peso intereses particulares o individuales (la familia en la repatriación de menores), pero se enmarcan en intereses de tipo general y por tanto más amplios. Como se verá más adelante, la identificación de los concretos intereses protegidos por cada MA, y dentro de estas, por el concreto causal o supuesto habitilitante de cada MA, es sumamente importante para el posterior juicio de ponderación respecto a los Derechos e intereses en juego y consecuentemente para la elaboración de un estatuto progresivo de protección de los extranjeros[27].

Si se dejan de lado momentáneamente las resoluciones judiciales de expulsión (estadísticamente insignificantes), la mayor parte de MA son actos administrativos de naturaleza variada. De hecho, la naturaleza de cada MA depende de su configuración legal (fundamento, supuestos de aplicación, procedimiento y consecuencias). El amplio margen

[27] Ello es especialmente importante a la vista de que, incluso intereses públicos preponderantes e inconstestables como la protección de la seguridad nacional han sido rechazados por el TEDH, cuando sus consecuencias pueden acarrear la extradición a un tercer país donde el extranjero podía sufrir torturas o incluso la muerte, en el caso del alejamiento de un presunto terrorista que representaba un peligro real para el Reino Unido (*STEDH Chahal*).

de que goza el Legislador para su configuración da lugar a distintas naturalezas de las MA (coacción administrativa, órdenes administrativas, sanciones) de forma no siempre identificada exactamente con un tipo de medida; así la devolución tiene naturalezas distintas en función del supuesto habilitante que se aplique (orden administrativa, reejecución de una sanción anterior), y la expulsión puede presentar en determinados supuestos una naturaleza sancionadora un tanto desfigurada (expulsión por estancia irregular).

Lo que sí es cierto es que en todas ellas, aunque con un grado de incidencia distinto, existe un efecto limitativo sobre la esfera jurídica del extranjero y que, por consiguiente, constituyen actos limitativos de derechos, frente a los cuales es necesario oponer el cumplimiento de determinadas garantías que salvaguarden los derechos del extranjero. Además, las MA presentan una cierta identidad estructural: primero, todas ellas constituyen una reacción del ordenamiento ante el incumplimiento de un deber impuesto a los extranjeros de forma general (ley o reglamento) o particularizadamente (decreto de expulsión, orden de devolución, acto de denegación autorización entrada, etc..); segundo, en cuanto actos administrativos exigen un procedimiento con mínimas garantías en el que exista una fase declarativa y una fase ejecutiva[28] (voluntaria o forzosa o directamente forzosa); tercero, en la fase de ejecución forzosa los problemas son los mismos a todos ellos, especialmente en lo que se refiere al empleo de la compulsión personal y a las técnicas policiales aplicables.

Por otro lado, cabe destacar la tendencia a situar este tipo de medidas en el ámbito administrativo para asegurar su mayor efectividad, identificada esta con una minimización de la intervención jurisdiccional en medidas alejamiento salvo para casos de posible colisión con el orden penal, así como la de buscar fórmulas intermedias entre el control jurisdiccional y control administrativo, tal y como hacen algunos países de nuestro entorno (paneles de jueces, funcionarios y representantes sociales).

Casi todas las medidas de alejamiento son actos administrativos que deben ser comunicados adecuadamente al interesado y que deben respetar un estándar mínimo de garantías elaborado por la jurisprudencia constitucional y europea (STEDH *Conka v.*

[28] *STEDH Conka v. Bélgica*, sobre el cumplimiento en las medidas de alejamiento de unos stándares mínimos procedimentales relativos a la comunicación, notificación, detención y recursos del extranjero.

Bélgica), entre las cuales deben destacarse la motivación, notificación, recursos administrativos y jurisdiccionales, asistencia legal, intérprete.... Evidentemente, las garantías e incluso los requisitos mínimos del procedimiento no pueden ser los mismos en unas MA que en otras, dada la diferente calidad del bien jurídico protegido (en realidad se podría hablar de la existencia de diferentes esferas de protección), pero debería existir un procedimiento mínimo que sirviera de base para todas ellas, ese procedimiento mínimo ligado al respeto de los derechos fundamentales sobre procedimiento administrativo puede derivarse de la jurisprudencia (europea, constitucional y ordinaria) además de las disposiciones generales de la Ley 30/1992.

Con esta perspectiva, habría que analizar cuál es el límite constitucional a la adopción de medidas de alejamiento no formalizadas (como la denegación de entrada en Ceuta y Melilla, el tratamiento de algunos polizones, etc..), de aquellas otras, coacción administrativa básicamente, equiparables a medidas de alejamiento (antiguos controles en escalera del avión, entradas clandestinas repelidas al momento). Además, será necesario revisar las técnicas policiales de control migratorio (controles fronterizos, controles aleatorios, redadas) que pueden permitir la detección de extranjeros sujetos a las medidas de alejamiento.

Por lo que se refiere a la fase ejecutiva de las medidas de alejamiento, ésta merece un análisis autónomo, en tanto que casi todas ellas comparten elementos comunes. Así, pueden distinguirse las medidas de alejamiento auto-ejecutadas (o pasivas), las ejecuciones voluntarias o forzosas, las medidas de compulsión personal y la necesidad de desarrollar técnicas policiales y protocolos de actuación. Igualmente, necesitan una redefinición las medidas de apoyo y bs Convenios de Readmisión, así como los aspectos relacionados con la no ejecución de tales medidas y el estatuto del extranjero en precario, e incluso la responsabilidad patrimonial del Estado por los errores y perjuicios originados en su actuación.

Finalmente, una garantía esencial para el correcto funcionamiento de las MA es la existencia de un control jurisdiccional efectivo sobre estos actos. Evidentemente, existen obstáculos al control jurisdiccional de las MA como la ausencia de una tutela cautelar efectiva, la ausencia de una estructura jurisdiccional organizada, la falta de reconocimiento

de asistencia letrada en los países de origen respecto a los extranjeros alejados, etc... En cualquier caso, partiendo de la idea de que las MA son distintas y de que su configuración requiere esferas de protección distintas, es necesario operar con un concepto clave: la densidad de control.

Como ya se ha adelantado, una de las caractarísticas de la actuación administrativa en materia de extranjería es el margen de que el Ejecutivo dispone para concretar las políticas migratorias y traducirlas en una ordenación más o menos eficaz de los flujos migratorios. El Ejecutivo, en teoría, puede intensificar los controles migratorios o disminuirlos, puede flexibilizar la regularización de inmigrantes o impedirla. Sin embargo, la Adminstración de Extranjería opera de forma desconcentrada y descentralizada, lo cual implica la utilización de diferentes técnicas administrativas de coordinación y colaboración. Cuando esas técnicas no se utilizan (deliberadamente o no) o cuando la planificación desde los grados más elevados de la Administración del Estado está totalmente ausente, resulta en una atribución a los poderes a los estamentos intermedios y últimos de la cadena de poderes excesivamente amplia que desborda la discrecionalidad administratriva y puede derivar en arbitrariedad.

La falta de instrucciones internas que desgranen las políticas públicas de control migratorio, que corresponden a los órganos superiores y directivos como la Delegación del Gobierno o las Direcciones Generales (art. 6 LOFAGE), así como su no publicación ni sujeción a control de las mismas, cuando no crean las condiciones para decisiones abiertamente arbitrarias como mínimo crean un grado tal de inseguridad jurídica que impide al extranjero prever las consecuencias de muchos de sus actos (al igual que en el pasado una solicitud de exención de visado puede ser denegada y comportar una orden de salida de España). Por otro lado, y especialmente en lo atinente a las MA, los funcionarios que deben aplicar una MA carecen de planes de acción, manuales de actuación o protocolos de ejecución de las medidas de alejamiento.

Un problema particularmente importante como consecuencia de todo ello es la existencia de una arbitrariedad subyacente en la aparente discrecionalidad en la decisión de expulsión de extranjeros en situación administrativa irregular. Como ya se ha dicho, si existen decenas de miles de extranjeros en situación irregular, es necesario establecer

criterios para alejar a aquellas categorías de extranjeros que puedan plantear mayores problemas a la sociedad de acogida, pero dentro de una misma categoría habrá que establecer también criterios para evitar la arbitrariedad que supone expulsar a cualquier persona irregular.

En todo este panorama, la ausencia de mecanismos eficaces de control jurisdiccional cautelar, la confluencia de la jurisdicción penal y contenciosa, la limitada densidad de control para determinadas medidas de alejamiento, etc... incrementan la posibilidad de actuación arbitraria de la Administración.

Como se ha expuesto hasta aquí, las medidas de alejamiento inciden en la esfera de derechos de los extranjeros, aunque lo hacen de forma muy distinta según se apliquen en los estadios de control de entrada o en el estadio de control de estancia. Ello permite afirmar que los derechos afectados y el nivel de incidencia en los mismos son distintos y consecuentemente el nivel de protección del extranjero por el ordenamiento también debería serlo.

Es posible, además, concretar la protección de los extranjeros en cada uno de estos estadios en función de los derechos potencialmente afectados al efecto de fijar estándares comunes de protección de los extranjeros en cada estadio del proceso migratorio (país origen ante embajada, país origen pero ante frontera española, avión, frontera terrestre, salas internacionales aeropuertos, territorio nacional, decreto expulsión no ejecutado), conforme a una serie de parámetros (nexos con el país de acogida, derechos potencialmente afectados por la MA, etc...). En este sentido se podría hablar de una protección progresiva del extranjero compuesta por muy diversos elementos (DF, derechos subjetivos, intereses legítimos, razones humanitarias,...). Ese *estatuto progresivo de protección del extranjero* puede deducirse de la jurisprudencia del TEDH y de los tribunales nacionales, en nuestro caso del Tribunales Constitucional, fundamentalmente.

Obviamente, ello sólo puede hacerse a partir de una *enumeración y análisis de los derechos fundamentales afectados,* que tenga en cuenta el nivel de afectación del derecho por los diferentes tipos de medidas de alejamiento. De esta manera se deberá analizar el efecto de las diferentes medidas sobre el derecho a libertad de circulación y residencia, la

libertad personal, la intimidad, la prohibición de tratos humanos o degradantes, la protección de la integridad física y psíquica, el derecho a la tutela judicial efectiva, ...

Junto con ello será necesario analizar otros derechos subjetivos e intereses legítimos que constituyen el estatuto del extranjero. Entre ellos destacadamente el concepto de *arraigo del extranjero* pues constituye un elemento de contrapeso respecto a la aplicación de determinadas MA, especialmente aquellas basadas en la infracción de la normativa de extranjería. El arraigo merece un análisis crítico en cuanto mecanismo de contrapeso a las medidas de alejamiento, especialmente por la confusión del mismo respecto del derecho fundamental a la vida privada y familiar. El arraigo es un concepto jurídico indeterminado y dinámico que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo presenta diferentes manifestaciones (arraigo familiar, económico-laboral, social, etc...) y despliega diferentes efectos respecto a las medidas de alejamiento. Es necesario en todo caso deslindar el concepto de arraigo familiar como concepto distinto pero complementario del derecho fundamental a vida vida privada y/o familiar, de diferente entidad, no obstante reconociendo que en algún punto sus fronteras son borrosas.

Consecuentemente, el arraigo jugará de forma muy distinta respecto a las medidas de alejamiento previstas para extranjeros regulares y en las MA para irregulares, igual que operará de forma distinta en función del tipo de intereses protegidos por la MA (penales, orden público, ...).

Finalmente, es un elemento clave de ese estatuto progresivo de protección del extranjero, la *ponderación de los valores, principios e intereses* en juego, operación que puede estar predeterminada por el Legislador pero que siempre requerirá su concreción administrativa o judicial en un caso (juicio de ponderación).

Cuando se habla de estándares de protección de los extranjeros, se los califica como progresivos, porque tal protección evoluciona en función de las circunstancias del extranjero pero también del estadio de control al que este se someten, pues el conjunto de derechos de los que son titulares varían en función de que se encuentren en el país de origen, en frontera o en España, por ejemplo.

Todos estos elementos y problemas muestran la existencia de un sustrato común a todas las medidas de alejamiento de extranjeros de esencial utilidad para abordar el análisis

separado de cada una de las medidas de alejamiento e intrepretar e integrar algunos de sus elementos más oscuros a partir de estos elementos generales.

CAPÍTULO PRIMERO.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y MARCO JURÍDICO DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA

I.- Evolución histórica del sistema de control migratorio y de las medidas de alejamiento

Europa ha sido y es un continente de migraciones, formando parte de su historia la entrada, salida y movimiento constante tanto de los pueblos formados en el interior de la misma como de otros provenientes de otros continentes y que han dejado huella en su Historia. Baste aquí señalar que, pasando el tiempo, algunos de esos pueblos irán, lenta y muchas veces violentamente, constituyéndose en naciones e irán definiendo las lindes de sus respectivos territorios. Del mismo modo, su actitud respecto a la presencia de extranjeros en su territorio y los criterios de admisión de los mismos variarán según las épocas y las coyunturas económicas, sociales y políticas. En esta evolución histórica, la existencia de períodos marcados por las emigraciones e inmigraciones así como la necesidad de establecer criterios de admisión en el propio territorio fueron conformando los regímenes jurídicos de extranjería de los diferentes territorios.

Aunque los antecedentes del control migratorio se remontan en España, al igual que en otros países europeos, a épocas anteriores, con el objetivo de presentar sucintamente los antecedentes normativos del control migratorio y de las MA en España, la presente exposición se centrará únicamente en el período comprendido entre los S. XIX y XX pues durante ese período se consolidaron un Estado y una Administración modernas, que reivindicaban en exclusiva la soberanía estatal sobre el territorio y la población, rasgos novedosos que ponen las bases de un moderno Derecho de Extranjería, caracterizado entre otros elementos por la reivindicación de la potestad de introducir limitaciones a la libertad de movimiento, la configuración de las medidas de alejamiento como acto público estatal y la modernización del concepto de extranjero en razón de la pertenencia a las nuevas entidades nacionales (Estado-nación). Es en éste período en que se adopta una incipiente

legislación de extranjería que irá evolucionando progresivamente hacia una regulación cada vez más completa que instaurará las bases de un sistema moderno de control migratorio. Igualmente, es en este período en el que, no obstante la diferencia entre conceptos, el vínculo entre el régimen de los extranjeros y la evolución de los flujos migratorios, especialmente internacionales, se muestra particularmente intenso.

El concepto de extranjero es un concepto jurídico sujeto a diferentes elaboraciones a lo largo de la historia y de los sistemas jurídicos, aunque en principio siempre con la función de señalar a aquellas personas ajenas a la comunidad (alienidad). En las grandes civilizaciones clásicas de Europa, la helénica y la romana[29], el concepto de extranjería adquirió una notable elaboración jurídica que serviría de referencia en épocas posteriores, aunque sujeta a importantes modificaciones. A lo largo de la Edad Media[30], ante un nuevo marco político caracterizado por una pluralidad de centros de poder (poliarquía medieval) y unas condiciones sociales marcadas por la importancia de los pequeños municipios y una economía eminentemente agraria con un creciente peso del comercio (mercantilismo), el concepto de extranjero fue variando en función de los territorios[31] y adquiriendo características muy sujetas a los particularismos locales.

---

[29] Ello no significa que griegos y romanos mantuvieran un único concepto de extranjería: en Grecia los regímenes jurídicos de *xenoi* y *metecos* son distintos, variando en en función de cada "polis" y a lo largo de las diferentes épocas (clásica, helenismo), y en Roma, el cambiante concepto y extensión de la ciudadanía romana modificó la conceptuación como extranjero *peregrini* (o *latini*),

[30] Las leyes visigodas respetaron el principio de la personalidad del Derecho y el reconocimiento a los vencidos de sus propias leyes; posteriormente, la multiplicidad de reinos-territorios creados tras la invasión musulmana multiplican las distinciones entre la población en función de la ley personal, el credo religioso (judíos, moros y cristianos), la escala social o "status" (nobles, burgueses, clérigos, campesinos), que dibujan la profunda diversificación jurídica altomedieval y explican el hecho de que los Derechos locales respetaran la condición jurídica de los forasteros frente a la de los vecinos de la ciudad; en estas circunstancias el concepto de súbdito (al Reino y a la villa) y también por tanto el de extranjero presentan elementos muy distintos a los actuales. Cfre.: TORRES CAMPOS, Manuel: "Histoire de la condition juridique des ètrangers dans la legislation espagnole", *Journal de Droit International Privé*, 1891;, RECONDO, R.: "El Sistema del Fuero de Extranjería (Contribución al estudio histórico de la competencia internacional de los tribunales españoles", *Estudios de Deusto*, XXVI a XXVIII,1978, 1979 y 1980, pág. 452. Cfre. igualmente: Cfre. al respecto ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, Manuel: La extranjería en la Historia del Derecho español, Servicio de Publicaciones, Universidad de Oviedo, Oviedo 1992, FONT RIUS, "Les villes espagnoles au moyen age", vol. *L'ètranger*, Ed. Recuils Societé Jean Bodin,.

[31] La normativa de la época reconoció la condición de extranjero, en ocasiones para protegerlos o incluso reconocerles privilegios. Cfre. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: Historia del Derecho Español, Ed. Tecnos, Madrid 1999. GIBERT , Rafael: «*Les étrangers dans le droit du Moyen Age* vol. *L'ètranger*, Ed. Recuils Societé Jean Bodin,..

1.- Antecedentes y creación del moderno Derecho de Extranjería.

Como se ha adelantado, el origen de las MA en España (y en otros países) se encuentra ligado a la aparición del Estado y la Administración modernas y al concepto de soberanía nacional sobre un territorio así como a la delimitación más o menos común del concepto de extranjero. Señalar ese momento respecto a España es especialmente difícil, pues la creación y consolidación de la monarquía absolutista que da lugar a la aparición del Estado y un embrión de Administración modernas no se produce en un momento concreto sino que es el resultado de una lenta transformación que cristalizará durante la Regencia de Maria Cristina, período en el que precisamente se adopta la primera y más importante regulación del régimen de extranjería, el Real Decreto de 1852.

Por otro lado, existiendo varios Reinos tampoco el concepto de extranjeros al Reino estaba consolidado antes de que Felipe V unificara a principios del S. XVIII todo el Derecho Público con sus Decretos de Nueva Planta; sólo a partir de entonces la legislación promulgada comenzó a distinguir netamente entre españoles y extranjeros[32]. No obstante, la ruptura de las tradiciones históricas del régimen de extranjería vigentes en los distintos Reinos ocasionada por la guerra de Sucesión no fue tan abrupta como puede parecer, GIBERT afirma que en realidad las diferentes regulaciones de la nacionalidad (naturaleza) del reino presentaban ya rasgos comunes que debieron facilitar la implantación de la regulación material contenida en las normas castellanas que se impusieron a partir de entonces y que estaba esencialmente formada por la *Recopilación* de 1567, recogida como *Nueva Recopilación* en 1745[33] junto con los *Autos Acordados del Consejo*, Consejo de Castilla, denominado posteriormente Consejo Real. La importancia de la *NoR* residía en la

[32] Felipe V acabó de imponer la unificación político-administrativa entre los reinos sometidos a la monarquía castellana con sus Decretos de Nueva Planta, que supusieron también la abolición en la práctica de las consecuencias de la extranjería. Cfre.: ÁLVAREZ-VALDÉ, cit. *supra*, págs. 390 y ss, también TORRES CAMPOS, cit .supra, o GIBERT, Rafael, cit. *supra* págs. 56 y ss.

[33] La *Novísima Recopilación* ordenada por Carlos IV en 1802 se adoptó por Decreto de 15 de julio de 1805, conteniendo gran parte de las Leyes incluidas en la *Recopilación de 1567* además de numerosas disposiciones promulgadas durante el S. XVIII. A pesar de sus críticas y detractores las *Novísima Recopilación* entró en vigor rápidamente y, tal y como afirma TOMAS Y VALIENTE, cit. *supra*, pág. 398, "conservó vigencia parcial durante gran parte del siglo XIX; pero a medida que fueron apareciendo nuevas Constituciones y Códigos dentro del Estado liberal, se derogaron las correspondientes leyes de la *NoR* alusivas a los mismos temas".

ampliación de su ámbito de aplicación de Castilla a los antiguos Reinos unidos bajo la Monarquía, y la nueva estructura estatal y administrativa en la que se apoya.

La confluencia de ambos elementos, clarificación de la condición de españoles y unificación del sistema político-jurídico bajo una administración centralizada pero más racional y eficiente con el Consejo Real en su cúspide, con funciones legislativas, administrativas y judiciales, aunque no vino seguida inmediatamente de una regulación nueva del régimen de extranjería que superara los textos clásicos, fortaleció a lo largo de este período todo el aparato estatal cuya intervención se hizo cada vez mayor en todas las áreas (comercio, enseñanza universitaria, Iglesia, actividades económicas, etc.,). Ese fortalecimiento del Estado creó las condiciones necesarias para impulsar la posterior regulación del régimen de extranjería mediante el Real Decreto de 1852, que superaría la tradición del "fuero de extranjería" y del régimen de privilegios[34]. No obstante, con anterioridad a ese texto, la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* de 1806 presentaba ya algunos elementos en materia de extranjería y, particularmente, de control migratorio, que se recogerían y desarrollaría posteriormente por el Real Decreto de 1852.

Las leyes de la *Novísima Recopilación* fueron dictadas en una época de privilegios, en la que predominaba la diversidad de "fueros" o jurisdicciones, la *Novísima Recopilación* estableció para los extranjeros un "fuero" especial de extranjería, mantenido en el Decreto Real de 1852. La parte de la *Novísima Recopilación* dedicada a los extranjeros (*Nov. R.. Libro VI, Título XI*: "De los extrangeros domiciliados y transeúntes en estos Reynos") estaba constituida por nueve leyes, que reunían la regulación general de la materia, que aunque de forma un tanto tardía, constituían los principales aspectos jurídico-públicos[35] de la extranjería recopilados de forma sistemática y unitaria para todo el Reino. Deben destacarse tres cuestiones relacionadas con el sistema de control migratorio: en primer lugar, el

[34] El predominio de la personalidad del Derecho durante el período histórico anterior se caracterizaba en materia materia de extranjeros por el reconocimiento de un *fuero de extranjería* (o más a una diversidad de fueros de extranjería). Como dice RECONDO era esta "un estado relativo y variable de persona a persona y de lugar a lugar". La *Novísima Recopilación,* señala TORRES CAMPOS, estableció para los extranjeros un "fuero" especial de extranjería pero mantuvo todo el sistema basado en el reconocimiento a determinados grupos de extranjeros de privilegios aún tras el Decreto Real de 1852, y que sólo fue suprimido por el Decreto-Ley de unificación de "fueros" de 6 de diciembre de 1868. Cfre.: TORRES CAMPOS, cit supra, , TOMÁS Y VALIENTE, cit supra, ÁLVAREZ-VALDÉS, cit supra, y RECONDO, cit supra, pág. 452.

[35] Los aspectos de derecho civil relativos a los extranjeros se encontraban regulados en otras disposiciones, como por ejemplo, el Código de Comercio de 30 de mayo de 1829.

reconocimiento de cierta libertad de entrada y circulación en el Reino, segundo, la instauración del pasaporte como documento de control generalizado de extranjeros y nacionales; tercero, la previsión de medidas de alejamiento de extranjeros distintas de la expulsión.

De este texto se desprende cierto grado de libertad para la entrada, circulación e incluso residencia de extranjeros. La primera mediante la admisión e incluso promoción a través de la exención de algunas cargas y gravámenes de la entrada de determinados grupos de trabajadores extranjeros en el Reino (oficiales y laborantes), que debían ser católicos, amigos de la Corona y ejercer de sus propios oficios según la *Ley III.*. La residencia en España de esos extranjeros católicos era alentada por la *Ley II* al establecer la: "*Facultad de residir en estos reynos los extrangeros católicos que tengan las calidades que se previenen; y expulsión de los que se halláren sin ellas...*", con la condición de reunir los requisitos del Real Decreto de 16 de abril de 1701, y con la prohibición de mantener contacto con naciones enemigas al Reino. Para la permanencia de los extranjeros en España se distinguía entre dos categorías de extranjeros, domiciliados y transeúntes[36], estos últimos gozando de numerosos privilegios e incluso de jurisdicción propia[37]. Esta distinción es hereditaria de la concepción dual de la "naturaleza", como vecindad del municipio y como consecuencia de ella, la nacionalidad del Estado, tiene además su fundamento en la arraigada concepción de la vecindad como fuente de derechos y servicios "sociales". Esa misma Ley recogía las vías de adquisición de la vecindad considerando como vecino del Reino al extranjero que obtuviera privilegio de naturaleza, al nacido en el Reino (*ius soli*), el convertido en España a la fe católica, también por matrimonio, por adquisición de bienes inmuebles, etc...

En segundo lugar, y estrechamente relacionado con el control de entrada y desplazamiento por el interior del territorio nacional, la *Novísima Recopilación* recogía el

[36] La Ley III recoge una Real Resolución de 8 de marzo de 1716, por medio de la cual se redujo la pluralidad de estatutos de extranjería a dos categorías: extranjeros avecindados u extranjeros transeúntes. La fecha de la Real Resolución tiene lógica si se pone en conexión con la reforma centralizadora y unificadora de los Reinos de España emprendida por Felipe V.

[37] Nombrado por el rey con jurisdicción privativa para conocer en primera instancia de ciertos litigios de los extranjeros transeúntes (*Nov. R.. Libro VI, Título XI, Ley V)*, el Juez Conservador era más que una institución general, una práctica casuística y de privilegio, aunque según RECONDO bastante frecuente. Cfre.: RECONDO, cit. *supra*, y DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos: "Conflictos de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la militar en el Antiguo Régimen", *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 22, p. 1546-1566.

pasaporte como el principal mecanismo de control[38], aunque no sólo para los extranjeros, también para los nacionales, en línea con otros Estados europeos. En ese momento histórico, el pasaporte era un instrumento de identificación y control de los desconocidos, y entre éstos los extranjeros siempre ha sido percibidos como especialmente sospechosos de ser "enemigos del Reino" o elementos subversivos de la paz pública y la soberanía del territorio, por lo que no es de extrañar que tal documento se convirtiera en instrumento común al servicio de gobiernos conservadores y progresistas de los diferentes Estados europeos, como medida de protección ante el clima de revueltas sociales en Europa en las últimas décadas del S. XVIIII[39].

En tercer lugar, como antecedente de las medidas de alejamiento posteriormente reguladas en el Real Decreto de 1852, la *Novísima Recopilación* recogía expresamente la pena de expulsión en caso de incumplimiento de las condiciones de residencia, para lo cual se habilitaba a los Alcaldes de Casa y Corte, Alcaldes ordinarios y demás Justícias a ejercitar el control de los extranjeros residentes, especialmente ingleses, irlandeses y holandeses.

2.- La evolución del sistema de control migratorio y de las medidas de alejamiento (S. XIX).

La evolución del sistema de control migratorio durante el S. XIX se puede analizar desde su división en tres bloques: el primero abarcando el primer tercio del Siglo, el segundo, se inicia con la aprobación de la Constitución Isabelina y el Decreto de Extranjería de 1852, y el tercer bloque incluiría la última parte del Siglo, caracterizado por el decaimiento de la exigencia del pasaporte.

---

[38] CASTELLS ARTECHE señala como precedente la utilización del pasaporte en España ya en el año 1623, bajo el reinado de Felipe IV. CASTELLS ARTECHE, José Manuel: El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España, Ed. Seminarios y Ediciones SA, Madrid, 1974.

[39] Los movimientos sociales, las Guerras europeas entre 1792 y 1815 así como las persecuciones religiosas consolidaron esta modalidad de documento identificativo. Tómense como ejemplo la Ley francesa del Pasaporte de 1792, el Decreto francés de 1795 o la *Loi de Paseport* de 28 de vendmiare, año 6 (19 de octubre de 1797), que en opinión de diversos autores constituye el punto de partida de la moderna legislación de extranjería, o la *Alien Act, 1793* en el Reino Unido, junto con la *Traiterous Correspondence Bill and Fox's Libel Bill* fundadas en la situación de emergencia nacional previa al inicio de las guerras napoleónicas Cfre.: TORPEY: *The invention of the passport. Surveillance, Citizenship and the State*, Ed, Cambridge University Press, Cambrige 2000; GRAHL-MADSEN, *The status of Refugees in International Law*, 1966, PLENDER, Richard, cit. *supra*, págs. 61-95.

2.1.- El primer tercio del S. XIX

El primer período del S. XIX se caracteriza por la extensión del pasaporte como instrumento identificativo de las personas (nacionales y extranjeras) unido a diversos tipos de documentos de viaje como salvoconductos cuando se circulaba por el territorio nacional o se cruzaban las fronteras. Además, en el caso de los extranjeros, sospechosos de ser enemigos de los poderes constituidos y especialmente durante los períodos de enfrentamientos armados de principios de siglo, su control requería la identificación por tales autoridades mediante un documento específico con fines de orden público y defensa, es decir, de protección frente a posibles espías o agentes extranjeros infiltrados entre los refugiados que huían a raíz de las convulsiones políticas en los países vecinos, que a una necesidad de controlar a los inmigrantes laborales, principalmente porque los flujos migratorios de tal período eran aún reducidos.

El enfrentamiento bélico entre revolucionarios franceses y algunas potencias europeas, iniciado a finales del S. XVIII, de raíz profundamente ideológica, obligó a todos los Estados implicados a asumir un papel cada vez más activo en el control de la circulación transfronteriza, para prevenir la entrada de elementos subversivos ocultos entre los refugiados. Así, durante el primer tercio del S. XIX los Estados instauraron medidas restrictivas de la circulación transfronteriza, circulación reconocida paradójicamente como una libertad universal por los revolucionarios (*liberté d'aller et venir*); esas restricciones consistían en la exigencia de identificación documental a través de pasaportes, salvoconductos o documentos personales exigidos para poder viajar, y en el control y sanción o alejamiento de aquellos extranjeros carentes de los mismos, pero con una intensidad y un nivel de tecnificación documental superiores a los alcanzados en el pasado[40],

[40] TORPEY, John, cit. *supra*, raza el cambio de planteamiento por parte de los revolucionarios franceses. Este autor subraya como en el Antiguo Régimen, los controles documentales podías ser defraudados con cierta facilidad dada la laxitud administrativa y la descoordinación entre instituciones. Precisamente, la profunda reforma de la Administración francesa por los revolucionarios, dirigida a reforzar la integración nacional por encima de los particularismos locales, mediante la creación de los Departamentos, la traslación de los impuestos y controles aduaneros hacia las fronteras exteriores, la creación de un mercado nacional, etc... permitió mejorar los sistemas de identificación documental (control estatal de los registros de nacimientos en manos eclesiales, individualización de los pasaportes e inclusión de información identificativa extendida por

derivados no sólo de las exigencias de seguridad nacional, sino también del fortalecimiento de los Estados y la evolución de sus sistemas políticos a partir del embate ideológico revolucionario y su modelo de Administración. La experiencia adquirida y las nuevas técnicas de control introducidas servirían una vez pasados tales enfrentamientos para controlar la inmigración y la emigración, si bien recuperando ciertos derechos y garantías de los que se había despojado a los extranjeros en algunos países[41].

Durante este primer tercio del S. XIX, España sufre la invasión francesa y la imposición del Gobierno de José Bonaparte y del *Estatuto de Bayona de 6 de julio de 1806*[42], cuyo rechazo popular dio lugar a un enfrentamiento nacional y a la reunión de las Cortes de Cadiz, cuya *Constitución de 1812* no pudo reconocer la libertad de desplazamiento dado el contexto de enfrentamiento, sino que al contrario tuvo que adoptar medidas restrictivas de la misma (arts. 19 a 24.4). La derrota napoleónica en Waterloo (1814) y la consiguiente reorganización de Europa tras la restauración de las monarquías absolutistas en el Congreso de Viena de 1815, tuvo que hacerse teniendo en cuenta un nuevo actor, la burguesía, que progresivamente fue limitando el poder monárquico mediante la adopción de constituciones pactadas con éste y con el resto de estamentos. El poder de la burguesía se reforzó: su peso económico y su protagonismo en las revoluciones industriales gestadas entre 1815 y 1845 en varios países europeos, y en la que el Reino Unido había sido pionero, favoreció la circulación comercial de bienes y un auge de las migraciones por razones laborales entre diversas regiones de Europa[43], aprovechando este período de cierta estabilidad política[44].

---

autoridades municipales, etc...) y reforzar los controles de la circulación en caminos y en los accesos a las ciudades.

[41] Así, en Inglaterra en 1822, TORPEY, donde se forzó una reforma de la *Aliens Act 1816*. mediante la *Aliens Registration Act, 1826* para acabar con la legislación de excepción anterior.

[42] En su artículo 125 esta carta otorgada reconocía el disfrute del derecho de vecindad a determinados extranjeros por concesión real, es decir, por sus servicios al Estado, su talento, industria o invenciones, por la creación de grandes establecimientos o a causa de la adquisición de propiedades territoriales de cierta entidad.

[43] Al avanzarse en la la revolución industrial, el Reino Unido atrajo a muchos trabajadores, principalmente irlandeses y judíos del centro de Europa, lo cual obligó a la adopción de las primeras leyes de mendicidad ("poor laws"), y a las primeras normas restrictivas de la inmigración: *Aliens Act 1905* y *Aliens Restriction Act 1914*. Cfre.: CASTLES & MILLER, cit *supra*. Este esquema de intervención estatal mediante medidas de control policial sobre los extranjeros se repetía poco después en otros países de Europa, especialmente en Alemania, mediante la introducción de obstáculos jurídicos a la reunificación familiar y al asentamiento permanentes, control de las condiciones de residencia temporal so pena de deportación, y adopción disposiciones dirigidas contra vagabundos y mendicantes ("poor laws"). Cfre.: SASSEN, Saskia: *Guests and aliens*, Ed. The New Press, New York 1999.

[44] En el Reino Unido, con el *Act 1826* las restricciones más duras de la legislación de inmigración fueron retiradas y reemplazadas por un sistema de registro de extranjeros, siendo redactadas de nuevo en 1836 por un

En España, no obstante, apenas se reflejaban los cambios que se gestaban en Europa. Con la *Restauración* de Fernando VII en el trono, se mantuvieron las medidas restrictivas de la libre circulación: bajo sureinado la Real Cédula de 13 de junio de 1818 estableció una completa regulación de las formalidades y trámites de los pasaportes con el objeto de controlar tanto a los súbditos propios como a los extranjeros[45]. La dificil situación política interna durante el *trienio liberal (1820-1823)* impidió la introducción de cambios importantes en el sistema de control de extranjeros; más bien al contrario, su caída originó un sistema aún más restrictivo en la exigencia del pasaporte. El Reglamento provisional de la policía, de 6 de diciembre de 1822 (posteriormente, Reglamento de 20 de febrero de 1824) atribuyó una amplia facultad discrecional a las autoridades gubernativas, a las que apoderó con la facultad de detención en caso de que la obligación de disponer de pasaporte para viajar se incumpliera[46].

Ante las críticas[47] a la discriminación y discrecionalidad en la concesión de los pasaportes, se inició por orden de la *Regencia* una revisión de la normativa, que no llegará a cuajar por el inicio de las guerras carlinas, con el fin de establecer un nuevo régimen de control y prevención. Fruto de esa situación es la Real Orden de 18 de agosto de 1838, del Ministerio de Gobernación[48] que exigía tanto a españoles como a extranjeros un pasaporte en regla expedido por autoridad competente para poder viajar por el territorio, pasaporte que en el caso de los los extranjeros debía estar refrendado por los agentes diplomáticos o

---

Act que impuso la elaboración de informes completos sobre los extranjeros que desembarcaran en el Reino, declaraciones y registros sobre ellos en el Ministerio del Interior, provisiones vigentes hasta la *1905 Act* que fueron derogadas y sustituidas por un nuevo y mas restrictivo código normativo de control migratorio. Dicha norma no mantuvo el antiguo sistema de registro de extranjeros, que bajo una forma diferente se reintrodujo otra vez en 1914. De hecho, el registro de los extranjeros era más una alternativa al control migratorio que una disposición suplementaria al mismo. En Francia, se instauró igualmente un registro de extranjeros.

[45] La vuelta de Fernando VII dio lugar a una completa regulación de las formalidades y trámites de los pasaportes, con el objeto de controlar tanto a los súbditos propios como a los extranjeros. La Real Cédula de 13 de junio de 1818 fijaba las normas que debían seguir los "justicias" para la expedición de pasaportes, otorgandoles una absoluta discrecionalidad en la apreciación de la buena conducta del solicitante; en el caso de solicitud por extranjero servía la recomendación de un vecino de "buena nota" (honor o consideración). Además, los pasaportes permitían aumentar la recaudación estatal gracias a las tasas cobradas por su expedición.

[46] El art. 22 fijaba rigurosamente que "toda persona que viaje sin pasaporte, no siendo conocida y sin sospecha" debía ser inmediatamente detenida, en lo cual las autoridades políticas en las provincias litorales y fronterizas debían poner una especialísima vigilancia. Según el art. 17 la concesión del pasaporte correspondía a las autoridades políticas, salvo para los pasaportes militares, y en él debían recogerse datos personales y de séquito así como de equipaje.

[47] Javier de Burgos, referenciado por CASTELLS ARTECHE, cit. *supra*, pág 37.

[48] Entre los antecedentes de esta Real Orden se pueden citar la Real Cédula de 13 de junio de 1818 y el Reglamento provisional de la policía, de 6 de diciembre de 1822 (posteriormente, Reglamento de 20 de febrero de 1824). Cfre.: CASTELLS ARTECHE, cit *supra*. Y TORPEY, cit *supra*..

consulares o autoridades legítimas españolas (Regla 8ª). Este precepto ordenaba la detención de todo extranjero que careciera de pasaporte, "(...) *dándose parte al Gobierno por la autoridad a quien corresponda; y si hubiesen venido por mar sin pasaporte, o no lo trajesen en los términos indicados, no se les dejará poner pie en tierra, o se les hará reembarcar inmediatamente*", en lo que constituye el primer antecedente normativo de una medida de alejamiento distinta a la expulsión, pues consagró la distinción entre la entrada por tierra ("repaso") y el desembarco marítimo ("reembarco") figuras que constituyen el antecedente de la denegación de entrada y el retorno actuales, como medidas de alejamiento en frontera autónomas y distintas a la tradicional medida de expulsión de extranjeros, aplicadas a extranjeros que se presentaran voluntariamente en el control fronterizo o que, por la forma de entrada (desembarco, control fronterizo en las carreteras o caminos principales) se tuvieran que someter a control en los puestos fronterizos[49]. No obstante, no existía jurídicamente figura alguna equiparable a la devolución por entrada ilegal, al menos en su previsión jurídica, pues la actuación *de facto* con medidas semejantes a la devolución estaba al orden del día; en cualquier caso, además, la entrada ilegal se podía sancionar jurídicamente con la expulsión del extranjero. Lo cierto es que respecto a las entradas de extranjeros que no constituyeran peligro alguno para el poder constituido, existía cierta tolerancia. Igualmente, la Real Orden de 1838 permitió la detención en frontera de los extranjeros carentes de pasaporte o indocumentados, previendo además un trámite de información al Gobierno sobre tal detención. La distinción entre la entrada por tierra ("repaso") y el desembarco marítimo ("reembarco") constituye el embrión de un sistema de control de entradas que acabaría por consolidarse años más tarde, pero que apuntaba ya la necesidad de medidas de alejamiento de la frontera autónomas y distintas a la tradicional medida de expulsión de extranjeros. A pesar de su objetivo inicial, CASTELLS[50] opina que seguía subyaciendo en la práctica de expedición del pasaporte plena discrecionalidad para las autoridades políticas en su expedición,. aunque formalmente sólo se exigiera para su obtención el pago de una tasa.

---

[49] A la entrada en aguas nacionales por vía marítima con desembarco frustrado, imponía medidas de "interdicción de desembarco" y de "reembarco" para los extranjeros, mientras que la entrada a través de fronteras terrestres comportaba la detención del extranjero y la adopción de la decisión sobre su situación que, a discreción de la autoridad gubernativa competente, fuera más conveniente.

[50] CASTELLS ARTECHE, cit *supra*.

Como se ha dicho anteriormente, las bases de un moderno sistema de control de entrada de extranjeros se pusieron en la primera mitad del S. XIX. En ese período histórico se localizan los antecedentes normativos de un sistema de control de circulación que aprovecha el aparato administrativo de los Estados, modernizado por el revulsivo francés, cuya evolución desde entonces se ha caracterizado por la especialización, la incorporación de nuevos métodos y tecnologías para la realización de sus fines y la organización entorno a la consecución de fines diversos en función del momento histórico.

2.2.- El segundo tercio del Siglo: el Real Decreto de Extranjería de 1852

A lo largo del segundo tercio del S. XIX, el fin de las guerras napoleónicas, la industrialización y el consiguiente éxodo del campo a la ciudad, la reorganización del mapa europeo bajo las monarquías absolutas propiciarán un nuevo período de migraciones interiores y exteriores que culminaría en el último tercio del Siglo y primeras décadas del S. XX. El sistema de control migratorio y las medidas de alejamiento serán tributarias de estos cambios profundos: mientras en Inglaterra los nuevos movimientos de refugiados políticos realimentaron el miedo ante posibles disturbios y dieron pie a la *Aliens Removal Act, 1848* que contenía disposiciones bastante restrictivas sobre control y alejamiento de extranjeros[51], en Francia se mantuvo la capacidad de atracción de inmigración, especialmente para el sector industrial y para el ejército, pero enviando escasa población fuera del país.

En España, la segunda etapa en la evolución histórica y modernización del sistema de control de entradas durante el S. XIX no puede realizarse sin tener en cuenta el principal antecedente normativo de la regulación actual[52]: el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852[53], adoptado en desarrollo del mandato del art. 1 de la *Constitución de*

[51] Cfre.: TORPEY, cit *supra*, y PLENDER, cit *supra*.
[52] BORRAJO INIESTA, Ignacio: "El status constitucional de los extranjeros", págs. 697-766, en la obra Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid 1991.
[53] *Colección Legislativa de España*, Imprenta Nacional, Madrid 1853, Tomo LVII, ref. 926, pág 479.

1845, bajo la Regencia de Maria Cristina[54], que culminaba la evolución de la tradición jurídica española desde la separación de regímenes para converger hacia la equiparación de extranjeros y nacionales[55], en línea con las tendencias liberales recogidas en el Proyecto de Código Civil de 16 de noviembre de 1836 y el proyecto de Código Civil de 1851. Algunos cambios histórico-sociales y legislativos forzaron la evolución del sistema de control de extranjeros inicialmente previsto, que sin embargo permaneció formalmente vigente más de sesenta y cinco años con apenas pequeñas adaptaciones, y desplegó una influencia que fué más allá de su vigencia alcanzando hasta la adopción del Decreto de 522/1974.

Esta disposición instauró los fundamentos del moderno sistema de control migratorio de entrada y estancia, al introducir una autorización administrativa como documento esencial para la entrada en España, el establecimiento de controles de entrada en las fronteras, la introducción del concepto de entrada ilegal sancionado con una medida de alejamiento que todavía es la expulsión, pero que en supuestos especiales puede ser intercambiada por medidas limitativas de la libertad ambulatoria, cuya imposición requiere en todo caso un acto administrativo mínimamente procedimentalizado, y por último la incorporación del delito de desobediencia grave aplicado al incumplimiento de las órdenes de expulsión.

Durante el período comprendido entre 1852 y 1862, el Real Decreto de Extranjería introdujo, en primer lugar, la exigencia de pasaporte visado en los controles de entrada fronterizos para entrar en España[56]; en segundo lugar, sancionó la entrada ilegal con una medida de alejamiento que todavía era la expulsión, pero que en supuestos especiales podía ser sustituida por medidas limitativas de la libertad ambulatoria, cuya imposición requería en todo caso un acto administrativo mínimamente procedimentalizado[57]; por último, el Real

[54] El art. 1 de la Constitución de 1845 señalaba las vías de adquisición de la nacionalidad y reconocía expresamente a los extranjeros la posibilidad de ser titulares de derechos siempre que obtuviesen carta de naturaleza o hubieren ganado vecindad, remitiendo la determinación y alcance de tales derechos a una ley de posterior adopción.

[55] No obstante, tal convergencia no se produjo formalmente hasta la promulgación del Decreto-ley de unificación de fueros de 1868.

[56] El Capítulo III del Real Decreto de 1852, en el art. 17 reconocía a todos los extranjeros, avecinados y transeúntes, derecho a entrar y salir libremente de los puertos y poblaciones de España, asi como de transitar con igual libertad en su territorio, sujetándose a las reglas establecidas por las leyes para los súbditos españoles, así como a los reglamentos de puertos y de policía.

[57] El Real Decreto autorizaba al Gobierno, tras el correspondiente informe de la autoridad civil, a aplicar una sanción de multa con expulsión si los extranjeros incumplían los requisitos de pasaporte, entrada por frontera y sellado (visado) del mismo. Cuando la entrada se realizara por puerto o pueblo de la frontera sin pasaporte, se procedía a la detención del extranjero y a la evacuación de un informe de la Autoridad Civil al Gobierno, con especial atención a las circunstancias personales del extranjero (p. ej.: vagos o personas en búsqueda de auxilio contra los procedimientos de sus jueces naturales), para que éste decidiera la expulsión del extranjero, o

Decreto castigaba como delito de desobediencia grave el quebrantamiento por el extranjero de una orden de expulsión, sin perjuicio de la ejecución posterior de dicha expulsión tras el cumplimiento de la pena (art. 16). Poco después, por Real Orden de 15 de octubre de 1853 se crea un pasaporte para la circulación por España de los extranjeros residentes, que eran aquellos inscritos en la matrícula[58] prevista en el Real Decreto de 1852. Con ello los extranjeros residentes en España si querían trasladarse por el interior del Reino poseían dos pasaportes: uno español para poder circular libremente por España, y otro pasaporte, el propio, expedido por su país para acreditar su nacionalidad ante los Consulados y legaciones de su país, y para entrar y salir de España. A partir de 1862 dejó de ser exigido en la mayoría de países europeos, tendencia que se plasmó en España tanto en textos constitucionales[59] como en textos legislativos[60], de los cuales debe destacarse el Real Decreto de 17 de diciembre de 1862 de abolición absoluta de los pasaportes aún subsistentes para los territorios de Ultramar[61] y para el extranjero, derogando la excepción del art. 7 del RD de 1854. Respecto de los extranjeros, dejaba de exigirse la presentación del pasaporte para entrar en España, pero debían traer el correspondiente documento propio, acreditativo de su

---

alternativamente, la autorización de residencia en lugar determinado, o cualesquiera otra más conveniente. Cfre.. COLMEIRO, Manuel: Derecho Administrativo español, Ed. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela 1995, págs. 337 y 541 a 543.

[58] El Real Decreto 1852 mantuvo en sus rasgos esenciales la distinción entre extranjeros con vecindad o naturalizados, extranjeros domiciliados (establecimiento definitivo llamado casa abierta o residencia fija y prolongada durante tres años con bienes propios o industria y género de vida conocidos) y extranjeros de pasaje (sin residencia fija definida como la anterior). Estos extranjeros residiendo con vecindad o pasaje tenían derecho a entrada y salida de los puertos y villas de España y a la libre circulación por el territorio, bajo las mismas condiciones que los españoles, además de los reglamentos de puertos y de policía. Si los extranjeros no se encontraban inscritos en las matrículas de los gobiernos de provincias y de los cónsules de sus naciones respectivas no se consideraban legales.

[59] Las libertades de entrada, estancia y salida del territorio nacional se fueron reconociendo progresivamente, como lo demuestran el art. 25 de la Constitución de 1 de junio de 1869, el art. 27 del Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 17 de julio 1873 y el art. 2 de la Constitución de 30 de junio de 1876.

[60] Poco después, por Real Orden de 15 de octubre de 1853 se crea un pasaporte para la circulación por España de los extranjeros residentes, que eran aquellos inscritos en la matrícula prevista en el Real Decreto de 1852. Con ello los extranjeros residentes en España si querían trasladarse por el interior del Reino poseían dos pasaportes: uno español para poder circular libremente por España, y otro pasaporte, el propio, expedido por su país para acreditar su nacionalidad ante los Consulados y legaciones de su país, y para entrar y salir de España. La exigencia de pasaporte fue suprimida un año después por el Real Decreto de 15 de febrero de 1854, sustituyéndose los pasaportes por "cédulas de vecindad" que se facilitaban cada año a los cabezas de familia para poder transitar por la Península e islas adyacentes, previo pago de una tasa. Sin embargo, el art. 7 declaraba explícitamente subsistentes los pasaportes para el extranjero y Ultramar. A los extranjeros transeúntes les servían sus pasaportes como cédula de vecindad. Se remite a la normativa especifica para el caso de falta de cédula de vecindad o pasaporte para quien debiera llevarlo consigo, pero permitía a la Autoridad proceder a la detención del extranjero y la aplicación de la sanción correspondiente Por Orden de 7 de Diciembre de 1858 se dispuso que los extranjeros domiciliados estaban obligados a proveerse de la cédula de identidad.

[61] Para los países de Ultramar existía una específica disposición, la Ley de extranjería de 4 julio de 1870, sobre la que en este apartado no entraremos.

personalidad (art 4). Se autorizaba la concesión de pasaporte si éste era necesario para viajar a países que no habían suprimido este requisito.

2.3.- El último tercio del S. XIX

La supresión de los pasaportes en el último tercio del Siglo XIX supuso el decaimiento de los controles fronterizos de entrada, pero no el desmantelamiento del sistema de control migratorio, que con carácter mucho más limitado, se mantuvo en funcionamiento. De hecho, junto al saldo migratorio positivo de Europa hacia otros contintentes se debe tener en cunta la presencia de importantes movimientos migratorios entre diversos países de Europa. Por esa razón, los controles migratorios empezaron a tecnificarse y a aplicarse de forma masiva, en el contexto de Estados cada vez más intervencionistas y organizados administrativamente. Ejemplo de esa tecnificación es la reinstauración en Francia de registros de extranjeros en los municipios, donde a los extranjeros residentes se les registraba y expedía una tarjeta de registro, previo pago de una tasa de inscripción, tarjeta que incluía elementos de identificación antropométrica[62].

La adopción de normativas y actuaciones administrativas completamente nuevas basadas en una posición mucho más intervencionista del Estado y su aparato se refleja en Alemania, donde la revolución industrial, al igual que en Inglaterra, no sólo generó flujos migratorios sino que también los atrajo. Así, en 1885 el gobierno prusiano deportó a cerca de 40.000 polacos y cerró la frontera, incluso en perjuicio de los *junkers* alemanes, que protestaron por la pérdida de la mayor parte de su mano de obra, todo ello por temor a que el asentamiento de polacos hiciera perder control sobre las fronteras orientales de Alemania; más tarde esta tensión entre intereses políticos y económicos dio lugar a un compromiso basado en la autorización para el reclutamiento de trabajadores temporeros pero con la obligación de abandonar el territorio tras su actividad y la adopción y aplicación de medidas policiales en caso de incumplimientodel mismo, política precursora de los *Gästarbeiter* y de

[62] Decreto francés de 2 de octubre de 1888, *Le Moniteur*, práctica cuyos antecedentes se encuentran también en Inglaterra. TORPEY, pág. 107, señala en la base de este criterio antropométrico la traslación de los sistema establecido por Alphonse Bertillon para detectar delincuentes reincidentes.

las medidas de control migratorio policial. Por último, el Gobierno introdujo con relativo éxito obstáculos a la reunificación familiar y el asentamiento permanentes de trabajadores italianos, belgas y holandeses[63], que el Gobierno quería evitar a toda costa.

En el último tercio del S. XIX siguió aplicándose el Real Decreto de 1852 que con algunas modificaciones siguió concentrando la regulación de extranjería y el control migratorio y alejamiento de extranjeros. Esta tónica sólo se vió afectada por la supresión en la práctica a partir de 1862 y formal y definitivamente en 1895 de los pasaportes[64], en línea con la mayoría de países europeos, lo cual comportó el decaimiento en la práctica de controles fronterizos de entrada.

La gradual supresión del pasaporte fue paralela al reconocimiento en los textos constitucionales del último tercio del Siglo de la libertad de establecimiento, y en consecuencia de la libertad de entrada y salida. Bajo la Constitución de 1 de junio de 1869, de talante progresista, se ven por primera vez reconocidos algunos derechos de los extranjeros en una Constitución, aumentando considerablemente su catálogo de derechos y libertades fundamentales hacia una relativa equiparación[65]. Los arst. 27 y ss. del proyecto de Constitución Federal de la República Española de 17 de julio 1873, que no llegó a ser aprobada, por la disolución de las Cortes por el general Pavía, recogían respecto a los extranjeros de forma casi simétrica los derechos reconocidos en la Constitución de 1869. La Constitución de 30 de junio de 1876, con ser más conservadora que sus predecesoras, recogió el catálogo de derechos reconocidos a los extranjeros, si bien efectuando una reducción de los mismos y estableciendo algunas limitaciones[66]. Esta Constitución perduró formalmente hasta 1923 con la Dictadura de Primo de Rivera.

---

[63] CASTLES y MILLER cigran en cerca de 950.000 trabajadores extranjeros en el Reich alemán en 1907: 300.000 en la agricultura, 500.000 en la industria, 86.000 en el comercio y en el transporte.

[64] La Orden de 7 de junio de 1895 ordenó la inaplicación de los arts. 13, 14 y 16 del Real Decreto de 1852, por estar desfasados respecto a la normativa vigente, en cuanto exigían un pasaporte para efectuar la entrada.

[65] El art. 25 afirmaba que : "Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas", si bien el art. 26 reservaba a los españoles el derecho a salir libremente del territorio o trasladar su residencia y haberes a un país extranjero. El Código Civil de 24 de julio de 1889 en su Tít. I sobre "Las personas" reguló la adquisición y pérdida de la nacionalidad, y tendió a mantener un régimen de igualdad de derechos de extranjeros con los nacionales, reduciendo sus privilegios pero manteniendo el Real Decreto de 1852, lo que ha llevado a TORRES CAMPOS, cit. *supra*, a sostener que la doctrina tradicional española ha sido la de la igualdad de derechos civiles.

[66] A raíz del art. 2 relativo al establecimiento en España, y superados los problemas coyunturales que dieron lugar a la reinstauración del pasaporte para algunos países, la Real Orden de 10 de junio de 1878 restableció la

3.- El control migratorio y las medidas de alejamiento en el Derecho de Extranjería preconstitucional (S. XX).

Aunque la historia de España a lo largo de gran parte del S. XX deambula por derroteros un tanto distintos a los seguidos por los principales Estados europeos, el análisis de la evolución del sistema de control migratorio se ha dividido un tanto forzadamente en tres bloques, el primero alcanza hasta mediados de los años treinta, e incluye los cambios migratorios ocasionados por la Iª Guerra Mundial y la crisi económica de mediados de los años 30 que antecedió a la IIª Guerra Mundial y un poco antes a la Guerra Civil en España; el segundo abarca todo el período de la postguerra mundial, que en España coincide con la Dictadura franquista, hasta la crisis económica mundial de 1973 (crisis del petróleo); el tercer bloque abarca el último cuarto del siglo, caracterizado por una restricción de las políticas migratorias centroeuropeas y, en España con el inicio de la Transición, la apertura del período constitucional y la integración en las Comunidades Europeas, actor que cobra un importante protagonismo a partir de la última década del Siglo.

3.1.- La liberalización de los controles migratorios hasta la IIª Guerra Mundial

A finales del S. XIX y principios del S. XX, los principales Estados europeos participaron en una carrera colonial por el control y la conquista del mundo; las fricciones generadas entre ellos por dicha carrera terminarían precipitando la Iª Guerra Mundial. Como se verá, el imperialismo colonial es uno de los factores que atraviesa la historia migratoria europea del S. XX. No es este, sin embargo, el único factor que explica los importantes trasvases migratorios producidos en Europa con anterioridad a 1914, las corrientes ideológicas críticas con el capitalismo, aparecidas como consecuencia de las condiciones

vigencia del Real Decreto de 1862 sobre total abolición de los pasaportes, derogando las Ordenes de 1870 y 1875. La Orden de 15 de enero de 1881 obligó a proveerse de pase a las personas que cruzasen la frontera franco-española. La Real Orden de 7 de febrero de 1889 y la de 21 de agosto de 1891 confirmaron, ante la práctica que en algunos gobiernos de porvincias de seguir expidiendo pasaportes para algunos países, la abolición absoluta de los pasaportes, regulación que se mantuvo inalterada hasta el Real Decreto de 12 de marzo de 1917.

laborales de las clases trabajadoras durante las revoluciones industriales, acabarán por galvanizarse en revoluciones sociales que generarán de nuevo importantes flujos de población.

Durante la primera década del Siglo XX en España se mantuvo formalmente la aplicación del Real Decreto de 1852, y aunque los controles fronterizos se habían relajado, el control migratorio y la aplicación de medidas de alejamiento como la expulsión se mantuvo, especialmente respecto de extranjeros indigentes[67]. Esta situación se mantuvo hasta 1914, en que el clima prebélico y el inicio en Europa de la Iª Guerra Mundial supusieron la reinstauración, a partir de 1914 en España, tanto del pasaporte como de nuevos y más estrictos controles fronterizos, tal y como reconoce la Exposición de Motivos del Real Decreto de Pasaportes de 1917. Con este Real Decreto, la evolución del sistema de control de entradas inició una nueva etapa, pues su art. 4 introdujo dos medidas de alejamiento en frontera distintas: la *prohibición de entrada en frontera*, que se aplicaba a los extranjeros carentes de pasaporte o con pasaporte defectuoso o incompleto, y cuya principal consecuencia era la denegación de entrada o impedimento de desembarco; y el *repaso,* que obligaba a los extranjeros a cruzar de nuevo la frontera al país del que procedieran. A su vez, el art. 5 reservaba al Estado la facultad de expulsar no sólo a los extranjeros peligrosos sino también a aquellos que hubieran incumplido los requisitos del Real Decreto, concretamente, la entrada ilegal[68]. La concurrencia en los supuestos de entrada ilegal del *repaso* y la expulsión, probablemente se resolvía dentro de la discrecionalidad administrativa propia de la época, en función de la intención del extranjero: si el extranjero se había sometido voluntaria y previamente a algún tipo de control en los puestos o pueblos fronterizos (control en frontera o control migratorio en el interior del territorio nacional), que, de producirse demostraba la buena fe del extranjero y sólo le obligaba a repasar la

[67] CASTELLS ARTECHE, cit *supra*, respecto al crédito previsto en el art. 18 de la Ley de Presupuestos de 26 de Diciembre de 1914, para el transporte y sustento de españoles indigentes que del extranjero hayan de regresar a España y de extranjeros indigentes que de España hayan de ir a su respectiva nación.

[68] La resolución de expulsión permitía la detención, multa (que en caso de impago permitía el arresto sustitutorio) y expulsión del extranjero por el punto por donde hubiera cruzado la frontera, a costear por el armador o consignatario del buque si la entrada se hubiese realizado por mar. Por otro lado, según TRIAS DE BES, eran peligrosos aquellos extranjeros que abusando del asilo conspiraban contra las instituciones o la tranquilidad pública, procediéndose a la expulsión de los mismos mediante Convenios con otros países o en base a los preceptos legales vigentes (Real Orden de 13 de septiembre de 1848, Ley de Asilo Territorial de 4 de diciembre de 1855). Cfre.: TRIAS DE BES, JM: "La condición jurídica del extranjero en España", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 139, 1921, pág. 503.

frontera; si, por el contrario, había eludido los mismos, se debía aplicar una medida de expulsión. En otro orden de cosas, el Real Decreto siguió condenando por delito de desobediencia, sin perjuicio de su posterior expulsión, a aquellos extranjeros reincidentes que, una vez expulsados, hubieran entrado de nuevo en España.

En Europa, el inicio de la Iª Guerra Mundial provocó el retorno de muchos inmigrantes para participar en la industria de defensa o en el ejército, a pesar de lo cual las necesidades de mano de obra se cubrieron mediante el recurso a trabajadores de las colonias e incluso trabajadores extranjeros, así como al trabajo de los prisioneros de guerra. La Guerra y la revolución rusa también generaron importantes movimientos migratorios en Europa, agravados durante el período de entreguerras del S. XX por la gran crisis económica, el cierre de Estados Unidos a la inmigración y las dictaduras de algunos países europeos. Sólo algunos países como Bélgica o Francia recibieron trabajadores extranjeros y asilados, en el caso francés debido al déficit demográfico acumulado por Francia y agravado por las pérdidas humanas durante la guerra[69]. Es en este período cuando se desarrolla la contratación de trabajadores extranjeros, instituyendo organismos estatales encargados del reclutamiento (control médico, capacitación laboral, etc.,) a la par que, con la crisis de la Depresión, se consolidan técnicas como las cuotas de trabajadores extranjeros, la instauración de políticas discriminatorias en favor de los trabajadores nacionales, sanciones contra empleadores de mano de obra ilegal y poderes amplísimos para la policía, muy claramente en Alemania[70].

En esta coyuntura se instauraba en España la *IIª República,* bajo cuya Constitución de 9 de diciembre de 1931 se aprobó un nuevo Decreto sobre Pasaportes, de 4 de octubre de 1935[71] que mantuvo las principales directrices respecto el régimen de entrada trazadas por el

[69] Francia continuará su tradicional política de importación de mano de obra, esta vez de manera mejor organizada mediante la creación de la *Societé Générale d'Immigration (SGI)*, que reclutó cerca de 567.000 trabajadores italianos, polacos y checoeslovacos entre 1920 y 1930, alcanzando en 1931 un total de 2'7 millones de extranjeros. Esta política se ralentizó durante la depresión posterior a 1930, que condujo al establecimiento de cuotas de trabajadores extranjeros y políticas discriminatorias en favor de los trabajadores franceses.

[70] En Alemania se produjo un descenso de la demanda de trabajadores extranjeros, de manera que se pasó de casi un millón en 1907 a apenas 100.000 en 1932, y aún así con estrictas medidas de control estatal del reclutamiento laboral, preferencias por los nacionales, sanciones contra empleadores de mano de obra ilegal, y poderes amplísimos para la policía, etc...

[71] El art. 31 de la Constitución de la IIª República reconocía el derecho a emigrar o inmigrar sin más limitaciones que las establecidas por ley, remitiendo además las garantías de la expulsión a lo dispuesto en una

Real Decreto de 1917[72], aunque el inicio de la guerra civil y la evolución posterior del conflicto impidieron su desarrollo.

3.2.- La Dictadura franquista y la postguerra mundial en Europa

Tras la Guerra Civil y la instauración del régimen franquista, el sistema de control de entradas se caracterizó, en primer lugar, por el mantenimiento con leves modificaciones del modelo instaurado por el Decreto de 1935[73]; en segundo lugar, por la atribución a las Autoridades de amplios margenes de discrecionalidad para aplicar la sanción de expulsión del art. 41 ante cualquier infracción del Decreto de 1935, con abstracción de la gravedad de la misma, incluso fuera del marco de la ley, como demuestra la STS de 13 de abril de 1971[74]; en tercer lugar, por el mantenimiento de las sanciones de plano, incluso sin expediente cuando la infracción o extralimitación corregible apareciera comprobada[75]; en cuarto lugar, por la calificación de la práctica totalidad de procedimientos de extranjería como procedimientos especiales, y de entre ellos, especialmente los procedimientos de

---

ley específica sobre garantías procedimentales, que nunca llegaría a promulgarse por la temprana caída de la República. El Decreto de 11 de noviembre de 1935 (*Gaceta de Madrid* de 13 de noviembre) introdujo algunas modificaciones en los arts. 4 y 5 sobre los visados del pasaporte además de, primero, sancionar la reincidencia en la entrada ilegal con un aumento de la cuantía de la multa, y segundo, enviar el régimen de los anteriormente denominados "extranjeros peligrosos" a una regulación especial en las Ley de Orden Público de 1933 y Ley de Vagos y Maleantes de 1933. La Ley de 28 de julio de 1933 de Orden Público permitía expulsar a los extranjeros del territorio nacional con ausencia de garantías procedimentales o reduciendo las mismas (arts. 24, 25, 26, 36 y 37), y evidentemente cuando hubiesen entrado de forma irregular. El art. 6.9 de la Ley de 4 de agosto de 1933 de Vagos y Maleantes admitía la expulsión del territorio nacional como medida de seguridad para el extranjero peligroso (vagos habituales, rufianes, mendigos profesionales, ebrios, toxicómanos, etc...) o que infringiera la prohibición de entrada aneja a una orden de expulsión. Esta normativa, y sobre todo, el sistema de control subyacente se mantendrían durante casi toda la Dictadura posterior.

[72] El Real Decreto de Pasaportes de 1917 y el Decreto de Pasaportes de 1935 consolidaron un sistema de control de entradas caracterizado por: uno, la obligación de exhibir ante los controles establecidos a este efecto de un pasaporte visado por los Agentes diplomáticos o consulares de España en el exterior (salvo exención de visado), pasaporte donde se estampaba un cajetín con los datos de la entrada; dos, la adopción de medidas de alejamiento distintas a la expulsión de aplicación en los controles de entrada, tales como el "repaso" de frontera; tres, la expulsión como sanción de la entrada ilegal con responsabilidad de los transportistas en cuanto a la manutención y alejamiento del extranjero; y cuatro, un régimen específico para la desobediencia de la orden de expulsión.

[73] Decreto de 18 de octubre de 1945 (BOE nº 295, de 22 de octubre de 1945) y Ley 17 de julio de 1948 (BOE nº 200, de 18 de julio de 1948), que introdujo el arresto sustitutorio. El Decreto de 1935 fue reformado por el Decreto de 2 de julio de 1954 (BOE nº194, de 13 de julio), para darnueva redacción a los arts. 17 y 25.

[74] La STS 13 de abril de 1971 estimó ajustada a derecho una expulsión atípica consistente en la salida obligatoria de las Islas Baleares, en aplicación del art. 41 del Decreto de 1935, por carencia de Autorización de Residencia, de certificación para residir en las Islas Baleares y de permiso temporal instado al efecto, contrariamente a lo establecido en el texto normativo que imponía la salida de España, interpretación que da la medida de la discrecionalidad administrativa y tolerancia jurisdiccional imperante.

[75] Art. 137 del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 31 de enero de 1947.

alejamiento de extranjeros[76]; quinto, por la orientación represiva que inspiraba el régimen de extranjería durante este período, simbolizada perfectamente por el propio silencio respecto a los derechos de los extranjeros del *Fuero de los españoles* de 17 de julio de 1945, y únicamente dulcificada a partir de finales de los sesenta por el creciente peso del sector turístico en la economía española y lavoluntad de superar el aislamiento internacional.. Y sexto y quizá más relevante de este período, la interpretación que el reducido y cambiante cuerpo jurisprudencial dió al delito de entrada clandestina en territorio español: el Tribunal Supremo señaló la "intención elusiva de los controles fronterizos" como criterio determinante para apreciar la existencia de tal, definiendo como tal comportamiento únicamente aquél en que se produjera *"la evitación de los puestos de frontera, no la entrada ilegal que puede realizarse amparándose en documentos falsos, que nos remitirán a otro delito, pero no a la entrada clandestina"* (STS de 8 de febrero de 1966[77]). Este elemento subjetivo de la intencionalidad elusiva ya se encontraba presente en el Real Decreto de 1917 para decidir si una entrada irregular era susceptible de repaso o debía sancionarse con la expulsión.

Mientras tanto, el fin de la II Guerra Mundial dividió Europa en dos bloques de Estados. El bloque occidental inició la reconstrucción reforzando su capacidad laboral con mano de obra extranjera, lo cual abrirá un período de importantes migraciones propiciadas por los Estados Europeos (Alemania, Francia, Reino Unido, Bélgica,...) para lo cual se dotan de un aparato de reclutamiento así como de una normativa migratoria muy abierta, sobre la base del modelo *gästarbaiter*, muchas veces provenientes de antiguas colonias que han ido adquiriendo la independencia (Argelia, India, Pakistan, etc..) y de Estados del sur de Europa, entre los cuales destacadamente España. Igualmente, algunos Estados europeos ponen las bases de la futura Comunidad Europea, grupo al que se irían añadiendo progresivamente otros Estados y que iniciará un lento proceso de integración de sus mercados.

---

[76] Así se deduce del art. 14 del Decreto de 10 de octubre de 1958 en relación con la Disposición Final 3ª de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 .

[77] Introducido para luchar contra elementos políticos subversivos, el delito de entrada clandestina de la Ley de 22 de diciembre de 1949 acarreaba una sanción penal de prisión menor, sin perjuicio de otras responsabilidades, salvo en los casos en que el infractor se hubiese personado ante las autoridades inmediatamente después de su entrada en territorio español. Dicho delito era aplicable tanto a españoles como extranjeros, y tuvo por efecto el desplazamiento hacia la jurisdicción penal del control de las entradas y salidas del territorio nacional, materia que había sido tradicionalmente competencia de la Administración.

La regulación del régimen de extranjería en España, siendo evidente la necesidad de una nueva regulación del sistema de extranjería, hay que esperar a la tardía aprobación del Decreto 522/1974 para que se unificaran las bases de la misma y se superara una situación de tal complejidad normativa que en 1969 permitió a DE LA MORENA[78] identificar hasta siete textos normativos distintos para sancionar, por ejemplo, la entrada ilegal. Esta norma desplegó su eficacia en las postrimerías de la dictadura y a lo largo de la transición y los inicios de la España democrática, y por consiguiente tuvo que ser adaptada al espíritu de los nuevos tiempos y especialmente al de la Constitución.

A pesar de ello, y debido a su origen, el sistema de control migratorio y las medidas de alejamiento recogidas en dicha norma se siguieron caracterizando por una discrecionalidad y ambigüedad que permitía casi cualquier actuación administrativa. Para los extranjeros cuya entrada en España fuera denegada en un puesto de control fronterizo, permitía aplicar, o bien una denegación de entrada con rechazo en frontera simple cuando el extranjero aún no se encontrara físicamente en España (fronteras terrestres), o bien, un rechazo en su modalidad de repaso de frontera cuando el extranjero se encontrara en España pero careciera de los requisitos exigidos por la normativa de extranjería. Aunque en ninguno de los dos casos se aplicaba sanción alguna, y por consiguiente el extranjero podía volver a intentar entrar en España cuando fuera capaz de cumplir los requisitos del Decreto, lo cierto es que el art. 29 admitía la expulsión de los extranjeros cuya entrada hubiera sido ilegal y no hubiera sido posible el rechazo en frontera. Pero, como acertadamente ha señalado GÓMEZ REY[79] la expulsión por entrada ilegal podía aplicarse en primer lugar, simplemente constatando que los extranjeros se hallaban en el interior del país desprovistos de la debida documentación y sin causa que lo justificara, a discreción de la Autoridad gubernativa o de sus agentes, gracias a la amplitud de las causas de expulsión previstas en el art. 28.2 del Decreto[80]. Por si fuera poco, en aquél período la expulsión también podía fundamentarse,

[78] DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luís: "Procedimiento en materia de extranjería y pases de fronteras", pág. 55, tomo 2º del volumen II de la obra *Procedimientos especiales* dirigida por Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, Ed. Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid 1969.

[79] GÓMEZ REY, Fernando J.: "La expulsión de extranjeros en el ordenamiento español", *Revista Universidad y Sociedad*, nº 4, 1982, págs 222 y 223.

[80] El art. 28.2 del Decreto configuraba la expulsión como una medida sancionadora con un enunciado excesivamente amplio que permitía amparar actuaciones arbitrarias de la Administración, tal y como posteriormente admitiría el propio Tribunal Constitucional en su STC 116/93, de 29 de marzo, declarando dicho precepto contrario al principio de legalidad sancionadora del art. 25 CE.

excepcionalmente, en el art. 31 de la Ley de Orden Público, previsto para los supuestos de contravención de las formalidades establecidas por las autoridades administrativas para el establecimiento de extranjeros; o en alguno de los supuestos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, como una medida de seguridad de extranjeros peligrosos[81]. Finalmente, del Decreto 522/1974 es importante destacar que, desvinculándose de los antecedentes normativos en materia de extranjería, omitió la inclusión de sanción alguna por vulneración de la prohibición de entrada aneja a una expulsión anterior, razón por la cual la posterior STS de 25 de junio de 1980 tuvo que recurrir a la creación jurisprudencial de una medida de alejamiento nueva dirigida a afrontar una infracción de la prohibición de entrada[82], infiriendo de tal prohibición de entrada un título ejecutivo suficiente para reejecutar la expulsión, sin tener que iniciar un nuevo procedimiento de expulsión, eludiendo así las garantías del art. 13 PIDCP que de otra manera hubiera debido respetar.

Precisamente, la norma española entró en vigor en un momento en que se habían contraído los mercados mundiales como consecuencia de la crisis del petróleo de 1973 y los Estados europeos occidentales adoptaban modificaciones bastante restrictivas de las normativas migratorias para reducir la entrada de mano de obra extranjera, dando un giro en sus políticas migratorias.

4.- El marco constitucional y la evolución normativa posterior a las medidas de alejamiento

4.1.- La vigencia de la legislación preconstitucional (1978-1985): el destacado papel del Tribunal Supremo en materia de extranjería durante los primeros años de democracia

[81] Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959, modificada por Ley 36/1971, de 21 de julio (BOE nº 175, de 23 de julio de 1971) y Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social (BOE nº 187, de 6 de agosto de 1970).

[82] En la STS 25 de junio de 1980 "la expulsión del recurrente con la secuela de prohibición de entrada por dos años en territorio español" ante una infracción de la prohibición de entrada fue considerada "un acto ejecutivo o de vigilancia y cumplimiento respecto de la resolución adoptada en 7 febrero 1978 por el Director General de Seguridad", resolución que la antecedía.

Tras la muerte de Franco e iniciado el proceso de apertura democrática liderado por Suárez, el Gobierno allanó el camino hacia la adopción de una Constitución no sólo introduciendo importantes reformas políticas en la estructura del Estado sino también apostando por el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales, objetivo alcanzado mediante la progresiva ratificación de algunos de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos más importantes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) con su Protocolo de Nueva York (1967) o el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). La incorporación al ordenamiento jurídico español de una serie de disposiciones internacionales que incluían catálogos de derechos así como instrumentos de garantía de los mismos, a parte de su evidente impacto sobre el conjunto de la ciudadanía, tuvo una destacada importancia para los ciudadanos extranjeros, pues devenían titulares indiscutibles de algunos derechos positivizados.

La aprobación de la Constitución poco después fue el revulsivo definitivo para acabar de derruir las bases del ordenamiento franquista y en el concreto ámbito de la extranjería fundar un régimen con unas bases completamente nuevas, que no obstante, tardó algunos años en desarrollarse porque se encontraba en gran parte supeditado, en virtud del art. 13.1 CE, a la actuación del Legislador[83]. Este precepto constitucional, rompiendo con la tradicional regulación reglamentaria e infrareglamentaria, imponía una reserva de ley para la regulación de los derechos de los extranjeros, si bien lo hacía tras reconocer en su art. 10.2 CE un mínimo de derechos ligados a la común condición humana (dignidad humana) de todas las personas, conexión entre preceptos constitucionales que sirvió a la STC 107/1984 para establecer una distinción entre tres grupos de derechos fundamentales: los comunes a nacionales y extranjeros por su condición de derechos vinculados a la dignidad humana, los

[83] BORRAJO INIESTA, Ignacio: "El status constitucional de los extranjeros", en la obra Comentarios a la Constitución Española. Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría, Ed. Civitas, tomo II, Madrid 1991, pág. 70, así lo expone al afirmar que "*...sus preceptos obligan a construir sobre bases nuevas todo el régimen jurídico de los extranjeros, al ostentar los mismos una posición nuclear garantizada frente a la Administración pública, incluso frente al legislador*". Tal y como concluye este autor en términos más generales, "*a pesar de que, hasta 1985, el Decreto 522/1974 estuvo formalmente en vigor, la actuación administrativa a su amparo sufrió una transformación jurídica radical. Quedó sujeta a un creciente cúmulo de limitaciones, derivadas de los principios y normas de la Constitución. Los poderes públicos quedaron vinvulados al deber de respetar un núcleo de libertad y de dignidad ínsitos en todo extranjero, ganados al mismo tiempo que los españoles accedían a la condición constitucional de ciudadanos*".

derechos políticos reservados casi en exclusiva a los nacionales y el resto de derechos, sobre los que el Legislador disponía de un espacio amplio de regulación.

Debe tenerse en cuenta que, como afirma IZQUIERDO[84], en 1980 había en el territorio español unos 183.264 extranjeros con permiso de residencia, de los cuales sólo 3.000 eran de origen norteafricano, de modo que el fenómeno migratorio era percibido de forma muy diferente a como se plantearía en 1985, fecha en que se adoptó la primera Ley Orgánica postconstitutucional sobre el régimen de los extranjeros en España. Entre 1979 y 1985 existió una cierta laguna normativa en la regulación de los derechos de los extranjeros, sólo parcial y anticonstitucionalmente cubierta por el Decreto 522/1974, lo cual no significa que no se presentaran en sede parlamentaria algunas iniciativas para regular el estatuto de los extranjeros en España, que no obstante no llegaron a cuajar[85]. De todas formas, tales iniciativas en ningún caso consideraron la necesidad de incluir medidas de alejamiento distintas a la expulsión o al rechazo en frontera[86].

Probablemente, el reducido volumen de la inmigración en España así como la laguna normativa en esta materia pueden explicar por qué, a pesar del revulsivo constitucional, entre 1978 y 1985 subsistió la práctica administrativa anterior, ignoradora de las fundamentales novedades introducidas por la Constitución. Afortunadamente, frente a la inercia anterior en la desviación de la práctica administrativa, el Poder judicial pronto se

---

[84] Datos extraídos de la obra de IZQUIERDO: La inmigración inesperada, Ed. Trotta, Madrid 1996.

[85] La primera iniciativa fue una *proposición no de ley*, presentada por el Grupo Parlamentario Comunista en el año 1980, que contenía los principios básicos para elaborar una ley sobre emigrantes e inmigrantes. El segundo título, dedicado a los inmigrantes extranjeros en España, no contenía ninguna referencia al régimen de control de entradas y salidas o a figuras como la expulsión o la devolución (ref. BOC de de 1980, Serie A). El antecedente más importante de la regulación actual es, sin duda, *el Proyecto de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, presentado en 1981 por el Gobierno de UCD* (BOC de 11 de mayo de 1981, Serie A nº 194-I), cuyo trámite parlamentario fue anulado en julio de 1982 por la disolución de las Cámaras. Aunque APRELL LASAGABASTER, cit. infra, pág. 26, ha planteado la posibilidad de que el proyecto de UCD hubiese servido de base para la redacción de la vigente ley, sin embargo en materia de medidas de alejamiento es donde dicha la regulación presenta mayores diferencias respecto a la posterior LO 7/1985, muy claramente en la regulación de la expulsión así como en la ausencia de figuras equiparables a la devolución. Finalmente, como antecedente de la LO 7/1985 cabe citar la tramitación en el Senado a iniciativa del Grupo Parlamentario Popular de una moción (BOCG, Senado, Serie I, nº 96, moción núm. 26, defendida por D. José Gabriel Díaz Berbel), rechazada poco después (BOCG, Senado, Serie I, nº 105), para la elaboración de una Ley de Extranjería muy centrada en los aspectos de orden público. Cfre.: APRELL LASAGABASTER, Concha: *Régimen administrativo de los extranjeros en España,* Ed. Marcial Pons, Madrid 1994, págs. 25 y ss.

[86] La ausencia de legislación postconstitucional de cobertura, exigida por el art. 13.1 CE, no impidió la adopción de algunas disposiciones relacionadas con los extranjeros y el control migratorio: tras la Constitución, aparecerá el Real Decreto 1031/1980 de 3 de mayo sobre concesión y prórroga de los permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia que derogó el Decreto 1874/1978, con el fin de que el Ministerio de Comercio y Consumo pasara a elaborar un informe previo para la mejor determinación de la cuantía de los recursos económicos exigidos por el Ministerio del Interior para poder cruzar la frontera.

erigió en garante de la Constitución mediante una sólida aunque evidentemente limitada jurisprudencia, y lo hizo especialmente en el ámbito de las medidas de alejamiento y en concreto de la expulsión. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante este período, con las únicas armas jurídicas de la Constitución [87] y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, suplió hasta donde pudo la laguna de una regulación pre y en muchos casos anti-constitucional[88], tanto en los aspectos materiales o de fondo de la misma como en los aspectos más procedimentales o formales.

Respecto a los aspectos de fondo o materiales en materia de expulsión, la STS 3 de julio de 1980[89] inaugura un ciclo jurisprudencial que se caracteriza por la exigencia a la Administración en su aplicación de: en primer lugar, la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad en el sentido de que en la resolución de expulsión se puntualicen con la máxima concreción los datos y actividades específicas que lleven a la conclusión de que el extranjero se encuentra incurso en alguno de los supuestos de expulsión, (STS 13 de febrero de 1984, STS de 3 de marzo de 1984), en segundo lugar, el cumplimiento de una serie de requisitos que garantizaran al extranjero la ausencia de arbitrariedad, así como la excepcionalidad de la aplicación de la doctrina de las sanciones de plano[90] (STS 21 diciembre de 1981 y STS de 22 de enero de 1982). En definitiva, diferentes aspectos relacionados con la expulsión reciben un tratamiento nuevo caracterizados por una configuración mucho más garantista que en el período anterior, si bien moviéndose en la indeterminación provocada por la ausencia de regulación legal postconstitucional y con una

[87] La doctrina de la aplicabilidad inmediata de la Constitución en materia de derechos fundamentales (STC 80/1982, FJ 1°, STC 15/1982, FJ 8°) se reveló un potente instrumento para la rápida expansión de los Derechos Fundamentales en el seno de un ordenamiento heredado del franquismo repleto de normas tácitamente derogadas (Disp. Derogatoria 31 CE) y de lagunas que requerían su integración, especialmente cuando el Legislador llamado por el art. 13.1 CE para regular esta materia se mantuvo en silencio durante siete años.

[88] La STC 116/1993 declaró derogado por la Disp. Derogatoria 3ª de la Constitución d art. 28 Decreto 522/1974, por ser contrario al art. 25 CE.

[89] La nueva jurisprudencia sobre la expulsión se inició de forma muy marcada con la STS 3 de julio de 1980 que declaró nula una Resolución de expulsión basada en el art. 29 del Decreto de 1974, por la subsunción dentro del mismo del concepto jurídico indeterminado de "conducta irregular" para indicar unas actividades que no eran en sí ilegales, lo cual vulneraba el art. 24 CE sobre presunción de inocencia y el art. 13 PIDCP porque el en el caso concreto no se daban las causas de expulsión del art. 29 del Decreto, así como tampoco estaban previstos mecanismos de defensa suficientes o un trámite de alegaciones del interesado. A partir de dicha sentencia, que sin embargo no declaró expresamente derogada por la Constitución dicha norma, se inició una jurisprudencia que consolidaría la aplicación de la Constitución en todos los ámbitos de la extranjería, si bien, en ningún caso con la importancia con que lo hizo en materia de expulsión.

[90] La STS 21 de diciembre de 1981 abunda en el requisito de la audiencia al extranjero en el expediente de expulsión, y recoge la doctrina jurisprudencial sobre las sanciones de plano, que en el caso concreto se aplicó pero sin respetar los requisitos necesarios: comprobada infracción, que no haya precepto que establezca la necesidad de incoar expediente, acreditación de los datos fácticos que justifiquen la aplicación de esa facultad expecional. En la misma línea la STS 22-1-82.

jurisprudencia que en la actualidad puede considerarse insuficientemente garantista o excesivamente condescendiente con los poderes públicos, pero que en su contexto histórico ciertamente comporto un avance decisivo en la protección de los extranjeros frente a la expulsión[91].

Respecto a los aspectos formales, es decir, las garantías mínimas que debían rodean el procedimiento de expulsión[92], el requisito más relevante exigido por la jurisprudencia fue el de la audiencia previa a la expulsión. La audiencia al interesado, en virtud del art. 24 CE y del art. 13 PIDCP se conviertía así en un requisito ineludible cuya ausencia comporta la nulidad de la expulsión (STS 22 de septiembre de 1981, STS 21 de diciembre de 1981, STS 14 de julio de 1982, STS 21 de enero de 1983, STS de 20 de noviembre de 1983, STS de 13 de febrero de 1984, STS de 3 de marzo de 1984, STS de 10 de diciembre de 1984, en contra la STS 3 de diciembre de 1985[93] por su supuesto de hecho excepcional). En segundo lugar, se exigen una serie de condiciones y garantías para la imposición de una sanción de expulsión (STS 3 de noviembre de 1981). En tercer lugar, el extranjero objeto de una medida de expulsión tiene derecho a la protección de la vía preferente y sumaria de la Ley 62/1978. Por último, la STS de 14 de julio de 1987 determinó los requisitos exigidos a las notificaciones de expulsión, así como las consecuencias de una notificación defectuosa.

---

[91] Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo reconoció que la carencia de documentación podía ser motivo de expulsión únicamente si su carencia no estaba justificada (STS 26 de junio de 1984); que la expulsión por amenaza al orden público y la seguridad interior debía respetar los principios de legalidad y veracidad en al actuación administrativa, así como que la razón de Estado, de ser alegada debería argumentarse y justificarse como garantía frente a la arbitrariedad (STS 14 de junio de 1984); que en caso de manifestación pacífica, aunque no autorizada, no cabía expulsión por ser esta una sanción desproporcionada en una sociedad democrática respecto del fin perseguido (STS 10 de diciembre de 1984); que el matrimonio posterior a la resolución de expulsión creaba una situación jurídica nueva amparada por el ordenamiento que impedía la expulsión (STS de 3 de diciembre de 1985).

[92] Respecto al procedimiento, el elemento más relevante, y en el que se hace el máximo hincapié es en el requisito de audiencia previa a la expulsión. La audiencia al interesado, en virtud del art. 24 CE se convierte en un requisito ineludible cuya ausencia comporta la nulidad de la expulsión (STS 22 de septiembre de 1981, STS 21 de diciembre de 1981, STS 14 de julio de 1982, STS 21 de enero de 1983, STS de 20 de noviembre de 1983, STS de 13 de febrero de 1984, STS de 3 de marzo de 1984, STS de 10 de diciembre de 1984, en contra la STS 3 de diciembre de 1985 por su supuesto de hecho excepcional). Además, se exigen una serie de condiciones y garantías para la imposición de la sanción de expulsión (STS 3 de noviembre de 1981), especialmente la notificación de la expulsión y las consecuencias de una notificación defectuosa (STS de 14 de julio de 1987) y se permite el acceso del extranjero a la protección de la vía preferente y sumaria de la Ley 62/1978.

[93] Debido a la peculiaridad de la situación fáctica descrita en la STS 3-12-85, se consideró que por economía procesal el trámite de audiencia omitido no daba lugar a la nulidad de la expulsión, pues cupo la posibilidad de un recurso de reposición y dos recursos contenciosos frente a la medida, todo lo cual supuso la inexistencia de verdadera indefensión. La peculiaridad fáctica de dicha sentencia se debía en gran parte al abultado historial del extranjero obrante en el informe policial, que era de tal trascendencia objetiva que permitía la subsunción en los supuestos del art. 26 del Decreto de 1974. No empecía a ello la entrada en vigor de la LO 7/1985, pues el supuesto recurrido bien podía encajarse en el art. 26 LOE.

Pero si el avance en materia de expulsión fue realmente significativo[94], respecto al incumplimiento de las prohibiciones de entrada se abre un importante abismo, pues las únicas sentencias sobre la cuestión, las SSTS de 25 de junio de 1980[95] y de 23 de septiembre de 1981, introdujeron una notable y perdurable confusión. En la primera no se reconoció la obligatoriedad de un procedimiento con audiencia, elegaciones, defensa y derecho a revisión del caso imperativa desde el punto de vista del art. 13 PIDCP, porque se trataba de extranjeros que no habían entrado legalmente. La consecuencia de la entrada vulnerando una prohibición de entrada era, se decía, la directa reejecución de la expulsión anterior, que constituía su título ejecutivo. A pesar de la trascendencia que esta resolución tendría posteriormente como fundamento jurisprudencial del art. 36.2 LOE, el alcance de esta Sentencia debió haberse limitado en base a dos circunstancias: en primer lugar, fue una de las primeras sentencias en materia de extranjería del Tribunal Supremo tras la Constitución, a raíz de un caso planteado antes de la aprobación de la misma en el que la argumentación jurídica vertida por el Tribunal Supremo no era absolutamente irrazonable, aunque fuera inadmisible en lo atinente a la ausencia de garantías y procedimiento; en segundo lugar, su carácter casi único, pues la STS de 23 de septiembre de 1981[96] posterior se refirió a cuestiones distintas a la prohibición de entrada.

Aunque algunos autores han apuntado a esta Sentencia el antecedente de la figura de la devolución, el Tribunal Supremo acertaba al señalar que únicamente se trataba de la reejecución de una expulsión anteriormente adoptada, si bien debió haber reconocido la necesidad de un mínimo procedimiento administrativo con audiencia para que el extranjero

---

[94] J.L. PIÑAR MAÑAS: "El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional", RAP nº 93 1980, págs 199-212.

[95] De la STS 25 de junio de 1980 se desprende que la infracción de la prohibición de entrada permite la ejecución de la orden de expulsión adoptada anteriormente, de tal manera que la orden de expulsión mantiene su vigencia durante el tiempo que dura la prohibición de entrada y es directamente aplicable (acto de ejecución) en caso de infracción de la prohibición. De ello se infiere que se trata de una acción para restituir la legalidad vigente frente a una infracción por la via de hecho del ordenamiento. La STS añade que esta reacción del ordenamiento no es una nueva expulsión, en cuyo caso habría que aplicar el art. 13 PIDCP sobre la necesidad de un procedimiento con ciertas garantías, sino que la entrada se realizó por la vía de hecho, y en consecuencia su estancia en territorio español se produjo sin respeto de la legalidad vigente, lo que impide hablar de "expulsión" y de aplicación del art. 13 PIDCP.

[96] En la STS 23 de septiembre de 1981, que es la segunda sentencia referente al quebrantamiento de una prohibición de entrada, se reconoce a un extranjero sobre el cual pende una prohibición de entrada, el derecho a obtener una Resolución expresa de la Administración sobre su solicitud de levantamiento de tal prohibición, y ello se ampara en el art. 24 CE.

manifestara la posible existencia de nuevos elementos que permitieran suspender o revocar la expulsión anterior, e imponer el respeto del art. 13 PIDCP[97].

Como se puede apreciar la reejecución de una expulsión es un acto administrativo que dista mucho aún de la devolución, sencillamente porque en este período aún no existe la devolución como figura independiente.

Para el caso de entrada ilegal el ordenamiento preveía la aplicación de un rechazo en frontera, y si este no fuera posible, la expulsión, con base en muy distintas fuentes normativas[98]. Tal y como describe la práctica administrativa GÓMEZ REY[99], la expulsión en los casos de entrada ilegal podía fundamentarse en el art. 31 de la Ley de Orden Público, prevista para los supuestos de contravención de las formalidades que acuerden las autoridades administrativas para establecimiento de extranjeros. Si se consideraba a un extranjero en estado peligroso, se le podía aplicar una medida de seguridad consistente en la expulsión[100] con base en la Ley de Peligrosidad Social. Finalmente, la amplitud del enunciado del art. 29 del Decreto 522/1974 permitía incluir dentro del concepto "conducta que observen" o "causas análogas" la entrada ilegal y abrir la expulsión a este supuesto. Evidentemente, la aplicación de las normas de orden público o peligrosidad social, regulaciones tradicionales en nuestro ordenamiento histórico, la vigencia tras la entrada en vigor de la Constitución y particularmente a la luz del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE y de los principios y derechos constitucionales relativos a la actividad adminsitrativa sancionadora (arts. 9, 25 o 105 CE) estaba seriamente comprometida.

---

[97] Con esta Sentencia el Tribunal Supremo se autolimitó incosncientemente, al cerrarse a sí mismo la posibilidad de revisar mediante recurso su interpretación y al dotar asímismo a la Administración de cobertura jurisprudencial para omitir las garantías que cualquier actuación administrativa merece.

[98] No sólo diferentes, sino muy discutibles, cuando no "abiertamente inconstitucionales", como se reconoció posteriormente en el debate de la LO 7/1985 en el Congreso de los Diputados. Posteriormente, la STC 116/1993 declaró que los supuestos descritos en el art. 29 del Decreto 522/1974 vulneraban el principio de tipicidad contenido en el art. 25 CE.

[99] Como acertadamente señala GÓMEZ REY podían distinguirse dos motivos que dan lugar a la expulsión: a) casos en los que la obligación de repasar la frontera se deriva de que el extranjero ha atravesado la misma incumpliendo alguna de las disposiciones que en Derecho español rigen en esta materia (expulsión por vicios de origen); b) supuestos en los que la decisión estatal de expulsar se deriva de un comportameinto antisocial de la persona que hasta ese momento se encontraba legítimamente instalado en España (expulsión por vicios sobrevenidos). GÓMEZ REY, Fernando J.: "La expulsión de extranjeros en el ordenamiento español", Revista Universidad y Sociedad, nº 4, 1982, págs 222 y 223.

[100] La inaplicación a las medidas de seguridad de las garantías del procedimiento penal es manifiestamente inconstitucional, como reiterada jurisprudencia constitucional ha señalado, aunque ello no impide que en materia de expulsión la práctica administrativa consistiera en la aplicación de estas medidas.

En cualquier caso, parece ser que la inercia administrativa continuó aplicando una medida de expulsión u orden de "repasar la frontera" en los casos de entrada ilegal, medida a la que la jurisprudencia no exigió las garantías del art. 13 PIDCP[101], precisamente por ser estas predicables de los extranjeros en situación legal. Esa inercia también debió afectar a los Tribunales porque no extendieron su control a las medidas de expulsión por razón de entrada ilegal[102]. En este sentido, el tratamiento administrativo y jurisdiccional de la expulsión por entrada ilegal adoleció de los mismos defectos que la expulsión a lo largo del período preconstitucional: se siguó aplicando como una sanción de plano, con total discrecionalidad por parte de la Administración, cuyas autoridades policiales gozaban de una libre y completa potestad de decisión.

4.2.-La tramitación y aprobación de la Ley Orgánica 7/1985

Hasta 1985 el Decreto 522/1974 estuvo formalmente en vigor, aunque su contenido había sido ya superado por las prescripciones constitucionales.Sin embargo, la aprobación de una nueva Ley sobre el régimen de los extranjeros en España no se produjo hasta 1985, a pesar de las iniciativas parlamentarias comentadas anteriormente. En esa fecha el fenómeno migratorio en España había cambiado si no sustancialmente, apuntando nuevas tendencias para el decenio siguiente, tendencias que pronto superarían la mayor parte de las previsiones. La población inmigrante aquél año, incrementada a lo largo del último lustro en más de un 36%, se cifraba en unas 500.000 personas entre regulares e irregulares[103], razón que dio alas al desarrollo legislativo del mandato contenido en el art. 13.1 CE para delimitar los derechos de los extranjeros, incluso por el procedimiento de urgencia. Estas

[101] STS 25 de junio de 1980.

[102] A diferencia de la expulsión por vicios sobrevenidos (según la clasificación de GOMEZ REY), la expulsión por entrada ilegal no se beneficiaba en absoluto de la aplicación de la Constitución por la jurisprudencia, porque se consideraba que las actuaciones administrativas adoptadas tendían a remediar entradas realizadas por la vía de hecho, en contra de la legalidad. A diferencia de la expulsión por vicios sobrevenidos (según la clasificación de GOMEZ REY), la expulsión por entrada ilegal no se beneficiaba en absoluto de la aplicación de la Constitución por la jurisprudencia, porque se consideraba que las actuaciones administrativas adoptadas tendían a remediar entradas realizadas por la vía de hecho, en contra de la legalidad.

[103] Según el Sr. Barrionuevo Peña, Ministro del Interior, en su presentación al Congreso del proyecto de Ley, que estimó en unos 250.000 los extranjeros "ilegales" en España (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 181 de 19 de febrero de 1985, pág. 8299). Coincidiendo en la cantidad de extranjeros regulares, unos 250.000, IZQUIERDO, *cit. supra*, disiente de la cantidad de extranjeros irregulares, que cifraba a lo sumo en unos 150.000.

circunstancias unidas en parte a la coincidencia de la mayoría de los Grupos Parlamentarios en los aspectos esenciales de la Ley, y en parte a la mayoría absoluta socialista cuyo Gobierno presentaba el proyecto de Ley, allanaron el debate en las Cortes y la rápida aprobación de la *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España*[104] con una votación final y de conjunto de 260 votos a favor y 3 en contra.

Diversos autores han comentado dicha norma, suscitando casi unánime acuerdo sobre su orientación de policía administrativa, en el sentido de que en dicha norma el peso de los aspectos de control migratorio era superior al de los elementos de desarrollo y delimitación de los derechos de los extranjeros o de instauración de mecanismos de integración social de los mismos, no se diga respecto a su instrumentalidad como mecanismo de gestión de políticas migratorias. Respecto a las medidas de alejamiento al servicio del sistema de control migratorio, la Ley organizó el sistema de control migratorio y de alejamiento de extranjeros sobre tres pilares normativos: el art. 11 LOE sobre entrada en España[105], el art. 26 LOE sobre expulsión de extranjeros[106] y el art. 36.2 LOE sobre devolución de extranjeros, figura de nuevo cuño introducida por via legal por vez primera en nuestro ordenamiento[107].

---

[104] BOC de 28 de enero de 1985, Serie A, nº 132 y BOC Senado, Serie II, nº 252, de 10 de mayo de 1985. Sobre las iniciativas parlamentarias presentadas entre 1980 y 1985 y la tramitación de la LO 7/1985 puede consultarse APRELL LASAGABASTERcit. supra, pág. 25 y ss.

[105] Durante su tramitación parlamentaria el art. 11 de la ley, que regulaba los controles de entrada y al rechazo en frontera, fue objeto de tres enmiendas, dos de ellas de escasa trascendencia: enmiendas nº 6 del Grupo Mixto y la enminenda nº 51 del Grupo Parlamentario Popular. La tercera enmienda, la enmienda nº 24, propuesta por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos apostaba por introducir la distinción entre entrada y permanencia en España, condicionando la segunda para aquellos extranjeros que carecieren de medios económicos, pero no la simple entrada, distinción de cierto calado, pero que finalmente no prosperó.

[106] La regulación de la expulsión fue objeto de diversas enmiendas, de las que únicamente merece aquí destacar la nº 11, presentada por el Grupo Mixto, que pretendía eliminar el supuesto de expulsión del art. 26.1.f) por la comisión de actividades o conductas consideradas socialmente como reprobables, pues esta no era -se argumentaba- una definición jurídica concreta y objetiva. De todos modos, su propuesta era sustituir aquella expresión por la de "carencia de medios lícitos de vida".

[107] La devolución contenida en el art. 36.2 LOE fue objeto de una enmienda, en el Congreso, aceptada por la Ponencia a efectos de mejorar la redacción del precepto, pero sin ninguna trascendencia sobre la configuración de la figura. Del análisis del Diario de Sesiones se concluye que la figura de la devolución no fue objeto de debate plenario ni en el Congreso ni el Senado. La devolución pasó completamente desapercibida para los legisladores a causa, probablemente, del carácter de urgencia con que se tramitó la Ley Orgánica así como por la monopolización de todo el protagonismo por la expulsión. No es aventurado suponer que la figura de la devolución debió plantearse como medida ejecutiva para aquellos casos en los que el extranjero hubiese sido sancionado previamente con una expulsión y hubiese vulnerado la prohibición de entrada, en línea con la construcción jurisprudencial de la STS de 25 de junio de 1980. El problema estriba en que, si bien la construcción jurisprudencial tenía cierta lógica en el marco del Decreto 522/1974 que sancionaba el resto de entradas ilegales con una expulsión del art. 28.2, la inclusión en la figura de la devolución de los supuestos de

El modelo de control migratorio abrazado por esta norma se ha conservado hasta la actualidad a pesar de numerosas modificaciones legales posteriores, si bien ha sido completado con nuevos mecanismos de control y nuevas tecnologías, así como dotados sus procedimientos de mayores garantías para los extranjeros. Partiendo de un sistema de control de entradas de doble filtro, basado en la obtención previa de visado (siendo este un documento del que los ciudadanos un buen número de países estaban exonerados) y en el reexamen de las condiciones de entrada en frontera, la LOE se sirvió de dos medidas de alejamiento para garantizar la efectividad del sistema de control de entradas: el rechazo en frontera y la devolución, medida esta última de nuevo cuño regulada someramente en el art. 36.2 LOE cuya tramitación parlamentaria había pasado completamente desapercibida, a causa, probablemente, tanto del carácter de urgencia con que esta Ley Orgánica se tramitó, como por la monopolización de todo el debate parlamentario por la figura de la expulsión, la tercera medida de alejamiento, dispuesta para sancionar a los extranjeros y garantizar la integridad del sistema de control migratorio de estancia.

Esta norma dibujaba un sistema de doble y sucesivo control migratorio, un control más intenso en el momento de la entrada (dada la mayor facilidad de controlar las entradas) y un control más relajado durante la estancia en España, control sustentado en la instauración de mecanismos de control migratorio como los puestos fronterizos o el requisito de renovación periódica de los permisos de residencia y/o trabajo, sustentados sobre la amenaza del alejamiento coactivo de los extranjeros en caso de contravención de los mismos o de incumplimiento de las condiciones impuestas por la Ley.

Los controles migratorios de entrada se ejercían incluso antes del inicio del viaje, mediante la exigencia de la obtención previa del visado de entrada en la embajada española en el país de origen (primer filtro, potestativo), si bien en 1985 los nacionales de numerosos países resultaban exentos de tal obligación en virtud de una red de convenios bilaterales de exención de visado para estancias de corta duración. La entrada en España, de obligada realización por los puestos fronterizos habilitados al efecto, introducía un control generalizado de todos los extranjeros con independencia de su origen nacional, en el que se

entrada ilegal, desnaturalizaba la lógica que sustentaba la doctrina de la STS de 25 de junio de 1980, pues la entrada ilegal carecía de un título ejecutivo anterior como era la expulsión.

examinaban las razones de su viaje y el cumplimiento de los requisitos de entrada y estancia en España (segundo filtro, obligatorio).

Los mecanismos de control migratorio, que pueden dividirse en directos e indirectos, según la finalidad principal de los mismos sea el control de la identidad y del cumplimiento de los requisitos de entrada o estancia de los extranjeros en España (controles migratorios en los puestos fronterizos o controles itinerantes, comparecencia personal para la obtención o renovación de determinados documentos como el visado o el permiso de residencia, etc...), o tal control se realice como resultado de actuaciones administrativas encaminadas a otros fines (solicitudes de identificación en la investigación de delitos, altas y bajas en ficheros y registros administrativos como el padrón municipal, asistencia sanitaria, Seguridad Social, etc...). En general, los controles de entrada se sirven de mecanismos de control directo y los controles de estancia se sustentan en una red de mecanismos de control indirectos, que pueden llegar a ser bastante eficaces cuanto más sofisticado sea el sistema de control, si bien en 1985 todavía no se alcanzaba tal nivel.

Al servicio del control migratorio y como instrumentos coercitivos las medidas de alejamiento de extranjeros podían ser de tres clases: el rechazo en frontera (art. 11.4 LOE), la expulsión (art. 26.2 LOE) y la devolución (art. 36.32 LOE). La regulación legal de los respectivos ámbitos de aplicación de cada una estas medidas distaba mucho de ser correcta, vista la superposición de los mismos, no obstante pueden efectuarse algunas precisiones sobre los mismos.

El *rechazo en frontera* se adoptaba tras una denegación de entrada al territorio adoptada en un puesto fronterizo, y tras la negativa del extranjero a volver voluntariamente al país de procedencia. La regulación del art. 11.3 LOE apenas ofrecía indicaciones sobre el trámite procedimental o las garantías de los extranjeros objeto de una denegación de entrada. Tales cuestiones debían derivarse o bien de la regulación reglamentaria en desarrollo de tal disposición o de la normativa general sobre procedimiento administratrivo a la que de forma genérica remitía el art. 29.2 LOE. Evidentemente, el rechazo en frontera constituía una medida de alejamiento al servicio exclusivamente del control migratorio de entradas.

La *expulsión* regulada en el art. 26 LOE, constituía una medida de alejamiento tanto de los extranjeros que permanecían irregularmente en el territorio nacional como de aquellos

que, residiendo regularmente en él, constituían una amenaza muy grave para la seguridad nacional o las relaciones internacionales o habían cometido graves infracciones del orden público o del ordenamiento laboral de acceso al mercado de trabajo por parte de los extranjeros[108]. Fundada en una serie de mecanismos de control directos, pero sobre todo indirectos, la expulsión de extranjeros constituía fundamentalmente una medida de alejamiento de extranjeros al servicio del control de estancia. No obstante, la amplitud del concepto de "estancia irregular", que ya mereció una interpretación reductora por la STC 116/93, permitía considerarla una medida de alejamiento al servicio del control de entrada cuando se aplicaba a extranjeros recién llegados a España que hubieran entrado ilegalmente pero no hubiera sido posible (o no hubiera convinido) adoptar contra ellos una medida de devolución.

La *devolución* del art. 36.2 LOE, presenta a su vez una doble finalidad: por un lado, se aplica a los extranjeros que entran ilegalmente en España, y como tal constituye una medida de alejamiento al servicio del control migratorio de entradas; por otro, se aplica también a los extranjeros que, tras haber sido expulsados contravienen la prohibición de entrada aneja a la resolución de expulsión, y al ser detectados en el interior de España son reexpulsados de forma expeditiva, constituyendo así una medida de alejamiento al servicio tanto del control migratorio de entrada como de estancia. Esta duplicidad, o híbridez, afectaba consecuentemente a la naturaleza, cuya determinación dependía de la causa justificativa de la devolución, e incluso desplegaba (o debería haber desplegado) efectos sobre el procedimiento administrativo introduciendo garantías suplementarias en caso de devolución por entrada ilegal, vista la diferente gravedad de la infracción cometida. En todo

[108] Es imposible aquí reproducir o siquiera resumir las críticas vertidas contra las causas de expulsión contenidas en el art. 26.1 LOE. Por su configuración, esta medida de alejamiento heredó algunos de los elementos de la regulación preconstitucional, rozando por ello la inconstitucionalidad en algunos de sus apartados, lo cual obligaría al Tribunal Constitucional a realizar una importante labor interpretativa de conformidad con la Constitución del art. 26.2 LOE, relativo al internamiento de extranjeros (STC 115/1987) para poder compatibilizarlo con los mandatos constitucionales. Cfre. APRELL LASAGABASTER, cit. supra. Sobre el concepto de sentencias constitucionales interpretativas, cfre.; AJA; Eliseo (editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador ordinario*, Ed. Ariel, Madrid 1998. En determinados elementos sobre los que no tuvo oportunidad de pronunciarse directamente el Tribunal Constitucional, por falta de impugnación, destacamente en relación a las causas de expulsión, subsistieron hasta la derogación de la LOE fundadas dudas de constitucionalidad, especialmente si se tiene en cuenta el pronunciamiento de la STC 116/93 sobre la incompatibilidad con la Constitución de una previsión excesivamente abierta del anterior Decreto 522/1974 que guardaba cierta similitud con el art. 26.1.f) LOE.
No hay que olvidar que la misma STC 115/87 declaró inconstitucional la redacción del art. 34 LOE que establecía la ejecutividad inmediata de las decisiones administrativas, cuestión general pero de destacada importancia en relación con las medidas de alejamiento.

caso, el art. 36.2 LOE apenas describía el contenido y funcionamiento de la devolución, tarea que tuvieron que asumir los sucesivos reglamentos ejecutivos de la LOE: el Real Decreto 1119/1986 y el Real Decreto 155/1996. En la adopción del primer Reglamento y pese a que los defectos en el régimen de la devolución eran evidentes, el Dictamen del Consejo de Estado nada objetó a su regulación, así como tampoco al sistema de salidas voluntarias, salidas obligatorias y expulsiones, línea que mantuvo en su posterior Dictamen sobre el Reglamento de 1996[109], donde desperdició la oportunidad de señalar algunas deficiencias o introducir propuestas de mayor calado y admitió la ausencia de procedimiento en la devolución[110].

4.3.- El desarrollo reglamentario de la LO 7/1985 y su impacto sobre las medidas de alejamiento (1986-2000)

A la aprobación de la Ley Orgánica 7/1985, siguió poco tiempo después la adopción del Real Decreto 1119/1986 como reglamento de desarrollo. En la Sección 2ª del Capitulo I de dicho reglamento se especificaban los requisitos legales necesarios para la entrada legal (documentación completa, medios económicos, exigencias sanitarias, entrada por puestos fronterizos habilitados y no padecer una prohibición de entrada); su art. 15 habilitaba a los funcionarios fronterizos para realizar el control de los extranjeros, debiendo comprobar la documentación, la inexistencia de prohibición de entrada o algún posible impedimento para la misma, facultad esta última que otorgó un excesivo margen de discrecionalidad a los funcionarios de control para adoptar medidas de rechazo en frontera, tal y como fue repetidamente denunciado por el Defensor del Pueblo y parte de la doctrina[111]. Las figuras de la expulsión y devolución se encontraban desarrolladas en el Capitulo VIII: sobre el

[109] Dictamen del Consejo de Estado al Reglamento de 1986 en la Recopilación de Doctrina Legal. Año 1986, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid 1990, pág. 379. Dictamen del Consejo de Estado al Reglamento de 1996 en Recopilación de Doctrina Legal. Año 1996, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997, pág. 1345.

[110] Por su lado, en aplicación del art. 7.3 de la Ley 21/1991, el Consejo Económico y Social emitió con fecha 5 de julio de 1995 un Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto de ejecución de la Ley Orgánica de extranjería, que tampoco aportó mayores aclaraciones sobre la figura de la devolución. Consejo Económico y Social: Dictámenes 1995, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid 1996, pág. 35.

[111] Entre esos autores destaca la opinión de APRELL LASAGABASTER, *cit. infra,* que la consideraba una actividad reglada y por ello entendía que ese precepto no permitía más que la comprobación de la documentación y no concedía margen de apreciación ninguno.

procedimiento para la adopción de una medida de devolución, el Reglamento se limitaba a anunciar que los extranjeros objeto de devolución lo serían "en virtud de órdenes dictadas por el Gobernador Civil de la provincia en que se hallaren", indefinición en la regulación del procedimiento que impidió durante este período la existencia de un procedimiento con mínimas garantías para el extranjero[112]; la expulsión se extendió no sólo a las infracciones más graves del art. 26.1 LOE, sino también a supuestos que, por su menor gravedad, podían ser sancionados con medidas menos gravosas.

A finales de los ochenta, la importancia de la inmigración había ido en aumento.El número de preguntas e interpelaciones tanto en el Congreso como en el Senado aumentó paralelamente al número de extranjeros con permiso de trabajo en España, que en 1991 alcanzaron la cifra de 360.655, de los cuales casi 50.000 eran marroquíes. El 9 de abril de ese mismo año se debatió y aprobó en el Congreso una proposición no de ley sobre la situación de los extranjeros en España[113], que instaba al Gobierno a desarrollar una serie de puntos, entre los cuales se abordaba el empleo de la expulsión por la Administración y algunas consideraciones que afectaban a la entrada en España, sin que hubiera referencia alguna a la devolución entre las enmiendas desestimadas. Tras 1991, Congreso y Senado siguieron demostrando su interés por la materia de inmigración.

Con posterioridad y como respuesta al casi unánime convencimiento de la necesidad de una profunda reforma del régimen de extranjería, se adoptó el Real Decreto 155/1996, reglamento de desarrollo de la ley que viene a sustituir el reglamento de 1986, introduciendo importantes modificaciones respecto a su predecesor con la finalidad de atenuar la dureza del mismo y ampliar los aspectos de integración y derechos que se habían negligido en el anterior reglamento. Si en materia de expulsión es donde se percibe un cambio más profundo, al reducirse los supuestos de expulsión a las infracciones más graves y

---

[112] En el apartado 3° del art 85 se previa la salida voluntaria para los extranjeros que hubieran entrado ilegalmente, esta medida consiste en repasar la frontera o reemprender viaje marítimo, aéreo o terrestre, a su voluntad. Si no tueviera lugar la salida voluntaria, el apartado 5° del art. 85 preveía que ésta se ejecutaría en la forma prevista para las expulsiones. Es de especial importancia destacar la relación entre estos dos apartados del art. 85 del Reglamento de 1986, pues determinaban una configuracióny una naturaleza de la devolución muy distinta a la que adquiriría con el posterior Real Decreto 155/1996.

[113] Proposición no de ley ante el Pleno, de los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán (CiU), CDS, Mixto (AIC, UV, EE y EA) y Vasco (PNV), sobre la situación de los extranjeros en España, BOCD, IV Legislatura, Serie D, n° 165, pág. 1 y ss.

estableciendo las bases de un procedimiento con más garantías que incorpora la doctrina constitucional sobre los Centros de Internamiento, respecto al rechazo en frontera, por el contrario el nuevo art. 36 introduce la posibilidad de que el funcionario exija al extranjero la documentación acreditativa de la finalidad perseguida con su entrada en España, la valoración de la cual así como de los motivos de entrada en España corresponderá al mismo funcionario y que de ser negativa da lugar al rechazo del extranjero, al igual que la falta de la documentación necesaria o la insuficiencia de medios económicos (arts. 38 y 41). La devolución sufre algunos cambios por el nuevo art. 123 REDILE, entre los cuales la paradójica prohibición de internamiento y la remisión al régimen de ejecución forzosa de la expulsión, remisión no exenta de problemas que requería una selección normativa previa y una reinterpretación de los preceptos previstos para la expulsión[114].

No obstante, y como acertadamente advertiera el Consejo Económico y Social[115], la reforma introducida por el Reglamento de 1996 estaba limitada por la propia Ley Orgánica 7/1985, cuyo articulado era totalmente inadecuado a los cambios normativos y sociales acaecidos desde su promulgación. Tuvieron que pasar casi cuatro años, durante los cuales resultaron aún más patentes las limitaciones de la LO 7/1985, para que se acometiera la reforma que desembocaría en la promulgación de la LO 4/2000.

4.4.- La amplia reforma acometida por la LO 4/2000: la reorganización del sistema de control migratorio de entrada, las medidas de alejamiento y los mecanismos de regularización

A finales de los noventa se empezó a plantear la posibilidad de adoptar una norma complementaria de la LOE con el fin de introducir cierta estabilidad y seguridad en la situación de la población extranjera asentada en el territorio español. A las tradicionales críticas vertidas desde el entorno asociativo a la LOE, se sumaba una realidad en la que cada

[114] Por su parte, el Dictamen que, en aplicación del art. 7.3 de la Ley 21/1991, el Consejo Económico y Social (CES) emitió, en fecha 5 de julio de 1995, sobre el Proyecto de Real Decreto de ejecución de la Ley Orgánica de Extranjería contiene algunas observaciones y recomendaciones de interés en materia de control migratorio Cfre.: Consejo Económico y Social: Dictámenes 1995, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid 1996.
[115] Consejo Económico y Social: Dictámenes 1995, *cit supra*, pág. 35.

vez resultaba más evidente la obsolescencia del modelo migratorio contenido en dicha Ley a la vista de la realidad migratoria del momento[116]. Se había desarrollado, además, un marco jurídico mucho más rico y detallado, en el que tanto la normativa internacional como comunitaria incidían de manera relevante, y se había conformado también un considerable cuerpo jurisprudencial por la jurisdicción europea, constitucional y ordinaria. La reordenación de este sector del ordenamiento abordada parcialmente con la reforma del Reglamento ejecutivo acometida por el RD 155/1996 se revelaba a todas luces insuficiente. Pronto se comprobó que, además de un nuevo reconocimiento de los derechos de las personas extranjeras y de algunas previsiones sobre su integración, sería necesaria la reforma de la LOE, especialmente para reforzar la estabilidad de la estancia y trabajo de los extranjeros en España, así como una profunda revisión del sistema de infracciones y sanciones de la Ley.

Esa necesidad de cambio originó en marzo de 1998 la presentación de varias proposiciones de ley por parte de los grupos parlamentarios de la oposición[117]. A la presentación de todas estas proposiciones[118] siguió un proceso de discusión y consenso entre los miembros de la ponencia designada al efecto en la Comisión Constitucional del Congreso, ponencia que presentó una proposición completamente nueva y distinta sobre la base de un pacto entre todas las fuerzas políticas[119]. Tras algunas modificaciones de índole principalmente técnica y su calificación como urgente por la Mesa, su discusión y votación

[116] La realidad migratoria a finales de los años noventa se caracterizaba por el aumento de la presencia inmigrante, el mantenimiento y crecimiento de la presión migratoria, el aumento espectacular de las cifras de inmigración irregular en España, el drama de las "pateras" y el incipiente tráfico organizado de inmigrantes, el endurecimiento de la política de concesión de visados, y el fortalecimiento de los mecanismos de control fronterizo tras la integración en Schengen, la reducción de las solicitudes de asilo tras la reforma por la Ley 9/1994, etc...

[117] Trayendo origen en un debate promovido por la Consejería de Bienestar Social de la Generalitat de Catalunya, la primera Proposición de Ley para la integración de los extranjeros (BOCD), fue presentada por Convergencia i Unió (CiU) al Congreso de los Diputados en marzo de 1998, y seguida el mismo día, por otras dos de Izquierda Unida (IU) junto con los diputados de Iniciativa per Catalunya y de Nueva Izquierda a través del Grupo Mixto (GMixto) en el Congreso, a las que, poco después, se añadió una enmienda a la totalidad con texto alternativo del Grupo Socialista (GS), dirigida a sustituir a la Ley anterior.

[118] Sobre las Proposiciones de Ley de reforma de la LO 7/1985, se puede consultar: RUIZ DE HUIDOBRO, José María: "Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración" en la revista Migraciones, nº 4 1998, págs. 269-299; o AJA, Eliseo (dir): "Las Proposiciones de Ley de reforma de la Ley de Extranjería", en *Actualidad Administrativa*, nº 41, 8-14 de noviembre de 1999, págs. 1123-1170.

[119] BOCG CD, VI Legislatura, Serie B, nº 330-1, de 4 de noviembre de 1999. El 10 de noviembre se debatieron y votaron en Comisión las enmiendas al texto de la ponencia (BOCG CD, VI Legislatura, Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional nº 795, de 10 de noviembre de 1999), tras el debate en Comisión los preceptos relativos a la devolución resultaron inalterados y se incorporaron íntegramente al Dictamen de la Comisión (BOCG CD, VI Legislatura, Serie B, nº 330-3, de 19 de noviembre de 1999); el mismo 10 de noviembre, la Mesa del Congreso de los diputados decidió tramitar la Proposición por el procedimiento de urgencia (BOCG CD, VI Legislatura, Serie B, nº 330-2, de 15 de noviembre de 1999).

en el Pleno del Congreso terminó con su aprobación con el mismo contenido y redacción remitada por la Comisión[120]. Sobre el texto consensuado en el Congreso, el Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) llegaron a un acuerdo para introducir importantes enmiendas al mismo durante su tramitación en el Senado[121]. Sin embargo, las enmiendas del Senado no prosperaron y finalmente se aprobó el texto original del Congreso el 23 de diciembre de 1999[122]. Tras una más que agitada tramitación parlamentaria, con fecha de 12 de enero de 2000, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la *Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*[123].

Un rasgo esencial de la LO 4/2000 es que incorporó toda una serie de mecanismos de integración social, eje imprescindible junto al sistema de control migratorio de las políticas de gestión migratoria modernas. Respecto del control migratorio diseñado por la LO 4/2000, aunque es menos novedoso que el eje de integracción social, pues mantiene los rasgos esenciales del sistema de la Ley anterior, incluye algunas novedades de importancia para la evolución del mismo. Entre los rasgos esenciales heredados, la Ley mantiene la organización del control migratorio esencialmente en torno a dos estadios: el estadio de entrada y el estadio de permanencia o estancia en España, y mantiene una serie de instrumentos al servicio del mismo, entre los cuales las medidas de alejamiento. presentaba una configuración particularmente compleja del control de entradas y las medidas de alejamiento a su servicio, especialmente por la remodelación de lo ambitos de aplicación de cada una de las medidas de alejamiento (rechazo en frontera del art. 24.2, retorno con internamiento del art. 56, retorno del art. 54 y expulsión por entrada ilegal del art. 53); el

[120] BOCG CD, VI Legislatura, Serie B, nº 330-5, de 30 de noviembre de 1999.

[121] BOCG, VI Legislatura, Senado, Serie IIIB, nº 44 (e), de 13 de diciembre de 1999. Dichas enmiendas eran tributarias de un replanteamiento del sistema de control de entradas y de las medidas de alejamiento. Mediante las enmiendas se procedió a suprimir la expulsión por entrada ilegal del art. 49.d), ya que se consideraba que interfería en el ámbito de aplicación de la devolución, nombre con el que se volvió a denominar a la figura prevista en el art. 54; además, también se eliminó el control judicial del retorno en frontera previsto en el art. 56.1 (rechazo en frontera), si bien, la enmienda no alcanzó a otros apartados de este precepto que regulaban el internamiento y la facultad judicial de controlarlo, lo cual conducía a una modificación contradictoria de esta figura. Para completar el sistema de control de entradas, la enmienda del art. 20 sobre asistencia jurídica gratuita en este tipo de situaciones, efectuaba un confuso reenvío a la tan criticada Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, que había privado hasta entonces de tal derecho a los extranjeros, lo cual ocasionaba interpretaciones divergentes sobre la extensión de tal derecho a los extranjeros.

[122] BOCG, VI Legislatura, CD, Serie B, nº 330-7, de 29 de diciembre de 1999 y corrección de errores en el nº 330-8, de 20 de enero de 2000.

[123] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el BOE nº 10, el 12 de enero de 2000.

nivel de control de estancia de extranjeros, a su vez, resultaba sustancialmente rebajado porque suprimía la sanción de expulsión para los supuestos de estancia irregular e introducía mecanismos de regularización ordinaria por una serie de razones relacionadas con el arraigo familiar, laboral o social en España. Por otro lado, al consolidar una serie de derechos y garantías procedimentales y procesales, la Ley también incluía una serie de medidas de control identificativo y documental que aseguraban el reconocimiento de derechos y el acceso a servicios sanitarios, educativos, sociales, etc..., de entre las cuales la inscripción en el padrón municipal devino el elemento central del sistema.

El nuevo texto legislativo además de reconocer un amplio elenco de derechos y libertades a los extranjeros[124], y dotarse de nuevos y eficaces mecanismos de regularización de los extranjeros en situación irregular, profundizó en la distinción entre los controles migratorios de entrada y residencia, y consecuentemente en el control administrativo de ambos estadios, introduciendo cuatro medidas de alejamiento al servicio del mismo: el rechazo en frontera (art. 24.2), el retorno con internamiento (art. 56), el retorno (art. 54) y la expulsión (art. 53).Tanto por su redacción como por su estructura y elementos, los apartados 2º, 3º y 4º del art. 54 LO 4/2000 configuraron una medida de alejamiento, el retorno, heredera de la devolución del art. 36.2 LO 7/1985, cuyo espacio pasó a ocupar[125].

La nueva Ley profundizaba en la distinción entre entrada y estancia, y consecuentemente en el control administrativo de ambos estadios, de manera que la normalización de los extranjeros en situación irregular y se dota de nuevos y eficaces mecanismos, mientras que los instrumentos de control de la estancia y especialmente la expulsión como medida de alejamiento de extranjeros "despenalizan" la estancia ilegal. La

[124] La nueva regulación de las garantías jurídicas de los extranjeros reconoció a todos los extranjeros objeto de una medida de alejamiento el derecho a la asistencia letrada de oficio "en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada o a su expulsión o salida obligatoria del territorio español" e igualmente a la asistencia de intérprete (art. 19), reconocimiento que supone un verdadero hito en la protección de los extranjeros y permitirá, por las razones expuestas a lo largo del trabajo, un avance real hacia su tutela judicial efectiva. Del mismo modo, el art. 18 reconoce el derecho de audiencia, la contradicción de los procedimientos administrativos y la motivación de las resoluciones de devolución.

[125] La nueva ley orgánica incluyó la figura del "retorno" en el art. 54.2, de contenido y redacción similar a la devolución del art. 36.2 LOE, y el retorno con internamiento en el art. 56, como figura equivalente al rechazo en frontera. Los Diputados dieron en denominar esta figura "retorno" porque este término les pareció más preciso para una figura que "implica un análisis de a dónde tiene que ir esa persona, si tiene que ir al sitio de donde vino o tiene, por ejemplo, que ir al país de la Unión Europea y del espacio Schengen que en primer lugar los recibió". Esta denominación, curiosamente introducida y defendida por el diputado popular en el Congreso, Sr. Diego Jordano, fue posteriormente objeto de una enmienda en su tramitación en el Senado, precisamente con el fin de mantener la denominación tradicional de "devolución".

nueva Ley sustancialmente el sistema de control de entradas y especialmente la figura de la devolución, denominada "retorno".

De hecho, la incorporación a Schengen y su puesta en funcionamiento en 1994, la modernización del sistema acometida por el Reglamento de 1996 y la normativa comunitaria sobre la base del Título VI TUE, ya habían obligado a reorganizar el sistema de control migratorio en el estadio de entrada. Las novedades de la Ley en este ámbito se situan más bien en el plano de las garantías y derechos de los extranjeros solicitantes de entrada o detectados entrando irregularmente en España. situados en la frontera española: resolución motivada, asistencia letrada, información sobre los recursos pertinentes, autoridad competente para resolverlos y los plazos. Concretamente, para facilitar la asistencia jurídica en los puestos fronterizos, importante novedad del art. 20.1 de la Ley, será necesario un servicio permanente en aquellos espacios de tránsito que así lo requieran o al menos un sistema eficaz organizado por los Colegios de Abogados, encargados de proveer de letrados de oficio. En este sentido, la prestación de la asistencia letrada podría vehicularse mediante convenios de colaboración con asociaciones de inmigrantes, como ya se ha hecho en el ámbito de la asistencia letrada a solicitantes de asilo.

Respecto de las medidas de alejamiento, el nuevo texto legislativo preveía la *denegación de entrada* en su art. 24.2 para aquellos extranjeros que se sometieran, voluntaria o forzosamente, al control migratorio en la misma línea fronteriza. En línea con la legislación anterior, esta medida se aplicaba a los extranjeros situados fuera del territorio español o en la frontera misma, consistiendo su ejecución simplemente en impedir la entrada en el territorio nacional pero sin requerir el traslado del mismo a su país de origen; en la práctica estas medidas se aplicaban en las fronteras terrestres de Ceuta y Melilla y excepcionalmente en controles aleatorios de las fronteras terrestres francesa y portuguesa.

El *retorno con internamiento* del art. 56.1 LO 4/2000, medida de alejamiento prevista para los casos en que la denegación de entrada se produjera en un control migratorio fronterizo situado en el interior del territorio nacional; se trata principalmente de denegaciones de entrada acontecidas cuando las fronteras geográficas ya han sido cruzadas y el extranjero se encuentra físicamente en territorio nacional, pero aún no se ha sometido al preceptivo control migratorio, generalmente en puertos, aeropuertos y nudos de

comunicaciones y transportes sitaudos en España. En tales casos, el principal problema se planteaba respecto a la situación de detención en las denominadas "zonas internacionales" o "salas de rechazados", cuyos límites ya había planteado cierto debate y controversia jurídica en el pasado[126].

El denominado *retorno* por el art. 54.2 LO 4/2000 y siguientes, tanto por su redacción como por su estructura y los elementos de la misma era la medida de alejamiento heredera de la devolución, constituyendo la reiteración del término "retorno" un error que generó una considerable confusión con el verdadero retorno previsto en el art. 56[127]. En la regulación del retorno-devolución la Ley redujo el ámbito de aplicación de esta figura, al excluir de la misma el concepto de entrada ilegal, que pasaba a ser un motivo de expulsión y sustituirlo por el de pretensión de entrada ilegal[128]; del mismo modo, la contravención de la prohibición de entrada concurría con el mismo supuesto recogido en el art. 49.d Ley para la expulsión, siendo necesaria una interpretación que deslindara los respectivos ámbitos de aplicación y evitara su uso alternativo por la Administración. La nueva regulación, que mantuvo algunos de los defectos de la regulación anterior, como la ausencia de procedimiento legal para la devolución, lo cual obligaba a derivar su regulación de las disposiciones generales de la Ley y de la LRJAPyPAC, tuvo, no obstante un impacto enorme, pues la futura figura del retorno-devolución durante el año 2000 no tuvo la misma trascendencia práctica que la devolución tuvo en el período comprendido entre 1985 y el año 2000, pues la entrada ilegal era el supuesto habilitante del 98% de las devoluciones[129].

---

[126] ATC 55/1996, STC 174/1999, STEDH *Amuur,*.

[127] Una interpretación sistemática de la devolución o retorno obliga, sin embargo a considerar de naturaleza y ámbitos de aplicación distintos la figura contemplada en el art. 54 y el verdadero retorno o devolución del art. 56 Ley. La observación de las enmiendas introducidas en el Senado confirma que esta apreciación era compartida por algunos Grupos Parlamentarios, pues en ellas se distingue entre la devolución del art. 54 y el retorno del art. 56, sin apenas introducir más que modificaciones técnicas.

[128] El supuesto de expulsión del art. 49.d) LO 4/2000 coincidía parcialmente con el retorno-devolución del art. 54 LO 4/2000. Siendo la entrada ilegal un supuesto de expulsión, el retorno por "pretender entrar ilegalmente" del art. 54 Ley, debía circunscribirse a los supuestos en que el extranjero albergase alguna "pretensión de entrar ilegalmente en el país".

[129] El art. 54 introdujo otras novedades en su apartado 4°: primero, la contravención de la prohibición de entrada interrumpe la prescripción de forma que el cómputo de los plazos debe reiniciarse; segundo, sólo en tales casos introduce el control jurisdiccional sobre la detención prolongada más allá de 72 horas. Aunque la introducción de un control jurisdiccional sobre la privación de libertad que exceda las 72 horas de detención es acertada, tal y como se ha defendido a lo largo de este trabajo, la exclusión expresa en la Ley del control jurisdiccional para aquellos supuestos de "pretensión de entrada ilegal", en los que la prolongación de la detención se plantea de forma igualmente acuciante no tiene sentido. Esta distinción no obedece a ninguna explicación lógica, pues la ejecución de la orden de retorno de aquellos extranjeros que "pretendían entrar ilegalmente" en España puede necesitar igualmente de una ampliación del plazo para su ejecución. Superadas las 72 horas de detención preventiva, se plantea nuevamente el dilema entre la puesta en libertad o la

La cuarta medida de alejamiento al servicio del control de entrada dispuesta en la Ley era la *expulsión* de extranjeros del art. 53.1, entre cuyos supuestos habilitantes se encuentra la entrada ilegal y la contravención de una prohibición de entrada, que por ello podían interferir en el ámbito de aplicación del retorno-devolución del art. 49.d) LO 4/2000, problemas detectados durante la tramitación en el Senado y que motivaron la supresión del art. 49.d) LO 4/2000[130]. Aunque la introducción de criterios geográficos o temporales, podía sirvir para determinar si la medida de alejamiento interviene sobre una situación de hecho reciente (retorno con fines de control de entrada) o consolidada (expulsión con fines de control de estancia), lo cierto es que la concurrencia de medidas de alejamiento planteaba problemas de difícil solución y abonaba la opción administrativa por una u otra medida en base a criterios de oportunidad y eficacia más que por criterios objetivos. Del mismo modo, en la expulsión por entrada ilegal, el problema residía en deslindar los ámbitos de aplicación del retorno por "pretender entrar ilegalmente en España" del art. 54 y la expulsión del art. 49.d) por "entrada ilegal, comentados anteriormente.

En resumen, la LO 4/2000 asentó el sistema de control migratorio de entrada haciendo un esfuerzo por diversificar las medidas de alejamiento y deslindar sus respectivos ámbitos de aplicación. En el ámbito de la medida de retorno-devolución del art. 54 LO 4/2000, pueden observarse algunos avances como la extensión del derecho a la asistencia letrada al procedimiento de retorno-devolución, la inclusión del internamiento preventivo en uno de los supuestos de aplicación y el intento de asignarle a esta medida una función mucho más especifica como medida de alejamiento de aplicación a los extranjeros localizados en las cercanías de las zonas fronterizas con intención de entrar clandestinamente. No obstante, este intento tuvo un efecto contrario al deseado introduciendo aún mayor confusión en el régimen de la figura, pues, al mantener el retorno-devolución para los supuestos de pretensión de entrada ilegal y contravención de la prohibición de entrada, y reconducir a la expulsión del art. 49.1.d) la infracción de entrada

---

continuación de la detención como ejecución forzosa, que es la opción sostenida por la STC 174/99, pero sin control jurisdiccional de la misma.

[130] Enmienda nº 79 del Grupo Parlamentario Popular, de supresión del art. 49.d) en base a la confusión que tal supuesto provocaría respecto a la medida de devolución del art. 54.2 (BOCG, VI Legislatura, Senado, Serie IIIB, nº 44 (c), de 10 de diciembre de 1999), posteriormente recogida en el Informe de la Ponencia (BOCG, VI Legislatura, Senado, Serie IIIB, nº 44 (e), de 13 de diciembre de 1999).

ilegal, creó una concurrencia de medidas de alejamiento sobre supuestos de aplicación definidos de forma distinta pero casi imposibles de deslindar en la práctica, lo cual provocaba la concurrencia de medidas de alejamiento en un mismo supuesto[131].

Los principales avances se producen en el marco general de las medidas de alejamiento, especialmente tras la remodelación del sistema de control de entradas y a la extensión del derecho a la asistencia letrada; los principales defectos se derivan de la confusión de los ámbitos de aplicación de las distintas medidas de alejamiento. La combinación del derecho a la asistencia letrada del art. 20.1 LO 4/2000 y el nuevo régimen de medidas cautelares del Capt. II del Tít. VI de la LJCA 1998, redujeron los numerosos obstáculos al control jurisdiccional de las medidas de alejamiento que hasta entonces existían, en especial respecto al retorno-devolución y la retorno con internamiento.

4.5.- La contrarreforma acometida por la LO 8/2000 y el Real Decreto 684/2001: la remodelación del sistema de control migratorio y sus efectos sobre las medidas de alejamiento (2001-2003)

El desacuerdo en la tramitación final de la LO 4/2000 y su aprobación parlamentaria contra la voluntad del partido en el Gobierno, tras la revalidación electoral en marzo de 2000 de su mayoría parlamentaria, esta vez absoluta, explican la modificación inmediata del texto legal. La reforma acometida por la LO 8/2000, tenía por objeto endurecer elementos propios tanto del control migratorio como de la integración social. En sus rasgos principales, por un lado, reintrodujo la expulsión por estancia irregular, devolvió un mayor espacio de

[131] La mayor dificultad de la LO 4/2000 residía precisamente en encontrar un criterio interpretativo deslindar los respectivos ámbitos de aplicación entre el *retorno por "pretender entrar ilegalmente en España"* del art. 54 y la expulsión del art. 49.d) por "entrada ilegal". Esta expresión requiere una interpretación adecuada que la dote de sentido, y la única interpretación funcional del verbo "pretender" aplicado a estas situaciones es que incluya todos aquellos actos preparatorios de la entrada ilegal sin que ésta haya sido todavía consumada. Por consiguiente, el ámbito de aplicación de este supuesto habilitante del retorno se reduciría a aquellas situaciones en que los extranjeros detectados en el momento de cruzar ilegalmente la frontera, por ejemplo, cruzando o saltando la valla de Ceuta o intentando entrar con "pateras" por el Estrecho. Mayores trabas encontraba la aplicación del *retorno por quebrantamiento de la prohibición de entrada*, pues concurre con el mismo supuesto recogido en el art. 49.d Ley para la expulsión, siendo necesaria una interpretación que deslindara los respectivos ámbitos de aplicación, teniendo en cuenta que la solución a adoptar debía impedir el uso alternativo por la Administración de las dos figuras. En este sentido debe señalarse la Enmienda nº 79 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, de supresión del art. 49.d) en base a la confusión que tal supuesto provocaría respecto a la medida de devolución del art. 54.2 (BOCG, VI Legislatura, Senado, Serie IIIB, nº 44 (c), de 10 de diciembre de 1999), posteriormente recogida en el Informe de la Ponencia (BOCG, VI Legislatura, Senado, Serie IIIB, nº 44 (e), de 13 de diciembre de 1999) aunque luego tal enmienda no se trasladó al texto final de la Ley.

discrecionalidad en la expedición de visados, el procedimiento preferente de expulsión, y la ampliación de las sanciones a transportistas. Por lado de las medidas de integración social, restringió el disfrute de derechos por los extranjeros en situación irregular (sindicación, asociación, reunión y manifestación), así como su acceso a determinados servicios y prestaciones sociales, y desdibujó la categoría de extranjero irregular empadronado; también suprimió la participación de los extranjeros regulares en procesos políticos municipales y restringió el derecho de reagrupación familiar.

El Real Decreto 684/2001, dictado en desarrollo del texto resultante de la LO 4/2000 reformada por la LO 8/2000, endureció aún más la regulación de extranjería, hasta el punto de que, impugnado ante el Tribunal Supremo, la STS de 20 de marzo de 2003 anuló varios de sus preceptos por contravenir el principio de legalidad. No obstante, en sus elementos esenciales, el Reglamento mantuvo las directrices que informaron la LO 8/2000 y completó el sistema de control migratorio en él establecido. Cabe destacar que entre los preceptos anulados, se encuentra el mandato de tramitación de la devolución conforme al procedimiento de retorno de la Disposición Única y la ampliación del ámbito de aplicación de la devolución operada sobre el art. 138.

Con posterioridad, una serie de modificaciones menores fueron introducidas por la LO 11/2003, modificaciones que afectaron principalmente a la reforma de las consecuencias de la expulsión (art. 54.4) y el régimen de ingreso en los Centros de Internamiento (art. 62), así como de las sanciones en concurrencia con delitos (art. 57.7.c), la modificación del procedimiento de autorización judicial de la expulsión administrativa así como otras previsiones penales (arts. 108, 318, 318bis y 149 CP) y la modificación del Código Civil a efectos de facilitar el divorcio o separación de mujeres extranjeras (art. 107 Cc). En definitiva, apenas algunos artículos que afectando a las medidas de alejamiento, no son nucleares para el sistema ni alteran el modelo de control migratorio, como sí lo será la siguiente reforma adoptada unos pocos meses después.

4.6.-- La reforma del sistema de control migratorio y de las medidas de alejamiento tras la LO 14/2003, de 20 de noviembre

En su Exposición de Motivos la reforma de la LO 14/2003 de 20 de noviembre se presenta, en parte como una actualización de las disposiciones legales a la normativa comunitaria, en parte también como una remodelación legislativa para dotar de rango legal a algunas de las disposiciones reglamentarias anuladas por la STS de 20 de marzo de 2003 que carecían de tal rango o de cobertura legal suficiente. Lo cierto es que las modificaciones legislativas introducidas por la LO 14/2003 han ido más más allá de una mera transposición o adaptación legal, para resultar en numerosas modificaciones de los distintos elementos del sistema de control migratorio que, valoradas en conjunto, comporta una nueva vuelta de tuerca en el control de los extranjeros tanto en el estadio de control de entrada como en el de control de la estancia o permanencia, modificando también algunos flecos pendientes en las medidas de alejamiento.

Asi, pueden entenderse las modificaciones dirigidas a limitar la reagrupación familiar (art. 17.3 y 4, art. 19) y especialmente las llamadas "reagrupaciones en cadena" (art. 17.2), la posibilidad de exigir la comparecencia personal del solicitante de visado y sus causas de denegación (art. 27.2 y 4), la regularización de la residencia por arraigo (art. 31.3), las condiciones para obtener el permiso de residencia (art. 31.4), la exigencia de comunicación de cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio al Ministerio del Interior (art. 31.5), denegación de documentación identificativa de extranjeros en determinadas situaciones (art. 34.2), limitación a un mes para la solicitud de visado de trabajo tras la notificación de la concesión del permiso de trabajo al empresario (art. 36.1), la situación irregular como infracción grave (art. 53.a), retraso en la tramitación de la tarjeta de identificación (art. 53.h), colaboración en inmigración clandestina (54.1.b), y las importantísimas modificaciones en la determinación de las obligaciones e infracciones y sanciones aplicables a las Compañías de Transporte (arts. 54.2, 55.1 y 66), previsión del internamiento y la autorización judicial en los supuestos de devolución (art. 58.5 y 6), derechos y deberes de los extranjeros internados (arts. 62 bis y 62ter), medidas de seguridad

y contención física en los centros (art. 62 quinquies), alegaciones en el procedimiento preferente de expulsión (art. 63), expulsión de extranjeros con prohibiciones de entrada de otros Estados (art. 64.3), exigencia de comparecencia personal e inadmisión a trámite de solicitudes (Disp. Adicional 3ª y 4ª), acuerdos de readmisión (Disp. Adicional 6ª); así como las modificaciones de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local en relación al padrón municipal, de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y sobre la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

La regulación resultante, aún siendo más detallada y potencialmente más eficaz que la anterior en el control migratorio[132], lo es, no obstante, a costa de una reducción de los derechos de los extranjeros así como de la efectividad de las garantías de los mismos. De hecho, algunas de las disposiciones más controvertidas, como el acceso policial a los datos del padrón municipal, la regulación restrictiva de la inadmisión a trámite o la expulsión inmediata, han sido tachadas por algunos autores de inconstitucionales[133], , sobre todo por la falta de garantías efectivas contra restricciones arbitrarias de los derechos de los extranjeros.

Junto a la inconstitucionalidad de algunos de estos preceptos, otro rasgo caracterizador de la reforma es el uso excesivo de la técnica de remisión reglamentaria[134]. El uso de esta técnica se puede explicar por la necesidad de dotar al Gobierno de la máxima flexibilidad para modificar la regulación de la inmigración en función de los cambios que este fenómeno humano padece, en ocasiones de forma súbita[135]; sin embargo, su empleo

---

[132] Evidentemente, a mayor nivel de control mayor eficacia del sistema de gestión migratoria y de las medidas de alejamiento en particular. No obstante, es posible que algunas concretas modificaciones puedan ser contraproducentes o desplieguen efectos no deseados; en esta línia, por ejemplo, son objeto de acalorado debate las posibles consecuencias del acceso policial a los datos de inscripción en el padrón municipal. Por otro lado, es evidente que el aumento de la eficacia del control migratorio restringe la inmigración regular y trasvasa hacia las vías clandestinas más peligrosas a la inmigración regular.

[133] AGÜELO NAVARRO, Pascual: "La reforma de la ley de extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El Recurso de Inconstitucionalidad frente a la LO 14/2003", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* nº 5, marzo 2004, págs. 103-109; PÉREZ VELASCO, María: "El acceso a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón (Comentario a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre)", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* nº 5, marzo 2004, págs. 109-122; AGUADO CUDOLÀ, Vicenç: "Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjeria: los probelmas de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* nº 5, marzo 2004, págs. 123-140.

[134] ROIG MOLES, Eduard: "Comentair a la reforma per la LO 14/2003", *Anuari Immigració Catalunya 2003*, Ed. Fundació Jaume Bofill, Barcelona 2004 (en imprenta).

[135] La anulación por el Tribunal Supremo de varios preceptos del Reglamento, en un contexto de mayoría absoluta en las Cortes del partido en el Gobierno, así como de previsible revalidación de las mayorías

abusivo no solo puede acabar vaciando de contenido y sentido a la Ley, sino que además genera un elevado grado de inseguridad jurídica respecto de la acción del Gobierno que puede adoptar políticas restrictivas sin cobertura expresa de la Ley mediante simples modificaciones reglamentarias, e incluso infrarreglamentarias, como viene siendo tradicional en este sector del ordenamiento.

parlamentarias en las elecciones de 14 de marzo de 2004, parecen explicar el empleo de esta técnica legislativa por la LO 14/2003, de 20 de noviembre. Esta valoración del momento político debió también influir en la decisión del principal partido de la oposición para pactar la reforma.

II.- Marco jurídico-político: los límites a la soberanía estatal en la regulación del sistema de control migratorio y de las medidas de alejamiento.

Tradicionalmente, el fundamento de la competencia estatal en materia de inmigración se ha sostenido en el concepto de soberanía nacional. Sin embargo, la soberanía nacional no es un valor absoluto que permita justificar cualquier tipo de actuación estatal relacionada con el control o la gestión de los flujos migratorios. Ello obliga a analizar el origen normativo del principio de soberanía estatal en las relaciones internacionales, para luego determinar los límites al mismo, fundamentalemtne aquellos basados en los Derechos Humanos, así como el grado de vinculación que generan para los Estados, pero también otros límites indirectos a tal soberanía

1.- Fundamento de la competencia estatal de control migratorio en el Derecho Internacional Público y límites a la soberanía estatal en el respeto de los Derechos Humanos

Históricamente, la protección de un mínimo de dignidad humana ha justificado restricciones al principio de soberanía estatal en ámbitos como la prohibición de la esclavitud, la elaboración de un derecho humanitario de la guerra o la imposición de determinados acuerdos de libertad religiosa[136]. Hasta el Siglo XX el Derecho Internacional no reguló la posición jurídica de los extranjeros de acuerdo con un estándar mínimo de justicia y civilización. Durante el mandato de la Sociedad de Naciones se introdujeron algunos principios como el de no discriminación de las minorías nacionales, se impuso obligaciones jurídicas a las potencias mandatarias sobre la población sujeta a su mandato, se recogió la prohibición de la esclavitud y la trata esclavos, se adoptó el estatuto internacional de los refugiados de 1933 y 1938, se adoptaron Convenios de prevención del terrorismo y se estableció un Tribunal Penal Internacional que no llegó a iniciar sus actividades, se instauró

[136] CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid 2001 (2ª Edición).

la Organización Internacional del Trabajo y se adoptaron las Convenciones de Ginebra sobre heridos y enfermos en campaña así como sobre prisioneros de guerra. El balance entre 1919 y 1939 es, no obstante, bastante atemperado, pues a pesar de la necesidad de un tratamiento desde el Derecho Internacional[137], no se realizó una regulación del estatuto de los extranjeros con un contenido propio, únicamente se adoptaron un conjunto de regulaciones parciales relacionadas con la condición de extranjero: el soldado extranjero, el trabajador extranjero, los refugiados extranjeros, etc., por lo que a pesar de las innovaciones y cambios introducidos, el orden internacional siguió siendo en la época de la Sociedad de Naciones un sistema interestatal[138].

Tras la Segunda Guerra Mundial, la creación de Naciones Unidas mediante una Carta fundacional que vinculaba al respeto de los Derechos Humanos la consecución de la "estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos". Con estos fines, la Organización debe promover "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades" (art. 55.c Carta), mandato que debe ser tenido en cuenta por todos los Estados miembros para "tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización" (art. 56 Carta) para la realización de dicho objetivo[139]. Frente a la doctrina de la "no injerencia en los asuntos internos de los Estados" del art. 2.7 Carta como límite a la admisión de derogaciones al mismo en aplicación de principio éticos, políticos y jurídicos superiores a la soberanía de los Estados, el fin de la guerra fría y de la política de bloques[140]

---

[137] La Comisión Técnica de la Asociación para el Progreso Social, Lieja 4 y 5 de julio de 1930 afirmaba la necesidad de que los organismos internacionales preparasen y elaborasen un proyecto de Recomendación o de Convenio Internacional, con los principios directores del Derecho internacional de las migraciones humanas; cita extraida de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia: "La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 2, 2003, que la recoge de MARTÍN GRANIZO, León: *La política internacional de las migraciones de trabajadores*, Madrid, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1930, págs. 22-25.

[138] La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Treatment of Polish Nationals or Other Persons of Polish Origins or Speech in the Danzig Territory* suscribió las tesis que aún reconociendo el máximo espacio a un Estado soberano para restringir la inmigración hacia sus territorios, derecho soberano que podía ejercer por cualquier razón..

[139] Cfre. VILLÁN DURÁN, Carlos: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Trotta, Madrid 2002, pág. 72 o TRUYOL SERRA, Antonio: Los derechos humanos, Ed. Tecnos, Madrid 2001.

[140] Declaración y Programa de Acción de Viena, de 25 de junio de 1993, Parte I, párr. 4.

ha permitido en los últimos años reivindicar el contenido jurídico vinculante de dichas disposiciones[141].

Así, CARRILLO SALCEDO sostiene que la protección de los Derechos Humanos aparece como un nuevo principio constitucional internacional que coexiste con el tradicional principio de la soberanía de los Estados[142], imponiendo obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos tanto a la ONU como a los Estados miembros, tal y como puso de relieve el *Asunto (CIJ) de 30 de marzo de 1950, relativo a la interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* donde la Corte Internacional de Justicia en aplicación de la Carta sostuvo la vinculatoriedad de los derechos humanos a los Estados, de modo que a partir de sus disposiciones sobre Derechos Humanos las relaciones entre un Estado soberano y las personas que se encontrasen bajo su jurisdicción, fueran nacionales o extranjeras, estaban reguladas por principios y normas jurídicas internacionales[143]. Esta visión está reforzada por la estrecha relación que los arts. 55.c) y 56 Carta guardan con el fin principal de Naciones Unidas contenido en el art. 1.3 Carta y del que son fundamento directo: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales[144].

---

[141] LAUTERPACHT, citado por CARRILLO SALCEDO, *cit. supra,* afirma: "Los Estados miembros de las Naciones Unidas no podrán impugnar la competencia de la Organización en materia de derechos humanos invocando la regla enunciada en el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta, según la cual la Organización de las Naciones Unidas no podrá intervenir "en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados". Según CARRILLO SALCEDO, el efecto esencial del art. 2.7 de la Carta es eludir toda intervención de las Naciones Unidas en los asuntos internos de los Estados salvo en aquellas cuestiones en las que hayan adquirido obligaciones jurídicas internacionales y además impedir la extralimitación de Naciones Unidas en el ejercicio de sus competencias sin autorización estatal, salvo en el caso de acciones coercitivas decididas o recomendadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta; consecuentemente, los derechos humanos ya no serías asuntos pertenecientes esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados. Cfre. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo, Ed. Tecnos, Madrid 2001 (2ª Edición), págs. 35-48, apoya su tesis en la *Opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 7 de febrero de 1923 sobre el asunto de los decretos de nacionalidad de Túnez y Marruecos* en CPJI, Série B, nº 4, págs. 24-25, en VERDROSS, Alfred: "La compétence nationale dans le cadre de l'ONU et l'indépendence des États", *Revue Générale de Droit International Public,* 1965, págs. 314 y ss, y en el art. 2 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre *La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados*, Institut de Droit International, *Annuaire*, vol. 63-II.

[142] Arts. 55 y 56 Carta ONU: CARRILLO SALCEDO, cit *supra*, afirma la dimensión constitucional en el orden internacional que la Carta confirió a los Derechos Humanos, pues genera obligaciones jurídicas de los Estados que condicionan las relaciones entre el poder público y los individuos que se encuentran en el territorio del Estado y dependen de su jurisdicción, de modo que las personas son titulares de derechos exigibles a los Estados que tienen deberes u "obligaciones jurídicas internacionales que condicionan el ejercicio de sus competencias soberanas".

[143] Afirmación posteriormente reiterada en la jurisprudencia de este Tribunal, cfre.: *United States Diplomatic and ConsularStaff in Tehran, United States v. Iran* (1980), IJC Rep. P.1, para. 91. Afirmación semejante recoge VILLÁN DURÁN, Carlos:cit. *supra*, pág. 70: "En efecto, la Carta UN introduce por primera ven en DI la obligación de todo Estado de dar un trato digno, respetuoso con los derechos humanos, a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción con independencia de que sean nacionales o extranjeras".

[144] La II Conferencia Mundial de Derechos Humanos subrayó la interrelación entre los conceptos de democracia, desarrollo, derechos humanos y el propósito principal de Naciones Unidas enunciado en el art. 1

Este autor sostiene que la tesis de que los Estados tienen obligaciones jurídicas en materia de Derechos Humanos se ha abierto paso tras la adopción de la Carta de Naciones Unidas a medida que se han ido adoptando algunos instrumentos jurídicos internacionales,como los Tribunales de Nüremberg y Tokío para el enjuiciamiento y condena de responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial; o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en abril de 1948; los tratados constitutivos de la Organización Internacional del Trabajo y de la UNESCO;Convenciónn dpara la prevención y sanción del delito de genocidio (Resolución 260, de 9 de diciembre de 1948); las Convenciones de Ginebra de Derecho internacional humanitario, de 12 de agosto de 1949; finalmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En palabras de este autor tales textos constituyeron los jalones que conducen a una "progresiva consolidación de una convicción jurídica generalmente aceptada: la existencia en Derecho internacional de principios jurídicos relativos a los derechos fundamentales de todo ser humano, principios de los que derivan obligaciones jurídicas para todos los Estados".

Identificada pues, la existencia de un principio de Derecho Internacional Público según el cual la soberanía nacional no puede excluir el reconocimiento de Derechos Humanos por los Estados a las personas sujetas a su jurisdicción, la dificultad se plantea respecto de la determinación, el alcance y la delimitación de los derechos humanos

---

de su Carta: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, Cfre.: CONFERENCIA MUNCIAL DE DERECHOS HUMANOS: *Declaración y Programa de Acción de Viena*, de 25 de junio de 1993, Parte I, párr. 8, y VILLÁN DURÁN, Carlos:cit. *supra*, pág. 33 y ss. Sin embargo, en contra de la traslación jurídica y puesta en práctica de esta tesis ("enforcement") véase, por ejemplo, la STCIJ *Asuntos relativos al Territorio del Sudoeste africano (Etiopía y Liberia v. Sudáfrica)* de 18 de julio de 1966 en que la CIJ por siete votos contra siete con voto dirimente del presidente rechazó la legitimación de los demandantes Etiopía y Liberia, para denunciar la política y legislación de *apartheid* de Sudáfrica como violadora del derecho humano a no ser discriminado racialmente, pues no demostraron un derecho o interés jurídico en relación con la cuestión objeto de las demandas; tal concepción restrictiva del requisito de la legitimación se fundaba en la negación de que tales vulneraciones de los derechos humanos infringieran gravemente una obligación internacional y por tanto perjudicasen la convivencia entre las naciones. En el fondo el problema jurídico es el de determinar si la vulneración de un derecho humano constituía una violación de una obligación de derecho internacional que permitiera a un tercer Estado entablar una acción ante la CIJ por incumplimiento de una obligación internacional; esta cuestión se conectaba con un problema jurídico de otro orden sobre el que se volverá más adelante: si la protección frente a la discriminación racial es un derecho humano sustentable en una norma jurídica internacional y cuál es el carácter de tal norma (derecho internacional consuetudinario, regla de Derecho admitida, etc...). Véanse, a este respecto, las opiniones disidentes de los jueces Tanaka y Jessup.

prescritos en la Carta[145]. La solución a esta compleja cuestión obliga a estructurar un ensayo de respuesta a varios niveles, partiendo siempre de que en este ámbito, los los Estados todavía conservan un amplia libertad para asumir obligaciones en materia de Derechos Humanos. Así, debe distinguirse una primera esfera de obligaciones compuesta por las disposiciones de *ius cogens* internacional, que todos los Estados deben respetar aunque supongan una limitación de su soberanía; en una segunda esfera, se sitúa el el Derecho Internacional Público, en el que se incluyen los Tratados generales sobre Derechos Humanos y los específicos sobre los derechos de los inmigrantes, que requieren para su efectividad de su aceptación voluntaria por los Estados; la tercera esfera de obligaciones de los Estados que limitan la soberanía estatal, vendría dada por las limitaciones a la misma asumidas por el propio Estado mediante su normativa interna de rango constitucional o legislativo; una cuarta esfera de limitaciones a la soberanía estatal derivaría de la participación por el Estado en procesos de integración supranacional, como el de la Unión Europea, a la los Estados miembros transfieren una parte sustancia de su sobernía; finalmente, una quinta esfera de limitaciones a la soberanía estatal, de carácter más indirecto, procedería de una serie de elementos asumidos en el interior del Estado, como la propia distribución interna del poder (horizontal y vertical), el modelo de Estado abrazado y su sistema de servicios sociales, etc...

2.- El *ius cogens* internacional sobre Derechos Humanos de los extranjeros como límite a la soberanía estatal

El principio de soberanía nacional sobre el que se asienta el Derecho Internacional y que reconoce a los Estados la más amplia potestad de regulación del régimen de extranjería y particularmente de control migratorio, está limitado en un primer nivel por unas pocas disposiciones de Derecho Internacional Público de obligado cumplimiento: el *ius cogens*. Las disposiciones de *ius cogens* internacional constituyen obligaciones mínimas,

[145] En ausencia de desarrollo por el DIPDH, la Carta de Naciones Unidas plantea dificiles problemas de concreción a efectos de resolver asuntos concretos.

generalmente necesarias para el mantenimiento de las relaciones internacionales entre los Estados.

Los arts 53 y 64 de la Convención sobre Derecho de los Tratados adoptada en Viena a 23 de mayo de 1969[146], definen como *ius cogens* en Derecho Internacional aquellas "normas imperativas de derecho internacional general" que por su carácter de normas superiores no permiten vulneración ni derogación alguna por otras normas, definición opuesta a la de *ius dispositivum* que son las normas de derecho internacional general de obligado cumplimiento salvo que concurran determinadas circunstancias en que se admite su vulneración o derogación (consentimiento de la otra parte signataria, fuerza mayor, estado de necesidad, autodefensa, "distress", contramedidas[147]). Este concepto conlleva el reconocimiento de unos principios constitutivos del Derecho Internacional o lo que es lo mismo, un mínimo "orden público internacional" que impide a los Estados obviar o incluso derogar mediante acuerdo las disposiciones de *ius cogens.*

La existencia de las normas de *ius cogens* deben encuadradarse en una concepción que cada vez más supera la idea del "law of nations" para avanzar hacia una concepción del Derecho Internacional como las reglas existentes para la "comunidad internacional", en las que los Estados asumen una serie de obligaciones *erga omnes*[148] y son responsables por sus acciones, no sólo frente a otros Estados sino ante la comunidad internacional en su conjunto, concepción a la que obedece la adopción de disposiciones que recogen las consecuencias anudadas a la infracción de tales normas mediante Tratados Internacionales contrarios a las mismas o incluso mediante actuaciones transgresoras de los mismas realizadas por los Estados bajo el amparo de Tratados respetuosos con ellas[149].

Como primera esfera de limitación de la soberanía estatal, las obligaciones de *ius cogens* internacional presentan un balance bastante magro, más allá de la protección

[146] Instrumento de Adhesión del Reino de España de 2 de mayo de 1972, publicación en el BOE nº 142, de 13 de junio de 1980. Cfre.: LAUTERPACHT, Hersh: "Report on the Law of Treaties": UN doc A/CN.4/63 (1953), 155, citado por WEISBURD, A. Mark en Michigan Journal of International Law 13 (1995).

[147] Capitulo V de los artículos sobre Responsabilidad de los Estados, Comisión de Derecho Internacional, 2001.

[148] Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, en la que la Corte afirmó que en determinados casos en los que se encuentran involucrados determinados derechos, todos los Estados pueden considerarse afectados y poseer un interés legal en la protección de los mismos, lo que generaba obligaciones *erga omnes*. Esas obligaciones derivaban de prohibiciones tales como las de los actos de agresión o de genocidio, o de las reglas y principios establecidos para proteger los derechos básicos de laas personas, incluyendo entre tales el derecho a la protección frente a la esclavitud o la discriminación racial (ICJ Reports, 1970, par. 33 y 34).

[149] Comisión de Derecho Internacional, artículos 40, 41 y 50 sobre Responsabilidad de los Estados.

diplomática, permiten una muy reducida protección de los Derechos Humanos de los extranjeros[150], restringiéndose este gupo a la interdicción de discriminación racial y de *refoulement*.

1.2.1.- El principio de no discriminación racial en el trato estatal a extranjeros como obligación de ius cogens

A partir de la década de los setenta algunos países como Estados Unidos, Canadá y Australia revisaron sus medidas de control migratorio con el fin de reducir sus efectos discriminatorios frente a inmigrantes de razas distintas a la blanca, actuación fundada en los principios constitucionales de protección de la igualdad de cada uno de los países. Cuando el Reino Unido, acuciado por la presión migratoria de sus ex-colonias introdujo modificaciones en su legislación encaminadas a reducir la entrada de inmigrantes del Caribe y del subcontinente indio, las disposiciones de las leyes de 1962 y 1968 tuvieron que ser posteriormente modificadas y atemperadas (*Immigration Act, 1971*) debido a la presión en aras de evitar tratamientos racialmente discriminatorios.

La expansión de la prohibición de discriminación, y especialmente la racial, por encima del principio de soberanía de los Estados[151] ha sido recogida y amparada por algunos instrumentos y mecanismos internacionales de protección de los Derechos Humanos[152]. La discriminación racial constituye una de esas actuaciones contrarias al *ius cogens* que pueden

---

[150] Así, las previsiones sobre crímenes contra la humanidad como el genocidio, el derecho a la vida y a no sufrir torturas, etc... que constituyen los estándares universales de derechos humanos (derecho internacional imperativo) que ningún Estado debe desconocer y ante los cuales no es posible oponer particularismos nacionales o regionales, religiosos, idelógicos o culturales.

[151] En la Conferencia Internacional de Juristas en París, enero de 1974, sobre la situación jurídica y social de los trabajadores emigrantes en Europa, se exige entre otras cosas el respeto de los principios de la DUDH en la regulación de la inmigración, la supresión de toda clase de discriminaciones de las políticas legislativas y la conveniencia de elaborar un estatuto internacional de los trabajadores emigrantes asegurando un conjunto de garantías efectivas a los mismos.

[152] TIBURCIO sostiene en base al art. 4.1 PIDCP que la prohibición de discriminación únicamente por razones de raza, color, sexo, lengua, religión u origen social es inderogable, aunque admite un ámbito de protección más limitado que la cláusula de prohibición de discriminación general, que incluiría la igualdad por razones políticas, de opinión, origen nacional, propiedad, nacimiento u otro status. En favor de tal posición arguye el mandato del art. 38 Estatuto Corte Internacional de Justicia, que prohibe la discriminación como un "principio común a todos los sistemas de derecho de las naciones civilizadas". Téngase en cuenta la *SCIJ Asuntos del Sudoeste Africano* de 18 de julio de 1966, votos particulares de los jueces Tanaka y Jessup. Cfre.: TIBURCIO, Carmen: *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 2001.

practicar los Estados, tal y como manifestó la STCIJ *Barcelona Traction* en tanto que la prohibición de la misma deriva en el Derecho Internacional contemporáneo de los principios y reglas que regulan los derechos humanos básicos.

Entre las Tratados de Derechos Humanos destacada la Convención Europea de Derechos Humanos de Roma de 1950, que a partir de los años ochenta fue abriendo la puerta al control por su Tribunal de las políticas migratorias sospechosas de discriminación racial (STEDH *Abdulaziz* reconoció la discriminación de género de la legislación británica y puso en tela de juicio la posibilidad de que fuera también racialmente discriminatoria, argumentación retomada posteriormente por la ComEDH *104 Asiáticos de África del Este*).

2.2.- El principio de non-refoulement: entre ius cogens y derecho internacional consuetudinario (regional)

Por lo que se refiere al principio de *non-refoulement*, enunciado en el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 así como en la Resolución 2313/XXII de 1967 de la Asamblea General de Naciones Unidas o en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, su consideración más allá de derecho consuetudinario internacional hasta la categoría de *ius cogens* es difícilmente sostenible[153], y aún como derecho consuetudinario internacional se encuentra sujeto a discusión[154]. En primer lugar, y visto que el art. 33 del Estatuto del Refugiado únicamente se refiere a los refugiados, debe acotarse el ámbito subjetivo de análisis de tal principio como *ius cogens* a los extranjeros a los que se haya reconocido el estatuto de refugiado. La extensión de dicho

[153] A favor, por ejemplo, se pronuncia ALLAIN, Jean: "The jus cogens Nature of non-refoulement", *International Journal of Refugee Law* vol. 13, No. 4, págs 532-558, en contra, sin embargo, se posiciona la mayor parte de la doctrina, de la cual por su autoridad puede destacarse la opinión de GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law*, 1996, p. 168, más favorable a considerar tal principio dentro del derecho consuetudinario internacional. Cfre.: HANNIKAINEN, 1998 pág. 261.

[154] COLEMAN, ofrece un análisis crítico de la consideración del principio de *non-refoulement* como derecho consuetudinario internacional, pues en la actualidad su aplicación se excluye en los casos de éxodos masivos de refugiados o desplazados como los de Bosnia o Kosovo. COLEMAN afirma que el principio de *non-refoulement* constituye un principio de derecho consuetudinario internacional regional en Europa, las Américas y África, mientras que muchos estados árabes y asiáticos no han ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, lo que compromete la consideración de dicho principio como derecho consuetudinario internacional universal ("generality of practice" requirement). COLEMAN, Nils: "*Non-refoulement* revised: renewed review of the status of the principle of *non-refoulement* as customary international law", *European Journal of Migration and Law*, n. 5, 2002, págs. 23-68.

principio a otras categorías de extranjeros (desplazados, inmigrantes, etc...), aunque ciertamente avalada por la práctica de muchos Estados y de diversos órganismos internacionales (el TEDH, por ejemplo, se ha manifestado en este sentido[155]), se excluye del presente análisis por ser claramente fruto del reconocimiento convencional de estándares de derechos humanos mucho más amplios.

Los requisitos de aceptación de la misma por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma inderogable, en ausencia de Tratado Internacional sobre la misma es necesario analizar si se ha ido introduciendo en la práctica entre el cuerpo de normas que constituyen el derecho de gentes (corpus *iuris gentium*), lo cual requiere que la práctica de los Estados de no repatriar refugiados debe demostrarse que deriva de la convicción de los Estados (*opinio iuris*) de su vinculante obligatoriedad en calidad de *ius cogens*. Para empezar, debe partirse de la amplia aceptación del principio de *non-refoulement* como principio del derecho consuetudinario internacional, es decir con independencia de que los Estados sean parte de la Convención de Ginebra de 1951[156]. La principal justificación proporcionada por ALLAIN[157] para la conceptuación del principio de *non.*refoulement como *ius cogens* es la que encuentra su base en la Conclusión No. 79 de 1996 ·'Conclusión General sobre Protección Internacional' del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), órgano de especial relevancia en cuanto que reune las opiniones de los Estados directemente afectados por el fenómeno de los refugiados y consecuentemente por la aplicación del principio de *non-refoulement*, en la.que dicho Comité afirmó por consenso la inderogabilidad del principio de *non-refoulement*.

---

[155] ComEDH *X v. RFA* y *ComEDH Amekrane v. Reino Unido.*

[156] GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law, cit. supra.*

[157] ALLAIN, Jean: "The jus cogens Nature of non-refoulement", *International Journal of Refugee Law*, cit. *supra*, fundamenta tal afirmación en las Conclusiones No. 25 de 1982, No.55 de 1989 y No 79 de 1996 bajo el título·'Conclusión General sobre Protección Internacional', del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984. Más allá, unicamente indica la posibilidad ciertamente real de que tanto el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como la Unión Europea adopten disposiciones contrarias a tal principio, razón que no justifica en sí misma la naturaleza de *ius cogens* de tal principio, sino la necesidad de que se le reconozca tal estatuto.

3.- La Constitución como instrumento de ordenación de la soberanía estatal: la iintroducción de límites formales y materiales

Junto a los límites proporcionados por el DIP obligatorio ('*ius cogens*'), el Estado puede asumir voluntariamente una serie de compromisos que limiten su casi completa libertad de actuación.

Lógicamente, los límites que un Estado se autoimpone en su Constitución o legislación de desarrollo constitucional en el trato hacia los extranjeros, no son más que fruto de su propia voluntad y como tal de la soberanía estatal. Sin embargo, este matiz no es del todo exacto si no se completa con la idea dede que, al tratarse de normas cuya modificación requiere un amplio consenso político (los procedimientos de reforma constitucional son gravosos y complejos y la aprobación de leyes orgánicas requiere un mayoría absoluta en el Congreso), el reconocimiento de límites en el trato de los extranjeros tiene efectos limitativos sobre las diversas Administraciones y poderes a nivel interno, sujetándolas tanto material como formalmente. En el caso español, los límites formales[158] resultan de la combinación de límites formales generales, como la división de poderes horizontal (legislativo, ejecutivo, judicial) y vertical (Estado, CCAA, Entes locales) o la previsión de procedimientos normativos y ejecutivos para el ejercicio de las competencias,

[158] El estudio de los límites internos formales o autolimitaciones estructurales a la soberanía nacional excede el ámbito de este estudio. Baste aquí decir sobre esta cuestión que, aún reconociendo que la soberanía nacional permanece en teoría intacta, la existencia de un Estado descentralizado introduce algunas particularidades en la forma en que esta se ha autoorganiza y manifiesta posteriormente: primera, a mayor descentralización de la competencia sobre inmigración entre los distintos niveles territoriales de poder (central, regional, local) y actores institucionales, el proceso decisional en este ámbito se somete a mayores contrapesos, dicho de otra manera, el reparto competencial es una garantía procedimental de equilibrio político en el proceso decisional (*decision-making*) que, al distribuir las decisiones sobre esta materia a diversos niveles territoriales y entre diferentes instituciones, promueve un mayor equilibrio estructural en el contenido de las decisiones.; segundo, en los modelos más descentralizados de poder –pongamos por ejemplo a Suiza con su modelo semiconfederal- el desarrollo de los estatutos de los extranjeros presenta una variación mayor entre unos territorios, es decir, en el territorio confederal coexisten una pluralidad de (sub)estatutos de extranjería; tercero, en los modelos de federalismo cooperativo o de *intergovernmental relations*, la necesidad de cooperación entre los diferentes niveles territoriales de poder (central, regional, local) induce el establecimiento de relaciones interadministrativas estables en las que las diferentes instancias se influyen mutuamente (incluso negocian); cuarto, en estos últimos sistemas las diferentes orientaciones políticas de los partidos en cada una de las instituciones llamadas a cooperar tensa esas relaciones y fuerza aún más la tendencia hacia soluciones intermedias o equilibradas; quinto, en los modelos descentralizados en los que la materia de inmigración sigue siendo competencia estatal, la existencia de competencias sectoriales que inciden sobre la inmigración otorga a las regiones instrumentos de intervención indirecta sobre la inmigración; sexto, en todos los modelos descentralizados la existencia de diferencias económico-sociales entre las regiones ciertamente incide en la forma en que las regiones comfiguraran y definiran su régimen de inmigración o en interés el político por incidir en esas decisiones, cuando no sean directamente competentes
En todo caso, lo cierto es que sustentar esta conclusión requeriría un estudio politológico que excede el ámbito de este trabajo.

con los límites formales específicos previstos expresamente por la Constitución respecto de la intervención en materia de inmigración (art. 149.1.2 CE, exigencia de Ley Orgánica para la regulación de los derechos de los extranjeros, etc.,). Entre los límites materiales, el reconocimiento específico de Derechos Fundamentales a los extranjeros y la jurisprudencia constitucional alrededor de alcance y garantías. Estas reflexiones son suficientes para superar la objeción (aporía) de que cualquier autolimitación es en si misma un ejercicio de soberanía, trasladando la discusión a un ámbito más fructífero y realista en el que, partiendo del reconocimiento de la autolimitación de la soberanía estatal, se admite que esta no es definitiva y puede modificarse pero para ello deben seguirse los procedimientos adecuados si se quiere salvar la legitimidad de la reforma y en consecuencia proteger ese ejercicio de soberanía que también es la modificación de las reglas de juego.

Esos compromisos limitativos de la soberanía estatal pueden resultar o bien de tratados internacionales válidamente celebrados con otros Estados y/o sujetos de Derecho Internacional, o bien de actos normativos autolimitativos realizados por el propio Estado en las disposiciones de máximo nivel de su ordenamiento jurídico interno: las Constituciones y las leyes de desarrollo constitucional, entre los cuales la posibilidad de ceder soberanía a otros entes, como la Unión Europea. Igualmente, la Constitución es la fuente, al menos originaria, de todos estos límites a la soberanía estatal. En el apartado apartado nos centraremos en la limitación de la actividad del Estado por la Constitución y las leyes, en el segundo se abordarán los límites derivados de Tratados Internacionales, en el tercero, los propios de la cesión de soberanía en materia de inmigración a la Unión Europea.

Centrándonos en el reconocimiento constitucional, con los matices anteriores, de derechos a los extranjeros como límite a la libertad de configuración estatal fundada en el concepto de soberanía nacional[159], debe apuntarse que tal reconocimiento constitucional

[159] Aunque pueda parecer una obviedad, no está de más recordar que los Derechos Fundamentales constituyen límites a la actividad del Estado o de sus órganos e incluso, en algunos casos, frente a la actividad particulares, y que su infracción otorga al perjudicado la posibilidad de activar los mecanismos jurisdiccionales y constitucionales de amparo. Como ha dicho PRIETO SANCHÍS, Luís: "Estudios sobre los Derechos Fundamentales", Ed. Debate, 1990, págs. 97 y ss.: "Los derechos constitucionales son derechos constitucionales y, por tanto, resistentes ante la voluntad de cualquiera de los órganos políticos que encarnan el poder constituido". Junto a esta dimensión subjetiva de derechos del individuo frente al Estado, los derechos fundamentales también poseen una dimensión objetiva como elemento definidor de la estructura política y

puede producirse por atribución constitucional de la titularidad de derechos o por incorporación de tales derechos al ordenamiento jurídico español mediante Tratados Internacionales o por efecto de la cesión de soberanía nacional Constitución de tales derechos puede ser Acreditada la existencia de límites constitucionales y legales a la soberanía estatal, tanto formales como materiales, en la intervención sobre la inmigración, En este trabajo conviene centrar el análisis en los derechos de los extranjeros como límites materiales a la soberanía estatal específicamente recogidos en la Constitución.

3.1.- La limitación constitucional de la soberanía estatal mediante la asunción de Derechos Fundamentales

La Constitución no sólo reconoce una serie de Derechos Fundamentales a los extranjeros, sino que también instaura las bases de un Estado de Derecho donde la Administración se encuentra sometida a un procedimiento administrativo con garantías y a unos principios generales de funcionamiento cuyo fin es la interdicción de la arbitrariedad, todo ello coronado por la sumisión de la actividad administrativa al control jurisdiccional, suponiendo por consiguiente un avance significativo hacia la seguridad jurídica, mucho más de lo que había existido en períodos anteriores. Uno de los principales avances que supuso la Constitución fue introducción de una garantía institucional en la regulación del régimen de extranjería: el art. 13 CE impone una reserva de ley a la regulación de los derechos de los extranjeros, contrastando con la tradición de regular la materia por medio de reglamentos y normas infrarreglamentarias.

> *"Artículo. 13.-*
> *1.- Los extranjeros gozarán en España de la libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley".*

El régimen jurídico de los extranjeros que el art. 13 de la Constitución regula, un tanto crípticamente, reconoce a los extranjeros el disfrute de las *libertades* lo cual generó en

jurídica de la comunidad nacional (STC 25/1981). Cfre.: LÓPEZ GUERRA, Luis (coord.): *Derecho Constitucional*, vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

su momento cierto debate sobre el alcance del término[160]. Precisamente lo escueto del precepto y la amplitud que su interpretación permite, han obligado al Tribunal Constitucional a desbrozar su interpretación desde sus primeros pronunciamientos (SSTC 107/84, 115/87, 94/93, etc.), pues a diferencia de los otros apartados del art. 13 CE que no plantean tantos problemas interpretativos, el apartado 1 del art. 13 CE constituye la pieza fundamental del régimen de disfrute de derechos por los extranjeros en España. La interpretación constitucional del art. 13.1 CE ha generado una serie de subnormas constitucionales de esencial importancia pues constituyen el esqueleto básico del estatuto de extranjería en lo que a Derechos Fundamentales se refiere.

Debe destacarse para empezar, ya que es una de las primeras cuestiones suscitadas ante el Tribunal Constitucional (STC 107/1984), que el art. 13. 1 CE opera una distinción constitucional entre extranjeros y nacionales, lo cual sitúa la aplicabilidad del art. 14 CE en un segundo plano, operando únicamente en función de lo que establezcan la Constitución, los Tratados Internacionales y la Ley, y sólo en el caso de que tales preceptos hayan sido infringidos y exista un trato desigual no admitido o contemplado en estas normas podrá operar el art. 14 CE[161]. El art. 13.1 CE consagra a nivel constitucional la posibilidad de introducir un tratamiento diferente entre extranjeros y nacionales; no obstante, las diferencias de trato no quedan a la discreción absoluta del Legislador.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional se ha encargado de aclarar que aún conteniendo una regla abierta, la remisión del texto constitucional a los Tratados y las leyes (*"Los extranjeros gozarán en España de la libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley*"), el art. 13.1 CE no supone una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros, como en su STC 107/84 de 23 de noviembre expuso el Tribunal Constitucional[162], ni la ausencia de límites constitucionales

[160] Los votos particulares de la STC 115/87 interpretan la mención a las "libertades públicas" de forma distinta, predicando el disfrute de los DF a todos los extranjeros. Cfre.: VIDAL FUEYO, cit *supra*.

[161] El TC señaló que de la propia literalidad del art. 14 ("los españoles"), el principio de igualdad no jugaba directamente entre españoles y extranjeros, salvo en aquellos derechos en que la ley proporcionase igual situación al extranjero que al español. Sin embargo, en la STC 94/1993 la literalidad del art. 19 CE en su reconocimiento de la libertad de circulación y residencia a "los españoles" no fue un obstáculo para extender parcialmente su titularidad a los extranjeros.

[162] En dicha STC el Alto Tribunal afirma que: *"no supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeos relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados*

a la eventual articulación de restricciones o limitaciones a los derechos de los extranjeros, pues como afirma la STC 242/94 de 20 de julio, que en su FJ 4º resume la jurisprudencia constitucional sobre este precepto: *"se admite que el art. 13 autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España. Pero esta posibilidad no es incondicionada. De entrada, no podrá afectar a aquellos derechos "que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo,... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español" (STC 99/85, fundamento jurídico 2º). Y, adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España (STC 115/1987, fundamento jurídico 3º, o 99/1985, fundamento jurídico 2º), pues una cosa es "autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales (en el mismo sentido, STC 112/1991, fundamento jurídico 2º)"*

En segundo lugar, tomando este planteamiento como base para la clasificación tripartita de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros, que resulta en: primero, un grupo de derechos en cuya titularidad extranjeros y nacionales están equiparados, constituido por los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, concepto que debe extraerse del art. 10.1 CE y que entre otros incluye los derechos contenidos en los arts. 15, 16, 17, 18, 24 y 25 CE (STC 107/84), derechos todos ellos que

---

y la ley, sino de las libertades "que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley", de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y por tanto, dotados –dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equivoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles." (FJ 3º)

serán de especial importancia para este trabajo[163]; segundo, el grupo de derechos respecto de los cuales la Constitución excluye absolutametne la titularidad a los ciudadanos extranjeros, grupo constituido principalmente por los derechos de participación política, reconocidos únicamente a los españoles en el art. 23 CE, con la excepción del derecho de sufragio en las elecciones locales cuando así lo reconozca un Tratado Internacional y de acuerdo con criterios de reciprocidad; tercero, un grupo multiforme constituido por el resto de derechos fundamentales, en la regulación de los cuales el Legislador (o el Gobierno cuando con la autorización o la simple comunicación a las Cortes adopte Tratados Internacionales sobre la materia, conforme a los arts. 93 y 94 CE) goza de un margen más amplio para *"establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España"* siempre que al introducir diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros legisle *"teniendo en cuenta los mandatos constitucionales"* (STC 242/94). Es precisamente en la regulación de estos derechos entorno a la cual se plantean la mayor parte de controversias sobre la titularidad de derechos fundamentales por los extranjeros.

La expresión utilizada por el Tribunal Constitucional *"teniendo en cuenta los mandatos constitucionales"* como límite a la capacidad del Legislador para restingir y limitar los derechos fundamentales de los extranjeros, constituye la base sobre la que el Tribunal Constitucional ha ido construyendo progresivamente su interpretación del régimen jurídico-constitucional de los extranjeros en España. Evidentemente, la expresión "mandatos constitucionales" no nos remite más que a la textualidad de la redacción constitucional de los Derechos Fundamentales, razón por la que no nos aportaría mucho más si no fuera porque esconde una sutil reivindicación (o autoapoderamiento) del Tribunal Constitucional para determinar la titularidad por los extranjeros de derechos fundamentales que no pertenezcan a las dos categorías anteriores (derechos de participación política y derechos inherentes a la dignidad humana) y tampoco la textualidad de su redactado en la Constitución permita determinar su titularidad por los extranjeros. En realidad, el Tribunal

[163] En desarrollo de este concepto de dignidad humana se ha incluido a diversos derechos como los derechos a la integridad física y moral del art. 15 CE (STC 57/1994, FJ 4°), la libertad de ideas y creencias del art. 16 CE (STC 53/1985, FJ 8°), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen reconocidos en el art. 18 CE (STC 214/1991 FJ 1° o STC 57/1994, FJ 5°), pero de forma expresa en la STC 107/84 respecto a la dignidad humana de los extranjeros. En pronunciamientos sobre la materia de eextranjería el Tribunal Constitucional ha añadido a estos derechos los de derecho de defensa y tutela judicial efectiva del art. 24 CE (STC 99/1985 FJ 2°), los derechos del art. 17 CE frente a la detención y los derechos del art. 25 CE sobre derecho sancionador estatal (STC 115/1987, FJ 1°).

Constitucional se reserva la capacidad de supervisar, y en su caso corregir, la ponderación que realice el Legislador (o el Gobierno que concluya un Tratado Internacional restrictivo de los mismos).

Esta conclusión se ve confirmada por la jurisprudencia constitucional: un ejemplo, en su STC 115/1987 el Tribunal declaró inconstitucionales las limitaciones introducidas a los derechos de asociación y manifestación porque desnaturalizaban el derecho al afectar a su contenido esencial; otro ejemplo, la STC 94/1993 reconoció la libertad de circulación y residencia del art. 19 CE a los extranjeros cuya residencia o estancia fuera regular o se encontrara en procedimiento de renovación ante la Administración, de manera que la expulsión durante el período transitorio era contraria al art. 19 CE; en el fondo de este recurso de amparo subyace una interpretación constitucional del concepto "estancia irregular" en España restrictiva en aplicación del principio *pro libertate* y en definitiva una revisión de la ponderación efectuada por la Administración, a la luz de los principios de buena fe, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. A partir de dicha Sentencia, lo que constituía un derecho de los extranjeros de configuración legal pasaba a ser un derecho constitucional que el Legislador no puede ya restringir. De esta manera, pasa a primer plano la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza, siempre de acuerdo con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos[164]. (art. 10.2 CE), de las disposiciones contenidas en la Ley y los Tratados Internacionales.

En este contexto interpretativo de mediados de los noventa, la STC 242/94 dio un paso más al afirmar, de forma un tanto excesiva, que todos los Derechos Fundamentales eran predicables de los extranjeros salvo los de participación política del 23 CE, por expresa exclusión constitucional del art.13.2 CE. En consecuencia, de la evolución jurisprudencial del TC parece tender al reconocimiento a los extranjeros de la titularidad de todos los Derechos Fundamentales de la Constitución, salvo los derechos políticos del art. 23 CE. En definitiva, el activismo constitucional habría reducido significativamente la amplitud de

[164] La interpretación de los Derechos Fundamentales está vinculada a lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, en virtud del apartado 2° del art. 10 CE que se convierte en guía interpretativa, expresamente utilizada por el Tribunal Constitucional.

configuración de que gozaba el Legislador, tal y como ha indicado algún voto particular (STC 115/1987 y STC 53/2002).

No obstante, no debe exagerarse la importancia de esta afirmación. Lo cierto es que la tripartición de derechos por el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia deben tomarse con cierta cautela. De hecho, el Tribunal Constitucional ha admitido restricciones a la libertad personal del art. 17 CE, que sería un derecho inherente a la -dignidad humana según la STC 107/1984, y sin embargo ha admitido el internamiento de hasta cuarenta días de extranjeros a efectos de expulsión (STC 115/1987) o la prolongación de una detención asegurativa a efectos de la ejecución de una devolución (STC 174/1999), lo cual no deja de ser un reconocimiento de la diferencia de régimen jurídico entre extranjeros y nacionales. La aplicación estricta de la teoría tripartita no permitiría en puridad sostener la constitucionalidad de semejante actuación, y ello es paradójico por cuanto el art. 5.1.f) CEDH sí admite este tratamiento.

En realidad, cuando el Tribunal Constitucional examina la constitucionalidad de determinadas disposiciones legales o la actividad administrativa o judicial en relación con los derechos de los extranjeros, suele operar más bien con el principio de proporcionalidad que con la distinción tripartita anterior[165]. No obstante, dejaremos para más adelante el reexamen de la interpretación constitucional sobre la titularidad de Derechos Fundamentales por los extranjeros, pues para abordar tal reexamen es necesario disponer del panorama completo sobre el espacio de soberanía estatal en materia de derechos de los extranjeros, a la luz de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos y la normativa comunitaria en este ámbito, porque el contexto normativo actual ha podido superar la interpretación tripartita de principios de los ochenta.

[165] En este sentido, MIQUEL CALATAYUD con base en la primera jurisprudencia constitucional distinguía entre derechos constitucionales y derechos ordinarios. Los primeros se pueden dividir en dos clases: aquellos en los que una diferencia de trato no puede sustentarse en la diferente nacionalidad de la persona, y aquellos en que la nacionalidad justifica un tratamiento diferenciado, en base al desarrollo por Ley o Tratado Internacional. En estos últimos debe respetarse, en todo caso, un límite: la desigualdad admisible no puede llegar a desnaturalizar el derecho, es decir, su contenido esencial (STC 115/87 sobre derechos de reunión, asociación y manifestación). Respecto a los derechos no constitucionales, éstos serán predicables de los extranjeros en la medida en que las leyes o convenios así lo reconozcan, por lo que no es posible, según MIQUEL CALATAYUD, aplicar el principio de igualdad a estos derechos. El legislador tiene la facultad de otorgar estos derechos y delimitar su disfrute para los extranjeros.

3.2.- Los Tratados Internacionales ordinarios como límites a la soberanía estatal de regulación de la inmigración

La normativa de tipo convencional, que no es catalogada de *ius cogens* ni en principio regula a nivel internacional Derechos Humanos, se integra en el ordenamiento jurídico español como fuente del Derecho pero carece de la capacidad nutritiva de interpretación de los Derechos Fundamentales de la Constitución, reservada únicamente por el art. 10.2 a "la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España". La normativa internacional ordinaria sobre inmigración, una vez ratificada conforme al art. 96 CE, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13 CE deviene reguladora del régimen de los extranjeros. Evidentemente, la sumisión a los procedimientos de los arts. 93 CE a 96 CE integra las disposiciones internacionales en el ordenamiento jurídico español ysupone una restricción tanto formal como material a la inicial soberanía estatal en materia de inmigración. Si el Estado quiere exonerarse de las obligaciones materiales establecidas en los Tratados respecto de los extranjeros, deberá seguir el procedimiento dispuesto a tal efecto, generalmente la denuncia del Tratado, pero no desvincularse unilateralmente.

A nivel interno, la soberanía nacional se reconoce y consagra formalmente por los Estados democráticos en sus Constituciones: primero, estableciendo los mecanismos jurídicos de relación con el ordenamiento jurídico internacional y con posibles ordenamientos jurídicos supranacionales (arts. 93 a 96 CE), e incluso en algunos casos reconociendo expresamente la existencia de limitaciones de primer nivel derivadas del Derecho Internacional[166]; y segundo, organizando a nivel interno los procesos de elaboración, toma de decisiones y formalización de los actos adoptados en ejercicio de esa soberanía nacional. Como cada vez menos Estados se encuentran completamente aislados o alejados de la Comunidad Internacional, encasi todos todos ellos se ha acabado tejiendo una red de relaciones internacionales fundada en el Derecho Internacional y en la asunción de determinadas obligaciones (responsabilidad internacional, etc...).

[166] Indirectamente las relacionadas con los Derechos Humanos y la dignidad humana en el art. 10 CE e incluso la previsión sobre derecho internacional de protección de menores del art. 39.4 CE.

En el ámbito de inmigración además de los epspecíficos Tratados dispuestos sobre esta materia, despliegan un papel muy especial los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

3.3.- El Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos como límite a la soberanía estatal de regulación de la inmigración

La aprobación de la Constitución de 1978 en un contexto jurídico marcado por la ratificación de algunos Convenios Internacionales fruto del proceso de apertura democrática iniciado tras la muerte de Franco, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) con su Protocolo de Nueva York (1967) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), supuso una revulsión en la materia de extranjería en general, y particularmente sobre las medidas de alejamiento y el sistema de de control de entrada.

La normativa de tipo convencional, que no es catalogada de *ius cogens,* en cuanto disposiciones internacionales sobre derechos humanos se incorpora con una posición privilegiada como parámetro de constitucionalidad para la interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución, en virtud del art. 10.2 CE, aunque requiere su aprobación como cualquier otro Tratado Internacional por el procedimiento del art. 94 CE.

Conforme al art. 10.2 CE "Las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España". Además de su caracter normativo, derivado de su aprobación y ratificación como Tratados Internacionales conforme al procedimiento del art. 94.1 CE, las normas internacionales sobre Derechos Humanos presentan un valor suplementario en tanto que parámetros interpretativos de los derechos y libertades constitucionales, valor que el resto de normas contenidas en Tratados Internacionales no tiene. Problema distinto es la identificación y delimitación de las normas que puedan disfrutar de la consideración de "Tratado Internacional sobre Derechos Humanos", para lo

cual se seguirá simplemente el criterio fijado por el Tribunal Constitucional, que ha designado algunos Tratados dentro de esta categoría, así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (STC 245/1991), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (STC 115/1987), los Convenios de la OIT[167] (STC 38/1981), etc.. aunque ha dejado abierta la puerta a la posibilidad de admitir otros Tratados si estos "pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución como hemos mantenido, en virtud del artículo 10.2 CE, desde nuestra STC 38/1981" (STC 254/1993, FJ. 6°). En definitiva, el Estado al ratificar determinados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos está limitando doblemente su soberanía nacional pues se limita externamente, en la medida que todo Tratado es un compromiso ante Estados terceros, pero además a nivel interno, ese Tratado tiene efecto normativo e interpretativo de los Derechos Fundamentales y libertades de la Constitución en virtud del art. 10.2 CE.

En esta esfera de obligaciones, el nivel de compromiso y desarrollo en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aún variando en función de las zonas geográficas (regiones) y evidentemente de los países, se muestra particularmente tupida en las democracias occidentales, y por consiguiente el estatuto de los extranjeros se beneficiará de no sólo de un sistema general de protección de los derechos más avanzado y eficaz, sino también en teoría de un haz de derechos mejor delimitado, si bien al tratarse frecuentemente de Estados en los que el fenómeno de la inmigración presenta mayores complejidades, esta afirmación deba someterse a nuemerosas excepciones y matizaciones[168]. En cualquier caso, y teniendo en cuenta su carácter plenamente dispositivo por parte de los Estados que son

[167] La STC 38/1981, FJ 4° afirma: "Los Convenios OIT, ratificados por España, constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales [...] Los Convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas normas internas surgen los derechos individuales, que cuando se recogen en el capítulo de derechos o livertades para cuya protección se abre el recurso de amparo [...] adquieren un valor capital las reglas del Convenio o Tratado. Las Recomendaciones OIT, si bien, como es obvio, distintas de los Convenios y sin alusión directa en el art. 10.2 de la Constitución, son textos orientativos que, sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios [...]."

[168] El fenómeno migratorio hacia Occidente es más complejo y paradójico de lo que suelen mostrar las informaciones generales sobre el mismo; por ejemplo, los Estados geograficamente localizados alrededor de zonas económica prósperas y/o politicamente desarrolladas e incluso algunos países en vias de desarrollo reciben una presión y unos flujos migratorios mayores que los de Occidente, actuando como cedazo/sedimentadores de la inmigración provinente de los países más pobres (Méjico acoge inmigrantes muy pobres de Centroamérica, Marruecos acoge importantes contingentes de migrantes subsaharianos, en los países del Este hay trabajadores turcos). El estatuto de los extranjeros en estos países suele no haber sido objeto de la misma atención que en los países ricos ni el desarrollo de los derechos humanos de los extranjeros igual, lo cual no impide que en ocasiones el tratamiento ofrecido a los extranjeros es algunos de estos países, por lo menos sobre el papel, sea más garantista que el de las sociedades ricas.

libres de incorporar a su ordenamiento tales instrumentos internacionales, esta esfera limitativa de la soberanía se nutre del Derecho Internacional Público de los Derehcos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos[169] de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales[170] de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[171] de 1966 con sus Protocolos Facultativos de 1966 y 1989, Convención para la Eliminación de la Tortura[172], etc...), de los Tratados regionales sobre

[169] La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948 (DUDH), elaborada por la Comisión de Derechos Humanos y adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 217 (III), ya desde su preámbulo se vinculan indisolublemente la paz, la libertad y la justicia (recuérdense los fines de Naciones Unidas, recogidos en el art. 1 Carta) a los derechos humanos, que se fundamentan a su vez en el respeto a la dignidad y el valor de la persona humana. Cfre. CARRILLO SALCEDO, cit *supra*.

[170] El *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, hecho en Nueva York a 10 de diciembre de 1966, reconoce algunos derechos que también tienen incidencia en materia de extranjería, protegiendo especialmente al colectivo de trabajadores migrantes. El art. 2.2 del Pacto compromete a los Estados parte a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición eeconómica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[171] El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966. Su art. 2 establece la obligación de los Estados firmantes del mismo de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condiciñon social. Los arts. 12 y 13 se refieren a situaciones concretas de los extranjeros, reconociendo el derecho a la libertad de circulación y residencia, aunque supeditando tal disfrute a la legalidad de su presencia en ese país. Respecto a la expulsión se recogen garantías como la exigencia de que la decisión de la misma se ajuste a legalidad, la mínima procedimentalización de la misma, la audiencia del interesado así como la posibilidad de realizar alegaciones o el derecho a la revisión de su caso. A su vez., el art. 14 PIDCP recoge el principio de igualdad de las personas ante los Tribunales de Justicia y en el seno del proceso, en salvaguarda de los cuales incluye una serie de garantías procedimentales del juicio justo; en otr plano, el art. 26 del mismo texto econoce a todas las personas la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminados, prohibiendo explícitamente la discriminación en la ley. Por consiguiente, si bien las personas gozan de las libertades de movimiento (circulación y residencia), los Estados pueden restringir la entrada de extranjeros en su territorio si tales restricciones provienen de una disposición con rango de ley y se encuentra justificada en razones de seguridad nacional, orden público, salud, la moral pública o los derechos y libertades de terceros, y siempre y cuando tales restricciones sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el Pacto. Precisamente, el *Comité de Derechos Humanos* tuvo la ocasión de analizar unas disposiciones de control migratorio impuestas por Mauricio por las cuales los maridos extranjeros de ciudadanas mauritanas tenían prohibida la entrada y residencia en el país, en su decisión en *Shirin Ameeruddy-Cziffra y otras diecinueve mujeres mauritanas v. Mauricio (*Comunicación nº 35/1978 en *Selected Decisions under The Optional Protocol (Second to Sixteenth Sessions)*, New York 1985; *62 ILR 390*), el Comité puso en relación la denegación de entrada con otros derechos del Pacto, como el derecho a la vida familiar, la igualdad en la ley y la prohibición de discriminación y estableció, que además de violar el derecho a la vida familiar, las restricciones introducidas en virtud del art. 12 PIDCP no podían imponerse de forma discrimminatoria.

[172] La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 protege ampliamente a todas las personas frente a tratamientos discriminatorios fundados tanto en elementos físicos (color, rasgos físicos) como elementos sociales o subjetivos (lingüísticos, culturales, historicos, parentesco o linaje). Como expone FELICE el concepto de raza está vinculado a diferencias de poder, estatus social y otras distinciones. El Comité de Expertos instituido por la Convención no sólo examina las legislaciones nacionales para garantizar la ausencia de disposiciones racialmente discriminatorias sino que también trabaja para la eliminación de disparidades y el asegurmaiento de igualdad real mediante programas de discriminación positiva. Cfre.: FELICE, William F.: "The UN Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination: Race, and Economic and Social Human Rights", *Human Rights Quarterly* 24 (2002), págs. 205-236.

Derechos Humanos (Convenio Europeo de Derechos Humanos, Carta Social Europea, Convención Europea para la Protección contra la Tortura y los Tratos Inhumanos o Degradantes, etc..) y Tratados Internacionales especiales en razón de la materia (Convenio de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado y Protocolo de Nueva York, Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, Convenio para la Protección frente a la Tortura, Convenio OIT sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), y Convenio OIT sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), *Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990*[173], etc...), así como de la actividad de las Organizaciones Internacionales u organismos de control por ellos creados (TEDH, Comité de Expertos Carta Social Europea, etc...) y por las numerosas disposiciones infra-convencionales tales como recomendaciones, resoluciones, declaraciones, reglas mínimas, etc... que constituyen una suerte de cuerpo de carácter normativo variable y no convencional (*soft-law*) complementario de los Tratados[174]. Consecuentemente, el espacio de libre soberanía estatal en esta materia disminuye a medida que aumenta el Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos (DIPDH).

En el ámbito regional europeo el Consejo de Europa, una Organización Internacional creada tras la IIª Guerra Mundial con el fin de promover la democracia y la protección de los derechos fundamentales ha elaborado numerosas disposiciones que tienen efectos sobre los derechos de los extranjeros. Entre tales disposiciones, el *Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas,*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, brilla con luz propia al instituir un sistema de protección de los Derechos Fundamentales que incluye un Tribunal con funciones jurisdiccionales, y cuya amplia jurisprudencia sobre los derechos de los extranjeros es de ineludible referencia para

[173] Comentario al mimo de ÁLVAREZ, Aurelia en la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 2, marzo 2003, págs. 9-52

[174] Aumentando un punto la diversidad de niveles de concreción y protección de los Derechos Humanos, junto a la variedad en la tipología y efectividad de estas disposiciones, el Derecho Internacional también se ha a diferentes niveles geoggráficos o regionales (grosso *modo* Europa, América, África, Asia y Oceanía). Así, es posible hallar niveles de protección diferentes respecto a un mismo derecho en función de la zona geográfica en la que nos movamos, por ejemplo, en relación al principio de *non-refoulement*.

el estudio de los límites de la soberanía estatal en el establecimiento del estatuto jurídico de los extranjeros y de mecanismos e instrumentos de control migratorio.

Como ya se ha expuesto anteriormente, por voz de su Tribunal (TEDH), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) impuso desde el inicio de su andadura límites muy concretos a la aparentemente amplia y soberana competencia estatal para regular la inmigración con base en los Derechos Humanos de la Convención, no obstante hasta medidados de los años ochenta su jurisprudencia no empezó a trazar con nmayor nitidez las líneas divisorias entre lo que el Estado puede hacer en ejercicio de tal competencia y lo que le está vedado en consideración a los Derechos Humanos de los ciudadanos extranjeros. La importancia del Tribunal Europeo en tanto que jurisdicción internacional de protección de los derechos fundamentales en Europa[175], sólo puede entenderse si se observa el alto grado de autoridad reconocida entre los operadores jurídicos ("legitimidad de funcionamiento"), entre ellos el propio Tribunal Constitucional español[176], incluso por encima de las limitaciones jurídicas que el art. 50 CEDH impone al reconocimiento del Tribunal como jurisdicción supranacional, especialmente en relación a la ejecutividad de sus Sentencias.

En todo caso, siendo de gran relevancia e interés la cuestión de la posición de la jurisprudencia del TEDH en los ordenamientos nacionales y particularmente en el español, lo cierto es que este tema escapa al presente ámbito de estudio, limitado al estatuto de de los extranjeros sujetos a medidas de alejamiento en la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Únicamente cabe recordar a este respecto que los Estados son libres de escoger los medios para asegurar el disfrute efectivo de los Derechos y Libertades de la Convención, y dar así

---

[175] Algún autor, como HÄBERLE ha llegado a afirmar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene casi el mismo efecto que la de un Tribunal Constitucional resolviendo sobre Derechos Fundamentales ("efectos de jurisdicción quasi-constitucional" en España), pues el efecto de ese cuerpo jurisprudencial sobre los ordenamientos nacionales era equiparable al de un Tribunal Constitucional. El propio Tribunal ha manifestado que la Convención *"creates over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations"* (STEDH Ireland v. United Kingdom, 18/1/1978, Serie A, nº 25, par. 239.) para reconocer posteriormente que la Convención combina elementos de Derecho Internacional y Constitucional por lo que constituye un *"constitutional instrument of European public order (ordre public)"* en el ámbito de los Derechos Humanos (STEDH *Loizidou v. Turquía*, 23/3(1995, A-310, par. 75.). Cfre.: HÄBERLE, Peter en su prólogo a RODRÍGUEZ, Ángel: *Integración europea y derechos fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid 2001.También QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de Derechos Fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, València 2003.
La modificación introducida en el Convenio por el Protocolo nº 11 comportó la supresión de la Comisión y la modificación de la estructura y el funcionamiento del Tribunal con el fin de configurar un procedimient más rápido y eficaz. En la actualidad se barajan nuevas ideas para agilizar la tramitación de los expedientes.

[176] En la STC *Barberá, Messeguer y Jabardo* el Tribunal Constitucional reconoció a las Sentencias del TEDH algo más que autoridad intelectual, al revisar un caso juzgado con violación de los Derechos Humanos a pesar de la ausencia de procedimiento legalmente previsto para ello.

cumplimiento a la obligación impiuesta por el art. 13 CEDH de proveer de un remedio efectivo ante las autoridades nacionales frente a violaciones de los derechos y libertades de la Convención (ese mandato de previsión de mecanismos "*enforcement*" de los derechos y libertades se encuentra enunciado en términos generales en la STEDH *Campbell and Fell* y en el concreto ámbito de extranjería en las STEDH *Abdulaziz, o* STEDH *Chahal* o STEDH *Conka*). No obstante, el reconocimiento de ese deferencial margen de decisión a los Estados no está exento de críticas en cuanto a su efectividad[177], ciertamente disminuida mientras el Tribunal únicamente exija de los Estados parte la garantía de "un cierto resultado".

España, por su parte, ha incorporado la Convención y su jurisprudencia como parámetro de constitucionalidad de los derechos fundamentales del Título I de la Constitución, en virtud del art. 10.2 CE[178]. Esta particular posición de la Convención y la jurisprudencia del TEDH en virtud del art. 10.2 CE como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales, sitúa estas fuentes normativa y jurisprudencial en una posición muy especial en el ordenamiento español e, indirectamente, al permitir las más de las veces conectar la violación de un derehco de la Convención con la violación de un Derecho Fundamental de la Constitución, abrirá a los administrados los mecanismos procesales especiales de protección de los Derechos Fundamentales (procedimiento preferente y sumario, recurso de amparo, etc...).

Paradójicamente, la jurisprudencia del Tribunal, que contiene los elementos esenciales de los Derechos reconocidos a los extranjeros tanto para nuestro ordenamiento como para el del resto de los Estados signatarios[179], es doblemente rica por cuanto se

---

[177] Los Estados pueden cumplir esa obligación ya sea incorporándo los derechos a su ordenamiento y declarándolos susceptibles de alegación directa ante los Tribunales, ya por otras vias en función de sus respectivos procedimientos de incorporación del Derecho Internacional al Derecho interno. Según POLAKIEWICZ en los países en los que los derechos y libertades no han sido incorporados a la legislación nacional, las autoridades internas frecuentemente se encuentran ante la imposibilidad de asegurar el cumplimiento efectivo de las obligaciones de la Convención; en tales casos y en ausencia de regulación estatal o cuando esta es claramente contraria al Convenio, la interpretación judicial no puede aplicar directamente el Convenio o suplir la laguna mediante integración ("judicial construction").

[178] A diferencia del resto de Tratados Internacionales la CEDH no parece haberse incorporado como texto normativo directamente vinculante y alegable antelos Tribunales, a pesar de la dicción del art. 1 CEDH y del mandato del art. 96 CE que establece la efectividad de los Tratados Internacionales tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado. Sobre el art. 10.2 CE puede consultarse SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro: *La interpretación del los Derechos Fundamentales de conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996.

[179] Sobre el status de la Convención en el Derecho interno de los Estados signatarios, cfre.: POLAKIEW ICZ, Jörg: "The status of the Convention in National Law", págs. 31-53 y "The execution of Judgments of the European Court of Human Rights", págs. 55-76, en BLACKBURN, Robert & POLAKIEWICZ, Jörg (ed.):

configura tanto en casos de violaciones más o menos evidentes por parte de países recientemente incorporados al Consejo de Europa (países del Este), como por que también los países europeos de más larga tradición democrática en tanto que destino de inmigración, recurren a medidas de control migratorio muy restrictivas que entran en colisión con los Derechos Humanos del Convenio. El primer tipo de casos ha permitido al Tribunal trazar líneas jurisprudenciales muy claras en esta materia, el segundo grupo de casos, más complejos, ha permitido una mayor casuística que tiene en el uso del principio de proporcionalidad su instrumento interpretativo más eficaz[180].

En todo caso, y por su importancia, la elaboración por el TEDH de su jurisprudencia sobre la titularidad de Derechos Humanos por los extranjeros se remite a otro apartado (*Aptado II*), pues servirá de sustento para revisar críticamente la jurisprudencia constitucional española. Allí retomaremos este tema, baste aquí dejar constancia de la vinculación que resulta para el Estado la ratificación y participación en un Convenio y la sumisión un Tribunal que, aún reconociendo explícitamente que la normativa de entrada y residencia en los Estados parte quedaba fuera de la cobertura del Convenio[181], y por consiguiente a la disposición de los Estados[182], limitan expresamente la soberanía de los

---

Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000, Oxford University Press, Oxford 2001.

[180] Cuando en este trabajo nos referimos a la jurisprudencia, se incluye tanto las sentencias del Tribunal como algunas destacadas decisions de la extinta Comisión, que también son una fuente interpretativa de gran relevancia por lo que, pesar de su desaparición, se seguirán empleando en este trabajo como fuente interpretativa o autoridad de segundo pues permiten apuntar posibles líneas interpretativas de los derechos allí donde la jurisprudencia del Tribunal no se ha pronunciado: Ello se hará así aún con pleno conocimiento de que sus decisiones no tenían el valor de las Sentencias y de que en numerosas ocasiones el Tribunal se apartaba de la interpretación realizada por la Comisión. Recuérdese que la última reforma del sistema de protección de los Derechos del Convenio fue objeto de una profunda modificación operada por el Protocolo núm. 11 al Convenio que suprimió la Comisión Europea y modificó la composición, organización y funcionamiento del Tribunal.

[181] En el concreto ámbito de la gestión y el control migratorios, el CEDH no contiene disposición alguna que reconozca a los extranjeros un derecho de entrada en el territorio de los Estados signatarios. Ni siquiera el art. 2.1 del Protocolo nº 4 ha sido interpretado en tal sentido, porque ello significaría una interferencia en la política de admisión y residencia de extranjeros que corresponde a las autoridades de las Partes Contratantes. Precisamente, para preservar ese ámbito del control por los órganos de la Convención, se redactó el texto de este artículo con especial énfasis en la legalidad de la estancia. El art. 2.1 del Protocolo 4° CEDH reconoce el derecho a la libertad de movimiento y residencia de todos los que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado. El término "legalmente" fue incluido precisamente para preservar la discrecionalidad de las autoridades nacionales en el control de extranjeros en su territorio [*Explanatory Reports on the Second to Fifth Protocols to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* remitido por el Comié de Expertos al Consejo de Ministros, H(71)11 (1971), pp. 39-40]. La inclusión de dicho término descarta la interpretación de este precepto como un reconocimiento de un derecho universal de entrada a los extranjeros.

[182] STEDH Berrehab, ComEDH *25 británicos afroasiáticos vs UK*, pero también en *X vs RFA* (App 4162/69) y App 4403/70 y 5269/74, línia que sigue la iniciada por la Decisión *X vs Suecia*.

Estados en materia de Derechos Humanos (Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 30 de junio de 1959 en el Caso *X vs Suecia)*:

> "Según el Derecho internacional General un Estado puede, en virtud de sus soberanía, controlar la entrada de extranjeros en su territorio y su salida de este territorio; es cierto que el libre acceso al territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa no está comprendido como tal en los derechos y libertades garantizados en el Título I de la Convención; **sin embargo, debe considerarse que un Estado que ha firmado y ratificado la Convención Europea de Derechos Humanos acepta restringir el libre ejercicio de los derechos que le concede el Derecho Internacional General, incluidos los derechos de controlar la entrada y la salida de extranjeros, en la medida y dentro de los límites de las obligaciones que ha asumido en virtud de esta Convención**; en este caso surge la cuestión de si, ejerciendo el derecho que le concede el Derecho Internacional General de no dar un visado de entrada al demandante, el Gobierno Sueco no le ha privado de los derechos que le garantiza el Título I de la Convención, concretamente, el derecho de audiencia para solicitar el régimen de acceso a su hijo (art. 6) y el derecho al respeto de su vida privada y familiar (art. 8)."[183]

Esta resolución, y la jurisprudencia posterior del Tribunal, que ha seguido casi textualmente su formulación, tiene un triple orden de consecuencias: primero, reconocer expresamente la existencia de un "principio del Derecho Internacional", que posteriormente se ha considerado "claramente establecido" , y que parece derivar directamente del art. 13 DUDH[184] (STEDH *Abdulaziz y otros v. Reino Unido*[185]) que reconoce soberanía en esta materia a los Estados, principio sobre el que el Tribunal apenas se limita a reconocer su existencia y al que efectúa una completa remisión sin cita de la fuente normativa o jurisprudencial que justifica su existencia; segundo y fundamental, la manifestación por el tribunal de la completa sumisión de la regulación estatal del régimen de control migratorio,

---

[183] En el caso *X vs Suecia* la Comisión declaró inadmisible la demanda por incumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos, pero indicó al Sr. X que si agotaba los recursos internos y no se le reconocían tales derechos podría interponer nueva demanda y que está podría ser admitida.

[184] El art. 13 DUDH reconoce a las personas el derecho a salir de su país pero no consagra el derecho a entrar en ningún otro.

[185] STEDH *Abdulaziz et al. v. Reino Unido*, párr. 67: "Spécialement, dans la matière sous examen l'étendue de l'obligation, pour un État, d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés, dépend de la situation des intéressés. De plus, la Cour ne saurait oublier que le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration et que d'après un principe de droit international bien établi les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol.» STEDH *Dalia v. Francia* (par. 52): "The Court reiterates that it is for the Contracting States to maintain public order, in particular by exercising their right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, to control the entry and residence of aliens. To that end they have the power to depor aliens convicted of criminal offences".

al igual que el resto del ordenamiento jurídico, a las disposiciones del Convenio sin que tal regulación pueda contener disposiciones que vulneren los Derechos Humanos garantizados en él[186]; tercero, en esta tensión entre el libre ejercicio de una competencia estatal y el límite fijado por los Tratados Internacionales, el amplio margen reconocido al Estado para regular la entrada y salida de extranjeros ("libre ejercicio de los derechos que el Derecho Internacional General concede al Estado") se reduce progresivamente por la progresiva expansión de los Derechos Humanos y la interpretación que de los mismos realizan los Tribunales, y destacadamente el TEDH. No obstante, el propio principio de soberanía aplicado a las actuaciones sobre ciudadanos extranjeros presentaría límites internos en su aplicación en casos concretos en los que la actuación del Estado ha sido de (soberana) tolerancia de la entrada o residencia del extranjero[187] o cuando la nacionalidad es un mero vínculo formal a otro Estado que en carece de trascendencia real[188] (emigrantes de segunda y tercera generación).

A parte de la destacada labor del TEDH dirigida a consolidar un conjunto de derechos humanos de los extranjeros, otros organismos del Consejo de Europa velan por la consecución de ese objetivo, obviamente desde perspectivas diversas y con mecanismos muy diferentes. Entre los más destacados, el Comité de Expertos instituido por la *Carta Social Europea*[189] modula por medios de sus informes el nivel mínimo de protección para el

---

[186] Como ha resumido GOMIEN: "el derecho (o potestad) estatal de controlar la entrada y salida de extranjeros está limitada por las obligaciones asumidas a través del Convenio, que imponen sus propios límites y marco de aplicación", GOMIEN, cit. *supra*.

[187] Esta parece ser la posición sostenida por el Juez Sr. MORENILLA en la STEDH *Nasri,* donde afirmó la falta de fundamento de la aplicación del concepto de soberanía estatal como justificación de la expulsión de inmigrantes de segunda generación por la comisión de un delito.

[188] STEDH Benhebba v. Francia de 10 de julio de 2003.

[189] La Carta Social Europea, adoptada el 18 de octubre de 1961 en Turín, es un tratado internacional reguonal europeo que cuenta con un importante cuerpo de recomendaciones en materia de protección y asistencia social a los trabajadores inmigrantes elaborados por los expertos de su *Comité Europeo de Derechos Sociales* con base fundamentalmente en los art. 18[189]. y 19[189] de la Carta. Entre los derechos reconocidos en la carta deben destacarse los de establecimiento de servicios gratuitos de ayuda e información a los extranjeros, las medidas de lucha contra la propaganda engañosa incitando a la inmigración (art. 19.1 Carta), las medidas orientadas a facilitar la salida, el viaje y el acogimiento de trabajadores migrantes y de sus familias (art. 19.2 Carta), la colaboración entre los servicios de los países de emigración e inmigración (art. 19.3 Carta), la igualdad de trato entre los nacionales y los extranjeros beneficiarios de la Carta en materia de trabajo, sindicación y alojamiento (art. 19.4 Carta), la igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales en relación a los impuestos, tasas y contribuciones relacionadas con el trabajo (art. 19.5 Carta), la reagrupación familiar (art. 19.6 Carta), la igualdad de trato de los trabajadores migrantes respecto a los nacionales para efecturar reclamaciones ante la Justicia (art. 19.7 Carta), las garantías frente a la expulsión (art. 19.8 Carta), la libre transferencia de las rentas de trabajo (art. 19.9 Carta) o la extensión de la protección y de la asistencia a los trabajadores inmigrantes independientes (art. 19.10 Carta). La Carta Social Europea entró en vigor en 1965; al

núcleo de derechos sociales de los trabajadores migrantes y sus famílias reconocido ese tratado internacional; el *Convenio para la Prevención de la Tortura*[190] asegura las condiciones y garantías mínimas frente a la detención de cualquier persona, incluidos los extranjeros, especialmente en relación al internamiento y la expulsión; el *Comisario para los Derechos Humanos*[191] ha enfocado parte de su todavía reciente actividad hacia la protección de los extranjeros frente a las medidas de alejamiento, adoptado una importante recomendación en esta materia; otros organismos, de forma más indirecta han llevado a cabo acciones y adoptado instrumentos jurídicos que también despliegan efectos sobre los mecanismos de control migratorio y en particular sobre las medidas de alejamiento, así el *Comité Europeo para las Migraciones*[192], mediante sus informes y recomendaciones, el

---

texto de la Carta se añade un Protocolo Adicional de 1988, así como dos Protocolos de 1991 y 1995 de reforma de la misma, de manera que el que texto de la nueva Carta Social Europea revisada es de 3 de mayo de 1996. Los textos de todas estas disposiciones pueden consultarse en http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm La Carta Social Europea fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, mientras que la versión revisada fue firmada el 23 de octubre de 2000 peroa23 de junio de 2003 España aún no había ratificado esta nueva versión.

[190] El Consejo de Europa elaboró en 1987 el *Convenio Europeo de Prevención de la Tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes* de 1987 que en su parte sustantiva contiene algunas disposiciones de aplicación a los procedimientos de control migratorio y alejamiento de extranjeros. El Convenio ha instituido un órgano específico de vigilancia, el *Comité para la Prevención de la Tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes (CPT)*, compuesto por expertos nacionales, cuyo mandato tiene por objetivo promover entre los Estados signatarios la protección del derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes. El CPT lleva a cabo su trabajo mediante la emisión de informes sobre las prácticas de los Estados, la visita a los establecimientos de detención de los Estados y la publicación de un documento que recoge los *standards* de protección establecidos a partir de los diferentes informes elaborados. Al objeto de nuestro estudio, la aplicación del Convenio y la doctrina elaborada por la CPT presentan especial interés en tres ámbitos concretos sobre los que el Comité se ha posicionado claramente desde la óptica de protección frente a tratamientos inhumanos o degradantes de los extranjeros: en primer lugar, el régimen jurídico y las condiciones de detención de los extranjeros sujetos a alejamiento; en segundo lugar, la posibilidad de infligir malos tratos durante la ejecución forzosa de medidas de deportación o alejamiento aéreo; y finalmente los efectos del alejamiento de extranjeros a determinados países, cuestión directamente relacionada con el principio de *non refoulement*. La existencia de esos *standards* es justificada por el CPT en la necesidad de ofrecer con antelación "claros indicios a las autoridades nacionales sobre la forma en que las personas privadas de libertad deben ser tratadas, y en un sentido más general, para estimular el debate sobre estas cuestiones", tal y como se afirma en el preámbulo a la publicación de los mismos; cfre. EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADATING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT): *The CPT standards. "Substantive" sections of the CPT's General Reports*, documento ref. CPT/Inf/E (2003)1, disponible en http://www.cpt.coe.int/en/documents/eng-standards-scr.pdf y actualizado periódicamente.

[191] El Comisionando Europeo para los Derechos Humanos, una institución de reciente creación en el seno del Consejo de Europa por la Resolución (99) 50 del Comité de Ministros sobre el Comisario para los Derechos Humanos del CdE, 7 mayo 1999,que en su segundo Informe anual sobre los Derechos Humanos en los Estados Miembros del Consejo de Europa, recogió como primera recomendación de esta nueva institución la *Recomendación 1(2001) de 19 de septiembre, relativa a los derechos de los extranjeros que desean entrar en los Estados Miembros del Consejo de Europa y la ejecución de las órdenes de expulsión*. Esta Recomendación, recogida posteriormente en el *Informe sobre los Derechos Humanos (2002)* incluye importantes directrices a las cuales debería conformarse la legislación y la práctica de los Estados. Cfre.: 2° Informe anual del *Comisionado para los Derechos Humanos, 2002* del Consejo de Europa, abril de 2001 a diciembre de 2001, Estrasburgo

[192] El *Comité Europeo sobre Migración (CDMG)*, forum en el que participan expertos gubernamentales y representantes de ONG's para trabajar desde una óptica Europea sobre migración, integración social de las

Comité Europeo contra la Discriminación Racial[193], mediante similares instrumentos, y finalmente el *Consejo de Ministros*[194] y la *Asamblea Parlamentaria*[195], por medio de sus

---

poblaciones migrantes y los refugiados y analizar las causas de las migraciones internacionales. Este Comité, que acumula una ya larga experiencia de trabajo en materia de inmigración, ha elaborado una serie de textos con directrices políticas asumidas progresivamente tanto por el Comité de Ministros como por la Asamblea Parlamentaria. Estos estándares europeos culminaron con la adopción del *Convenio Europeo sobre el Estatuto Legal de los Trabajadores Migrantes adptado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977*, que entró en vigor en 1983, incorpora disposiciones sobre residencia y trabajo, reagrupación familiar, derechos y prestaciones sociales, derecho al acceso a la justicia, a la protección legal y judicial y a un intérprete en caso de procedimiento civil o penal.

[193] La *Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia* (ECRI, en inglés) fue creada tras el Encuentro de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, *Résolution Res (2002) 8 du 13 juin 2002 relative au statut de la Comission européenne contre le racisme et l'intolerance (ECRI)*, para combatir los crecientes problemas de racismo, xenofobia, anti-semitismo e intolerancia que amenazan los derechos humanos y los valores democráticos en Europa. La labor de dicho Comité consiste en revisar las legislaciones de los Estados miembros, sus políticas y las medidas dispuestas para combatir el racismo, la xenofobia, etc..., puede proponer acciones a varios niveles, formular recomendaciones de política general y estudiar la adopción de instrumentos internacionales de refuerzo. Entre sus actividades más destacables se encuentra la elaboración de informes sobre los Estados miembros.

[194] Algunas disposiciones de *soft-law* del Consejo de Ministros tratan directamente aspectos relacionados con el control migratorio y las medidas de alejamiento de extranjeros, como la Resolución ResDH (2002) 99, de 8 de octubre de 2002, y su Apéndice *Ahmed v. Austria*, de 17 de diciembre de 1996. sobre la denegación entrada y sus consecuencias; la Resolución ResDH (2001) 119, de 15 de octubre de 2001 y Apéndice *Chahal v Reino Unido*, de 15 de noviembre de 1996. sobre expulsiones por amenaza a la seguridad nacional y medidas adoptadas por el Reino Unido. Otros actos del Consejo de Ministros inciden en el ámbito de las migraciones, con una incidencia indirecta sobre el control migratorio como la Recomendación (2001) 10 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de septiembre de 2001 sobre el Código Europeo de Ética Policial, que recoge observaciones sobre la selección no discriminatoria de los funcionarios policiales así como de la necesidad de reclutar miembros de grupos étnicos minoritarios, la necesidad de actuar con particular consideración para la situaciones de individuos pertenecientes a grupos especialmente vulnerables y a actuar sometidos a los principios de imparcialidad y no discriminación, así como de promover traducción cuando fuera necesario en el transcurso de investigaciones policiales; estecódigo ético insiste en un uso estrictamente necesario y proporcionado de la fuerza para la consecución de los objetivos legítimos de la policía y en la necesidad de distinguir a efectos de su separación física entre los detenidos en por delitos y los detenidos por otras razones; en el mismo sentido pueden citarse la Recomendación Rec (2002) de 4 de marzo de 2002 sobre el estatuto jurídico de las personas admitidas con la finalidad de reagrupación familiar; la Recomendación 1503 (2001) de la Asamblea sobre las condiciones sanitarias de los migrantes y de los refugiados en Europa; la Recomendación 1489 (2001) de la Asamblea relativa a la migración de tránsito en Europa central y oriental; Recomendación Rec (2000) 15, de 13 de septiembre de 2000, sobre seguridad de residencia de los inmigrantes de larga duración; Recomendación R(94) 5 del Comité de Ministros sobre directrices para inspirar las prácticas de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la llegada de solicitante de asilo a los aeropuertos europeos. Entre los Comités "ad hoc del Consejo de Ministros se pueden contar el Comité Ad hoc de Expertos sobre los Aspectos Jurídicos del Asilo Territorial, de los Refugiados y de los Apátridas (CAHAR) y el Comité Ad Hoc sobre Acción contra el Tráfico de Seres Humanos (CAHTEC) del Consejo de Ministros

[195] Entre las decisiones de la Asamblea pueden mencionarse, por ejemplo, la Resolución (67) 14 del Consejo de Europa, adoptada el 29 de junio de 1967 sobre "Asilo a personas en peligro de persecución", donde se establecen algunas limitaciones a la obligación general de no rechazar, devolver o reconducir. De la misma manera pueden citarse a modo de ejemplo y sin ningún ánimo exahustivo las siguientes disposiciones: Recomendación 1598 (2003) sobre la situación de jóvenes migrantes en Europa, Recomendación 1552 (2002) y Directiva nº 580 (2002) sobre la formación profesional de los jóvenes solicitantes de asilo, de 26 de marzo, de 2002; Conferencia parlamentaria sobre el trato de los demandantes de asilo llegados por mar, 30-31 de mayo de 2002; Resolución 1293 (2002) sobre la situación de las mujeres magrebíes, de 27 de junio de 2002; Recomendación 1547 (2002) y Directiva nº 579 (2002) de 22 de enero de 2002 sobre procedimientos de expulsión y respeto de los derechos del Hombre; Recomendación 1577 (2002) sobre la creación de una declaración de intenciones sobre inmigración clandestina, de 23 de septiembre de 2002; Resolución 1247 (2001), de 22 mayo de 2001 sobre las mutilaciones sexuales femeninas; Recomendación 1503 (2001), de 14 de marzo de 2001 sobre las condiciones sanitarias de los migrantes y refugiados en Europa; Orden 570 (2001) y Recomendación 1504 (2001) de 14 de marzo de 2001, sobre la no expulsión de inmigrantes de larga duración; Recomendación 1524 (2001) de 27 junio de 2001, sobre el Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el 50 aniversario de la Convención de Ginebra; Recomendación 1523 (2001) de 26 de junio de

resoluciones de alcance general juegan un papel igualmente importante. Estas instituciones, trabajando en torno a diferentes aspectos relacionados con los derechos humanos de los extranjeros, se han pronunciado en diversas ocasiones sobre la actividad de control migratorio y en particular sobre aspectos problemáticos de las medidas de alejamiento, pronunciamientos que se analizarán en los respectivos apartados de este trabajo[196]. En todo caso, se trata de Acuerdos Internacionales con efectos sobre inmigración e instituciones cuyo trabajo amplia la eficacia de estos[197] mediante la elaboración de decisiones y recomendaciones complementarias (*soft-law*[198]), que con un grado muy distinto de vinculación para los Estados al de los Tratados, no obstante, restringen su espacio de

---

2001, sobre la esclavitud doméstica; Recomendación 1527 (2001) sobre el funcionamiento de la Convención del Consejo de Europe sobre la trasferencia de personas condenadas, análisis crítico y recomendación; Recomendación No. R (98) 13 y memorándum explicativo sobre el Derehco de solicitantes de asilo rechazados a un remedio efectivo contra las decisiones de expulsión en el contexto del art. 3 CEDH; Recomendación 1467 (2000) sobre inmigración clandestina y lucha contra los tráficantes; Recomendación 1475 (2000) de la Asamblea relativa a la llegada de solicitantes de asilo a los aeropuertos europeos, etc.. La Asamblea Parlamentaria dispone de un *Comité de Migraciones, Refugiados y Demografía* (o *Comité de Migraciones, Refugiados y Población,* en sus sucesivas denominaciones) que sobre la base de los informes de sus ponentes elabora las recomendaciones que la Asamblea adopta y remite al Consejo de Ministros.

[196] Obviamente, junto a ellos existen otros organismos especializados en el seno del Consejo de Europa cuya actividad puede incidir en aspectos indirectamente relacionados con el régimen jurídico de los extranjeros, en la medida que ese papel es meramente tangencial únicamente se citará su actuación cuando la misma sea destacable en algún aspecto muy particular de las medidas de alejamiento, cuyo estudio se abordará en apartados posteriores de este trabajo[196]. Lo mismo sirve para la multitud de actos jurídicos (tratados internacionales, recomendaciones, etc....) promovidos desde las distintas instituciones del Consejo de Europa, que despliegan efectos indirectos en materia de control migratorio.Sin ir más lejos, por ejemplo: la Convención Europea sobre la Nacionalidad, adoptada en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997 o o el Convenio sobre Participación de los migrantes en la vida local.

[197] Como excepción a esta regla expositiva, entre los Tratados Internacionales que contienen disposiciones sobre el régimen de las medidas de alejamiento de extranjeros, aunque superado por el estado de integración europea, merece destacar el *Convenio Europeo de Establecimiento de París de 13 de diciembre de 1955*, uno de los primeros Tratados adoptados en Consejo de Europa, que se debe enmarcar en un contexto histórico completamente distinto al presente, en el que los Estados signatarios tenían por finalidad establecer reglas comunes para el tratamiento acordado a los nacionales de cada Estado miembro en el territorio de los otros, razón por la que en el mismo Capítulo I° se regulasen el régimen de entrada, residencia y expulsión de los nacionales de los Estados parte. Respecto a la expulsión el artículo 3 del *Convenio Europeo de Establecimiento de 1955* únicamente admite la expulsión por razones de seguridad nacional o por infracciones del orden público o de la moralidad, igualmente incluye cláusulas de proteción de los residentes cuya presencia en el Estado receptor se haya prolongado durante más de diez años por causa de eguridad nacional o por infracciones especialmente graves de lascausas de expulsión mencionadas anteriormente, del mismo modo reconoce a los ciudadanos de dichos Estados con una residencia superior a dos años el derecho de alegaciones en un procedimiento y a un recurso y a representación legal. Estas últimas garantías, son desarrolladas en el Capítulo IV del Convenio al reconocer el derecho a un acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los nacionales y a la asistencia jurídica gratuita. Este Convenio fue ratificado por 12 Estados durante los años cincuenta y sesenta, España ni siquiera lo ha firmado.

[198] Por ejemplo, el *soft-law* de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se compone de Recomendaciones, que contienen propuestas dirigidas al Comité de Ministros, la implementación de las cuales es competencia de los Gobiernos; Resoluciones, que constituyen decisiones de la Asamblea sobre cuestiones sobre las que es competente para adoptar o puntos de vista bajo su propia responsabilidad; Opiniones, mediante las cuales expresa su punto de vista ante el Comité de Ministros; y Órdenes, que son instrucciones de la Asamblea a uno o más de sus Comités. A este respecto, cfre.: SALINAS ALCEGA, Sergio: *El Consejo de Europa. Su protagonismo en la construcción de la "Gran Europa" y sus aportaciones al progreso del Derecho Internacional Público*, Ed. Biblioteca Diplomática Española, Ministerio de Asuntos Exteriores Españoles, Madrid 1996.

discrecionalidad . Estos órganos pueden ser órganos propios instituidos por cada uno de los mecanismos de protección o supervisión ("monitoring mecanisms") de esos tratados, u órganos especializados en aspectos concretos relacionados con la inmigración, en ocasiones creados únicamente para la elaboración de una norma o de un informe sobre un problema muy específico (los comités "ad hoc", destacadamente) que luego remiten a otras instancias, sean estas el Consejo, la Asamblea Parlamentaria o los Estados.

4.- Los límites impuestos por el proceso de integración supranacional del Estado en la Unión Europea

La integración en la Unión Europea implica una cesión de soberanía por parte del Estado español hacia las instituciones comunitarias[199], cesión que se traduce en una integración del ordenamiento jurídico comunitario en el ordenamiento español en virtud del art. 93 CE, ordenamiento jurídico que dispone de su propio sistema de fuentes y principios de articulación. Este ordenamiento incide, al igual que los Derechos nacional e internacional[200], en el régimen de los controles migratorios y de las medidas de alejamiento. La intervención comunitaria en materia de inmigración, rechazada por los Estados a mediados de los setenta[201], se ha ido ordenando entorno a diversos títulos competenciales de

[199] DÍEZ-PICAZO, Luís María: "Europa, las insidias de la soberanía", en *Claves de la Razón Práctica*, nº 79, 1998.

[200] Cfre. SÁIZ ARNÁIZ, cit *supra*, para un análisis del art. 93 CE y los problemas de integración del ordenamiento comunitario en el ordenamiento nacional.

[201] Desde sus inicios, el Tratado de la Comunidad Económica Europea reconocía entre sus principios fundacionales la integración económica, para lo cual estableció las bases para la creación de un espacio económico donde las fronteras y los obstáculos a la libre circulación de mercancias, servicios y personas serían abolidas entre los Estados signatarios, de acuerdo con la filosofía del *plan Schuman* (Declaración del Ministro de Asuntos Exteriores francés, Robert Schuman, de 9 de mayo de 1950, cfre.: ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILÁ COSTA, B.: "Lecciones de Derecho Comunitario europeo", Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1993, págs. 17 y ss.). Estos objetivos de integración económica fueron evolucionando ampliandose desde el inicial Tratado CEE de 25 de marzo de 1957 por el que se creaba un mercado común hasta la creación del mercado interior en virtud del Acta Única Europea de 1986. Sin embargo, la traducción de la unión económica en una unión política de los Estados, insito en el *plan Schuman*, sólo empezó a andar con la aprobación del Tratado de Unión Europea de 1992, hace apenas una década. La confluencia actual de estas dos perspectivas en la intervención sobre el fenómeno de la inmigración explican el variado sustrato competencial de intervención comunitaria en materia de inmigración: la perspectiva económica impregna la intervención en materia de inmigración hasta bien entrada la década de los noventa, tomando como base la creación de un espacio económico con plena libertad de circulación de los agentes productivos y económicos, entre ellos los trabajadores y sus familias en sentido amplio (Directiva 68/360, Directiva 73/148, Reglamento Com. 1251/1970, Directiva 13/148, Reglamento Consejo 1612/68, Directiva 90/364, Directiva 90/366, Directiva 90/36, Directiva 69/71/CE[201]), de los agentes económicos a establecerse libremente en otros Estados o a

manera que tras las reformas de Amsterdam y Niza[202], se encuentran diseminados en varias disposiciones de los Tratados Constitutivos, que en breve serán reunidas bajo el Título III

---

desplazar allí a sus trabajadores para la prestación de servicos concretos o temporales (Directiva 96/71/CE, STJCE *Debauve* de 18 de marzo de 1980), completada con disposiciones tanto comunitarias (por ejemplo, sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social) como internas de los Estados (supresión o minimización de la exigencia de visado, y en general relajación de los controles migratorios de los ciudadanos comunitarios). Los extranjeros extracomunitarios se beneficiaron de las libertades y disposiciones comunitarias, bien por nexo familiar, como familiares de un trabajador migrante comunitario (STJCE *Singh,* STJCE *Carpenter*), bien por nexo laboral, como trabajadores al servicio de una empresa comunitaria prestataria de servicios en el territorio de otro Estado miembro (STJCE *Rush Portuguesa)*.

La perspectiva política sobre la necesidad de intervenir desde el ámbito comunitario en materia de inmigración se remonta a los años setenta (iniciativas de la Comisión para la creación de una Unión de Pasaportes y un *pasaporte de modelo uniforme*. creación de grupos de coordinación como el Grupo de Trevi, Comité ad hoc inmigración, etc.), pero no fue hasta mediados de los años ochenta cuando, ante la imposibilidad de aproximar legislaciones para la consecución de un espacio sin fronteras interiores, se evidenciaron las dificultades políticas de la via comunitaria (ejemplificadas en los fracasos de la propuesta de Directiva de 1985 de la Comisión para la supresión de los controles sobre las personas o del Consejo de Ministros como la directiva sobre controles exteriores sobre la base del Informe del Comité *ad hoc* "Europa de los Ciudadanos" al Consejo Europeo de Fontainebleau de 1984), así como el creciente interés de un grupo de Estados miembros en colaborar en esta materia mediante instrumentos de índole intergubernamental. Frente a magros y parciales avances parciales sobre la base del Acta Única Europea (1986) y la noción de "espacio sin fronteras interiores" de su art. 8A TCEE y art. 100 A TCE, (cierta armonización del visado, del asilo y de las condiciones de entrada y circulación; respecto de las fronteras los criterios de establecimiento de las fronteras exteriores, y cierta armonización de los controles), la década de los ochenta observa la creación de mecanismos de cooperación intergubernamental externos al marco comunitario entre un grupo de Estados que compartían la voluntad política de avanzar en este terreno (Acuerdo de Saarbrücken de 1984 entre Francia y Alemania, Acuerdo de Schengen de 1985) El desarrollo del Acuerdo de 1985 por el Convenio de Schengen de 1990 constituirá la plataforma de cooperación intergubernamental más importante en materia de inmigración durante casi dos décadas, desde un entramado institucional e instrumentos jurídicos ajenos al ordenamiento y estructura de la Comunidad, aunque estrechamente vinculados a sus objetivos.

A principios de los noventa, el Título VI TUE o "Tercer Pilar" de la Unión Europea permitió traer de vuelta la cooperación intergubernamental al marco comunitario, dentro de la reforma por el Tratado de Maastricht de 1992, mientras se matenía la cooperación intergubernamental en el ámbito de Schengen (Convenio de Aplicación de Schengen de 1990), que por su carácter de "laboratorio" avanzado de experimentación y se mantenía en el primer pilar las comunitarizadas políticas de visados (Cfre. LIROLA DELGADO, María Isabel: *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.) Por razones políticas, tanto generales como particularistas, el balance de la actividad realizada bajo la vigencia del TUE es bastante magro, si se compara con la actividad del Grupo de Schengen, que por entonces ya había desarrollado sus previsones y comenzaba a operar, siempre al margen de la Comunidad y de sus controles, y en todo caso suscitaba importantes críticas por su marcado carácter intergubernamental. Por estas razones, la siguiente reforma de los tratados constitutivos bajo el Tratado de Amsterdam respondió a la necesidad de comunitarizar progresivamente las materias de inmigración, asilo, visados y cruce de fronteras", mediante un nuevo Título IV TCE "Visados, asilo, inmigración, y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas", cuya readacción ofrece un amplio juego a la interpretación expansiva de las competencias comunitarias. Igualmente, el Protocolo 2° del Tratado incorporó al marco comunitario las normas y actos de desarrollo emanados de la experiencia de Schengen ("acervo de Schengen"), para lo cual se procedió a su selección y publicación en el DOCE, cerrando con ello más de diez años de funcionamiento de un mecanismo de cooperación intergubernamental ajeno a la Comunidad aunque guiado por los mismos objetivos; no obstante, el procedimiento de incorporación de Schengen a la Comunidad no ha estado exento de problemas jurídicos de alcance incluso constitucional. Cfre.: "Una Unión al servicio del ciudadano (II) Un espacio de libertad de seguridad y de justicia", Capt. 4°, págs. 255-297 en OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir): El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios, Vol. I, Ed. MacGraw-Hill, Madrid 1998. Sobre los problemas constitucionales que plantea la operación de comunitarización de Schengen mediante el Protocolo 2° TA, puede consultarse DONAIRE VILLA, Francisco Javier: *La Constitución y el acervo de Schengen*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002., págs. 91 y ss.

[202] La reforma por el Tratado de Niza apenas introdujo modificaciones sustanciales a la distribución competencial diseñada en Amsterdam en este ámbito, si bien como es sabido introdujo un nuevo reparto del poder en relación a los procedimientos de decisión. DONAIRE VILLA, Javier: "El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza", *Cuadernos de Derecho Público* n° 13, mayo-agosto 2001. Sólo la cooperación judicial civil, con excepción del Derecho de Familia, pasó a regirse por el procedimiento de

del proyecto de Constitución Europea[203], dedicado a las competencias sobre inmigración y asilo.

El reconocimiento por el Título IV TCE, así como por algunas otras disposiciones que también se analizarán en este apartado[204], de competencias en materia de inmigración y asilo además de desplazar la soberanía estatal en esta materia hacia el ámbito comunitario de decisión, abre de forma refleja, el ordenamiento nacional a la recepción de acciones y disposiciones comunitarias en esta materia[205]. Las nuevas competencias comunitarias sobre inmigración y asilo, aún encontrándose sujetas todavía a un amplio control por parte de los Estados[206], cambian profundamente los fines e instrumentos de intervención pública en

---

codecisión; en materia de cooperación administrativa se previó el paso de la unanimidad a la mayoría cualificada (*Protocolo sobre el art. 66 TCE*), si bien condicionada por el nuevo art. 67.5 TCE a la adopción previa de "una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias", es decir las materias señaladaas en los arts. 63.1 TCE y 63.2.a TCE, es decir, asilo y protección temporal de desplazados. Sobre este precepto debe tenerse en cuenta la *Declaración número 5 relativa al artículo 67 TCE,* aneja al Acta findal de la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros convocada en Bruselas el 24 de febrero de 2000, por la cual

[203] El proceso posterior a Niza se ha centrado en la elaboración del proyecto de Constitución Europea presentado por la *Convención* al Consejo de Ministros, donde se recoge la Carta de Derechos Fundamentales, que incorpora disposiciones de rango constitucional sobre el estatuto de derechos de los extranjeros, así como algunas modificaciones al actual Capítulo IV, así como una mejor delimitación de las competencias en este ámbito de la Comunidad. La Constitución Europea, aún en trámite de discusión y aprobación, supondrá la consolidación de las competencias comunitarias en este ámbito, lo cual no significa que se haya frenado el progresivo ejercicio y extensión, tácita o expresa, de competencias por las instituciones comunitarias, así como la regulación de ámbitos cada vez mayores del fenómeno migratorio.Sobre esta cuestión puede consultarse SCHWARZE, Jürgen: "Constitutional Perspectives of the European Union with regard to the next Intergovernmental Conference in 2004", *European Public Law,* Col. 8 (2), 2002; ROIG MOLES, Eduard: *El procés post-Niça i la Conferència Intergovernamental del 2004*, Col.lecció El Clip nº 13, Ed. Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona 2000.

[204] La adopción de un sistema de distribución de competencias reconocido en la Constitución Europea plantea cuestiones de gran calado que no pueden resolverse aquí, para las cuales puede remitirse a ALBERTÍ ROVIRA en *la Revista Español de Derecho Constitucional*, nº 68, 2003, DIAZ HOCHTLEINER: Javier: *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1998, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: "Delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia", *REDCE*, nº 12, mayo-agosto 2002; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Ed. McGraw-Hill, 1997. Tras la Convención Europea se ha producido un interesante debate sobre el alcance y la tipología de las competencias comunitarias con implicaciones importantes en materia de inmigración, en el que ni los límites de la competencia comunitaria sobre inmigración están claramente definidos ni los títulos competenciales del Título IV son los únicos que ostenta la Comunidad para intervenir sobre la inmigración y en particular sobre las medidas de alejamiento.

[205] España, al igual que el resto de Estados miembros han cedido una pequeña parte de la tradicional soberanía estatal que fundamentaba la intervención nacional. Tras la parcial superación de los mecanismos de cooperación intergubernamental instituidos por el Tratado de Maastricht, las nuevas competencias comunitarias dan pié a una intervención compartida a todos los niveles (legislativo, ejecutivo, judicial-interpretativo) entre el Estados y las instituciones comunitarias, hasta el punto de que actos comunitarios relativos a medidas de alejamiento, una vez removida la regla de la unanimidad del art. 67.1 TCE, podrían adoptarse contra la voluntad del Estado español, que no obstante resultaría vinculado por los mismos.

[206] Sobre la aplicación en el ámbito de la inmigración del principio de soberanía pueden consultarse GEDDES, Andrew: "International Migration and Sovereignity in an Integrating Europe", *International Migration* vol 39 (6) 2/2001págs. 21-42; APAP, Joanna: "Transfer of competence: between sovereignity and supranationality", en ANDERSON, Malcolm and APA, JOANNA (ed.): Police and justice cooperation and the new European borders, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2002; .

materia de inmigración, y en el específico ámbito del control migratorio y de las medidas de alejamiento, va a generar una fuerte tendencia hacia la armonización de tales instrumentos, hasta el punto de llegar a la adopción de todo un sistema de medidas de alejamiento comunes, para las cuales el propio ordenamiento comunitario debería proponer estándares también comunes y eficaces de protección de los extranjeros.

Con la reforma de Amsterdam, y la incorporación del fenómeno migratorio a la agenda comunitaria como una cuestión política de primer orden, las instituciones europeas avanzaron hacia la fijación de directrices y orientaciones políticas, a la adopción de disposiciones normativas sobre aspectos fundamentales del fenómeno migratorio así como del estatuto y derechos de los inmigrantes extracomunitarios. En la actualidad, a pesar del arrinconamiento de los Estados que bloqueaban el avance político en materia de inmigración y la superación de la instrumental perspectiva economicista empleada en épocas anteriores, el proceso de expansión comunitaria se construye sobre un entramado de tensiones: las que surgen entre instituciones comunitarias entre sí[207], las tesiones entre algunas de estas instituciones con los Estados y las tensiones de los Estados entre sí[208].

Ello ha producido un avance en esta materia que presenta destacadas particularidades y que se caracteriza por el trabajo en paralelo de diversas instituciones comunitarias, por una jurisprudencia activista del TJCE, por un avance a distintas velocidades o dicho en terminología comunitaria con cooperaciones reforzadas, por el creciente uso y abuso del método abierto de coordinación, y sobre todo y ante todo por la preeminencia de la cooperación intergubernamental[209], y la cada vez mayor dotación de recursos económicos y humanos para desplegar una creciente actividad en este ámbito.

La posibilidad de intervenir a nivel comunitario en casi cualquier materia relacionada con la inmigración o el asilo, a la vista del marco competencial diseñado por los Tratados Constitutivos y su desarrollo por las instituciones comunitarias, parece quedar fuera de toda

[207] En ocasiones de la Comisión contra el Consejo de Ministros, o de éste contra el Parlamento Europeo, mientras el Tribunal de Justicia ha tenido que dirimir diversos conflictos a la vez que adoptaba una línea proactiva de intervención comunitaria en este ámbito.
[208] El contencioso entre Reino Unido y España respecto a Gibraltar en el Proyecto de residencia, la resistencia de Reino Unido e Irlanda a incorporarse a Schengen o a los mecanismos JAI.
[209] GEDDES, Andrew: "International Migration and Sovereignity in an Integrating Europe", *International Migration* vol 39 (6) 2/2001, págs. 21-42.

duda. Basta voluntad política para hacerlo, y que tal voluntad se traduzca en acuerdos entre los Gobiernos de los Estados en el seno del Consejo de Ministros, pues el diseño de las competencias comunitarias de inmigración y asilo del Tratado de Amsterdam por los Estados se asienta sobre la base de un planteamiento claramente preservador de los mecanismos de cooperación intergubernamental. Ello genera numerosos problemas, que intentan resumirse a continuación.

a) Los problemas del apoderamiento competencial del Título IV TCE. Las competencias comunitarias sobre "inmigración" y "asilo" del Título IV TCE se corresponderían, al menos inicialmente, con la definición de competencias compartidas o concurrentes[210]; ello significa que la regulación estatal sobre esta materia sólo retrocede completamente ante el ejercicio de la competencia comunitaria y en la medida en que dicha intervención sea exahustiva y agote toda la regulación posible[211] (*preemption*). La técnica de la *preemption* se introduce con el doble objetivo de preservar las regulaciones nacionales preexistentes y evitar lagunas normativas en tanto no exista acuerdo para actuar a nivel comunitario, y para salvaguardar la primacía del ordenamiento comunitario y garantizar la unidad del mismo, una vez regulada la materia a nivel comunitario. La plasmación de las competencias compartidas en el Tratado de Amsterdam se hizo mediante la técnica legislativa de recoger materias (y submaterias) y funciones (generalmente funciones de dirección política, normativas, de coordinación administrativa o ejecutivas) en una única lista competencial; técnica que requiere una gran precisión para evitar confusiones, lagunas o ambigüedades. Sin embargo, la redacción de los títulos competenciales del Título IV TCE resultó ser bastante ambigua y compleja.

---

[210] La posibilidad de considerar la materia de inmigración como una materia objeto de la competencia exclusiva de la Comunidad debe excluirse tras la mera lectura del Título IV TCE. Las competencias exclusivas son, para el TJCE, aquellas que excluyen toda intervención estatal "incluso en los casos de inactividad comunitaria", pues la atribución de competencia es "total, definitiva y absoluta (STJCE de 5 de mayo de 1981, As. 804/79 *Comisión vs Reino Unido (Pesquerías)*, Rec. 1981, págs. 1045 y ss, citada por MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES).

[211] En tanto no se ejerzan las competencias sobre inmigración recogidas en los arts. 61 y ss TCE los Estados pueden regularlas en el sentido que consideren más oportuno, lo cual indica que se trata de una de las muchas competencias compartidas que ostenta la Comunidad, al menos desde Amsterdam. En este tipo de competencias la adopción de instrumentos jurídicos sobre la base de tales competencias, comporta el desplazamiento o exclusión de toda regulación nacional que se oponga a la misma, salvo en el caso de que las disposiciones estatales se dicten para proteger el orden público o la seguridad interior (arts. 64.1 y 68.2 TCE), como se expondrá más adelante.

La interpretación de los títulos competenciales plantea desde la misma redacción del Título IV TCE serias dificultades por diversas razones: primero, la técnica normativa empleada para su delimitación es confusa (títulos competenciales sobre materias mezclados con títulos competenciales sobre submaterias, indefinición de la distribución de funciones entre Estados y Comunidad); segundo, los títulos competenciales recaen sobre (sub)materias conceptualmente amplias y un tanto ambiguas ("derechos de los residentes legales", "inmigración ilegal") que permiten extender la intervención comunitaria a casi todos los aspectos de la inmigración; tercero, la indefinición de las funciones atribuidas a la Comunidad sobre esas submaterias se extiende a los concretos instrumentos que deben adoptarse para desarrollar las competencias, por cuanto el término "medidas" o "normas" empleados profusamente por los arts. 62 y 63 TCE apenas ofrecen pautas para seleccionar los instrumentos más apropiados para el desarrollo de esas competencias, indefinición instrumental sólo parcialmente paliada por la redacción de cada uno de los preceptos.

b) La existencia de otros títulos competenciales que inciden en materia de "inmigración". El apoderamiento a las instituciones comunitarias en materia de inmigración y asilo no se reduce al Título IV TCE, sino que en este ámbito confluyen otros títulos competenciales: competencias comunitarias sobre la base de títulos materialmente conexos al de inmigración (cooperación policial o lucha contra el tráfico de personas en el Título VI TUE, trabajadores prestadores de servicios a cargo de empresas comunitarias, beneficiarios de la libre circulación comunitaria, etc.,), competencias externas explíticas e implícitas (Acuerdos de Adhesión, Asociación o Cooperación además de tratados internacionales específicos sobre inmigración), etc... La existencia de esta variedad de títulos competenciales y de los problemas heredados por el sistema competencial de Amsterdam (integración del acervo Schengen, autoexclusión de algunos países[212]), además de arrastrar sus propios problemas y

[212] La existencia del acervo Schengen como un cuerpo legal derivado del ejercicio de las competencias recogidas en los Tratados constitutivos anteriores y en el Convenio de Schengen, que sin embargo no han pasado por el procedimiento legislativo comunitario pero tienen igual eficacia normativa que la legislación comunitaria Igualmente, la aplicación parcial o inaplicación de les disposiciones del T´tiulo IV TCE o de Schengen a tres Estados (Dinamarca, Reino Unido e Irlanda) tiende a complicar el sistema. Sobre la evolución de la posición del Reino Unido e Irlanda, véanse las intervenciones de PALLETT y BRACKE, así como el marco dinámico de trabajo en el ámbito de justicia e interior dibujado por MONAR en MARINHO, Clotilde (ed.): Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam. A First Assessment, European Institute of Public Administration, Maastricht 1997.

difuminar las diferencias entre títulos competenciales comunitarios, constriñe potencialmente el espacio competencial reconocido a los Estados en materia de inmigración y asilo.

c) La actuación de las instituciones comunitarias en desarrollo de las competencias sobre "inmigración". Los graves defectos técnicos del Tratado de Amsterdam, no subsanados por la posterior reforma de Niza, se agravan por la actuación de las instituciones comunitarias en desarrollo de esos títulos competenciales. Las instituciones comunitarias han evitado una interpretación estricta de las competencias, en aras de un apoderamiento amplio de la Comunidad en virtualmente casi todos los ámbitos de la inmigración y el asilo[213], pudiendo además intervenir mediante cualesquiera instrumentos.

Para empezar, el desarrollo de las competencias del Título IV TCE ha prescindido de una interpretación restrictiva de las competencias comunitarias en este ámbito, optando por una interpretación expansiva de la base competencial de los arts. 62 y 63 TCE que le ha permitido intervenir sobre cualquier materia enunciada en estos preceptos[214], ya de por sí excesivamente amplios y ambiguos, según los intereses y la voluntad política existente en el Consejo[215], sin respetar la distinción entre competencias normativas (art. 62 y algunos

---

[213] Así, una cuestión como la integración de los extranjeros sobre la que en principio parecía existir consenso respecto a su exclusión del ámbito del Título IV TCE y situada tradicionalente entre las competencias exclusivas de los Estados, ha sido objeto ya de un estudio aproximativo por parte de la la Comisión mediante la *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committe of the Regions on immigration, integration and employement*, COM (2003) 336 final, Brussels, 3 de junio de 2003. Comunicación que la Comisión fundamenta en su previa *Comunicación sobre una política comunitaria de inmigración*, COM(200)757, de 22 de noviembre de 2000, las *Conclusiones del Consejo JAI* de 14-15 de octubre de 2002, el *Informe de la Comisión al Consejo Europeo de 21 de marzo de 2003*, COM(2003)5, de 14 de enero de 2003, etc....

[214] GUILD, Elspeth, pág 73, en GUILD, Elspeth & HARLOW, Carol (eds.): *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, cit supra. GUILD reconoce que los poderes atribuidos por el art. 63.3 TCE a la Comunidad son excesivamente amplios. su alcance personal sólo limitado por otras provisiones relativas a la libre circulación comunitaria, su alcance geográfico incluye la actividad de puestos consulares situados fuera del territorio de la Comuniad, y su ámbito material de aplicación alcanza a cualquier cuestión relacionada con las condiciones de entrada y residencia, estándares sobre procedimientos de expedición de visados de larga duración y permisos de residencia; sin que tal precepto ofrezca la menor indicación de los concretos instrumentos previstos para su desarrollo y aplicación.

[215] Ello explica la adopción de instrumentos normativos que no se corresponderían con una interpretación estricta de las finciones recogidas en el Título IV TCE sobre de "adopción de políticas" o "funciones normativas". Un buen ejemplo lo constituye la *Directiva 2001/40/CE de 28 de mayo sobre reconocimiento mutuo de decisiones de expulsión de nacionales de terceros Estados*, adoptada sobre la base del art. 63.3 TCE, precepto que autoriza al Consejo para adoptar "medidas sobre política de inmigración" en el ámbito de las "condiciones de entrada y de residencia" y de "la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales" (DOCE L 149/34, de 2 de julio de 2003). Sólo un entendimiento amplio del concepto "medidas de política de inmigración" puede justificar una regulación normativa mediante directiva, pero ese tipo de interpretación obliga a interpretar los títulos competenciales de los arts. 62 y 63 TCE con la misma

apartados del art. 63 TCE) y políticas (art. 63.3 TCE). El empleo indistinto de instrumentos a medio camino entre lo político y lo normativo (*soft-law,* catálogos de buenas prácticas, recomendaciones, conclusiones, etc...) y la confusión de instrumentos de *hard-law* y *soft-law* abundan en la desnaturalización de las posibles diferencias entre títulos competenciales y en una expansión de los mismos, con la consiguiente reducción potencial de las competencias de los Estados en este ámbito.

De la misma manera, el proceso de de comunitarización también conocido como *amsterdamización* o "ventilación" consistente en la asignación de una base competencial a disposiciones ya aprobadas por el Grupo de Schengen, en un marco jurídico externo a la Comunidad, via Protocolo 2° TA, ha acarreado numerosos problemas: primero, la comunitarización de diversas normas sobre controles migratorios y medidas de alejamiento, se ha asentado en algunos casos sobre varios títulos competenciales a la vez[216], dando lugar a disposiciones normativas que tienen su base en competencias políticas o en competencias tanto políticas como normativas, o incluso sobre competencias a caballo entre el Título IV TCE y el Título VI TUE[217]; segundo, la operación de asignación de base competencial a algunos de estos preceptos, es en algunos casos discutible y en otros casi arbitraria, sin olvidar que a determinados preceptos no se les ha asignado base competencial alguna[218]; tercero, esta operación tal y como se ha realizado, mantiene el carácter de los instrumentos jurídicos adoptados por el Grupo Schengen sin que se produzca su conversión a la tipología de normas o actos comunitarios, que si bien pudiera admitirse en el ámbito del tercer pilar (Título VI TUE) no es admisible en el ámbito del Título IV TCE, visto el art. 249 y ss TCE y que puede plantear problemas de jerarquía normativa, exigibilidad y aplicabilidad; cuarto, el propio proceso de comunitarización ha sido escasamente plural o participativo, constituyendo una operación de calificación jurídica residenciada esencialmente en el

amplitud y, consecuentemente, admitir el ejercicio de funciones tanto de dirección política como normativas respecto a todos los ámbitos allí recogidos.

[216] Los arts. 4, 5 y 6 del Convenio de Schengen se han fundado en el art. 62.2.a TCE, los arts. 22 y 23.1 se han fundado en el art. 62.3 TCE y los apartados 2-5 del art. 23 junto a los artículos 24 y 25 se han justificado en los arts. 62.3 TCE y 63.3 TCE; quizá lo más llamativo es que los arts. 26 y 27.1 del Convenio de Schengen, que regulan las medidas de apoyo con un carácter claramente normativo que impone obligaciones de desarrollo a los Estados, se fundan en el art. 63.3 TCE, es decir, en una competencia de dirección política. Lo mismo sirve para algunas disposiciones de desarrollo constitutivas del *acervo Schengen*.

[217] Por ejemplo, el *Plan de acción contra la inmigración ilegal*, que se funda en los arts. 62 y 63 TCE y 30 TUE (DOCE L-176/17, de 10 de julio de 1999).

[218] Arts. 92-119 del *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen*, lo mismo ocurre con disposiciones como el *Manual Sirene* o la *Definición de la noción de extranjero de un tercer país* (DOCE L-176/17, de 10 de julio de 1999).

Consejo, que sin embargo reviste especial importancia en cuanto opera jurídicamente como normativa de desarrollo; y quinto, dicha comunitarización se ha realizado sobre la base de la exclusión total o parcial de tres Estados (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca[219]) a los cuales no es extensible ni el acervo Schengen ni en general las disposiciones del Título IV TCE.

La redistribución de competencias se acentúa en la práctica mediante el ejercicio de las competencias comunitarias hacia el exterior (competencias externas). La asunción por la Comunidad de la competencia para negociar Tratados Internacionales y especialmente, Tratados de Pre-adhesión, Asociación y Cooperación da pie a una alteración del reparto de competencias en el seno de la Comunidad, y muchas veces a la expansión de las mismas, por ejemplo, mediante las *ancilliary competences* o los acuerdos mixtos[220]. Con ello se produce de nuevo una asunción por parte de la Comunidad de competencias sobre las cuales no dispondría de competencia exclusiva, y por consiguiente, constituye un mecanismo de alteración del equilibrio de poderes. Por otro lado, el recurso al art. 308 TCE en combinación con las doctrina de las competencias externas implícitas[221] en tanto que vía de ampliación competencial allí donde el fundamento competencial de las Comunidades sea discutido, deviene una especie de cláusula-recurso de cierre compentencial para la Comunidad.

Mediante su actuación, pues, las instituciones comunitarias y destacadamente el Consejo, tentado por la posibilidad regular aspectos de la inmigración sobre los que los Gobiernos a nivel nacional encontrarían serios obstáculos políticos e incluso jurídico-constitucionales (huida hacia el Derecho Comunitario), puede extralimitarse en el desarrollo de los títulos competenciales, ciertamente ambiguos y discutibles, recogidos por los Tratados Constitutivos. En estos casos, cabe preguntarse por las consecuencias del

---

[219] Sobre la evolución de la posición del Reino Unido e Irlanda, véanse las intervenciones de PALLETT y BRACKE, así como el marco dinámico de trabajo en el ámbito de justicia e interior dibujado por MONAR en MARINHO, Clotilde (ed.): Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam. A First Assessment, European Institute of Public Administration, Maastricht 1997.

[220] Precisamente ha sido a través de Acuerdos Mixtos como la Comunidad ha empezado a avanzar en temas de inmigración sobre los que no tenía competencias en el pasado, puesto que la comunitarización de la mayor parte de las medidas se ha producido con el reciente Tratado de Amsterdam. Y en la mayor parte de los casos lo ha hecho, además, sirviéndose de procedimientos distintos al previsto en el art. 300 TCE (*ex* art. 228 TCE), como los Acuerdos de Asociación del art. 310 TCE (*ex* art. 238 TCE).

[221] Igualmente, en los casos en que al Consejo le interese más, por las razones que sean (eficacia, elusión del control parlamentario nacional, vinculación de terceros Estados,...), intervenir mediante un instrumento de Derecho internacional, la vía del art. 300 TCE, combinada con la competencia instrumental del art. 308 TCE puede revelarse un fundamento jurídico inestimable para ampliar las competencias comunitarias externas.

desbordamiento del marco competencial regulado en los Tratados Constitutivos tras Amsterdam y Niza.

d) La asunción de competencias estatales por las Comunidad como mecanismo de alteración del equilibrio de poderes. La extralimitación competencial por parte de la Comunidad tiene una posible lectura en clave de alteración del equilibrio de poderes tanto a nivel nacional como comunitario en beneficio del Consejo, que dispone de una posición privilegiada de actuación. Tributario de la red de compromisos nacida de la CIG'96, el Tratado de Amsterdam mantuvo la posición de privilegio del Consejo, es decir de los Gobiernos de los Estados en el ámbito de la inmigración, por la tradicional proximidad de esta materia al núcleo central de la "soberanía estatal". La actuación de los Estados en el ámbito comunitario a través del Consejo, les permite actuar con mayor libertad que si tuvieran que hacerlo en el ámbito nacional[222]. Esta posición privilegiada incentiva a los Gobiernos a actuar a nivel comunitario, más que a nivel estatal donde tienen que rendir cuentas a los Parlamentos nacionales e incluso ante otras Administraciones competentes en materia de inmigración (*länder*) y someterse a procedimientos complejos con audiencia de diversas instituciones y colectivos. Esta "huida hacia el Derecho Comunitario" que puede entenderse como una actuación forzadora del elemento formal de la soberanía nacional, pues evita los procedimientos decisorios internos,y puede tensar las relaciones de los Estados (como Estados no como Gobiernos) con la Comunidad. Además, la luna de miel entre los Gobiernos y el Consejo puede durar poco en cuanto se pase al procedimiento de decisión por mayorías cualificadas[223], y cuando acabe probablemente se asistirá a una depuración de las actuaciones y disposiciones carentes de competencia mediante los recursos de los Estados contra el Consejo en este ámbito, hasta ahora completamente desconocidos.

Paralelamente, el resto de instituciones comunitarias, especialmente la Comisión y el Parlamento Europeo, pueden ver mermadas sus competencias mediante los hasta ahora

[222]Esta razón explica la posición de Dinamarca de someter la adopción de todas estas disposiciones por el procedimiento interno de aprobación, en el que el Parlamento nacional juega un papel relevante.

[223] Es evidente que existirá sintonía entre el Consejo y los Estados, durante los primeros cinco años de vigencia del Título IV TCE e incluso con posterioridad mientras no adopte la decisión del art. 67.2.2° TCE, pues los Estados mantendrán un amplio poder de bloqueo de las decisiones del Consejo en aplicación de la regla de la unanimidad del art. 67.1 TCE, si bien con las excepciones de las materias señaladas en los apartados 3 y 4 del art. 67 TCE. Con posterioridad, la extensión de la regla de la decisión por mayorías cualificadas y la posible intervención de otras instittuciones pueden generar tensiones entre el Consejo y algunos Estados.

escasamente participativos procesos decisorios del Consejo. Los casos planteados ante el TJCE son sintomáticos de esas tensiones internas entre la Comisión y el Consejo[224], el Consejo y el Parlamento Europeo[225] y el contencioso sobre las competencias de control por el TJCE de la actividad en materia de orden público y seguridad interior de los Estados (arts. 64 y 67.1 TCE, Protocolo 2ª TA y art. 40.5 TCE). Precisamente, esa tan deseable tensión entre Estados y Consejo, a nivel interno de las Comunidades esta permitiendo un mínimo debate entre instituciones, beneficioso para la progresiva delimitación de los ámbitos de actuación de cada instancia comunitaria,.al generar conflictos interpretativos y la consiguiente depuración de normas viciadas o carentes de competencia por el TJCE. Aunque, si bien asegura el respeto del reparto de poderes y el respeto de los procedimientos decisorios establecidos en los Tratados constitutivos (soberanía comunitaria formal), tomada en su conjunto es claramente insuficiente ante el poder que acumula el Consejo.

Este desequilibrio, tal vez se atempere un tanto con el tránsito en el ámbito de decisiones del Título IV TCE de la regla de la unanimidad[226] en el Consejo al sistema de codecisión del art. 251 TA (ant 189 B TCE), que reserva a la Comisión el monopolio de la postestad de iniciativa y sitúa al Consejo y al Parlamento como órganos codecisores; el paso escalonado en virtud del art. 67.2 TA a una segunda fase en la que existiría un mayor equilibrio institucional y una mayor pluralidad de planteamientos ideológicos para la toma de decisiones en el ámbito del Título IV TCE, depende no obstante, de la voluntad del Consejo

---

[224] STJCE *Comisión v. Consejo* respecto a la infracción del procedimiento de adopción de la lista de Estados a cuyos nacionales se exige visado, recurso ante TJCE *Comisión v. Consejo* respecto a la reserva de competencias por Consejo en materia de asilo y cruce de fronteras. Sobre la base de las competencias atribuidas por el art. 67.1 TCE y 62.2.a y b TCE se aprobó el *Reglamento (CE) nº 790/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas normas de desarrollo y procedimientos prácticos para la realización de controles y vigilancia en las fronteras* (DOCE L 116/5 de 2001) y sobre la base de las competencias del art. 62.2 y 3 TCE se aprobó el *Reglamento CE 789/2001 del Consejo de 24 de abril de 2001, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas disposiciones detalladas y procedimientos prácticos de examen de solicitudes de visado* (L 116).

[225] Sobre el papel del PE, léase la opinión de WATSON en MARINHO, Clotilde (ed.): Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam. A First Assessment, European Institute of Public Administration, Maastricht 1997.

[226] La comunitarización emprendida en la primera fase de vigencia de Amsterdam es un comunitarización muy débil en la que el Consejo, es decir los Estados, ha mantenido un peso casi equivalente al sistema de cooperación intergubernamental, si bien con un caldendario preestablecido en el art. 67 TCE para el desarrollo de algunas de las competencias recogidas en el el Título IV TCE y con la obligación de cerrar esa primera fase y pasar a una segunda en la que el principio de decisión por unanimidad dejaría paso al de mayorías cualificadas y a unos procedimientos decisorios y normativos en los que la intervención de otras instituciones adquiriría un mayor peso (PE; Comisión, TJCE) en detrimento del Consejo.

y sobre todo de los Estados, y en cualquier caso puede ser subvertida de nuevo en favor del Consejo cuando se ejerzan competencias externas[227].

Todo ello sin olvidar las importantes competencias para la adopción de Tratados Internacionales (competencias externas expresas y/o implícitas), que provocan una nueva distribución de poderes de las instituciones comunitarias entre sí y respecto de los Estados: por un lado, a nivel comunitario reduce el protagonismo que el art. 67.2 reconoce tanto a la Comisión como al Parlamento en el ámbito del Título IV TCE en favor del Consejo, especialmente tras el período transitorio cuando el Consejo haya perdido en parte en el ámbito interno[228]; por otro lado, el poder de los Estados y en general el equilibrio institucional resulta alterado cuando competencias compartidas o exclusivas de los Estados son de forma asumidas y ejercitadas mediante los acuerdos mixtos por la Comunidad[229].

En resumen, visto que las instituciones de la Unión tienen atribuidas amplias competencias en materia de inmigración (Título IV TCE), aunque sometidas a procedimientos intergubernamentales; visto además que tales competencias pueden ser

[227] El equilibrio alcanzado tras el período de transición previsto en el art. 67.2 TCE volvería bascular a favor del Consejo cuando se ejerzan tales competencias a nivel externo mediante Tratados internacionale de acuerdo con el art. 300.3 par. 2° TCE, como se expondrá más adelante (*Aptdo. 1.d*), pues en tales casos el Parlmento vuelve a ocupar una posición meramente consultiva y la Comisión requiere autorización previa para iniciar negociaciones con otros sujetos de Derecho Internacional.

[228] La Comisión necesita autorización del Consejo para iniciar negociaciones (art. 300.1 TCE) y no puede otorgar consentimiento en nombre de la Comunidad (art. 300.2 TCE), mientras que el Parlamento pasa de ser colegislador en el ámbito de las competencias internas según el art. 67.2 TCE a emitir informes no vinculantes en el ámbito del art. 300 TCE. El ejercicio de competencias externas debe ser autorizada por unanimidad del Consejo (art. 300.1 TCE), que tras el período de transición de cinco años del art. 67 TCE y a partir de la decisión de extender definitivamente el procedimiento de codecisión del art. 251 TCE (ex 189 B TCE), pasarán aadoptarse por mayoría cualificada del Consejo tras la consulta al Parlamento (art. 300.2 par. 1°), consulta que unicamente resultará vinculante si el Tratado modifica actos o decisiones previamente adoptados por el procedimiento de codecisión (art. 300.3 par. 2° TCE).

[229] Estos Acuerdos, al instituir Consejos de Asociación con capacidad para desarrollar y profundizar en las materias comprometidas en el Tratado, comportan una cierta delegación de competencias en órganos sólo parcialmente sujetos al control de la Unión, y escasamente controlados por los Estados. Algunos de estos Acuerdos han creado importantes obligaciones para la Comunidad y sus Estados miembros en materia de derechos para los extranjeros, especialmente cuando el TJCE ha reconocido efecto directo a lagunas de sus disposiciones (Acuerdo con Turquía); frente a su dinamismo y efectividad, de ellos se ha criticado no sólo su opacidad democrática o su sujeción al Derecho Internacional, sino también su sustracción al control de las instituciones comunitarias.Por lo que se refiere a los Acuerdos de Asociación del art. 310 TCE, sus efectos a nivel interno de los Estados son tan importantes que requieren para su aprobación la unanimidad del Consejo, pues aunque la competencia para adoptar este tipo de instrumentos internacionales es exclusiva de la Comunidad, ello no significa que todas las materias reguladas por el Acuerdo de Asociación derivan de competencias comunitarias exclusivas. En realidad las materias reguladas pueden derivar de una competencia exclusiva de la Comunidad (medida necesaria para la política comercial común o competencias exclusivas implícitas) o no exclusivas (libre desplazamiento de trabajadores, establecimiento, servicios, cooperación en materia económica, social o cultura) o incluso materias de las que se ha excluido la competencia comunitaria., en cuyo caso los Estados deben celebrar también el Acuerdo (*acuerdos mixtos*), salvo cuando las competencias de los Estados miembros sean de limitada importancia, en cuyo caso serían consideradas subsidiarias (*ancilliary competences*), cuestión que será abordada más adelante.

ampliadas mediante el recurso a las materias conexas y al art. 308 TCE; visto que la deliberada ambigüedad así como desarrollo de las mismas por la Comunidad ha supuesto una ampliación competencial en perjuicio de las competencias estatales; visto el recurso a instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes para la regulación indirecta de tales materias; y finalmente, visto que las últimas tendencias en el diseño de políticas migratorias desde las instituciones comunitarias insisten en el empleo de tales instrumentos jurídicos, etc.. Todo ello supone que, *de iure* o *de facto*, las instituciones comunitarias ostentan y ejercen competencias en materia de inmigración sin sujeción a límites competenciales y que, consecuentmente, muchas disposiciones, por distintas razones pueden acabar excediendo incluso los reducidos límites competenciales o infringiendo otros principios o normas de Derecho Comunitario (principio de subsidiariedad, respeto d los Derechos Fundamentales, etc..); un botón de muestra EURODAC apareció como una regulación dirigida a armonizar las disposiciones sobre asilo entre los Estados miembros, pero ha terminado instituyendo un mecanismo de control de extranjeros (ir)regulares mediante una base de datos de huellas dactilares gestionada a nivel comunitario.

e) El desarrollo comunitario de las competencias sobre medidas de alejamiento: "vis atractiva" de las armonizaciones e iniciativas recientes. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, la actividad de la Comunidad en materia de medidas de alejamiento desembocará en breve en la regulación de estos instrumentos con efecto de *preemption* sobre la legislación nacional de inmigración. La actuación de las Comunidades puede presentar, no obstante, formas muy distintas que se mueven entre la directa armonización de toda la materia y la adopción de políticas comunes en combinación con disposiciones de coordinación entre ordenamientos, pero salvaguardando la normativa nacional. La opción por uno u otro mecanismo dependera de la *vis expansiva* del derecho comunitario en este ámbito, pues la creciente armonización del régimen de entrada en la Unión arrastra, de una u otra manera, también la armonización de los instrumentos al servicio del control de entrada, y entre ellos de las medidas de alejamiento[230]. Es más, la existencia de determinados

[230] Este conocido efecto de arrastre se produce porque la regulación comunitaria de determinados aspectos de un sector del ordenamiento arrastra a la regulación de toda la submateria o materia: así, el mercado interior supone fronteras exteriores comunes, éstas a su vez requieren una regulación común de las condiciones de

problemas en materia de inmigración que sólo pueden ser afrontados eficazmente desde una perspectiva supranacional (inmigración irregular, necesidad de aumentar el control de las fronteras exteriores, ejecución de medidas de alejamiento, ...) constituye un incentivo añadido para la comunitarización de estas materias.

Por citar algunos de los problemas derivados de la existencia de medidas de alejamiento distintas en cada Estado de la Unión, puede señalarse, en primer lugar, la ausencia de criterios comunes y equivalentes de reconocimiento de las decisiones de alejamiento, que durante cierto tiempo ha generado, por ejemplo, problemas en la inscripción de datos relativos a expulsiones en el SIS[231], a pesar de los esfuerzos de la Oficina SIRENE (cuyos criterios de equiparación no han sido contestados) o en el sistema EURODAC en construcción. Ello puede generar problemas cuando tal inscripción puede ser la causa de futuras denegaciones de entrada, visados, PR, PT, solicitudes de asilo, etc... o problemas de índole procesal en la impugnación de medidas adoptadas por Administraciones de otros Estados.

En segundo lugar, existen problemas entre países para la readmisión de nacionales o extranjeros que hayan entrado por su frontera en otro Estado de la Unión; del mismo modo la colaboración en la ejecución de medidas de alejamiento de extranjeros (expedición de documentos y acompañamientos policiales en tránsito, etc...) ha presentado dificultades[232]. Ante estos problemas y la limitada eficacia en la colaboración en la ejecución de medidas de alejamiento de otros Estados miembros, las instituciones comunitarias han recurrido a nuevos métodos de coordinación, con efectos potencialmente armonizadores de las legislaciones internas, un ejemplo de ello es el Convenio de Readmisión entre España y Francia de 2004. La adopción de este tipo de disposiciones está inspirada e incluso fiscalizada por las instituciones comunitarias, que facilitan los convenios-modelo, los

---

entrada que garantice niveles de control equivalentes y políticas comunes de visados, lo cual provoca una progresiva armonización del régimen de entrada en Europa, que así mismo puede requerir la creación de patrullas de control de fronteras comunes, etcétera. Vis atractiva denunciada por LABAYLE "*Un espace de liberté, securité et justice*".

[231] Problemas parcialmente superados mediante la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, actuación armonizadora que demuestra la *vis atractiva* del Derecho Comunitario. Recuérdese que la inscripción en SIS con una prohibición de entrada tiene por consecuencia la denegación en el futuro de entrada, visados, permisos de residencia o trabajo, e incluso de solicitudes de asilo. Sobre el SIS léase PREUS-LASSYNOTTE, Sylvie: *Les fichiers de Schengen*....Ed. Bruylant, Bruselas.

[232] Contencisoso franco-británico e relación a los extranjeros polizones trasladados en el tren que cruza el Canal de la Mancha y cierre de los Centros de detención fronterizos del Canal.

manuales de buenas prácticas, etc... y monitorizan los esfuerzos de los Estados ("scoreboards").

En tercer lugar, la existencia de extranjeros en situación irregular centra la mayor parte de la atención de los Estados, y la perspectiva de que la facilidad de movimiento en el interior de la Comunidad dificulte la ejecución de medidas de alejamiento explica la importancia que los Estados atribuyen a la actuación desde la Comunidad desde perspectivas diversas. Por un lado, la necesidad de mantener y aumentar el número de medidas de alejamiento como medida reactiva contra el creciente número de extranjeros en situación irregular en los Estados de la Unión y preventiva de mayores flujos migratorios, contrastada con la realidad de los límites económicos y humanos que padecen los Estados para alejar a todos los extranjeros en situación irregular presiona fuertemente a los Gobiernos a buscar soluciones comunes para aumentar la eficacia de estas medidas, compartiendo medios y abaratando costes[233]. Aunque existe margen para aumentar la eficacia de las medidas de alejamiento mediante la coordinación y existe voluntad política para ello, véase si no la reciente propuesta de creación de una *Agencia Europea de Control y Gestión de Fronteras*, a parte de que el alejamiento de extranjeros sea una solición con una eficacia que puede tocar techo fácilmente, requiere una mayor integración de la normativa y las políticas nacionales de alejamiento de extranjeros. Del mismo modo, cierta armonización de las medidas de alejamiento va a ser exigida para poder ajustarse al despliegue de competencias externas de la comunidad en materia de políticas y Convenios de readmisión con Estados terceros, especialmente para que los Estados puedan cumplir los requisitos de los convenios y acogerse a los mismos para facilitar la readmisión.

Por otro lado, la armonización se abrirá camino también, bajo formas diversas, para asegurar una mayor eficacia en el alejamiento de extranjeros si el mantenimiento de diferentes medidas de alejamiento de desigual aplicación y efectos en los Estados miembros (controles aleatorios no fronterizos, existencia de colectivos protegidos con grados diversos de de protección entre los Estados por razones históricas o migratorias, etc).

[233] Sólo en España el Ministerio del Interior gastó 180 millones de euros en 2003 en el alejamiento de extranjeros, principalmente mediante vuelos concertados con compañias de transporte, principalmente Air Europa.

Resumiendo, hoy existen determinados problemas en materia de inmigración que sólo pueden ser afrontados eficazmente desde una perspectiva supranacional (inmigración irregular, necesidad de aumentar el control de las fronteras exteriores, ejecución de medidas de alejamiento,....). En el fondo, los Estados implicados en el desarrollo de las competencias comunitarias sobre inmigración en el marco del Consejo de Ministros, no se plantean tanto si disponen de competencia para la comunitarización de las medidas de alejamiento, sino más bien las concretas fórmulas para garantizar una mayor efectividad en la lucha contra la inmigración irregular. Lo más probable es que no exista una única fórmula general (armonización vs. coordinación) ni una regulación completa y única de las medidas de alejamiento (por ejemplo, un Reglamento o Directiva sobre medidas de alejamiento); en la fase actual, esta materia se está desarrollando mediante instrumentos político–normativos que, fragmentaria y progresivamente, van conformando una regulación común de las medidas de alejamiento de extranjeros[234]. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto sobre las competencias comunitarias en materia de medidas de alejamiento, puede intuirse que la incipiente actividad de la Comunidad desembocará en breve en la regulación de este sector del ordenamiento con vocación de complitud, lo cual tendría efectos de *preemption* sobre la legislación nacional de inmigración.

Aún así, en el momento presente se plantean bastantes incógnitas a la vez que se constatan algunas conclusiones. En primer lugar, que el proceso de comunitarización es irreversible al igual que a medio plazo lo es el proceso de construcción europea. Al contrario, los Consejos de Tampere y Sevilla apuntan en la línea de avanzar en la comunitarización de las medidas de alejamiento y control migratorio. Segundo, la

[234] Entre otras, la *Decisión sobre directrices sobre medios de prueba e indicios que deberán seguirse en el marco de acuerdos de readmisión entre Estados Schengen (Sch);* la *Decisión relativa a la cooperación entre las Partes contratantes en materia de expulsión de extranjeros por vía aérea (Sch);* la *Decisón relativa a las medidas que han de adoptarse frente a países que plantean problemas en materia de expedición de documentos que permitan la expulsión del territorio Schengen (Sch);* la *Decisión relativa a la puesta en aplicación del plan de acción sobre adopción de medidas destinadas a combatir la inmigración ilegal (Sch);* la *Declaración del Comité ejecutivo de 18 de abril de 1996 relativa a la noción de extranjero (Sch);* la *Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995 relativa a la concentración y coorperación en la ejecución de las medidas de expulsión, DOCE C 5/3, de 10 de enero de 1996;* la *Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994, relativa a la adopción de un documento de viaje normalizado para la expulsión de nacionales de terceros países, DOCE C 274/18, de 19 de septiembre de 1996;* la *Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994, relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país, DOCE C 274/20, de 19 de septiembre de 1996;* la *Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1994, sobre los principios rectores que deberán seguirse en al elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión, DOCE C 274/25, de 19 de septiembre de 1996.*

comunitarización de las medidas de alejamiento debe incorporar elementos de flexibilidad para que se adapten a las particularidades de los Estados. Tercero, debe tenerse en cuenta que la comunitarización de las medidas de alejamiento supondrá una mayor presión para la armonización del resto del ordenamiento de extranjería (condiciones de residencia, regularización por arraigo, etc...). Cuarto, el Derecho Comunitario debería fijar con mayor claridad y concreción los estándares mínimos de protección de los extranjeros, probablemente abundando en las distinciones y categorías que existen ya a nivel interno (residentes de larga duración, regulares e irregulares, etc....), clarificando las garantías y derechos que se reconocen a los extranjeros, buscando mecanismos necesarios para promover el mantenimiento en los Estados que reconozcan estándares de protección superiores, el mantenimineto de esos niveles superiores de garantías y derechos, pues uno de los efectos de la armonización y la libre circulación interior es la tendencia a la reducción de garantías para evitar la entrada de extranjeros de Estados vecinos donde imperan estándares menores. Quinto, debe mejorarse la delimitación de los supuestos de aplicación de las medidas de alejamiento y de sus consecuencias(*ius puniendi*), pues existiendo una regulación similar o común de las medidas de alejamiento en los países de la Unión, se mantienen diferencias de configuración y detalle, más que estructurales. De la misma manera, el Derecho Comunitario debería recoger una regulación que garantice mínimamente el control administrativo y/o jurisdiccional sobre tales medidas de alejamiento, aspectos en los que la diferencia entre países es más profunda.

El actual marco competencial en materia de inmigración no constriñe excesivamente a las instituciones de la Comunidad Europea; la Comunidad puede legislar sobre las medidas de alejamiento si su actuación se inscribe en el marco de la cooperación reforzada o incluso si se conecta a alguno de los títulos competenciales del Título IV TCE. En tal caso, únicamente será necesario el convencimiento de una mayoría suficiente de los Estados miembros y de las instituciones para la adopción de una regulación en tal sentido, sin que sea necesario justificar la mayor operatividad de la intervención comunitaria por delante de la de los Estados miembros actuando por separado.

En consecuencia, más allá de los principios de subsidiariedad y lealtad comunitaria, las instituciones comunitarias al regular las medidas de alejamiento deben tener en cuenta al menos: primero. el respeto a un estándar mínimo de derechos de los extranjeros y, en un segundo plano, los principios configuradores de las medidas de alejamiento, para garantizar la coherencia del sistema de control migratorio. Ambos aspectos se analizarán en el siguiente apartado.

A título conclusivo, pues, puede decirse que a nivel comunitario, las competencias en materia de inmigración y asilo recogidas en el Título IV TCE (así como algunas otras que se analizarán) suponen la aparición de un nuevo espacio de soberanía comunitaria a expensas de la soberanía estatal aunque sometida aún a un amplio control por parte de los Estados[235]. Tanto el Derecho comunitario originario como el derivado ocupan un espacio reservado anteriormente a la intervención de los Estados, a los que desplazan competencialmente y en esa materia sustituyen su soberanía única por una soberanía compartida con otros Estados y las instituciones comunitarias. La soberanía (parcial) comunitaria y la soberanía (parcial) estatal se limitan mutuamente en el plano material; en el plano formal, la soberanía comunitaria se sujeta a límites formales en tanto que el proceso decisorio y normativo se encuentran sometidos a procedimientos en los que intervienen diversas instituciones comunitarias en un ejercicio de equilibrios y contrapesos, en el que el Consejo todavía retiene amplios poderes, pero que en cualquier caso tienden a modular y asegurar decisiones o normas más equilibradas, la necesidad de consensos mínimos constituye un límite formal interno de cierta efectividad a la soberanía comunitaria en este ámbito: en su ámbito de competencias la Comunidad puede en teoría decidir lo que quiera, en la práctica la necesidad de poner de acuerdo a diversas instituciones (PE, Comisión, Consejo) y Estados conduce a soluciones que materialmente serán más equilibradas, véase como ejemplo de ello la complicada tramitación de la Directiva sobre reagrupación familiar.

[235] Sobre la aplicación en el ámbito de la inmigración del principio de soberanía pueden consultarse GEDDES, Andrew: "International Migration and Sovereignity in an Integrating Europe", *International Migration* vol 39 (6) 2/2001págs. 21-42; APAP, Joanna: "Transfer of competence: between sovereignity and supranationality", en ANDERSON, Malcolm and APA, JOANNA (ed.): Police and justice cooperation and the new European borders, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2002; .

Los límites formales y materiales a la soberanía nacional operan a estos tres niveles con intensidades diferentes en cada nivel, pero también proyectándose sobre los otros dos niveles. Así, los límites materiales a la soberanía estatal derivados de la regulación comunitaria de la inmigración, obligando a nivel interno de los Estados, por ejemplo, a las autoridades y administraciones de las Comunidades Autónomas; del mismo modo, la actividad internacional de la Unión Europea debe ajustarse a los límites formales impuestos por el Derecho Internacional y de los límites materiales, aquella esfera de Derechos Humanos a la cual se haya autoobligado a respetar. Evidentemente, esta perspectiva tiende a la simplificación y requiere innumerables matices, pero obedece a una perspectiva general en la que el concepto de soberanía estatal en materia de inmigración se encuentra comprimido, tanto por las nuevas formas de soberanía en las que el Estado se integra (Unión Europea), como por la compartimentalización y descentralización del poder propia de las democracias (división de poderes horizontal y vertical o territorial).

CAPÍTULO SEGUNDO.- LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO AL SERVICIO DEL CONTROL EXTERNO O CONTROL DE ENTRADA

Como se ha expuesto en el Capítulo I, las bases del actual sistema de control de entrada de extranjeros se remontan a la primera mitad del S. XIX. En ese período histórico se localizan los antecedentes normativos de un sistema de control de entrada cuya evolución desde entonces se ha caracterizado por la especialización progresiva de sus instrumentos de control en aras de una mayor flexibilidad y eficacia del sistema en la consecución de los fines, cada vez más diversos, que en cada momento histórico le son atribuidos.

Ese proceso de lenta transformación del sistema de control sobre extranjeros sólo generó un moderno sistema de control migratorio en el último tercio del S.XX, especialmente a partir de las particulares previsiones de la Constitución de 1978 y del despliegue normativo de las mismas por la Ley 7/1985. Desde entonces, y a medida que España se consolidaba como país de destino de mucho inmigrantes, el sistema de control migratorio y las medidas de alejamiento de extranjeros han pasado a ocupar un papel cada vez más central en el sistema de gestión de flujos migratorios. La incorporación de España a la Comunidad Europa y las profundas transformaciones socio-económicas vividas desde entonces han contribuido a acelerar ese proceso.

I.-Introducción. Descripción del sistema de control migratorio de entrada en España y de las medidas de alejamiento a su servicio.

En apartados anteriores se ha intentado ofrecer una sintética visión sobre el sistema de gestión de flujos y sus elementos principales (control migratorio, políticas de integración[236], etc.,), se ha apuntado a la existencia de diferentes aproximaciones teóricas a

[236] ZAPATA-BARRERO prefiere hablar de políticas de "acomodación" para evitar el término polisémico "integración", en ZAPATA-BARRERO, Ricard: *El turno de los inmigrantes. Esferas de justicia y políticas de acomodación*, Ed. IMSERSO-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2002, pág. 21.

la gestión de flujos -modelos teóricos- y se ha reflexionado sobre las adaptaciones que de los mismos hacen los Estados para su aplicación a la realidad migratoria. Centrado este estudio en el sistema de control migratorio, se ha distinguido la existencia de, como mínimo, tres estadios de control (entrada, permanencia, salida), en cada uno de los cuales el Estado introduce directa o indirectamente filtros de control sobre los extranjeros con el fin de asegurar determinados fines o intereses públicos; igualmente se ha señalado que para asegurar el correcto funcionamiento de esos filtros y la sumisión de la generalidad de los extranjeros a los mismos, el sistema incorpora una serie de mecanismos complementarios de control destinados a obtener información, asegurar la vigilancia de los extranjeros y detectar a aquellos que pretenden entrar o permanecer irregularmente; finalmente se ha puesto de relieve cómo el sistema de control incluye instrumentos reactivo-punitivos para asegurar la integridad y correcto funcionamiento de todo el sistema, entre los cuales destacan las medidas sancionadoras y las medidas de alejamiento. Esta estructura se repite en cada uno de los tres estadios de control.

El *control en el estadio de entrada*[237], al análisis del cual se dedica el presente capítulo, no es una excepción; dispone de un sistema de doble filtro de control, de diversos mecanismos de información, vigilancia y detección, así como una serie de instrumentos reactivo-punitivos.

El control migratorio de entrada tiene múltiples *finalidades* asignadas, no todas ellas fáciles de compaginar, que pueden resumirse en dos: el aseguramiento y promoción de la circulación transfronteriza de los agentes económicos (turistas, hombres de negocios, trabajadores en prestación de servicios empresariales, etc..) así como la adecuada selección e

[237] En términos de eficacia los mecanismos de control migratorio de entrada se sitúan claramente por encima de los mecanismos de control de salida, y obviamente de estancia (CORNELIUS). La articulación en la práctica de las medidas de alejamiento al servicio del control de entrada es más sencilla que en las medidas al servicio del control de estancia, pues su ámbito de aplicación subjetivo, geográfico y temporal es más reducido: los sujetos susceptibles de ser objeto de tales medidas son todos los extranjeros, regulares e irregulares, en el proceso de efectuar su entrada; se concentran en los actos preparatorios de la entrada y durante el lapso de tiempo que la entrada comporta y se circunscriben geográficamente a determinados puntos de la geografía española (puestos de control, zonas fronterizas bajo vigilancia) Las técnicas policiales de detección y ejecución del alejamiento que implica este tipo de control tienen un menor impacto entre la comunidad inmigrante en términos de libertad personal, tratamiento discriminatorio, limitación de ingresos, acceso a recursos, desintegración social, ... y unos costes sociales menores (no existe arraigo socio-familiar, etc...), razón por la cual su eficacia es mayor que las medidas de control de estancia, el aumento de la presión para controlar la entrada de extranjeros tiene efectos distintos sobre la comunidad extranjera regular, pues el control sobre la entrada clandestina sólo incidentalmente la afecta y el control sobre la entrada por puestos fronterizos si bien puede generar colateralmente efectos restrictivos o negativos sobre la población regular, estos son proporcionalmente menores que en los controles de estancia.

identificación de los extranjeros que entran con fines fundamentalmente laborales o familiares para ajustar su número a los intereses, obligaciones y necesidades del Estado. En estos dos fines principales, no siempre sencillos de cohonestar, se recogen muchos otros fines o intereses públicos[238] encomendados al control de entrada, tales como la protección del orden público en sentido amplio (prevención de infracciones penales o administrativas), la protección de la seguridad nacional en sus distintas acepciones (relaciones exteriores, seguridad interior), la salud pública (controles médicos), las obligaciones fiscales (control aduanero), la protección de la biodiversidad (protección de especies animales o vegetales protegidas, prevención de la introducción de especies peligrosas para la fauna o flora autóctonas), el seguimiento del tráfico y transporte de mercancías peligrosas, e incluso la misma obtención de información sobre circulación transfronteriza para la planificación económica y gestión de servicios públicos (incremento de visitantes, datos sobre turismo, etc..). En los controles de entrada el cumplimiento de todas esas finalidades puede entremezclarse, superponerse o acumularse complicando el análisis de la actuación administrativa.

En un contexto de progresiva comunitarización de las materias de inmigración y asilo, el sistema de control migratorio de entrada vigente en España se sustenta sobre un mecanismo de *doble filtro administrativo de control*[239]: el primero de los filtros de control se realiza en el mismo país de origen o partida del extranjero, mediante la exigencia de la obtención previa de un visado de entrada en el país ante la Embajada o Consulado correspondiente; el segundo filtro de control se efectúa por los agentes policiales destacados en los puestos fronterizos de entrada[240] (puertos, aeropuertos, fronteras terrestres y

[238] No se olvide que en los puestos fronterizos el control se efectúa tanto sobre extranjeros como sobre nacionales aunque obviamente con intensidades distintas.

[239] Variantes del sistema de doble filtro son las más frecuentes aunque en su mayor o menor rigidez y en otros detalles como la lista de países a cuyos nacionales no se requiere visado ("países seguros") pueden observarse diferencias: así, frente a la Unión Europea los EEUU aplican en la actualidad un doble filtro con controles más estrictos que incluyen pasaportes especiales, huellas dactilares y obtención de imágenes de los visitantes). En los extremos pueden encontrarse tanto los países menos preocupados por el fenómeno migratorio, en los que el único filtro de entrada se produce en frontera, y a veces con un nivel de control real casi inexistente, y los Estados que practican un triple filtro de control, preocupados no sólo por la inmigración sino también por la seguridad interior, como por ejemplo Israel (visado, control de salida en las vías y trayectos de acceso al territorio, estrictos controles en los puestos fronterizos).

[240] El control de entrada en los puestos fronterizos no es tan sencillo ni eficaz como en otros Estados, por ejemplo, el Reino Unido. España es, apropiándonos de terminología "Schengen", un país la mayor parte de las fronteras del cual son exteriores. Sus costas españolas limitan, a veces por unos pocos kiló metros, con el norte de África, el archipiélago canario está más cerca de África que de la península, sin olvidar que las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla comparten fronteras terrestres y marítimas con Marruecos al estar situadas en el

estaciones ferroviarias). Junto a estos filtros de carácter administrativo realizados por el Estado receptor merece la pena señalar *dos filtros intermedios de control* que escapan a esta definición, pero que plantean serios problemas para la garantía de los derechos humanos: los controles realizados por las compañías de transporte y los realizados por las autoridades fronterizas del país de origen. La externalización de los controles, ya sea pasándolos a manos de empresas privadas, ya sea a Estados terceros, además de imponer controles suplementarios a los extranjeros puede implicar una menor protección de sus derechos de los extranjeros, pues actos potencialmente restrictivos o lesivos de derechos no pueden atribuirse ya a los Estados de destino, y por consiguiente dejan de gozar de las garantías de que serían acreedores en éstos.

Para asegurar el correcto funcionamiento de los distintos filtros de control el Estado dispone de una serie de *instrumentos complementarios de control de extranjeros (información, vigilancia y detección).* En el ámbito de control de entrada, estos instrumentos son especialmente útiles para la intervención sobre extranjeros que alberguen la intención de entrar o permanecer irregularmente en España. Se hace complicado definir este tipo de instrumentos porque tratándose de instrumentos de control complementarios de los filtros de entrada, su tipología es muy amplia y variable; en todo caso operan sobre diversos planos.

Por un lado, algunos instrumentos son meramente informativos, nutren de *información* suplementaria a los agentes políticos responsables del control de entrada y de la gestión de los flujos migratorios de entrada en España, alertando sobre la entrada imprevista de extranjeros. A partir de diversas fuentes de medición y seguimiento estadístico ubicadas a diferentes niveles institucionales[241], puede obtenerse información detallada sobre las formas,

---

mismo continente africano. Todo ello sin contar las fronteras terrestres, ahora fronteras interiores, que limitan al norte con Francia y al oeste con Portugal. Finalmente, su condición peninsular y sus islas facilitan el acceso por mar a sus costas. Desde el punto de vis ta del control migratorio, pues, las particularidades de las distintas zonas fronterizas (Ceuta y Melilla, la costa gaditana, Canarias, et c..) y la amplia diversidad de vías de entrada ilegal en el territorio, plantean un serio reto para la integridad de todo el sistema de gestión migratoria si no se planifica y organiza dicha intervención cuidadosamente, de manera que garantice unos controles minimamente efectivos.

[241] Para la provisión de datos, existen algunos centros de seguimiento de los datos sobre inmigración a distintos niveles, estatal (OPI, Estadística y Documentación de la Policía), europeo (Consejo de Europa) comunitario (EWS-CIRCA, CIREFI y CIREA o Eurostat) o mundial (OCDE-Sopemi). Obviamente, esta labor requiere una cierta percepción del fenómeno en su conjunto, que sólo puede obtenerse en coordinación y cooperación con otros Estados y sus organismos homólogos (Bundes Stadistischesamt en Alemania, por ejemplo), así como con organismos internacionales. El Sistema de Aviso Temprano (Early Warning System) para la transmisión de información sobre inmigración ilegal y redes de trafico fue establecido por Resolución del Consejo de Mayo de 1999. En la actualidad la Propuesta de la Comisión para una Decisión del Consejo estableciendo una Red de Información y Coordinación basada en web segura para los sevicios de gestión migratoria de los Estados,

medios y puntos de entrada en España. Esta información, aparte de actualizar y enriquecer las proyecciones estadísticas o marcar tendencias a medio plazo (por ejemplo ese tipo de análisis mostró el desplazamiento de las entradas ilegales de Melilla a Ceuta entre 1996 y 1998, el aumento del número de pateras hacia Cádiz desde 1995, la conversión de Canarias en una zona de entrada de subsaharianos a partir de 2000), permite mejorar la organización y eficacia de los filtros de control (reforzar la vigilancia de determinadas zonas fronterizas, detección de nuevas formas o métodos de entrada, requerir la colaboración de otras Administraciones, etc...), así como preparar actuaciones operativas de vigilancia y detección de extranjeros en situación irregular[242]. Obviamente, esta información se complementa con los informes de los funcionarios y agentes con resposabilidades en el control de entrada o destacados sobre el terreno[243] (unidades de policía en el Estrecho, responsables en las Embajadas españolas en el extranjero, etc...).

En un plano más operativo o ejecutivo cabe distinguir la actividad de vigilancia de la actividad de detección e interceptación de extranjeros en situación irregular. El seguimiento o *vigilancia* asegura el correcto funcionamiento de los filtros de control. A diferencia de la

---

COM(2003) 727, de 25 de noviembre de 2003, pretende reorganizarla sobre la base de la plataforma CIRCA (Communication and Information Resource Centre Administrator) de la Comisión. El EWS nace con el fin de intercambiar información sobre los incidentes que requieren una alerta temprana, pero también la mejora de los canales existentes de intercambio de información, proporcionando información estratégica, táctica y operacional, listas de contactos actualizada, información específica, etc..

Plan de Acción de la Comisión sobre recogida y análisis de estadísticas comunitaras en el ámbito de la inmigración COM(2003)179final, de 15 de abril de 2003. En la línea de aumentar los mecanismos de cooperación e intercambio de información se posiciona el Informe del Comité de Derechos y Libertades Cudadanas, Justicia e Interior del Parlamento Europeo (*Pirker Repport)* de 27 de noviembre de 2003, ref. A5-0419/2003.

[242] En este sentido, la obtención de información sobre la inmigración irregular presente en el territorio como consecuencia de entradas ilegales constituye por si misma un objetivo a alcanzar aproximativamente. Para ello es necesario el empleo de diversas fuentes informativas y estadísticas, muchas de ellas indirectas, para la medición de esta parte de inmigración irregular, por ejemplo, a partir del estudio de los datos sobre estancia (padrón, tarjeta sanitaria, solicitudes de permisos denegadas o permisos caducados) y trabajo irregular (estudios sobre economía sumergida), depurándolos respecto a los datos de irregularidad sobrevenida y deduciendo de su *decalage* la existencia de colectivos de extranjeros que permanecen en el territorio tras su entrada ilegal.

[243] Agentes situados en los puestos fronterizos, controles móviles, investigación policial por delitos, Registro Central de Extranjeros El instrumento más básico de información lo constituyen los propios informes de los puestos y controles migratorios fronterizos, pues sus datos, tradicionalmente recogidos en las estadísticas elaboradas por la Brigada de Extranjería y Documentación (CNP) del Ministerio de Interior sobre los extranjeros detectados, ofrecen una primera aproximación a los puntos de entrada más empleados por la inmigración irregular, los medios de transporte y formas de entrada utilizados, la composición de esa inmigración irregular (sexo, nacionalidad, edad, etc...), las variaciones estacionales en las formas de entrada irregular en España, etc... Estos datos muestran, cuanto menos, unas tendencias muy básicas de la inmigración irregular hacia nuestro país al tiempo que permiten elaborar algunas estrategias iniciales para actuar eficazmente en este ámbito.

Fluyendo desde abajo hacia arriba, la información sobre la situación real en las zonas fronterizas producida por los agentes sobre el terreno, constituye una información de primer orden para la investigación e intervención efectiva e inmediata para intervenir sobre la inmigración, sea esta irregular o no (por ejemplo, una afluencia masiva de refugiados a determinada zona fronteriza).

actividad de información, la vigilancia supone una actividad operativa de vigilancia general de rutas de entrada así como de investigación y seguimiento de individuos o grupos concretos dedicados al tráfico de personas. Para ello, el Ministerio del Interior, a través de la Administración periférica o centralizando determinadas actuaciones en la Brigada Central, recaba y procesa información operativa tanto de sus agentes directamente implicados en el control migratorio[244] o en otras investigaciones policiales[245] como de otros departamentos ministeriales y Administraciones públicas en general (solicitudes de visado ante el MAE, empadronamiento en el padrón municipal o en el INE tras la LO 14/2003), otras instancias públicas extranjeras (cuerpos de policía, fundamentalmente), comunitarias (Europol, SIS, Eurodac) o privadas (Compañías de Transporte, sistema VIGÍA, etc..). En esta actividad investigadora se recurre cada vez con mayor frecuencia, por su indudable utilidad y sencillez de uso, a la consulta de datos procedentes de bases públicas y privadas[246], con los problemas que en apartados anteriores se han señalado.

Por otro lado, la *detección e interceptación* de extranjeros que eludan esos filtros de control y pretendan entrar o permanecer irregularmente quedan, salvo en determinadas

---

[244] La *información obtenida directamente por los agentes de policía encargados del control en puestos y zonas fronterizas* constituye una fuente básica o inicial de información operativa para el control migratorio de entrada. Las intervenciones suelen realizarse con base en información recogida por la misma policía en su labor de vigilancia, por denuncias o comunicación de terceros (Salvamento Marítimo, patrones de embarcaciones, etc...), o de los sistemas tecnológicos de alarma y detección instalados en determinados zonas (Sistema Vigilancia del Estrecho y Canarias-GRECO, Sensores de la valla de Ceuta y Melilla, etc..).

[245] La información obtenida en el marco de *investigaciones por delitos relacionados con el tráfico de inmigrantes o el trabajo irregular*, y en general otras investigaciones públicas que resulten en el descubrimiento de redes de inmigración irregular, muchas veces obtenida en cooperación con otras instituciones nacionales (Inspección laboral, Ministerio Fiscal, Policía Judicial, etc...), comunitarias (Europol, Eurojust, etc.,) o extranjeras e internacionales (Interpol). La cooperación entre instituciones y la investigación policial de las redes de inmigración irregular, permiten el seguimiento y la planificación de operativos policiales de intervención que permitan la desarticulación de estas organizaciones; en tales ocasiones las instancias o niveles policiales implicados pueden ser muy diversos.

[246] La identificación y detección de extranjeros mediante la *captación de información de naturaleza diversa, generalmente mediante sistemas informáticos.* Esta actuación presenta dos posibles modalidades: por un lado, la centralización del acceso a datos dispersos mediante la conexión a los puntos de origen de la información (base de datos NEV, VIGIA, Registro Central de Extranjeros, SIS, Registro de penados, EURODAC, SAID, padrón, expedición y utilización de billetes de transporte, proyecto UE-VIS Visa Information System, propuesta Comisión sobre biometric identifiers y biometric dataa en visas y PR de extranjeros para evitar falsificaciones, etc...) con niveles más o menos restringidos de consulta y seguridad (puestos de control migratorio, comisarías de policía, etc...) pero esencialmente basada en la investigación de extranjeros previamente detectados e identificados como sospechosos de entrada o estancia irregular. Una segunda modalidad, implicaría el acceso, absorción y gestión más o menos automatizada de esas bases de datos ("barridos" o "peinados" de datos), para generar listados de extranjeros en situación irregular con toda la información necesaria para que la policía pueda detenerlos, listados que probablemente podrán ser programados para jerarquizar tales datos, en función de criterios como la entrada ilegal reciente, la nacionalidad, el domicilio conocido, la carencia de familia, etc... Evidentemente, algunas formas posibles de gestión de datos en esta segunda modalidad serían difícilmente admisibles a la luz de nuestra jurisprudencia constitucional sobre protección de datos personales, pero en todo caso, emerge como una posibilidad.

operaciones especiales, en manos de los agentes destacados sobre el terreno con competencia tanto para las labores de detección e instrucción, como para la autorización o denegación de entrada y posterior alejamiento (retorno). En todo caso, a la Delegación o Subdelegación del Gobierno compete la adopción de determinadas sanciones y medidas de alejamiento (expulsiones, devoluciones).

Entre los distintos instrumentos al servicio de la *actividad de control migratorio de carácter reactivo-punitivo*, destacan especialmente las sanciones administrativas y penales de las que nos ocuparemos más adelante, y en igual grado de importancia, las *medidas de alejamiento*, que ocupan un espacio propio en el Derecho de Extranjería. Mediante estos instrumentos el Estado traslada a los extranjeros que no superan los filtros de control, intentan eludirlos, o habiéndolos superado su permanencia en el territorio nacional deviene contraria a los intereses estatales, ya sean de gestión migratoria o cualesquiera otros intereses[247] (orden público, seguridad nacional, política criminal o penitenciaria, etc.,). Las tres medidas de alejamiento al servicio del control de entrada son: la denegación de entrada en frontera (art. 25.4 TIDYLE), el retorno con internamiento (art. 60 TIDYLE) y la devolución por pretender entrar ilegalmente (art. 58.2.b TIDYLE), cada una de las cuáles tiene un ámbito de aplicación distinto: la primera se aplica a los extranjeros situados en puestos fronterizos situados en una frontera terrestre con el Estado del que el extranjero proviene, de manera que la denegación de entrada simplemente le impide la entrada y le obliga a permanecer en ese Estado; la segunda se aplica a los extranjeros que tras someterse al control de entrada en un puesto fronterizo situado en puertos, aeropuertos, nudos ferroviarios en el interior del territorio nacional, y por tanto su alejamiento requiere una medida de traslado incluso forzoso del territorio; la última, se aplica a aquellos extranjeros que han entrado o intentaban entrar ilegalmente en el territorio nacional.

El sistema de control migratorio, descrito brevemente aquí y en la Introducción general, se enmarca en el mundo real en un ordenamiento jurídico ordenado y jerarquizado,

[247] Entre los intereses estatales que justifican el control migratorio, frente al predominante elemento de protección del mercado nacional de trabajo (STEDH *Abdulaziz*) o la cohesión social, desde septiembre de 2001 han aflorado claramente el interés estatal en la protección de la seguridad nacional y el orden público.

dominado por categorías del Derecho Internacional, Comunitario, Constitucional y Administrativo, fundamentalmente. Desde la perspectiva de su encaje en el ordenamiento jurídico, y en especial del respeto de los Derechos Fundamentales, el presente Capítulo tiene por finalidad analizar las instituciones propias del sistema de control migratorio desde una perspectiva de conjunto o sistémica. Con ello se pretende no sólo ofrecer un análisis del encaje de los diferentes elementos del control de entrada, sino también sugerir reajustes en algunos de esos elementos para así lograr un acomodo más adecuado de las distintas piezas del sistema, que suponga un menor coste para los derechos de los extranjeros sin perjuicio para la eficacia del sistema en conjunto.

Con esta idea se ha estructurado el presente Capítulo, iniciándolo con el estudio del control de entrada en origen, que incluye el estudio de los derechos de los extranjeros en origen, la figura del visado y su procedimiento, así como de los problemas planteados por la externalización del control migratorio de entrada (Aptdo. 2[248]); a continuación, se estudiarán los procedimientos de autorización y denegación de entrada en los puestos fronterizos de control, con especial atención a los actos preparatorios del alejamiento de los extranjeros y sus derechos en frontera (Aptdo. 3), finalmente, se estudiarán las medidas de vigilancia y detección de la inmigración irregular, así como los procedimientos administrativos de carácter reactivo-punitivo establecidos para luchar contra ella(Aptado. 4).

I.- El control de los extranjeros en origen

Antes de abordar los sucesivos filtros de control en el país de origen, tránsito o residencia, este apartado debe afrontar una cuestión previa, ¿cuál es el conjunto de derechos

[248] Interesa abordar en el Apartado 2 el análisis de los filtros de control en origen, de forma separada del control migratorio en frontera por varias razones: en primer lugar, por la estrecha relación entre el control realizado para la expedición del visado y el control en frontera, que queda delimitado en su objeto e intensidad por éste; segundo, por el diferente nivel de derechos del extranjero y de obligaciones del Estado en origen y en frontera; tercero, porque la intervención en origen de colaboradores externos a la Administración (compañías de transporte y Estados terceros) está directamente relacionada con su actuación posterior como agentes colaboradores en el alejamiento del extranjero, y por consiguiente en su actuación en origen condicionan directamente los términos de un posible medida de alejamiento futura; cuarto, porque la naturaleza y régimen jurídico de tales filtros muestra importantes lagunas, además de numerosas dudas sobre su conformidad a Derecho, que acaban por trasladarse al acto administrativo de autorización-denegación de entrada en frontera; por último, si la denegación de entrada es el acto resultante del procedimiento de control en frontera que antecede al retorno del art. 60 TIDYLE, es razonable separar los filtros de control en origen del filtro de control en frontera pues este último presenta una relación mucho más directa con la denegación de entrada.

que el Estado español reconoce al extranjero cuando éste aún se encuentra en su país de origen o en un país de tránsito? La respuesta a la cuestión del estatuto del extranjero situado en su país de origen o residencia, permitirá afrontar en condiciones adecuadas el estudio de algunos de los problemas del visado y del fenómeno de la externalización de los controles migratorios.

1.- Los filtros administrativos de control en origen

El sistema español de control migratorio de entrada se desdobla en dos filtros sucesivos de control: el primero, contingente para algunos extranjeros[249], se realiza en los países de origen a través de la Embajada o Consulado español, mediante la exigencia de obtención de visado ante estas representaciones administrativas[250]; el segundo filtro de control se efectúa en los puestos fronterizos por la policía, siendo obligatoria para todos los extranjeros la sumisión a este control. Entre el primer filtro y el segundo, ambos de carácter administrativo, han adquirido una creciente importancia los filtros intermedios de control, que comparten los mismos fines que los filtros de entrada pero no son realizados directamente por la Administración española sino por terceros en su lugar, razón por la que también se les denominará filtros externalizados. Estos filtros se efectúan en el país de origen por las administraciones del Estado de residencia del extranjero y/o por las Compañías privadas encargadas del traslado del extranjero a España[251].

[249] El art. 25.2 TIDYLE, de conformidad con el Reglamento comunitario sobre la lista de Estados terceros a cuyos nacionales se exige visado, establece la exigencia visado como regla general para poder solicitar en frontera la admisión en el territorio, dando lugar a un sistema de doble filtro de control; no obstante, tanto la Ley española como el Reglamento comunitario admiten algunas excepciones para estancias inferiores a tres meses de nacionales de una serie de países, en estos casos el único filtro de control se practica en los puestos fronterizos.

[250] En este apartado se abordarán únicamente aquellos aspectos del control en origen condicionantes, o al menos, relevantes para el estudio del control en frontera, cuya denegación da pie a la adopción de una medida de alejamiento. Se dejan de lado conscientemente muchos aspectos relacionados, por ejemplo, con la regulación y la clasificación de los distintos tipos de visado, que han sido abordados por numerosos manuales y comentarios legislativos.

[251] La inclusión de estos dos filtros dentro del control migratorio en origen no es del todo exacta pues en ocasiones el filtro de control lo efectúa en realidad un Estado de tránsito o la última compañía de transporte encargada del traslado a un Estado que haya externalizado sus controles migratorios; del mismo modo, debe reconocerse que en algunos supuestos esos filtros no se practican porque no se recurre a una compañía de transporte o porque el Estado de origen no colabora con el de destino. En cualquier caso, todos estos filtros se engloban dentro de los controles en origen porque su realización antes del control en los puestos fronterizos.

1.1.- Los derechos de los extranjeros en el país de origen

El problema de la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por los extranjeros en sus relaciones con el Estado español cuando éstos se encuentran en otro país enlaza directamente con dos cuestiones propias del Derecho Constitucional, la eficacia extraterritorial de las disposiciones constitucionales[252] y la titularidad de Derechos Fundamentales de los extranjeros, cuestiones ambas sometidas a intenso debate e interpretaciones que han ido variado con el tiempo y que, de hecho, aún siguen abiertas. La interpretación de la Constitución respecto de la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por extranjeros situados fuera de España no es sencilla desde el momento en que el propio art. 13.1 CE establece una distinción en el régimen de disfrute de derechos y libertades entre extranjeros y españoles.

Por situar el debate, la discusión sobre los Derechos Fundamentales de los extranjeros se ha planteado en España fundamentalmente respecto de aquellos que residen en el territorio nacional (STC 107/1984 y 115/1987). Que su presencia en el territorio sea legal o *de facto* conduce la discusión hacia una distinción entre derechos disfrutables por los extranjeros regulares e irregulares y a la aplicación de los principios de igualdad y proporcionalidad[253]. En este ámbito, incluso extranjeros en situación de completa irregularidad pueden ser acreedores de derechos fundamentales ligados a la condición de residente, tras un período más o menos largo de tiempo, precisamente porque la pemanencia en el territorio comporta irremediablemente una integración en la Sociedad de acogida, es

[252] NEUMANN, pág. 116, cit. *supra*, analiza la jurisprudencia norteamericana sobre la extraterritorialidad de los derechos constitucionales, y en relación a los extranjeros reconoce diferentes líneas interpretativas para delimitar los derechos constitucionales de los extranjeros (*global due process*, etc.,), decantándose él mismo por la tesis de las obligaciones mutuas (*mutuality of obligations*) frente a otras construcciones: "Since that time [USSCt. *Reid v. Covert*], courts have struggled with the availability of constitutional rights to aliens abroad, whose subjection to United States law is the exception rather than the rule, depending on particular circumstances linking their conduct to the United States. (...) "The modern form of mutuality approach that I will defend extends constitutional rights to aliens abroad only in those situations in which the United States claims an individual's obedience to its commands on the basis of its legitimate authority." (pág. 103). En sus reflexiones finales, no obstante, reconoce las peculiaridades constitucionales norteamericanas que han impidido la asunción constitucional del estándar mínimo de derechos humanos reconocido a nivel internacional a los extranjeros.

[253] ROIG MOLES, Eduard o VIDAL FUEYO, María del Camino.

decir, un arraigo, que puede encontrar hasta sustento constitucional[254]. Desde estos enfoques, probablemente situados entre los más inclusivos de una aproximación realista a la inmigración, la presencia en el territorio constituye una condición fundamental para la titularidad de derechos y, en último término para la adquisición de derechos de ciudadanía por parte de extranjeros. Sin embargo, eso no significa que no quepa pensar en los extranjeros como titulares de Derechos Fundamentales bajo la Constitución Española (o incluso bajo la Constitución Europea).

En principio, el alcance de los derechos fundamentales reconocidos en un Estado por su Constitución, en ausencia de previsión constitucional expresa[255], suele depender de la intensidad del vínculo entre la persona y el Estado, vínculo que se ha identificado por la doctrina[256] y la jurisprudencia[257] con la sumisión o dependencia de una jurisdicción determinada, de conformidad con el Derecho Internacional[258]. Obviamente, la dependencia de la jurisdicción española es cuestión que resulta de lo establecido en las leyes en cada sector del ordenamiento (por ejemplo, aspectos civiles y penales reciben soluciones distintas en aplicación de jurisdicciones distintas), que generalmente emplean una combinación de criterios como la nacionalidad, el territorio, el tipo de actos realizados, las consecuencias de

[254] Entre nosotros RUBIO-MARÍN, Ruth: *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge 2001..

[255] La única mención en la Constitución del alcance de los derechos fundamentales en el sentido que aquí se requiere, deriva del mandato del art. 9.1 CE de vinculación de la misma por los poderes públicos y los ciudadanos. De ello se deduce que en todas sus acciones, los poderes públicos y los ciudadanos, se someten a la Constitución, pudiendo ser exigible tal sujeción a la misma cuando sus acciones se proyectan sobre extranjeros o pueden tener efectos extraterritoriales. Evidentemente, esta afirmación de principios requiere algunos matices.

[256] Entre otros, PRIETO SANCHÍS, Luís: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Debate, Madrid 1990, pág. 80, habla de derechos fundamentales como universales en el sentido de que "un derecho será universal cuando su ejercicio se atribuya a toda persona dependiente de la jurisdicción de su país", para a continuación reconocer que "es claro que los derechos reconocidos en un ordenamiento no pueden reputarse nunca universales ni, por tanto, fundamentales, por la obvia razón de que todos los sistemas jurídicos conocidos presentan un ámbito de validez limitado."

[257] El art. 1 CEDH identifica ese punto de conexión con la jurisdicción: cuando una persona se encuentre sometida a la jurisdicción de un Estado, a dicho Estado le corresponde respetar y garantizar los Derechos Humanos de la persona (*STEDH Amuur*).

[258] En el Derecho Internacional Público existe el principio de que cuando existe otro Estado responsable de proteger los derechos de una persona y atender a sus intereses, generalmente en virtud del vínculo de la nacionalidad, el resto de Estados no estan obligados a prodigar esa protección de los Derechos Humanos, salvo que exista una conexión de mayor entidad entre el extranjero y el Estado. La clave es la determinación del punto de conexión o vínculo más fuerte que impone obligaciones al Estado de proteger los Derechos Humanos de la persona. La conexión deriva del vínculo, contacto o relaciones que el extranjero haya establecido o establezca con el Estado, así como aquellos que se deriven del ordenamiento interno del Estado (p. ej.: adquisición de la nacionalidad, reconocimiento del derecho de asilo, etc..).

los actos, etc... No existe una sola fórmula para resolver todos los problemas que sobre esta cuestión pueden surgir.

En materia de derechos fundamentales, no obstante, nacionalidad (art. 11 CE) y mayoría de edad (art. 12 CE) se consideran condiciones indispensables para la titularidad de los derechos fundamentales de la Constitución. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional sobre el art. 13.1 CE ha reinterpretado esa consideración al admitir que los no nacionales, puedan ser titulares de derechos fundamentales si bien en grados diversos, desde el reconocimento a todos lo extranjeros en el territorio de un conjunto mínimo de derechos inherentes al concepto de dignidad humana (STC 107/1984), hasta un grado mayor de derechos, cuya concreta determinación corresponde fijar a la Ley y los Tratados Internacionales, que distinguen entre regulares e irregulares o entre empadronados o no (LO 4/2000 reformada por la LO 8/2000), entre adultos y menores (Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño), etc.. Lo que el Tribunal Constitucional no especificó en esa jurisprudencia es si para gozar de ese mínimo de derechos fundamentales, los extranjeros deben encontrarse en el territorio del Estado.

Cuando el elemento de territorialidad desaparece, pues la persona se encuentra en otro país, y el vínculo con el Estado no es de nacionalidad o ciudadanía, pues la persona es extranjera, la intensidad de dicho vínculo puede debilitarse hasta el punto de casi desaparecer, salvo que en virtud de otros criterios pueda establecerse un vínculo entre el Estado y la persona que la someta a su jurisdicción. Esta visión acerca la comprensión del concepto de jurisdicción a efectos de titularidad de derechos con el de legitimación para acceder a la jurisdicción del Estado. La legitimación para actuar válidamente ante los poderes públicos estatales depende de la regulación de la legitamación (*standing)* por el ordenamiento interno del Estado, pero la legislación interna debe ajustarse a los mandatos constitucionales, a los Derechos Humanos y, en su caso, a los Tratados Internacionales.

Precisamente, la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a los extranjeros situados fuera del territorio nacional, debe resolverse tomando como punto de partida los conceptos de jurisdicción o legitimación y vehiculándolos a través del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Ello explica

que extranjeros que carecen de relación alguna respecto de un Estado puedan interponer recursos desde su país ante la jurisdicción nacional por actos de sus nacionales o conductas realizadas en su territorio que perjudican a sus intereses o violen sus derechos[259], sin que se discuta su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.La aplicación de un concepto amplio de jurisdicción en virtud del art. 1 CEDH en relación con el derecho o a un recurso ante una autoridad independiente del art. 13 CEDH, que en España se traduce en el derecho de acceso a los Tribunales del art. 24 CE para demandar su efectiva tutela, justifica el reconocimiento al extranjero en el contexto de esa relación de una serie de derechos procesales mínimos para que pueda presentar y defender sus intereses. Obviamente, ese derecho casi universal de acceso a la jurisdicción no es absoluto, sin embargo, sus límites deben interpretarse con un criterio sumamente restrictivo, lo cual no deja de ser complicado.

Otro es el problema cuando se trata de plantearse la existencia de un vínculo especial entre el extranjero y el Estado. Ante esta cuestión, puede distinguirse por un lado, aquellos vínculos que surgen como resultado de una relación previa entre el Estado y el extranjero, que fundamenta la legitimación del extranjero; en tales casos, la obligación del Estado de admitir al extranjero puede nacer tanto de un nexo entre ese Estado y el extranjero, por ejemplo, la residencia y matrimonio anterior con hijos nacidos enel país (STEDH *Berrehab v. Paises Bajos*). Por otro lado, la legitimación puede surgir de las circunstancias particulares que concurren en un extranjero que carece de relaciones previas con el Estado, pero que ante la petición del extranjero resulta vinculado hasta el punto de que nazca una obligación jurídica de admisión en el Estado y, en consecuencia, un derecho del extranjero, como ocurre por ejemplo, ante la necesidad de recibir un tratamiento médico que sólo existe en el Estado requerido (véase *mutandis mutandi* la alegación de tal derecho en un caso de expulsión, en la STEDH *BB v. Francia*).

[259] STEDH *Maire v. Portugal*, de 26 de junio de 2003, sobre el secuestro por una madre portuguesa de su hijo en violación de la Sentencia de divorcio que otorgaba la custodia al padre francés. El traslado a Portugal con intención elusoria y la actividad obstructora de la madre, constituyendo dificultades añadidas para el retorno del menor a su padre por parte de las autoridades portuguesas, no impidieron al TEDH determinar la existencia de una actividad insuficiente así como de dilaciones excesivas de parte de las autoridades portuguesas que, aunque parcialmente achacables a la falta de medios coactivos en el ordenamiento jurídico portugués, suponían obligaciones positivas para el Estado portugués en virtud del art. 8 CEDH, especialmente en casos en los que el transcursod el tiempo puede imp edir la realización de la justicia.

Esta interpretación no debe sorprendernos. El TEDH ha sostenido en numerosas ocasiones que entre un Estado y un determinado extranjero puede establecerse un vinculo especial basado en los derechos humanos que imponga obligaciones concretas a los Estados por encima de su política migratoria, hasta el punto de implicar un derecho a obtener la autorización de entrada y residencia (*STEDH X v. Suecia*, *STEDH Abdulaziz*. etc...). Con esta posición el TEDH parece situarse a favor del reconocimiento de Derechos Fundamentales a los extranjeros incluso cuando tal reconocimiento tenga efectos extraterritoriales, y siempre que la solicitud de entrada o mantenimiento de la residencia sea instrumental o necesaria para el ejercicio de otro derecho fundamental del extranjero[260]. El TEDH ha exigido a los Estados que valoren la admisión de la entrada o justifiquen su negativa sobre la base de la protección de otros intereses públicos (ordenpúblico, seguridad nacional, etc..), actividad de valoración para la que el TEDH ha reconocido un cierto margen de apreciación, pero cuya revisión se reserva. Ello explica que en muchos casos en que la dependencia del Estado es de menor intensidad que el vínculo con otro Estado, la selección del Estado sea aleatoria o la admisión del caso sentara un precedente que pudiera amenazar los intereses generales del Estado fines de protección estatal, el TEDH niegue la existencia de un Derecho Fundamental.

Obsérvese cómo, en tales casos, la efectividad de un derecho fundamental implica instrumentalmente la entrada en el territorio de un Estado de un extranjero que presenta un vínculo o conexión especial con ese Estado, obligación del Estado que el Tribunal califica de obligación positiva consistente en la promoción de la efectividad del derecho y/o la remoción de todos los posibles obstáculos al ejercicio del mismo.

No obstante, tal interpretación debe matizarse cuando la entrada en España de un extranjero sea instrumental a efectos del ejercicio de otros derechos fundamentales de los que sí sea titular ese extranjero, en principio un derecho fundamental inherente a la dignidad humana, como puede ser el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, el derecho a la vida privada y familiar, etc.. En los casos en que la negativa estatal a admitir a un extranjero en su territorio impida el ejercicio de otros derechos fundamentales del

[260] La Sra. Cabales en la *STEDH Abdulaziz., cit supra.*

extranjero, la libertad de circulación y entrada se supedita a una finalidad distinta a la mera circulación y pasa a formar parte del contenido del otro derecho fundamental, resultando así en una posible violación del derecho; curiosamente, esta interpretación parece coincidir en sus líneas generales con la de la Corte Suprema norteamericana, aunque su aplicación por esta sea más restrictiva[261].

Estas reflexiones resultan especialmente pertinentes como paso previo a estudiar la figura del visado, puesto que en examen para la concesión del mismo debe tenerse en cuenta la potencial afectación de derechos fundamentales que la Constitución reconoce con efectos extraterritoriales a los extranjeros, así como la vinculación procesal y material que resulta para el Estado por la mera presentación de una solicitud de visado.

1.2.- El visado como filtro administrativo de control en los países de origen

Como se ha dicho, el primer filtro administrativo de control se organiza, al igual que en nuestro entorno europeo, alrededor de la figura del visado. El visado es un documento exigido por el Estado de destino para permitir el acceso a su territorio a los nacionales de otros Estados[262]. Definido de forma tan aproximativa, y a reserva de la discusión posterior sobre su calificación jurídico-administrativa, el visado constituye un instrumento polivalente

[261] La Corte Suprema norteamericana ha admitido la existencia de límites al poder estatal de denegación de entrada en derechos fundamentales como la First Amendment Clause (desde la restrictiva en *USSCt. United States ex rel. Turner v. Williams, 1904* hasta la apertura en *USSCt Kleindienst v. Mandel, 1972*), derecho a la vida en familia (*USSCt. Moore v. City of East Cleveland, 1977* o *USSCt. Fiallo v. Bell 1977*), libertad religiosa o la interdicción de la discriminación.En *USSCt Moore v. City of East Cleveland, 1977* se determinó que los obstáculos que no respetan la unidad familiar pueden imposibilitar a algunas familias encontrar un país donde poder vivir juntos, destruyendo de esta manera un elemento esencial de la vida familiar. En los casos en los que la familia incluye extranjeros y ciudadanos, el gobierno federal no debería forzar siquiera ligeramente a un ciudadano americano a escoger entre su vida familiar y su permanencia en los Estados Unidos. *USSCt. Fiallo v. Bell 1977* extendió su débil escrutinio a la legislación de inmigración que discriminaba contra ciertas categorías de familiares situados ya en los EEUU. En este sentido, existen unos derechos de los ciudadanos nacionales que la Constitución protege (reagrupación familiar esposa e hijos extranjeros, etc...). Cfre.: NEUMANN, Gerald: *Strangers to the Constitution. Immigrants, borders, and fundamental law*, Ed. Princeton University Press, Princeton 1996, pág. 128 y ss. El problema en EEUU es que el estándar de enjuiciamiento es muy bajo (*deferential standard of judicial review*), y eso desde 1972 porque antes no había control alguno, sobre la base de la consideración de la regulación de la inmigración como una cuestión política en la que el Congreso tenía una competencia exclusiva (*Chinese Exclusion Case*).

[262] ESPINAR VICENTE, J.M.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Ed. Civitas, Madrid 1994, lo define como "el cocumento en el que se contiene una autorización concreta de acceso al país, expedida con carácter previo a la entrada del extranjero".

en manos del Estado: su aplicación selectiva respecto de determinados Estados desincentiva y sujeta a un mayor control la inmigración regular de tales países; su aplicación extensiva y sistemática, especialmente respecto de países emisores de migración o en vías de desarrollo, deviene un eficaz instrumento de canalización y modulación de los flujos migratorios regulares. En teoría, además permite al Estado determinar el origen, la composición y características de la población cuya inmigración (laboral) pretende favorecer, o por el contrario, desestimular. Ello explica la progresiva generalización del visado como instrumento de pre-control impuesto a los nacionales de terceros Estados, con el fin de seleccionar a aquellos que cumplen las condiciones establecidas por el Estado de acogida y de reducción relativa de la irregularidad[263]. Sin embargo, el visado puede cumplir, y de hecho cumple, otras finalidades además de las de instrumento de selección de los inmigrantes y de desestímulo de la inmigración irregular; al visado también se le han ido asignando en los últimos años nuevas funciones para las que inicialmente no había sido concebido[264]: protección del orden público, de la salud pública, del mercado nacional de empleo, etc..

En otras palabras, la exigencia generalizada del visado, si bien ha permitido al Estado anticipar un filtro de control migratorio completo hasta el país de origen con el incremento en la eficiencia de las políticas migratorias que ello comporta, también ha supuesto la asignación a las Misiones Diplomáticas de funciones que han excedido sus capacidades, en medios y personal, visto el crecimiento de la intención migratoria hacia

[263] En palabras de AGUADO, "*la implantación de un régimen de visado para los extranjeros pertenecientes a determinados países constituye un filtro inicial que permite a los Estados, a través de sus Misiones diplomáticas y Oficinas consulares, controlar los flujos migratorios permitiendo o denegando la entrada en su territorio nacional. Su ausencia impide que el extranjero pueda entrar de forma legal aún cuando cumpla con el resto de los requisitos exigidos. Por este motivo, se convierte en una pieza esencial del sistema. El control de flujos migratorios se entiende "en el sentido de evitar, mediante instrumentos de orientación como el visado, prácticas individuales irregulares de entrada y permanencia y también aquellas de carácter fraudulento protagonizadas por redes organizadas dedicadas al tráfico de personas y a su posterior explotación en territorio europeo. Lo cierto es que el régimen del visado no evita la inmigración irregular*". AGUADO CUDOLÀ, Vicenç: "Libertades de circulación y residencia: el visado como control de entrada de extranjeros", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografías nº VI "Ciudadanía e Inmigración", Ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza pág. 275 y ss.

[264] Así Embajadas y Consulados se encargan de rastrear el comportamiento anterior del extranjero en aras de la protección del orden público (antecedentes penales en origen o en el país de destino u otros, respeto en el pasado de la normativa de extranjería de los Estados de la "zona Schengen"), valorar sus medios de subsistencia en el país de destino o la capacidad económica en el país de origen, examinar al solicitante (comparecencia y entrevista personal), etc..

España[265]. El hecho de que las Misiones Diplomáticas efectúen un control completo y exhaustivo de la solicitud del extranjero, tiene importantes repercusiones para el estudio del régimen jurídico del visado y del control de entrada.

1.2.1- Análisis del papel de las Embajadas y Consulados como agentes administrativos encargados del control migratorio en los países de origen

La importancia de las Embajadas y Consulados como Administración clave para el despliegue y ejecución de las políticas migratorias aumenta con cada reforma de la normativa de Extranjería; de su papel inicial como mera expedidora de visados, en la actualidad tiene asignadas funciones de agente colaborador en la selección y reclutamiento de trabajadores en el marco de los Tratados bilaterales sobre gestión de flujos migratorios laborales así como una participación activa en la gestión de los contingentes de trabajadores. Devienen, en teoría, agentes activos en las políticas migratorias, papel desempeñado tradicionalmente por estos órganos en otros países con mayor tradición migratoria (Canadá, EUA, etc..). No obstante, aquí centraremos nuestra atención en estos órganos administrativos como agentes encargados del filtro de control en origen de los extranjeros, mediante su función de examen de solicitudes de visado.

Las Embajadas y Representaciones Permanentes, englobadas en el concepto de Misiones Diplomáticas, se enmarcan en el organigrama del Ministerio de Asuntos Exteriores[266], con un estatuto particular definido en los arts. 36 y 37 LOFAGE. Las

[265] Crítica a la infraestructura consular que ya formuló la doctrina con la aprobación de la LO 4/2000; por todos SANTAOLAYA MACHETTI, Pablo (dir): *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Ed. Lex Nova, Madrid 2000, pág. 33, en su "Introducción" comenta el art. 25 afirmando: "En su conjunto este precepto significa sin duda una nueva concepción del procedimiento de concesión y denegación de visados que deberá ir acompañado, para su correcta aplicación, de una profunda reestructuración de nuestros servicios consulares que en la actualidad no parecen encontrarse en situación de cumplir las obligaciones que les son impuestas. Quizá este sea de los aspectos más necesitados de atención urgente por parte del Gobierno".

[266] Dentro del organigrama del Ministerio de Asuntos Exteriores la participación, en la esfera de actuación que le es propia, en la propuesta y aplicación de la política de extranjería se asigna a la "Dirección General de Asuntos Consulares y Protección de los Españoles en el Extranjero", dependiente de la Subsecretaría de Asuntos Exteriores (arts. 1.f y 1.2.4°.d Real Decreto 557/2000, de 27 de abril de reestructuración de los Deparamentos ministeriales). Dicha Dirección General dispone de una Subdirección General de Asuntos de Extranjería, que en el marco de las competencias del MAE y de la coordinación ejercida por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, corresponde la aplicación de la política en materia de inmigración y asilo, en especial la gestión de la expedición de visados, así como la coordinación de la expedición de pasaportes en el exterior (art. 20.d Real Decreto 557/2000, de 27 de abril). De forma

Misiones Diplomáticas Permanentes[267] representan a España ante el Estado en el que se encuentran localizadas. De ellas PAZ AGÜERAS[268] ha dicho que son "aquellos órganos activos de la Administración General del Estado en el Exterior, de estructura compleja y con competencias generales, que el Reino de España acredita con carácter permanente ante otro u otros Estados u Organizaciones Internacionales para el desarrollo de las relaciones diplomáticas". Según este autor, la función representativa que ostentan respecto al conjunto de la Administración ha supuesto una amplia extensión de sus competencias materiales, entre las cuales se encuentra la tramitación y expedición de visados para ciudadanos extranjeros que quieran entrar en España (art. 27 TIDYLE).

Dicha atribución a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España es exclusiva y excluyente, con pequeñas salvedades establecidas reglamentariamente, por ejemplo la la posibilidad excepcional de que las autoridades policiales en frontera expidan *en determinadas circunstancias un visado* (art. 18.2 REDYLE *en desarrollo de la normativa* comunitaria contenida en el *Manual Común de Fronteras*, parte II, punto 5). El encargo a Embajadas y Consulados de informar y expedir los documentos de entrada en España, debe entenderse en conjunción con la especialización que supone la existencia de Oficinas Sectoriales[269] y la sumisión al principio de unidad exterior[270].

---

complementaria, se atribuye a la Subdirección General de Asuntos de Justicia e Interior, la coordinación de las actuaciones en estos asuntos en las instituciones de la Unión Europea, así como en el marco del Acuerdo de Schengen, sin perjuicio de la labor de coordinación que en el ámbito de la Unión Europea corresponde a la Secretaría de Estado de Asuntos Europeos y a los órganos directivos dependientes de ella (art. 20.e Real Decreto 557/2000, de 27 de abril).

[267] Mientras que las Representaciones Permanentes representan al Reino de España ante una organización internacional, las Misiones Diplomáticas Permanentes representan a España ante otros Estados. Entre estas últimas, las hay que ostentan un régimen de acreditación múltiple ante uno o varios Estados distintos del de residencia, que es el que acoge a la sede de la Misión Diplomática (por ejemplo, la Embajada en Rumanía está acreditada ante Moldavia).

[268] PAZ AGÜERAS, pág. 29. Antes de la LOFAGE las embajadas y representaciones permanentes en el exterior eran simplemente órganos periféricos especiales que ni pertenecían a la Administración Central propiamente dicha ni a lo que entonces se entendía por Administración periférica.

[269] Dentro de las Misiones Diplomáticas, Embajadas y Consulados, conviven Oficinas sectoriales supeditadas funcionalmente a diversos departamentos ministeriales, pero en dependencia orgánica de la Embajada, de conformidad con el *principio de unidad de acción exterior* enunciado en el art. 37.3 LOFAGE y recogido por el Real Decreto 632/1987, de 8 e mayo sobre organización de la Administración del Estado en el exterior. Esa relación de jerarquía entre los servicios que integran la Embajada culminan con la atribución al Jefe de Misión de especiales atribuciones (art. 37.2 LOFAGE), de manera que a su coordinación se someten las instituciones y servicios creados para actividades sectoriales (art.6.1 Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo).

[270] Quizá la elaboración más avanzada de tal principio la ha realizado REMIRO BROTONS con base en el art. 97 CE al afirmar que "ha de concebirse un sistema comunicante de doble llave que, reconociendo la responsabilidad de los distintos Departamentos Ministeriales en la actuación gestión y ejecución de programas de actuación sectoriales, incluidos los de naturaleza convencional y de participación en las Organizaciones Internacionales, permita al Ministerio de Asuntos Exteriores cribarlos en función de los objetivos globales de nuestra polítca, coordinarlos y encauzarlos hacia el exterior, donde las representaciones diplomáticas españolas

La actividad administrativa de expedición de visados requiere de un cierto grado de especialización en las Embajadas y Consulados, puesto que existen diferentes tipos de visados (laborales, reagrupación familiar, por estudios, asilo, etc..), cuya tramitación y expedición requiere instrucciones y coordinación con otros Ministerios (Interior y Trabajo, principalmente). La atribución a las Embajadas en el exterior del examen de las solicitudes de visado, además de por razones de eficacia, se sustenta en las ventajas que supone para la decisión de expedición del visado, la proximidad de esta rama de la Administración a la realidad del país de origen del solicitante, así como la ventaja que supone concentrar en esa única instancia el conocimiento de todas las solicitudes, para facilitar el examen y la rápida detección de prácticas abusivas o fraudulentas por parte de los solicitantes de un mismo país.

El trabajo de las Embajadas en la expedición del visado se rige por los principios de exclusividad, especialidad y coordinación con Departamentos de otros Ministerios, Es importante destacarlo para rebatir la consideración del visado como un acto-trámite, revisable *in toto* por el control migratorio en frontera. Al contrario, la atribución a las Embajadas de la potestad certificante del cumplimiento de las condiciones de entrada por el extranjero lo es en exclusiva, ya que estos órganos se encuentran en la mejor situación para valorar la solicitud de entrada, mientras que un control en frontera apenas dispone de tiempo, medios y conocimiento de la realidad del país de origen, como para valorar tal solicitud. Además, la expedición de un visado se realiza por un órgano en el que se encuentra representado el Ministerio del Interior, de manera que no es posible que con posterioridad otro órgano del Ministerio del Interior, concretamente un agente o un oficial en frontera, declare precisamente lo contrario de lo que se certificó en el visado (principio de *venire contra factum propium non valet*). Ello sólo será posible en un número tasado de supuestos, como se expondrá más adelante al analizar la actividad de control en frontera.

En este sentido, las Embajadas y Consulados españoles en el extranjero en tanto que auténticas oficinas de la Administración Pública se someten plenamente a la Constitución y

---

han de ser los centros preeminentes de irradiación y apoyo logístico". Cfre. PAZ AGÜERAS, pág.23, justifica estas potestades del MAE en que "en el ejercicio de la acción exterior las actuaciones de cualquier órgano pueden entrañar la responsabilidad internacional del Estado", especialmente al trasluz de la doctrina del estopel. GUAITA afirma que al MAE le corresponde "coordinar en el interior del país las distintas tareas que afectan en una u otra forma a las relaciones internacionales".

a la legislación administrativa, normativa esta última que puede recoger determinadas especialidades en la relación de los órganos adminstrativos con los administrados, españoles o extranjeros, siempre que tales especialidades se justifiquen en su condición de Administración Exterior y en su localización alejada del resto de órganos de las Administraciones Públicas.

1.2.2.- El examen de las solicitudes de visado o acceso a España por extranjeros

En línea con el Derecho Comunitario[271] y el art. 23 TIDYLE, el visado es una autorización condicionada o inicial de entrada expedida por las Misiones Diplomáticas españolas en el extranjero, o en su ausencia por sus homólogas comunitarias. Tradicionalmente, se ha considerado el visado como una autorización administrativa para desplazarse hasta las fronteras territoriales o puestos de control migratorio fronterizos españoles para solicitar la entrada definitiva, calificación que será objeto de revisión y discusión aquí. En todo caso, la exigencia estatal de la obtención previa de un "visado" o documento similar antes de entrar en su territorio se ha extendido entre los Estados que desean establecer un control migratorio más riguroso, sea por razones de seguridad interna o de protección del mercado laboral.

La determinación de la naturaleza, procedimiento, garantías y consecuencias del visado, es decir, el régimen jurídico de este acto administrativo, es esencial para el análisis de la naturaleza, el objeto y el procedimiento del control en frontera; ambos procedimientos, de carácter autorizatorio, presentan problemas relevantes que condicionan el funcionamiento y aplicación de las medidas de alejamiento. Esa relación es tan evidente como que, en ausencia de visado, la denegación de entrada y el retorno del extranjero serán una consecuencia casi inevitable, razón que por sí sola justifica un análisis del visado y de su procedimiento de expedición. El estudio de las medidas de alejamiento en general, y del

[271] El Reglamento del Consejo 1683/1995 define el visado uniforme comunitario como toda autorización concedida o toda decisión adoptada por un Estado miembor exigida para entrar en su territorio con vistas a una estancia no superior a tres meses o el tránsito a través de su territorio o zona de tránsito de un aeropuerto, del mismo Estado miembro o de otro.

retorno del art. 60 TIDYLE en particular, pasa por la adecuada delimitación del visado y de su régimen jurídico.

Para la adecuada delimitación del visado y de su régimen jurídico, es necesario, primero, determinar la relación que guarda el visado con la libertad de circulación y, concretamente, con el derecho de entrada en el territorio nacional del art. 19 CE; segundo, situar el visado entre los actos administrativo propios de determinados órganos administrativos incardinados en la Administración Exterior del Estado, las Embajadas y Consulados; y tercero, a la vista de lo expuesto, abordar los elementos materiales y formales del procedimiento de examen de la solicitud de visado del art. 27 TIDYLE, en concreto, su naturaleza, elementos esenciales del procedimiento y garantías, así como el conjunto de derechos que asisten al extranjero en sus relaciones con la Administración española.

Trasladando la doctrina *STEDH Amuur*[272] a la cuestión anteriormente planteada, los extranjeros que se encuentran en su país de origen o residencia distinto a España entablan una relación jurídico-administrativa con el Estado español, mediante la presentación de una solicitud de visado ante las embajadas o consulados españoles, que forman parte de la Administración Exterior del Estado. En resumen, deben reconocerse unos derechos procedimentales o procesales para que los extranjeros puedan defender sus intereses legítimos durante la tramitación de la solicitud de visado, especialmente cuando la solicitud sea instrumental para el ejercicio de un derecho fundamental conforme al ordenamiento estatal. Ello permite distinguir diferentes clases de solicitudes de visado: las solicitudes dirigidas al ejercicio de derechos fundamentales y las solicitudes planteadas en ejercicio de intereses legítimos del extranjero. Junto a ello, el Estado deberá tener en cuenta el grado de conexión o vínculo del extranjero con el Estado para expedir ese visado; así, el Estado puede considerar que la protección o ejercicio del derecho fundamental puede darse en otro Estado que tiene una obligación mayor de protección (Estado de la nacionalidad, de origen o de residencia, por ejemplo), o tengan una obligación equivalente de protección del derecho alegado con vínculos menos incidentales (servicios médicos similares a los de otros Estados

[272] La doctrina STEDH *Amuur* podría ser excesivamente territorial, sólo es aplicable en el procedimiento de obtención del visado en la medida en que los extranjeros se encuentren sometidos a la jurisdicción del Estado ante el que solicitan la expedición de dicho documento, cosa que sólo ocurriría en los espacios físicos de Embajadas y Consulados.

o por el contrario servicios médicos especializados inexistentes en otros Estados), y si el vínculo alegado es suficiente y razonable.

El visado ha cumplido y cumple una doble función autorizatoria de la entrada y documentativa de la legalidad de la permanencia en el territorio, sin perjuicio de que luego deba obtener la correspondiente tarjeta de identidad. Según la interpretación jurisprudencial recogida en el recientemente reformado art. 27.2 TIDYLE[273], el visado, por un lado habilita al extranjero "para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada"[274], y por otro, permite al extranjero "permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido". En realidad, la segunda función sólo opera con el concurso del acto administrativo autorizatorio de entrada.

Respecto de la primera función, AGUADO ha analizado su naturaleza, concluyendo que "el visado puede definirse, a mi entender, como aquel acto administrativo de control, que se inserta en el pasaporte, título de viaje o bien se expide en documento aparte, por el que la Administración exterior del Estado (a través de la Misión diplomática o Oficina consular) comprueba la idoneidad de una persona para entrar en territorio español y que habilita a ésta para presentarse ante un puesto fronterizo y solicitar la entrada en el territorio de un Estado. Sería un acto administrativo de control simple, con elementos de discrecionalidad y que tiene carácter personal". En opinión de este autor, el visado se acerca más a una autorización administrativa que a una certificación[275], si bien lo califica como tal con cierta cautela: "el visado pued[e] encuadrarse dentro del género autorizatorio o cuando menos con una técnica afín de control sobre una actividad privada. En efecto, el visado

[273] IÑÍGUEZ RODRÍGUEZ-SANTAOLAYA, pág. 165, señala al analizar la LO 4/2000 que el texto alternativo y posteriormente decaido del Senado fechado el 16 de diciembre de 1999 "mantenía un criterio más cercano –y restrictivo- al de la regulación de esta materia por la Ley Orgánica 7/1985 en su artículo 12, puesto que, por una parte, solamente atribuía al visado el derecho a presentarse en un puesto de entrada y a solicitar ésta; configuraba el otorgamiento o denegación como una *potestad*, en discreta recepción de los criterios tradicionales antes expuestos".

[274] Según la eficacia territorial del visado también podría habilitar para entrar por un puesto fronterizo de otros Estados Schengen.

[275] AGUADO, cit supra: "La consideración del visado como una certificación no parece la más adecuada en un sentido jurídico preciso. En efecto, la certificación constituye una declaración de conocimiento por la que la Administración acredita la exactitud de determinados hechos, en base a los datos y documentos que constan en sus archivos. En la certificación no hay margen de discrecionalidad administrativa, pues ésta queda excluida por los hechos que se constatan: o existen o no existen. La certificación opera, en realidad, como un medio de prueba, el documental, de acuerdo con lo establecido en el art. 46.4 de la LRJPAC. En cambio, el visado supone una declaración de voluntad por el que la Administración exterior se pronuncia sobre la idoneidad de una persona para entrar en el territorio de un Estado. Pronunciamiento que está sujeto a un margen de valoración o apreciación, pues se trata del ejercicio de una potestad con elementos de discrecionalidad."

permite un control reforzado sobre la identidad y los motivos de los extranjeros que desean entrar en el país de destino. Ahora bien, la actividad que se autoriza o habilita no es la entrada en un determinado territorio, sino la presentación en el control fronterizo. Se trata de una actuación administrativa que por sí sola no basta para conseguir la entrada, sino que ha de situarse en el contexto de otras técnicas de control, y singularmente con la autorización de entrada que se da en los puestos fronterizos".

En apoyo de tal interpretación, el autor señala la existencia de una regulación del Derecho Comunitario en el sentido de considerarla una autorización para presentarse en frontera[276], regulación que coincide sustancialmente con la LO 7/1985 y la actual LO 8/2000, si bien respecto de la LO 4/2000 pudiera discutirse tal consideración[277]. Ciertamente, tanto la jurisprudencia como la regulación actual por LO 8/2000 y 14/2003, así como el Derecho Comunitario apuntan a su consideración como autorización de objeto limitado: únicamente autoriza para presentarse en un puesto fronterizo y solicitar la entrada. Esta parece haber sido la opción del Legislador.

No obstante, ello no significa que la actividad autorizatoria del visado no condicione sustancialmente el control migratorio en los puestos fronterizos, es decir, los efectos del visado no pueden limitarse a autorizar a un extranjero para coger un avión y presentarse en un puesto fronterizo, por una razón simple: basta observar la complejidad del trámite del visado para observar que el control migratorio realizado por la Embajada o Consulado es de una intensidad muy superior a la que pueda realizarse en frontera. Por consiguiente, asumiendo que el visado en sí mismo no autoriza la entrada, como mínimo debe reconocerse que condiciona el objeto y la intesidad del control en frontera.

---

[276] AGUADO: "Así encontramos los Reglamentos del Consejo por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar previstos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (2317/95, 574/99) donde se realiza una definición de lo que debe entenderse por "visado". En sentido parecido se pronuncian otras disposiciones que forman el denominado "Acervo Schengen" que como sabemos ha sido incorporado al Derecho comunitario a través del Tratado de Ámsterdam. Entre tales disposiciones cabe destacar la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera (2002/C 313/01). En ella además de utilizar expresamente la noción de "autorización" como en el caso anterior establece su alcance y límites: habilita a la presentación en un puesto fronterizo exterior del denominado espacio Schengen y solicitar la entrada, si bien se subordina a la concurrencia de los demás requisitos y se deja en cualquier caso bien claro que no comporta un derecho irrevocable de entrada."

[277] AJA (dir).: *La nueva regulación*

1.2.3.- La denegación del visado como acto administrativo de denegación de entrada o acceso a España

La denegación del visado o del acceso a España constituye una medida en cierto grado limitativa de derechos o una medida de gravamen aunque sea limitado (NEUMANN[278]). De hecho, la denegación de entrada aunque sea a través de la denegación de expedición de un visado representa un ejercicio de autoridad estatal sobre el extranjero, con efectos sobre sus intereses e incluso para el ejercicio de libertades del extranjero incluso en su propio país de origen o residencia. De hecho, la predicada discrecionalidad administrativa en la concesión o denegación del visado no significa que el mismo pueda puede ser denegado si no existen razones de peso para ello y el extranjero cumple todos los requisitos establecidos, sino que por el contrario es objeto de revisión por los Tribunales, que pueden resolver tanto sobre los elementos formales de la decisión como sobre los aspectos materiales de la misma[279]. Tales restricciones requieren una justificación sustantiva para las restricciones que incidentalmente afecten a los derechos fundamentales y una mayor justificación para restricciones deliberadas de tales derechos ocasionadas por la regulación de la entrada (*exclusion* o *visa denial*).

En España, el Tribunal Constitucional no se ha manifestado directamente sobre la cuestión de la determinación del conjunto de derechos de los que gozan los extranjeros situados fuera del territorio español en su relación con la Administración. No obstante, las STC 107/1984 y STC 115/1987 reconocieron a los extranjeros la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales, que serían como mínimo aquellos que la Constitución reconoce a todas las personas en atención a la dignidad humana del art. 10.1 CE; son derechos como

[278] NEUMANN, Gerald: *Strangers to the Constitution. Immigrants, borders, and fundamental law*, Ed. Princeton University Press, Princeton 1996, pág. 127 y ss: "If the alien is merely being denied a visa at a foreign consulate, then the government has not yet exercised physical force against the alien. Nonetheless, the visa application is part of a unified process for determining which aliens will be detained at the border or prevented from boarding an airplane or other vehicle. It is therefore appropiate to view the denial of a visa as functionally similar to the denial of entry that it foreshadows.

[279] La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 8 mayo 2003 resolvió a favor de la suspensión de la ejecutividad de una Resolución del Consulado General de España en Tetuán de octubre de 1999, que exigía a la recurrente la obtención de previo visado para su entrada en España, porque existía un apariencia de buen derecho de su solicitud de reunirse con el esposo residente legal en España; STSJMadrid 1267/2002 de 30 de septiembre, sobre una denegación improcedente de visado de residencia por estudios, y sobre la existencia de medios económicos para sufragar los gastos de los estudios así como los de estancia y regreso.

el derecho a la vida, la vida privada y familiar, las libertades ideológica y religiosa, la tutela judicial efectiva, etc... A la luz de la jurisprudencia europea, este conjunto de derechos despliegan su eficacia más allá de las fronteras territoriales y crean obligaciones para los Estados constituyendo un estatuto personal mínimo de derechos los extranjeros.

La cuestión es si los extranjeros tienen derechos en su relación con las autoridades españolas. Atendiendo al grado y nivel del vínculo del extranjero con el Estado, una primera línea de respuesta pasa por analizar si la solicitud del visado del extranjero se basa en un vínculo previo fundamentador de algún derecho del extranjero, como podrían ser vínculos familiares o una residencia anterior. Igualmente, cabe un espacio de discusión respecto de aquellos extranjeros que contactan con la Administración española y alegan un derecho pero no existe un vínculo previo que active la responsabilidad española por delante de la de otros países, en cuyo caso habrá que atender a la justificación de la solicitud, así, por ejemplo si demuestra problemas de salud que requieren un tratamiento especializado en nuestro país, o desea presentar una solicitud de asilo o refugio.

2.- La externalización de los filtros de control de entrada: los filtros intermedios de control

El primer filtro intermedio de control lo han instaurado las normativas comunitaria y española[280], que han asignado a las Compañías de Transporte la obligación de comprobar la identidad y la documentación de los extranjeros bajo amenaza de sanción económica y de repercusión de los costes del retorno del extranjero. El segundo filtro intermedio de control, que no opera en todos los países, es el ejercido por las autoridades o los agentes policiales de los países de origen, en virtud de acuerdo u obligación internacional asumida por el Estado o por razones de orden público interno, y se ejerce por estas en el momento de salida del territorio consistiendo en una comprobación de la identidad y los documentos de viaje, en

[280] No obstante, la colaboración de los agentes y compañías de transporte en el control de entrada en el territorio se remonta a tiempo atrás, como se expuso en el Capítulo I°.

una suerte de autorización de salida, formal o informal[281]; así, en Rumanía la propia policía de frontera controla el cumplimiento de las condiciones de viaje exigidas por los Estados de Schengen a los rumanos que viajan a alguno de esos países, igual ocurre en México, donde tal práctica no puede explicarse como requisito previo al ingreso en la Unión Europea.

2.1.- La externalización de los filtros de control de entrada: la colaboración de Estados terceros en el control de salida de su territorio de viajeros nacionales y extranjeros

La Unión Europea ha impuesto a determinados Estados, especialmente aquellos en vías de adhesión, la obligación de realizar controles migratorios sobre sus propios nacionales y extranjeros antes del embarque hacia un Estado de la Unión. En tal examen, los funcionarios nacionales examinan el cumplimiento de los principales requisitos para viajar: la disposición de documentos de viaje, medios económicos e incluso seguro médico. Esta exigencia generalmente deriva de compromisos adquiridos con la intención de la adhesión, en algunos casos recogidos en los Convenios de Readmisión firmados por estos Estados.

En Rumanía, por ejemplo, los responsables policiales de fronteras son apoderados para denegar la salida del territorio nacional a los ciudadanos rumanos que viajen hacia los Estados de la Unión Europea u otros Estados donde no sea necesario visado de entrada, sin cumplir una serie de requisitos, entre los cuales, el seguro médico, el billete de viaje y una suma de dinero mínima establecida por el Ministerio del Interior, tal y como se establece en la *Ordonanta de uegenta nr. 144 din 25/10/2001 privind îndeplinirea de catre cetatenii ramâni, la isirea din tara, a conditiilor de intrare în statele membre ale Uniunii Europene si în alte state* (Monitorul Oficial, Partea I nr. 725 din 14/11/2001), recogida posteriormente con rango de Ley por la *Lege nr. 177 din 11/04/2002, pentru aprobarea Ordonantei de urgenta a Guvernului nr. 144/2001 privind îndeplinirea de catre cetatenii ramâni, la iesirea din tara, a conditiilor de intrare în statele membre ale Uniunii Europene si în alte state* (Monitorul Oficial, Partea I nr. 258 din 17/04/2002) y complementada posteriormente por la *Lege nr. 580 din 23/10/2002, pentru completarrea Ordonantei de urgenta a Guvernului nr.*

[281] Este tipo de controles se realiza frecuentemente por Estados con tradición de control de salidas, muy frecuentes en países de la órbita comunista o con sistemas dictatoriales-policiales. Así, en Cuba se requiere una autorización de salida para abandonar el país.

144/2001 privind îndeplinirea de catre cetatenii ramâni, la iesirea din tara, a conditiilor de intrare în statele membre ale Uniunii Europene si în alte state (Monitorul Oficial, Partea I nr. 780 din 25/10/2002), que introduce algunas excepciones al requisito de disposición de medios económicos mínimos.

En tales casos, el traspaso de las funciones de control migratorio a otros Estados facilita la labor de control migratorio en los Estados de destino y aumenta la eficacia de los controles. A parte de que tal conducta constituye una limitación del derecho de salida del territorio nacional establecido en el art. 13 PIDCP, además ello supone una traslación de las responsabilidades sobre el control migratorio, de manera que la persona afectada sólo dispondra del conjunto de recursos administrativos o jurisdiccionales que su Estado de origen le reconozca, y que en determinados países en vías de desarrollo pueden no alcanzar los niveles mínimos de protección reconocidos en los Estados de destino o conforme a estándares internacionales (CEDH). Por último, la salida de potenciales solicitantes de asilo o refugio puede frustrarse completamente.

2.2.- La externalización de los filtros de control de entrada: la colaboración de las Compañías de Transporte

Los arts. 26 y 27 del Convenio de Schengen de 1990 introdujeron como "Capítulo 6: Medidas de Apoyo" varias normas con el fin de regular el transporte de personas a través de las fronteras exteriores de la zona Schengen; aunque relacionadas entre sí, cada una de tales disposiciones se proyecta sobre aspectos distintos del transporte de extranjeros. Interesa destacar aquí básicamente dos, la exclusión de las Compañías de Transporte del ámbito sancionador por ayuda a la entrada ilegal o tráfico de inmigrantes, así como la regulación de las obligaciones de examen de la documentación de los extranjeros y su régimen sancionador. Para el *Capítulo IV* se deja el estudio de la importantísima obligación de colaboración con la autoridades migratorias en el retorno de los extranjeros en frontera, en tanto que se trata de una medida al servicio de la ejecución de las medidas de alejamiento.

El Convenio de Schengen distingue con dos régimenes jurídicos distintos las sanciones por ayuda a la entrada ilegal (tráfico de inmigrantes) y las sanciones a los transportistas por negligencia en el examen de la documentación de los extranjeros.

Empezando por el primero, el art. 27.1 Schengen establece como infracción la actividad consistente en ayudar o intentar ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros, siempre que tal ayuda se preste con fines lucrativos. Un primer problema que plantea esta normativa es la posiblidad de considerar si los transportistas pueden ser sancionados por infracción del art. 27.1 como cooperantes necesarios y con ánimo de lucro, en la entrada irregular de extranjeros. Una lectura atenta del art. 27.1 exige para cometer esta infracción "ayudar a un extranjero a entrar o *permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha* Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros", resultado que sólo puede producirse respecto de aquellos transportistas que intenten trasladar al extranjero de forma que eluda los controles migratorios fronterizos y faciliten su entrada irregular.

En segundo lugar, el art. 26.1.b) impone la obligación de los transportistas de tomar las medidas necesarias para cerciorarse de que el pasajero dispone de los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de los Estados signatarios. Conectado con éste el art. 26.2 apodera a los Estados para sancionar a los transportistas que por vía aérea o marítima conduzcan a los puestos fronterizos a extranjeros que carencan de los preceptivos documentos de viaje; previsión desarrollada mediante la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio[282] ha ampliado las obligaciones de los transportistas en comparación con lo previsto inicialmente en el acervo Schengen[283]: en primer lugar, incluye a las personas en tránsito, no sólo a las que solicitan la entrada en el territorio, tanto cuando el Estado de destino les deniegue la entrada como en los casos en que otro transportista se niegue a trasladarlos al

[282] Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (DOCE L-187/45, de 10 de julio de 2001).

[283] PEERS, Steve: «Key Legislative Developments on Migration in the European Union», *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, 2002, págs. 118 y ss.

Estado de destino; en segundo lugar, amplía el conjunto de las obligaciones de los transportistas, para añadir la obligación de encontrar los medios de su retorno a través de otros transportistas si no pueden ellos mismos retornarlos inmediatamente, y en caso de imposibilidad, costear la estancia y el retorno de esa persona; en tercer lugar, supone una armonización de las sanciones económicas aplicadas, al introducir unas horquillas sancionadoras de entre 3.000 y 5.000 Euros por persona, o una multa por conjunto de un máximo de 500.000 Euros. El problema de esta normativa, es que no delimita claramente las concretas obligaciones que pertoca a las Compañías de Transporte cumplir para eximir de responsabilidad a la Compañía, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

Tampoco es de gran ayuda la trasposición, tardía[284], de esta directiva al ordenamiento español mediante la modificación de los arts. 56 y 66 TIDYLE, pues tal modificación supuso en realidad una ampliación de las previsiones introducidas a este mismo efecto por la LO 8/2000, por ejemplo con la introducción de obligaciones adicionales de colaboración, como el envío de las listas de pasajeros con antelación a la salida de la aeronave, exigencia que se analizará más adelante.

La imposición a las Compañías de Transporte de la obligación de examinar la documentación de los extranjeros, unida a la posibilidad de imponer elevadas sanciones pecuniarias en caso de incumplimiento de tal obligación, constriñe en grado sumo a las Compañías de Transporte, que deben intensificar el examen de la documentación aportada por los extranjeros, sea en el momento de expedición del billete, sea en el de embarque o *check in*, para evitar que extranjeros potencialmente inadmisibles consigan embarcarse. Con ello, el Estado o gurpo de Estados de destino logra introducir un filtro adicional de control migratorio de entrada, lo cual obviamente aumenta la eficacia general del control migratorio[285]. Sin embargo, el traslado de funciones estatales a compañías privadas diluye la responsabilidad administrativa y las posibilidades de exigirla frente a conductas privadas desviadas de la legalidad. Esta opción político-normativa, frecuente en el Derecho Comparado, tiene pues importantes repercusiones.

---

[284] La directiva se adoptó el 28 de junio de 2001, se publicó en el DOCE el 10 de julio y en virtud de su art. 9 entró en vigor a los treinta días de su publicación, es decir el 10 de agosto. La LO 14/2003 no entró en vigor hasta el 21 de diciembre de 2003.

[285] La mayoría de los extranjeros que entran regularmente en España procedentes de Terceros Estados lo hacen en transportes de empresas privadas.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, el art. 13 del *Convenio de Chicago de Aviación Civil Internacional* de 1944[286], y su estándar 3.40.1 en el Anexo 9, en opinión de ABEYRATNE[287] amparan la facultad estatal de exigir a las Compañías de Transporte el examen de los documentos de entrada del pasajero extranjero. Tal interpretación requiere una más amplia explicación: en opinión de este autor, para sancionar a las Compañías por incumplimiento de esta responsabilidad debería exigise de los Estados la demostración *prima facie de* que tales compañías han sido negligentes, en lugar de interpretar los preceptos del art. 13 del Convenio de Chicago en el sentido de establecer una responsabilidad simplemente objetiva por la presencia de un extranjero inadmisible en frontera[288]; al menos, esta parece ser la interpretación sostenida por la jurisprudencia norteamericana. La negligencia en el control es, además, la única razón que justifica una sanción económica por sobrecargar excesiva e innecesariamente los controles migratorios fronterizos con solicitantes que no tienen ninguna posibilidad de ser admitidos según el Derecho nacional. La interpretación asumida sobre tales preceptos requiere, en todo caso, por el empleo de criterios basados en la exigencia de responsabilidad objetiva de la Compañía o sus agentes.

En realidad, el problema jurídico no es tanto si los Estados pueden exigir determinada actuación de control a unos entes privados, ello es más bien un problema ético o mejor político, sino si tal obligación está correctamente definida y las sanciones por tal

---

[286] Art. 13 del Instrumento de ratificación del Protocolo relativo al texto auténtico trilingüe del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago 1944), firmado en Buenos Aires el dia 24 de septiembre de 1968 (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1969): "Las Leyes y reglamentos de un Estado contratante relativos a la admisión o salida de su territorio de pasajeros, tripulación o carga transportados por aeronaves, tales como los relativos a entrada, despacho, inmigración, pasaportes, aduanas y sanidad serán cumplidos por o por cuenta de dichos pasajeros, tripulación y carga, ya sea a la entrada, a la salida o mientras se encuentren dentro del territorio del Estado."

[287] ABEYRATNE, R.I.R.: "Air Carrier Liability aand State Responsibility for the Carriage of Inadmissible Persons and Refugees", *Air & Space Law*, vol. XIV, number 1, 1999 págs. 3-16; una versión anterior del mismo en *International Journal of Refugee Law*, vol 10 No. 4, págs. 675-687, sostiene que el Anexo 9, que forma parte íntegramente del Convenio, elimina cualquier duda sobre la compatibilidad de la obligación de las Compañías de responsabilizarse del retorno del extranjero en caso de inadmisión en el país cuando tal obligación surja como consecuencia de la falta de documentación adecuada.

[288] De la lectura de los arts. 13 Conv. Chicago y sus Anexos, sólo se colige la obligación de que la Compañía se responsabilice del extranjero con anterioridad a la realización del control migratorio en el puesto fronterizo, así como de su retorno si es inadmitido. Cuestión distinta a la posibilidad de sancionar a las Compañías simplemente cuando se produzca la inadmisión en el país, pues en tal caso, la responsabilidad de la Compañía solo surge si efectivamente ha existido negligencia en el examen de los documentos exigidos para la entrada por la Compañía, tal y como se reconoce en el Anexo 9 del Convenio de Chicago, Standard 3.40.1: "Contracting States shall not fine operators in the event that passengers are found inadmissible unless there is evidence to suggest that the carrier was negligent in taking precautions to the end that passengers comp lied withe the documentary requirements for entry into the receiving State.

infracción o incumplimiento, cumplen los requisitos del Derecho Administrativo Sancionador[289], nacional o en su caso comunitario, concretamente de los principios constitucionales de culpabilidad y proporcionalidad del Derecho Administrativo (art. 25 CE y Carta Europea Derechos Fundamentales). El art. 26 Schengen ofrece una guía en este sentido, pues únicamente obliga a las Compañías a demostrar que han tomado "todas las medidas necesarias para cerciorarse de que el extranjero transportado (...) tenga en su poder los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de las Partes contratantes". El cumplimiento de la obligación se puede satisfacer demostrando al Estado que, la Compañía disponía de la lista de pasajeros entre los que se incluía el extranjero no admitido en el territorio, y que del mismo la Compañía había examinado el pasaporte con anotación de su número y, en su caso, del visado. De aportar tales datos, la Compañía ya satisface la obligación de examinar los documentos de viaje. En aplicación de la literalidad de este precepto, que es de carácter sancionador e interpretación restrictiva, no cabe exigir más a las Compañías. Ello permitiría situar bajo su responsabilidad el traslado de indocumentados y polizones, pero excluiría de la misma a los extranjeros que carecieran de medios económicos o hubieran destruido sus documentos en el mismo avión, así como de extranjeros que hubieran falsificado sus documentos salvo que tal falsificación fuera evidente[290]. Este debe ser el alcance de la responsabilidad de las Compañías por el traslado de extranjeros, para la valoración de la cual debe tomarse en cuenta la buena fe en su actuación, reflejada en la exigencia de realización de "todas las medidas necesarias" para cerciorarse de que el extranjero porta la documentación.

El problema se plantea, principalmente, en relación a la posibilidad de que la exigencia de comprobación de los documentos de viaje, no constriña desproporcionada o irrazonablemente las posibilidades de un verdadero solicitante de asilo o refugio de obtener un billete de transporte, tal y como la *International Transport Workers' Federation (ITF)* ha

[289] DE PALMA DEL TESO, Ángeles: *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos 1998.

[290] Una declaración en los *Council minutes* establece que para el propósito de aplicar la Directiva 2001/51, "el Consejo acordó que el uso de falsificaciones evidentes o usurpaciones obvias era equivalente a la ausencia de un documento de viaje", Statemente 75/01, resumen mensual de los Actos del Consejo de junio 2001 (Doc. Consejo 11450/01, agosto 2001)

puesto de relieve[291]. Pues si se admite la interpretación anterior sin más matices es muy difícil compatibilizar la obligación de las Compañías de Transporte de examinar los documentos de viaje del extranjero (y en su caso denegarle el billete o el embarque), con el Convenio de Ginebra y el Protocolo de Nueva York, sobre el Estatuto del Refugiado, que exonera a los solicitantes de la obligación de disponer de todos los documentos exigidos por la normativa de inmigración. La búsqueda de una serie de criterios que permitan compatibilizar todos estos intereses dará la solución a un problema del que el Legislador, tanto nacional[292] como comunitario[293] es plenamente consciente, pero que no ha querido o sabido afrontar.

Para resolver esta compleja cuestión, ABEYRATNE ha intentado enlazar la defensa de los refugiados con la defensa de las Compañías de Transporte; la luz de los principios del Derecho Internacional establecido (STPJI *Polish Nationals in Danzig*, 1931, Ser A/B No. 44), este autor argumenta que los Estados deben ajustar su normativa interna a las obligaciones *erga omnes* del Derecho Internacional, entre las cuales se encuentra la *Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado*, que interpretada en relación al *Convenio de Chicago de Aviación Civil Internacional,* impone la obligación de no gravar o multar a las compañías aéreas por trasladar pasajeros insuficientemente documentados salvo que se demuestre *prima facie* que tales compañías han sido negligentes.

En realidad, el problema es complejo pues los solicitantes de asilo indocumentados siempre serán renuentes a declarar sus propias intenciones antes Compañías privadas en sus

---

[291] Ante las normativas estatales que imponen a los transportistas la responsabilidad del transporte de extranjeros sin documentación apropiada y establecen una serie de multas, la *International Transport Workers' Federation (ITF)* presentó una queja [A32-WP/54, EC/7, 2 de junio de 1998] ante la *International Civil Aviation Organization (ICAO)*, sosteniendo que una de las medidas adoptadas por los transportistas para evitar tales gravámenes era la exigencia al personal de *check in* de tomar decisiones sobre la legalidad de la documentación de los pasajeros, lo cual podía colisionar con el derecho de potenciales solicitantes de refugio de salir de un Estado y viajar a otro para solicitar refugio. La ITF afirmaba que, en estos casos, se imponía una multa a la Compañía transportadora porque a los extranjeros invariablemente se les denegaba la entrada. La Asamblea de la ICAO, en su 32nd International Civil Aviation Organization (ICAO) Assembly Session, celebrada en Montreal entre el 22 septiembre y el 2 de octubre de 1998, remitió el caso al Consejo para su posible consideración por el *Facilitation Panel,* organismo introducido para efectuar recomendaciones al Consejo en materias relacionadas con la facilitación del tráfico y transporte aéreo.

[292] La plena conciencia de que este era un problema crucial que demandaba solución se puede observar en el proyecto de enmienda a la LO 4/2000 discutido en el Senado en el año 2000, así como en los sucesivos textos del proyecto de la LO 8/2000 y LO 14/2003.

[293] PEERS, cit. supra, pág. 120, señala cómo la Delegación Alemana admitió expresamente que la dilución de la excepción del art. 26 Schengen para las solicitudes de asilo y refugio mediante su desarrollo por un art. 4.2 Directiva 2001/51 mucho más débil tenía por objetivo frenar las solicitudes de asilo, pues la proposición anterior sobre la redacción de tal precepto "podía dejar sin efecto las sanciones para los transportistas e incrementar las solicitudes de asilo".Comentarios de la Delegación alemana (Doc. Consejo 12361/00, de 16 de octubre de 2000).

países de origen, por miedo a que estas trasciendan así como porque tales Compañías están frecuentemente sometidas a vigilancia e infiltración policial en algunos de los países de origen[294]. En tales casos, la exigencia de documentos de viaje no puede incluir más que documentos identificativos del extranjero.

Por último, tal y como se ha mencionado anteriormente, la Ley 14/2003 ha ido más allá de las obligaciones comunitarias, contrariamente a lo defendido en la Exposición de Motivos, al añadir la exigencia de que las Compañías Aéreas remitan a las autoridades gubernativas del Estado de destino el listado de pasajeros antes de la salida del vuelo, aunque recogida en alguna disposición menor como posible medida de control[295], no existe disposición comunitaria vinculante que sustente tal disposición, que debe considerarse una medida exigida adicional y unilateralmente por el Estado español.

II.- El control de los extranjeros en los puestos fronterizos de control migratorio de entrada en España y su alejamiento (*retorno o rechazo*)

El control migratorio de los extranjeros que intentan entrar regularmente en España, habiendo obtenido visado previamente o efectuando directamente su entrada en España, se realiza en los puestos fronterizos, a los que se canaliza todo el tráfico y transporte de extranjeros que proviene de países no comunitarios o en terminología Schengen de "fronteras exteriores". La reducción de los puntos de entrada a unos pocos permite concentrar y facilitar el control migratorio, situando en esos puntos de paso obligado los

[294] DE STOOP, Chirs: *Los "Otros". La deportación de los "sin papeles" en Europa*, Ed. Bellatera-Documentos de la Biblioteca del Ciudadano, Barcelona 1999.

[295] Medida recomendada en la Decisión del Comité Ejecutivo de Schengen de 22 de diciembre de 1994 relativa a la introducción y la aplicación del régimen Schengen en los aeropuertos y aeródromos [SCH/Com-ex (94) 17, 4ª rev.], publicada en el DOCE L-139/168, de 22 de septiembre de 2000, Par. 3.2. Advance Passenger-Information System: "Para adaptar la intensidad de los controles del tráfico aére a las exigencias de Schengen,han de estudiarse otras posibilidades. Teniendo en cuenta que el margen de maniobra para aumentar la duración de los controles tras el aterrizaje de los aviones no puede aumentase como se quiera, abría que remediar esta situación efectuando controles anticipados de los viajeros antes del aterrizaje. Este tipo de procedimiento ya se utiliza, en parte, en la aviación internacional y se organiza de tal modo que los datos de los pasajeros se transmiten por vía electrónica al aeropuerto de llegada una vez que el avión ha despegado. Las autoridades fronterizas del aeropuerto de destino pueden comenzar entonces a comparar estos datos con los que figuran en sus ficheros de información y búsqueda y, generalmente, disponen del tiempo suficiente para efectuar esta operación."

puestos de control, que ejercer de filtro ineludible para la entrada legal en España. En estos puestos de control fronterizo agentes de policía no sólo revisan el cumplimiento de los requisitos de entrada en España recogidos en el art. 25 y s TIDYLE sino que también autorizan o deniegan la entrada. El régimen jurídico de esos puestos puestos fronterizos, el objeto y ejercicio del control y algunos de sus problemas deben exponerse (*Aptado 3.3.1*) antes de abordar la autorización de entrada y sus consecuencias (*Aptado. 3.2*) o la regulación de la denegación de entrada y su procedimiento (*Apartado 3.3*).

Respecto de la denegación de entrada, se parte para su análisis como antesala de las medidas de alejamiento de la distinción entre fronteras aéreas, fronteras marítimas y fronteras terrestres, lógica, tradicional y totalmente vigente a la vista del *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990* y de su *Manual Común de Fronteras*[296]; esta distinción obedece a las particularidades y problemáticas distintas que cada uno de estos tipos de fronteras y puestos fronterizos presenta a efectos de control migratorio. Precisamente porque el tipo de frontera condiciona en gran medida el control migratorio e incluso el tipo de medida de alejamiento, en este apartado se distingue la denegación de entrada en fronteras terrestres (*Aptado. 3.3.2*) de la denegación en fronteras marítimas, aéreas y otros nudos de comunicaciones (*Aptado. 3.3.3*). Finalmente, se abordarán algunas dos cuestiones íntimamente relacionadas con el régimen de la denegación de entrada: el conjunto de derechos fundamentales que asisten al extranjero solicitante de entrada en frontera (*Aptado 3.3.4*) y el tratamiento de determinados extranjeros en situaciones especiales (*Aptado 3.3.5*).

1.- El control migratorio en los puestos fronterizos de entrada en España-Schengen

1.1.- Régimen de los puestos fronterizos de control migratorio: tipología, efectos, organización administrativa

[296] El Manual Común, parcialmente desclasificado como consecuencia de las Decisiones 2000/751/CE del Consejo (DOCE L-303/29 de 2 de diciembre de 2000) y 2002/353/CE (DOCE L-123/49 de 9 de mayo de 2002) puede encontrarse en elDOCE C-313/97, de 16 de diciembre de 2002.

Los puestos fronterizos habilitados conforme al art. 3 REDYLE son atendidos por agentes del Cuerpo Nacional de Policía (art. 12.1.b) y c) LOFCS) designados como competentes para la incoación de los expedientes de autorización o denegación de entrada en frontera del art. 26.2 TIDYLE, y en su caso, para la adopción y ejecución de una decisión de retorno del art. 60 TIDYLE. Del Cuerpo Nacional de Policía, los responsables del control migratorio son agentes ordinarios sometidos a la supervisión de un Inspector, que a su vez se somete al mando del Inspector Jefe de la Brigada de Extranjería y Documentación provincial.

Tradicionalmente, la legislación nacional ha distinguido entre fronteras terrestres, marítimas y aéreas. Tanto el Derecho comunitario como el "acervo Schengen" también acogen esa distinción, hasta el punto de que el *Manual Común de Fronteras,* dictado en el marco del *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990* y comunitarizado posteriormente via Protocolo 2º TA, organiza el sistema de control según los diversos medios de transporte para el cruce de fronteras exteriores y las particularidades que el control en cada una de ellas presenta (*Manual Común*, Apartado 3.2, Parte II).

Una de las particularidades más relevantes de los puestos fronterizos marítimos y aéreos y, en general, de todos aquellos situados en nudos de comunicaciones (carreteras, estaciones de ferrocarril, tráfico fluvial, etc...), que los diferencian de los puestos de control migratorio terrestres, es la disociación geográfica[297] y/o temporal[298] entre presencia física en

297 En realidad esta situación se enmarca en el problema más amplio suscitado por la existencia de controles migratorios cuya localización geográfica no coincide con la línea fronteriza, generalmente porque los puestos de control migratorio se encuentran dentro del territorio nacional. El sistema británico recurre a los conceptos de llegada ("arrival") y entrada ("entry") para distinguir entre los extranjeros que han llegado al territorio británico y aún no han obtenido la autorización de entrada y aquellos otros que acceden al Reino Unido gozando de una autorización de entrada tras superar los controles migratorios. En estos supuestos, lo que le falta al extranjero tras cruzar la frontera es someterse al control migratorio, pues sin él su llegada ("arrival") todavía no es objeto de calificación jurídica por los funcionarios encargados del control fronterizo, y por consiguiente no es legal o ilegal ("entry"). La calificación de su llegada se encuentra en una situación de pendencia (pendente conditione).

298 En los aeropuertos, existe una disociación temporal entre el momento de la entrada en el territorio nacional y su calificación jurídica, de manera que durante el tiempo que transcurra tras la entrada consumada por vía aérea, la presencia del extranjero en la "zona internacional" del aeropuerto sin someterse al control migratorio, tal entrada no puede ser calificada jurídicamente. A este respecto, la solución del Reino Unido que distingue entre llegada ("arrival") y entrada ("entry") resulta de gran utilidad como referente, pues el intento de entrada ("seeking to enter") habilita a los Immigration Officers a practicar el control e incluso el alejamiento ("removal"). Los que pretenden entrar ilegalmente ("seeking to enter") pueden ser acusados de entrar ilegalmente al igual que aquellos que ya han entrado de esta forma ("illegal entrants"). Si son prendidos antes de completar la entrada, pueden ser examinados por los agentes y si éstos lo considerasen necesario podrían

el territorio español y la calificación de esa entrada como legal o ilegal. La entrada en España, como se verá, se produce y se consuma cuando el extranjero entra en el espacio aéreo o las aguas territoriales españolas que constituyen la línea fronteriza, pasando a encontrarse físicamente en España; el aterrizaje o desembarco simplemente los sitúa sobre el suelo español, sin embargo, a efectos del control migratorio su entrada no es calificada jurídica jurídicamente como legal o ilegal hasta que el extranjero no se somete (o sea sometido a la fuerza) al control migratorio en el puesto fronterizo y la autoridad administrativa adopte una resolución de autorización de entrada conforme al art. 25.1 TIDYLE, o una denegación de entrada con rechazo en frontera del art. 26.2 TIDYLE. Durante el interín que transcurre entre el desembarco del extranjero y la calificación jurídica de la entrada, la calificación de su entrada, y por tanto su situación jurídica, se encuentra en suspenso. Esta situación no impide el empleo de determinadas técnicas legislativas, como la de calificar de ilegal la entrada cuando el extranjero entra por vías o puestos fronterizos no habilitados y transcurrido un tiempo no declara a las autoridades su entrada (art. 22 Conv. Schengen y art. 42 REDYLE), en este caso, no obstante, obsérvese que la calificación jurídica de la entrada tampoco se determina hasta transcurrido el plazo, encontrándose también en suspenso.

Una de las consecuencias prácticas de esta disociación entre frontera real y puesto fronterizo de control migratorio es el debate sobre la calificación como **zonas internacionales de puertos y aeropuertos** a las zonas, en algunos casos salas y en otros simples pasillos, a las que se conduce a los extranjeros tras su desembarco pero con anterioridad al control migratorio. En distintos países, las Administraciones han intentado sostener sin éxito que esas "zonas internacionales de puertos y aeropuertos" no constituían territorio español con el fin de evitar la extensión a los extranjeros del ordenamiento jurídico nacional, especialmente de todo el sistema de derechos y garantías, incluida la de control judicial de los actos administrativos. La jurisprudencia constitucional y europea ha rechazado situar la discusión en el ámbito estrictamente geográfico o territorial, para analizar esta cuestión desde la óptica de la dependencia jurisdiccional: si el extranjero ha entrado en España y su presencia física en territorio nacional tras cruzar la frontera así lo

---

denegarles la entrada y alejarlos inmediatamente ("summary removed"), de la misma manera que en los casos de entrada ilegal.

corrobora, entonces se encuentra bajo jurisdicción española (ATC 56/1996[299], STC 174/1999 y STC 179/2000 en línea con la STEDH *Amuur).*

Excepcionalmente, puede ocurrir que los controles migratorios se trasladen al país de origen[300], en estos casos, los funcionarios encargados del control del Estado de destino efectuan controles en el aeropuerto de salida pudiendo denegar el embarque.

1.2.- Los puestos de control migratorio de frontera como Administración

Los puestos de control migratorio forman parte de la Administración del Estado, dependiente del Ministerior del Interior, y por consiguiente se someten en su actuación a la normativa nacional sobre A, si bien con las particularidades establecidas por la regulación comunitaria de los controles migratorios en las fronteras exteriores y las especialidades de la TIDYLE. Estos órganos administrativos no sólo ejercen el control migratorio sobre los extranjeros, también deben cumplir otras funciones inherentes a su condición de puntos u oficinas de atención al administrado. Estas funciones u obligaciones suplementarias derivan de su condición de primeros, y a veces únicos, órganos de contacto y atención a extranjeros por parte de las autoridades españolas ya en territorio nacional. Esta condición de primera Administración de contacto, convierte a los puestos de control en una suerte de

299 El ATC 55/96, de 6 de marzo es esclarecedor de la postura del Tribunal Constitucional respecto a la relevancia de estas zonas, pues negó la posibilidad de que la presencia en la "zona internacional" de extranjeros eximiera a las autoridades de respetar los derechos y las garantías instituidas por el ordenamiento jurídico, dado que estas zonas se encuentran igualmente sometidas a la soberanía nacional y en ellas se ejercitan con normalidad potestades públicas. El FJ 3º de este Auto puede aplicarse igualmente a puertos y otros centros de transporte y comunicaciones: De la anterior afirmación no cabe, sin embargo, deducir que la llamada «zona internacional» del aeropuerto, donde se encontraban los demandantes, no sea territorio español. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española, tal y como declaran los arts. 1, 3, 42 y 47 de la Ley sobre Navegación Aérea, de 1960, y los arts. 1, 2, 10 y 13 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago en 1944, y ratificado por España en 1969. Precisamente, los funcionarios del servicio de control de fronteras actúan en ejercicio de las potestades públicas inherentes a la soberanía plena y exclusiva del Estado sobre el espacio aéreo y los aeropuertos aduaneros, en los términos detallados por el Decreto de 3 de mayo 1946, en desarrollo de las disposiciones mencionadas, y por la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en adelante L.Ex.).

300 Decisión del Comité Ejecutivo de Schengen de 22 de diciembre de 1994 relativa a la introducción y la aplicación del régimen Schengen en los aeropuertos y aeródromos [SCH/Com-ex (94) 17, 4ª rev.], publicada en el DOCE L-139/168, de 22 de septiembre de 2000, Par. 3.3 Pre-flight Inspections: "El procedimiento "Pre-flight Inspection" constituye otra posibilidad para efectuar controles anticipados de pasajeros. Con motivo de dichos controles, los funcionarios encargados del control del Estado de destino, podrán efectuar controles en el aeropuerto de salida sobre la base de Acuerdos internacionales, a fin de garantizar que los pasajeros reúnen, para el Estado Schengen de destino, algunas condiciones de entrada y que pueden embarcar en el vuelo. Por consiguiente, se trata de una medida que completa el control de entrada en el aeropuerto de destino pero que no lo sustituye."

Delegaciones o pequeñas oficinas de atención a los extranjeros, encargadas no sólo de ejercer el control migratorio sobre los extranjeros sino también responsables de una serie de funciones suplementarias atribuidas legalmente a las mismas o exigibles en virtud de su condición de órganos administrativos y de la aplicación en este ámbito también de una serie de principios administrativos y procesales. O al menos, ello debería ser así.

A esta necesidad de diseñar los puestos de control migratorio como auténticos centros de atención y control de los extranjeros, y dotarlos de la organización y los medios apropiados para el ejercicio de tales funciones y obligaciones, contribuye la propia condición del extranjero objeto de control en los mismos. Es posible analizar la condición de los extranjeros objeto de control migratorio, especialmente respecto de aquellos sobre los que se ejerce un control más exhaustivo y se inicia un procedimiento de denegación de entrada con retorno (intesidad de control media o alta), como la de una relación de sujeción especial con la Administración fronteriza; prueba de ello es que el extranjero sujeto a las mismas se encuentra detenido y puede ser objeto de una medida de internamiento (art. 60.1 TIDYLE).

1.3.- La naturaleza del acto de autorización/denegación de entrada

La naturaleza del acto administrativo de autorización/denegación de entrada en España no es una cuestión pacífica entre la doctrina; es cuestión, por ende, que fluctúa en función del valor que la legislación, y en gran medida la jurisprudencia, atribuyan al visado y a la relación entre ambos, relación que además ha ido evolucionando bajo las distintas regulaciones de la inmigración, razón por la que en primer término se ofrecerá una perspectiva de, antes de intentar ofrecer una hipótesis de conceptuación. Pero sobre todo, la discusión de su naturaleza está íntimamente ligada a la determinación del grado de discrecionalidad atribuido a los agentes encargados del control migratorio en frontera.

1.3.1.- La autorización o denegación de entrada como acto administrativo

Como se ha dicho, la naturaleza de la autorización/denegación de entrada es una cuestión que en parte depende de la concreta configuración del sistema de control de entrada de cada país. No obstante, su carácter de acto administrativo parece fuera de toda duda, así como la calificación de tal actividad como autorizatoria. A partir de tal conceptuación debe distinguirse entre dos clases de actos de autorización/denegación de entrada: actos simples y actos complejos. Esta distinción permite, a diferencia de otras tesis que sostienen el carácter de la autorización de entrada como acto único de autorización, delimitar con mayor facilidad los límites de la discrecionalidad adminstrativa de los funcionarios fronterizos, que es el verdadero problema que subyace a la discusión sobre la naturaleza del control en frontera.

Que la autorización/denegación de entrada es un acto administrativo, no ofrece en la actualidad excesivas dificultades de demostración: como tal la conceptuan los arts. 25 y 26.2 TIDYLE.

Dispone de un procedimiento administrativo propio que termina con una declaración sobre la solicitud de entrada en España formulada por un ciudadano extranjero. Es un acto formalizado emitido por los agentes de policía en nombre y por delegación de la autoridad gubernativa competente (Subdelegado del Gobierno) en ejercicio de las atribuciones que sobre control de fronteras corresponden al Ministerio del Interior. Como acto administrativo formalizado con efectos potencialmente limitativos de intereses legítimos, o incluso de derechos subjetivos, la legislación actual prevé la posiblidad de recurrirlo en alzada. Como acto administrativo, se encuentra sujeto a control jurisdiccional por el orden Contencioso-administrativo.

Sin embargo, en el pasado la autorización de entrada había sido conceptuada de *acto político o de gobierno*. Como afirma AGUADO "los actos en materia de extranjería tales como visados, permisos de residencia y de trabajo, expulsiones y devoluciones, no cumplen los requisitos para ser considerados como actos políticos o de gobierno", puest tal acto no proviene del Ejecutivo central ni autonómico, tampoco se trata de actos de dirección política, entendida ésta como actividad de orientación e impulso relacional respecto a otros

órganos en los que influya directamente la posición del Ejecutiv[301]o. En realidad posiciones de este tipo han desplazado sus argumentos a favor de la consideración del mismo como un acto discrecional o configurado con las máximas dosis de discrecionalidad.

1.3.2.- La configuración del acto administrativo de autorización/denegación de entrada: actos simples y actos compuestos

Más que como un acto administrativo, desde la etapa franquista se ha considerado el proceso de entrada en España como un proceso complejo que requiere de un acto-presupuesto (visado) más un acto final (autorización o denegación de entrada): ya el art. 6 Decreto 522/1974 reconocía la necesidad de presentar visado en frontera para los nacionales de aquellos países a los que este documento, excepcional entonces, se exigía; y posteriormente, la LO 7/1985, consolidó tal visión, acogida por las STS de 30 de septiembre de 1992 y STS de 16 de julio de 1993. Esta lectura, partía de la consideración del visado como un simple acto de constatación de la idoneidad o ausencia de inconvenientes para que el extranjero se trasladara hasta el territorio nacional, para poner el acento en la control migratorio del puesto fronterizo y atribuir a la decisión de autorización o denegación de entrada la consideración de acto final determinante de la legalidad de la entrada.

Esta caracterización del acto administrativo de autorización/denegación de entrada debe ser revisada como mínimo por dos razones: primero, existen supuestos en los que el acto administrativo es un acto simple que no viene precedido de la obtención de un visado previo (permiso de residencia, estancias breves para nacionales de países exentos de la obligación de obtener visado); segundo, en los casos en que es preceptiva la obtención previa de visado -actos compuestos o complejos- el control de entrada no puede consistir en una repetición del examen realizado por la embajada en origen para la expedición del visado, dicho de otra manera, el examen en origen y en frontera recae sobre un objeto distinto y reviste una intensidad completamente diferente.

[301] GARRIDO CUENCA, N.: *El acto de gobierno*, Ed. Cedecs, Barcelona 1998.

1.3.2.1.- El control de entrada de los extranjeros exentos de la obligación de obtención previa de visado: control y acto únicos

La obtención de visado en el país de origen no siempre es preceptiva. En tales casos, el control migratorio en los puestos fronterizos (exteriores) es el único filtro de control que se aplica a un extranjero. No obstante, el nivel de control sobre el extranjero solicitante de entrada puede variar enormemente en función de su estatuto personal.

En primer lugar, cuando el solicitante sea un nacional o un ciudadano comunitario su entrada debe ser admitida tan pronto se verifique la nacionalidad y, en el caso de los ciudadanos comunitarios la ausencia de razones de orden público o prohibiciones de entrada en España anteriores que impidan su acceso al territorio español (normativa Real Decreto 178/2003), trámite este último que raras veces se efectúa.

En segundo lugar, los extranjeros extracomunitarios que dispongan de un título de residencia en España u otro Estado de la Unión-Schengen pueden también entrar sin necesidad de obtener un visado antes de presentarse en frontera, pues su condición de residentes y titulares del derecho a la libre circulación incluye la circulación transfronteriza y forma parte de las facultades que conlleva ese estatuto personal, tal y como reconocen expresamente los art. 18 y ss Convenio Schengen, y las recientes Directivas sobre Residentes de larga duración y familiares reagrupados de ciudadanos comunitarios, de las que ya la Instrucción Consular Común y el Manual Común de Fronteras se hacen eco.

En tercer lugar, los portadores de pasaportes diplomáticos, funcionarios de embajadas y consulados, así como todos aquellos que por su trabajo en Organizaciones Internacionales (ONU, Consejo de Europa, etc...) o cualesquiera asimilados por la legislación internacional (militares de bases de la OTAN, etc...), no están obligados a obtener un visado podrán presentarse en frontera y solicitar la entrada, sometidos por lo general a escasos controles más allá de su identificación y la comprobación de sus documentos.

A diferencia de estos tres grupos, existen dos colectivos como mínimo a los cuales tampoco se exige visado para solicitar la entrada, pero se someten a un control migratorio más serio e intenso. En estos supuestos la intensidad de control, al igual que en el caso de

los solicitantes de asilo, es mucho mayor, pudiendo abarcar el control casi todos los requisitos del art. 25.1 TIDYLE.

Por un lado, los nacionales de terceros Estados cuyo viaje o estancia sea inferior a tres meses en un período de seis, de conformidad con el Reglamento comunitario pueden entrar en un Estado- Schengen sin necesidad de obtener previamente visado, siempre que cumplan las condiciones establecidas en dicho Reglamento[302] y se sometan al control migratorio en los puestos fronterizos. Esta presunción *iuris tantum* genérica puede tener diversas motivaciones, la primera es que no se trata de un país emisor de flujos migratorios importantes hacia la Unión, o al menos de que la Unión no lo considera sospechoso en este sentido, de modo que no supone un peligro excesivo facilitar la circulación entre el territorio de la Unión y ese listado de países por breves períodos (es el caso de Canadá o más sorprendentemente de Bolívia, por ejemplo); no obstante, una lectura menos inocente de este régimen especial para determinados países pasaría por considerar que la inmigración irregular con visado turístico (*overstaying*) es reducida, presenta menos desventajas que la limitación de la libertad de circulación (turistas de EEUU) o constituye un riesgo perfectamente conocido y aceptado en razón de otras razones políticas, económicas o sociales (Rumanía, Hungría,etc.)[303]. Ello no quiere decir que los Estados de la Unión renuncien a controlar a los nacionales de estos Estados. Significa únicamente que los controles migratorios se concentran en los puestos fronterizos y que probablemente su intensidad se reforzará respecto de los nacionales del último de los grupos enunciados en el apartado anterior.

Por otro lado, los solicitantes de asilo en frontera aunque su examen no es de control migratorio, sí someten su solicitud de asilo a examen y en este sentido, son también objeto de un control mucho más intenso, no sólo de las razones de su entrada en España sino también y muy especialmente de las razones para huir de su país. En caso de serles denegada la solicitud de asilo, se aplicarán los criterios de régimen general de entrada en el territorio.

---

[302] Cuestión aparte se plantea en aquellos casos en que en España sigue vigente un Acuerdo de supresión de visado con un tercer Estado que figura en la "lista negra" del Reglamento Unión Europea.

[303] En la lista blanca existe un grupo de países, principalmente los más pobres, cuya aparición en la lista variará en función de las variaciones en la emigración de sus nacionales a la Unión o a alguno de sus Estados, como ha ocurrido con Ecuador en 2003.

Todos estos supuestos comparten un elemento común: las autorizaciones o denegaciones de entrada constituyen un acto administrativo único (o un procedimiento único). Como puede apreciarse, el nivel de control difiere completamente entre los distintos grupos de extranjeros; en los tres primeros supuestos los agentes de frontera se limitan a determinar la identidad y nacionalidad del extranjero y verificar la legalidad de la documentación, y como mucho a comprobar si existe una prohibición de entrada en España o razones de orden público que impidan la entrada de residentes en otros Estados Schengen. Sin embargo. en el cuarto supuesto, el nivel de control aumenta pues el extranjero se beneficia de la calificación genérica realizada por la Unión Europea de que los nacionales de su país de origen no están obligados a obtener visado para estancias breves en los Estados Schengen.

1.3.2.2.- El control de entrada de los extranjeros sujetos a la obtención previa de un visado: la autorización o denegación de entrada como acto administrativo compuesto cuyo objeto es limitado

Por regla general el cumplimiento de los requisitos de entrada en España se examina por primera vez en el país de origen del extranjero, en el marco del procedimiento de expedición de visado obligatorio. Fuera de los casos anteriores la sujeción del esto de extranjeros a la obtención previa de visado en las Embajadas o Consulados en el exterior, ha permitido ya un primer filtro de control en el que examinar el cumplimiento de los requisitos para la entrada establecidos en los arts. 25 y ss TIDYLE, lo cual predetermina el objeto y régimen jurídico del control en frontera de los elementos de la solicitud de entrada examinados anteriormente en las Embajadas de los países de origen.

La jurisprudencia (STS de 30 de septiembre de 1992 y STS de 16 de julio de 1993), ha sostenido la consideración de que el momento clave para el control migratorio es el de la entrada efectiva en España a través de los puestos fronterizos de entrada; esa jurisprudencia, asumida desde entonces, negaba efecto alguno sobre dicha actividad de control, sosteniendo su carácter de *acto-presupuesto* al que se negaba capacidad para reconocer un derecho

subjetivo a entrar, únicamente permitía al extranjero trasladarse hasta la frontera española para solicitar la entrada. No obstante, la doctrina del *acto-presupuesto* no se está aplicando correctamente en el caso del visado y el control de entrada posterior: un acto presupuesto no carece de efectos en el seno de un proceso, un acto-presupuesto vincula la resolución final o posterior, introduce la posibilidad de incurrir en interdicción de "venire contra factum propium", pues el visado a contado con el pronunciamiento favorable de los responsables de Exteriores, e incluso de otros Ministerios (Trabajo e Interior). Todas estas razones, que se alinean con la crítica por diversos autores de ese carácter de acto inocuo al visado[304], deben abundar en la consideración de que el visado debe desempeñar algún papel respecto a una posible decisión contraria en los puestos fronterizos.

Historicamente, la visión que aquí se critica tiene su base en la escasa intensidad del control en control migratorio en origen, pues no existían los medios de control actuales (SIS, tecnologías, Registro Central Extranejeros) ni la Administración Exterior era capaz de asegurar un control en profundidad de la solicitud del visado; además entre 1985 y 1993 el visado aún no se había generalizado, existiendo muchos países exentos dada la escasa entidad de los flujos migratorios y de tránsito, que con posterioridad aumentaría. La aplicación de esta interpretación en el contexto actual, en el que control en origen está perfectamente pautado (a diferencia del control en frontera) abona facultades excesivamente amplias de control migratorio en frontera.

En primer lugar, la configuración del visado como instrumento de control ha cambiado profundamente: el procedimiento de expedición del visado incluye una entrevista en origen, la posibilidad de exigir toda clase de documentación, posibilidad de obtener una declaración a la vista de la misma, la Administración Exterior se beneficia de la proximidad y el conocimiento de las costumbres (y trampas) en origen, dispone de información actualizada en relación a los nacionales de ese Estado, así como de una red de contactos y relaciones que facilitan la investigación de la solicitud, de modo que su pronunciamiento favorable mediante la expedición de una etiqueta de visado en el pasaporte, no es el resultado de un examen superficial sobre la idoneidad y cumplimiento de las condiciones de

[304] AGUADO CUDOLÀ, cit. *supra*.

entrada, y en todo caso, nadie se encuentra en mejores condiciones para emitir ese pronunciamiento, y menos un policía ubicado en su puesto de control fronterizo, que no podrá desplegar una actividad investigadora equiparable a la de las Embajadas. Es más, la decisión favorable a la expedición del visado, dependiendo del tipo de visado que fuera, puede haber implicado a responsables de diversos Ministerios actuando conjuntamente (Asuntos Exteriores, Interior e incluso Trabajo).

En este sentido, el segundo argumento es precisamente que las fronteras no son el lugar adecuado para proceder a un examen profundizado y serio del objeto ni del cumplimiento de las condiciones de entrada, que ya fueron examinados anteriormente para expedir el visado, pues en frontera faltan los medios y el tiempo necesarios para investigar adecuadamente al extranjero y adoptar una sólida y razonada decisión. Si se parte de la consideración de que no existe fundamento legal para defender que el control en frontera deba superponerse al control en origen para la expedición del visado, pues ni tal posibilidad está expresamente prevista en la Ley ni en Schengen (ICC, Manual Control frontera), y en cambio se opta por interpretar el control en frontera como un control complementario del realizado para la expedición del visado, es posible acercarse a una interpretación más lógica y coherente del control fronterizo, y por supuesto más respetuosa de los derechos del extranjero.

A partir de este planteamiento, si se interpreta el art. 25.1 TIDYLE de conformidad con los principios y la normativa del Derecho Administrativo respecto de los extranjeros que han obtenido un visado con anterioridad a su presentación en frontera para el control migratorio, debe entenderse el término "podrán" limitado por la decisión previa de expedición del visado, que reconduce y limita la discrecionalidad de los funcionarios en frontera a los concretos ámbitos no cubiertos por la actividad administratativa en origen.

En consecuencia, la interpretación del control en frontera como un acto completamente discrecional no sujeto a limites entra en conflicto con la interdicción de "venire contra factum propium". En su aplicación a los actos de la Administración el principio *venire contra factum propium non valet* supone, en palabras de SÁNCHEZ

MORÓN[305] "que no es lícito que un sujeto de Derecho adopte unilateralmente decisiones que ha mantenido con anterioridad en sus relaciones con otro y con la que ha generado una situación jurídica de algún modo favorable a éste" pues "se trata de una exigencia de coherencia en el comportamiento, esto es, en las relaciones jurídicas, que enlaza directamente con el principio de buena fe y el de confianza legítima".

En aplicación de los requisitos enunciados por este autor al control en frontera, resulta que, efectivamente, se trata de una conducta susceptible de producir efectos jurídicos en relación con el sujeto que exige la actuación administrativa de conformidad a lo establecido en el visado[306], el visado es un acto o conducta es concreto y revelador a las claras de la voluntad del sujeto que lo adopta,.el visado es un acto voluntario de la Administración[307]. Por otro lado, el acto de la Adminstración considerado como propio debe vincular a la Administración, sin perjuicio de que sea distinta la persona o personas jurídicas que adoptaron las conductas previas y las posteriores contradictorias.

Este último requisito para la aplicación de la mencionada doctrina es el más problemático. En el caso del control en frontera cabe plantearse si el visado produce ese efecto vinculante respecto de un órgano policial con compentencia que puede considerarse funcionalmente distinta[308]. No es, según SÁNCHEZ MORÓN "acto propio" vinculante el que ha sido adoptado con una finalidad distinta y en el marco de relaciones jurídicas meterialmente diferentes del que se considera infractor de la regla; por eso, en opinión de este autor la actuación de determinados órganos, sectores, áreas o departamentos

---

[305] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: "Venire contra factum propium non valet», *Documentación Administrativa*, nº 263-264 (mayo-diciembre 2002), págs. 223-246.

[306] Esta es una conducta susceptible de producir efectos jurídicos en relación con el sujeto que exige el respeto de los actos propios, por tanto deben ser actos o comportamientos capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas: por consiguiente, este autor no considera como tales "los actos de trámite, salvo que revelen una manifestación de voluntad definitiva (lo que puede ocurrir) generando confianza en el mantenimiento de una situación" pero sí lo serían "casos concretos en que la certifación es reveladora de una conducta o posicionamiento de la Adminstración contradicho posteriormente" (STS de 20 de febrero de 1992). Añade que debe tratarse, por lo general, de actos definitivos, aunque cabrían excepciones

[307] No se trata de un acto impuesto o forzado, en el sentido de actuaciones realizadas en virtud de un vicio de la voluntad: error, dolo, fraude o maquinaciones insidiosas.

[308] SÁNCHEZ MORÓN: *cit supra,* "lo que de esta doctrina se deduce es que no es "acto propio" vinculante el que ha sido adoptado con una finalidad distinta y en el marco de relaciones jurídicas materialmente diferentes del que se considera infractor de la regla. Por eso la actuación de determinados órganos ,sectores, áreas o departamentos administrativos no vincula a otros. La unicidad de la personalidad jurídica administrativa tiene sus límites, pues es contrario a la realidad (y a la capacidad de la Administración) exigir siempre un comportamiento coherente de los distintos departamentos entre sí, lo que implicaría una comunicación constante que no existe ni es fácil de organizar. Aquí constatamos uno de esos límites. No se puede presumir jurídicamente una coordinación tan perfecta de la Administración que imponga la vinculación de unos servicios por la acción de otros.

administrativos no vincula a otros, en una suerte de límite lógico-práctico a la unicidad de la personalidad jurídica jurídica administrativa. En este sentido parece lógico que no se pueda invocar como acto propio el de otra Administración que ejerce competencias concurrentes sobre el mismo objeto. No es esta la situación del visado, acto emitido por la Administración central del Estado, y por un órgano administrativo subordinado funcionalmente a varios ministerios, pero destacadamente al Ministerio del Interior, que es el Ministerio responsable de la denegación de entrada. Lo mínimo que se puede exigir en un sistema descentralizado sometido al principio de cooperación, es decir que emplea técnicas de federalismo cooperativo, es precisamente que los actos de órganos compuestos, como son las Oficinas sectoriales en las Embajadas, actúen coordinadamente con los diversos Ministerios y que sus actos sean vinculantes para los mismos.

Finalmente, debe exigirse para la aplicación de esta doctrina que la actuación administrativa sea contraria al sentido objetivo de otra conducta anterior incompatible con ella, que perjudique efectivamente al que con buena fe y confiando en la seguridad jurídica esperaba una actuación coherente con la anterior[309]. Evidentemente, una denegación de entrada por incumplimiento de los elementos examinados por la Embajada y declarados cumplidos, es una contradicción. Cuestión distinta es que existan determinados requisitos no revisados por la Embajada que sólo corresponda analizar en frontera, y que algunos de los requisitos que en origen se cumplían, se revelen sobrevenidamente incumplidos, pero en tal caso, la denegación motivada en base a tales elementos sobrevenidos no es contradictoria con el acto anterior ni atenta a la buena fe o la confianza legítima.

[309] En este sentido, debe exigirse que "la conducta contradictoria con los actos propios para que se considere contraria al ordenamiento, debe carecer de una justificación suficiente, a la luz no ya del principio de legalidad sino del de buena fe. Frente a ella, cabe justificar la lícita contradicción respecto de conductas anteriores con base en un cambio de las circunstancias objetivas o en la válida adopción de nuevos criterios de actuación administrativa, y en tal caso deberá ser expresamente motivado el apartamiento del acto propio anterior, tal y como se deduce del art. 54.1.c) LRJAPyPAC. Si tal justificación es insuficiente o inmotivada será susceptible de anulación total o parcial por vulnerar el principio de buena fe o confianza legítima (GÓNZALEZ PÉREZ, Jesús: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo,* Ed. Civitas, Madrid 1999 *y* CASTILLO BLACO, Federico: *La protección de confianza en el Derecho Administrativo,* Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1998). Como bien señala este autor este principio oscila entre la idea de primacía absoluta de la legalidad y de la plena vinculación a ella de la Administración, por un lado, y la utilización de aquellos otros principios, como el de buena fe (o confianza legítima) y de seguridad jurídica, como elementos de flexibilidad en la aplicación de la legalidad estricta, cuando puede llevar a resultados injustos o inicuos. Conforme a la jurisprudencia (STS de 15 de marzo de 1999, 2 de octubre de 2000, 5 de junio de 2001, STS de 26 de febrero de 2001), no cabe oponer actos propios a legalidad, es decir, que ese principio sólo es aplicable en el ámbito de las actuaciones no regladas, sino puramente discrecionales.

Por último, no cabe sino señalar que la discusión en frontera de algo que ya se demostró y se consideraba acreditado, puede situar al extranjero en una situación de casi indefensión, dadas las limitaciones probatorias y de tiempo de que el extranjero dispone, llegando a plantearse la defensa del extranjero en estos casos ante una absoluta desigualdad de armas procedimientales. De hecho, la solicitud de documentos acrediten objeto de entrada es un cajón desastre que puede esconder usos administrativos arbitrarios. Un acto administrativo favorable a la autorización como es el visado constituye una suerte presunción *iuris tantum* de cumplimiento de las condiciones de entrada; la revisión de tales condiciones en frontera sólo puede ser superficial y de actualización. El control en frontera con visado previo debe obedecer a una finalidad y objeto distintos: la verificación de la identidad real del extranjero y la de esa identidad con la documentación aportada, con el fin de detectar documentos robados o falsificados, así como la disposición real de medios económicos propios, así como la verificación del cumplimiento de los requisitos sanitarios.

Todas estas razones obligan a considerar que la legislación vigente no ampara un doble control sobre el mismo objeto, sino que ambos actos administrativos se proyectan sobre ámbitos diferentes en el marco de un procedimiento complejo. El ámbito propio del visado como instrumento principal de control de los extranjeros en origen, es el analizado en el *Aptdo 3* sobre requisitos y criterios de concesión del visado; el control de entrada, en tal caso, debe quedar reducido a las funciones de comprobación de la ausencia de circunstancias sobrevenidas que invaliden la certificación administrativa anterior y de examen de aquellos requisitos no analizados en origen y que por consiguiente no forman parte del contenido de la certificación que supone el visado. Sólo respecto de estos últimos cabe hablar de cierta discrecionalidad administrativa, en tanto que su examen se produce por vez primera.

Respecto a los requisitos de entrada examinados en origen para la expedición del visado, tales como la documentación acreditativa del objeto del viaje (carta de invitación, etc...) o la disposición de un seguro de viaje, el control fronterizo no debería reexaminarlos,

pues consta certificación de la Embajada de que tales requisitos han sido cumplidos; respecto de tales requisitos el control en frontera debería limitarse a comprobar si existen razones obstativas que sobrevenidamente invaliden la declaración certificada del cumplimiento de esos requisitos que es el visado. Esas razones obstativas sobrevenidas, excepcionales por otro lado[310], podrían ser la inscripción de una prohibición de entrada posterior a la expedición del visado, la disolución del matrimonio o la mayoría de edad en visados de reagrupación familiar, etc.. La intensidad de control en frontera respecto de estos requisitos debe ser inferior a la de los requisitos de entrada no examinados en la Embajada. Lo mismo sirve para los documentos cuya autoenticidad y validez deben verificarse (pasaporte, documentos de viaje)

Respecto del cumplimiento de los requisitos no analizados en origen y que por consiguiente no forman parte del contenido de la certificación que supone el visado, el control en frontera goza de un margen mayor de apreciación. La intensidad de control será, por tanto mayor respecto de tales requisitos de entrada (salud, billete de vuelta en su caso,)

El examen de la disposición de medios económicos de subsistencia se encuentra a medio camino de ambos niveles de control: la disposición de medios económicos es un extremo documentado ante la Embajada o Consulado. En este sentido debe distinguirse entre la acreditación de medios de subsistencia en forma de dinero líquido (o disponible en una cuenta corriente) y cualesquiera otras fórmulas acreditativas (seguros de viaje, depósitos a plazo, cartas de invitación en las que el invitante se compromete a mantener y hacerse cargo del extranjero, etc..); sólo respecto de las primeras fórmulas de acreditación cabría admitir la comprobación en frontera de la capacidad económica acreditada anteriormente, por el carácter volátil del dinero líquido y en evitación de préstamos fraudulentos, sin perjuicio de que Embajadas y Consulados aplicaran políticas que aumenten la seguridad jurídica (depósitos-fianza en bancos, por ejempo).

En definitiva, sin unos límites claros las posibilidades de un control en frontera se revelan excesivamente invasores de la intimidad, sin que existan otros contrapesos.

[310] Sólo excepcionalmente existirán inscripciones o razones obstativas sobrevenidas pues en la actualidad los visados o se usan en el plazo de 1 mes o caducan.

1.4.- Objeto del control migratorio en los puestos fronterizos: el cumplimiento de los requisitos de entrada del art. 25 y ss TIDYLE

En este apartado, de exposición necesaria para poder abordar otras cuestiones relacionadas con el control migratorio en el estadio de entrada, se analizarán los requisitos de entrada por sus efectos sobre el control migratorio y las medidas de alejamiento sin pretensión de exahustividad pues sobre cada una de las causas de denegación de entrada existe literatura abundante en los comentarios y manuales de extranjería.

Si se parte de lo expuesto con anterioridad en relación al visado tal y como ha sido conceptuado por AGUADO CUDOLÀ[311] en tanto que acto administrativo instrumental de la autorización/denegación de entrada en los controles fronterizos. Visado y autorización de entrada están interrelacionados porque, para los extranjeros a los que es exigible, es una condición indispensable para la entrada pero no suficiente, en el sentido de que sin él no será posible la autorización de entrada, pero su presentación tampoco comportará automáticamente la entrada.

En realidad la obtención y exhibición en frontera del visado es una condicion *sine qua non* para la entrada, pero no la única, pues en frontera se revisará el cumplimiento de otros requisitos. Ahora bien, tal y como señala AGUADO[312], ello no significa que la presentación del visado no deba despliegar determinados efectos sobre el control de entrada, entre los cuales este autor recomienda "configurar la autorización de entrada como un acto eminentemente reglado, si bien no se elimina totalmente el ámbito de apreciación o de discrecionalidad en la autorización de entrada, este ámbito queda limitado por la concesión de aquél documento", limitándose el funcionario a "comprobar la verosimilitud del motivo de entrada invocado, tal y como establece el art. 23.1 del RELODYLE. Será decisión

[311] AGUADO CUDOLÀ, Vicenç: "Libertades de circulación....", *cit supra*, afirma que el visado "es un acto administrativo que tiene un carácter instrumental o complementario de la autorización de entrada al mismo tiempoque delimita el margen de decisión en el control fronterizo", para añadir que "constituye un requisito necesario pero no suficiente para poder entrar en territorio español. El visado tiene un carácter meramente instrumental o complementario, no basta por sí solo, sino que depende de la autorización de entrada que se da en fronteras."

[312] AGUADO CUDOLÀ, Vicenç: "Libertades de circulación....", *cit supra*, "El control fronterizo de entrada debe tener en cuenta la decisión previa acordada en el visado de forma que queda delimitado o acotado su margen de actuación, es decir se reduce el alcance de la discrecionalidad administrativa. De otra forma, se produciría una duplicación de controles administrativos de difícil justificación."

discrecional suya el solicitar o no la presentación de documentos que permitan dicha comprobación y que se relacionan en el art. 23.2 del RELODYLE. En cualquier caso la denegación de entrada no podrá basarse en meras sospechas, conjeturas o juicios de valor, sino en razones justificadas que hayan quedado debidamente probadas en el expediente administrativo. La vinculación que para el funcionario implica la concesión de visado no excluye que pueda procederse a su anulación o revocación en determinados casos reglados. De acuerdo con la Decisión del Comité Ejecutivo de 14 de diciembre de 1993 (Acervo Schengen) la anulación del visado se realiza en la frontera por parte de los agentes de control fronterizo cuando el visado ha sido expedido por error ya que el extranjero estaba descrito como no admisible. La revocación, según esta normativa, se llevará a cabo cuando al efectuar un control el extranjero no cumple o ha dejado de cumplir una o varias de las condiciones fijadas en el art. 5 del Convenio de Schengen.". Su planteamiento excluye del examen por el funcionario la adecuación a los fines del art. 27.3 TIDYLE la entrada en España.

1.4.1.- Verificación de la identidad alegada mediante la aportación de documentos identificativos y títulos de viaje auténticos

Al ser el extranjero el que solicita la entrada a la Administración, debe ser él quien aporte la información y documentación necesaria para que dicha entrada le sea autorizada[313]. La presentación de la documentación identificativa es un requisito *sine qua non* para la admisión en el país, al igual que el visado en los casos en que este es exigido. La más clara expresión de que este primer elemento de control es esencial se puede boservar en cualquier puestos fronterizos de puertos, aeropuertos y nudos ferroviarios, donde se produce una separación física entre las colas entre ciudadanos comunitarios y no comunitarios. Esta separación permite un nivel de control mínimo en las colas de ciudadanos comunitarios, pues respecto de ellos basta la comprobación de que la identidad del documento

[313] Y no un supuesto "principio de facilidad" por la sencillez para él de aportar la documentación relativa a su identidad, nacionalidad y demás requisitos de entrada, tal y como afirmaba la STJM 1554/2002 de 29 de noviembre.

identificativo (pasaporte, documento nacional de identidad) se corresponde con la del solicitante de entrada, y que sus documentos son auténticos y válidos, para franquearles la entrada sin mayores comprobaciones.

En el control de los ciudadanos extracomunitarios, la identidad y los documentos son la primera, pero no la única de las comprobaciones a realizar en el control fronterizo[314].

1.4.2.- Autenticidad y validez de los documentos de viaje

El segundo requisito para poder efectuar la entrada en territorio nacional, además de la aportación de una identidad contrastable, es la aportación de un título o documento de viaje válido[315], si bien para los ciudadanos beneficiarios de la libre circulación comunitaria tal condición se suaviza y basta que ofrezcan elementos suficientes de convicción de su condición de beneficiarios de la libre circulación comunitaria, especialmente los familiares de ciudadanos comunitarios (*STJCE MRAX* v. *Francia*[316]).

El resto de extranjeros que no se benefician de las libertades comunitarias deben, salvo futuras opiniones en sentido contrario del TJCE, acreditar correctamente su nacionalidad y aportar todos los documentos de viaje requeridos por el art. 25.1 TIDYLE y la normativa específica que les sea aplicable en función de la duración de su estancia, los motivos del viaje y su nacionalidad.

La presentación de documentos falsos, sean estos identificativos, títulos de viaje o tránsito[317] o documentos acreditativos de los motivos del viaje (carta de invitación falsa[318]),

---

[314] La STSJ Murcia de 3 mayo 2002 califica la identificación del extranjero de requisito indispensable para la entrada en el territorio nacional; en un sentido parecido la STSJM 1077/2002 de 23 julio.

[315] Por ejemplo, en la STSJM 1037/2002 de 30 julio el permiso de residencia de país de destino se reveló falso

[316] La *STJCE MRAX v. Bélgica* de 25 de julio de 2002 aborda la denegación de entrada a familiares de ciudadanos comunitarios emitida en frontera. El Tribunal interpreta la normativa comunitaria (Directiva 68/360, Directiva 73/148 y Reglamento 2317/95) a la luz del principio de proporcionalidad, para concluir que un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intenta entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge puede probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y no concurren circunstancias que permitan demostrar que ese extranjero representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los artículos 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148.

[317] En la STSJM 1037/2002 de 30 julio se admitió la corrección de la denegación de entrada la un ciudadano extranjero procedente de tercer Estado y en tránsito a un país Schengen porque el permiso de residencia del país al que se dirigía ere falso. Schengen (STJM 728/2002 de 24 junio),

tiene por efecto la inversión de la carga de la prueba de la licitud de la entrada y por consiguente la denegación de entrada[319]. El problema surge en estos casos cuando la falsedad documental no es objeto de prueba en el procedimiento, de modo que, como ocurrió en la STJMadrid 1707/2002 de 20 diciembre, la duda sobre la autenticidad de los documentos aportados provoca la descalificación de tales documentos como base para acreditar el objeto y las condiciones de estancia en España, dejando en una situación de indefensión al extranjero en frontera sin posibilidad de acreditar con otros documentos el motivo del viaje, lo cual condujo a la denegación de su solicitud de entrada.

Cuando la falsedad no es predicable de documentos sino de las propias alegaciones o de la información ofrecida a los funcionarios, el resultado suele ser el mismo[320], el problema se plantea cuando tales falsedades no son palmarias sino que se trata más bien de dudas o inexactitudes acerca del invitante o se muestra desconocimiento de los principales lugares de interés turístico (STSJM1107/2002 de 30 julio).

Evidentemente, la denegación de entrada en los supuestos en los que la documentación presentada otorga un derecho legal de entrada ha sido defendida por la jurisprudencia, declarando improcedente la denegación de entrada, por ejemplo en la STJM 307/2003 de 20 marzo, donde el actor disponía de un permiso de trabajo que lo faculta para desarrollar una actividad laboral en España[321], o por ejemplo, la STJM 1805/2001 de 15 de noviembre en la que extranjero acreditaba la titularidad de un permiso de estudiante.

1.4.3.- La inscripción en la lista de no admitidos de Schengen

---

[318] STJM 845/2002, 29 junio. Igualmente en la STJMadrid 1716/2002 de 20 diciembre, donde la invitación resultó contradicha en sus propios términos por el supuesto emisor de la misma, careciendo el extranjero de otros documentos que justificaran el objeto y condiciones de estancia en España.

[319] STJM 1554/2002 de 29 de noviembre.

[320] STJM 1625/2001, de 23 octubre. Las declaraciones falsas pueden referirse a la fecha de solicitud del permiso de trabajo y residencia (STSJM 950/2002 de 9 julio) o, frecuentemente, al motivo turístico del viaje así como a visitas a amigos inexistentes (STSJMadrid 909/2002 de 11 de julio) o a la identidad. de la invitante o a la existencia de familia en España (STSJM 1042/2002 de 30 julio).

[321] En el mismo sentido, la STJM 324/2003 de 20 marzo acogió el recurso del actor extranjero que disfrutaba por resolución firme no recurrida en plazo, de un permiso de residencia y trabajo que el Tribunal consideró "documento válido para entrar en España" que obligaba a autorizar su entrada; también la STSJ 323/2003 de 20 marzo consideró innecesaria y por tanto improcedente la exigencia de visado cuando el actor disponía de autorización de residencia y permiso de trabajo.

La inscripción en la lista de no admitidos del SIS es motivo suficiente para la denegación de entrada en virtud del art. 5 Schengen y 25 TIDYLE, tal y como ocurrió en la STJM 861/2002 de 3 julio[322]. Igualmente, y aunque no lo establece expresamente la legislación, la solicitud de asilo se considera presentada en fraude de ley cuando el solicitante se encuentra inscrito en lista de no admisibles de Schengen (STAN 15 octubre 2002).

1.4.4.- La suficiencia de medios económicos o de "medios adecuados de subsistencia"

Carecer de medios económicos de vida es una razón recurrente para denegar la entrada, muchas veces en combinación con otras razones[323]. No obstante, la denegación de entrada por esta razón ha generado múltiples problemas, principalmente relacionados con la prueba de la suficiencia de tales medios y la rigídez con que se exigen cuando concurren circunstancias como la reserva de hospedaje, la disposición de alojamiento gratuito por nacionales o residentes, etc...

Algunos autores han valorado positivamente el reconocimiento de cierto grado de discrecionalidad a los funcionarios fronterizos en la valoración de los requisitos de entrada[324], ya que concede a los funcionarios de frontera la facultad de reducir el período de estancia si los medios económicos aportados son insuficientes para la estancia por el período completo autorizado en el visado, lo cual ofrece una alternativa a la denegación de entrada. No se puede más que estar de acuerdo con esta interpretación, siempre que la facultad de reducción del período de estancia se aplique en casos reales de insuficiencia de medios, pero no como sustitutivo de una simple autorización de entrada cuando concurran circunstancias que justifiquen una disposición de medios establecida en las Instrucciones administrativas, tal y como exige el respeto al principio de proporcionalidad que preside la actuación de la policía de fronteras (*Aptado 1.2.2, Parte II, Manual Común de Fronteras*)

---

[322] En otros casos, tal inscripción sirve de motivo adicional de la denegación entrada, en la STSJM 1093/2002 de 23 julio, junto a la ausenica de medios económicos de vida.

[323] Por ejemplo, en la STSJM 1093/2002 de 23 julio, la prohibición de entrada constituía base suficiente para denegar la entrada pero la ausencia de medios económicos es también recogida como motivo de denegación, al igual que en la STJMadrid 1533/20002 de 25 noviembre donde se combian una acreditación injustificada del objeto del viaje a España sin garantías de retorno e insuficiencia de medios económicos.

[324] AGUADO, cit. *supra*.

No hay que olvidar, por otro lado, que la fijación de los concretos requisitos económicos exigidos a los extranjeros para la entrada en el territorio varían en cada Estado Schengen, hasta el punto de que el propio Manual de Fronteras recoge un listado de las diferentes cantidades mínimas exigidas por los Estados para la entrada de nacionales en su territorio, y de las fórmulas utilizadas en cada país para flexibilizar tal exigencia ante circunstancias como las descritas anteriormente (*Anexo 10 Manual Fronteras, Anexo 7 Instrucción Consular Común*). Ese listado muestra una diversidad de criterios que el funcionario fronterizo deberá conocer, e incluso aplicar cuando el extranjero se dirija al territorio de otro Estado a través de las fronteras del Estado examinador de la solicitud de entrada, que dificulta sobremanera el control migratorio, así como la motivación de la posible denegación de entrada.

1.4.5.- Acreditación del retorno al país de origen

Otra de las condiciones para obtener la autorización de entrada es la disposición de medios de regreso al país de origen, acreditada generalmente mediante un billete de vuelta al país de origen cuando se trate de vuelos o trayectos en barco, o algún tipo de garanías de retorno (STJMadrid 1533/20002 de 25 noviembre).

1.4.6.- La justificación del objeto del viaje.

La justificación del objeto del viaje es uno de los requisitos más controvertidos de la regulación actual. Exigida por el art. 5.c) Schengen[325] y el Apartado 2, Parte I del Manual Común de Fronteras, y reconocida en el art. 25.1 TIDYLE y 23 REDYLE, la justificación del objeto del viaje ya ha sido una condición examinada en el procedimiento de expedición del visado ante el Consulado o Embajada, y en todo caso, que, sin embargo, no puede exigirse de forma indiscriminada a todos los extranjeros que se presenten en frontera solicitando la entrada en el territorio.

[325] La falta de justificación de la causa de entrada en España da lugar a denegación de entrada en aplicación del Convenio de Schengen (STSJMadrid 728/2002 de 24 junio o STSJM 842/2002 de 19 junio).

La Administración no admite la mera declaración verbal del objeto de viaje y exige las más de las veces una justificación documental del objeto y las condiciones de estancia en España, requerimiento suplementario aceptado por los Tribunales sin haber profundizado en las consecuencias de tal exigencia[326]. La admisión jurisprudencial de que la exigencia de justificación del motivo del viaje debe acreditarse mediante "documentos justificativos del objeto y las condiciones de la estancia prevista" (STJM 322/2003 de 20 marzo) no puede sostenerse sin introducir algunos matices a la misma, lo contrario sería dejar en manos de la Administración un grado de discrecionalidad excesivo. El primer matiz es negar la extensión de tal requisito a todos los extranjeros en cualquier circunstancia; si ya para los beneficiarios del Derecho Comunitario ello no es cierto, tampoco lo es para todos los extranjeros extracomunitarios, pues como acertadamente ha señalado AGUADO, ese requerimiento es únicamente exigible a los ciudadanos extracomunitarios que pretendan entrar con fines de "estancia" para períodos inferiores a tres meses (art. 25.1 TIDYLE).

El segundo matiz derivaría de la tesis aquí sostenida de que la exigencia de acreditación de los motivos del viaje no puede presentar la misma intensidad en aquellos casos en que el extranjero presenta un visado de corta duración (generalmente un *visado uniforme*[327])que en los supuestos en los que el extranjero no está obligado a obtener un visado en origen. En el primer caso, la intensidad del control debería ser menor y limitarse a constatar que los motivos de viaje aducidos (turismo, visita, trabajo, etc...) coincide con las causas de expedición de un visado del tipo que el extranjero ostente (generalmente, tipo C) y que no incurre en contradicción alguna; se trataría de un control superficial o de mínima intensidad sobre uno de los requisitos ya examinados en la Embajada y de los que el visado es certificado acreditativo. Por el contrario, en los supuestos de solicitud de entrada sin presentación de visado, la ausencia de un control previo puede justificar un examen más detenido no sólo de los motivos aducidos para el viaje sino también de la exigencia de algún documento indicativo de tal intención.

---

[326] STSJMadrid 1489/2002, de 21 de noviembre; STSJM 1519/2002 de 22 de noviembre; STJM 1520/2002 de 22 noviembre; STSJM 1540/2002 de 28 nov; STSJM 1541/2002 de 28 nov; STSJM de 4 diciembre de 2003 rec 1307 y rec 1308; STSJM de 20 noviembre de 2003, STSJM de 8 enero de 2003; STSJM de 22 de enero de 2003, STSJM de 29 de enero de 2003 rec. 89 y rec. 95 y rec. 98

[327] Visado en el que figuran expresamente, el ámbito territorial de validez (España, Estados Schengen, diversos países), la duración del mismo, la fecha de expedición, validez y y caducidad del visado, el tipo de visado (B, C, etc..) según establece el *Manual Común de Fronteras* y la *Instrucción Consular Común.*

En este segundo tipo de casos, la ausencia de documentación acreditativa de los motivos del viaje no puede constituir por sí sola motivo de denegación de entrada, pues deberá ir acompañada de una mínima actividad investigadora y probatoria por parte de los funcionarios de frontera de la existencia de motivos para dudar razonablemente de las alegaciones del extranjero, de cara a su posterior inclusión en la motivación de la denegación de entrada. Tal actividad puede incluso limitarse a cosntatar o poner de relieve as contradicciones en las alegaciones del extrajero; o bien la aportación de indicios o elementos de prueba (teléfono, direcciones, contactos) que se revelen contrarios a sus alegaciones; o simplemente la pasividad en la defensa de los motivos de su viaje, traducida en la absoluta falta de alegaciones o la renuncia a aportar indicios o testimonios en favor de la veracidad de sus motivos de viaje, etc..

Elementos de valoración para los viajes motivados por razones turísticas. Las alegaciones de viajes con finalidades turísticas generalmente se analizan por la jurisprudencia desde la exigencia al extranjero de la presentación de indicios de tal finalidad. La jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, considera conjuntamente tres indicadores cuya concurrencia indica la falta de finalidad turística de un solicitante de entrada extranjero: la inexistencia de reserva hotelera, el total desconocimiento de los lugares turísticos a visitar y la ausencia de viaje programado; la conclusión por los Tribunales de que la finalidad del viaje no era el turismo conduce a la declaración de la legalidad del acto administrativo de denegación de entrada (STJM 226/2003 de 4 de marzo, STSJM 259/2003 de 7 de marzo, STSJM 260/2003 de 7 marzo, 254/2003 de 7 de marzo, STSJM 1014/2002 de 18 julio)

La jurisprudencia insiste en que estos tres indicios se consideren conjuntamente por la Administración, que no suele decidir únicamente sobre la base de uno de ellos tomado aisladamente, aunque sí ha adoptado decisiones de denegación de entrada sobre la base de dos de estos indicios, así entre otras[328], la STSJM 218/2003, de 4 marzo concluyó la falsedad del motivo turístico a partir de la ausencia de reserva hotelera y del total desconocimiento por el extranjero de los lugares turísticos a visitar; del mismo modo ha

[328] El total desconocimiento de los lugares turísticos a visitar y carencia de viaje programado ha permitido concluir la ausencia de objetivo turístico del viaje en lasSSTSJM 1019/2002 de 18 julio, la STSJM 1065/2002 de 22 julio, o la STSJM 1195/2002 de 13 septiembre.

rechazado recursos de extranjeros frente a decisiones administrativas que empleaban uno solo de esos indicios en combinación con otros indicios de la intencionalidad migratoria del viaje, como ocurrió en la STSJM1107/2002 de 30 julio donde admitió la denegación de entrada de un extranjero que desconocía completamente lugares de interés turístico e incurría en inexactitudes acerca de su invitante. En ocasiones, el empleo de tales indicios para denegar la entrada no disipa completamente la duda de si la verdadera intención del viaje no era realmente turística, como en la STSJM 1111/2002 de 30 julio, donde el extranjero sostenía la finalidad turística del viaje a pesar de carecer de reserva hotelera o de billetes para los traslados posteriores por España.

En los casos en que el extranjero alega como fin del viaje la visita de allegados o familiares, la jurisprudencia ha admitido la denegación de la entrada cuando en el procedimiento en frontera no se demuestra la existencia de amigos, familiares o conocidos en España (STSJMadrid 942/2002, 8 julio).

1.4.6.- Otros ámbitos de la investigación, en especial la consulta de ficheros de datos sobre extranjeros distintos al SIS

Un mandato establecido en la normativa sobre protección de datos introducidos en el SIS) es el de no cruzar ficheros informáticos, mandato que empieza a ser cuestionado por normativa comunitaria reciente. No obstante, la normativa sobre protección de la intimidad frente a la utilización de ficheros automatizados de datos personales, no impide que en un mismo puesto de control fronterizo se examinen las diversas bases de datos existentes para obtener la máxima información del extranjero solicitante de entrada, siempre y cuando tal búsqueda de información no opere interconectando o cruzando las distintas bases de datos. Sin embargo, la tecnología actual permite consultar distintas bases de datos desde la misma terminal situada en frontera, y tal es el mandato del *Apartado. 1.3.2.4, Parte II del Manual Común de Fronteras* cuando incluye dentro del control minucioso obligatorio respecto de la generalidad de extranjeros "la consulta directa de los datos relativos a las personas y a los objetos en el Sistema de Información de Schengen *y en los ficheros nacionales*".

El mandato del Manual incluye de forma genérica los ficheros nacionales, lo cual excluiría en principio y paradójicamente los ficheros de Europol y Eurodac, pero más allá, abandona al Derecho nacional (o incluso a la práctica administrativa) la posibilidad de consultar otros ficheros informáticos, sin ninguna otra especificación sobre la finalidad de tal consulta o de los límites a la misma. Esta remisión en blanco en el ámbito de la consulta de ficheros informáticos plantea serios problemas desde la perspectiva del derecho a la intimidad y los principios de protección de datos establecidos en el Convenio 108/*1981 de 28 de enero del Consejo de Europa*[329], y obviamente sería inadmisible si tal previsión se encontrara regulada en el Derecho Nacional. Es más, al constituir tal disposición un desarrollo en forma de Instrucción de una disposición comunitaria superior, el Convenio de Schengen, que no ampara un mandato que amplíe la facultad de consulta de datos, sin determinación de la finalidad ni los límites a la misma, debe concluirse que no goza de cobertura en dicho Convenio, que además se sometía expresamente a los estándares de protección de la Resolución del Consejo de Europa. Así, puede concluirse la violación del principio de jerarquía normativa en el sistema comunitario.

La ausencia de regulación alguna de la consulta de ficheros nacionales en el momento de entrada del extranjero, consulta prevista para la generalidad de los extranjeros, sin más límites ni especificación de su finalidad, puede permitir consultas completamente desligadas de la finalidad del control migratorio. Así, nada impide la consulta de antecedentes policiales o penales en aras de la protección de la seguridad ciudadana, el Registro Central de Extranjeros o incluso el mismo padrón municipal para detectar la posible residencia irregular precedente. Obviamente, un control policial de esta entidad no puede considerarse minucioso a la vez que ordinario y generalizar su aplicación a todos los ciudadanos extracomunitarios con independencia del estatuto que acrediten en el momento de entrada, y en cualquier caso, de la existencia de razones para sospechar la comisión de un delito o infracción.

[329] BOE nº 274, de 15 de noviembre de 1985

1.5.- La clasificación de los niveles de control migratorio en frontera en función del estatuto personal

En función del estatuto personal del extranjero y de su título de entrada y permanencia en España (tarjeta comunitaria, permiso de residencia, visado de estancia distinto al turístico, visado turístico, ausencia de visado para visitas breves) los niveles de control a los que deberá someterse variarán considerablemente.

El nivel minucioso de control establecido en el *Aptado. 1.3.2, Parte II, Manual Común de Fronteras*, de forma general para todos los extranjeros, excepto nacionales y comunitrios, no es proporcional y vulnera derechos, y en todo caso constituye una completa desviación del Convenio de Schengen que le sirve de cobertura y debe replantearse para avanzar hacia una distinción entre controles mínimos, medios y máximos (o más minuciosos).

Tomando como referencia los elementos susceptibles de control migratorio y el estatuto o categoría reconocida a cada extranjero por el ordenamiento jurídico, es posible distinguir varios niveles de control migratorio en frontera. En el cuadro inferior, el nivel más bajo de control supone un examen de los requisitos mínimos de entrada, necesarios para determinar la nacionalidad y autenticidad de los documentos identificativos del solicitante, así como de los documentos de viaje, este control es aplicable tanto a españoles como ciudadanos comunitarios y con ciertas particularidades a beneficiarios de las libertades comunitarias[330] y extranjeros con permiso de residencia vigente; más allá, un nivel de control medio es de aplicación a los extranjeros que dispongan de visado, el control sobre los cuales no puede significar un segundo examen sino un examen sobre posibles prohibiciones de entrada sobrevenidas, la disposición efectiva de unos mínimos medios

[330] A los ciudadanos comunitarios y asimilados, aplicarles controles más allá de la mera verificación de que sus documentos (pasaporte, permiso de residencia o visado) coinciden con la identidad del solicitante entrada, de que tales documentos son auténticos y válidos, que no exista una prohibición entrada en España u otro Estado Schengen, sería una restricción excesiva de su derecho circular y residir tal y como esta configurada por Ley y Directivas europeas,y consecuentemente una potencial discriminación respecto de los nacionales, prohibida por el derecho comunitario (*STJCE MRAX v. Bélgica*, de 25 de julio de 2002).

económicos en el momento del viaje, y en caso de ser un visado turístico o de visita asegurar el retorno mediante un billete cerrado y el alojamiento con una reserva de hotel o una carta de invitación, elementos que deberán valorarse conjuntamente pero que, en todo caso, recaen sobre aspectos del viaje que no pudieron ser controlados en origen por la Embajada; por encima, un control de nivel medio-alto debe reservarse para aquellos supuestos de entrada de extranjeros no obligados a la obtención previa de visado para estancias breves, incluidas las de visita y turísticas, pues en estos supuestos el control en frontera es el único filtro que se aplica a sus solicitudes, dicho control puede ser excepcionalmente de un nivel superior cuando los solicitantes de entrada pertenezcan a Estados con una fuerte presencia irregular en España y en períodos recientes se haya incrementado la permanencia irregular de manera sobrevenida.

1.6.- La discrecionalidad administrativa en los puestos de control fronterizos

En los apartados anteriores se han analizado dos cuestiones interdependientes, el objeto de control migratorio en frontera y los niveles o intensidades de control, desde la perspectiva de una reducción de la discrecionalidad de las autoridades gubernativas y de los funcionarios fronterizos en el control migratorio, para reconducir tal discrecionalidad a una dimensión más adecuada o acorde con los mandatos constitucionales, comunitarios y administrativos. De hecho, la cuestión de la discrecionalidad subyace en todo planteamiento sobre los controles migratorios y muy claramente en los controles de entrada.

En este sentido, la reducción de la discrecionalidad administrativa no debe percibirse como una limitación de las facultades gubernamentales de programación y gestión de flujos migratorios. Sin duda, el Gobierno debe disponer de un amplio espacio de decisión y configuración de los flujos migratorios laborales o formativos (estudios), pero tal control no puede abandonarse en manos de los funcionarios fronterizos unavez se ha generalizado la exigencia del visado, excepto para unos pocos países exentos y únicamente para períodos breves de estancia. En el nuevo modelo de control migratorio diseñado y asumido por

España, el visado es el instrumento de ejercicio de la discrecionalidad administrativa por excelencia, desplazando como tal a los controles fronterizos que pasan a cumplir nuevas funciones, como controles de segundo nivel mucho más reglados, para que el conjunto del proceso resultante se ajuste a las exigencias administrativo-constitucionales.

Como ya se ha visto, el espacio de discrecionalidad que queda en frontera dependerá de la nacionalidad y estatuto que ostente el extranjero y del tipo de acto de autorización que sea necesario emitir: acto único o acto final. Esa discrecionalidad debe limitarse a algunos y no todos los requisitos de entrada, de manera que habrá elementos de apreciación reglada (validez del pasaporte y de los documentos, etc..) y otros de apreciación más discrecional (medios económicos, amenaza al orden público, etc..). Existe, aún, otro ámbito de discrecionalidad que debe distinguirse de la apreciación de cumplimiento de cada uno de los requisitos exigidos por el art. 25 TIDYLE, y es el acto final de autorización o denegación de entrada.

La doctrina considera que el acto administrativo fundado en un conjunto de elementos, algunos reglados y otros de apreciación discrecional, es un acto a su vez discrecional en la valoración del conjunto. En el análisis de la jurisprudencia sobre control de entrada salta a la vista el hecho de que los funcionarios no sólo constatan el cumplimiento de los requisitos de entrada, sino que en la decisión final valoran el conjunto de tales requisitos a la búsqueda de una decisión de fondo justa y equilibrada: es el mandato impuesto jurisprudencialmente de que "deben tenerse en cuenta todas las circunstancias tomadas en conjunto".

Por otro lado, teniendo en cuenta la existencia de este debate, no deja de llamar la atención que, el TIDYLE a diferencia de la LOE, no contiene en sus arts. 25 o 26 la expresión "podrán", que sustentaba la tradicional atribución de potestades discrecionales a los agentes encargados del control migratorio en frontera.

No obstante, en claro contraste con la regulación legalla expresión "podrán" se recoge por los arts. 26 y ss del RD 864/2001 (REDYLE), recuperando aparentemente de nuevo aquél espacio de enorme discrecionalidad. Una de las atribuciones discrecionales que conferiría una interpretación del reglamento como atributiva de potestades discrecionales supondría el reconocimiento de facultades excesivas a la policía, que podría, uno, tramitar la solicitud conforme al procedimiento simplificado o mediante el procedimiento más formalizado; dos, podrían o no autorizar la entrada; tres podrían o no exigirl la documentación acreditativa de los motivos del viaje ("si así se les requiere" en el art. 23.1 REDYLE); tres, podrían o no exigir la acreditación de medios económicos (art. 24.1 REDYLE); cuatro, podrían o no denegar la entrada o incluso podrían o no reducir el tiempo de estancia si no se acreditan medios suficientes para todo el período de estancia (art. 24.3 REDYLE); cinco, podrían o no autorizar la entrada una vez cumplidos todos los requisitos (textualemnte, el art. 27.1 REDYLE); seis, podrían o no autorizar la entrada cuando existieran razones humanitarias u otras que la justifiquen aunque los extranjeros no cumplieran los requisitos de entrada (art. 27.2 REDYLE), etc..

Un tanto exageradamente expuesto, lo cierti es que una interpretación del "podrán" en el sentido de que disfrutan libremente de las posibilidades que tales preceptos les reconocen, tanto para ejercerlas como para renunciar a ellas, conllevaría la inutilidad de todas las disposiciones que siguen a la expresión "podrán". Esta interpretación no es admisible, pues vulnera principios básicos de la actuación administrativa como la actuación uniforme, razonable, motivada y conforme a los parámetros generales y a las instrucciones administrativas, además de ser potencialmente lesiva de los derechos del extranjero. Esta es una conclusión en la que están de acuerdo la mayor parte de la doctrina[331]

En consecuencia. si esa interpretación no es posible, o bien se consideran ilegales las previsiones reglamentarias, o bien se reconduce la interpretación del término "podrán" a una interpretación ajustada a algunos de los parámetros anteriormente enumerados: limitación

[331] Sobre el alcance de las facultades de control de los agentes fronterizos para determinar si el examen de determinadas condiciones es reglado o permite cierta discrecionalidad, así como sobre el grado de control de la misma, a este respecto léase a los autores, AGUADO, AJA y APRELL LASAGABASTER, citados con anterioridad.

del objeto de contorl, distintas intensidades de control, motivación del acto de denegación de entrada, presunción *iuris tantum,* regulación detallada de los parametros de control, etc.... Y reconocimiento de la operatividad del derecho a la presunción de inocencia en el marco de este procedimiento..

1.7.- El limitado pero importante juego del principio de presunción de inocencia en la actividad de control migratorio

La calificación del procedimiento de autorización de entrada como autorizatorio y no como administrativo sancionador parecería en principio excluir la aplicación de la presunción de inocencia a este tipo de procedimentos. En muchos casos, seguramente, las verdaderas razones de la denegación de entrada no figuren en la motivación del acto administrativo, por su carácter de información policial o de mera sospecha, y la denegación de entrada se basará en algunos de los elementos que permiten la denegación conforme a la valoración discrecional del funcionario fronterizo.

Sin embargo, la exclusión radical de tal principio puede no ser tan evidente en aquellos casos en que el acto administrativo sea de contenido negativo (denegación de entrada) sobre la base de conjeturas o sospechas sin base probatoria en el procedimiento[332], o cuando tales falsedades no son palmarias sino que son más bien de dudas o inexactitudes por parte del solicitante de entrada[333], o incluso cuando puedan existir delitos o ilícitos relacionados con la solicitud pero no directamente vinculadas a la solicitud de entrada[334]. En casos similares a estos, el Tribunal Supremo ha admitido la aplicación de la presunción de

[332] Así, por ejemplo, en la STJMadrid 1707/2002 de 20 diciembre, la alegación de falsedad documental no fue objeto de prueba en el marco del procedimiento de denegación de entrada, sin que la duda sobre la autenticidad de los documentos aportados impidiera la descalificación de tales documentos como base para acreditar el objeto y las condiciones de estancia en España, dejando en una situación de indefensión al extranjero en frontera sin posibilidad de acreditar con otros documentos el motivo del viaje.

[333] Estas dudas pueden consistir en el posible desconocimiento de los principales lugares de interés turístico o inexactitudes acerca del invitante (STSJM1107/2002 de 30 julio).

[334] Así por ejemplo, en la STJMadrid 1388/2002 de 28 de octubre, la denegación de entrada se baso en la información policial sobre la sustracción de los pasajes avión aportados.

inocencia[335] como garantía frente a la arbitrariedad y la indefensión, si bien es una presunción de inocencia que se aplica como protección frente a la actuación administrativa inmotivada y arbitraria. Un indicio de que tal principio puede jugar en este tipo de casos es, *a sensu* contraro, la apreciación., por STSJMadrid de 5 de junio, de que la exigencia de acreditación del objeto de la visita y de las condiciones de estancia en España no vulneraba el art. 24 CE.

La jurisprudencia constitucional ha admitido la aplicación de este derecho no sólo al "enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse que preside también la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas, o limitativo de sus derechos "(STC 13/1982, FJ 4°). La utilización de la expresión "resultado limitativo de sus derechos" es utilizada con frecuencia por el Tribunal Constitucional[336] y por el Tribunal Supremo[337] para extender la protección de la presunción de inocencia más allá del enjuiciamiento criminal, concretamente a procedimientos administrativos sancionadores.

Aunque el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado expresamente sobre la extensión de la presunción de inocencia fuera del ámbito estrictamente sancionador[338], sí ha reconocido su aplicabilidad a aquellos procedimientos administrativos no sancionadores cuyo origen se encuentra en la condición o conducta de las personas y finaliza con una resolución limitativa de los derechos del individuo, tal y como recoge, entre otras, la STC 36/85 al afirmar que: *el derecho a la presunción de inocencia fuera de la jurisdicción penal ha sido ya reconocido por este Tribunal, por ejemplo en la Sentencia 13/1982, de 1 de abril, según la cual el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al*

[335] STS de 2 de junio de 2003, Ar. 4216 o STS de 28 de abril de 2003, Ar. 4929.
[336] A partir de la STC 13/1982 esa expresión será repetidamente utilizada por el Tribunal Constitucional en los ATC 569/1982, STC 36/1985, STC 73/1985, ATC 653/1988, STC 52/1989, STC 138/1990 o STC 367/1993
[337] STS 7 de julio de 1983 (Ar. 3913), STS 7 de abril de 1987 (Ar.2365), STS 30 de noviembre de 1989 (Ar. 8286), STS 21 de abril de 1988 (Ar. 3395), STS 26 de marzo de 1987 (Ar. 3950), STS 28 de febrero de 1994 (Ar. 1306) o STS 3 de junio de 1994 (Ar. 1306).
[338] Excepcionalmente, como ha señalado JORDANO FRAGA, el Tribunal Constitucional ha reconocido la extensión de la presunción de inocencia a casos como el procedimiento administrativo especial de las elecciones (STC 103/1996 de 11 de junio). JORDANO FRAGA, Jesús: Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 266.

estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos (FJ 3)

Por su lado, el Tribunal Supremo se ha aventurado más allá del Derecho Administrativo Sancionador y ha ido conformando una jurisprudencia que extiende la presunción de inocencia a procedimientos ablativos de derechos del extranjero, tal y como se desprende de diversas sentencias sobre la materia[339], de las cuales es exponente la STS 29 de mayo de 1998 (Ar. 5458). En ella el TS aplicó la presunción de inocencia al procedimiento por el cual se denegaba el permiso de residencia y trabajo por encontrarse el extranjero incurso en uno de los supuestos de expulsión del art. 26.1 LOE, concretamente la existencia de unos pretendidos antecedentes y actividades del extranjero que no habían sido acreditados ni probados durante la tramitación del permiso de residencia y trabajo. Esta Sentencia, planteada a través de la vía preferente y sumaria de la Ley 62/78, afirma que *"En consecuencia, si no se quiere vaciar de contenido el art. 24.2 CE sobre presunción de inocencia, ésta no puede limitarse al estricto ámbito sancionador sino que debe extenderse a supuestos como el presente en que la denegación pudiera basarse en un supuesto de expulsión sin un mínimo de actividad probatoria suficiente (STS 12 junio 1996 y 7 marzo 1997) ".*

De la combinación de la jurisprudencia constitucional y la ordinaria se desprende un *tertium genus*, junto al derecho penal y el derecho administrativo sancionador, compuesto por aquellos procedimientos administrativos que puedan limitar los derechos del administrado como consecuencia de su conducta personal. En materia de extranjeros esta jurisprudencia se ha aplicado al supuesto de denegación de entrada con rechazo en frontera en la importante STS de 11 de abril de 1995.

[339] STS de 24 de abril de 1998 (Ar. 3909) en la que aplica la presunción de inocencia para rechazar una decisión denegatoria de la nacionalidad española por el ejercicio de la prostitución y una detención por hurto, porque tales afirmaciones no habían sido objeto de prueba de cargo. Igualmente, vulneró la presunción de inocencia la denegación del permiso de residencia y trabajo por presunta infracción del art. 26.1 LOE (STS 29 de mayo de 1998).

Sin la aplicación de la presunción de inocencia el extranjero éste se encontraría indefenso ante la actuación administrativa, pues a la Administración le bastaría con la mera imputación de la ausencia de documentación acreditativa de la legalidad de su solicitud de entrada para aplicar una medida potencialmente limitativa de derechos. Por el contrario, la aplicación de la presunción de inocencia obliga a la Administración a acumular elementos de prueba suficientes para justificar la denegación de entrada, lo cual tampoco es una exigencia o carga excesiva, pues, como reconoce la STS 18 de marzo de 1998 en su FJ 6º, "*el derecho fundamental a la presunción de inocencia se ve satisfecho cuando se da una mínima actividad probatoria que racionalmente pueda reputarse de cargo y demuestre la responsabilidad de la persona afectada*". En consecuencia, la aplicación de la presunción de inocencia tiene por efecto el traslado de la carga de la prueba a del comportamiento ilícito en que la Administración funda la denegación de entrada, prueba que deberá ser suficiente para derivar la presencia en España de una entrada ilegal reciente. La necesidad de romper la presunción de inocencia facilita el examen jurisdiccional posterior sobre la actividad probatoria de la Administración, pues estos controlan si se han practicado *'los medios de prueba suficientes y relevantes para resolver la cuestión suscitada, el administrado a dispuesto de todas las garantías procesales y no le ha sido impedida la utilización de los recursos pertinentes frente a los actos administrativos que le han afectado, ni se ha obstaculizado el acceso a los Tribunales de Justicia...*".

Si se admite la operatividad (limitada) a este tipo de casos del principio de presunción de inocencia, un importante test para la misma sería determinar el valor que debe atribuirse a las declaraciones del funcionario encargado del control en el puesto fronterizo, pues la jurisprudencia ha insistido en sostener la presunción de veracidad de sus afirmaciones y la necesidad de que, en caso de recurso, el extranjero aporte pruebas en contra (STJM 1550/2002 de 29 noviembre o STJM 1553/2002 de 29 noviembre).

2.- La autorización de entrada

Antes de abordar las cuestiones jurídicas, puede ser de interés una perspectiva sobre la realidad de la entrada en España. Entre 1990 y 1993 entraban anualmente entre 55 y 60 millones de extranjeros, con picos de alrededor de 9'5 millones en los meses de julio y agosto. En 1994 entraron en España 63.582.310 extranjeros y salieron 61.164.809, de los cuales más de 52'8 millones eran ciudadanos de países de la Unión Europea (83%), mientras que 7'6 eran ciudadanos marroquíes (11'9%). A partir del mes de abril de 1995 la entrada en vigor del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen de 1990 comporta la supresión de fronteras interiores con Francia y Portugal, lo que produce una disminución en el número de entradas y salidas *estadísticamente computadas*, que no reales[340]. Por eso en 1995 las estadísticas únicamente muestran la entrada de 33.732.923 extranjeros y la salida de 32.272414, de los cuales más de 24 millones de países de la UE (71'1%) y 6 millones de Marruecos (17'7%)[341]. En 1996, se realizan 29.813.907 entradas y 26.289.914 salidas, de las cuales 5.668.222 entradas y 5.566.167 salidas protagonizadas por súbditos marroquíes. A pesar de las limitaciones de los datos ofrecidos, estos ayudan a comprender la importancia de la circulación transfronteriza en el mundo actual, de la cual el fenómeno migratorio es una parte.

Desde la perspectiva jurídica, el análisis de la autorización de entrada como acto contrapuesto al de denegación de entrada, objeto de estudio en el subapartado 3.3 de este Capítulo, no debe confundir sobre la perspectiva de análisis adoptada en este trabajo. Obviamente, ambos son actos finales de un procedimiento de carácter autorizatorio, sin embargo, su estudio separado obedece a tres razones: en primer lugar, en la mayor parte de

[340] En 1994 entraron por la frontera francesa 21millones de extranjeros y a través de la frontera portuguesa 11'1 millones, salieron 19'7 y 10'8 respectivamente. Estos datos son indicativos de que el cambio en las fronteras en 1995-1996 se corresponde con la realidad.

[341] La exclusión de las estadísticas de las entradas a través de las fronteras francesa y portuguesa de ciudadanos europeos hace aumentar aparentemente los porcentajes de entradas de súbditos marroquíes de poco más de un décimo a poco menos de un quinto, cuando en números absolutos disminuyen en un millón y medio. Las estadísticas de entradas y salidas durante el año 1994 nos indican algo más: aunque ese año entraron entraron en España 7.664.102 marroquíes también salieron 7.545.827, 5'9 millones de entradas a través de la frontera marroquí y 3'3 por Algeciras (La Línea).

casos, la autorización de entrada se adopta tras un brevísimo y cuasi-formulario procedimiento, mientras que en los supuestos conflictivos o complejos, la posible autorización o denegación de entrada se adoptan tras un procedimiento más formalizado que incluye ciertas garantías y que se puede prolongar en el tiempo, este procedimiento será objeto de análisis en el subapartado 3.3; en segundo lugar, los vicios y problemas que afectan a los actos de autorización de entrada presentan singularidades no extrapolables al de denegación de entrada (autorizaciones emitidas por error o falsedad, etc..); en tercer lugar, porque los efectos de uno y otro acto son completamente distintos, y su examen justifica por sí solo, el tratamiento separado de ambos actos.

2.1.- El procedimiento simplificado de control de entrada (screening)

2.1.1.- El control migratorio en frontera: el procedimiento simplificado de entrada (screening) respecto al procedimiento formal del art. 26.2 TIDYLE

Ni la legislación de extranjería española ni la normativa comunitaria prevén expresamente en los controles fronterizos una dualidad de procedimientos, sin embargo, en la práctica existen dos tipos de procedimiento a inciar ante una solicitud de entrada, la opción por uno u otro encontrándose sujeta a la decisión del agente fronterizo. Para distinguirlos, denominaremos procedimiento simplificado de autorización de entrada al que aquí se expondrá, y al tramitado de conformidad con las previsiones y garantías del art. 26.2 TIDYLE lo denominaremos procedimiento de denegación de entrada o procedimiento formalizado de autorización de entrada, en función del resultado del mismo. De este último nos ocuparemos en el subapartado 3.3.

El procedimiento simplificado de autorización de entrada no es más que el resultado de una interpretación administrativa de la Ley a favor de la mínima obstaculización de la libertad de circulación[342], o si se quiere del principio de proporcionalidad, y en general, del

[342]El Manual de Control de Fronteras establece esa posibilidad.

deliberado empleo del término "podrán"por el art. 23 y ss. REDYLE. A diferencia de la LOE, la LODYLE no contiene en sus arts. 25 o 26 la expresión "podrán", que sustentaba la tradicional atribución de potestades discrecionales a los agentes encargados del control migratorio en frontera; no obstante, en c0laro contraste con la regulación legal, y tal y como se ha expuesto en apartados anteriores, la expresión "podrán" de los arts. 26 y ss del RD 864/2001 parece recuperar de nuevo aquél espacio de enorme discrecionalidad. En este apartado, interesa mostrar como una de las atribuciones discricionales que conferiría una interpretación en este sentido (rechazada anteriormente como ilegal) sería la facultad policial de tramitar la solicitud conforme al procedimiento simplificado o mediante el procedimiento más formalizado los agentes podrán o no autorizar la entrada (art.), podrán o no exigirles la documentación acreditativa de los motivos del viaje "si así se les requiere" (art. 23.1 REDYLE), podrán o no exigir la acreditación de medios económicos (art. 24.1 REDYLE), podrán o no denegar la entrada o incluso podrán o no reducir el tiempo de estancia si no se acreditan medios suficientes para todo el período de estancia (art. 24.3 REDYLE), se podrá o no autorizar la entrada una vez cumplidos todos los requisitos (art. 27.1 REDYLE) o se podrá o no autorizar la entrada cuando existan razones humanitarias u otras que la justifiquen aunque los extranjeros no cumplan los requisitos de entrada (art. 27.2 REDYLE). Como se ha dicho antes, la interpretación del término "podrán" como atributivo de completa discrecionalidad a los funcionarios fronterizos, les permitiría la libre opción entre uno u otro procedimiento sin tener que ajustarse a ningún otro parámetro que el de su libre decisión o experiencia.

La opción por el procedimiento simplificado de entrada corresponde al agente encargado del primer contacto de control[343]. Obviamente, en todos los casos la opción por el procedimiento simplificado de control debe suponer, como expone el Manual Común, un nivel mínimo de control consistente en la verificación de la autenticidad o validez de los

[343] Dado que el control de entrada en frontera está atribuido al Cuerpo Nacional de Policía, son sus agentes los encargados de examinar las solicitudes de entrada en España formuladas por los extranjeros en frontera. Este examen se realiza en bs puestos fronterizos terrestres, portuarios, aeroportuarios, nudos de comunicaciones (carretera, estaciones ferroviarias, etc...), en algunos casos antes y en otros después de la entrada real en el territorio, las aguas territoriales o el espacio aéreo español.

documentos aportados, así como del grado de verosimilitud de la identidad alegada y la documentación acreditativa de la misma.

2.1.2.- Caracterización del procedimiento simplificado de autorización de entrada (screening)

Esta simplificación del procedimiento de autorización de entrada presenta unos elementos que lo caracterizan como una actuación dispositiva, oral, informal, expeditiva, y, en general, teñida de un margen de discrecionalidad muy amplio.

El carácter *dispositivo* es esencial para entender la actuación de los funcionarios en frontera. Este elemento es una manifestación más del amplio margen de discrecionalidad atribuido a los agentes en frontera para optar por un control simplificado u complejo (art. 26.1 TIDYLE). La traslación de la discrecionalidad adminsitrativa hasta el punto de permitir a sus agentes la opción sobre el tipo procedimieto a seguir se justifica, en primer lugar, por la necesidad de conjugar diferentes intereses públicos a veces contrapuestos: la fluidez y normalidad del tráfico y sus agentes de transporte, la facilitación de la circulación de las personas en puestos de entrada (nacionales, trabajadores extranjeros, turistas, agentes de producción, etc...), con imperativos de seguridad nacional, orden público, control migratorio, etc... En segundo lugar, el carácter dispositivo del procedimiento simplificado permite a los agentes ajustar la intensidad del control migratorio a las circunstancias concretas de cada solicitante (nacionalidad, objeto del viaje, documentacón presentada, etc..) conforme a la clasificación expuesta con anterioridad (cuadro nº 1). El problema no es tanto, la caracterización como dispositiva de tal procedemiento o que la opción por el mismo sea una decisión discrecional del agente de control fronterizo, sino más bien a la ausencia (o falta de claridad y publicidad) respecto de los parámetros que guían la actuación de esos funcionarios, parámetros que no se encuentran definidos ni en la Ley ni el Reglamento, y únicamente de forma tangencial Manual Común de Fronteras, abonando la intervención de las temidas Instrucciones internas del Ministerio de Interior, sean estas escritas o no. Por

esta razón es necesario que la opción por uno u otro procedimiento de control de entrada (simplificado o formalizado) se ajuste a algún parámetro y disponga de instrumentos externos de control que permitan evaluar su adecuación a los mandatos constitucionales y legales. De esta cuestión nos ocuparemos en el subapartado siguiente

El carácter *expeditivo* del procedimiento simplificado juega a favor de su consolidación en la práctica como la via ordinaria de control. Este carácter espeditivo es el objetivo principal del procedimiento simplificado, pues con él se pretende reducir la duración del control al mínimo tiempo indispensable, para minimizar los inconvenientes individuales y generales que genera siempre un control de este estilo en llos puestos de entrada a un país. Así, generalmente, en el ámbito el control de carácter estrictamente migratorio, los agentes procederan a comprobar la validez de la documentación presentada, verificar la identidad del extranjero y, sólo cuando sea necesario, a examinar los motivos del viaje y la documentación complementaria que éstos puedan aportar. Esto último suele comprobarse mediante algunas preguntas-tipo (que los funcionarios conocen por experiencia o tienen preparadas de antemano y que en algunos casos formulan al azar entre los solicitantes), que permitan detectar a extranjeros con intenciones de entrada distintas a las recogidas en su documentación o declaraciones. La respuesta a estas preguntas, junto con el análisis de la documentación presentada y, en su caso, la búsqueda en el SIS, ofrecerá una imagen más o menos encuadrada del soliticitante de entrada, que se corresponderan básicamente con tres situaciones posibles: la primera, en la que el solicitante cumple satisfactoriamente las condiciones de entrada decidiendo al agente a expedir directamente la autorización de entrada; la segunda, en la que el solicitante incumple claramente alguno de los requisitos de entrada (documentación, ausencia de prohibiciones de entrada, etc.,), de lo que se concluye la necesidad de tramitar su solicitud de entrada conforme al procedimiento formal del art. 26.2 TIDYLE, pues concurren las circunstancias para decretar la denegación de entrada, aunque ello deberá decidirse finalmente en el marco de ese procecedimiento con mayores garantías, pues pueden existir cuestiones susceptibles de controversia (impugnación de la prohibición de entrada, suficiencia de medios económicos) o consideraciones de otro tipo (razones humanitarias, enfermedad, *non*-refoulement, etc..); el tercer escenario posible

se planteará cuando el cumplimiento de los requisitos documentales de entrada (pasaporte, visado, cantidades dinerarias, etc..) se hayan acreditado satisfactoriamente pero las declaraciones del extranjero puedan inducir a dudas sobre la verdadera finalidad del viaje, en tales casos y atendiendo tanto a la entidad de las dudas planteadas así como al nivel o intensidad de control aplicable a ese concreto extranjero podrá tramitarse su solicitud también conforme al procedimiento del art. 26.2 TIDYLE, con el fin de profundizar en la investigación pero confiriendo al mismo tiempo al extranjero de un conjunto de garantías (asistencia letrada, intérprete, etc..). Es claro que el principio de proporcionalidad requiere que tal decisión sea aquilatada, y sólo se adopte cuando las dudas sobre el objeto de la estancia sean de una entidad inversamente proporcional al nivel de control al que se encuentre sujeto el extranjero.

Control de nivel bajo y medio-bajo	Dudas o sospechas fundadas
Control de nivel medio	Dudas o sospechas razonables (indicios razonables)
Control de nivel medio-alto	Meros indicios o incluso criterios generales de experiencia policial

El procedimiento simplificado o *screening* permite una gran rápidez en la realización de los controles migratorios, si bien, como reconoce el propio Manual de Control de Fronteras, a costa de una mayor eficacia, revelándose un sistema adecuado para compaginar los intereses contrapuestos, tanto generales como individuales en juego.

Por su lado, el carácter *informal* del procedimiento se transluce en el hecho de que el mismo no está recogido como procedimiento simplificado en ninguna previsión legal o reglamentaria. Sin embargo, constituye, es evidente, un procedimiento administrativo cuya configuración deriva de la práctica administrativa y no se refleja en documento ni

expediente alguno: la solicitud se presenta oralmente a la que sigue una breve conversación y una serie de comprobaciones rutinarias de la documentación y de las bases de datos policiales, tras la cual el agente policial debe decidir si autoriza la entrada o conviene formalizar el procedimiento ante la eventualidad de una posible denegación de entrada. La informalidad que caracteriza a esta fase previa de *screening* comporta la ausencia de las garantías propias del procedimiento administrativo de denegación de entrada del art. 26.2 TIDYLE, entre las cuales, la asistencia letrada y de intérprete, ausencia que si bien razonable cuando el procedimiento termina con la autorización de entrada, en los casos en que continue en la forma de un procedimiento del art. 26.2 TIDYLE puede comprometer la esencia de la función de asistencia letrada, pues parte de las actuaciones investigadoras policiales ya se habrán realizado sin que el extranjero pudiera contar con el consejo de un abogado, y por tanto dejando escaso margen de actuación al abogado en este procedimiento.

Precisamente, el carácter *oral* del procedimiento simplificado puede plantear serios problemas, pues si todas las actuaciones policiales, así como el intercambio de preguntas y respuestas o declaraciones del extranjero, no se recogen en formato alguno, pero constituyen la base de la convicción o sospecha razonable de la entrada en incumplimiento de los requisitos del art. 25.1 TIDYLE, entonces en el procedimiento del art. 26.2 TIDYLE, o bien el expediente reproduce una síntesis elaborada por el agente de policía sobre las explicaciones y la conversación con el extranjero (en un momento en que carecía de abogado), o bien la policía vuelve a formular las mismas preguntas para que esta vez obren en el expediente, ahora con el abogado e intérprete delante. Ello puede plantear problemas de prueba si en la actividad investigadora posterior no se obtienen nuevos indicios del incumplimiento de los requisitos de entrada: en el primer caso, difícilmente se podrá objetar o rebatir el testimonio policial (en forma de atestado o no), pasando directamente como elemento fáctico o prueba del acto administrtivo final; en el segundo caso, habra muy escaso margen para que en la decisión final se tengan en cuenta los matices, aclaraciones o modificaciones que el extranjero introduzca sobre sus alegaciones anteriores. De esta manera, el procedimiento administrativo simplificado (o método de *screening*) plantea dos tipos de problemas distintos en el marco de un procedimiento posterior de entrada tramitado

conforme al art. 26.2 TIDYLE: el valor del testimonio o del atestado policial en frontera y los problemas de la convicción pre-constituida a efectos de la intervención letrada y del juego de la presunción de inocencia. Cuestiones que se abordarán en el subapartado 3.2.1.4.

En fin, de todo lo expuesto puede concluirse el carácter *discrecional* con que se configura el *screening* de los extranjeros sujetos a controles migratorios situados en frontera. Parte de ese margen de discrecionalidad viene dado por la ausencia de previsión legal de este práctica-procedimiento, si bien algunas disposiciones del Manual Común de Fronteras lo contemplan como una forma de control migratorio de intensidad mínima (media en realidad); también, por la elevado grado de discrecionalidad que otorga a los agentes encargados del control, quienes determinan en cada momento (se supone que supervisados por un funcionario de rango superior) el procedimiento aplicable, razón por la que aquí se ha intentado vincular su práctica a los niveles o intensidades de control expuestos con anterioridad; de la misma manera, la discrecionalidad policial deriva también de la ausencia de parámetros claros conforme a los cuales realizar el *screening* y ni siquiera sobre las diferentes técnicas utilizables; finalmente, una elevada dosis de discrecionalidad proviene del hecho de confiar casi por completo la planificación y gestión de esta práctica a la profesionalidad de los agentes encargados del control, quienes únicamente cuentan con criterios de experiencia policial.

De hecho, uno de los principales problemas que plantea el *screening* es el de los límites de su utilización al abusar de los carácteres de discrecionalidad e informalidad y sobre todo de garantías procedimentales. Un buen ejemplo de ello lo constituye la práctica administrativa, amparada en los poderes discrecionales atribuidos por el REDYLE a los agentes de frotnera, para reducir la duración de la estancia en España por falta de medios económicos suficientes. La estampación del sello de entrada por una duración inferior a la solicitada o incluso a la prevista en el visado, bajo la forma de un acto administrativo positivo en realidad esconde un acto parcialmente negativo que, cuando se adopta en un procedimiento simplifado, deja al extranjero en una situación de completa indefensión en frontera, aunque luego pudiera hipotéticamente prorrogar su estancia legalmente. En relación a este problema, en los casos en que la autorización modifica la duración o las

condiciones de estancia establecidas en un visado anterior, entonces resulta que el sello deviene capital para determinar no sólo la fecha de entrada sino también la duración de la estancia, que ha sido acortada. Debe recordarse el derecho a la asistencia letrada del extranjero frente a esta actuación (art. 26.2 TIDYLE "desde el primer momento del control.

Esta facultad discrecional rayaría entonces la arbitrariedad, pues carecería de control alguno, ya que nadie vigila si el procedimiento seguido es el simplificado o el formalizado, si la intensidad de control soportado por el extranjero es adecuada o excesiva, si ello se hace sistemáticamente o al libre albur del agente, si éste utiliza criterios discriminatorios respecto a determinados colectivos, si una frontera actúa como puerta de entrada o constiuye más bien un tapón, etc... Ello es probablemente debido a que en un caso la autorización resarce generalmente de un excesivo control y en otro, se justifica por el plus de garantía de que va acompañada, y porque finalmente, la eficacia y proporicionalidad en la actuación administrativa es un aspecto de evaluación puramente adminstrativa (interna), sin que existan otros órganos externos encargados de velar por que ésta se efectúe adecuadamente. Se trataría, aparentemente de una arbitrariedad inocua, pero en el fondo puede encubrir excesos o ineficacia.

En principio, los agentes disponen de una serie de parámetros para dedidir la tramitación de la solicitud mediante el procediimento ordinario o, ya sea directa o indirectamente, pasar la tramitación a los agentes instructores del procedimiento complejo de autorización o denegación de entrada del art. 26.2 TIDYLE. A mayor abundancia, la determinación de los elementos del procedimiento simplificado se puede derivar de lo dispuesto fundamentalmente en el art. 28 REDYLE en conjunción con la opción por los controles de baja o medio-baja intensidad consignados en el apartado 1.3.1, parte II del Manual Común de Fronteras.

Tras ese control mínimo, así como de algunas preguntas realizadas al azar, el agente puede autorizar directamente la entrada, si no existen razones para considerar incumplidos los requisitos del art. 25.1 TIDYLE, o si existen razones para proceder a un examen más

intenso de la solicitud de entrada, derivar al extranjero a los agentes instructores o iniciar él mismo la Instrucción de un procedimiento más complejo.

2.2.- El procedimiento administrativo de autorización de entrada tramitado con las garantías del art. 26.2 TIDYLE.

A causa de un *screening* previo o directamente cuando así se tramite la solicitud de autorización de entrada, se procederá a abrir un procedimiento administrativo formal conforme al procedimiento previsto en el art. 26.2 TIDYLE. En la mayor parte de casos este procedimiento únicamente se seguirá tras la realización de un examen mínimo de la solicitud (*screening*) no obstante, cabe pensar en algunos supuestos en los que los agentes presupongan la denegación de entrada, suposición o convicción que únicamente puede derivarse de razones de peso basadas en información policial, investigaciones o comunicaciones entre servicios policiales y de inteligencia, etc.. que permitan preveer la denegación.

La finalidad de este procedimiento con mayores garantías es doble, por un lado tras el cumplimiento de los trámites preliminares de control migratorio (*screening*), dotar de mayor cobertura a la investigación policial, asegurando una investigación más seria, con interrogatorios más largos, comprobación de las alegaciones, etc..., y por otro, asegurar, ante la previsión de una investigación más profunda y prolongada en el tiempo, una serie de garantías al extranjero para la protección de sus derechos (intimidad, presunción de inocencia, libertad personal, libertad de circulación, protección frente a tratos inhumanos o degradantes, etc..) así como de sus intereses, en concreto el de obtener una autorización de entrada.

Por todas estas razones, el procedimiento formal de examen de la solicitud de entrada, que al igual que sucede con el trámite de *screening* previo carece de una regulación adecuada en la Ley, debe tramitarse con todas las garantías previstas para el procedimiento

de denegación de entrada. La regulación de los elementos de este procedimiento apenas se encuentran en el art. 25.1 TIDYLE, que impone la obligación general de someterse al control migratorio en frontera, e sólo indirectamente pueden deducirse de los arts. 26.2 TIDYLE y art. 28 REDYLE[344]. Aunque esta opción interpretativa no sea la más satisfactoria, no cabe otra ante la ausencia de regulación del procedimiento que aplicar la regulación propia de la denegación de entrada. Se trata de un procedimiento administrativo de carácter autorizatorio y con consecuencias limitativas de derechos cuyos elementos principales apenas se encuentran esbozados en la Ley y mucho menos en el Reglamento, razón por la que deberá recurrirse a lo dispuesto de forma genérica para los procedimientos administrativos de extranjería en la TIDYLE y subsidiariamente, en la LRJAPyPAC. Así por ejemplo, cabe destacar el derecho a un trámite de audiencia y alegaciones en este tipo de procedimientos (STS 11 de abril de 1995), además de los derechos de asistencia letrada y de intérprete, estos sí reconocidos por el art. 26.2 TIDYLE desde el mismo momento de efectuarse el control en el puesto fronterizo. No obstante, la regulación más detallada de este procedimiento se encuentra en el Manual Común de Fronteras.

La aplicación de estos preceptos al procedimiento formal de examen de la solicitud de entrada, imponen en primer lugar, la comunicación por escrito al extranjero de la iniciación-incoación del expediente administrativo, al que debe informarse adecuadamente de su derecho a la asistencia letrada e intérprete a lo largo del procedimiento, así como de los trámites del mismo entre los que destacadamente se halla su derecho a presentar alegaciones y solicitar la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes para defender sus intereses (derecho de audiencia).

Finalmente, no debe olvidarse que uno de las consecuencias de la apertura de este procedimiento, es aumentar en un grado más la restricción del derecho a la libertad personal, pasando de la mera retención que supone el *screening* a una consolidación de la privación de

---

[344] Art. 28 REDYLE

1. A su llegada al puesto habilitado para la entrada en España, los extranjeros acreditarán ante los funcionarios responsables del control que reúnen los requisitos previstos en los artículos de este capítulo para la obligada comprobación de los mismos, con anterioridad a la intervención de los Servicios de Aduanas o la de cualquier otro que sea necesario.

2. Si la documentación presentada fuere hallada conforme y no existe ninguna prohibición o impedimento para la entrada del titular, se estampará en el pasaporte o título de viaje el sello, signo o marca de control establecido, salvo que las leyes internas o tratados internacionales en que España sea parte prevean la no estampación, con la que, previa devolución de la documentación, quedará franco el paso al interior del país.

libertad temporal del extranjero que, tal y como reconoce el art. 60.1 TIDYLE *in fine*, reune las características de la detención del art. 17.1 CE y art. 5.1.f) CEDH y por ello debe sujetarse a las garantías propias de la detención: información de los motivos de la detención y de sus derechos, limitación temporal al tiempo imprescindible con un máximo de 72 horas, control jurisdiccional, *habeas corpus*, asistencia letrada, etc..

Más allá de las cuestiones particulares aquí planteadas por el procedimiento formal de autorización de entrada, para el resto de problemas procedimentales comunes tanto a la autorización de entrada como a la denegación tramitadas conforme al art. 26.2 TIDYLE, debe efectuarse una remisión al Apartado 3.3, donde se tratarán con mayor detenimiento. Baste insistir aquí en que, a pesar de su inicial tramitación como un procedimiento con las garantías del art. 26.2 TIDYLE, el control migratorio puede finalizar con una autorización de entrada si los agentes de frontera archivan el expediente o su superior se desmarca de la recomendación de los instructores y ordena la autorización de entrada, a la vista del expediente y de las alegaciones, especialmente si concurre alguna de las razones legales para autorizar la entrada de forma excepcional (Aptado 3.2.3).

2.3.- La autorización de entrada: resolución y formalización mediante el sello de entrada.

Cuando el resultado del procedimiento administrativo de autorización de entrada, simplificado o formal, sea una respuesta positiva a la solicitud de entrada en España, la autorización de entrada equivaldrá al reconocimiento del cumplimiento de las condiciones de entrada, tal y como establece el art. 27.1 TIDYLE. A parte quedan aquellos supuestos en que pueda autorizarse excepcionalmente la entrada a pesar de que no concurran los requisitos de entrada, tal y como prevé el art. 27.2 TIDYLE, de los que nos ocuparemos en el apartado siguiente.

La formalización de este acto administrativo se describe en el art. 28.2 TIDYLE: "se estampará un se estampará en el pasaporte o título de viaje el sello, signo o marca de control establecido, salvo que las leyes internas o tratados internacionales en que España sea parte

prevean la no estampación, con la que, previa devolución de la documentación, quedará franco el paso al interior del país." Igualmente, el art. 28.3 TIDYLE prevé la posibilidad de que el extranjero cruce la frontera con un documento de identidad o de cualesquiera otra clase en el que no pueda estamparse el sello de entrada, de modo que se exige al interesado que rellene un impreso "para dejar constancia de la entrada".

El estampado en el pasaporte o título de viaje del sello de entrada constituye un acto administrativo esencial tanto para la Administración como para el extranjero.

El sello de entrada, en primer lugar,acredita la legalidad de la entrada en España en cumplimiento de los requisitos establecidos para la misma; en segundo lugar, documenta y delimita las condiciones temporales (un mes, dos meses, tres meses, etc.,) y geográficas (España, España y Francia, países Schengen, etc.,) de validez de la estancia; en tercer lugar, en tanto que documento acreditativo de la legalidad de la entrada y estancia es un acto certificativo o documental único e indispensable para la identificación y prueba de la estancia en España así como para la realización de determinados actos administrativos (obtención del NIE, prórroga de la estancia, etc.).

La autorización de entrada constituye un acto administrativo formal y obligado de las autoridades españolas, sin el cual al extranjero le será difícil demostrar la legalidad de su entrada y estancia en España, especialmente si no dispone de visado alguno. Por esta razón, y porque en la práctica administrativa el sellado del pasaporte o título de viaje no siempre se realiza, quizá amparada por el propio Manual Común de Fronteras, conviene exigir el cumplimiento de tal obligación a la Administración. Es más, dado que frecuentemente se utiliza como indicio de entrada irregular o anterior a efectos de devolución, expulsión, multa o denegación de autorizaciones (prórroga de estancia, por ejemplo) la ausencia de sello de entrada en el pasaporte, debe exigirse a la Administración que pruebe la llevanza de un Libro-Registro[345] de entrada exahustivo en el mismo puesto fronterizo por el que el extranjero alegue haber efectuado su entrada. En este sentido. Debe recordarse que el art. 60 REDYLE exige la anotación en el Registro Central de Extranjeros, entre otras cuestiones relacionadas con la situación administrativa de los extranjeros: las autorizaciones de entrada y estancia, las denegaciones y prohibiciones de entrada, las declaraciones de entrada y las

[345] Requisito exigido por el Defensor del Pueblo. *Colección de Resolución y Recomendaciones*, madrid 1994.

medidas cautelares adoptadas. Si los controles fronterizos, además de no cumplir su obligación de sellado de pasaportes en todos los casos, tampoco comunican al Registro Central las autorizaciones de entrada y/o estancia extendidas, tampoco podrá utilizarse la ausencia de inscripción en dicho Registro como indicio o prueba de la entrada o estancia irregular del extranjero en España, como algunas sentencias admiten.

De la misma manera, debe rechazarse la práctica administrativa que niega el estampado del sello a aquellos extranjeros que ya se encuentran en el territorio y lo solicitan en la Comisaría de la localidad donde se desarrolla su estancia. Esta práctica se basa en una interpretación literal del art. 29.2 REDYLE[346], sin embargo, cuando la ausencia de sello de entrada se debe a una actuación negligente de los funcionarios fronterizos, tal ausencia no puede gravar al extranjero con otras obligaciones (y menos con la de trasladarse al puesto fronterizo de nuevo para que le estampen el sello de entrada en el pasaporte). Esta situación se produce con excesiva frecuencia cuando los extranjeros provienen de otros Estados Schengen, de modo que posteriormente se ven obligados a volver al puesto fronterizo para cumplir tal formalidad, bajo sanción de considerar su entrada ilegal pasadas las 72 horas, sin embargo esta práctica es inútil e innecesariamente gravosa, pues no existe diferencia entre volver a frontera para que sellen la entrada o que lo hagan en una Comisaría u Oficina de Extranjeros, salvo que lo que se pretenda sea en realidad denegar la entrada y facilitar la ejecución de la medida de alejamiento aprovechando que el extranjero se encuentra en frontera.

Una situación aún más grave se produce cuando, aún constando en el pasaporte un sello de entrada por alguno de los puestos fronterizos de un Estado Schengen, la polícia obliga al trámite de traslado a frontera y estampado del sello de entrada español, pues en tales casos y salvo que el visado estipule lo contrario, los extranjeros pueden circular libremente por los Estados parte del territorio Schengen y el sello de entrada debe valer a todos los efectos en España.

[346] Este precepto obliga a todo extranjero que cruce la frontera con un Estado con el que España haya acordado la supresión de controles fronterizos, debe declarar su entrada en España ante las autoridades fronterizas a efectos de que éstas le estampen el sello de entrada. Sólo si no pudiera hacerlo porque no existe puesto policial en frontera se le autoriza a hacerlo en cualquier Comisaría u Oficina de Extranjeros en el plazo máximo de 72 horas.

Problemas un tanto distintos plantea la estampación ilegible del sello de entrada. A falta de disposición alguna en la normativa española o comunitaria, la jurisprudencia británica es rica en criterios interpretativos[347].

2.4.- Las excepciones legales al cumplimiento de los requisitos de entrada

Existen una serie de supuestos legales en los que la entrada es autorizada sin que concurran las condiciones requeridas por el art. 25 y ss TIDYLE (o art. 5 Schengen).

2.4.1.- La autorización de entrada por razones humanitarias.

Para la mayor parte de Tribunales no se consideran razones humanitarias o excepcionales "la mera alegación de la extrema pobreza del país de origen o los conflictos bélicos de aquél, lo que supondía la entrada masiva de inmigrantes de todos los países que desgraciadamente se encuentran en dicha situación", exigiendo para la aplicación de tal provisión (en febrero de 2003, el art. 31.4 TIDYLE) la concurrencia de "excepcionales razones"- haber sido víctima de conductas tipificadas o como delitos racistas o xenófobos, de interés nacional o seguridad nacional que así lo justifiquen-, lo que no se ha acreditado se produzca en el supuesto de autos". STSJAndalucía, Sevilla C-A Secc 1ª, de 24 de febrero de 2003 (recurso nº 104/2002[348]).

En los supuestos de denegación de la solicitud de asilo, pero cuando las circunstancias lo aconsejen, especialmente si el ACNUR en su informe así lo plantea, el retorno o medida de alejamiento aplicable debe suspenderse y autorizar la entrada por razones humanitarias (STAN 7 dic 2000).

---

[347] MACDONALD, Ian & BLAKE, Nicholas: *MacDonald's Immigration Law and Practice*, Ed. Butterworths, London 1995 y actualizaciones 1997 y 1998.

[348] En idénticos términos y redactado, aunque sobre hechos distintos pero muy semejantes, la STSJAndalucía, Sevilla C-A Secc 1ª, de 24 de febrero de 2003 (recurso nº 1784/2001), de la misma ponente Dña. María Luisa Alejandre Durán e igualmente la STSJAndalucía, Sevilla C-A Secc 1ª, de 24 de febrero de 2003 (recurso nº 1504/2001).

2.4.2.- La declaración posterior de entrada en España

El art. 29.1 REDYLE[349], en sintonía con el Manual Común de Fronteras, establece una obligación de carácter general para todos los extranjeros que entren en España procedentes de un Estado que haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos(en la práctica, únicamente Francia y Portugal en virtud del Convenio de Schengen): la obligación de declarar ante las autoridades españolas su presencia en España y el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa vigente, bajo sanción de considerar irregular su presencia en el territorio.

Esta previsión, no se olvide, de carácter reglamentario, cumple una doble función de mucha mayor entidad de lo que parece a primera vista: por un lado, contiene una obligación general para todos los extranjeros que cruzan la frontera de someterse voluntariamente al control migratorio declarando su entrada ante las autoridades policiales de los puestos fronterizos, aunque estos puestos de control se hayan desarmado en virtud de Acuerdos Internacionales, concretamente el de Schengen; esta obligación alcanza a todos los extranjeros, extracomunitarios pero también comunitarios, pues la regulación de la entrada de estos últimos contenida en el Real Decreto 178/2003 de 14 de febrero[350] no excluye la posibilidad de un control en frontera a los ciudadanos comunitarios, más bien al contrario parece darlo por supuesto al exigir que para la entrada aporten la documentación habitualmente requerida a los extranjeros en los controles fronterizos: "la entrada en territorio español se efectuará con el pasaporte" (art. 4.1) y "los familiares que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte (...) necesitarán, además, el correspondiente visado" (art. 4.2); esta interpretación gara aún mayor peso si se toma en consideración el reconocimiento a las autoridades españolas de la

[349] Este precepto obliga a todo extranjero que cruce la frontera con un Estado con el que España haya acordado la supresión de controles fronterizos, debe declarar su entrada en España ante las autoridades fronterizas a efectos de que éstas le estampen el sello de entrada. Sólo si no pudiera hacerlo porque no existe puesto policial en frontera se le autoriza a hacerlo en cualquier Comisaría u Oficina de Extranjeros en el plazo máximo de 72 horas.

[350] Aprobado para adaptarse a la normativa comunitaria sobre circulación de ciudanos de la Unión Europea y el EEE, transpone la regulación contenida en las Directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, así como del Acuerdo del Espacio Económico Europeo EEE, el Acuerdo de 21 dde junio de 1999 CE-Suiza y la Declaración de Marsella de 28 de julio de 2000 entre Francia, Alemania, España e Italia para la supresión de la tarjeta de residencia en determinados supuestos.

facultad de "impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4" (el art. 16.1.a)[351].

Por otro lado, el art. 29.1 REDYLE actúa como clave de bóveda del sistema de control migratorio de entrada pues anuda al incumplimiento de la obligación de sometimiento voluntario al control migratorio, la declaración de su estancia como irregular, especialmente si no reunen los requisitos previstos en la normativa vigente, pero tal irregularidad puede derivar del simple hecho de no declarar la entrada, es decir por no someterse al control migratorio, tal y como la expresión "si no acreditan" obliga a entender[352]. Sin embargo, esta obligación general de sumisión voluntaria pero obligatoria, bajo amenaza de irregularidad e incluso expulsión, es contraria precisamente a la supresión de los puestos de control migratorio fronterizos acometida por Schengen y la UE y en cierto sentido, contraria al Derecho Comunitario.

No obstante, la verdadera función del precepto de este precepto sólo puede extraerse tras una segunda lectura del mismo en consonancia con la normativa comunitaria sobre libre circulación de ciudadanos comunitarios. En realidad, y aunque es discutible la validez del RD178/2003 a la luz del Derecho Comunitario, debe observarse que la aparente sanción de irregularidad de la permanencia posterior en España que comporta el incumplimiento de la obligación de la declaración de entrada en frontera del 29.1 REDYLE, no opera respecto a la mayor parte de ciudadanos comunitarios sino únicamente contra aquellos que constituyan una amenaza al "orden público, la seguridad pública o la salud pública" (art. 16.1 RD 178/2003) y de conformidad con la interpretación estricta que el TJCE exige para estos casos, lo cual reduce su ámbito de aplicación. Así planteado, y la práctica diaria demuestra la opción por este planteamiento, resulta que el incumplimiento de la obligación de declarar

[351] En el mismo sentido, el art. 10.1 RD requiere la presentación en el plazo de un mes desde la fecha de entrada en España de las solicitudes de las tarjetas de residencia cuando éstas sean obligatorias (familiares no comunitarios beneficiarios de la libre circulación y otros supuestos reconocidos en el art. 8), lo cual permite sostener la obligatoriedad del control migratorio en frontera y el estampado del sello para acreditar la fecha de entrada.

[352] La utilización del verbo "acreditar" del art. 29.1 REDYLE implica una acción demostrativa *in situ*, y no permite interpretar la última frase del apartado 1 como una obligación de simple cumplimiento de los requisitos de entrada, por el contrario refuerza el sentido general del precepto de que sin sumisión voluntaria al control migratorio en frontera se incurre en una permanencia irregular, susceptible de expulsión sobre la base del art. 53.a) TIDYLE.

la entrada aunque comporta la irregularidad de la permanencia de los ciudadanos comunitarios no impide su automática y obligada regularización en virtud del propio art. 6 RD 178/2003 pues "podrán residir en España sin necesidad de tarjeta de residencia" bastando el documento de identidad o pasaporte válido y en vigor en términos generales los nacionales comunitarios y sus familiares así como los familiares no comunitarios de españoles; si la mera disposición de ID o pasaporte convierte en regular la estancia, entonces la irregularidad predicada por el art. 29.1 REDYLE cesa para este colectivo; es más, si han entrado sin declarar la entrada pero residen regularmente no cabría ya denegarles la entrada sino expulsarles por permanencia irregular, causa que no concurre y que en todo caso, sólo puede aplicarse en supuestos excepcionales de amenaza al orden público, la seguridad púclia o la salud pública".

Excluida la aplicación en la práctica del art. 29.1 TIDYLE a los ciudadanos comunitarios y EEE que sean trabajadores, estudiantes o beneficiarios de la residencia permanente, así como a los familiares comunitarios de ciudadanos españoles, cuya residencia es regular a todos los efectos con la mera presentación del ID o pasaporte, resulta que este precepto únicamente tiene por finalidad afectar a los ciudadanos extracomunitarios, familiares o no de comunitarios o españoles, cuyo incumplimiento de la obligación de declaración de entrada sí puede comportar la irregularidad de su presencia en el territorio y la posterior expulsión, sin que puedan regularizar posteriormente su estancia.

La dureza de este planteamiento, que afecta a todos aquellos extracomunitarios que entraran en España en ejercicio de la libre circulación que el espacio Schengen facilita[353], únicamente es atenuada por la previsión del art. 29.2 TIDYLE que admite la declaración posterior de entrada en cualquier Comisaría u Oficina de Extranjeros cuando en el lugar de entrada no existiera puesto de control migratorio, siempre que se produzca en el plazo de 72 horas posterior a la entrada. En relación a esta previsión la práctica policial de requerir de nuevo el traslado a un puesto fronterizo para cumplir la formalidad de la declaración de entrada y en su caso el estampado del sello de entrada en el pasaporte, bajo sanción de considerar su entrada y estancia irregular no sólo es un incumplimiento evidente del precepto reglamentario, sino también un gravámen inútil e innecesario, salvo que lo que se

[353] El art. 19 Schengen permite la libre circulación con visado uniforme si se cumplen las condiciones art. 5 Schengen, lo que no resulta claro es si ello incluye sumisión a controles en fronteras interiores.

pretenda sea en realidad denegar la entrada y facilitar la ejecución de la medida de alejamiento aprovechando que el extranjero se encuentra en frontera.

En conclusión, puede decirse que este precepto abre la puerta a la consideración como entrada y estancia irregular de la entrada de extranjeros en ejercicio de la libertad de circulación en el interior de Schengen. Frente a estas prácticas, aceptadas en el marco de Schengen anterior al TA y no tocadas en el proceso de ventilación-comunitarización, debe sostenerse su probable contradicción con el Derecho Comunitario así como con el Derecho nacional en tanto que, primero derivan de una previsión reglamentaria, constituyen una infracción sancionada automáticamente con la irregularidad y posible expulsión a pesar de que ésta tiene carácter excepcional y concurren en este caso razones de peso para excluir la culpabilidad e incluso la responsabilidad por tal infracción, pues las fronteras carecen de indicaciones sobre la obligatoriedad de la declaración de entrada y generalmente su visado junto con el sello entrada estampado por otro Estado Schengen reconocen y crean una falsa confianza del derecho a la libre circulación interior.

2.5.- La exención de visado como medida flexibilizadora del sistema de control migratorio

Entre las excepciones legales a la obligación de obtener visado para la entrada en España, debe destacarse la figura de la exención del visado por residencia, de configuración fundamentalmente jurisprudencial. Esta institución tiene su origen en una interpretación que extendió la regulación de la exención del visado de entrada al permiso de residencia cuando concurriera una "causa suficiente" conforme al art. 12.4 LO 7/1985[354]. Introducida jurisprudencialmente esta figura, se creaba la posibilidad de eximir de la obligación de

[354] El origen de esta figura se remonta a la interpretación del art. 12.4 LOE y del art. 5.4 de su primer reglamento de desarrollo Real Decreto 1119/1986, interpretación que incialmente fue objeto de interpretaciones enfrentadas (a favor, las SSTS de 24 de abril, de 18 de mayo y 6 de julio de 1993, 10 de marzo de 1994, 14 de febrero y 8 de abril de 1995, en contra las SSTS de 25 de enero y 9 de marzo de 1993), finalmente superadas por la STS de 11 de octubre de 1994, que reconoció la base legal y reglamentaria de la interpretación jurisprudencial sobre la existencia de esta figura y de su configuración básica. Esta sentencia, así como las posteriores STS de 4 de febrero, Ar. 1344, 14 de septiembre, Ar. 7237 y 29 de junio de 1998, Ar. 5368, permiten deducir la base jurídica de la exención del visado de residencia del art. 12.4LOE y en ausencia de un desarrollo reglamentario de tal precepto, delimitar el término "causa suficiente" de dicho precepto mediante la analogía con la exención del visado de entrada, que sí contaba con una previsión reglamentaria en el art. 5.4 RD 1119/1986.REQUERO IBÁÑEZ, José Luís:*Extranjería y refugio: práctica contencioso*-administrativa, Ed. La Ley-Actualidad, madrid 1997, págs. 34 y ss; MOYA MALAPEIRA, David: "El régimen de extranjería en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Justicia Administrativa*,nº 8, julio 2000, págs. 282-290.

obtener el visado a determinados extranjeros en situación irregular, incial o sobrevenida, que por sus particulares circunstancias reunían las condiciones de obtención de un permiso de residencia, que solicitaban simultáneamente y al que se supeditaba la exención. Esta exención eximía al extranjero beneficiario de la misma de la obligación general de solicitar y recoger un nuevo visado de entrada por residencia en la Embajada o Consulado en el país de origen. Precisamente, la consideración de los términos "razones o circunstancias excepcionales" del art. 12.4 LOE en conexión con el art. 5.4 RELOE, como un concepto jurídico indeterminado[355] "susceptible de interpretación en cada caso y circunstancia concreta" (STS de 22 de obtubre de 1998, Ar. 8845), permitió a los Tribunales elaborar un cuerpo jurisprudencial sobre la aplicación de esta figura, sin perjuicio de la capacidad de la Administración de valorar inicialmente tales circunstancias, pero atribuyendose la facultad de revisar judicialmente la actuación administrativa con el fin de concretar efectivamente la extensión de la figura[356] (STSJCanarias Las Palmas 30 noviembre de 2000).

Esta medida flexibilizadora de la rigidez de la exigencia generalizada de visado, permitió una acogida muy positiva en la práctica jurídica de extranjería y su rápida consolidación en el ordenamiento, hasta el punto de plasmarse en la posterior reforma reglamentaria del Real Decreto 155/1996, pasando luego a ser regulada en la LO 4/2000 y el LO 8/2000, así como el art. 49 REDYLE, hasta la reforma de la LO 14/2003, que ha suprimido esta figura. Lo cierto es que la utilidad de la figura es indudable, en tanto que flexibilizaba la rigidez de un sistema que requiere la obtención de un visado en origen cuando su expedición es ya un mero trámite pues es de obligada concesión por las particulares circunstancias concurrentes en el extranjero[357] (motivos sanitarios, familiares,

---

[355] AGUADO, cit. supra, comenta la técnica alemana (*Begrifften*).

[356] STSJCanarias Las Palmas de 15 de mayo 2000. De acuerdo con las STJCanarias-Las Palmas de 23 marzo 2001, STSJCanarias Sta Cruz Tenerife 775/1998 de 23 junio, STSJCanarias Sta Cruz Tenerife 1244/1998 de 16 noviembre, STSJAndalucía, Málaga 2376/2003, de 18 julio, el empleo por la Ley de un concepto jurídico indeterminado no suponia un grado de discrecionalidad absoluta confundible con la arbitrariedad, sino que era un margen de discrecionalidad que la Sala podía concretar por medio de los informes de actuaciones judiciales y el expediente administrativo, de forma que pudiera concretarse el concepto jurídico indeterminado. La concurrencia de circunstancias de este tipo debe ser probada por el solicitante y no por a la Administración, que está obligada a valorarlas en un sentido finalista (STSJExtremadura de 23 noviembre de 2002). En el mismo sentido, pero para denegar las solicitudes las STSJMadrid de 26 febrero 2001 y STSJExtremadura 26 septiembre 2001

[357] STS de 9 de febrero de 1999 (Ar.1615):"La jurisprudencia de esta Sala viene considerando que han de tenerse como circunstancias 'excepcionales' el arraigo en territorio español, demostrado, entre otras circunstancias, por el hecho de seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación y la integración familiar, el disfrute de permisos de trabajo o el haber sido previamente titular de permisos de residencia (Sentencias de 13 de mayo 1993, 10 de julio de 1993, 8 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994,

21 de mayo de 1994, 20 de diciembre de 1994, 8 de abril de 1995, 19 de diciembre de 1995, 20 de enero de 1996, entre otras)"

Entre las *razones de índole sanitaria*; es muy frecuente encontrar casos en los que el tratamiento de una enfermedad requiere una asistencia sanitaria continuada en el tiempo que imposibilita o dificulta más allá de lo razonable la vuelta al país de origen para la obtención del visado (STSJBaleares de 26 de enero de 2001); igualmente, intervenciones quirúrgicas complejas o pautadas en el tiempo y seguidas de tratamientos posteriores ambulatorios (STSMadrid de 22 diciembre de 2001). . En estos casos, la dificultad de disponer de un tratamiento médico adecuado en el país de origen constituye otra razón de peso para acordar la exención del visado, especialmente cuando el afectado es un menor (STSJAsturias de 26 julio 2001). En el concepto de enfermedad se incluyen las dolencias, las amenazas de parto prematuro leve (STSJMurcia de 27 de septiembre de 2002); la delicada salud de una persona (STSJCantabria de 20 mayo 1999), la necesidad de revisiones médicas (STSJ Asturias 249/1999 de 30 marzo)' problemas psicológicos (Sentencia Juzgado GA Región Murcia 57/1999 de 11 febrero), etc.. En todos estos casos, el denominador común es el riesgo para la salud física o mental que puede entrañar la realización del viaje (STSJCantabria de 20 mayo 1999), riesgo que deberá valorarse razonablemente y conforme a estándares ordinarios.

Otro motivo de exención de la obligación del visado es la demostración de un *peligro real para el solicitante o su familia si vuelve a su país de origen* (STSJCanarias Santa Cruz, de 18 febrero 2000). El peligro en el país de origen puede deberse a una situación de conflicto armado, aunque los tribunales vacilan entre conceder la exención directamente (STSJCanarias-Sta Cruz 462/1998 de 29 de abril, STSJPaís Vasco 784/1999 de 11 noviembre) o exigir un *plus* de peligro personal por razones políticas (STSJMadrid de 26 febrero 2001) o cualesquiera otras (STJCanarias-Las Plamas, de 9 marzo 2001), también en razón de circunstancias sociopolíticas que supongan un peligro al volver a su país el solicitante, o incluso cuando el extranjero demuestra unas circunstancias especiales que impiden acceder a las misiones diplomáticas de España en el país de origen (STSJExtremadura de 22 de enero de 2002) o tal retorno es, en determinados casos especialmente dificultoso, como ocurre respecto de los cubanos, a los que España ha ofrecido un tratamiento especial (STSJCanarias, Sta Cruz Tenerife n 105/2000 de 27 de enero, STSJCanarias Santa Cruz Tenerife 907/1998 de 24 julio, STSJGalicia 937/1998 de 5 noviembre, STSJCanarias, Santa Cruz Tenerife 1392/1998 de 18 diciembre, STSJCanarias Sta Cruz Tenerife 1244/1998 de 16 noviembre, STSJCanarias, Santa Cruz Tenerife 1392/1998 de 18 diciembre, STJ Canarias Santa Cruz Tenerife 499/19999 de 23 de abril). No cuando, tales invocaciones son genéricas (STSJExtremadura de 24 abril 2001) o simplemente se alega la situación de pobreza. En todo caso, las alegaciones genéricas de peligro para la vida en el país de origen no son admitidas por la jurisprudencia al requerir la integración del concepto jurídico indeterminado atendiendo a las circunstancias de cada caso y valorandolo desde la perspectiva finalista de la posibilidad de obtención del visado (STSJExtramadura de 27 marzo de 2002). El peligro, eso sí, se admite tanto si afecta únicamente al solicitante como si se extiende a su familia (STSJCanarias de 3 diciembre y STSJCanarias Sta Cruz Tenerife 775/1998 de 23 junio) y el nivel de prueba no tiene que ser completo, basta demostrar la "previsible imposibilidad para el actor de solicitar visado" en el país de origen (STSJCanarias-Sta Cruz 462/1998 de 29 de abril). La ausencia de informe previo de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio cuando el caso se inscribe claramente en una doctrina jurisprudencial asentada, no impide el reconocimiento de la exención (STSJPaís Vasco 784/1999 de 11 noviembre).

La consideración del *arraigo suficiente* constituye una categoría de contornos un poco más imprecisos, que en todo caso engloba situaciones de arraigo por razones familiares, arraigo social o arraigo económico, y que por diferentes motivos admite la exención del visado porque el extranjero ha establecido vínculos de variado tipo con la sociedad de acogida. El arraigo familiar, distinto de la exención de visado por reagrupación familiar (STSJCanarias Las Palmas 30 noviembre de 2000), suele extenderse allí donde esta última no alcanza pero se aprecian unas circunstancias familiares que requieren la exención del visado, así respecto de hijos en proceso de acogimiento legal (STSJCantabria de 3 abril de 2000), o de familiares dependientes del solicitante(STSJ Andalucía, Sevilla de 12 julio 2000, STJCat Secc. 5ª, nº 115/2001). Más abierta está la cuestión de si la mera convivencia "more uxorio" justifica tal exención, pues algunas sentencias lo han negado (STJCat. de 13 julio 2000 Secc. 5ª), mientras que otras lo han admitido (STJCat de 4 abril 2001 Secc. 2ª). El arraigo social puede derivar del seguimiento con provecho de estudios (STJCanarias-Las Palmas de 23 marzo 2001), de la residencia legal anterior e integración en España (STSJCastyLeón 1730/2000 de 7 octubre), etc...

Igualmente, la valoración positiva sobre la existencia de razones excepcionales para la exención del visado, puede resultar de una valoración conjunta de varios de los motivos mencionados (STSJ Asturias 249/1999 de 30 marzo) o de la admisión de cualesquiera otros, pues se trata de una lista no tasada y abierta, en tanto que conceptos jurídicos indeteminados. Concretamente, el arraigo con frecuencia actúa de complemento de otras razones que por sí mismas resultarían débiles o insuficientes. En algunas sentencias, la *buena fe* del solicitante era un elemento tomado en cuenta, junto a algún otro de los mencionados anteriormentes, para reforzar la justificación de la concesión de la exención. Así, se tuvo en cuenta en las STSJCanarias Santa Cruz, de 18 febrero 2000 y STJ Canarias Santa Cruz Tenerife 499/19999 de 23 de abril, una vez demostrada la situación de peligro real en el país de origen, o en la STSJ Baleares 530/1997 de 28 octubr, respecto de la

de suficiencia del arraigo en el territorio o por peligro real en caso de volver al país de origen, etc.,) y el control migratorio puede hacerse en el interior del territorio que es donde se encuentra ya el extranjero. En realidad, la exención del visado constituye una renuncia por parte del Estado al control migratorio en origen, limitandose a realizar un único control de estancia en el interior del territorio; ello se debe un control en origen carece ya de sentido, pues su principal ventaja, evitar costosas medidas de alejamiento, desaparece desde el momento en que la residencia es de obligada concesión.

Sin embargo, no puede negarse que la figura de la exención del visado contiene en sí misma una cierta contradicción lógica: al flexibilizar la rigidez del sistema de control migratorio en atención a determinadas circunstancias expecionales, traslada el control del estadio de entrada al estadio de estancia, generando una impresión no deseada de que el Estado consiente la elusión de los controles de entrada (entrada irregular) o de estancia (irregularidad sobrevenida) e incluso la premia en determinados casos con una vía de regularización. Ello explica la reforma por la LO 14/2003 dirigida a la supresión de tal figura, si bien su desaparación jurídica no significa la desaparación del problema que le dió origen ni de la necesidad de una solución;en este sentido el art. 31.3 TIDYLE contempla la concesión de autorizaciones de residencia temporal "por situaciones de arraigo así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente", para señalar que en estos casos directamente no será exigible el visado. Parece lógico pensar que el futuro Reglamento deberá contener un listado abierto para incluir circunstancias nunca previsibles de antemano, e incorporar de alguna manera el cuerpo jurisprudencia sobre las causas de exención del visado. De hecho, la desaparición de la duplicidad de procedimientos administrativos (exención de visado y permiso de residencia) debe ser acogida positivamente, pues supone una agilización del procedimiento y su ubicación en el ámbito de control de estancia, que es el que le corresponde en tanto que esta medida siempre ha sido una vía de regularización ordinaria de personas en situación irregular.

---

solicitud presentada por un ciudadano canadiense que precisaba asistencia nsanitaria imposibilitadora del regreso a su país para obtener el visado, demostrada mediante certificado médico.

2.6.- La autorización de entrada viciada u obtenida fraudulentamente

A diferencia de otros países cercanos, España no dispone de una regulación legal ni jurisprudencial sobre la autorización de entrada viciada u obtenida fraudulentamente. En el Reino Unido, por ejemplo, el concepto de "entrada ilegal" incluye la obtención ilegal del permiso de entrada mediante engaño, falsa documentación, corrupción del funcionario, ocultación de elementos de decisión en los controles fronterizos ("deception"), e incluso necesidad o involuntariedad[358]. En este sentido se pueden distinguir dos líneas interpretativas distintas en el tratamiento de estas situaciones: una interpretación amplia del concepto de "entrada ilegal" que simplemente exigiría un comportamiento del extranjero dirigido a falsear el control migratorio[359], y una interpretación restrictiva que exigiría además que tal falseamiento hubiese sido esencial para obtener la autorización de entrada[360]. Del ejemplo británico hay que destacar igualmente el interesante cuerpo jurisprudencial sobre los vicios derivados de la incorrecta o defectuosa estampación del sello de entrada[361].

---

358 El adjetivo "ilegal" referido a la obtención de la autorización de entrada fue interpretado por la Court of Appeal en el caso R v Governor of Ashford Remand Centre, ex p Bouzagou [1983] Imm AR 69, CA, de forma que incluyera aquellos casos en que la llegada y la entrada en el Reino Unido fueran involuntarias o por causa de necesidad, como podría ser un aterrizaje forzoso, frente a la postura que exigía para su aplicación la necesidad de que el extranjero conociera la ilegalidad de su actuación de forma semeante al dolo penal. Este caso se refería a una persona que había entrado desde Irlanda al Reino Unido, y aunque la Court of Appeal aceptó la argumentación de que esta persona no sabía que estaba entrando en contra de la normativa de inmigración, consideró de todas formas que el término "ilegal" debía aplicarse a casos de necesidad o involuntariedad de la entrada.

359 La Corte de Apelación ha sentenciado que una declaración falsa es simplemente una declaración inexacta, y no forzosamente fraudulenta (Akhart vs IAT [1991] Imm AR 326, CA). Incumbe al oficial o al Home Office probar la declaración, su falsedad y su finalidad de obtener una autorización de entrada ("nivel estándar de prueba"), pero si se declara la existencia de fraude o la autorización de entrada es sido solicitada tras una apelación que le ha sido favorable el estándar de prueba deberá ser más alto (R. vs Secretary of State for the Home Department, ex p Miah [1983] Imm AR 91, DC; Ali vs Secretary of State for the Home Department [1984] 1 All ER 1009, [1984] 1 WLR 663, CA). Una declaración no será falsa si únicamente se trata de la afirmación de la existencia una serie de hechos y no una declaración continuada de cuestiones que afecten al futuro. Para concluir la la falsedad de una declaración existen pronunciamientos divergentes en función de si la declaración falsa ha sido determinante para la obtención de la autorización de entrada (R vs Secretary of State for the Home Department, ex p Jayakody [1982] 1 All ER 461, [1981] Imm AR 205, CA o en R vs Secretary of State for the Home Department, ex p Ming [1994] Imm AR 216, QBD) o simplemente que tuviera por finalidad la obtención de la autorización, posición asumida en Akhart vs IAT [1991] Imm AR 326.

360 La obtención de una autorización de entrada inmerecida puede deberse también a la ocultación de hechos materiales al Oficial de Inmigración, siempre que esos hechos sean decisivos para la concesión o denegación de la autorización de entrada (R vs Secretary of State for the Home Department, ex p Jayakody [1982] 1 All ER 461, [1981] Imm AR 205, CA). Esta posición ha sido refutada en Marquez [1992] Imm AR 354 donde se sostuvo que bastaba la ocultación de hechos importantes, no necesariamente esenciales o decisivos. En todo caso, lo importante es que los hechos ocultados pudieran afectar a la decisión de entrada.

361 El pronunciamiento de la Corte de Apelación R vs Secretary of State for the Home Department, ex p Ram [1979] 1 All ER 687, [1979] 1 WLR 148, admitió la comisión de un grave error por parte del funcionario, cuya consecuencia fue el reconocimiento de un permiso de residencia indefinida al extranjero.

En España lo más corriente, es que la Administración actúe directamente contra el extranjero, generalmente con el fin de alejarlo de España[362]. Sin embargo, el tratamiento administrativo de este tipo de actuación no puede consistir en una vía de hecho; ni tampoco sirve calificar tal entrada como nula y por consiguiente ilegal en los términos del art. 58.2 TIDYLE al efecto de proceder a la devolución o expulsión del extranjero. En estos casos la Administración se encuentra vinculada por un acto anterior nulo o anulable que autorizó la entrada del extranjero considerándola legal[363], de forma que no es admisible la adopción de un nuevo acto administrativo de signo opuesto, especialmente una medida de alejamiento propia del control de entrada (retorno[364] o devolución[365]), en base a la consideración de que la entrada era ilegal[366]. La entrada sólo puede considerarse ilegal si se revoca la autorización de entrada por alguno de los procedimientos de los arts. 102 o 103 LRJAPyPAC, con base en la existencia de documentos o declaraciones falsas o un comportamiento delictivo del extranjero, que denote su mala fe. En otro caso, el alejamiento de un extranjero sin una

362 Por Auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de El Prat de Llobregat (Barcelona), de fecha 16 de agosto de 1998, DP 1313/98 se conoció un asunto que ilustra la existencia de errores en los controles de frontera atribuibles a funcionarios y sus consecuencias sobre el extranjero. Una ciudadana extranjera entró en España procedente de su país, siendo objeto de control migratorio en el puesto fronterizo del aeropuerto de Barajas donde, a pesar de carecer de los requisitos que justificaban el motivo de la entrada ni la existencia de un billete de regreso a su país, por error se le autorizó la entrada en España constando documentalmente tal resolución en forma de sello de entrada en su pasaporte. Posteriormente esta ciudadana extranjera enlazó con el vuelo hacia Barcelona, donde los funcionarios de control migratorio detectaron el error y adoptaron una resolución denegatoria de entrada y la retuvieron en la "sala de rechazados" a la espera de un vuelo hacia su país para poder ejecutar el rechazo en frontera.

363 De otra manera, se incurriría claramente en un caso de *venire contra factum propium*, SÁNCHEZ MORÓN, *cit supra*.

364 Distinto es, no obstante, considerar la aplicación del retorno en los puestos de control fronterizo para aquellos casos en que se descubra la existencia de actos fraudulentos o declaraciones falsas dirigidas a obtener la autorización de entrada.

365 En tanto que la devolución ha sido objeto de escasa definición por la jurisprudencia y la doctrina, una interpretación amplia del concepto de "pretender entrar ilegalmente" permitiría encajar en esta medida de alejamiento el supuesto de autorización de entrada nula obtenida con mala fe, Cfre RODRÍGUEZ CANDELA y GARCÍA ESPAÑA, cit. supra.

366 ESTRADA CARRILLO ha considerado la entrada por medio de una autorización viciada como un supuesto de entrada ilegal, para matizar las consecuencias de la misma en atención a la responsabilidad que en la misma tenga el extranjero o el funcionario encargado del control migratorio. Por esa razón distingue entre la responsabilidad activa por entrada ilegal atribuible al comportamiento del extranjero que, vulnerando las disposiciones legales y administrativas, penetra en territorio nacional por lugar no habilitado o incumpliendo cualquier otro de los requisitos referidos, de la responsabilidad pasiva exigible al funcionario encargado de que los controles migratorios se realicen con el rigor debido y cumpliendo los trámites establecidos, ya sea éste miembro del Cuerpo Nacional de Policía (art. 12.1.A.b LOFCS), o de la Guardia Civil (art. 12.1.B.d LOFCS). La responsabilidad pasiva del funcionario derivada de un error consciente o inconsciente en el control o filtro de entrada, puede excusar la responsabilidad del extranjero, debidamente ponderada en su caso, de forma que la entrada podría ser subsanada por la propia Administración. Este interesante planteamiento tiene una aplicabilidad limitada porque tales vicios únicamente pueden ser subsanados mediante el recurso a las razones humanitarias, con el problema añadido de que tal decisión de las autoridades administrativas es absolutamente discrecional. Contra esta distinción se pronuncia MIQUEL CALATAYUD, cit. supra pág. 314, que considera intrascendente el comportamiento de los funcionarios en la calificación de la entrada como ilegal.

declaración formal previa de nulidad de la autorización cuya entrada sea calificada como ilegal introduce un vicio esencial en el procedimiento de alejamiento.

De hecho, el problema es que en estos casos el control migratorio de entrada ha fallado, de modo que cualquier actuación en estos casos opera desde los mecanismos de control de estancia, es decir, desde el Derecho Sancionador de extranjería. La expulsión parece ser la opción más lógica en la práctica, puesto que presenta dos importantes ventajas sobre los procedimientos anteriormente mencionados: por un lado, porque no requiere revocación del acto viciado anterior, basta aplicar al extranjero la expulsión por estancia irregular del art. 53.a) TIDYLE, en la que más pronto o más tarde incurrirá; , por otro lado, la expulsión permite una mejor compatibilización con las sanciones penales, especialmente la falsificación de documentos (art. 89 CP) e incluye una prohibición de entrada de larga duración367.

No obstante, cuando el extranjero haya obtenido un permiso de residencia en base a la autorización de entrada viciada, la expulsión requerirá indefectiblemente el recurso al expediente de nulidad del acto viciado. Si bien, el art. 102.1 LRJAPyPAC permite transmitir la nulidad a todas las autorizaciones o permisos posteriores relativas a la estancia del extranjero en España, la potencial precariedad que tal precepto introduce obliga a atenuarla mediante el recurso al principio de la buena fe, si el extranjero demuestra su desconocimiento de los vicios que aquejaban a la autorización de entrada368. Así, el extranjero que obtuvo una autorización de entrada por error manifiesto del funcionario, no debe perder su permiso, a diferencia de aquél que obtuvo la autorización (o el visado) mediante soborno y posteriormente consiguió y posteriormente un permiso de residencia, en su caso la autorización de entrada debería ser nula de pleno derecho sin posibilidad de convalidación via art. 67 LRJAPyPAC.

---

[367] STSJ Valencia, secc. 2ª, S 22-07-1998, núm 978/1998, rec. 1050/1998 y STSJ Cast-León (Bur), S 29-05-1998, núm. 560/1998, rec. 729/1997.

[368] Aunque NIETO y VELADÍEZ digan que en sus efectos ambas figuras tienden a identificarse, lo cierto es que las consecuencias de una autorización de entrada viciada sobre las autorizaciones posteriores de estancia en España, varían bastante en función de si tales autorizaciones lo fueron mientras la autorización era anulable, pues en tal caso serían válidas, o nula, pues entonces contaminarían de nulidad absoluta las autorizaciones basadas en ella.

Por todo ello, si se parte del carácter de acto administrativo aparentemente válido y eficaz de la autorización de entrada, su modificación exige un procedimiento administrativo posterior que declare su nulidad, pero para ello, al igual que en el Reino Unido, es indispensable una actividad previa de deslinde de los supuestos calificables de entrada ilegal a la luz de los arts. 62 y 63 LRJAPyPAC. En base a este criterio pueden señalarse las principales causas que dan lugar a vicios de nulidad o anulabilidad de la autorización de entrada, de las cuales las tres primeras se deben a un comportamiento ilícito del extranjero y las dos últimas a un error del funcionario sin concurrir culpa alguna del extranjero:

1. el empleo de documentación falsa, especialmente el pasaporte o el visado, incardinables en el art. 62.1.d) LRJAPyPAC en relación con el delito de falsedad en documento público del art. 392 CP;
2. el recurso a declaraciones falsas, reconducible al supuesto de nulidad del art. 62.1.f) LRJAPyPAC por permitir "la adquisición de derechos o facultades cuando se carecía de los requisitos esenciales para su adquisición". En este supuesto, debe limitarse la aplicación del criterio de la nulidad a las alegaciones falsas que hayan sido esenciales para obtener la autorización de entrada, es decir, aquellas sin las cuales la entrada del extranjero presumiblemente se hubiese denegado; el concepto de "declaración falsa" deberá ser, pues, de interpretación restrictiva.
3. las autorizaciones de entrada atribuibles al comportamiento delictivo del funcionario policial, que pueden ser imputables al funcionario mismo (prevaricación, corruptelas...) o al extranjero (amenazas o coacciones, fundamentalmente) implican también la obtención delictiva de una autorización de entrada sancionada con la nulidad del acto en el art. 62.1.d) LRJAPyPAC.
4. la expedición de documentos o la autorización de entrada cuando el extranjero carece de los requisitos esenciales exigidos por el art. 25 TIDYLE y complementarios, puede atribuirse a un error del funcionario, conformando el supuesto de nulidad del art. 62.1.f) LRJAPyPAC de obtención de facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.
5. la entrada por puesto fronterizo debida a la ausencia de control migratorio o a un control insuficiente (dejación de los servicios policiales, error, masificación, etc...)

cuando el extranjero careciera de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, constituye un acto administrativo dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, del art. 62.1.e) LRJAPyPAC, pero atribuible directamente a los funcionarios encargados del control;

Mientras los tres primeros supuestos dan lugar generalmente a vicios de nulidad del art. 62 LRJAPyPAC, los dos segundos pueden comportar dicha nulidad o la simple anulabilidad del art. 63 LRJAPyPAC. La diferencia entre los vicios de nulidad y los de anulabilidad está en los distintos plazos de que disfrutan las respectivas acciones y en los efectos de las mismas: mientras la acción de nulidad no prescribe y los efectos de su declaración son ex tunc, el plazo de la acción de anulabilidad es de cuatro años y sólo despliega efectos a partir de su declaración. Por consiguiente, sólo cabrá tachar de ilegales las entradas viciadas de nulidad en cualquier momento y de anulabilidad sólo si la acción se ejercita en el plazo de cuatro años tras la entrada.

En cualquier caso, para declarar la nulidad de la autorización de entrada viciada, ya sea a través del procedimiento de revisión de oficio del acto nulo (art. 102 LRJAPyPAC) o de la declaración de lesividad del acto anulable confirmada por la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 103 LRJAPyPAC)[369], procedimientos en los operan los límites del art. 106 LRJAPyPAC, y destacadamente entre ellos el principio de buena fe, que en esta materia se identificaría con la no provocación del error en el funcionario[370]. GÓMEZ PUENTE

[369] Cabría también la posibilidad de subsanar la autorización que adolezca de vicios de anulabilidad (art. 67 LRJAPyPAC), pero tal opción, a pesar de que según BELADÍEZ es un procedimiento debido y su incumplimiento una vulneración del principio de legalidad, encuentra un obstáculo infranqueable en el desinterés tanto de la Administración como del extranjero por subsanar tales vicios. La Administración, por economía procedimental, no subsanará un acto anterior viciado si puede salvarlo posteriormente con otro acto; por ejemplo, con un permiso de residencia. El extranjero, por su parte, será reacio a someter a revisión el acto viciado de anulabilidad, porque mientras sea aparentemente válido despliega sus efectos como tal y le es favorable. Sólo cuando el extranjero resulte perjudicado en sus intereses por una actuación administrativa basada en la existencia de vicios en la autorización de entrada o prevea una actuación contraria a sus intereses por parte de la Administración, opondrá la inexistencia de una declaración formal de nulidad del acto. Cfre.: BELADÍEZ ROJO, Margarita: Validez y eficacia de los actos administrativos, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994. págs. 263-265.

370 De la misma manera, tampoco es aplicable la revocación de la autorización por la vía del art. 105.2 LRJAPyPAC, pues los actos administrativos a los que nos referimos no encajan con la descripción del precepto ("errores materiales, de hecho o aritméticos") ni con su finalidad. Respecto a la revocación GÓMEZ PUENTE afirma "Lo cierto es que, en nuestro Ordenamiento jurídico, la Administración pública no podrá revocar los actos declarativos de derechos subjetivos. Podrá por sí (en ejercicio de la autotutela administrativa) declarar la nulidad de los actos que incurran en un vicio que determine este grado de eficacia por los trámites del procedimiento que regula el artículo 102. LRJAPyPAC, e impugnar mediante mediante el "recurso contencioso-administrativo de lesividad" los actos que incurran en cualquier otro grado de invalidez (art. 103

aboga por una aplicación amplia del principio general de la buena fe en el ámbito de las potestades de anulación, aunque generalmente el Tribunal Supremo lo haya puesto en relación con el tiempo transcurrido (retraso desleal)[371]. A partir de este límite, puede sostenerse una distinción más "justa", si se permite término tan subjetivo, entre las formas de entrada de los extranjeros en España: autorización de entrada obtenida con mala fe y autorización obtenida de buena fe, que en la lista anterior coinciden con los tres primeros supuestos y los tres últimos, respectivamente.

No obstante, la eficacia de estos dos mecanismos de control de la legalidad de los actos administrativos se ve empañada cuando se aplica a las autorizaciones de entrada precisamente por su complejidad. La revisión de oficio de una autorización de entrada nula[372] (art. 102.1 LRJAPyPAC) exige que la solicitud cursada de revisión de oficio sea informada por el Consejo de Estado y siga la correspondiente tramitación; de todas maneras, en los casos en que la entrada del extranjero se obtuvo con evidente mala fe o comisión de algún delito (falsificación de documentos, coacción, soborno) la revisión de oficio puede tramitarse de forma urgente con el fin de poder adoptar prontamente una medida de alejamiento de España. Más dificultades prácticas plantea la declaración de lesividad de los actos anulables favorables al interesados (art. 103.1 LRJAPyPAC), pues requiere un procedimiento administrativo declarativo de la lesividad del interés público y un posterior proceso contencioso-administrativo, con lo que pueden pasar años antes de que la autorización anulable sea declarada nula, por lo que este mecanismo no constituye una solución rápida para situaciones que exijan cierta celeridad. En realidad, un uso abusivo de lo anteriormente expuesto podría comportar la suspensión de la calificación de la entrada como ilegal hasta que se declarase la nulidad de la autorización de entrada provocando una cierta impunidad del extranjero que podría ampararse en la ineficacia administrativa y jurisdiccional para consolidar una estancia ilegal en España.

LRJAPyPAC) pero no privar de efectos a un acto válido del que deriven derechos subjetivos. Las potestades de revocación por la propia Administración únicamente pueden, pues ejercitarse dentro de estrictos límites." Cfre.: GÓMEZ PUENTE, cit. supra, pág. 174

371 SSTS de 30 de noviembre de 1965, 28 de junio de 1969, 27 de febrero de 1968, 22 de abril de 1971 o 29 de abril de 1974.

372 DE PALMA DEL TESO, Ángeles: "La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen" en *Revista de Administración Pública*, nº 159, sept.-dic. 2002,págs. 401-416.

3.- La denegación de entrada de extranje ros en frontera (*rechazo o retorno*)

Del apartado anterior y de la sistemática de la Ley se deduce que la denegación de entrada se emite respecto de los extranjeros que se han sometido a los controles migratorios fronterizos, mientras que aquellos extranjeros que hayan pretendido entrar ilegalmente en el territorio son objeto de un procedimiento y una medida de alejamiento distinta, la devolución del art. 58.2 TIDYLE, siendo quizá lo más destacable que estos extranjeros no obtienen una denegación de entrada puesto que no han solicitado legalmente la entrada en el territorio, sino que intentaron realizarla por la vía de hecho de forma ilegal. En consecuencia, a los extranjeros sujetos a devolución tampoco les será de aplicación, al menos directamente, el conjunto de derechos y garantías del art. 26.2 TIDYLE.

Como medida de alejamiento de extranjeros el "rechazo en frontera" existió con tal denominación desde las Leyes 4/1984 y LO 7/1985 hasta la reforma por la LO 4/2000 en que su denominación fue sustituida por la de "retorno con internamiento" (art. 56). Bajo estas diferentes denominaciones se encuentra una medida de alejamiento de extranjeros de aplicación en los puestos fronterizos para aquellos extranjeros que se presentan en las fronteras (marítimas, aéreas o terrestres) para someterse al preceptivo control migratorio, pero que a resultas del mismo no consiguen obtener la autorización de entrada en España, generalmente por no reunir las condiciones establecidas en el antiguo art. 11 y ss. LOE o actual 25 y ss. LODYLE. Al menos esta es la definición más o menos extendida que se ha consolidado de esta medida[373].

Hasta el año 2000, el rechazo o retorno se aplicaba fundamentalmente en los puestos de control migratorio situados en las fronteras terrestres, marítimas y aéreas que eran fronteras exteriores en el sentido del Convenio de Schengen[374]. Como consecuencia del desmantelamiento de los controles migratorios en el interior del territorio Schengen, los

[373] Autores y administración.

[374] Art. 1 del Convenio: "A los efectos del presente Convenio se entenderá por: (...) Fronteras interiores: las fronteras terrestres comunes a las Partes contratantes, así como sus aeropuertos por lo que respecta a los vuelos interiores y sus puertos marítimos por lo que respecta a los enclaces regulares de transbordadores con procedencia o destino exclusivamente en otros puertos de los territorios de los Estados". Ceuta y Melilla no son fronteras exteriores Schengen, de acuerdo con el Convenio de Aplicación de 1990.

controles en las fronteras terrestres con Portugal y Francia se han ido reduciendo paulatinamente[375], hasta quedar únicamente aquellos situados en la frontera con Marruecos en Ceuta y Melilla, y excepcionalmente como retorno realizado en los puestos de control migratorio "terrestres" aquellos adoptados en la Seu d'Urgell[376].

Con la aprobación de la modificación de la LO 4/2000 por la LO 8/2000 el retorno pasó a encontrarse regulado en el art. 60 TIDYLE y su redacción ahora admite diversas interpretaciones respecto a su ámbito de aplicación que la pueden convertir en una medida mucho más flexible que en su redacción anterior.

> **Artículo 60. Retorno**
>
> 1.- Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.

El artículo 60.1 TIDYLE permite aventurar como mínimo dos posibles interpretaciones. Una intepretación más estricta del ámbito de aplicación de este precepto sería aquella que limitara su aplicación a los extranjeros que se presenten voluntariamente

---

[375] En virtud del Convenio de Schengen 1990 a partir de 1995 se desmantelaron los controles migratorios en el interior del territorio Schengen. Así ya no pueden situarse controles en las fronteras que en 1995 eran objeto de control de los extranjeros procedentes de Francia (Bielsa, Camprodon, Canfrnc, Dancharinea, Echalar, Errazu, Eugui, Irún, Isaba, La Jonquera, Les, Ochagavia, Portbou,, Puigcerdà, Sallent de Gallego, Seu d'Urgell, Varcarlos, Vera de Vidasoa) o Portugal (Alcanices, Ayamonte, Calabor, Caya, Feces de Abajo, Fermoselle, Fuentes de Oñoro, La Magdalena, Lovios, Menxoiera, Puente Barjas, Rosal de la Frontera, Salvatierra Se Miño, Torregamones, Tres Marras, Tuy, Valencia de Alcántara). Cfre: Anuario del Ministerio del Interior, 1995, Ed. Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, 1996, pág. 261.

[376] En el *Anuario del Ministerio del Interior, 1995* cit. supra, se considera también control en puestos fronterizos terrestres el realizado en La Línea de la Concepción, además de los controles de Ceuta y Melilla, lo cual merece una explicación: en los años posteriores a 1995 los rechazos en las fronteras terrestres se fueron reduciendo, de modo que, aparte de Ceuta y Melilla, se adoptaron únicamente en la frontera andorrana de la Seu d'Urgell y en el control policial de La Línea de la Concepción, en Algeciras (*ferry*). En estas dos últimas localidades situadas ya en el interior del territorio nacional, el empleo del rechazo en frontera se redujo drásticamente pues en 1996 no se adoptó como rechazo terrestre ninguno en La Línea (en 1996 se adoptaron 683 rechazos marítimos en el puerto de Algeciras y 3507 devoluciones en Cádiz) y en La Seu paulatinamente la aplicación del rechazo ha evolucionado hacia 8 y 74 rechazos en el año 1999 y tan solo 8 en La Línea en el 2000; y ello a pesar de que en La Línea el retorno no puede ser terrestre. Con posterioridad se ha corregido esta concepción del rechazo en frontera terrestre como medida aplicable en el interior del territorio nacional y sólo se contabilizan las de Ceuta y Melilla, pues el resto de fronteras terrestres son fronteras interiores en las que en virtud de los efectos del Convenio de Schengen se han suprimido los controles fronterizos. Los demás son retornos en fronteras marítimas o aéreas (exteriores) que sí entran en el cómputo de tales medidas.
La práctica demuestra que la distinción entre las diferentes medidas de alejamiento no siempre se ha implantado de forma homogénea en la totalidad del territorio.

en el puesto fronterizo para solicitar la entrada en España y que se les practique el último filtro de control migratorio; a estos extranjeros que demuestran buena fe sometiendose a los controles si la entrada les fuera denegada conforme al art. 26.2 TIDYLE les sería de aplciación la medida de retorno del art. 60 TIDYLE. Esta interpretación implica la adopción de un acto administrativo previo y formalizado de denegación de entrada con determinadas garantías legalmente previstas antes de proceder al retorno, mientras que todas aquellas situaciones de entrada en España por la vía de hecho con voluntad de eludir o forzar los controles migratorios de frontera serían susceptibles de devolución por entrada ilegal del art. 58.2 TIDYLE. La mayor ventaja de esta interpretación es su sencillez y claridad, no obstante resulta un tanto rígida si se tiene en cuenta la variedad de situaciones que escapan a tal clasificación y, sobre todo, si se considera que tras la reforma operada por la LO 14/2003 la devolución se convierte en una medida plenamente sancionadora de interpretación restrictiva que no puede continuar siendo una medida de aplicación subsidiaria para los casos que no encajan exactamente en las otras medidas de alejamiento. No obstante, esta intepretación parece haber sido acogida en el desarrollo reglamentario del precepto[377] (art. 137.1 REDYLE).

Atendiendo a estas razones y tras la reforma por la LO 14/2003 del régimen de la devolución, es posible sostener que esta reforma comporta una reordenación de los respectivos ámbitos de aplicación entre el retorno del art. 58.2 TIDYLE y la devolución del art. 60 TIDYLE. Si la nueva devolución tiene carácter sancionador la interpretación de su ámbito de aplicación debe ser aún más restrictiva[378] de lo que ya la STS de 20 de marzo de 2003 exigía cuando esta medida aún se había configurado con carácter sancionador[379]. Por consiguiente, si la devolución por "pretender entrar ilegalmente" debe delimitarse de forma muy restrictiva, lo cual como veremos no es una operación sencilla, entonces pierde el

[377] Art. 137 REDYLE.- Retorno
1.- Se acordará el retorno cuando el extranjero se presente en un puesto fronterizo habilitado y no se le permita el ingreso en el territorio nacional por no reunir los requisitos que para autorizarles la entrada se contienen en el presente Reglamento.

[378] Cfre. Aptado. 4, *infra*.

[379] La STS de 20 de marzo de 2003, cuando la medida de devolución del art. 58.2 TIDYLE era solamente una esta medida restrictiva de derechos sin carácter sancionador, ya exigió una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de esta medida, declarando ilegal la expresión "en tránsito o en ruta por el territorio" del Real Decreto 864/2001 por exceder el ámbito de aplicación previsto legalmente para su aplicación. La ausencia de modificación legal de la devolución por la LO 14/2003 puede leerse en el sentido de reconocer un ámbito muy restringido de aplicación que excluya su aplicación a extranjeros "en tránsito o en ruta", para practicarse ante casos de tentativa frustrada de entrada ilegal tal y como requiere la interpretación del elemento "pretender". Cfre. Aptado. 4, *infra*.

carácter de medida de alejamiento de aplicación subsidiaria que demostró en el pasado. Esa función de medida subsidiaria de amplio ámbito de aplicación puede traspasarse al retorno en cuanto la redacción del art. 60.1 TIDYLE admite una interpretación más amplia[380] que permitiera la aplicación de esta medida desprovista de carácter sancionador a cualesquiera "extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país", y que además de las denegaciones de entrada en frontera puede incluir otra actuaciones de la policía fronteriza (guardia civil o policía nacional) dirigidas a impedir la entrada de extranjeros en el territorio, entre las que podrían incluirse: las acciones no formalizadas de denegación de entrada en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla ("rechazo sin impreso"), las actuaciones de coacción administrativa directa dirigidas a impedir la entrada en el territorio nacional por la vía de hecho (colarse en los puestos de control fronterizo, asaltos colectivos, intentos de entrada en los bajos de un camión, etc...), así como algunos otros supuestos de aplicación excepcional. Una interpretación más amplia podría incluso extender la adopción de esta medida de alejamiento a supuestos en los que el extranjero se encuentre ya en el interior del territorio nacional por razones humanitarias o cualesquiera otras su retrono vaya a retrasarse más de lo previsto sin que alcance para el otrogamiento de una autorización de entrada del art. 25.4 TIDYLE (embarazadas, enfermos, solicitantes de asilo, etc...). Esta intepretación, presenta la ventaja de su mayor utilidad y versatilidad, ofreciendo por consiguiente una respuesta más completa a todas las posibles situaciones que se dan en los cotnroles fronterizos. En este sentido, otorga al sistema general de fronteras mayor coherencia y solidez, a la vez que es menos lesiva de los intereses de los extranjeros, al reducir el ámbito de aplicación de la sanción de devolución, mucho más restrictiva pues incorpora una prohibición de entrada.

En consecuencia, la denegación de entrada en España adoptada conforme al art. 26.2 TIDYLE[381], debe complementarse en determinados caso con el art. 30 REDYLE e indirectamente también con el art. 137.2 REDYLE[382].

---

[380] Sin alcanzar la amplitud de la medida de retorno italiana, que admite un doble ámbito de aplicación ("respingimento" simple o "respingimento" con acompañamiento a frontera), puesto que en Italia no existe una figura autónoma como la devolución por pretender entrar ilegalmente, cuyo ámbito de apliación coincidiría en parte con el "respingimento" con acompañamiento a frontera, una interpretación amplia del retorno en España se encontraría en un punto intermedio respecto a la italiana.

[381] Art. 26.-Prohibición de entrada en España

2. A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para

Den definitiva, las medidas de alejamiento de extranjeros revelan una naturaleza distinta en función de la ley de extranjería que las regula, pero también en función de los supuestos sobre los que recae cada una de ellas, el acto administrativo que las precede y las consecuencias jurídicas que comportan para el extranjero. A la vista de la evolución de la figura del retorno y tomando en consideración el amplio ámbito de aplicación que adquiere tras la LO 14/2003, debe concluirse que el acto administrativo de retorno de extranjeros (anteriormente rechazo en frontera).

El retorno constituye un acto ejecutivo de una autorización administrativa negativa adoptada en frontera conforme al art. 26.2 TIDYLE ("denegación de entrada"). El retorno es un acto de ejecución de la resolución de denegación de entrada, resolución previa que cierra la fase declarativa del procedimiento administrativo y abre la fase ejecutiva del mismo. La resolución de denegación de entrada, en línea con la LRJAPyPAC, debe señalar claramente las condiciones bajo las cuales las autoridades podrán proceder al retorno, acto de ejecución forzosa, al que el mismo art. 137.2 REDYLE con pésima redacción pero en sintonía con laLRJAPyPAC[383], considera resolución distinta y posterior a la de denegación de entrada.

La ejecución de ese acto administrativo negativo, al igual que en otras medidas de alejamiento, consiste en el traslado del extranjero a su país de origen, ya sea mediante la simple conducción fuera del puesto de control fronterizo (retorno en frontera terrestre) o la detención y posterior acompañamiento en un vuelo de vuelta (retorno en puestos fronterizos de puertos y aeropuertos). Evidentemente, al constituir el retorno un acto ejecutivo distinto y posterior a la resolución de denegación de entrada, que lo condiciona y le sirve de título, el retorno debe sujetarse también a un mínimo procedimiento e incluir algunas garantías, entre las cuales: la tutela judicial efectiva, el derecho a los recursos administrativos y a la

---

hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

[382] Art. 137 REDYLE.- Retorno

2.- La resolución de retorno se dictará como consecuencia de la de denegación de entrada que al efecto dicten los funcionarios policiales responsables del control de entrada, la cual se adoptará en procedimiento oportuno, en donde consten acreditados, entre otros, los siguientes trámites (...)

a) Del derecho del interesado a la asistencia jurídica, que será gratuita si careciera de recursos económicos suficientes, y a la asistencia de intérprete si no comprende o habla la lengua oficial que se utilice, a partir del momento en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento.

b) Que el efecto que puede conllevar la denegación de entrada es el retorno.

c) Determinación expresa de la causa por la que se deniega la entrada.

[383] BARCELONA LLOP, cit supra.

asistencia jurídica gratuita (arts. 20, 21 y 22.1 TIDYLE), especialmente cuando, dada su naturaleza de acto administrativo ejecutivo, puede requerir el uso de la fuerza, en forma de compulsión personal del art. 100 LRJAPyPAC. Sobre el retorno como medida de alejamiento en fase ejecutiva y sus garantías se volverá en el *Capt. VI.*

3.1.- El alejamiento de extranjeros sometidos a controles migratorios en los puestos fronterizos habilitados (*retorno o rechazo*)

Como se ha señalado con anterioridad, las medidas de alejamiento de extranjeros adoptadas en los controles migratorios de los puestos fronterizos son la consecuencia directa de la denegación de entrada del art. 26.2 TIDYLE, que establece

> **Art. 26.2 TIDYLE.-** A los extranjeros que no cumplan los requistos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su drecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de inérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

Respecto a los extranjeros a los que se deniega la entrada en un puesto fronterizo conforme al art. 26.2 TIDYLE, el art. 60 TIDYLEdice que deberán ser "retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible". No obstante, conviene lamar la atención sobre el hecho de que el art. 60.1 TIDYLE aplica el retorno a todos "los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país", con una fórmula amplia que incluye tanto las denegaciones de entrada del art. 26.2 TIDYLE[384] (acto administrativo formalizado y procedimentalizado), a las que ni siquiera menciona expresamente, como otros actos administrativos consistentes en "impedir el ingreso en el país" (actos administrativos que pueden no estar procedimentalizados). La amplitud de la definición de este supuesto de aplicación de una medida de alejamiento merece cierta atención, pues permite incardinar en el segundo grupo de actos, aquellas actuaciones de los funcionarios fronterizos consistentes

[384] Esta desconexión aún se explica menos si se tiene en cuenta que los arts. 26.2 y 60 fueron reformados al mismo tiempo por la LO 8/2000.

en el uso de la fuerza (coacción administrativa directa) para impedir o "no permitir" el ingreso en el país, se produzcan éstas en los puestos fronterizos o no, pues la expresión "en frontera" del art. 60 TIDYLE abunda en la suposición que el ámbito de aplicación del retorno pueda incluir otros lugares y otras situaciones además de su aplicación en los puestos fronterizos de control migratorio[385], lo cual plantea problemas de delimitación respecto a la devolución por pretender entrar ilegalmente, de la que debe distiguirse.

Precisamente, como se expondrá en el primer apartado, la modificación normativa de los ámbitos de aplicación de una medida de alejamiento (o incluso de su naturaleza o de sus elementos esenciales) puede afectar al resto de medidas de alejamiento, yu en general a la configuración de todo el sistema de control migratorio de entrada. Un ejemplo de cómo la modificación del ámbito de aplicación de una medida de alejamiento ha reordenado todo el sistema de control de entrada, se presentó con la modificación introducida en la LO 4/2000 de la devolución (denominada retorno); bajo la LO 7/1985 la devolución era aplicable en casi todos los supuestos de irregularidad por entrada ilegal, de modo que permitía su aplicación en algunos casos de expulsión o de rechazo en frontera, con la nueva regulación, la devolución redefinió su ámbito de aplicación confundiéndo aún más su ámbito de aplicación con la expulsión y el rechazo en frontera. Posteriormente, la LO 8/2000 introdujo mayor claridad en el sistema y la devolución restringe su ámbito de aplicación principal a una medida complementaria del rechazo-retorno. Finalmente, la LO 14/2003 al configurarla definitivamente como una sanción y sin alterar su ámbito de aplicación, tiene por resultado trasladar una parte de los supuestos que anteriormente eran susceptibles de devolución, hacia el rechazo-retorno. Como se intentará mostrar en apartados posteriores de este Capítulo, la aplicación de una medida de alejamiento u otra no una mera cuestión administrativa o procedimental, sino que tiene importantes consecuencias no sólo sobre la eficacia de todo el sistema de control de entrada, sino que afecta directamente al conjunto de derechos y garantías de que disfruta el extranjero, y que varían en función de la medida de alejamiento aplicada.

[385] La utilización de la expresión "en frontera" del art. 60 TIDYLE en lugar de la expresión "en el puesto fronterizo" del art. 26.2 TIDYLE parece indicar una deliberada ampliación del ámbito de aplicación de esta medida de alejamiento.

Si se parte de la distinción entre el procedimiento previsto en el art. 26.2 TIDYLE, que contempla de forma genérica el procedimiento de autorización-denegación de entrada en los puestos fronterizos, y el procedimiento recogido en el art. 60 TIDYLE sobre la medida de alejamiento de retorno, o bien se interpretan ambos preceptos como normas superpuestas, y por consiguiente reiterativas y potencialmente contradictorias, o bien se consideran preceptos complementarios que se proyectan sobre ámbitos de aplicación distintos. En línea con esta segunda interpretación, se ha mantenido aquí que el art. 26.2 TIDYLE contendría la fase declarativa del procedimiento de control migratorio de entrada, de aplicación tanto en controles terrestres fronterizos donde no hay necesidad de una fase ejecutiva, pues la denegación impide la entrada (auto-ejecutividad del acto administrativo), como en cualesquiera otros controles de entrada en el interior del territorio, donde sí es necesaria una fase ejecutiva posterior de traslado del extranjero al páis de orígen o proveniencia. Este segundo grupo de supuestos requería un procedimiento legalmente previsto para proceder en fase ejecutiva, que se correspondería con el retorno del art. 60 TIDYLE.

El art. 26.2 TIDYLE establece una serie de garantías para aquellos a los que se deniegue la entrada (atención, no dice retorno), entre las cuales, con excesiva amplitud, reconoce "su derecho la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo", y que por razones organizativas no puede entenderse en su sentido literal como asesoría jurídica personalizada a cada viajero sino como un derecho específicamente dirigido a aquellos extranjeros en frontera que deseen o soliciten tal asistencia, termine el procedimiento con la denegación o con la autorización de entrada. En todo caso, el precepto reconoce esas garantías desde el mismo momento en que se inicie el control en el puesto fronterizo, por tanto también cuando se realice el *screening* previo.

Las condiciones que debe cumplir la denegación de entrada a efectos de constituir título (ejecutivo) suficiente para la práctica del retorno se encuentran recogidas en el art. 137.2 REDYLE. Además de los requisitos establecidos en el art. 30 REDYLE para la

adecuación de la denegación de entrada al ordenamiento jurídico, el art. 137.2.b REDYLE impone una condición suplementaria para que esa denegación de entrada constituya título ejecutivo suficiente para la práctica del retorno: que en los trámites del procedimiento de denegación de entrada conste acreditada la información al extranjero de que "el efecto que puede conllevar la denegación de entrada es el retorno"[386]:

3.2.- La denegación de entrada en fronteras terrestres (rechazo o retorno)

3.2.1.- La denegación de entrada de extranjeros en fronteras terrestres: el retorno en Ceuta y Melilla

Teniendo en cuenta el desmantelamiento de los controles migratorios en las fronteras interiores de la Comunidad y la posterior evolución del sistema de control de entradas, los únicos retornos o rechazos en frontera posibles hoy en dia son aquellos que puedan adoptarse en las fronteras territoriales españolas con Estados no pertenecientes a la Unión Europea. En este sentido, las fronteras terrestres con Marruecos se encuentran alrededor de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, donde el control y alejamiento de extranjeros presenta rasgos muy particulares que serán abordados separadamente.

Ante todo, debe apuntarse que los extranjeros solicitantes de entrada en los controles migratorios situados en las fronteras terrestres no se encuentran sometidos a la jurisdicción española sino a la del Estado del que provienen. Así, por ejemplo, en Ceuta, la cobertura o amparo que otorga la jurisdicción marroquí a un ciudadano de esa nacionalidad que se presenta en el control fronterizo español en Ceuta, reduce la responsabilidad del Estado español generada por la presentación de esa solicitud de entrada, hasta el punto de que salvo por razones excepcionales (asilo, refugio, razones humanitarias, etc..), esa solicitud no genera obligaciones especiales de protección del extranjero, y sí únicamente de

[386] "*Art. 137.2 REDYLE.-* La resolución de retorno se dictará como consecuencia de la de denegación de entrada que al efecto dicten los funcionarios policiales responsables del control de entrada, la cual se adoptará en procedimiento oportuno, en donde consten acreditados, entre otros, los siguientes trámites: b) Que el efecto que puede conllevar la denegación de entrada es el retorno."

reconocimiento de un muy reducido haz de derechos fundamentales o humanos. En estos casos, la persistencia de otra jurisdicción soberana unida a la presencia física en el territorio de esa jurisdicción (marroquí) , impide o limita la entrada en juego de una nueva jurisdicción (la española). No obstante, los extranjeros situados en zonas fronterizas pueden pasar de una jurisdicción a otra con relativa facilidad si se producen determinados actos del extranjero dirigidos a conseguir o forzar la entrada en el territorio; en tales casos, el Estado español puede acabar interviniendo sobre el extranjero de manera que este se sujeta a la jurisdicción española. El segundo de los criterios que delimitan la sujeción a un jurisdicción, personales y territoriales, en las zonas limítrofes se encuentra en tensión no sólo por las acciones del extranjero sino también por la actuación de las autoridades del otro Estado y por el propio azar: el naufragio de una patera y la intervención de Salvamento Marítimo, incluso más allá de las aguas jurisdiccionales españolas, comporta la sumisión de los extranjeros al ordenamiento español.

Las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla presentan unas características geográficas, históricas y demográficas muy particulares, siendo localidades con un importante flujo transfronterizo (la frontera hispano-marroquí es cruzada por centernares de personas diariamente). Ese flujo transfronterizo se debe al régimen especial acordado a los ciudadanos marroquíes residentes de Tetuán y Nador que les permite acceder mediante una tarjeta identificativa dado que disfrutan de la exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo con Ceuta y Melilla [apartado 1.b) Declaración, Parte III, Acta Final]. De igual modo, al resto de ciudadanos marroquíes que únicamente deseen entrar en las ciudades de Ceuta y Melilla se les expedide un "visado limitado múltiple" restringido a esas ciudades con autorización para multiples entradas y salidas [apartado 1.c) Declaración, Parte III, Acta Final]. Estas dos particularidades introducen unas características propias al control fronterizo en estas ciudades, que unidas a las necesidades del tráfico comercial facilitan la realización de controles rápidos, flexibles y sencillos sobre los súbditos marroquíes que cruzan la frontera. Tal flexibilidad, y la consecuente reducción de la eficacia del control que comporta, se compensa con el establecimiento de un segundo control en el tránsito interior hacia España u otros Estados de la Comunidad, impididiendo la entrada de extranjeros en

situación irregular en virtud de la Declaración nº 1 relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla del Reino de España al Convenio de Schengen de 1990 (mecanismo de controles sucesivos). Además de los controles realizados en las fronteras exteriores, España, en virtud de tal Declaración, se compromete a mantener los controles de mercancías y viajeros procedentes de Ceuta y Melilla en los vuelos y traslados con destino al territorio comunitario así como hacia puertos y aeropuertos españoles, verificando de nuevo el cumplimiento de las condiciones del art. 5 Convenio Schengen en las conexiones marítimas y aéreas procedentes de estas ciudades [apartados 1.a) y 1.e) Declaración, Parte III, Acta Final].

Este nivel de tráfico dificulta la realización de un control exahustivo del acceso y salida de las ciudades africanas. Del mismo modo la cercanía del territorio marroquí y su condición de zonas de tránsito hacia el territorio español y europeo, atrae la inmigración regular e irregular de la región[387]. De hecho, estas dos ciudades se han convertido en uno de los puntos de entrada irregular en Europa más importantes[388], y así deberían reflejarlo los datos sobre medidas de alejamiento. No obstante ese tráfico, las cifras de retornos en estas fronteras son verdaderamente reducidas: en 2002 se produjeron 311 retornos en Ceuta y 4 retornos en Melilla, de los cuales 309 eran ciudadanos marroquíes[389], existiendo en todos los retornos del art. 60 TIDYLE una denegación de entrada previa, tal y como estipula el art. 26.2 TIDYLE. Estas cifras evidencian que en estas ciudades autónomas no se aplica el retorno-rechazo en frontera en las mismas condiciones que en el resto de España, pues su número debería ser mucho mayor. Las cifras de devoluciones son algo mayores pero tampoco resuelven la incógnita: en 2002 se devolvió por entrada ilegal en Ceuta a 5.741 marroquíes, mientras que en Melilla fueron devueltos por entrada ilegal 45 marroquíes y 3 argelinos[390], es decir, un total de 5.784 devoluciones por entrada ilegal. En realidad, en estas ciudades la medida de alejamiento más importante es el "retorno sin impreso", que merece

---

[387] MARIE, Claude-Valentin: *Preventing illegal immigration: juggling economic imperatives, political riscks and individual rights*, Ed. Council of Europe Publishing, Strasbourg 2004.

[388] A pesar de la construcción de las vallas de seguridad y de la instalación de sensores y otros aparatos electrónicos de detección, el control de todo el perímetro fronterizo no asegura que esta frontera sea verdaderamente estanca, como no dudan en reconocer las autoridades de estas ciudades autónomas.

[389] Estas son las cifras cedidas a CEAR de los datos estadísticos del Ministerio del Interior de 2002, pues ya no se publican. No obstante las de 2002 pueden consultarse en la página web del Colegio de Abogados de Zaragoza (www.reicaz.es).

[390] En 2002 se devolvió por entrada ilegal y por prohibición de entrada en total a 5754 extranjeros en Ceuta (todos marroquíes excepto un argelino) y a 100 en Melilla (97 marroquíes y 3 argelinos).

un análisis autónomo en el apartado siguiente por sus particularidades y por las serias reservas jurídicas que su empleo plantea.

3.2.2.- El "rechazo sin impreso" en Ceuta y Melilla como denegación de entrada aprocedimentalizada

De las estadísticas ofecidas en el apartado anterior se puede deducir facilmente que en Ceuta y Melilla retornos y devoluciones son de aplicación más bien excepcional, a pesar del tráfico transfronterizo que a diario se produce en tales ciudades.De hecho, los datos facilitados por el Ministerio del Interior sobre 1995-1998[391] confirman la existencia de una medida de alejamiento de extranjeros de aplicación exclusiva en Ceuta y Melilla denominada "rechazo en frontera sin impreso" que se aplica fundamentalmente a ciudadanos marroquíes y que consiste en una denegación de entrada al margen del art. 26.2 TIDYLE, es decir, no formalizada ni procedimentalizada de manera alguna. Su trascendencia, a la vista de las estadísticas anteriores, es evidente si se compara con otras:

	Rechazos-retornos	Rechazos sin impreso (Ceuta y Melilla)	Devoluciones	Expulsiones
1995	6.000	--	19.353	4.875
1996	5.055	164.206[392]	27.104	4.837
1997	5.865	399.469	23.023	4.750
1998	7.870	759.695	17.198	5.525
1999	8.946		18.608	5.232
2000	6.181[393]		22.716	1.226
2001	8.881		22.984	3.817
2002	11.698		14.275	40.131

[391] En 1996 se rechazó sin impreso a 164.206 extranjeros en Ceuta y Melilla, en 1997 a 399.469 y en 1998 a 759.695, según datos facilitados por la Brigada de Extranjería y Documentación, del Ministerio del Interior. Con anterioridad a estas fechas no existen datos públicos o publicados sobre su aplicación, aunque es de suponer que su uso debía ser moneda corriente. El registro de este tipo de actuaciones deriva probablemente de una recomendación del Defensor del Pueblo para la llevanza de un Libro-registro de extranjeros. Los datos posteriores a 1996 sobre rechazos sin impreso permiten suponer que la práctica de rechazos sin impreso aumentó en Ceuta y Melilla en perjuicio del "impreso", razón que explica la drástica disminución de rechazos en frontera terrestres a partir de 1997 hasta 1999.

[392] Los extranjeros rechazados en 1996 eran 144.090 de bs cuales 139.035 por las fronteras terrestres con Marruecos, es decir Ceuta y Melilla. Al mismo tiempo se rechazaba sin impreso a otros 164.206 extranjeros en esas ciudadesLos datos no son coincidentes en la medida en que constan los motivos de rechazo, lo cual es indicativo de un mínimo procedimiento.

[393] La LO 4/2000 sujetó a la medida de alejamiento denominada "retorno" la medida que anteriormente se denominaba "rechazo en frontera" consistente en el alejamiento de aquellos extranjeros a los que se denegara la entrada en España en un puerto, aeropuerto o frontera terrestre. Las publicaciones estadísticas del Ministerio pasan a computar a partir de 2000 las categorías antes incluidas como rechazos (aéreos, marítimos y terrestres) como retornos.

Tabla nº 2: Comparación cuantitativa del número de retornos, rechazos sin impreso, devoluciones y expulsiones practicadas en España en los últimos años.

La denominación "rechazo en frontera sin impreso" es un eufemismo para indicar que la denegación de entrada en Ceuta y Melilla se decide por la policía sin trámite procedimental alguno, más allá de la exigencia de alguno de los tipos de autorización de entrada que en estas ciudades se reconocen (trabajador transfronterizo con permiso tipo F, residente, exención de visado especial, visado de circulación múltiple limitada, etc...). Aunque el flujo transfronterizo diario explica e incluso justifica el empleo de medidas como la presente; lo cierto es que esta variante excepcional del retorno no dispone de un fundamento legal expreso en la normativa de extranjería, una vez comprobado que ni por su configuración ni por sus garantías encaja con las establecidas de forma taxativa para el acto administrativo de denegación de entrada del art. 26.2 LODYLE[394].

Ciertamente, mientras el art. 26.2 TIDYLE establece un procedimiento administrativo individualizado en el que el extranjero puede gozar de asistencia letrada e intérprete, que culmina con una resolución administrativa motivada y recurrible, el "rechazo sin impreso" consiste en la mera denegación verbal por el funcionario de control de la entrada en Ceuta o Melilla, a la vista de la documentación del extranjero.

En conclusión, al no existir un fundamento legal específico para el "rechazo en frontera sin impreso" [395], ni ser éste catalogable como un acto de coacción administrativa directa[396], debe considerarse un acto administrativo de naturaleza autorizatoria y someterse

---

[394] *Art. 26.2.-* A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

[395] La potestad de autorizar o denegar la entrada en Ceuta y Melilla al margen del art. 26.2 TIDYLE, no puede derivarse de ninguna atribución legal o reglamentaria expresa; de la misma manera no puede siquiera ampararse en una interpretación amplia del art. 60.1 TYDILE en combinación con las disposiciones especiales que rigen el control fronterizo en Ceuta y Melilla recogidas en el Convenio de Schengen (Declaración nº 1 relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla del Reino de España, Apartado III del Acta Final del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, *cit. supra*) y la normativa infralegal dictada a este efecto.

[396] Frente a la consideración de esta actuación como una vía de hecho administrativa, algunos autores apuntan hacia su consideración como actos de coacción administrativa directa, sin embargo, la coacción administrativa no es predicable respecto de una actividad de tipo autorizatorio que no implica, en principio, el uso de la fuerza; salvo en los casos en que el extranjero se resista a aceptar la denegación de entrada, o intente entrar mediante actos violentos, engaño o incluso por la vía de hecho; en tales caso, el uso policial de la fuerza o coacción administrativa directa está justificado en la finalidad de impedir una infracción administrativa consistente en la entrada ilegal en España. En cualquier caso, sobre la coacción administrativa directa se

al procedimiento y las garantías del art. 26.2 TIDYLE, única previsión legal reguladora del mismo. Cualquier desvío de este precepto deviene un acto susceptible no sólo de nulidad por incumplimiento de elementos esenciales del procedimiento administrativo o porque puede causar indefensión o vulneración de los derechos fundamentales (art. 62 LRJAPyPAC), sino también por el peligro de arbitrariedad que encierra la adopción de actos administrativos de este tipo sin procedimiento, formalidad o garantía alguna, contrariamente a todas las normas de procedimiento y actividad administrativa. Y ello, a pesar de que la inmensa mayoría de las decisiones de los agentes en los controles fronterizos de Ceuta y Melilla serán razonables y estarán plenamente justificadas. En ausencia de un procedimiento más flexible y aprocedimentalizado que el del art. 26.2 TIDYE, , cualquier acto desviado de la regulación de este precepto debe reputarse viciado de nulidad. No obstante, ese procedimiento específico de control de las fronteras terrestres de Ceuta y Melilla debería someterse en todo caso a un mínimo procedimiento legalmente establecido y contar con determinadas garantías, entre las cuales, la asistencia jurídica gratuita, cuestiones a las que dedicaremos cierta atención.

Para empezar, los elementos mínimos del procedimiento de rechazo en determinados puestos fronterizos terrestres muy transitados (Ceuta y Melilla) deberían contenerse en una previsión legal, que reconociera en, la posibilidad de que los agentes denieguen la entrada a los extranjeros que carezcan de la más mínima documentación mediante un mero sello en el pasaporte o documento tal y como establece el art. 28.2 y 3 REDYLE y 30.2 REDYLE[397], o en ausencia del mismo de la entrega de un documento formulario de denegación de entrada, con la posibilidad de una revisión inmediata del mismo por funcionario superior en el mismo puesto de control; a esta suerte de recurso de revisión podría aplicarse la figura de la inadmisión a trámite en supuestos tasados y con una comunicación formularia por motivos tales como la ausencia de la mínima documentación exigible o la existencia denegaciones de

volverá en otro apartado. AGIRREAZKUENAGA, Iñaki: *La coacción administrativa directa*, Ed. Civitas, Madrid 1990, RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis y GARCÍA ESPAÑA., Elisa: "La devolución del extranjero", revista *La ley*, vol. 5, año 1996, ref. D-269, págs. 1338-1350 (Diario 4114 de 3 de septiembbre)

[397] "Art. 30.2 REDYLE.- Al extranjero al que le sea denegada la entrada en el territorio nacional por los funcionarios responsables del control, de conformidad con lo dispuesto en los acuerdos internacionales suscritos por España, se le estampará en el pasaporte un sello de entrada tachado, debiendo permanecer en las instalaciones destinadas al efecto en el puesto fronterizo hasta que, con la mayor brevedad posible, regrese al lugar de procedencia o continúe viaje hacia otro país donde sea admitido."

entrada motivadas con anterioridad sin elementos nuevos en la solicitud, etc..., siempre y cuando se introdujeran en el Libro-registro tales inadmisiones a trámite y el extranjero puediera hacer constar sus alegaciones mediante formulario separado En todo caso, si se admitiera a trámite la revisión, deberían respetarse todos los requisitos y garantías de la denegación de entrada del art. 26.2 TIDYLE.

En todo caso, el problema en la frontera de Ceuta y Melilla es el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada gratuita e intérprete que el art. 26.2 TIDYLE consagra en el procedimiento de denegación de entrada y que el art. 22.1 TIDYLE restringe con la clara intención de excluir a los extranjeros situados fuera del territorio español ("los extranjeros que se hallen en España"), concretamente, los solicitantes de visado y los solicitantes de entrada en frontera territorial[398]. La aparente contradicción entre ambos preceptos, reformados ambos por la LO 8/2000, puede resolverse en el sentido de extender la condición de encontrarse en España del art. 20 TIDYLE al art. 26.2 TIDYLE, o bien considerar este último como norma especial e interpretarlo autónomamente como si tal límite no existiera. En cualquier caso, si un extranjero se persona en un puesto fronterizo terrestre para solicitar la entrada, automáticamente se somete en cierto grado a la jurisdicción y a la soberanía del Estado al que solicita autorización de entrada, y bajo nuestra Constitución, su solicitud merece algún tipo de respuesta por parte de la Administración, en virtud de la LRJAPyPAC, aunque la respuesta sea la de inadmisión a trámite de su solicitud por carecencia manifiesta de los requisitos exigidos legal o reglamentariamente, inadmisión a trámite que deberá ser formalizada en cualesquiera documento incluso de la forma más rápida y sucinta, por ejemplo, estampando el sello de denegación de entrada en el pasaporte u otro documento (art. 30.2 REDYLE) y en el Libro registro de frontera.

Más allá de las explicaciones coyunturales para negar tal servicio (elevado coste, dificultades en su prestación fuera de territorio español, etc...), en la actualidad ese servicio funciona en todos los puestos fronterizos de control migratorio con total normalidad, con la

[398] La redacción del art. 22.1 fue modificada por la LO 8/2000 respecto de la redacción y numeración de la LO 4/2000 que en su art. 20 extendía ese derecho a todos los extranjeros a los que se denegara la entrada en España. Precisamente la justificación de la reforma por la LO 8/2000 era evitar la extensión de tales derechos a los extranjeros situados fuera del territorio nacional.

excepción de Ceuta y Melilla, donde la asistencia jurídica no se presta de forma sistemática. Por consiguiente, la articulación de algún mecanismo para la prestación de asistencia jurídica gratuita y generalizada en los supuestos de denegación de entrada (del art. 26.2 TIDYLE o "con impreso formulario" tal y como se ha sugerido anteriormente) ni es tan compleja ni tan cara, y en cualquier caso éstas no deberían ser razones para denegarla. En el fondo, la cuestión es si en tales circunstancias el extranjero puede solicitar la asistencia letrada y si el Estado tiene la obligación de ofrecérsela, es decir, si la asistencia letrada constituye un derecho fundamental del extranjero solicitante de entrada en una frontera territorial y, seguidamente, si el límite territorial al disfrute de tal derecho introducido en el art. 22 por la LO 8/2000 ("Los extranjeros que se hallen en España...") afecta a los solicitantes de entrada en las fronteras de Ceuta y Melilla. Finalmente, se analizará el contenido del derecho a la asistencia letrada para demostrar cómo en su prestación cabe recurrir a diversas fórmulas algunas de las cuales pueden garantizar ese derecho sin suponer una carga excesiva para el Estado, atendidas las particulares circunstancias de estos enclaves y el volumen de tráfico transfronterizo que se produce en ellas.

Hoy en dia, la prestación de un servicio de asistencia jurídica a los extranjeros a los que se deniega la entrada en los puestos fronterizos constituye un servicio generalizado en los países de nuestro entorno, aunque en formas distintas. La generalización de tal servicio se ha realizado las más de las veces mediante una norma con rango de Ley existiendo un acuerdo en la necesariedad de tales servicios para garantizar una mínima protección de los extranjeros. Se trata, pues, las más de las veces, de un derecho de configuración legal, especialmente porque se trata de la asistencia jurídica respecto de un procedimiento todavía administrativo y no judicial. No obstante, el núcleo central de la asistencia jurídica puede presentar una raíz constitucional (o internacional) como derecho fundamental (o derechos humano) cuando las circunstancias de su situación lo sitúen en una posición de indefensión y/o puedan vulnerar sus derechos.

3.2.3.- La declaración posterior de entrada

En la declaración posterior de entrada de los arts. 42.2 RELOE y 22 Convenio Schengen existe un plazo límite de 72 horas o tres días hábiles, respectivamente, para presentarse a las autoridades y efectuar la declaración de entrada, cuyo incumplimiento permite presumir la entrada ilegal y aplicar una medida de alejamiento[399]. En España los agentes de policía en cuanto detecten a un extranjero en esas "zonas internacionales" o durante el plazo de 72 horas para la declaración posterior de entrada pueden conducirlo al puesto fronterizo para que someterlo a un control migratorio y poner fin a la situación de pendencia sobre la calificación de la entrada como legal o ilegal.

3.3.- El control migratorio en los puestos fronterizos situados en el interior del territorio: la denegación de entrada de extranjeros en puertos, aeropuertos y nudos ferroviarios *(retorno con internamiento).*

3.3.1.- El control migratorio en los puestos fronterizos situados en el interior del territorio: rasgos distintivos y problemas comunes a la denegación de entrada en estos supuestos

La denegación de entrada comporta un deber de salida obligatoria cuyo incumplimiento, por falta de voluntad o de posibilidad, implica la ejecución forzosa de la salida en lo que se conoce como retorno del extranjero. La necesidad de adoptar medidas ejecutivas de la denegación de entrada es evidente desde el momento en que el extranjero se ha trasladado al interior del territorio español, y la mera denegación de entrada no es autoejecutiva, como ocurre en los controles migratorios situados en la frontera terrestre. El retorno es, pues, el procedimiento de alejamiento forzoso de los extranjeros que ven su solicitud de entrada denegada en un puesto fornterizo situado en el interior del territorio; la

399 Sin embargo, como reconoce el Rapport fait au nom de la Commission d'enquête (1) sur l'immigration clandestine et le séjour irrégulier d'étrangers en France, recogido en el primer volumen de PHILIBERT, Jean-Pierre y SAUVAIGO, Suzanne: Immigration clandestine et séjour irregulier d'étrangers en France, Ed. Assamblée Nationale, Les Documents d'Information, Paris 1996, existen problemas prácticos en la aplicación de disposiciones como el art. 22 Conv. Schengen cuyo incumplimiento de la declaración de entrada comporta en Francia una sanción penal, pues no se facilita una información adecuada en tanto que los controles interiores han desaparecido.

ejecución forzosa del alejamiento se analizará en el *Capítulo Cuarto*, baste aquí señalar aquí, que si bien el retorno distingue a esta medida de alejamiento de la denegación de entrada en frontera terrestre, precisamente la ausencia de otra consecuencia que el retorno distingue a esta medida de otras, como la devolución o la expulsión, en las que actualmente se impone también una prohibición de entrada.

Por lo que se refiere a la fase declarativa, el control de entrada se desarrolla conforme a lo expuesto con anterioridad: puede limitarse a un simple *screening* o acarrear el procedimiento del art. 26.2 TIDYLE, sin embargo, su realización en el interior del territorio comporta una serie de particularidades y problemas específicos para dicho procedimiento, que serán objeto de análisis en el apartado siguiente.

3.3.2.- El procedimiento aplicable para la denegación de entrada en puestos fronterizos situados en el interior del territorio: la complementariedad de los arts. 26.2 TIDYLE y art. 60 TIDYLE.

Como se ha puesto de relieve anteriormente, si se parte de la distinción entre el procedimiento previsto en el art. 26.2 TIDYLE, que contempla de forma genérica el procedimiento de autorización-denegación de entrada en los puestos fronterizos, y el procedimiento recogido en el art. 60 TIDYLE sobre la medida de alejamiento de retorno, o bien se interpretan ambos preceptos como normas superpuestas, y por consiguiente reiterativas y potencialmente contradictorias, o bien se consideran preceptos complementarios que se proyectan sobre ámbitos de aplicación distintos. En línea con esta segunda interpretación, se ha mantenido aquí que el art. 26.2 TIDYLE contendría la fase declarativa del procedimiento de control migratorio de entrada, de aplicación tanto en controles terrestres fronterizos donde no hay necesidad de una fase ejecutiva, pues la denegación impide la entrada (auto-ejecutividad del acto administrativo), como en cualesquiera otros controles de entrada en el interior del territorio, donde sí es necesaria una fase ejecutiva posterior de traslado del extranjero al páis de orígen o proveniencia. Este segundo grupo de supuestos requería un procedimiento legalmente previsto para proceder en

fase ejecutiva, que se correspondería con el retorno del art. 60 TIDYLE[400], del que nos ocuparemos en el *Capítulo Cuarto.*

Sin embargo, el procedimiento de denegación de entrada del art. 26.2 TIDYLE está enunciado de forma tan genérica que, sólo a la luz de lo dispuesto en el art. 60 TIDYLE y tomando en consideración las particularidades que presenta tal procedimiento cuando el extranjero se encuentra en el interior del territorio puede procederse a su adaptación y utilización para resolver determinados problemas procedimentales. Así, el primer problema que se plantea en estos casos es el de los derechos y garantías de que gozan los extranjeros que se presentan en los puestos de control migratorio situados en el interior del territorio español, y en particular sus derechos frente a una actuación administrativa limitativa de su derecho a la libertad personal.

*3.3.3.- Los derechos de los extranjeros solicit*antes de entrada en frontera, en particular la privación de libertad en las salas de rechazados

A diferencia de los extranjeros que solicitan un visado en sus países de origen o residencia, los extranjeros que se encuentran en el territorio español (antes o en el mismo momento de solicitar la entrada en España ante los funcionarios de un puesto de control migratorio), por su simple presencia en territorio español gozan de un plus de derechos derivados de su sumisión o dependencia respecto de una jurisdicción distinta a la del Estado de su nacionalidad o residencia ordinaria. Ese plus de derechos, es también más amplio que el de los extranjeros que solicitan su entrada en España ante un puesto de control migratorio, situado en la misma frontera terrestre, por ejemplo de Ceuta.

Durante el *screening* o procedimiento formal de control de entrada del art. 26.2 TIDYLE la libertad personal de los extranjeros se encuentra constreñida o limitada. Ahora bien, mientras en el *screening* puede catalogarse la actividad policial de mera retención administrativa, en el segundo supuesto, se produce un grado mayor de constreñimiento sobre

[400] Así se deduce de la redacción del primer párrafo del art. 60.1 TIDYLE

la libertad del extranjero. Esa nueva situación de privación de libertad se manifiesta generalmente en la conducción a unas dependencias policiales especiales para la entrevista o interrogatorio del extranjero en las dependencias del puerto o aeropuerto o a un Comisaría, en la consiguiente prolongación de la duración de la situación administrativa de privación de libertad, así como en una serie de garantías que inmediatamente se reconocen al extranjero, entre las cuales la asistencia letrada. La prolongación de esta situación de privación de libertad durante la tramitación del procedimiento, ha sido calificada de detención administrativa del art. 17.1 CE por el Tribunal Constitucional (ATC 55/96, STC 12/1994, STC 174/1999 y STC 179/2001), y del art. 5.1.f) TEDH (STEDH Amuur v. Francia, STEDH Shamsa v. Polonia). Si el extranjero colabora a lo largo del control y la entrevista, aunque exista una privación de libertad y la detención no se declare formalmente, las consecuencias sobre la misma, y sobre todo, las garantías deben estar igualmente presentes, pues la colaboración del extranjero no desnaturaliza la situación de detención administrativa. Prueba de que los extranjeros se encuentran en la práctica detenidos, es que durante la espera en las diversas fases del procedimiento del art. 26.2 TIDYLE[401] los extranjeros permanecen en las dependencias policiales o en las Salas "ad hoc" de los puertos o aeropuertos.

La detención del extranjero, cuando así se declare al inicio del procedimiento administrativo de autorización-denegación de entrada, constituye una detención administrativa de carácter preventivo amparada en el art. 17.1 CE conforme a la jurisprudencia constitucional[402], justificada en la finalidad de control migratorio y prevención de la irregularidad, así como por razones de seguridad pública. La detención preventiva del art. 17.1 CE presenta una finalidad, una naturaleza y un conjunto de garantías que la diferencian de la detención asegurativa, que se produce con posterioridad al acto de denegación de entrada con el fin de asegurar la ejecución forzosa de la medida de

[401] Existen numerosas razones que obligan a los extranjeros a prolongar su espera mientras se tramita el procedimiento de denegación de entrada: la espera del letrado e intérprete designado o de guardia, la tardanza en designar los funcionarios encargados de instruir el procedimiento, la búsqueda y aportación de pruebas, la elevación de la propuesta al Instructor, etc.... En todo momento, el extranjero se encuentra confinado en la Comisaría o Sala "ad hoc" de puertos o aeropuertos.

[402] Sobre la distinción por el TC entre detención genérica del art. 17.1 CE y detención por delitos del art. 17.2 CE, véase STC 341/1993 y ss.

alejamiento, su fundamento constitucional se halla también en la habilitación genérica del art. 17.1 CE.

Un problema general a las detenciones preventivas en los controles migratorios se plantea cuando la tramitación del procedimiento en fase declarativa se retrasa prolongándose más allá de un tiempo razonable, dentro del período de detención administrativa máxima de tres días. En este punto cabría acudir al art. 60.1 TIDYLE para valorar la intervención del Juez de Instrucción. A la lógica de esta solición cabe oponer algunos problemas formales: en primer lugar, el art. 60.1 TIDYLE ha previsto tal intervención únicamente cuando exista ya una decisión de retorno (o decisión de denegación de entrada con retorno, si se sigue la tesis aquí sostenida), pero no en la fase declarativa anterior del procedimiento; en segundo lugar, tal intervención sólo se produce según especifica textualmente la ley una vez transcurridas 72 horas y no el tiempo imprescindible necesario para la tramitación del procedimiento, y contrariamente a lo exigido por la jurisprudencia constitucional respecto de las investigaciones del art. 17.2 CE enmarcadas en la persecución de delitos, y por consiguiente supuestamente mucho más graves y con más motivos para prolongar tal detención. La única interpretación constitucionalmente admisible de esta regulación pasa por excluir la intervención judicial prevista en el art. 60.1 TIDYLE en la fase declarativa del art. 26.2 TIDYLE, dejándo esta huérfana de ley especial de cobertura para la detención de extranjeros en los puestos fronterizos. La regulación debe buscarse entonces en la legislación general sobre detención de personas y en la jurisprudencia constitucional.

Por lo que respecta a las vías procesales para impugnar las situaciones de detención, pues como tales deben ser calificadas a pesar de alguna jurisprudencia ya superada[403], y a reserva de lo que se más adelante en sede de ejecución, debe subrayarse el derecho a disponer de todas las garantías y recursos [404], destacadamente la asistencia letrada[405], así

[403] STSJM 14 de febrero de 1996: "La denegación de la autorización de entrada en España supone precismanete, la permanencia en la Zona de Tránsito de las rechazadas hasta tanto abandonen el territorio español. No se trata de ninguna medida privativa de libertad, como pretende la actora, sino de la imposibilidad de aceso a un país en virtud de una resolución motivada, dictada por órgano competente y notificada a las interesadas con expresión de los pertintentes recursos que frente a ellas cabía interponer, Consecuencia de todo ello es la inaplicación del art. 17 de la Constitución Española"

[404] STSJM 942/2002 de 8 de julio sobre desestimación presunta por silencio administrativo y posterior resolución administrativa desestimatoria del recurso de alzada contra la Resolución de denegación de entrada.

como el acceso a una tutela judicial efectiva, incluso cautelar, que no se vea frustrada por una ejecución inmediata contraria a la buena fe administrativa[406], elevada a interés constitucionalmente amparado en el art. 24 CE por la STC 78/1996 cuando genera indefensión.

III.- El control de los extranjeros en tránsito o ruta irregular

El correcto funcionamiento de los filtros de control de entradas es una pieza esencial de todo el sistema de control, y su adecuado funcionamiento sólo puede asegurarse si alcanza un alto grado de eficacia en la canalización de la entrada de extranjeros hacia los puestos de control fronterizos. Esa canalización depende, por una parte, de la política de admisión de trabajadores migrantes (visados), y por otra, de la eficacia en la lucha contra la inmigración irregular o clandestina, actualmente un objetivo prioritario tanto para el Estado como para la Unión Europea: de modo que la conjunción de ambos elementos acabe reconduciendo a la mayoría de inmigrantes hacia los circuitos regulares de inmigración. La lucha contra la inmigración irregular presenta muchos frentes y debe abordarse desde diversas perspectivas, no obstante, en un sentido estricto y desde la óptica concreta del sistema de control de entrada y de las medidas de alejamiento, la intervención sobre los extranjeros que intentan eludir los controles migratorios se estructura sobre la base de distintos mecanismos y procedimientos ordenados secuencialemente: en primer lugar,

[405] En la STSJM 1359/2002 de 17 de diciembre, el procedimiento de denegación de entrada y la adopción que pudo acceder a la tutela judicial y a la solicitud de tutela cautelar hasta el momento del efectivo retorno adoptado mediante orden de retorno.

[406] STSJM de 14 de febrero de 1996: "En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, al estar recogido en el art. 24, estaría igualmente excluido del ámbito adminstrativo, salvo el sancionador, pero, en todo caso y en la medida que es el derecho a promover la activvidad jurisdiccional, no es predicable respecto de actuaciones –incluso sancionadoras- de quienes –como en el caso de los órganos administrativos- no están integrados en el Poder Judicial, máxime cuando no imposibilitan o dificultan ese acceso a los Tribunales. El hecho de que fueran reenviadas a su país, no obstante haber tenido la Administración, conocimiento directto de la existencia de este procedimiento –por fax de la propia Sala- en el que se había abierto pieza separada de suspensión, que se iba a resolver en brevísimo plazo –lo fue en Auto de 18 de septiembre de 1995 y la comunicación a la Administración se produce el día 1 del mismo mes y año- no constituye una vulneración de tal derecho, aún cuando haya de tildarse de poco conforme con el principio de buena fe procesal, pues el acto –hasta tanto no fiera suspendido cautelarmente por la Sala y no lo fue en ningún momento- gozaba de plean ejecutividad como el resto de los actos administrativos (arts. 56 y ss de la Ley 30/1992)". Sentencia que parece contrastar con la jurisprudencia constitucional que incluye la actuación en buena fe administrativa como requisito de adecuado respeto del derecho sobre fundamenta la tutela cautelar del art. 24 CE (STC 78/1996).

existen diversos instrumentos dirigidos a organizar lo que en la introducción a este Capítulo se denominaban mecanismos de información, vigilancia y detección de extranjeros, desarrollados tanto en instancias estatales como comunitarias cuya finalidad es localizar a los extranjeros en tránsito irregular a efectos de su interceptación (Apartado 1); en segundo lugar, existe un conjunto de actuaciones de interceptación e identificación de extranjeros en tránsito irregular cuyos procedimientos y reglas deben analizarse también, y muy especialmente el ejercicio de la coacción administrativa en el contexto de este tipo de intervenciones policiales (Apartado 2); en tercer lugar, identificado el extranjero se inicia un procedimiento administrativo de declaración de la ilegalidad de la entrada –o de su intento- que puede ser sancionador, pero que en cualquier caso concluye con una orden de carácter ejecutivo de traslado del extranjero a su país o devolución (Apartado 3). Si bien la declaración de entrada ilegal inicia la fase ejecutiva de alejamiento del extranjero, tema que se analizará más adelante de forma conjunta a todas las medidas de alejamiento, conviene analizar el estatuto jurídico del extranjero detenido en tránsito irregular, en concreto algunso de los derechos y garantías que lo asisten (Apartado 4).

1.- Control migratorio en puestos fronterizos y control de fronteras: dos controles diferentes pero complementarios.

A partir de lo dispuesto en los arts. 58.2.b TIDYLE y 138 REDYLE[407] es necesario delimitar el ámbito de aplicación del procedimiento de declaración de pretender entrar ilegalmente[408] ("devolución") como medida de alejamiento de extranjeros, lo cual será de utilidad para distinguirla de otras medidas, como la denegación dentrada del art. 26.2 TIDYLE o la expulsión del art. 53.a TIDYLE. Del mismo modo, es necesario atender a otras disposiciones sobre entrada ilegal de extranjeros en situaciones especiales en las que pudiera ser de aplicación también este proceidmiento, concretamente respecto de solicitantes

[407] Parcialmente anulado por la STS de 20 de marzo de 2003.
[408] El supuesto de devolución por prohibición de entrada, de menor trascendencia cuantitativa pero con ciertas especialidades de interés (bajo la vigencia de la LO 7/1985 apenas representó el 2% de las devoluciones), se analizará en el Capítulo Tercero, Apartado II.

de asilo o refugio, desplazados, polizones, menores, extranjeros indocumentados ciudadanos beneficiarios de la libre circulación comunitaria.

1.1.- Distinción entre la entrada en España por los puestos fronterizos y la entrada ilegal por la vía de hecho

La entrada física de extranjeros en el territorio nacional únicamente puede realizarse por dos vías: puestos de entrada habilitados especialmente por el Estado donde se realiza un control migratorio[409], y lugares o puntos de entrada no habilitados.

Los primeros suelen ubicarse, en la medida de lo posible, cerca de la línea fronteriza, en vías de circulación habitualmente utilizadas por las compañías de transporte y la mayoría de los viajeros, se trata de nudos ferroviarios, puertos y aeropuertos comerciales o de carreteras más o menos principales y secundarias, en las que el Estado suele habilitar puestos de control migratorio a cargo del Cuerpo Nacional de Policía[410]. En tales puestos de control, los extranjeros son sometidos regularmente a un examen identificativo conforme al art. 25 TIDYLE y 4 REDYLE (pasaporte, título de viaje o documento identificativo válido y admitido por España) y de cumplimiento de las condiciones de entrada establecidas en el art. 25 y ss. TIDYLE (visado, medios suficientes de vida, motivos del viaje, etc...), que conduce a la autorización o denegación administrativa de la entrada de los arts. 25 y 26.2 TIDYLE, y por consiguiente al filtrado y control de los extranjeros. Este mecanismo de control se cierra con la obligación impuesta a todos los extranjeros por los arts. 25.1 TIDYLE y 1 REDYLE de entrar por los puestos de entrada habilitados, como condición *sine qua non* para la legalidad de su entrada[411], de modo que el incumplimiento de la obligación de entrada por un puesto fronterizo de lugar directamente a una entrada irregular o ilegal. En este estadio de control y dadas las condiciones en que se produce la presencia del extranjero en el puesto de

[409] El art. 60 TIDYLE utiliza la expresión "no permitirán" en lugar de impedirán, que por razones estilísticas he utilizado como sinónimo.

[410] Los puestos de control migratorio se encuentran regulados por Orden Ministerial conforme al art. 2 REDYLE.

[411] Esta previsión se complementa con el mandato contenido en el art. 22 del Convenio de Schengen que los extranjeros que transiten regularmente de un Estado parte a otro Estado beneficiándose de la supresión de controles migratorios internos del territorio Schengen, deberá comunicar su presencia en el territorio a las autoridades del segundo Estado en un período de tres días.

control migratorio fronterizo, la consiguiente denegación de entrada, por las razones que sea, facilitan la adopción de una medida de alejamiento altamente eficaz, ya sea mediante la simple denegación de entrada en una frontera terrestre tal y como estipula el art. 26.2 TIDYLE, o de un retorno del art. 60 TIDYLE, en los supuestos en que el extranjero se encuentre en el interior territorio nacional (puertos, aeropuertos y nudos ferroviarios). Aún en este segundo caso, la adopción y ejecución del retorno, salvo complicaciones inesperadas no suelen suponer excesivas complicaciones; en estos casos, el extranjero estará identificado, se conocerá el lugar de procedencia y existirá una Compañía de Transporte responsable de su manutención y alojamiento así como de la obtención de un billete de vuelta al país de procedencia. Del sometimiento al control migratorio en los puestos fronterizos y, por consiguiente, del cumplimiento de la legalidad española se deduce en principio, la buena fe de estos extranjeros, razón por la cual la denegación de entrada en España no comporta sanción alguna ni compromete futuras solicitudes de entrada, o al menos eso es lo que el texto de la Ley establece taxativamente.

Por el contrario, debe considerarse que intentan entrar de forma clandestina en España aquellos extranjeros que tratan de eludir los controles migratorios de los puestos fronterizos. Ello obliga a la Administración, no solo a controlar el perímetro fronterizo por distintos medios y por tanto a destinar efectivos policiales a esta labor (art. 6.2 Convenio Schengen), sino también a prever mecanismos de control móviles (art. 6.3 Convenio Schengen) así como a dictar normas dirigidas a dotar de cobertura legal las actuaciones de detención, intercepción y alejamiento de extranjeros en los aledaños de zonas fronterizas[412]. En este ámbito la intervención policial reviste un carácter completamente distinto al propio del control migratorio en frontera; además de la voluntad defraudadora del extranjero que pretende evitar el control migratorio, lo cierto es que, en primer lugar, este tipo de control migratorio exige un alto grado de coordinación entre los servicios policiales encargados del control migratorio y los encargados de la investigación y actuación contra la delincuencia relacionada con el tráfico de personas; en segundo lugar, la actividad de control migratorio de la entrada clandestina requiere equipos y operativos preparados para labores de interceptación, persecución y detención; finalmente, como los extranjeros detenidos se

[412] El art. 6.3 Convenio Schengen deja bien clara la finalidad de tales medidas: "(...) Dicho control se efectuará de tal manera que no se incite a las personas a evitar el control en los pasos fronerizos (...)".

encuentran generalmente en territorio nacional su alejamiento requerirá actuaciones ejecutivas más cercanas a la expulsión que a las del retorno, pues ni existen compañías de transporte responsables del mantenimiento y traslado del extranjero al país de procedencia, ni tal información estará siempre a disposición de la Administración, pues el extranjero puede estar indocumentado y negarse a colaborar en su alejamiento. Desde otra perspectiva, la proximidad temporal y geográfica del procedmiento administrativo con alejamiento respecto de la infracción por entrada ilegal, puede justificar menores trámites y garantías procedimentales que un caso de expulsion, dado que presumiblemente no existirán situaciones de arraigo familiar, laboral o social que justifiquen un procedimiento diseñado para asegurar una resolución más aquilatada sobre la permanencia o alejamiento del extranjero en territorio nacional, como sería la expulsión. Ese procedimiento administrativo específico, caracterizado por su celeridad y sumariedad, consistente en la declaración de la ilegalidad de la entrada y la imposición de una medida de alejamiento de ejecución inmediata, es la "devolución de extranjeros" del art. 58.2.b TIDYLE[413].

1.2.- El concepto de "pretender entrar ilegalmente en España" del art. 58.2.b) TIDYLE como presupuesto habilitante para la orden de devolución. Delimitación respecto al retorno y la expulsión

Del apartado anterior y de la sistemática de la Ley se deduce que la denegación de entrada se emite respecto de los extranjeros que se han sometido a los controles migratorios fronterizos, mientras que aquellos extranjeros que hayan pretendido entrar ilegalmente en el territorio son objeto de un procedimiento y una medida de alejamiento distinta, la devolución del art. 58.2 TIDYLE, siendo quizá lo más destacable que estos extranjeros no

[413] Bajo la denominación "devolución de extranjeros" el art. 58.2 TIDYLE regula dos procedimientos administrativos distintos: la declaración de intento de entrada ilegal y la declaración de contravención de la prohibición de entrada. Esta segunda presenta unos rasgos completamente distintos que la acercan más bien a una medida de mera reejecución de una expulsión precedenter. El Legislador las agrupó dentro de la figura de la devolución más con la intención de que su tramitación y ejecución fueran igualmente inmediatas y aformalizadas que por razones conceptuales. Sin embargo, la mezcla de dos medidas con finalidades y supuestos de aplicación distintos unida a la confusión de las fases ejecutiva y declarativa del procedimiento contribuyen a oscurecer la inteligencia del art. 58.2 TIDYLE. Un análisis más detenido de este planteamiento se expone en MOYA MALAPEIRA, David: "La devolución de extranjeros...", *cit. supra*., para una aproximación un tanto distinta en el contexto de la Ley Orgánica 7/1985 puede leerse RODRÍGUEZ CANDELA y GARCÍA ESPAÑA, *cit. supra*.

obtienen una denegación de entrada puesto que no han solicitado legalmente la entrada en el territorio, sino que intentaron realizarla por la vía de hecho de forma ilegal. En consecuencia, a los extranjeros sujetos a devolución tampoco les será de aplicación, al menos directamente, el conjunto de derechos y garantías del art. 26.2 TIDYLE.

En el resto de casos, la medida de alejamiento de un extranjero o un grupo de extranjeros detectados y detenidos en el interior del territorio en zonas cercanas a la frontera, de los que pueda presumirse y probarse aunque sea indiciariamente su entrada ilegal reciente, es la devolución del art. 58.2.b) TIDYLE.

El gran problema que plantea la aplicación de esta medida de alejamiento es la delimitación de su supuesto habilitante o, dicho en otros términos, de su ámbito de aplicación.En una primera aproximación pueden englobarse en el concepto de entrada ilegal situaciones tan diversas como: la entrada en territorio nacional evitando los puestos de control habilitados (por medio de "pateras", embarcaciones o aeronaves privadas, o simplemente cruzando la frontera por los Pirineos), la entrada por un puesto fronterizo fuera del horario permitido; la entrada involuntaria por razones de necesidad o consentida por las autoridades nacionales (aterrizaje forzoso o protección en un puerto nacional de una tormenta o para evitar el peligroso abordaje de una "patera" en el mar), la entrada por medio de documentos falsos o declaraciones o afirmaciones fraudulentas, p. ej: la entrada con cantidades dinerarias prestadas por redes de traficantes de inmigrantes, la entrada como polizón de una nave o aeronave; la entrada por Ceuta y Melilla aprovechando la especial situación de estas ciudades, o la entrada efectiva y posterior detención a gran distancia del puesto de entrada (p. ej: entrada por Andalucía, y detección del extranjero a bordo de un camión en Girona, o su detención mientras deambula por León). Algunos de estos supuestos podrían ser considerados, 'prima facie', supuestos de entrada ilegal sujetos a una medida de devolución, por esta razón es necesario delimitar el ámbito de aplicación de la figura.

El concepto de "pretender entrar ilegalmente en territorio nacional" del art. 58.2.b) TIDYLE requiere la definición previa y por separado de los conceptos de "entrada ilegal" y "pretensión", concepto este último añadido por la LO 4/2000 para la medida de devolución (entonces retorno) que modifica el ámbito de aplicación de la devolución, reduciéndolo, al

exigir un elemento de intencionalidad a la ilegalidad de la entrada pero al mismo tiempo anticipa la aplicación de la medida de alejamiento a actuaciones anteriores a la consumación de la entrada ilegal[414]. La modificación fue, pues, de importante calado y tenía lógica dentro de la reforma de la LO 4/2000 por cuanto el art. 49.1.d) de dicho texto imponía la expulsión en caso de consumación de la entrada ilegal, nutriendo la interpretación sistemática de ambos preceptos una delimitación lógica y coherente de los respectivos ámbitos de aplicación de cada una de estas medidas de alejamiento. La reforma por la LO 8/2000 suprimió el supuesto de expulsión por entrada ilegal y reintrodujo la expulsión por estancia irregular en España, supuesto de expulsión que incluye a los extranjeros en situación irregular por haber consumado una entrada ilegal en el territorio[415]. El problema es ahora determinar el ámbito de aplicación y alcance del art. 58.2.d) TIDYLE sin el apoyo interpretativo que ofrecía la norma suprimida[416].

Por consiguiente, para determinar el ámbito de aplicación de la devolución "por pretender entrar ilegalmente", previamente deben delimitarse sus dos elementos: la "entrada en territorio nacional" y su calificación como "ilegal" y analizar el efecto que sobre ellos supone la calificación de tal entrada como "pretensión".

El concepto de "entrada en territorio nacional" es esencialmente dinámico[417], constando de dos elementos inescindibles: el cruce de una frontera y el resultado de presencia física del extranjero en el territorio nacional. La conjunción de estos dos

---

[414] El antiguo art. 36.2 LOE requería, por un lado, el cruce de la frontera y la presencia física del extranjero en territorio nacional, para considerar consumada la "entrada" en España. Cfre.: MIQUEL CALATAYUD, José Antonio: "Consideraciones sobre el Derecho Administrativo Sancionador operativo en el foro de la extranjería", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXXVII 1994, págs. 293 y ss.

[415] RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis: "Comunicación sobre la procedencia de la expulsión en los supuestos de entrada en pateras", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, vol. 1, pág. 303.-304.

[416] Basten un par de ejemplos: si se entiende que la llegada con "pateras" a una playa gaditana se puede calificar como entrada ilegal, debe aplicarse una medida de devolución; a la inversa, si consideramos que esa entrada aún no se ha producido deberemos aplicar un rechazo en frontera; de la misma manera cuando la entrada es autorizada erróneamente por el funcionario fronterizo en base a documentación o declaraciones falsas, la consideración de tal entrada como válida y legal impide la aplicación de una medida de devolución, que sí podría adoptarse de considerar que existió una entrada ilegal.

[417] La entrada se revela, pues, como un proceso de traslación del extranjero a través de la frontera geográfica que concluye con la presencia física del extranjero en el territorio nacional, cuya principal consecuencia es la sumisión del extranjero a la jurisdicción española y al conjunto del ordenamiento nacional (STEDH *Amuur et al. v. Francia*, ATC 56/1996 y STC 174/1999). A resultas de esta característica dinámica, sólo puede considerarse que alguien ha entrado en un país cuando su entrada ya se ha producido. Para el Estado receptor, dado que la entrada en su territorio implica siempre que el extranjero proviene de otro país desde el que se trasladado físicamente, cobrará suma importancia la determinación del Estado de tránsito o procedencia a efectos de su alejamiento.

elementos, cruce de frontera y presencia física en España, permite afirmar la consumación de la entrada en territorio nacional[418]. Sin intención alguna de aplicar analógicamente a la devolución la doctrina penal[419], sí conviene recordar que la entrada ilegal es una infracción del ordenamiento jurídico cuya ejecución admite varios estadios de ejecución (imperfecta) antes de la consumación de la misma. En esta línea, cuando la entrada ilegal no se ha producido no puede entenderse consumada, aunque hayan existido actos tendentes a realizarla[420]. El problema aparece cuando existe una disociación geográfica y/o temporal entre la entrada consumada y la calificación de la misma como legal o ilegal[421], cuestión analizada en el *Capítulo Segundo, Apartado II.* En consecuencia, el supuesto de devolución del art. 58.2.b) TIDYLE consistente en "pretender entrar ilegalmente en territorio nacional" abarca todos aquellos supuestos en los que la entrada ilegal no se ha consumado, pero han existido actos tendentes a realizarla.

Por otro lado, para considerar consumada la "entrada" en España basta el cruce de la frontera por un puesto habilitado y la presencia física del extranjero en territorio nacional,; Trasladando el concepto penal de ejecución imperfecta al ámbito administrativo[422], deben considerarse como actos conducentes a la realización de la entrada ilegal todos aquellos necesarios para cruzar la frontera y/o trasladar físicamente al extranjero a territorio nacional. En principio,deberían excluirse de la definición de "entrada ilegal" aquellos supuestos en los

---

[418] MIQUEL CALATAYUD, en su análisis del concepto de entrada ilegal introduce como requisito indispensable la consumación de la entrada. Cfre.: MIQUEL CALATAYUD, José Antonio: "Consideraciones sobre el Derecho Administrativo Sancionador operativo en el foro de la extranjería", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXXVII 1994, págs. 293 y ss.

[419] El concepto de consumación ha sido objeto de análisis por la doctrina y jurisprudencia penales, para distinguirlo de los llamados "tipos de imperfecta ejecución" que eran los actos preparatorios punibles, la tentativa, la frustración, el delito imposible y el desistimiento voluntario, cuya distinción, por cierto, ha desaparecido del Código Penal de 1995. Cfre.: MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General,* Ed. PPU, Barcelona 1994, pág. 364, la consumación (o terminación del delito) en el Derecho Penal se produce cuando se realizan todos los elementos del tipo positivo, aunque no precisa la terminación o agotamiento material de la lesión del bien jurídico protegido.

[420] Se pueden considerar actos conducentes a la realización de la entrada todos aquellos necesarios para la realización de la entrada ilegal, pero que no hubieran provocado aún el cruce de la frontera geográfica o la presencia física del extranjero en territorio nacional. Sería el caso, por ejemplo, de aquellas embarcaciones sospechosas cercanas a las aguas jurisdiccionales españolas, de las personas que son halladas en las inmediaciones de la verja de Ceuta o en el extremo marroquí del sistema de alcantarillado de esa ciudad.

[421] En tales casos, el extranjero ha consumado la entrada en España porque ha cruzado la línea fronteriza y se encuentra físicamente en territorio español, pero como no ha sido objeto de control migratorio alguno no existe calificación jurídica de la entrada, como legal o ilegal. En tanto el extranjero no se someta (o sea sometido a la fuerza) al control migratorio y la autoridad administrativa adopte una resolución de autorización de entrada conforme al art. 25.1 TIDYLE, o una denegación de entrada con rechazo en frontera del art. 26.2 TIDYLE o retorno del art. 60 TIDYLE, la calificación jurídica de la entrada se encuentra en suspenso. Ello no impide que, de entrar por vías o puestos fronterizos no habilitados, pueda presumirse la ilegalidad de la entrada, pero la calificación jurídica de la misma todavía no se ha establecido por la Administración de forma definitiva.

[422] MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal.* cit. *supra*. pág. 364.

que el extranjero obtuviera la autorización de entrada careciendo de alguno de los requisitos exigidos por los arts 25 y 26 TIDYLE, pues esa autorización subsana las carencias de la solicitud de entrada (art. 25.4 TIDYLE). Cuestión distinta es si por entrada ilegal puede entenderse aquella entrada cuya autorización administrativa se obtiene mediante falsificación documental, declaraciones falsas o fraudulentas (deception) o soborno o coacción sobre un funcionario, cuestión ya abordada en apartados anteriores[423].

Conforme a los arts. 25 y 26 TIDYLE es "ilegal" toda entrada en España realizada eludiendo el control migratorio de los puestos fronterizos, es decir, la entrada por la via de hecho, sin obtener una autorización administrativa emitida por los funcionarios fronterizos, ante los cuales estaría obligado a justificar los motivos de su entrada y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación de extranjería, básicamente: pasaporte, título de viaje en vigor o documento de identidad válido, visado, medios económicos suficientes, control sanitario y ausencia de prohibiciones de entrada introducidas por España o cualquier otro Estado con el que España se hubiera comprometido a reconocer sus decisiones de prohibición de entrada.

De modo que el concepto de "pretender entrar ilegalmente" se aplica a los intentos no consumados de entrada en territorio nacional incumpliendo los requisitos establecidos en los arts. 25 y 26 TIDYLE, principalmente el requisito de sumisión a los controles migratorios en los puestos fronterizos[424]. La intención elusiva o defraudadora de los

---

[423] En estos supuestos, la correcta actuación administrativa debería pasar por la anulación de oficio de la autorización de entrada viciada, antes de incoar cualquier procedimiento de expulsión.

[424] Sería el caso, por ejemplo, de aquellas embarcaciones sospechosas cercanas a las aguas jurisdiccionales españolas, de las personas que son halladas en las inmediaciones de la verja de Ceuta o en el extremo marroquí del sistema de alcantarillado de esa ciudad. En estos ejemplos está claro que no se consuma la entrada, pero es evidente la intención, o pretensión, de consumarla. En mayor o menor medida coinciden con esta postura RODRÍGUEZ CANDELA y DORADO NOGUERAS, cit *supra*, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (coord.), cit *supra*, o DE LORENZO SEGRELLES, Manuel y ESPLUGUES MOTA, Carlos: *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Ed. Tirant lo Blanch, València 2001. En contra MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco: *Nuevo Régimen de Extranjería. Comentarios, Procedimientos, Formularios y Modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, Ed. La Ley, Madrid 2001, pág. 367. Para la legislación de 1985, FERRER PEÑA, R: *Los derechos de los extranjeros en España*, Ed. Tecnos, 1989, afirmaba que el supuesto de entrada ilegal se definía precisamente por haber eludido los controles migratorios reglamentarios; cualquier circunstancia que permitiera acreditar que, aún sin la documentación y demás requisitos, la entrada había sido autorizada, incluso no debiendo serlo, convertía a ésta en legal. Otros autores aceptaban el concepto objetivo de entrada ilegal, valorando la voluntad defraudadora del extranjero a efectos de determinar la responsabilidad del extranjero en la entrada ilegal. En esta línea se sitúaban MIQUEL CALATAYUD, *cit. supra* pág. 310, y RODRÍGUEZ CANDELA y GARCIA ESPAÑA, *cit supra*, que sistematizaron los supuestos de entrada ilegal en función de los vicios de la misma.

controles de entrada debe haberse manifestado, claro es, en una serie de actos objetivos que trasladen esa intención elusora o defraudadora al mundo material y que pudieran ser objeto de prueba y contradicción[425]. Indicios de esa intención elusoria de los controles migratorios pueden ser, por ejemplo, el lugar o la via elegidas para intentar forzar la entrada[426] (lugares no transitados, pasos fronterizos no controlados, etc.,), las circunstancias en que se detecta al extranjero[427] (entrada nocturna, falta de documentos, localización deambulando en las proximidades de la frontera, localización de una embarcación clandestina en el Estrecho[428], etc.,), elementos temporales o cualesquiera otros que demuestren una actividad dirigida a eludir los controles migratorios. Se hechan de menos otros criterios geográficos o temporales que delimiten la aplicación de la devolución, como por ejemplo la aplicación de la misma como máximo tras 72 horas de la entrada ilegal, o su aplicación restringida a los extranjeros localizados a 20 km de las fronteras, tal y como la normativa europea acota medidas equivalentes[429].

---

[425] La aplicación de un criterio subjetivo como es la voluntad elusiva de los controles migratorios, permite a la Administración un amplio margen de discrecionalidad, como ocurría en las medidas de repaso y expulsión previstas en el Real Decreto de 1917 y en el Decreto de 1935, o en la jurisprudencia sobre el delito de entrada clandestina de la Ley de 1949. Por el contrario, el empleo de criterios objetivos excluiría del ámbito de la devolución todos aquellos casos conflictivos en que pudiera intuirse una voluntad elusiva de los controles migratorios que fuera de imposible prueba, por ejemplo, en los casos en que el extranjero se demore en la zona internacional del aeropuerto antes de someterse a los controles migratorios. La policía en estos casos deberá conducirlo al puesto fronterizo y someterlo al control migratorio, aplicando en su caso un retorno del art. 60 TIDYLE.

[426] La STSJ Andalucía Sevilla de 6 febrero de 2003 se ha pronunciado favorablemente respecto a la aplicación de la devolución a un extranjero interceptado tras haber desembarcado con la pretensión de entrar e España sin documentación y sin reunir los requisitos para ello, pretendiéndolo hacer por lugar no habilitado a tal fin.

[427] Las STSJAndalucía, Sevilla C-A Secc 1ª, de 24 de febrero de 2003 (recurso nº 104/2002, ponente Dña. María Luisa Alejandre Durán) y la STSJAndalucía, Sevilla C-A Secc 1ª, de 24 de febrero de 2003 (recurso nº 1784/2001, misma ponente), calificaron el comportamiento de 25 extranjeros localizados en una carretera de Cádiz, sin documentación y con indicios de haber intentado efectuar entrada en España por un lugar que no era un puesto fronterizo, como tentativa de entrada susceptible de devolución, pues ésta "debía incluir la intercepción en frontera o en sus inmediaciones y en el interior del país en tránsito o en ruta sin cumplir los requisitos de entrada".

[428] Respecto a esta cuestión consúltense las *Instrucciones de 3 de agosto de 2000, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración sobre la entrada ilegal de extranjeros mediante embarcaciones*, cit *infra*, cuya instrucción tercera dispone la detención e identificación por el Cuerpo Nacional de Policía de los ocupantes extranjeros de las embarcaciones interceptadas, así cómo la tramitación de las propuestas individualizadas de "retorno" (ahora devolución), ordenando el pleno respeto del trámite de audiencia así como de la motivación de tales propuestas. Hay que entender que estas Instrucciones constituyen el desarrollo específico de los art. 58.2 TIDYLE y 138 REDYLE, para aplicar la medida de devolución a las situaciones de intento de entrada ilegal por medio de "pateras" u otras embarcaciones.

[429] En Francia la aplicación de una medida de alejamiento tipo devolución (*reconduite administrative à la frontière*) requiere una entrada ilegal reciente y la detección del extranjero en las inmediaciones fronterizas, concretamente a unos 20 Km. al interior de la frontera, en línea con lo dispuesto en el Convenio de Schengen (art. 25 *Ordonnance nº 45-2658 du 2 novembre 1945*). En Alemania, para poder aplicar una medida de alejamiento inmediato del tipo de la devolución (*Zürukschiebung*) era necesario que la entrada se hubiera producido en el plazo de una semana (*AuslG 1965*)., posteriormente ampliado a seis meses; la prueba de que la presencia en Alemania ha sido superior a tal período corresponde al extranjero (§61*AuslG, Ausländergesetz*

La interpretación aquí sostenida estaría respaldada por la enumeración de los supuestos incluidos en tal situación, recogida en el art. 138.1.b) REDYLE: "considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones, sin cumplir con los requisitos de entrada". Téngase en cuenta que la STS de 20 de marzo de 2003 suprimió la expresión "en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta" precisamente porque esa expresión permitía la devolución de extranjeros irregulares que se encuentrasen en el interior del territorio nacional cuando la Administración considerase que se encontraban en tránsito o en ruta excediendo el Reglamento el supuesto delimitado por el art. 58.2.b) de la Ley Orgánica "pretendan entrar ilegalmente" para incluir supuestos en los que los extranjeros ya habrían consumado su entrada ilegal[430]. El Tribunal Supremo, al declarar la vulneración del principio de jerarquía normativa por el art. 138.1.b) REDYLE, estableció que:

> El precepto legal de referencia no ofrece duda de que se está refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión "pretender entrar" es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar que esta es una situación incompatible con la de encontrarse "en el interior", es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero
>
> El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal ampliándolo a un supuesto no previsto en este. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado. (STS de 20 de marzo de 2003, FJ 18°)

Con ello se ha logrado, desde el espíritu y la redacción de la Ley, una mayor protección del extranjero frente a la arbitrariedad de la Administración, y el mantenimiento

---

vom 9.7.1990). La implantación en España de un criterio temporal y/o geográfico sería de gran utilidad para acotar el amplio ámbito de aplicación de la devolución de extranjeros *en tránsito o en ruta*. En ese sentido la *Consulta 1/2001, de 9 de mayo, de* la *Fiscalía General del Estado,* sigue siendo ambigua, pues no introduce criterios objetivos como los señalados, al contrario reconoce a los agentes de policía la facultad de apreciar los indicios de la "pretensión de entrada ilegal".

[430] Poco antes de dicho pronunciamiento, algunas sentencias aplicaron el precepto "en ruta" declarado nulo, así, la STSJAndalucía de 14 de febrero de 2003 Cont-Admin Secc 4ª (recurso n° 1241/2001, ponente Dña. María Luisa Alejandre Durán), apreció entrada ilegal inmediata que justifica la expulsión en lugar de estancia irregular a efectos de expulsión cuando la Guardia Civil detectó tras la alerta del propio conductor del camión que varios ciudadanos marroquíes rompían el techo de lona del camión y salían del mismo; el Tribunal entendió que el concepto "sorprendido en ruta" era aplicable por cuanto el actor, uno de los ciudadanos marroquíes, no se encontraba con anterioridad a la salida del remolque en territorio nacional, sino que dado el precinto del vehículo en origen, su introducción en el vehículo tuvo necesariamente que tener lugar en Marruecos, siendo inmediatamente después de abandonar el lugar donde se ocultaba cuando se produjo la intervención de la Guardia Civil. La misma línea interpretativa mantiene la STSJAndalucía, Sevilla C-A Secc 1ª, de 24 de febrero de 2003 (recurso n° 1504/2001, misma ponente).

de la lógica dels sistema de control de entrada. Más allá del problema formal que tal precepto contenía, es importante destacar que si la Administración aplicara a estos supuestos una medida de devolución que carece de las garantías de la expulsión, cualquier extranjero en situación irregular que se desplazara de un lugar a otro sería susceptible de aplicación de tal medida sobre la base de indicios en ocasiones más que discutibles[431]. Consecuentemente, la aplicación fraudulenta por la Administración de la devolución a supuestos de estancia irregular prácticamente gozaría de impunidad, si se tiene en cuenta la ejecutividad inmediata de esta medida y lo limitado del control jurisdiccional existente actualmente sobre la misma. Finalmente, esa es la interpretación sobre el fondo de la cuestión que el Fiscal General del Estado había adelantado en su *Consulta 1/2001, de 9 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites*[432].

Finalmente, también al extranjero que elude los controles migratorios en los mismos puestos fronterizos pero es detectado en su intento de entrada ilegal puede serle incoado un procedimiento de devolución del art. 58.2.b TIDYLE. Si puede establecer su identidad, nacionalidad y, sobre todo, el vuelo o barco que trasladó al extranjero hasta el puesto migratorio, la Administración podrá obligar a la Compañía de Transporte responsable de su entrada, a hacerse cargo del extranjero, en virtud del art. 66.3 TIDYLE. Dependiendo de las circunstancias personales del extranjero (minoría de edad, etc...), la Administración puede adoptar una medida menos gravosa que la devolución con prohibición de entrada,

[431] Vénase la La STSJAndalucía de 14 de febrero de 2003 Cont-Admin Secc 4ª (recurso nº 1241/2001, ponente Dña. María Luisa Alejandre Durán) o la STSJAndalucía, Sevilla C-A Secc 1ª, de 24 de febrero de 2003 (recurso nº 1504/2001, misma ponente), citadas anteriormente, como ejemplos del peligro que supone la aplicación de criterios indiciarios de la situación de encontrarse "en ruta" respecto a la entrada ilegal. El potencial efecto inclusivo de la expresión "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta" respecto a todos los extranjeros irregulares, permitiría volver a la situación anterior al año 2000, cuando la Administración podía devolver a cualquier extranjero en situación irregular por haber entrado ilegalmente, evitando así el procedimiento de la expulsión, que cuenta con mayores garantías. La misma opinión, referida al sistema italiano, cuando la Administración se reserva la selección de la norma aplicable en tales casos, expulsión o rechazo con acompañamiento a frontera (art. 11 y 8.2 *Legge n. 40 1998*), puede leerse en BONETTI, Paolo: *La disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero: la situazione italiana*, ponencia para las Jornadas sobre los Derechos de los Inmigrantes en el Derecho Comparado europeo", organizadas por el Institut de Dret Públic en Barcelona, 21 y 22 de junio de 1999. Sobre el sistema italiano puede leerse el estudio de SOLANES CORELLA, Ángeles, *El espejo italiano. Un estudio de la normativa sobre la inmigración en Italia*. Madrid: Dykinson, 2001.

[432] La *Consulta 1/2001, de 9 de mayo, de* la *Fiscalía General del Estado, sobre retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites*, se ajusta a esta interpretación: "La devolución o retorno se aplicaría a todo aquél que es sorprendido en condiciones que no dejan lugar a dudas acerca de su absoluta carencia de imbricación, aún mínima, en el entorno social, por cuanto que su detención se produce antes de cualquier viso de establecimiento en España, precisamente en el curso del iter desplegado para situarse en el país."

simplemente sometiendo al extranjero al control migratorio en el puesto fronterizo para, si carece de los requisitos del art. 25 TIDYLE, denegarle la entrada conforme al art. 26.2 TIDYLE. Esta resolución le obligará a reemprender el viaje hacia su país de origen o residencia y del mismo modo obliga en las mismas condiciones a la Compañía de Transporte.

1.3.- Los mecanismos de información, vigilancia y detección de extranjeros que pretendar entrar ilegalmente en España

Los mecanismos de información, vigilancia y detección de extranjeros tienen por finalidad dotar a la Administración competente en materia de vigilancia fronteriza y control migratorio con: primero, fuentes de información, medición y predicción de los puntos y formas de entrada de la inmigración irregular; segundo, información e inteligencia policial incluida la derivada de investigaciones penales dirigidas a la desarticulación de redes organizadas de tráfico de personas e introducción de inmigrantes; tercero, infraestructuras tecnológicas de alerta y detección de entradas irregulares o clandestinas; cuarto, medios económicos, materiales y humanos para proceder a la interceptación en condiciones aceptables de los extranjeros en tránsito irregular y proceder a su identificación a efectos de incoación de los correspondientes procedimientos de alejamiento. Antes de analizar separadamente estos puntos, conviene efectuar un breve análisis de las competencias asignadas a cada cuerpo policial en materia de control migratorio en zonas fronterizas.

1.3.1.- La distribución de competencias policiales en el control migratorio fronterizo.

En principio, corresponde al Cuerpo Nacional de Policía la competencia sobre el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, así como las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración (art. 12.1.b) y c) LOFCS), mientras que la Guardia Civil tiene atribuida la competencia de custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras,

puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran (art. 12.2.d) LOFCS). Es esta una distribución de competencias funcional que además de una complementaria labor de delimitación, requiere para su viabilidad una mínima coordinación entre cuerpos. Siendo claro que la competencia de control migratorio en sentido estricto correspondería a la Policía Nacional, razón por la cual son los competentes para la incoación de los expedientes de autorización/denegación de entrada en frontera, así como de alejamiento (retorno, devolución, expulsión) y por esa razón es el Cuerpo Nacional de Policía el encargado del Registro Central de Extranjeros, etc,... la labor de vigilancia ordinaria de las zonas fronterizas (costas, carreteras) y de las instalaciones públicas que albergan los nudos de comunicaciones (puertos, aeropuertos, estaciones ferroviarias, etc...), durante la cual puede detectarse la presencia de inmigrantes sospechosos de entrada ilegal el contrala competencia principal de control

1.3.2.- La detección de extranjeros entrando ilegalmente en España: la necesidad de recurrir a criterios no discriminatorios

Para poder iniciar un procedimiento administrativo de determinación de la legalidad de la entrada (en frontera) o la residencia (en el interior del territorio) del extranjero, o la policía debe conocer o, al menos, sospechar la entrada ilegal o su intento[433]. La detección de un extranjero que ha entrado de forma ilegal depende de las fuentes de información policial, que se pueden reducir a cuatro vías, coincidentes en lo fundamental con las formas de iniciación del procedimiento administrativo, de oficio o por denuncia, recogidas en los arts 68, 69 y 70 LRJAPyPAC, ya sean entradas ilegales detectadas por la misma Policía u otros cuerpos o fuerzas de seguridad, generalmente la Guardia Civil en cumplimiento de sus competencias de vigilancia de costas, fronteras, puertos y aeropuertos; ya sean entradas ilegales presumidas en base indicios razonables o a raíz de denuncias que cumplan los requisitos del art. 70 LRJAPyPAC; ya sea por una investigación iniciada en otro asunto, generalmente por delitos relacionados con el tráfico de inmigrantes.

[433] Esta calificación implica como se verá el cruce de fronteras y la presencia física del extranjero en España, ya sea eludiendo los controles migratorios fronterizos.

En los dos primeros supuestos, el problema surge de la posibilidad de que las intervenciones policiales se realicen sobre la base de criterios raciales o étnicos que, en la práctica, supongan una discriminación hacia determinados colectivos. Este problema, que se abordará con mayor profundidad en el Capitulo sobre control de estancia en España, presenta algunas peculiaridades en frontera. Conforme a la STC 53/2001 en las zonas fronterizas y nudos de comunicaciones los controles policiales sobre personas cuyo fundamentos sea la la pertenencia a razas o étnias con rasgos distintivos externos (color de la piel, configuración ósea, vestimentas, peinados, etc...) no es *per se* discriminatoria, en cuanto estos elementos constituyen un criterio, aunque no el único, para inferir la condición extranjera de una persona. Como se expondrá más adelante, en una aproximación crítica a esta sentencia, esta interpretación se basa en premisas más que discutibles, pero sobre todo, identifica la condición de extranjero con la de extranjero indocumentado o irregular, salto argumentativo que no es acompañado de mayores matices o condiciones. En este punto, una afirmación como esta debería acompañarse de alguna aclaración suplementaria para salvar su coherencia lógica. Es evidente que los signos externos pueden ser indicativos de la condición extranjera de una persona, pero precisamente en las zonas fronterizas y nudos de comunicaciones pueden encontrarse muchos extranjeros regulares; la intervención y solicitud de identificación de los mismos por la policía de forma sistemática puede promover prácticas discriminatorias o como mínimo tiene este efecto. Deben exigirse en tales casos, indicios suplementarios o *criterios objetivos no discriminatorios*[434] que indiquen la condición irregular del extranjero, indicios tales como tales el tiempo, lugar, circunstancias personales o comportamiento del extranjero ante la presencia policial.

La utilización de criterios raciales o étnicos debe atemperarse en función de diversos elementos, que se analizarán más adelante, sin embargo, deberían justificarse especialmente en aquellos contextos en los que la población autóctona o residente presente rasgos raciales o étnicos distintivos, así, por ejemplo en Ceuta u otros en núcleos de población con una mayor presencia de minorías.

---

[434] El control de identidad fue abordado por el *Conseil Constitutionnel* en su decisión 93-325 DC, donde precisó que la realización de controles de identidad generalizados e indiscriminados era incompatible con el respeto a la libertad individual; por esa razón el *Conseil* exigió para su práctica una fundamentación basada exclusivamente en "criterios objetivos no discriminatorios" para evitar que elementos físicos o el empleo de lenguas extranjeras en conversaciones privadas pudieran provocar controles de identidad y alentar posiciones discriminatorias.

1.3.3.- La sospecha de entrada ilegal, la problemática del control a posteriori de la entrada y el juego de presunciones

Dado que el control sobre los extranjeros de los que se sospecha la entrada ilegal sólo se realiza una vez cometida ésta ('*a posteriori*'), el problema de la mayor parte de supuestos de devolución es que no existen pruebas directas de la entrada ilegal[435]. En estos casos lo normal es que la policía desconozca la fecha, las circunstancias e incluso la identidad de los extranjeros que entraron de forma ilegal, cobrando una capital importancia para la calificación como ilegal de la entrada los indicios de que puedan disponer los agentes.

En este sentido convendría la confección reglamentaria, o al menos jurisprudencial, de un test de indicios razonables que habilitasen en general a los funcionarios de policía para intepelar a un extranjero y solicitar su identificación. Tal delimitación sería de utilidad en dos momentos distintos: como fundamento jurídico del requerimiento de identificación, y como fundamento probatorio suficiente para abrir un expediente de devolución. Aquí se proponen algunos criterios basados en el comportamiento del extranjero, en criterios temporales y en criterios geográficos, elementos todos ellos que deberán siempre ponerse en relación con las concretas circunstancias personales del extranjero.

Los indicios basados en la *localización geográfica* del extranjero son los más evidentes cuando la detección del extranjero se produzca en las cercanías de la frontera y especialmente en los lugares utilizados habitualmente por la inmigración ilegal como lugares de paso o entrada; así determinadas playas gaditanas, la población de La Línea de la Concepción, o determinados puntos de la valla de Ceuta o Melilla. En general puede concluirse que la localización de un extranjero en una zona fronteriza, en determinadas circunstancias pueden constituir base suficiente para presumir la entrada ilegal. Por ejemplo, la presencia de un grupo de extranjeros a determinadas horas de la noche en la frontera, o la

[435] Las pruebas directas de la entrada no ofrecen más problemas que los de asegurar su veracidad y determinar en cada caso su valor. Los atestados policiales o el testimonio de terceros no rompen por sí solos la presunción de inocencia que asiste al extranjero, si éste opone su propia declaración o la de terceros; de modo que deberán combinarse con otros indicios de entrada ilegal o con un juego de presunciones., si bien la valoración y ponderación de tales declaraciones corresponde a la Autoridad gubernativa, que será bastante proclive a admitirlas.

llegada de otro grupo en una pequeña embarcación, son elementos suficientes para presumir la entrada ilegal y requerir la identificación. En este sentido, el criterio establecido por el art. 6.3 Convenio de Schengen que fija en unos 20 Km hacia el interior desde las zonas fronterizas los espacios que deben ser objeto de los controles migratorios móviles o aleatorios, ofrece un parámetro doblemente útil, por un lado, para distinguir entre la entrada ilegal consumada susceptible de expulsión, el intento de entrada ilegal sujeto a devolución, ofreciendo a este efecto un criterio objetivo; por otro lado, para fundar solicitudes de identificación de los extranjeros sin necesidad de mayores justificaciones, en línea con la STC 53/2001.

Existen indicios temporales que fundamentan razonablemente la sospecha de entrada ilegal, por ejemplo: la presencia de extranjeros en los alrededores de los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla durante la noche o fuera del horario de apertura de los mismos puede ser suficiente. Por el contrario, la existencia de indicios de que la presencia del extranjero en España se remonta a tiempo atrás debería excluir la sospecha de intento de entrada ilegal que entraña el procedimiento del art. 58.2 TIDYLE y considerarla como una estancia ilegal del art. 53.1 TIDYLE, susceptible de expulsión.

Otros indicios de gran valor se desprende del propio *comportamiento del extranjero* así como de sus circunstancias, aspecto físico, estado de su ropa, etc... puesto que tales indicios pueden denotar la elusión de los controles migratorios y por consiguiente un intento de entrada ilegal; así por ejemplo, la huida ante la presencia policial. Obviamente, esta lista es por definición abierta, por lo que son admisibles *otros indicios* que permitan sopechar razonablemente que un extranjero ha entrado ilegalmente, como pueden ser el estado de sus ropas o vestigios de haber pasado la noche al raso. En todo caso esos indicios deben ponerse en relación con otros indicios que pueda aportar el extranjero de que su su entrada no ha sido ilegal o no ha sido reciente, tal y como exige el art. 58.2 TIDYLE.

2.- El ejercicio de la coacción admininistrativa directa en el control de fronteras y en la intercepción de extranjeros que entran, tránsitan o cruzan el territorio de forma irregular

No obstante, en algunos casos la policía puede disponer de la información sobre una futura entrada ilegal, pero abstenerse de impedirla[436] por diversos motivos: el riesgo de naufragio de las "pateras", la distancia entre los policías y el extranjero, el peligro de desbaratar otras operaciones policiales de detección de drogas o de tráfico de trabajadores inmigrantes, etc..

En la realización del control migratorio en los puestos fronterizos puede requerir en algunas ocasiones el empleo de la fuerza sobre aquellos extranjeros que, aún sometiéndose a los controles migratorios, puedan presenten comportamientos agresivos, alteren el orden público o intenten forzar su entrada en España por la vía de hecho. Este tipo de actuaciones deben equipararse a las conductas que puedan producirse de ordinario en Comisarias u otras oficinas públicas. Más allá de la posible detención del extranjero en estos casos y mientras dure tal comportamiento, sin perjuicio de las sanciones a que puedan proceder, la única consecuencia suplementaria sobre la que preguntarse es si los agentes pueden denegar la entraa o retornar al extranjero que ha alterado el orden en el puesto de control migratorio; en principio, la resolución administrativa sobre la solicitud de entrada es independiente de los problemas que pueda generar el solicitante si cumple los requisitos exigidos por la normativa (arts. 25 y ss TIDYLE). Cuestión aparte es, si tales actos, pueden ser considerados como suficientes para denegar la entrada por razones de amenaza al orden publico, dependiendo la respuesta a esta cuestión de la gravedad que haya revestido tal comportamiento y si ha sido de tal entidad como para ofrecer indicios de que tal actitud persistirá y será susceptible amenazar el orden público durante su estancia en el territorio

[436] En los casos en que se están cometiendo los actos preparatorios de una entrada ilegal, la Policía tiene la obligación de impedirla si está en su mano, pero si la entrada ilegal ya se ha producido, la Policía debe detener a los extranjeros a efectos de iniciar el expediente de devolución y asegurar su ejecución, salvo en Ceuta y Melilla donde la práctica policial se desvía de esta regla. El ejemplo típico es el de las "pateras" que cruzan el Estrecho y son detectadas por la Policía, que ante el peligro de naufragio por el abordaje en alta mar, opta por efectuar la detención en el momento en que desembarcan en la playa.

español conforme a los parámetros habilituales con los que se enjuicia tal amenaza (haya cometido delitos o existan razones fundadas para considerar que piensa cometerlos, etc...).

Habitualmente, sin embargo, la coacción administrativa se ejercerá por los funcionarios encargados de la vigilancia de fronteras[437]o por los mismos funcionarios destacados en los puestos de control migratorio fronterizo[438]. La coacción administrativa, tal y como la ha caracterizado AGIRREAZKUENAGA[439] supone el uso proporcionado de la fuerza sobre personas, cosas o actividades mediante la violencia corporal o la amenaza de la misma ante situaciones de emergencia, que obligan al funcionario policial a adoptar una decisión y ejecutarla inmediatamente, en lo que constituye un acto único, que requiere el agotamiento previo del resto de medios disuasorios. Ateniéndonos a estos parámetros, la actividad policial de control de fronteras constituye una manifestación de la coacción administrativa directa: primero, existe una "urgente necesidad inaplazable" de intervenir para evitar la consumación de la entrada ilegal o la huida; segundo, en estos casos la urgencia de la intervención se manifiesta en la necesidad de que la decisión (acto declarativo) y la ejecución (acto ejecutivo) seon decididas por el mismo sujeto en el mismo momento (unidad de decisión y ejecución); tercero, este tipo de actuación de control de fronteras se caracteriza por la no formalización del acto administrativo de intervención, la coacción administrativa directa se ejerce tan pronto como se detecta la infracción. Finalmente, si bien la consideración de las circunstancias de la entrada ilegal como "situaciones límite" que afectan al orden público o la seguridad ciudadana pueda ser un poco más dificil de demostrar, aunque la intervención policial estará dirigida a proteger el régimen de control migratorio instituido por los arts. 25 y ss. TIDYLE, que apoderan a la policia a intervenir en estos casos. El fundamento jurídico de tal apoderamiento, no explicitado en la Ley, puede encontrarse en la evitación de infracciones administrativas susceptibles de expulsión tales como "encontrarse irregularmente en territorio español" (arts. 53.a y 57.1 TIDYLE) o "pretender entrar ilegalmente en España" (art. 58.2.b

[437] Guardia Civil o Cuerpo Nacional de Policía, según el lugar y tipo de frontera de que se trate.

[438] Sobre los problemas de la distinción de competencias entre cuerpos de seguridad véase BARCELONA LLOP, *RVAP* nº 65, 2003. Sobre las competencias del Servicio de Vigilancia Aduanera en actividad de policia debe tomarse en cuenta la STS Caso Naseiro 2003.

[439] AGIRREAZKUENAGA, Ignacio: La coacción administrativa directa, Ed. Civitas, Madrid 1990., también José Luis CARRO: "Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº15.

TIDYLE), ser simplemente extranjeros que hayan intentado la entrada en España a sabiendas de que en frontera"no se les permita el ingreso en el país" (art. 60.1 TYDILE) de manera que pesa sobre ellos una obligación de salida derivada de "la falta de autorización para encontrarse en España" (art. 28.2.c TIDYLE).

El fundamento legal de la coacción administrativa directa en el art. 100 LRJAPyPAC o LOPSC y el apoderamiento para la interceptación y detención de extranjeros en frontera a efectos de devolución[440] (art. 138.1.b) REDYLE) o se encuentre detenido en un puesto fronterizo porque no se le permite el ingreso en el territorio nacional (art. 137.1 y 4 REDYLE) y en el caso de la expulsión las actuaciones previas (art. 93 REDYLE) y las medidas cautelares reglamentariamente previstas (art. 117.2 REDYLE).

3.- El procedimiento de alejamiento de extranjeros que tratan de eludir el control migratorio

3.1.- La privación de libertad como actuación policial cautelar respecto de extranjeros sospechos de "intentar entrar ilegalmente": la detención cautelar y las diligencias identificativas del art. 20 LOPSC

Tras la detección de extranjeros sospechosos de intentar la entrada ilegal en España, la policía puede encontrarse en dos posibles situaciones: una, disponer de evidencias suficientes del intento de entrada ilegal, de modo que procede directamente a la detención del extranjero; dos, sospechar la entrada ilegal pero carecer de una evidencia suficiente para proceder directamente a la detención, en cuyo caso, procederá a solicitar la identificación del extranjero y comprobar su documentación, actividad concpetuable como una diligencia de identificación del art. 20.1 LOPSC,

En el primer caso, el problema estriba en la insuficiencia del fundamento jurídico para adoptar la detención[441], pues a diferencia de la expulsión regulada en los arts. 57.1 y 64

[440] Téngase en cuenta que la STS de 20 de marzo de 2003 anuló una parte de este precepto, cuya redacción no se reproduce aquí.

[441] La jurisprudencia constitucional ha sido un tanto errática en la determinación del fundamento constitucional y legal de la medida administrativa de detención cautelar en los procedimientos de devolución. Partiendo de la STC 115/87, en una primera impresión parecería que el Tribunal Constitucional ha parecido fundar la

TIDYLE (STC 115/1987), el art. 58.2 TIDYLE no contiene ninguna habilitación expresa para la detención que respete la reserva de ley material y formal del art. 17.1 CE[442]. Tal habilitación sólo puede derivarse de la posibilidad reconocida en el art. 58.5 TIDYLE, tras la reforma de la LO 14/2003, para solicitar el internamiento judicial del extranjero una vez transcurridas setenta y dos horas, en combinación con el art. 20.2 LOPSC sobre la retención a efectos de identificación y el art. 138.2 REDYLE, aunque la verdad es que se trataría más bien de una construcción para dotar de cobertura legal más o menos implícita a una actuación que, estrictamente, no reúne los requisitos exigidos por el art. 17.1 y 2 CE para admitir "privaciones de libertad", pues no contempla ni los casos ni la forma en que tales "privaciones de libertad" pueden considerarse admisibles desde el punto de vista constitucional, aunque tal intervención sea absolutamente necesaria para la práctica administrativa diaria de la devolución[443].

---

detención preventiva o cautelar de extranjeros susceptibles de expulsión en el art. 17.2 CE, considerando acto seguido que "*el internamiento preventivo de extranjeros, previo a su expulsión, tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal, no sólo en las condiciones físicas de su ejecución sino también en función del diverso papel que cumple la Administración en uno y otro caso.*" (FJ 1º), planteamiento que subyace implícito en la STC 12/1994, de 17 de enero. Debe discreparse de la STC 12/1994 por equiparar la devolución a la expulsión con el fin de justificar la detención cautelar en la devolución, pues la devolución, a diferencia del antiguo art. 26.2 LOE, no dispone de una expresa previsión legal de ninguna medida cautelar privativa de libertad.

No obstante, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, reconoció la existencia, junto a las detenciones preventivas del art. 17.2 CE, de otras medidas cautelares privativas de libertad cuyo amparo se encuentra en el art. 17.1 CE, entre las cuales señaló expresamente el internamiento de extranjeros, para terminar diciendo "*El ámbito de discrecionalidad del Legislador para configurar otros casos de privación de libertad debe ser objeto de control de constitucionalidad a la luz de los criterios que inspiran las garantías dispuestas en los apartados dos y tres de este precepto y en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate.*" (FJ 4º y 6º). Más tarde, la STC 174/99 ha calificado la detención inicial de un extranjero sujeto a devolución como una detención preventiva del art. 17.2 CE, en contra del pronunciamiento contenido en la STC 341/1993.

Debe discreparse de la STC 12/1994 por equiparar la devolución a la expulsión con el fin de justificar la detención cautelar en la devolución, pues la devolución, a diferencia del antiguo art. 26.2 LOE, no dispone de una expresa previsión legal de ninguna medida cautelar privativa de libertad.

[442] El art. 17.1 CE, en consonancia con el art. 5.1.f) CEDH, exige claramente que las privaciones de libertad estén previstas en una norma con rango de ley que configure los supuestos de privación de libertad con la finalidad de proteger derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos y sin crear nunca, por su grado de indeterminación, inseguridad o incertidumbre insuperables sobre su modo de aplicación efectiva, y sin que incurran en falta de proporcionalidad (STC 341/1993, FJ 5º).

[443] Debe excluirse el sustento de tal detención en la detención por delitos del art. 490 y ss LECr, y tampoco parece satisfactoria la interpretación sugerida por las STC 12/94, consistente en la aplicación analógica de la regulación sobre la compulsión personal prevista para la expulsión, debe rechazarse porque extiende la privación de libertad a supuestos distintos a los inicialmente previstos, cuando tales supuestos son de interpretación restrictiva. Tampoco la habilitación genérica para adoptar medidas provisionales del art. 72 LRJAPyPAC cumple la reserva de ley del art. 17.1 CE, pues la detención es una medida cautelar excepcional que exige una previsión legal específica que contenga los casos y las formas en que ésta puede realizarse.

En desarrollo de los derechos constitucionales derivados de los apartados 2 y 3 del art. 17 CE y 24 CE, la detención preventiva[444] del extranjero por la policía debe acompañarse de una serie de garantías al extranjero "desde el mismo momento de la detención" tal y como establecen de forma general los arts. 20, 21 y 22 TIDYLE y el art. 138.2 REDYLE en particular para la devolución. Estos derechos son la más completa información de los derechos del extranjero y de los motivos de la detención), así como los de asistencia letrada[445] y de intérprete (STC 12/94, STC 174/99, STC 53/2002 y STC 95/2003), el derecho al habeas corpus y a la limitación temporal de la detención administrativa por el tiempo imprescindible con un máximo de 72 horas que, una vez transcurrido, obligará a la puesta en libertad del extranjero o a su internamiento con autorización judicial (art. 58.5 TIDYLE). De esta manera es posible mantener la situación de detención cautelar del extranjero, con un mínimo de garantías para el mismo.

Finalmente, tanto la detención cautelar o preventiva como el internamiento del extranjero una vez incoado el expediente administrativo, se encuentran sometidos al principio de excepcionalidad (STC 115/1987), de modo que, aunque en la mayor parte de casos el riesgo de fuga sea ciertamente alto, la detención no es la única medida cautelar ni, desde luego, la menos lesiva, ya que existen otras que aseguran en mismo grado la ejecución de la devolución con una menor lesión de la libertad personal, por ejemplo, medidas provisionales de residencia obligatoria o de presentación periódica en dependencias

---

[444] La STC 174/1999 impone la distinción entre la detención preventiva para la fase declarativa de la devolución, durante la cual se reconocen las garatías del art. 17.2 CE, y la detención asegurativa, que es aquella privación de libertad amparada en la orden administrativa de devolución, con garantías más reducidas (no hay otro control jurisdiccional que el del *habeas corpus* y el mandato de ejecución únicamente limita la devolución a que ésta se realice "sin dilación" pero más allá de las setenta y dos horas.

[445] Bajo el régimen de la LO 7/1985 la asistencia letrada no era un derecho del extranjero por mor de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, contra la que el Defensor del Pueblo interpuso un recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 95/2003. En ausencia de tal garantía, la audiencia del extranjero, de cumplirse, se convertía en un mero trámite sin utilidad alguna para la defensa de un extranjero que desconocía por completo el ordenamiento español y sus derechos y se hallaba totalmente aislado además de privado de libertad. La Ley 8/2000 también ha sido recurrida por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, entre otras cuestiones, por el tema de la defensa letrada, el recurso puede consultarse en http://www.extranjeria.info/LOex/constitu/psoe_inc.pdf (24/3/2002). Hasta la reforma de LO 4/2000, la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita negaba tal servicio a los extranjeros sujetos a devolución, quienes carecían de este derecho que es garantía del resto de derechos (derecho al recurso, *habeas corpus*, a la proposición de prueba, solicitud de asilo,...). El único letrado al que, a veces, tenía acceso el detenido era el letrado de asistencia al detenido, con las limitaciones que ello suponía. Lo mismo sirve respecto al derecho a un intérprete, garantía instrumental para poder ejercer otros derechos y muy especialmente de la asistencia letrada (STC 71/88 de 19 abril, STC 30/89 de 7 de febrero, STC 188/91 de 17 de junio).

policiales o similares, tal y como admite excepcionalmente el art. 6.2 TIDYLE[446]. Junto a éstas, podría acudirse a instituciones como la prestación de fianza o los avales personales de familiares o amigos.

Respecto a la solicitud de identificación dirigida a verificar las sospechas de entrada ilegal, su objeto principal será el análisis de la documentación del extranjero, que tiene la obligación de conservar en virtud del art. 4.1 TIDYLE.. La combinación de este precepto con el art. 11 LOPSC, que castiga como infracción leve del art. 26.j) LOPSC la carencia de la "documentación que acredite su identidad así como el hecho de hallarse legalmente en España", apodera a la polícia para solicitar la identificación de extranjeros[447] y permitiría concluir la facultad policial de exigir la identificación de los extranjeros, siendo ésta la interpretación que CASAL HERNÁNDEZ considera predominante entre los cuadros policiales[448]: si el extranjero del que se sospecha que ha entrado ilegalmente no presenta la documentación identificativa requerida, la policía puede detenerlo para evitar la huida e iniciar la tramitación del expediente de devolución, o requerirle para que acompañe a los agentes a dependencias próximas con el fin de someterse a unas diligencias de identificación complementarias.

Para el Tribunal Constitucional, la existencia de indicios razonables y objetivos que puedan ser demostrados posteriormente, habilitan a la policía en virtud del art. 20.1 LOE a solicitar tal identificación y a exigir el acompañamiento a dependencias policiales (STC 341/93):

---

[446] Incluso admitiendo que las medidas alternativas a la detención no son tan seguras como la detención, presentan indudables ventajas: la menor restricción de derechos, un acceso más completo a los servicios de asesoría jurídica y asistencia social, y muy especialmente, la ausencia de limitaciones temporales a la detención, ventaja muy importante en los supuestos de intento de entrada ilegal(art. 58.2.b TIDYLE). Estas medidas serían especialmente útiles cuando las circunstancias personales del extranjero permitieran excluir la posibilidad de huida, como por ejemplo, para las mujeres embarazadas, niños de corta edad, personas enfermas, etc..

[447] Para SALIDO VALLE la facultad policial de solicitar la identificación de los extranjeros tenía bajo la regulación anterior a 2000, su base legal en el art. 62.2 RELOE en combinación con el art. 20.1 LOPSC, pues el precepto reglamentario impone la obligación a los extranjeros de llevar consigo la documentación identificativa, así como de exhibirla cuando "fueren requeridos por la autoridad o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio, si no los llevaran consigo". SALIDO VALLE, Carlos: La detención policial, Ed. JM. Bosch, Barcelona 1997.

[448] Este autor considera que el incumplimiento de la obligación del art. 62.2 RELOE no está tipificado como infracción en el RELOE, y por tanto no permite recurrir a la solicitud de acompañamiento a dependencias policiales a efectos de identificación del art. 20.2 LOPSC. Cfre.: CASAL HERNÁNDEZ, Jesús Maria: Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid 1998.

> El precepto no deja en lo incierto cuáles sean las personas a las que la medida pueda afectar y tampoco puede tacharse de introductor de una privación de libertad desproporcionada con arreglo tanto a las circunstancias que la Ley impone apreciar como a los fines a los que la medida queda vinculada. El art. 20.2 no es contrario a la Constitución por haber previsto este caso de privación de libertad pues, como ya se dijo en la STC 178/1985 (fundamento jurídico 3.), «el art. 17.1 C.E. no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no desprovisto de restricciones». Y no es incompatible, tampoco, con lo dispuesto en el art.5.1 del Convenio de Roma. Este precepto admite, en su apartado «b», que se lleguen a disponer privaciones de libertad «para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley» y si bien la exigencia de identificarse ante el requerimiento de los agentes (art. 20.1 de laL.O.P.S.C.) nunca podría llevar, por sí sola, a la aplicación de lo dispuesto en el art. 20.2, no es menos cierto que tal deber constituye una«obligación» legal, en el sentido dicho, que permite, dadas las circunstancias previstas en este último precepto, asegurar la identificación de las personas afectadas, cuando no haya otro medio para ello, incluso mediante su privación de libertad.

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional reconoció algunos límites a las facultades policiales del art. 20.2 LOPSC[449], entre las cuales enfatizó la necesidad de que la identificación del extranjero tuviera por único fin "impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción administrativa". Esta intepretación del art. 20.2 LOPSC ofrece el fundamento legal de la facultad policial de solicitud de identificación así como de la posible retención posterior a los efectos de identificación, pues el podría incurrir en una posible infracción administrativa: el intento de entrada ilegal del art. 58.2.b) TIDYLE o de estancia ilegal del art. 53.1 TIDYLE[450].

---

[449] Tal y como ha interpretado esta "retención" la STC 341/93, la conducción a dependencias policiales a efectos de identificación no es una detención, y en consecuencia no le son aplicables las garantías del art. 17 CE en bloque: "La medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la L.O.P.S.C. supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Con toda evidencia, estamos, pues, ante uno de «los casos» a que se refiere el art. 17.1 C.E., cualquiera que sea la disposición de la persona ante la orden recibida, constatación que, por lo demás, da sentido al carácter de Ley Orgánica de este art. 20.2 (Disposición final tercera de la L.O.P.S.C.)." [FJ 4°]

[450] Bajo la LO 7/1985 tal facultad policial no era tan evidente pues la entrada ilegal no era claramente conceptuable como infracción administrativa, por esa razón CASAL HERNÁNDEZ, *cit. supra*, presumía la comisión de una infracción genérica del derecho de extranjería consistente en la estancia ilegal, que podría dar lugar a diversas medidas sancionadoras, principalmente multa o expulsión. Si bien con la LO 4/2000 la entrada ilegal constituía una infracción sancionable con la expulsión, luego la LO 8/2000 volvió a constituir un supuesto de devolución de rasgos sancionadores más que dudosos que obligaba a recurrir de nuevo a dicha tesis. Si los supuestos de devolución se consideran infracciones administrativas y la devolución una medida de

Siguiendo, no obstante, la jurisprudencia cosntitucional, en tales casos la retención del extranjero con fines identificativos, constituyendo una restricción de la libertad personal del art. 17 CE, se sujetaría a los límites propios de la retención, y destacadamente, al requerimiento de que la retención se limite a la investigación y cotejo de datos sobre la identidad del extranjero y por el "tiempo imprescindible" para la comprobación de la identidad. Tal comprobación, requerirá contrastar las manifestaciones del extranjero referentes a su identidad, especialmente si el extranjero sostiene la legalidad de su estancia en territorio nacional; y sobre todo, el acceso a las bases de datos policiales sobre extranjeros regulares, fundamentalmente el Registro Central de Extranjeros[451], aunque cabe plantearse el acceso a otros registros como el del padrón (art. 16.3 LRBRL modificado por la LO 14/2003 y Disposición Adicional 7ª TIDYLE introducida por la LO 14/2003). Si la identificación no fuera posible o demostrara la existencia de una prohibición de entrada o elementos de juicio suficientes para seguir sosteniendo la ilegalidad de la entrada, la policía deberá poner fin a estas actividades de información previa del art. 69.2 LRJAPyPAC y dar inicio al procedimiento de devolución por acuerdo del órgano competente (art. 69.1 LRJAPyPAC), que será la Dirección Provincial de la Policía, según la LOFCS. Tanto la imposibilidad de identificar al extranjero por carecer éste de documentos identificativos o por imposibilidad de comprobación de la identidad manifestada, son en sí mismos indicios de que la presencia del extranjero en España puede no ser legal[452]; en el mismo sentido juega la ausencia de datos en el Registro Central o en los archivos policiales. En tales circunstancias, la ausencia de datos sobre la estancia del extranjero puesta en relación con la existencia de indicios razonables o pruebas del intento de entrada ilegal, pueden constituir base suficiente para apreciar la comisión de una infracción de entrada ilegal en el territorio y

---

naturaleza no sancionadora puede afinarse dicha interpretación considerando que el término "sancionar" del art. 20.2 LOPSC es sinónimo de "aplicar una medida limitativa de derechos".

[451] Si la identificación es positiva podrá conocerse con mayor exactitud el estatuto del extranjero, por ejemplo si de la información contenida en el Registro Central de Extranjeros se desprende que su estancia ha devenido irregular con posterioridad a su entrada legal.

[452] Uno de los problemas principales en este ámbito se produce cuando no existe testimonio directo de la entrada ilegal y ésta deba inferirse de los indicios aportados por la policía, pues en tal caso la determinación del momento de la entrada ilegal será difícil de establecer, difuminando la línea divisoria entre la entrada ilegal y la estancia ilegal. La STSJ Andalucía Sevilla de 6 febrero de 2003 así lo ha apreciado cuando se ha pronunciado favorablemente sobre la aplicación de la devolución a un extranjero interceptado tras haber desembarcado con la pretensión de entrar e España sin documentación y sin reunir los requisitos para ello, pretendiéndolo hacer por lugar no habilitado a tal fin.

abrir un expediente de devolución[453].

Al final del trámite de identificación, la policía deberá adoptar una nueva decisión que puede consistir tanto en la inmediata puesta en libertad del extranjero, si la identificación despeja las sospechas policiales o ha transcurrido el plazo de retención sin resultados, como en el mantenimiento de la privación de libertad mientras se abre un expediente de devolución. De todas maneras y en función de las circunstancias reveladas en el trámite de identificación, la Policía puede optar por iniciar otros procedimientos administrativos, como el de expulsión o multa, o incluso la instrucción de un proceso penal por delitos.

3.2.- La fase declarativa del procedimiento de devolución de extranjeros

El procedimiento administrativo de devolución del art. 58.2.b) TIDYLE consta de dos fases distintas, aunque la ley no las distinga claramente: la fase declarativa y la fase ejecutiva. Dado que la fase ejecutiva presenta elementos comunes con el resto de medidas de alejamiento de extranjeros guarda ciertas similitudes y presenta problemas comunes a todas las medidas de alejamiento de extranjeros se analizarán sus elementos en el Capítulo VII. Conviene en el presente apartado, sin embargo, centrar la exposición en la fase declarativa de la entrada ilegal, desde la apertura del expediente administrativo hasta la adopción de la orden de devolución que abre la fase ejecutiva común a todas las medidas de alejamiento, pasando por cada uno de los estadios de su tramitación.

Antes de abordar algunas cuestiones relacionadas con la fase declarativa del procedimiento de devolución, debe primero insistirse en la naturaleza de acto administrativo de la orden de devolución, y de la consiguiente necesidad de un procedimiento administrativo, a pesar de la redacción del propio art. 58.2 TIDILE. Cierto es que tal precepto no recoge ninguna previsión expresa sobre las características del procedimiento

[453] El art. 78-3 CPP francés, para los casos en que la identificación no pudiera realizarse o fuese infructuosa y ésta fuera necesaria, establece la posibilidad de retención durante 4 horas (*verification d'identité)*. Si se determina la infracción cometida, y especialmente en los casos de entrada o estancia irregulares, se procede a la *garde à vue* durante 24 horas prorrogables, durante las cuales se tramitará la sanción o medida de alejamiento correspondiente.

administrativo de devolución, pero la interpretación de este precepto legal de conformidad con la Constitución, y muy especialmente con su art. 105.c) CE, impone una única interpretación favorable a la existencia de un mínimo procedimiento administrativo que garantice la legitimidad y objetividad de la actuación administrativa, así como la defensa del extranjero frente a órdenes administrativas, que tienen un carácter restrictivo o limitativo de derechos, tal y como predica la STS de 11 de abril de 1995[454]. El procedimiento de devolución debe reconstruirse, pues, a partir de algunos indicios contenidos en los arts. 58.2 TIDYLE y 138 REDYLE y, en aquello no previsto en la normativa de extranjería, a partir de las disposiciones generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC)[455].

De la normativa especial de extranjería se desprende: primero, la existencia de una fase declarativa (art. 58.2 TIDYLE y art. 138.1) y una fase ejecutiva (art. 58.5 TIDYLE y 138.3 y 4 REDYLE); segundo, tal y como agudamente han señalado RODRÍGUEZ CANDELA y GARCÍA ESPAÑA, la expresión "no será preciso expediente de expulsión" del art. 58.2 TIDYLE debe entenderse como una prohibición de "expediente de expulsión", pero no como una negativa a la apertura de un específico "expediente de devolución", conforme a lo dispuesto en el art. 20.2 TIDYLE y 134 y ss LRJAPyPAC, contrariamente a una jurisprudencia ya superada[456]; y tercero, la propia Administración ha reconocido la existencia de un procedimiento administrativo para la devolución de extranjeros en su *Resolución de 1 de diciembre de 1998*[457], confeccionando formularios estereotipados, y

[454] En la STS de 11 de abril de 1995, el Tribunal Supremo declaró la vulneración de los arts. 24 CE y 19 CE de la recurrente, por cuanto la Administración no permitió a la parte defenderse frente a la imposición de una medida de alejamiento administrativa, en el caso concreto el alejamiento de una menor sin escuchar a su madre.

[455] Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE nº 285, de 27 de noviembre). De los trámites recogidos por la LRJAPyPAC deberán respetarse en todo caso: el acuerdo de iniciación del procedimiento (arts. 68 a 71 LRJAPyPAC), las medidas provisionales (art. 72 LRJAPyPAC); los actos de instrucción y prueba (arts. 78 a 86 LRAJPyPAC), el derecho de audiencia al extranjero (art. 84 LRJAPyPAC y art. 20.2 TIDYLE) y las normas sobre las resoluciones administrativas (arts 87 a 92 LRJAPyPAC).

[456] En este sentido, la STS de 14 de diciembre de 1998 (Ar. 10307) que consideró la ejecución de la expulsión como una devolución sin expediente y sin las cargas del derecho administrativo sancionador, rechazando además la aplicación del expediente de la prescripción porque esta no era una medida sancionadora; opinión compartida por la STS de 17 diciembre de 1998 (Ar. 10311). Un ejemplo de la concepción contraria que aquí se defiende es la STSJPaís Vasco 59/2003 de 17 enero, partiendo de la consideración de acto y procedimiento administrativo de la devolución, valoró la ausencia de resolución administrativa de devolución del extranjero como una ejecución improcedente tras la detención de 3 días del extranjero, decretando su y retorno forzoso al territorio nacional.

[457] *Resolución de 1 de diciembre de 1998, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la cual se publica la relación de procedimientos administrativos de la Administración del Estado*, (BOE de 22 de

separando los actos de instrucción, de resolución y de ejecución, que se atribuyen a órganos distintos[458]. Finalmente, el propio art. 138.2 REDYLE zanja la cuestión al admitir la realización de una serie de "trámites" para la devolución de extranjeros, trámites que no pueden existir más que el marco de un procedimiento de devolución.

Expuestos los argumentos que fundamentan la existencia de un procedimiento administrativo de devolución, debe procederse al análisis de los diversos trámites del mismo, que se inician formalmente con el "acuerdo de iniciación del procedimiento" (arts. 68 y 69 LRJAPyPAC): primero, la instrucción del procedimiento y la actividad probatoria de la pretensión de entrada ilegal; segundo, la adopción de la orden de devolución o cualesquiera otras resoluciones de terminación del procedimiento administrativo y sus efectos; tercero, el problema práctico de la intercambiabilidad de los procedimientos por intento de entrada ilegal (devolución) y por estancia ilegal (expulsión).

3.2.1.- El "acuerdo de iniciación del procedimiento administrativo" y la actividad probatoria policial a lo largo de la instrucción

Tras la detección del extranjero, seguido el trámite de identificación (apartados 1° y 2° del art. 20 LOPSC) y ante el resultado del mismo y de las pruebas o indicios acumulados respecto a la sospecha de entrada ilegal, la Policía deberá acordar la iniciación del procedimiento del art. 58.2.b) TIDYLE, conocido como procedimiento de devolución. El acuerdo de iniciación del procedimiento, tal y como se establece en el art. 69.1 LRJAPyPAC es relevante porque, entre otras cosas, debe confirmar y en su caso prolongar la situación de privación de libertad adoptada previamente por los agentes como medida provisional (retención o detención), transformándola en una detención cautelar. Adoptado el acuerdo de iniciación del procedimiento de devolución, en aplicación del art. 74 LRJAPyPAC se impulsarán de oficio todos los trámites de instrucción del expediente. Tras la reforma por la LO 14/2003, el procedimiento de devolución se ha convertido plenamente en un

---

diciembre de 1998), también disponible en http://www.igsap.map.es/guia/guia.htm y en particular los procedimientos sobre extranjeros en http://www.mir.es/guiatram/guiatramites.pdf.

[458] *Manual de Procedimientos en materia de Extranjería*, de la Dirección General Técnica de Política Interior, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid 1998.

procedimiento administrativo sancionador, aunque bajo la legislación anterior y en la práctica ya contenía rasgos sancionadores y trámites propios de este tipo de expedientes, como por ejemplo, la separación entre órganos instructores y órganos resolutores o el reconocimiento del derecho de audiencia como un trámite esencial para la defensa del extranjero. Consecuentemente, la regulación sobre disposiciones sancionadoras contenidas en TIDYLE le será de aplicación, al igual que las disposiciones de la LRJAPyPAC y el Decreto 1398/1993.

En los expedientes incoados por "pretender entrar ilegalmente" en España (art. 58.2.b TIDYLE) la policía deberá probar el intento de entrada ilegal en España eludiendo los controles migratorios fronterizos[459]. La actividad probatoria debe centrarse en la demostración de la intencionalidad de su entrada ilegal, por medio de una acumulación de indicios objetivos como el lugar de entrada escogido por el extranjero, los medios utilizados, el momento, las circunstancias personales del extranjero, etc.. Extremos todos ellos que deberán ser recogidos en el atestado policial en el cual se base el expediente administrativo o corroborados por el testimonio de los agentes de policía que hubieran detectado al extranjero[460]. En cualquier caso, la actividad probatoria de la policía deberá ser suficiente para romper la presunción de inocencia que asiste al extranjero en virtud del art. 24 CE.

---

[459] La actividad probatoria policial es más simple en el procedimiento de devolución por quebrantamiento de la prohibición de entrada (art. 58.2.a TIDYLE), pues en estos casos la policía sólo debe demostrar que existe una prohibición de entrada aún vigente derivada de una expulsión anterior. La Administración dispone de un "título declarativo" que impone un deber específico y personalísimo al extranjero que, unido a la evidente presencia del extranjero en España, sustenta por sí misma la vulneración del art. 58.2.a) TIDYLE, constituyendo una presunción legal iuris tantum de entrada ilegal que traspasa al extranjero la prueba de la regularidad de su entrada o de la inaplicabilidad de la devolución. La incorporación al expediente de la orden de expulsión anterior y de la consiguiente prohibición de entrada, tiene por consecuencia la reducción de la fase declarativa del procedimiento de devolución a una mínima actividad de comprobación de la identidad del extranjero, de la validez y eficacia de la prohibición de entrada, y de recabación de las escasas alegaciones que en trámite de audiencia pueda efectuar el interesado, principalmente dos: la demostración de la invalidez o ineficacia de la prohibición de entrada o la existencia de derechos o intereses legítimos preponderantes sobre la ejecución de la devolución, entre otros, los contemplados en el art. 138.4 REDYLE, la solicitud de asilo o un estado avanzado de gestación de las mujeres extranjeras.

[460] Bajo la LO 7/1985 la actividad probatoria de la entrada ilegal se servía, en ausencia de pruebas directas, de indicios y presunciones, como por ejemplo, la ausencia de sello de entrada en España (STSJ Valencia de 22 de julio de 1998, nº 978/1998, ponente: Rafael Salvador Manzana Laguarda, STSJ Castilla-León [Burgos] de 29 de mayo de 1998, nº 560/1998, ponente: Concepción García Vicario), o la carencia de documentación. Es muy interesante en este sentido la jurisprudencia británica sobre los indicios de entrada ilegal y sobre las consecuencias de la autorización de entrada viciada, sobre todo ello puede consultarse JACKSON, David: *Immigration law and practice*, Ed. Sweet & Maxwell, London 1999; JUSS, Saatvinder: *Discretion and deviation in the administration of immigration control*, Ed. Sweet&Maxwell, London 1997; MACDONALD, Ian A. y BLAKE, Nicholas: *MacDonald's Immigration Law and Practice*, Ed. Butterworths, London 1997; JWCI: *Immigration, Nationality & Refugee Law Handbook*, Ed. Joint Council for the Welfare of Immigrants, London 2001.

Deberá, además, comunicar la instrucción del procedimiento a la Oficina Diplomática o Consular de la nacionalidad a la que el extranjero pertenezca y al Ministerio de Asuntos Exteriores español[461]..

Precisamente, la presunción de inocencia es la piedra angular sobre la que se sustenta la defensa de los extranjeros sujetos a devolución. El derecho a la presunción de inocencia se predica no sólo de los imputados en los procedimiento por delitos sino también de las personas sujetas a un procedimiento administrativo sancionador, como el que nos ocupa (al menos desde la LO 14/2003) tal y como la jurisprudencia constitucional ha manifestado en numerosas ocasiones[462], e incluso a otros actos administrativos limitativos de derechos[463]. El reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia no sólo obliga a la Administración a acumular elementos de prueba suficientes para demostrar la infracción sino que, al obligarla a hacerlo, también facilita el examen jurisdiccional posterior sobre la validez de sus resoluciones (STS de 18 de marzo de 1998). Asistido, pues, por la presunción de

[461] Es esta una garantía adicional para ofrecer información sobre el paradero de un extranjero y ofrecerle a este el disfrute de los derechos (o atenciones) que su Estado pueda brindarle, tales como, por ejemplo, la asistencia jurídica. Dicha obligación se ha previsto para el retorno (art. 137.5 REDYLE) y la expulsión (art. 64.2 TDYLE), y es natural que también se reconozca en la devolución, incluso para adelantar la coordinación con el Estado al que puede devolverse el extranjero.

[462] Este derecho se aplica no sólo al *"enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse que preside también la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas, o limitativo de sus derechos* "(STC 13/1982, FJ 4°).

[463] A partir de la STC 13/1982 se ha extendido la presunción de inocencia más allá del enjuiciamiento criminal y de los procedimientos administrativos sancionadores, a procedimientos adminis trativos no sancionadores cuyo origen se encuentra en la condición o conducta de las personas y finaliza con una resolución limitativa de los derechos del individuo (STC 36/85, de 8 de marzo), es decir, a todos los procedimientos ablativos de derechos del extranjero, como ha señalado el Tribunal Supremo (STS 29 de mayo de 1998). Desde la STC 13/1982 esa expresión será repetidamente utilizada por el Tribunal Constitucional en los ATC 569/1982, STC 36/1985, STC 73/1985, ATC 653/1988, STC 52/1989, STC 138/1990 o STC 367/1993. El Tribunal Supremo la ha incorporado a su jurisprudencia como demuestran las STS 7 de julio de 1983 (Ar. 3913), STS 7 de abril de 1987 (Ar. 2365), STS 30 de noviembre de 1989 (Ar. 8286), STS 21 de abril de 1988 (Ar. 3395), STS 26 de marzo de 1987 (Ar. 3950), STS 28 de febrero de 1994 (Ar. 1306) o STS 3 de junio de 1994 (Ar. 1306). Excepto en el procedimiento administrativo especial de las elecciones (STC 103/1996 de 11 de junio), el Tribunal Constitucional no ha hecho uso de esta interpretación; ha sido el Tribunal Supremo el que ha afirmado en su STS de 29 de mayo de 1998 (Ar. 5458): *"En consecuencia, si no se quiere vaciar de contenido el art. 24.2 CE sobre presunción de inocencia, ésta no puede limitarse al estricto ámbito sancionador sino que debe extenderse a supuestos como el presente en que la denegación* [del permiso de residencia y trabajo] *pudiera basarse en un supuesto de expulsión sin un mínimo de actividad probatoria suficiente (STS 12 junio 1996 y 7 marzo 1997)". En el mismo sentido las* STS de 24 de abril de 1998 (Ar. 3909), STS 29 de mayo de 1998 (Ar. 5458) y STS de 11 de abril de 1995. Cfre.: JORDANO FRAGA, Jesús: *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 266. En esta interpretación extensiva de la presunción de inocencia puede tener cabida la devolución, pues aunque desde la LO 14/2003 se puede considerar una medida sancionadora, con anterioridad era una medida limitativa de derechos dirigida a restituir la legalidad conculcada.

inocencia, el extranjero deberá exponer sus alegaciones en el trámite de audiencia asistido de su letrado, tal y como estipulan los arts. 20.2 y 22.1 TIDYLE y 138.2 REDYLE. La asistencia jurídica en el procedimiento de devolución -y la asistencia de intérprete-, distinta de la asistencia al detenido y con la que no debe confundirse, es una de las pocas garantías con las que cuenta el extranjero para poder articular una mínima y coherente defensa en el seno del procedimiento administrativo, y en su caso, para promover la intervención jurisdiccional. Lo más corriente es que la defensa del extranjero se despliegue durante el trámite de audiencia, que el momento procesal durante el cual puede exponer todas sus alegaciones y aportar los documentos o cualesquiera otros elementos de juicio que estime pertinentes, conforme a los arts. 78.1 y 79.1 LRJAPyPAC. Una interpretación acorde con las exigencias de celeridad características de la devolución, pasaría por reconducir la práctica de prueba al trámite de audiencia, de modo que la Administración se viera obligada a notificar con antelación al extranjero tal circunstancia, para que éste pudiera manifestarse sobre la oportunidad de la misma y solicitar pruebas en su descargo.

En tanto que elemento esencial del procedimiento y momento privilegiado para la defensa del extranjero, la omisión del trámite de audiencia debe comportar la nulidad de la orden de devolución por ausencia de los trámites esenciales del procedimiento y por provocar la indefensión del extranjero[464] (art. 62 LRJAPyPAC), ya que en este trámite pueden ponerse de manifiesto circunstancias tan relevantes como la suspensión o revocación de la orden de expulsión en que se basaba la prohibición de entrada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o por la propia Administración, la solicitud de un permiso de residencia y/o trabajo durante un período de regularización extraordinaria, la presentación de una solicitud de asilo o la existencia de razones humanitarias o de derechos fundamentales que puedan suspender o archivar el expediente de devolución, así como la intención de la

[464] El Tribunal Constitucional ha circunscrito la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo como vulneración del art. 24 CE a los procedimientos sancionadores (ATC 275/88), lo cual permite también extenderlo a los procedimiento limitativo de derechos, al menos esa parece ser la línea seguida por la STS 11 de abril de 1995, ya comentada. REQUERO IBÁÑEZ ha reconocido la esencialidad del trámite de alegaciones o audiencia para las expulsiones sumarias, razonamiento que se puede extender también a la devolución. Cfre.: REQUERO IBÁÑEZ, José Luís: *Extranjería y refugio: práctica contencioso-administrativa*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 124.

defensa de interponer un recurso contencioso-administrativo contra una posible decisión de devolución[465].

Una vez efectuada la audiencia al extranjero y contrastadas sus alegaciones, es el momento procesal adecuado para que los órganos instructores desistan de la aplicación de la devolución y liberen al extranjero indebidamente detenido, suspendan la tramitación del procedimiento si existe una solicitud de asilo en curso, o incluso reorienten el procedimiento hacia otro tipo de medidas como la expulsión o el retorno. No obstante, si la Policía mantiene la convicción de que está incurso en alguna de los dos supuestos de devolución, deberá elevar a la Autoridad gubernativa, junto al expediente de devolución, una propuesta de Orden en la que se recojan sucintamente los hechos probados y la calificación jurídica que merecen, para que dicha Autoridad, conforme a los arts. 58.4 TIDYLE y 138.1 REDYLE, dicte una orden de devolución.

3.2.2.- La orden de devolución y otras resoluciones de terminación del procedimiento administrativo. Efecto de la orden de devolución (título ejecutivo)

La resolución de devolución desempeña una doble función: por un lado, constituye el acto final de la fase declarativa (arts. 138.1 REDYLE y 87 LRJAPyPAC), pues en ella el Delegado o Subdelegado del Gobierno describe los hechos que considera probados, los califica jurídicamente como vulneración de las condiciones de entrada contenidas en la Ley, y finalmente subsume los mismos en alguno de los dos supuestos típicos del art. 58.2 TIDYLE[466]; por otro lado, la Orden constituye el acto administrativo de apertura de la fase

[465] La STS de 31 de marzo de 1998 (Ar. 2905) impidió una expulsión por haberse acogido a un proceso de regularización, aunque las STS de 18 de marzo de 1998 (Ar. 2826) y STS de 5 de diciembre de 1998 (Ar. 10303) no hayan confirmado esta interpretación. Por otro lado, el matrimonio con español es una causa de revocación de la expulsión y debería serlo también para la devolución, tal y como ha establecido las STS de 7 de julio de 1998 (Ar. 6063) y STS de 24 de enero de 1999 (Ar. 1241), aunque la STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de octubre de 1997, rec. 2079/95, ponente: Joaquín García Bernaldo de Quirós, no lo haya considerado así.

[466] Como corresponde a las resoluciones gubernativas en materia de extranjería que ponen fin a la fase declarativa (art. 20.2 TIDYLE y arts. 54 y 89 LRJAPyPAC), deberán ser motivadas cuidadosamente, vistos los derechos fundamentales potencialmente afectados (art. 19 CE y art. 17 CE, principalmente). En todo caso, la Orden deberá mencionar el derecho a recurrir la medida ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pues se trata de actos que ponen fin a la vía administrativa según el art. 109 LRJAPyPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, en relación con la Disposición Adicional 4ª RELOE, a pesar de que la Resolución de 1 de diciembre de 1998 (BOE de 22 de diciembre de 1998), califique la devolución como sanción que no agota la

ejecutiva, pues al concretar el deber personal de salir de España impuesto por la Ley, se convierte en "título ejecutivo" del alejamiento del extranjero, delimitando exactamente el deber de salida en tiempo y forma. Con ello queda expedito el tránsito a la fase ejecutiva de la medida, por cuanto se ha personalizado la infracción y concretado el deber a cumplir por el extranjero en la ejecución voluntaria, tanto en la forma de su realización como en el plazo disponible para llevarla a cabo[467].

No queda tampoco dentro de lo imposible que el procedimiento finalice por desistimiento de la propia Administración[468] (art. 87 LRJAPyPAC), si la Resolución gubernativa estima algunas de las alegaciones del extranjero contra la propuesta de devolución y reconoce la existencia de derechos fundamentales o intereses legítimos prevalentes, por ejemplo la participación del extranjero en un proceso penal[469]; aunque en estos casos, lo más habitual será que la finalización del procedimiento sin Orden de devolución se deba a causas sobrevenidas como la admisión a trámite de una solicitud de asilo interpuesta por el extranjero (art. 138.4 REDYLE) o la liberación del extranjero tras un procedimiento de habeas corpus.

En virtud de la remisión del art. 58.2 LOE al art. 89 LRJAPyPAC, las resoluciones gubernativas que pongan fin a la fase declarativa, deberán ser motivadas (art. 54 LRJAPyPAC), pues en estos supuestos no sólo existen intereses legítimos sino también derechos fundamentales potencialmente afectados, de los que destacan la libertad de circulación del art. 19 CE o el derecho a la libertad personal dela rt. 17 CE. En todo caso, la Orden deberá mencionar el derecho a recurrir la medida. Respecto al recurso contra las devoluciones, la regulación anterior a la LO 14/2003 determinaba que no ponían fin a la vía dministrativa, a diferencia de las sanciones gubernativas y las expulsiones de extranjeros

---

vía administrativa, y eso que la dicta el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en Ceuta y Melilla y en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, y que el propio Ministerio del Interior considera que agotan la vía administrativa (*Manual de Procedimientos en materia de Extranjería*, cit. *supra*).

[467] En la práctica diaria las propuestas de devolución se suelen confirmar por la Autoridad gubernativa casi de forma automática, y las Orden de devolución suelen incluir habilitaciones genéricas a la policía para ejecutar forzosamente la medida o determinar el país de destino de la misma, con total omisión de la específica y preceptiva autorización gubernativa exigida por el art. 123.6 RELOE.

[468] La ausencia de estadísticas sobre los procedimientos incoados y resueltos impide confirmar la convicción de que se ejecutan casi todos los los expedientes incoados. A pesar de ello, en el 84% de las detenciones a efectos de devolución se acaba alejando al extranjero, excepto para súbditos de determinados países (sólo se ejecuta el 2'4% de devoluciones de ciudadanos argelinos detenidos, aunque es una tasa semejante a la de las expulsiones, que roza el 3,5%), cuando la ratio en sede de expulsión es mucho menor (menos del 30,63%).

[469] Tal y como se recogía en el antiguo art. 107.4 RELOE y en el actual art. 94 TIDYLE sobre colaboración contra redes organizadas de tráfico de seres humanos.

(Disposición Adicional 6ª REDYLE[470]). La conversión de la devolución en una medida sancionadora plantea la dificultad de determinar si tal precepto sigue vigente o ahora se equipara a la expulsión, en tanto que sanción gubernativa.

Una vez dictada la Orden de devolución y finalizada la fase declarativa del procedimiento, se inicia una fase ejecutiva única para los dos supuestos habilitantes de esta medida. No obstante, en la práctica la distinción entre fase declarativa y ejecutiva se difumina porque algunos trámites ejecutivos se realizan durante la fase declarativa, con el fin de acelerar la ejecución de la devolución, tales como la reserva de viaje, los contactos previos dirigidos a asegurar la readmisión del extranjero, etc....

3.2.3.- La inintercambiabilidad de los procedimientos por intento de entrada ilegal (devolución) y por estancia ilegal (expulsión)

Uno de los problemas que ha arrastrado la devolución de extranjeros hasta las recientes reformas ha sido su aplicación discrecional por la Administración a extranjeros de los que se sospechaba la entrada ilegal en aquellas situaciones en que la ejecución de la devolución se preveía inminente, pero la sustitución del procedimiento de devolución por el de expulsión en los casos en que la ejecución de la medida de alejmiento se puediera retardar. Este juego entre procedimientos venía abonado por el hecho de que la "entrada ilegal" era al mismo tiempo una "estancia ilegal". Algunas veces, y esto era aún más grave, se operaba el camino contrario: se entendía que un extranjero en situación irregular incurría

[470] La Disposición Adicional 6ª REDYLE afirma que Las resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, del Interior y de Trabajo y Asuintos Sociales, los Delegados del Gobierno y Subdelegados del Gobierno bajo la dependencia funcional de estos dos últimos Ministerios, con base en lo dispuesto en el presente Reglamento, sobre concesión o denegación de visados, exenciones de visado, prórrogas de estancia o permisos de residencia y permisos de trabajo, así como sobre sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra éstas los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos. Se exceptúan las resoluciones sobre solicitudes de prórroga del permiso de residencia, renovación y modificación del permiso de trabajo, y devolución, denegación de entrada, y retorno, las cuales no agotan la vía administrativa, En uno y otro caso, los actos y resoluciones administrativas adoptados serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes, siendo su régimen de ejecutividad el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente. Ello se encuentra en consonancia con la reforma operada en el procedimiento administrativo por la Ley 4/1999, en su art. 109 admite la posibilidad de que pongan fin a la vía administrativa los actos dictados por órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, y las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.

en "entrada ilegal" si no podía demostrar una presencia previa en el territorio nacional o una situación de arraigo, cuestiones de difícil discusión en el inadecuado marco del procedimiento de devolución, que aunque no comportaba la prohibición de entrada en España prevista para la expuslión, lo cierto es que carecía de unas mínimas garantías, como la asistencia letrada, y estaba sujeto a ejecución inmediata.

Analizados con perspectiva, la posibilidad de utilizar indistintamente uno u otro procedimiento bajo la LO 7/1985 planteaba problemas serios desde la óptica de los derechos de los extranjeros por cuanto en el fondo de la cuestión subyacía un paradójico dilema: mientras que por sus consecuencias la expulsión era más gravosa pues implicaba una: prohibición de entrada, por la configuración mínima de su procedimiento la ausencia de garantías esenciales la devolución favorecía la arbitrariedad. Enfrentados los tribunales a algunas de estas situaciones, sus pronunciameientos han oscilado entre la consideración de que el error de procedimiento no afectaba cuando se adoptaba una devolución en lugar de una expulsión (STSJPaís Vasco nº 560/2003 de 13 de junio) o incluso cuando se tramitaba una expulsión en lugar de la devolución (STSJAndalucía, Sevilla C-A Secc 1ª, de 24 de febrero de 2003 (recurso nº 1504/2001[471]), llegando en algunos casos a denegar la aplicación de la regulación de la devolución como norma más favorable respecto de la entrada ilegal -LO 8/2000- frente a la posibilidad de aplicar la expulsión por entrada ilegal -LO 4/2000-[472] (STSJCantabria de 15 octubre 2001).

---

[471] La STSJ de Andalucía, Sevilla C-A Secc 1ª, de 24 de febrero de 2003 (recurso nº 1504/2001), ponente Dña. María Luisa Alejandre Durán, tras reconocer que la detección del extranjero indocumentado desembarcando encajaba exactamente en la devolución por pretender entrar ilegalmente, aún cuando la descripción de la infracción por el RD 864/2001 extendía ese concepto a supuestos de presencia en España en tránsito o en ruta, admitió la tramitación de un expediente de expulsión porque el Tribunal considera que al ser las mismas consecuencias (salida y prohibición de entrada –ERROR!!!-) tramitando la tramitación del procedimiento de expulsión porque, en su opinión, se daban más garantías y posibilidades de defensa en este procedimiento y por tanto la norma era más favorable, mientras las consecuencias eran idénticas.. Obviaba la Sentencia que en el caso de autos los hechos ocurrieron antes de julio 2001 y por tanto de la vigencia del RD 864/2001 y por consiguiente tal extensión del concepto de "pretender entrar ilegamente" no era aplicable retroactivamente, sin olvidar que constituía una ampliación contraria a la ley como señaló la STS de 20 de marzo de 2003, y más que sujeto a vicio de nulidad. Obviaba por último que la devolución no acarreaba una prohibición de entrada de entre tres y diez años, como sí ocurre con la expulsión.

[472] La LO 4/2000 permitía la expulsión por entrada ilegal y la devolución por pretender entrar ilegalmente (denominada entonces "retorno"); la posterior LO 8/2000 únicamente contemplaba la devolución por pretender entrar ilegalmente. De esta manera, el dilema enunciado se extendía al régimen transitorio y a la extensión del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable (o de irretroactividad de norma sancionadora desfavorable, según se mire). Cfre.: RODRÍGUEZ CANDELA, José Luís: "Comunicación sobre la procedencia de la expulsión en los supuestos de entrada en pateras", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjeria*, vol. 1, pág. 303.-304.

La superación de estos problemas vino con la reformas por la LO 8/2000[473], que reconocieron la asistencia letrada en los procedimientos de alejamiento de extranjeros y unas garantías mínimas durante la tramitación de los mismos. Igualmente, la reordenación del sistema de control de entradas y de las medidas de alejamiento al servicio del mismo pusieron las bases para poner fin a estas desviaciones administrativas. La configuración de la devolución como un procedimiento sancionador con una prohibición de entrada de hasta tres años, al aproximar la figura a la expulsión rebaja la gravedad del problema aunque no lo elimina; la posibilidad introducida por dicha Ley de internar al extranjero durante el tiempo necesario para ejecutar la medida de devolución corre en el mismo sentido, al remover la principal causa de la elección discrecional de esta figura. Finalmente, el criterio para acabar con el maluso intencionado de estas figuras pasa, a mi entender, por delimitar los respectivos ámbitos de aplicación de cada una de estas medidas de alejamiento para evitar, en lo posible, su solapamiento, línea que la evolución legislativa parece favorecer. Una delimitación clara, además, favorece el control jurisdiccional de la desviación administrativa y su sanción, puesto que la opción por una u otra medida aún puede tener consecuencias lesivas importantes sobre el extranjero: así, el procedimiento de devolución no es el marco más adecuado para plantear cuestiones como el arraigo del extranjero, discusión más propia de la expulsión, mientras que esta última siempre puede acarrear una prohibición de entrada de mayor duración. Obviamente, las diferencias entre los procedimientos y las consecuencias anudadas a cada una de las infracciones subsisten, aunque se hayan atenuado paulatinamente.

3.3.- La aplicación de la devolución en supuestos especiales

A lo largo de este artículo se ha descrito el régimen general de la devolución, tal y como éste resulta de su regulación en el TIDYLE, sin embargo, existen extranjeros que, por su nacionalidad o circunstancias personales, sólo pueden ser objeto de una medida de devolución bajo ciertas condiciones, distintas del régimen general.

[473] En este sentido el art. 123 Real Decreto 155/1996, introdujo algunos cambios dirigidos a cerrar el paso a algunas desviaciones graves.

3.3.1 Ciudadanos beneficiarios de la libre circulación comunitaria.

El art. 18 del Tratado de la Comunidad Europea ha establecido "Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación", por eso el art. 4 del Real Decreto 178/2003 permite la entrada en España de los nacionales de un país de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, con la simple exhibición del pasaporte o tarjeta de identidad[474]. Con esta regulación tan amplia del derecho de libre circulación, es muy difícil que los ciudadanos comunitarios, o los ciudadanos extracomunitarios que se beneficien de la libre circulación comunitaria, incurran en un intento de entrada ilegal del art. 58.2 TIDYLE, salvo que hubieran sido objeto de una expulsión anterior con prohibición de entrada vigente, en cuyo caso si son detectados "in fraganti" intentando entrar en España podrán ser devueltos, al igual que si ya hubieran consumado la entrada ilegal quebrantando la prohibición de entrada del art. 58.2 TIDYLE. Dar cumplimiento a una prohibición de entrada constituye una razón de orden público conforme al art. 16.1.c) RD 178/2003, que somete la aplicación de la devolución de ciudadanos comunitarios a "razones de orden público, seguridad pública o de salud pública", en cuyo caso sí podría ser de aplicación una orden de devolución del REDYLE, que es la regulación supletoria del régimen comunitario[475] (Artículo Único por que se aprueba el Reglamento de ejecución del la LO 4/2000 reformada por la 8/2000, RD 864/2001)[476].

3.3.2.- Solicitantes de asilo y/o refugio

[474] Real Decreto 766/1992, de 28 de junio, sobre entrada, permanencia y trabajo de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por el Real Decreto 737/1995 de 5 de mayo, y posteriormente por el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre.

[475] PICO, Celsa: "El rechazo en frontera de extranjeros ciudadanos de la Comunidad Económica Europea", *Jueces para la Democracia, 1994*

[476] COBREROS MENDAZONA, Edorta: "Un ejemplo más de la fuerza expansiva del Derecho comunitario: la reciente interpretación del orden público en la expulsión de extranjeros", *Revista de Administración Pública*, nº 156, págs. 271-283.

Por lo que hace a los solicitantes de asilo, el art. 58.3 TIDYLE se hace eco de la regulación del asilo en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reformada por 9/1994, de 19 de mayo, equiparando tal solicitud con una solicitud de asilo presentada en frontera del art. 5.7 de la Ley 5/1984. En su redacción literal, una vez formalizada la solicitud de asilo por el extranjero, "*no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de asilo*", precepto que debe interpretarse de forma que sólo se realicen los actos de instrucción de la devolución, pero ésta se detenga antes de la adopción de la orden de devolución, que permanecerá en suspenso conforme al 138.4 REDYLE en tanto no se disponga de la resolución firme de inadmisión de la solicitud de asilo, ratificada en caso de reexamen por el Ministro del Interior. En cambio, no se trata de suspensión de la ejecución sino de una simple prohibición de la tramitación de un expediente de devolución cuando la solicitud de asilo se hubiera presentado *sin demora* y hubiera sido admitida a trámite (art. 138.5 REDYLE en relación al art. 4 Ley 5/1984, de Asilo y art. 31 Convención de Ginebra de 1958), pues en tal caso el extranjero entra ya dentro del régimen del asilo. Del mismo modo que en el resto de ordenes de devolución, pero por razones mucho más imperativas de protección de los derechos humanos y *non-refoulement*[477], la Administración no debe ejecutar las medidas de devolución cuando el extranjero haya comunicado su intención de recurrir en sede jurisdiccional la inadmisión o denegación del asilo[478].

3.3.3.- Menores inmigrantes en situación de desamparo[479].

---

[477] La jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre protección "par ricochet" de los derechos del Convenio respecto a los solicitantes de asilo es considerable, especialmente respecto al art. 3 CEDH; unos buenos exponentes de la misma son la *STEDH vs Reino Unido* de 7/7/89 y la *STEDH Chahal vs Reino Unido* de 15/11/96, y entre los comentarios a las mismas: CHUECA SANCHO, Ángel C., *cit supra*, o ORAA ORAA, Jaime: "Extradiciones y expulsiones de extranejros y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia de los órganos de Estrasbugo", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, nº XI, 1993.

[478] CAMPO CABAL, Juan Manuel (coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000*, Ed. Civitas, Madrid 2001, pág. 435.

[479] Sobre la complejidad de los problemas jurídicos planteados por estos menores, léase el trabajo de FÁBREGA RUÍZ, Cristóbal Francisco: *Protección jurídica del menor inmigrante*, Ed. Colex, Madrid 2001; léanse también los comentarios a la situación de estos menores en Ceuta del Defensor del Pueblo en sus *Informe a las Cortes Generales 1998*, Ed. Gabinete de Estudios del Defensor del Pueblo, Madrid 1999, pág. 264, e *Informe a las Cortes Generales 1999*, Ed. Gabinete de Estudios del Defensor del Pueblo, Madrid 2000, pág. 241, así como en Cataluña el seguimiento por parte del *ombudsman* autonómico en sus anuales *Informe al Parlament de Catalunya* de los años 1998 a 2001, en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* de cada uno de esos años, así como en http://www.sindicgreugescat.org/.

Debe rechazarse tajantemente la posibilidad de que los menores desamparados puedan ser objeto de una medida de devolución del art. 58.2.b) TIDYLE por "pretender entrar ilegalmente" en España, tal y como pretende la *Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado*[480], pues el art. 35 TIDYLE, que regula específicamente el procedimiento a seguir con estos menores desde su detección en situación de desamparo, debe interpretarse de conformidad al principio de protección del interés del menor (art. 39 CE y art. 3.1 Convenio de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989)[481]. En este sentido, el art. 35 TIDYLE obliga a la Administración autonómica a hacerse cargo del menor en situación de desamparo hasta que se determine si tiene familiares en su país de origen que puedan hacerse cargo de él. El problema en estos casos consiste en localizar a la familia de bs menores y que ésta reclame su repatriación, pues en caso contrario no se puede alejar a un menor respecto del cual no está asegurada la recepción familiar en mínimas condiciones y mucho menos la repatriación para acogimiento institucional por la Administración de otro país que no pueda garantizar unas condiciones asistenciales similares a las de los servicios españoles. Aún existiendo una familia deberán valorarse cuidadosamente los informes técnicos para determinar si es del interés del menor su repatriación, porque de lo contrario el alejamiento sería contrario al interés del menor[482]. En cualquier caso, tanto por la especificidad de la situación de los menores, como por la finalidad educadora o asistencial de la medida, como por los principios que la inspiran y sobre todo por las formas de ejecución de la misma y las garantías que deben rodearla, no cabe considerar la repatriación de menores una medida de alejamiento, y mucho menos por el procedimiento de devolución.

---

[480] La Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo afirma "(...) no es cierto (...) que la legislación española de extranjería prohiba el retorno o devolución de los mismos. De acuerdo con lo dispueto en el art. 60 LE, los extranjeros menores de edad que sean interceptados por las autoridades españolas en el acto de entrada ilegal en España, salvo que se aprecie en ellos una especial situación de desamparo deben ser retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. Si el retorno fuera a demorarse más de veinticuatro horas, la autoridad gubernativa lo comunicará al Fiscal de Menores, quien, dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención se dirigirá al juez de Menores competente para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 45 y 46 LO 5/2000), hasta que llegue el momento del retorno (art. 60.1 LE)."

[481] RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid 2000.

[482] En la medida en que la redacción del art. 64.2 REDYLE identifica el interés del menor con la vuelta al país de origen (eufemísticamente denominada "reagrupación familiar"), por encima del particular interés del menor en un caso concreto tal y como vendría determinado en los informes técnicos de los servicios sociales, la regulación entra en conflicto con el art. 3.1 Convención de Derechos del Niño, y por consiguiente con el art. 39.4 CE.

Al margen de esta posibilidad, en los aledaños de la frontera no es posible aplicar miméticamente las medidas de alejamiento previstas para adultos a los menores inmigrantes, tal y como defiende el Fiscal General del Estado. Como ha manifestado el Defensor del Pueblo en diversas ocasiones[483], el tratamiento de los menores debe guiarse en toda circunstancia por el interés superior del menor, de manera que en cada caso y atendiendo a las particulares circunstancias del caso deberá analizarse la posibilidad de adoptar la medida de repatriación por las autoridades, que es la única medida aplicable a menores según los criterios de ley especial, y que guarda completa autonomía respecto al resto de medidas de alejamientode extranjeros

Respecto a los niños extranjeros no acompañados, la ECRI muestra su preocupación por ciertos casos de denegación de atención sanitaria, residencia temporal y educación a menores migrantes en Ceuta y Melilla, así como de repatriación sin verificación previa de que la misma se dirigía a reintegrarlos con su familia o en las instituciones de su país de origen, así como de posibles malos tratos de los mismos en las residencias o durante sus traslados por parte de la policía (par. 58)..

3.3.4.- La aplicación de la medida de devolución a los inmigrantes escondidos en medios de transporte sin consentimiento del transportista[484] ("polizones")

Muy relacionada con la devolución se encuentra la figura del polizonaje, tipificada penalmente en el art. 70 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, de 22 de diciembre de 1955, y en el art. 64 de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964, que sancionan el embarque clandestino en buques o aeronaves comerciales con el fin de trasladarse a nuestro país con una pena de arresto mayor y multa de hasta 20.000 pts. No obstante, estos delitos de tipificación preconstitucional son de escasa o nula aplicación en la práctica, pues la Administración habitualmente acude a la *Instrucción*

---

[483] Opinión respecto al tratamiento de los menores de edad en la queja 9319319 y en *la Recomendación 45/93, de 5 de octubre, sobre protección de menores en fronteras.*

[484] *Informe a las Cortes Generales 1997*, Ed. Gabinete de Estudios del Defensor del Pueblo, Madrid 1998, pág. 271, *Informe a las Cortes Generales 1998*, Ed. Gabinete de Estudios del Defensor del Pueblo, Madrid 1999, pág. 270, *Informe a las Cortes Generales 1999*, Ed. Gabinete de Estudios del Defensor del Pueblo, Madrid 2000, pág. 244. SÍNDIC DE GREUGES: "La situació dels polissons", en el *Informe al Parlament de Catalunya 1998*, Ed. Síndic de Greuges, Barcelona 1999, pág. 110, también disponible en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya,* nº 3866 de 19 de marzo de 1999.

3/1998, sobre polizonaje y especialmente a las *Instrucciones de 3 de agosto de 2000, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración sobre la entrada ilegal de extranjeros mediante embarcaciones*[485], cuya instrucción tercera dispone la detención e identificación por el Cuerpo Nacional de Policía de los ocupantes extranjeros de las embarcaciones interceptadas, así cómo la tramitación de las propuestas individualizadas de retorno (ahora devolución), ordenando el pleno respeto del trámite de audiencia así como de la motivación de tales propuestas. Hay que entender que estas Instrucciones constituyen el desarrollo específico de los art. 58.2 TIDYLE y 138 REDYLE, para aplicar la medida de devolución a las situaciones de intento de entrada ilegal por medio de "pateras" u otras embarcaciones.

IV.- El control de la salida de los extranjeros. Elementos de reflexión

Metodológicamente, el análisis del control de salida de extranjeros requería un Capítulo propio junto a los controles de entrada y estancia, pero en este trabajo se ha optado por descartar su estudio por dos razones fundamentales: en primer lugar, su infracción no lleva aparejada al menos directamente una medida de alejamiento; en segundo lugar, más allá de lo dispuesto en el art. 33 TIDYLE, apenas se ejerce dada la posición secundaria en el sistema de control admitida por el propio *Manual Común de Fronteras*. Tal y como MACDONALD y BLAKE[486] afirman, los controles de salida son los mecanismos de control que ocupan menor atención por parte de las Adminstraciones.

---

[485] *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, Ed. Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, número especial, febrero 2001, pág. 84. Estas instrucciones han sustituido a la Instrucción número 5 bis.a)/94 de la Secretaría de Estado de Interior sobre tratamiento de los polizones. Esta Instrucción mostraba su preferencia por que el polizón extranjero continuase viaje a bordo del buque que lo había traído a España, y sólo "en caso de haber sido evacuado" consideraba aplicable la medida de devolución por entrada ilegal del art. 36.2 LOE. Entre otros problemas, la medida de continuación del viaje no podía constituir una medida de alejamiento distinta a las previstas en la Ley, pues en tal caso hubiera requerido una regulación y un procedimiento legalmente predeterminados, por consiguiente, hubiese sido necesario interpretar esta medida simplemente como una forma más de ejecución de la orden de devolución, que en cualquier caso era de adopción necesaria por la Autoridad administrativa. Si el buque debía zarpar, el extranjero debía ser "evacuado" y detenido hasta que se adoptara la orden de devolución y se ejecutara la misma. Cfre. ESTRADA CARRILLO, Vicente y ADAM MUÑOZ, María Dolores: *Código de extranjería*, Ed. Trivium, Madrid 1997, pág. 408 y ss. El Defensor del Pueblo ha manifestado su opinión respecto al tratamiento de los menores de edad en la queja 9319319 y en la Recomendación 45/93, de 5 de octubre, sobre protección de menores en fronteras.

[486] MACDONALD, Ian y BLAKE, Nicholas: *Immigration...*, cit..*supra*.

Sin embargo, constituyen una pieza esencial para la eficacia real del sistema de control porque es la llave de cierre del mismo. Un adecuado control de la salida de extranjeros nutriría de información al sistema a diferentes niveles. En primer lugar, ofrecería información sobre la irregularidad sobrevenida y a nivel individual permitiría determinar la identidad de los extranjeros que permanecen en España más allá del período autorizado de estancia incurriendo en una situación de irregularidad sobrevenida sancionable, así como la de los que cumplen con las condiciones de su autorización de estancia, y son merecedores de nuevas autorizaciones de entrada (turistas o visitantes, trabajadores temporeros, etc...). Traducido en términos estadísticos, esta información sería de gran utilidad para conocer el origen, la composición, la duración de la estancia, etc... de una parte importante del colectivo de inmigrantes en situación irregular.

En Alemania[487], el sistema utilizado de exigir el estampado del sello de salida para demostrar el cumplimiento de las órdenes de salida, se revela un instrumento adecuado para dotar de mayor seguridad jurídica al sistema, e incluso facilitar los juegos de presunciones para la aplicación de medidas de alejamiento transcurrido un plazo considerable desde su imposición. Para ello sería necesario que la estampación del sello de salida se aplicara de forma uniforme y sistemática, insituyendo una práctica de comprobación de la identidad y los datos de los extranjeros que abandonan el país; y, más importante aún, de introducción y procesamiento de los datos de salida del territorio.

Otra forma de avanzar en el control de salida de extranjeros viene promovida desde el ámbito comunitario como resultado de la cooperación entre la Unión y Estados Unidos en el intercambio de datos sobre pasajeros que vuelan hacia este último país. Este mecanismo de colaboración, sin suponer un control de salida intenso, se inserta como mecanismo de control de entrada del sistema de control migratorio estadounidense.

[487] VOGEL, Dita: *Documenting individual identity*, cit. *supra*.

CAPÍTULO TERCERO.-LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS AL SERVICIO DEL CONTROL INTERNO O DE ESTANCIA

Introducción. Las medidas de alejamiento al servicio del control de estancia

1.- El control migratorio de estancia

Como ha expuesto BROCHMANN, aunque se puede distinguir entre controles migratorios externos e internos, en la actualidad la mayor parte de países practican un modelo mixto en el que se emplean ambos tipos de controles[488]. Los controles migratorios internos requieren, al igual que los externos, de unas *directrices políticas* orientadas a la consecución de *objetivos o intereses públicos* (orden público, seguridad nacional, ordenación económica, estructura demográfica, cohesión socio-cultural, etc...) que se proyectan en la adopción de una serie de *mecanismos e instrumentos* de control concretos y específicos en cada Estado, entre los cuales figuran las medidas de alejamiento de extranjeros[489].

Los mecanismos de control migratorio interno o de estancia, sobre los que nos centraremos en este Capítulo, recaen sobre todos los extranjeros, regulares e irregulares, si bien la intensidad del control varía en función del estatuto jurídico con que la legislación los apodera[490]. En el plano de la *intensidad* de los controles migratorios internos, debe señalarse

---

[488] En este trabajo se ha distinguido entre los controles externos los de entrada y salida, que operan de forma un tanto distinta, a los controles internos se les ha denominado controles de estancia o permanencia. Entre los controles externos BROCHMANN ha incluido además de las tradicionales medidas consistentes en el control previo a la entrada, el control fronterizo y medidas contra el tráfico de inmigrantes, aquellas medidas de carácter preventivo o informativo, como campañas informativas en los países de origen, el apoyo al trabajo de Naciones Unidas para asegurar zonas emisoras de refugiados o los convenios bilaterales de ayuda al desarrollo como mecanismos que permiten realizar un control externo de la inmigración. Cfre.: BROCHMANN, cit. *supra*.

[489] En ocasiones, como apunta BROCHMANN, pág. 9, la clasificación de un mecanismo de control no es sencilla, pues se mueve en la zona gris entre los controles externos e internos.

[490] Sin ánimo de realizar una distinción acadeémica pueden señalarse en la legislación distintos estatutos de extranjería: indocumentados, extranjeros sujetos a expulsión, extranjeros en situación irregular, irregulares empadronados, solicitantes de residencia o asilo, residentes temporales, residentes de larga duración, ciudadanos comunitarios y beneficiarios de las libertades comunitarias. Incluso, como se ha señalado, los españoles que no disfrutan de la nacionalidad de origen sino por adquisición, que se encuentran un punto por debajo de los nacionales de origen, pues pueden llegar a perder la nacionalidad según el art. 25 Código Civil. El procedimiento de adquisición de la nacionalidad puede considerarse como el último de los mecanismos de control migratorio.

que el ejercicio de controles migratorios no es una práctica inocua, sino potencialmente restrictiva de derechos no sólo para los sujetos a los que se dirige sino sobre muchos otros, extranjeros o nacionales, de modo que un aumento en la intensidad de los controles mediante la adopción de severos mecanismos restrictivos, aunque sea con el fin de asegurar una integración o igualdad real entre extranjeros y nacionales, pueden acabar minando los fundamentos del Estado liberal, democrático y social (BROCHMANN). En este sentido, algunos autores señalan la paradoja que se produce cuando para evitar que extranjeros en situación irregular se beneficien indebidamente de determinados servicios públicos, se incrementan en intensidad los mecanismos de control migratorio internos, dificultando el acceso a los mismos a determinados colectivos presentes en el territorio, en contra de la tendencia inclusiva del sistema estatal de protección social ("welfare system paradox"). Obviamente, los Estados pueden diseñar sus sistemas de control reconociendo mayor importancia al control externo que al interno, pero ello depende de una multiplicidad de factores como la situación y características geográficas del país, la aceptación pública del uso de documentos de identidad, grado de formalización de las relaciones laborales y peso de la economía sumergida, el nivel de control social existente (sindicatos, asociaciones, población). etc..

Igualmente, algunos autores señalan la existencia de mecanismos de control migratorio implícitos o indirectos. Más allá de la dificultad de demostrar su existencia como tales, generalmente, se les atribuye una connotación negativa, en la medida en que se definen como controles instituidos por la agenda política oculta del Estado por razones de todo tipo. como la ausencia de sistematicidad de los mismos, el recurso a prácticas administrativas desviadas, el coste político de su explicitación, la implicación o delegación en otros agentes o actores del ejercicio del control, etc.. Los controles migratorios indirectos deben distinguirse de las consecuencias o efectos secundarios imprevistos o no buscados por el Estado, pero que se producen por falta de previsión en la planificación o programación de las políticas migratorias, por el alto grado de incertidumbre en las relaciones internacionales, por el alto grado de interdependencia de las políticas estatales, por la colisión con los intereses de otros actores en el ámbito de las migraciones, etc... todo ello provocando en ocasiones resultados contraproducentes. Uno de los factores que los Estados deberían tener

en cuenta al valorar posibles efectos secundarios de sus políticas y mecanismos de control migratorio, es la vulnerabilidad de tales politicas al fraude o incumplimiento de las mismas , por parte de los distintos actores que participan en el fenómeno migratorio (empleadores, inmigrantes, compañías de transporte, etc...), y que en último término se enmarca en la existencia de organizaciones criminales con un alto grado de sofisticación dedicadas a defraudar y eludir los controles migratorios. La intervención, policial y penal, con el fin de minimizar el fraude e incumplimiento, puede implicar nuevas restricciones de derechos.

En este sentido las dos últimas cuestiones apuntadas, paradoja del bienestar y defraudación del control, abonan una peligrosa tendencia a la restricción de derechos y libertades con el fin de asegurar el correcto funcionamiento de los controles migratorios, problema que se enmarca en la más amplía cuestión de los *límites a la actividad estatal de control migratorio.* CORNELIUS[491] apunta la existencia de límites al control migratorio impuestos por la interacción de otros actores beneficiados por la mayor flexibilidad y el crecimiento que los inmigrantes aportan al mercado nacional, pero cabe señalar otros límites de carácter más estructural a los controles migratorios, basados en la existencia de compromisos internacionales y constitucionales con los Derechos Humanos, que en otros Estados con mayor tradición migratoria han limitado la efectividad de las políticas migratorias restrictivas[492].

2.- Los mecanismos de control al servicio del control migratorio interno o de estancia

Siguiendo con la distinción entre controles migratorios externos e internos, debe señalarse que este último se organiza en varios *estadios de control,* se orienta al aseguramiento de diferentes *intereses públicos* mediante distintos *mecanismos de control* que se proyectan sobre todas las categorías de extranjeros situados en el territorio nacional, aunque con *intensidades* distintas en función de su estatuto personal. El entrecruzamiento de todos estos elementos dibuja un sistema de control de gran complejidad.

---

[491] CORNELIUS, Wayne, HOLLIFIELD, James, MARTIN, Philip L.: *Controlling Immigration. A global perspective*, Ed. Standford University Press, 1994, pág. 36.
[492] DELAET, cit. *supra*,, JOPKE, cit. *supra*.

En una primera aproximación a los diferentes tipos de mecanismos de control interno cabría distinguir entre mecanismos de control directo e indirecto.

Entre los *mecanismos de control internos indirectos* o implícitos, BROCHMANN señala algunos muy evidentes, como los regímenes de tolerancia de extranjeros irregulares y la inejecución de medidas de alejamiento, y otros mecanismos menos formalizados, como la formación de la opinión pública o la organización de minorías étnicas, culturales o nacionales, que en sentido estricto son más difíciles de considerar como tales. En los controles internos implícitos[493] el actor estatal tiende a desaparecer y ser sustituido por entidades que ejercen funciones de control o tienen una cierta implicación en el control, por ejemplo asociaciones, sindicatos, empresas e instituciones que prestan determinados servicios sociales por delegación en el ámbito de la inserción laboral de trabajadores irregulares; estos controles informales son difíciles de analizar. Otro ejemplo lo constituyen los colegios profesionales que por razones corporativas vigilan, incluso adoptando un activismo judicial notable, el intrusismo de otros profesionales inadecuadamente titulados o carentes de la titulación (homologada) exigible o que no acrediten la colegiación, y por consiguiente filtran a los extranjeros que pretenden ejercer determinadas profesiones.

Pero ante todo, interesan a este trabajo *los mecanismos de control migratorio internos directos o explícitos*. Los estadios de control interno, a diferencia de los controles de entrada o externos[494], diferenciados por el lugar y el momento de su realización, se estructuran en torno a las diferentes etapas por las que pasa el extranjero en su proceso de integración en el territorio y conforme se avanza en ésta, los controles suelen reducir su intensidad. El transcurso del tiempo en el territorio y el grado de arraigo o integración en el mismo son los elementos clave que permiten transitar de un estadio a otro. La categorización de los estranjeros y el reconocimiento de una diversidad de estatutos personales no son ajenos a esta estructura por estadios de control.

---

[493] BROCHMANN, pág. 314, "cuanto más nos alejamos de los controles explícitos, más problemática es la utilización del término 'control' ".

[494] Es necesario reconocer, no obstante, la tendencia a la externalización de los controles migratorios, cuyo campo natural es el de los controles migratorios de entrada, se empieza a aplicar también respecto del control de estancia, por ejemplo, mediante la supresión de la institución de la exención de visado acometida por la LO 14/2003 o la exigencia de comparecencia personal y entrevista para la tramitación del visado de trabajo ante ofertas nominativas tramitadas por el procedimiento ordinario.

Los controles migratorios internos directos o explícitos se proyectan sobre todas las *categorías de extranjeros*, aunque con objetivos y mecanismos distintos: el primer colectivo sujeto a control, lo constituyen los extranjeros en situación irregular, ya sea ésta originaria a causa de un fallo del sistema de control de entrada o sobrevenida por residencia más allá de lo autorizado inicialmente; el segundo colectivo sujeto a control es el de los extranjeros en situación regular, incluidos los ciudadanos comunitarios, aunque se sometan a un régimen de control mucho más benévolo. Mientras los primeros sólo pueden detectarse mediante medidas específicas de detección (redadas, controles de identidad, inspección de centros de trabajo, etc...) o con ocasión de la presentación de solicitudes de regularización (arraigo, razones humanitarias, regularizaciones extraordinarias, etc..) y en el acceso a los servicios públicos (sanitarios, asistencia social, protección de la seguridad ciudadana, etc...), para los segundos se han establecido mecanismos de control ordinarios aunque periódicos y sistemáticos, principalmente a través de la exigencia de renovación o modificación de los permisos de residencia y/o trabajo o autorizaciones de estancia, aunque también puedan ser objeto de controles específicos y de distintas medidas incluso sancionadoras, en el caso de que incumplan las obligaciones inherentes a la residencia (seguridad nacional, seguridad ciudadana y politica criminal, acceso a servicios públicos, etc.). Destaca con particular importancia que el elemento de control inherente y necesario para el correcto funcionamiento del Estado Social, pone en manos del sistema de control migratorio un importante instrumento de detección y seguimiento de extranjeros, aunque una instrumentalización excesivamente restrictiva puede provocar la autoexclusión de determinados colectivos de extranjeros con la brecha social que ello entrañaría; en esta línea se ha posicionado parte de la doctrina respecto de la reforma por la LO 14/2003 que autoriza explícitamente el acceso de la policía al padrón de habitantes del municipio para el cumplimiento de las funciones de control migratorio que le han sido atribuidas, cuando la inscripción en dicho registro es condición necesaria para el acceso a determinados servicios públicos supuestamente universales[495] (servicios sanitarios, educación de menores, etc..).

[495] PÉREZ VELASCO, María del Mar: "El acceso a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón (Comentario a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre)", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, marzo 2004, págs. 109-123.

Como se ha expuesto con anterioridad, el control migratorio requiere la recolección de información general con fines de planificación y programación de la intervención pública, la obtención de información individualizada a efectos de detección y seguimiento, así como la disposición de una serie de medidas reactivo-punitivas, entre las cuales se encuentran las medidas de alejamiento, para la corrección de las infracciones de extranjería y el aseguramiento del adecuado funcionamiento de las políticas migratorias.

En el ámbito del control migratorio interno o de estancia, que debe proyectarse sobre una diversidad de categorías de extranjeros (irregulares, residentes temporales, estudiantes, residentes permanentes, temporeros, trabajadores transfronterizos, solicitantes de asilo, ciudadanos comunitarios, familiares extracomunitarios de españoles o comunitarios, etc..) las *fuentes de información genérica o estadística* son muy diversas. En primer lugar, la cantidad de información en manos de las Administraciones públicas es de un valor considerable (Ministerio del Interior, Ministerio de Asuntos Sociales, Ministerio de Trabajo, etc..), de manera que correctamente obtenida, procesada y analizada puede nutrir a los operadores políticos y ejecutivos de una cantidad sustancial de importante información, que se completa con la obtenida por instituciones exclusivamente dedicadas al análisis de datos y elaboración de información estadística sobre la inmigración (INE, OPI, Eurostat, CIREA; CIREFI, etc..).

En otro plano, la *información individualizada a efectos de detección y monitorización* de los extranjeros en el territorio sólo parcialmente se encuentra en manos de las Administraciones públicas, para lo cual se han establecido todo un sistema de Registros, procedimientos autorizatorios y trámites administrativos mediante los cuales se confecciona y procesa una serie de información individualizada relativa a los extranjeros en el territorio (padrón de habitantes, Registro Central de Extranjeros, Seguridad Social, Agencia Tributaria, SIS; EURODAC, etc..). Junto a las estructuras de control propias de un Estado Social[496], el sistema de solicitud y renovación de permisos es, quizá el mecanismo más

[496] Algunas estructuras administrativas de control benefician al sistema de control migratorio interno. Así por ejemplo, el cruce de datos por el sistema de la Seguridad Social y toda la estructura de verificación de los mismos en el ámbito laboral facilitan el control de los extranjeros en situación regular. Desde otro punto de vista, no obstante, esas mismas estructuras han actuado hasta el momento cerrando el acceso de los extranjeros regulares al mercado laboral formal y arrinconándolos en la economía sumergida (construcción, hostelería, agricultura, etc...), informal (tareas del hogar, cuidado de ancianos y niños) e incluso ilícita (contrabando de tabaco, venta de copias de discos ilegales, etc..), sectores en los que la detección sólo se puede realizar sobre la

efectivo de control y seguimiento individualizado de los extranjeros, pero limita su alcance al colectivo de inmigrantes en situación regular o intención regularizar su situación (solicitudes de permiso de residencia por arraigo), pero una gran parte de la población irregular, especialmente aquellos que nunca han disfrutado de un permiso o autorización de estancia o residencia, es mucho más difícil de individualizar y monitorizar; no es extraño, por ello, que la LO 14/2003 haya incluido el padrón de habitantes entre las fientes de información individualizada de extranjeros, pues esta es una de las herramientas más potentes de detección y seguimiento relativo de extranjeros en situación irregular, aunque el mismo no sea omnicomprensivo tampoco. La información individualizada, junto a la disponible por las Administraciones Públicas, se complementa con la información operativa obtenida directamente en el curso de investigaciones sobre delitos (investigaciones policiales y judiciales sobre falsificaciones, tráfico de inmigrantes, redes internacionales de prostitución, etc..) e infracciones administrativas (extranjería, inspección laboral, inspección tributaria, etc..), y en el curso de actuaciones policiales de control de documentación e identidad (solicitudes de identificación).

Sobre esta información se organizan las actuaciones de detección de extranjeros e iniciación de *mecanismos reactivos-punitivos* por infracción de la normativa de extranjería, de entre las cuales, las medidas de alejamiento por estancia irregular en el territorio, que en la actualidad son la expulsión administrativa (art. 53 TIDYLE) y la devolución por quebrantamiento de una prohibición de entrada derivada de expulsión anterior (art. 58.2.a TIDYLE). La medida de alejamiento se aplica sobre un extranjero cuya estancia en España, regular o irregular, se ha consolidado en cierta medida tras una mínima permanencia en territorio español, y cuya conducta infractora es grave (comisión de delitos o infracciones administrativas graves o muy graves, participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado, etc.) o, siendo menos grave, ha incumplido deberes esenciales impuestos por la normativa de extranjería (obtención del permiso de residencia, trabajar sin permiso de trabajo ni residencia, ocultación o falseamiento de datos, incumplimiento de una prohibición de entrada impuesta anteriormente, etc.). En estos supuestos, el Legislador ha considerado

base de inspecciones en los puestos de trabajo, lo cual es en ocasiones sumamente complicado, o por intermediacion de sindicatos, asociaciones de inmigrantes, etc..

que la conducta del extranjero entra en colisión directa con los principios inspiradores del modelo español de inmigración, y merece su exclusión de la sociedad española.

Al margen de la valoración que merezcan algunos de los supuestos concretos de expulsión y de las desviaciones a las que su aplicación en la práctica da lugar, la previsión de este instrumento de control migratorio y su configuración como *ultima ratio* o mecanismo de cierre del sistema encaja en el modelo de control migratorio descrito anteriormente. En general, o constituyen una sanción (expulsión administrativa) o dan cumplimiento a una sanción anterior infringida restituyendo la legalidad (devolución por quebrantamiento de la prohibición de entrada), de manera que siguen presentando rasgos sancionadores. En general, este tipo de medidas están animadas por una intencionalidad tanto restitutiva, respecto a la concreta infracción, como disuasoria, para el resto de extranjeros potencialmente infractores.

Más allá de su naturaleza sancionadora o semi-sancionadora[497] (como en el caso de la devolución, por las razones que más adelante se expondrán), en cualquier caso, todas las medidas tiene evidentes *consecuencias limitativas o ablativas sobre la esfera de derechos* del extranjero, en primer lugar porque supone la supresión de la libertad de residencia que legalmente o por una via de hecho disfrutaban, en segundo lugar porque comporta la imposición de una prohibición de entrada en España de entre 3 y 10 años, conefecto en todo el territorio Schengen. Así ocurre tanto para los extranjeros regulares que incurren en alguno de los supuestos de expulsión por incumplir las condiciones a que la normativa somete su estancia (renovación de permisos, autorización previa para trabajar, no comisión de infracciones graves del orden público, etc.,), como para aquellos extranjeros que permanecen irregularmente en España, puesto que la expulsión o la devolución los desapoderan de las libertades de libre circulación y residencia que venían disfrutando *de facto* y sin título alguno. Por otro lado, cuando la expulsión deriva de la comisión de un delito, el alejamiento responde a una preferencia legal (a confirmar por Juez) por la

[497] Aunque la devolución no constituye en rigor una nueva sanción sino la reejecución de una parte de la sanción anterior de prohibición de entrada, de hecho el reinicio del cómputo de prescripción tiene un efecto similar al de la expulsión. Téngase en cuenta la salvedad referida a la vuleneración de prohibiciones de entrada derivadas de expulsión judicial, en las cuales la aplicación de la devolución se retarda hasta el cumplimiento de la parte de la condena de prisión que se sustituyó por el Juez.

expulsión de extranjeros comisores de delitos antes que en el cumplimiento de una pena de menos de 6 años de privación de libertad.

A su estudio se dedica el presente Capítulo.

Por último, debe tenerse en cuenta que los mecanismos de control internos directos, y las medidas de alejamiento como parte integrante del mismo, se organizan alrededor de una estructura básica de control, formada en primer lugar, por la exigencia generalizada de identificación documental (pasaporte o documento nacional de identidad, tarjeta de identidad de extranjero, cédula de identidad, etc,), reforzada por inspecciones y controles de identidad aleatorios o sistemáticos; en segundo lugar, por la organización de una serie de procedimientos de tramitación, mantenimiento y renovación de todo tipo de solicitudes que actúan como mecanismos de control periódicos y permanentes (asilo, arraigo, razones humanitarias, exención de visado, permisos de residencia y/o trabajo, tarjetas de identificación y otros documentos identificativos, adquisición de la nacionalidad, etc.. o menos sistemáticos en el caso de las regularizaciones extraordinarias); en tercer lugar, por la previsión y aplicación de medidas restitutivas y sancionadoras para asegurar el funcionamiento del sistema (medidas de alejamiento, sanciones económicas o de otra índole que afectan a extranjeros, empresarios o empleadores, y en general también a españoles); en cuarto lugar, por el control en el acceso a servicios y prestaciones sociales (residencias públicas, clases de lengua, colegios, hospitales, programas de repatriación voluntaria, etc..). Esta estructura interrelaciona todos los mecanismos de control de manera que, por ejemplo, la detección de un extranjero irregular localizado tras el recurso a un servicio público o tras una inspección laboral pueda activar otras estructuras del sistema de control hasta su final expulsión[498]; aunque el sistema en la actualidad no esté tan interrelacionado o automatizado como en otros países ni se quiera elevar la intensidad de tales controles (o estos sean de difícil aplicación) la estructura ya ha sido diseñada para avanzar en este sentido.

Si se toma en consideración todo ello, resulta que la articulación en la práctica de las medidas de alejamiento al servicio del control de estancia es bastante más compleja que en

[498] Junto a estos mecanismos específicos de control de extranjeros, la normativa general puede establecer mecanismos de control con efectos de control migratorio sobre extranjeros, la más llamativa quizá, el intento en en Suiza de que los funcionarios públicos comunicaran a las oficinas de extranjería la presencia de extranjeros en situación irregular detectados en el ejercicio de la actividad administrativa ordinaria.

las medidas al servicio del control de entrada, pues su ámbito de aplicación subjetivo, geográfico y temporal es más amplio: los sujetos susceptibles de ser objeto de tales medidas son todos los extranjeros, regulares e irregulares, en cualquier lugar del país y aún después de transcurrido un largo lapso de tiempo en situación de residencia regular o desde una entrada irregular. Las técnicas policiales de detección y ejecución del alejamiento que implica este tipo de control tienen un fuerte impacto entre la comunidad inmigrante en términos de libertad personal, potenciales tratos discriminatorios, limitación de ingresos, acceso a recursos, desintegración social, ... Es por ello que este tipo de medidas encuentran algunos límites operativos en su utilización, pues el aumento de la presión para controlar la estancia de los extranjeros, fundamentalmente dirigido a detectar y alejar extranjeros en situación irregular o trabajando irregularmente tiene un fuerte impacto sobre el resto de la comunidad inmigrante.

3.- La traducción jurídica de las medidas de alejamiento al servicio del control interno o de estancia y su encaje constitucional: derechos fundamentales e intereses públicos legítimos

Las medidas de alejamiento al servicio del sistema de control migratorio interno, al igual que el resto del ordenamiento, se someten a la Constitución y a los Tratados Internacionales sobre esta materia, válidamente aprobados y ratificados por España. Estas disposiciones constituyen el marco jurídico fundamental al que debe acomodarse la regulación legal de las medidas de alejamiento, razón por la cual en el primer subapartado se analizará brevemente el juego de los arts. 13 CE y 19 CE como entramado constitucional básico de las medidas de alejamiento y la posibilidad de extraer una clasificación de las medidas de alejamiento en atención a las finalidades perseguidas por las mismas; en el segundo subapartado se analizará la interpretación por el Tribunal Constitucional de las disposiciones legales reguladoras de las medidas de alejamiento internas.

3.1.- La caracterización constitucional de las medidas de alejamiento al servicio del control migratorio interno y su clasificación sobre la base de los arts. 13 CE y 19 CE.

Como se ha expuesto con anterioridad (*Capítulo Primero. Aptdo I.3.1*), la pieza clave para la interpretación de la configuración constitucional de estatuto de los extranjeros es el art. 13 CE. La jurisprudencia constitucional elaboró desde muy pronto una clasificación tripartita sobre la titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros (STC 107/1984, STC 115/1987), que incluía derechos inherentes a la dignidad humana, derechos completamente vedados a los extranjeros y derechos de configuración legal. Esta clasificación jurisprudencial, un tanto rígida, fue evolucionando a medida que el Tribunal delimitaba el margen de desarrollo de los derechos de configuración legal por el Legislador, hasta el punto de que en las STC 94/1993 y STC 242/1994 acabó extendiendo el derecho fundamental del art. 19 CE a los extranjeros en determinadas circunstancias y limitando el margen de configuración de la Administración (e indirectamente del Legislador) respecto de tal derecho, cuando tal derecho había sido inicialmente excluido de la lista de derechos inherentes a la dignidad humana. En el *Capítulo II.2.1* se ha abordado parcialmente la eficacia extraterritorial del art. 19 CE como derecho instrumental de la efectividad de otros derechos, que sólo pueden realizarse si se produce la entrada real en el territorio.

Interesa ahora, analizar la eficacia del art. 19 CE como pieza clave de la clasificación de los extranjeros en algunas categorías básicas, y por ende de los derechos fundamentales reconocidos a los mismos. Ello supone, además, una revisión en línea de superación de la jurisprudencia constitucional inicialmente establecida en la STC 107/1984. Tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en las sentencias de la última década, los extranjeros pueden ser titulares de las libertades de entrada, circulación y residencia reconocidas por el art. 19 CE, pues aunque tales libertades no son inherentes a la dignidad humana, el Legislador no puede negar a los extranjeros su disfrute desatendiendo "los mandatos constitucionales" (STC 242/1994), que no pueden identificarse sin más con la literal atribución de los mismos según el redactado constitucional, sino que dependerá de la ponderación que el propio Tribunal Constitucional, en última instancia, efectúe. En la STC 94/1993, el Tribunal sostuvo una interpretación restrictiva del concepto "estancia irregular"

del art. 26.1 LO 7/1985 para excluir del mismo la expulsión de un extranjera solicitante extemporánea de un permiso de residencia no resuelto administrativamente, pues lo contrario suponía una actuación contraria a la buena fe, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad. La opción por una interpretación más garantista del concepto "estancia irregular" en el ámbito sancionador de extranjería, descartando interpretaciones literales más estrictas, escondía una redefinición del ámbito subjetivo del art. 19 CE que, expropiando al Legislador de parte de su capacidad de configuración de los sujetos titulares del mismo, constitucionalizaba parcialmente el ámbito subjetivo de su titularidad para incluir no sólo a los extranjeros en situación regular, sino también a los extranjeros en situación irregular en trámite de renovación de sus permisos de residencia[499]. Igualmente, esta interpretación ofrece la posibilidad de extraer consecuencias adicionales, como por ejemplo, que la restricción inmotivada, desproporcionada o aprocedimentalizada del ejercicio de las libertades del art. 19 CE por los extranjeros titulares de tales derechos implica la violación de un derecho fundamental preexistente (STS de 11 de abril de 1995). Esta interpretación obliga a la Administración a plantearse en los supuestos de restricción de tal libertad si el extranjero dispone de un permiso de residencia o estancia, o bien si en ausencia de permiso de residencia es titular del derecho fundamental de circulación o residencia o tiene una expectiva razonable de serlo.

3.2.- La jurisprudencia constitucional sobre las medidas de alejamiento al servicio del control migratorio interno

La ausencia de un derecho fundamental de entrada en España de extranjeros[500], excepto si se amparan en una norma obligatoria para el Estado o tal derecho es instrumental de otros intereses legítimos o derechos del extranjero, implica que la entrada ilegal y posterior residencia irregular carezcan de protección constitucional en el art. 19 CE, salvo en las condiciones en que la ley establezca las vías o criterios de regularización ordinaria o

[499] El efecto potencial de esta jurisprudencia no ha sido correctamente calibrado por los operadores jurídicos, especialmente por la Administración, que sistemáticamente inserta un sello en las solicitudes de regularización de extranjeros con el cajetín "la admisión a trámite de la presente solicitud no genera efecto alguno respecto de la regularidad de la residencia".

[500] En NEUMANN, cit. *supra*, pueden consultarse las diferentes teorías sobre el régimen de entrada en el territorio y los derechos de los extranjeros al mismo

extraordinaria (STC 94/1993 y STC 242/1994), en cuyo caso tales condiciones o criterios forman parte del art. 19 CE como subnormas constitucionales. Dejando a parte cuestiones como la existencia de una exigencia constitucional de mecanismos de regularización sobre las premisas del Estado Social o la constitucionalidad de la exclusión legal permanente de tales derechos a extranjeros irregulares, lo cierto es que el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ampara la idea fundamental de que el ejercicio de la libertad de circulación y residencia por la vía de hecho (entrada o estancia irregular) impide la correcta obtención de la titularidad de las libertades del art. 19 CE, justificando la expropiación de las mismas con una medida de alejamiento, por ejemplo la expulsión.

Del mismo modo, esta inteligencia del art. 19 CE permitiría sostener que el incumplimiento por los extranjeros en situación regular de las condiciones de orden público, etc... no directamente relacionadas con el régimen de exranjeria, supone un incumplimiento de las disposiciones de entrada y estancia que haría decaer la legalidad de la permanencia en España tal y como parece indicar el art. 57.4 TIDYLE, y sobre todo, su amparo bajo el art. 19 CE[501]. Esta interpretación de tipo contractualista de las autorizaciones de entrada y residencia, induce a observar la expulsión más como una medida restitutiva de la legalidad por un comportamiento antijurídico distinto del régimen de extranjería más que como una disposición sancionadora[502]. Sobre esta cuestión se volverá más adelante, pero debe subrayarse la importancia que en esta tesis presentan los fines o intereses públicos que justifican una restricción del art. 19 CE de los extranjeros regulares, así como su separación en fines intrínsecos al sistema de control migratorio y fines extrínsecos al mismo, como el orden público, la seguridad nacional, etc...[503] .

[501] Las condiciones de pérdida del derecho de residencia a extranjeros pueden ser distintas de nacionales, aunque tal distinción debe operar dentro de los límites de la proporcionalidad.

[502] Bajo esta óptica la naturaleza sancionadora procedería de la imposición de una prohibición de entrada durante un período de 3 a 10 años, y no tanto de la aplicación de la medida de alejamiento

[503] Así en los casos de entrada o estancia irregular, el alejamiento no constituye una expropiación de las libertades del art. 19 CE, pues el extranjero jamás fue titular del derecho, sino una constatación y declaración del incumplimiento del ordenamiento desde el inicio, no de las condiciones de ejercicio de ese derecho (salvo que en realidad sí fuera titular de tal derecho o tuviera expectativas de serlo o en fase transitoria a adquirirlos mediante regularización). En los casos de estancia regular, el alejamiento por motivos extrínsecos al sistema de extranjería sí constituye una expropiación de un derecho justificada en una infracción o incumplimiento realizado por extranjero, en ellas la medida de alejamiento es la consecuencia legal de la infracción y despoja al extranjero del disfrute del art. 19 CE, pero la residencia fundada en el mismo hasta ese momento es válida y despliega efectos..Cuestión distinta es que la consecuencia en ambos casos sea la misma y la afectación de otros derechos muy semejante.

Por todo ello, es necesario insistir en que la expulsión de extranjeros es una medida de alejamiento al servicio de diversos fines; de hecho, bajo la normativa actual la estancia irregular es la única causa de expulsión que obedece directamente a una finalidad de control migratorio, pues el resto de causas de expulsión se orientan a la protección de otros intereses públicos legítimos como la seguridad pública, la seguridad nacional, las relaciones internacionales, los derechos de terceros, etc.. aunque en un sentido amplio y de forma indirecta tales intereses también sean fines propios de las políticas migratorias. Ello permite distinguir entre causas o supuestos habilitantes de la expulsión en función de su orientación hacia *fines intrínsecos* al control migratorio o de *fines extrínsecos*, se puede arriesgar la interpretación de que en la expulsión por estancia irregular del art. 53.a) TIDYLE la medida de alejamiento se aplica sobre una persona en situación irregular, es decir, desprovista del derecho a la libre circulación y residencia del art. 19 CE y por consiguiente no restringe ninguna libertad ni derecho preexistente, aunque ejercido 'de facto'. En el resto de supuestos de expulsión, el extranjero se encontrará generalmente en situación regular, pues si está irregular incurrirá también en el art. 53.a) TIDYLE, y en tal caso la expulsión supone una verdadera expropiación del derecho a residir en España del art. 19 CE. La sanción estará en la restricción de un derecho legalmente obtenido por el extranjero, lo que no ocurre en la expulsión por estancia irregular del art. 53.a) TIDYLE, en la que su carácter sancionador no se predica por la orden de salida obligatoria sino por llevar aparejada una prohibición de entrada, que es el único elemento de 'ius puniendi' que permite calificarla de sanción administrativa.

En todo caso, los fines públicos que el ordenamiento debe proteger deben ser objeto de concreción y desarrollo por el Legislador, en cuanto regulación del contenido y las condiciones de disfrute por los extranjeros del art. 19 CE. En esta actividad de concreción el Legislador debe respetar los "mandatos constitucionales" (STC 242/1994), así como la regulación mínima establecida por el Derecho Internacional Público y asumida por España, de conformidad con lo establecido en el art. 13 CE. Entre esos límites se encuentra el respeto de las garantías materiales y procedimentales del Derecho Sancionador del art. 25 CE cuando la medida de alejamiento tenga tal carácter (STC 116/1993).

Esta posición coincide con la recogida en la *Convención Europea de Derechos Humanos* donde la expulsión deviene una medida restrictiva de la libertad de circulación de los extranjeros conforme al Convenio bajo ciertas condiciones (arts. 2.1 y 2.3 en relación con los arts. 3 y 4 Protocolo 4°, así como del art. 1 Protocolo 7°). En virtud de los arts. 2.1 y 2.2 del Protocolo 4° todas las personas en situación regular, también los extranjeros regulares, gozan del derecho a circular libremente y a escoger residencia. No obstante, estos proceptos son más restrictivos que la interpretación del Tribunal Constitucional, pues excluyen del disfrute de tal derecho los extranjeros en situación irregular[504], ademásm en combinación con el art. 2.3 del mismo Protocolo, permiten restringir tal derecho a un extranjero regular mediante aquellas medidas legalmente establecidas que sean necesarias en una sociedad democrática para la consecución de alguno de los fines legítimos enunciados en el precepto. Por si quedara alguna duda de que las expulsiones individualizadas de extranjeros regulares están admitidas por el Convenio como medidas dirigidas a proteger determinados fines legítimos, la interpretación *a sensu contrario* de los arts. 3 y 4 del Protocolo lo deja meridianamente claro: se prohíben las expulsiones de nacionales y respecto a los extranjeros sólo se prohíben las expulsiones *colectivas*. Finalmente, el art. 1 Protocolo 7° completa el marco convencional de la expulsión de extranjeros introduciendo algunas garantías en el procedimiento con el fin de asegurar una mínima defensa del extranjero.

3.3.- Los fines e intereses públicos como límites al ejercicio de los derechos.

Lo interesante, no obstante, del Convenio Europeo es la determinación, tanto en las restricciones a la libertad personal (art. 5 CEDH) como a la libertad de circulación (art. 2.3 y

[504] El Informe del Comité de Expertos en materia de derechos del hombre en el Comité de MinistrosEn los Trabajos sobre el art. 2.1 del Protocolo 4:
"Le Comité a estimé que le paragraphe 1er de l'article 2 ne pourrait recevoir une teller interprétation: l'étranger de passage ou qui séjourne régulièrement, mais à titre temporaire, sur le territoire d'un Etat n'a pas, en vertu de cette disposition, le droit d'obtenir son admission à tritre définitif sur ledit territoire.
Le comité a estimé en outre que dans le cas où un étranger est admis à entrer, sous certaines conditions (lesquelles ne sont pas nécessairement relatives à la résidence ou à la libre circulation), et qu'il transgresse ou ne remplit pas lesdites conditions, cet étranger ne peut plus être considéré comme se trouvant régulièrement dans le pays.» A partir de esta interpretación, DRZEMCZEWSKI cit. *supra*, pág 11, considera que sólo a partir del momento en que el extranjero se encuentra dentro del territorio del Estado, y residiendo regularmente en él, éste puede considerarse protegido por los derechos garantizados en ese Estado. La jurisprudencia sin embargo ha extendido en algunos casos la protección del Convenio a extranjeros que no se encuentran dentro y a extranjeros situados en las fronteras y zonas de tránsito de puertos y aeropuertos (STEDH *Amuur*).

4 Protocolo 4º CEDH) de determinados fines legítimos, más restringidos en el primer caso y más amplios en el segundo, que en otros preceptos del Convenio, que enuncian los fines legítimos de los límites a los derechos con un ámbito subjetivo más amplio, sin perjuicio de que luego los Estados se basen en ellos para introducir límites específicos para los extranjeros, como se expondrá en el siguiente apartado.

Las limitaciones a la titularidad por los extranjeros de derechos humanos son de interpretación restrictiva y únicamente admisibles en la medida en que sirvan a la finalidad para la que han sido previstas (art. 18 CEDH) sin que la CEDH permita un tratamiento diferenciado referido a los extranjeros en el ejercicio de los derechos y libertades que la CEDH garantiza, más allá de los límites impuestos por la protección de intereses públicos o derechos de terceros reconocidos en el propio Convenio de forma genérica como "fines legítimos".

La principal consecuencia del reconocimiento de la titularidad por los extranjeros de la mayor parte de derechos fundamentales de la CEDH es que tales derechos acarrean obligaciones para los Estados. Tales obligaciones son tanto negativas, en cuanto prohibición de injerencias injustificadas o desproporcionadas, como positivas, de acomodar su legislación y su práctica a fin de impedir injerencias de las autoridades del Estado o de particulares en el ejercicio de ese derecho. En realidad, la constatación de una injerencia en los derechos no implica *per se* la violación de un Derecho Fundamental, pues tal injerencia puede hallarse justificada en algún interés público o derecho de terceros reconocidos en el propio Convenio de forma genérica como "fines legítimos". Además, la injerencia en los derechos en base a un fin legítimo no supone una exclusión de la titularidad del derecho sino una limitación a su ejercicio.

Junto a las restricciones expresamente reconocidas por la Convención a los extranjeros, existen una serie de ***límites generales al ejercicio de los derechos*** -que no a su titularidad- que deben ser concretados y delimitados por los Estados en su normativa interna. La técnica seguida por el Convenio para establecer parámetros y reducir el margen de apreciación de los Estados, consiste en elaborar una lista más o menos tasada de fines legítimos que justifican restricciones a los derechos de la Convención y exigirles a los Estados la garantía formal de su regulación interna mediante norma con rango de ley.

Frente a la posibilidad de recoger un listado de fines legítimos que justificarían restricciones estatales de los Derechos, opción barajada en los borradores de la Convención y empleada por otros Tratados como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención optó por distinguir en cada derecho unos límites particulares en función de "fines legítimos" que, en principio, los redactores de la Convención trataron de vincular a la naturaleza y el campo de aplicación del derecho[505]

Tratándose de límites generales introducidos por los Estados al ejercicio de determinados derechos, la mayor parte de límites tienen una vocación de generalidad yse aplican con independencia de la nacionalidad o *status* administrativo de la persona, así por ejemplo, los límites a la libertad de información fundados en la protección de la seguridad nacional, se aplicarían en principio de la misma manera a un periodista extranjero que a un periodista nacional. Sin embargo, algunos de los fines legítimos enunciados por el Convenio han sido empleados por los Estados para introducir limites específicos al ejercicio de determinados derechos por los extranjeros, así cuando los Estados prevén la expulsión de un extranjero por la comisión de delitos graves, aunque están limitando el derecho a la vida familiar de un extranjero con su familia residente en el país, lo hacen en principio amparados por el fin legítimo de protección de la seguridad pública, y es evidente que se trata de una medida de aplicación específicamente dirigida a los extranjeros, pues a los nacionales no se les expulsa.

Aunque cada artículo de la Convención recoge los concretos "fines legítimos" que autorizan a los Estados a introducir limitaciones al ejercicio de ese derecho, su enunciación es bastante semejante en los arts. 8 a 11 CEDH: derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH), libertad de expresión (art. 10 CEDH), libertad de reunión y de asociación (art. 11 CEDH). Esa semejanza deriva tanto de la estructura dada al Convenio, en el que se separan en apartados distintos la enunciación del derecho o libertad (apartado 1° del precepto) y sus

[505] KASTANAS, Elias: *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appreciation des états dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Ed. Bruylant, Bruxelles 1996, p.74: Les rédacteurs de la Convention se sont efforcés d'établir un lien entre la nature et le champ d'applicacion d'un droit et la portée des restrictions autorisées. Ainsi délimités, les «buts légitimes» gagnent en justiciabilité et peuvent étre contrôlés par les organes de Strasbourg.».

límites (el apartado 2°), como de su contenido, pues ciertamente existen una serie de **fines legítimos comunes** a los límites de los derechos y libertades reconocidas en los arts. 8 a 11 CEDH.

Los fines legítimos que amparan limitaciones a bs derechos y libertades de los arts. 8 a 11 CEDH son los siguientes: primero, la protección de la seguridad pública; segundo, la protección del orden público, noción objeto de una interpretación extensiva por parte del Tribunal Europeo, incluyendo tanto el orden en el interior de un grupo social particular, especialmente si el desorden en ese grupo puede incidir sobre el orden de la sociedad entera, como el impacto indirecto sobre el orden público; tercero, la protección de la salud pública; cuarto, la protección de la moral pública; y quinto, la protección de los derechos y libertades de los demás[506]. Evidentemente, todas estas nociones han sido objeto de numerosas sentencias que han ido perfilando el alcance de los límites de los derechos.

El orden público, la moral, etc... son nociones no autónomas que el Tribunal, en la medida de lo posible evita definir autónomamente, sino que las deriva del contenido que reciben en cada Estado para respetar la diversidad de políticas legislativas desarrolladas por los Estados. De esta manera el Tribunal ha considerado que "la moral" refleja las opiniones profundas y las convicciones sinceras compartidas por la gran mayoría de los ciudadanos de un Estado parte (STEDH *Open Door Society and Dublin Well Woman v. Irlanda)*; los "derechos y libertades de terceros" remite al ordenamiento interno de los Estados y puede ser empleado de forma tan flexible que incluya la salvaguarda del régimen político democrático (ComEDH *Glassenapp*), la protección de personas vulnerables (STEDH *Dudgeon*), consumidores (ComEDH *Iglesia de la Cienciología v. Suiza*, de 5 de mayo de 1979), las víctimas de discursos que inciten al odio racial (ComEDH *Kühnen v. RFA*.de 12 de mayo de 1988 o TEDH *Jersild* de 23 de septiembre de 1994), tanto el derecho de la mujer a abortar (ComEDH *H v. Bélgica*) como la protección del feto (opiniones concurrentes y disidentes en la STEDH *Open Door Society and Dublin Well Woman v. Irlanda*).

[506] CONNELLY, O.M.: "The protection of the Rights of Others" en *Human Rights Review*, 1980, págs. 117-140. La utilización de una acepción amplia de este concepto permite a los Estados intervenir más allá de los fines legítimos superando su propia esfera con la excusa de lograr un equilibro de los intereses divergentes de los particulares.

Junto a ello, el Tribunal de Estrasburgo tampoco ha llevado a cabo un control estricto-amplio de las apreciaciones nacionales en este terreno, lo cual aumenta el margen de los Estados para restringir los derechos de los ciudadanos. En el fondo, no ha habido ningún caso en el que se haya rechazado que el Estado hubiera actuado con el objeto de alcanzar uno de los fines legítimos alegados, aunque luego se rechace la ponderación del mismo respecto a su necesidad o proporcionalidad y se condene al Estado. Por otro lado, los Estados alegan con frecuencia la persecución de una pluralidad de fines para aumentar sus posibilidades de escapar al control, aprovechandose de la ausencia de un ámbito de aplicación delimitado de forma estricta por el TEDH, ello aumenta el margen de apreciación de los Estados.

En la determinación del fin perseguido el TEDH se conforma con el señalado por el Estado (e incluso lo corrige en STEDH *Berrehab*[507]) si el demandante no se opone al fin legítimo alegado. En la interpretación del fin legítimo recurre a los debates parlamentarios, a las exposiciones de motivos, a las estadísticas y a la jurisprudencia de los tribunales interos. No obstante lo cual, en ningún caso el TEDH ha rechazado la aplicación al caso de un fin legítimo alegado el Estado[508], aunque luego haya considerado su ponderación contraria al principio de proporcionalidad. Desde otra óptica, los Estados frecuentemente invocan más de un fin legítimo para justificar sus acciones, ante lo cual el Tribunal no ha reaccionado delimitando el ámbito de aplicación de uno de los conceptos considerados como fines legítimos, sino que manteniendo una cierta indefinición o apertura amplia el margen de apreciación de los Estados.

A ello debe añadirse que existen en algunos casos límite implícitos, por ejemplo aquellos puestos de relieve en la STEDH *Golder* en relación al art. 6 CEDH, en la que la mayoría del TEDH reconoció el derecho implicito de los Estados ha introducir algunas limitaciones en el acceso a los tribunales, aunque tales restricciones no existieran en la

[507] STEDH *Berrehab v. Países Bajos*, 21/6/1988, par. 26: "The Court has reached the same conclusion. It points out, however, that the legitimate aim pursued was the preservation of the country's economic well-being within the meaning of paragraph 2 of Article 8 (art.8-2) rather than the prevention of disorder: the Government were in fact concerned, because the population density, to regulate the labour market."

[508] KASTANAS, *cit supra*, p. 83 apunta a la posibilidad de recurrir al art. 18 CEDH y al art. 14 CEDH para reforzar el control por el TEDH de los fines legítimos. Así el art. 18 CEDH sustenta la delimitación estricta de los fines legítimos y de su ámbito de aplicación al impidir a los Estados apartarse de los mismos en el ejercicio o limitación de los derechos; el art. 14 CEDH en cuanto prohibición de discriminación excluye la introducción de límites a los derechos basados en la persecución de fines legítimos realizada mediante medidas con efectos discriminatorios (por ejemplo raciales en la STEDH *Abdulaziz*, en la que la mayoría descartó el efecto discriminatorio pero tres jueces lo apreciaron en sus votos disidentes).

redacción contenida en el art. 6 CEDH. El problema es que el Tribunal evita elaborar un concepto autónomo de los motivos de restricción del art. 6 CEDH y remite a las concepciones políticas y sociales de los ordenamientos jurídicos nacionales, remisión que amplía el espacio del Estado para limitar los derechos.

Finalmente, aunque KASTANAS afirma que los "fines legítimos" no son traspasables de una libertad a otra, posteriormente llega a dudar de que realmente constituyan un "numerus clausus", en esta línea MORENILLA RODRÍGUEZ[509] señala que el Tribunal, a partir de la STEDH *Golder,* incluyó también los fines de "la defensa del orden" y la "prevención del delito" como fines justificantes en los arts. 10.2 y 11.2 del Convenio y 2.3 del Protocolo 4°. CEDH. En este sentido tienden a ser utilizados como conceptos jurídicos indeterminados que el Tribunal (y la Comisión en su momento) fijan valorando las circunstancias de cada caso, interpretándolos en su conjunto o en su significación finalista[510].

Por otro lado, cada derecho encuentra ***límites específicos*** en determinados fines que son particulares a tal derecho o grupo de derechos garantizados por el Convenio. Límites o restricciones (fines legítimos) específicamente previstas para cada derecho cuya previsión no siempre guarda una clara relación con la naturaleza y características del derecho o se aleja un tanto de la misma. Sin afán exahustivo puede elaborarse una pequeña lista: la protección de la seguridad nacional permite restringir los derechos a la vida privada y familiar, la libertad de expresión y las libertades de reunión y asociación (STEDH Klass, STEDH Chahal v. Reino Unido, STEDH Amrollahi v. Bulgaria); del mismo modo, la prevención del delito justifica restricciones al derecho a la vida privada y familiar, la libertad de expresión y las libertades de reunión y asociación (STEDH *Dalia* "the prevention of disorder or crime"); la divulgación de informaciones confidenciales o la garantía de la autoridad y la imparcialidad del poder judicial o de la reputación ajena justifican restricciones a la libertad de expresión; la condición de autoridad pública (policía,

[509] MORENILLA RODRÍGUEZ, José María: "El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Cuadernos de Derecho Judicial* vol. XI, monográfico sobre "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pág. 324.

[510] En materia de extranjería destaca esta operación en las STEDH *Moustaquim* y STEDH *Beljoudi.*

Administración del Estado o FFAA) justifica restricciones legítimas al ejercicio del derecho reunión y asociación.

Directamente relacionadas con la inmigración, el fin legítimo de protección de la economía nacional[511] justifica límites al ejercicio del derecho a la vida familiar hasta el punto de denegar la entrada o el visado del cónyuge de un residente para proteger el mercado nacional de trabajo, especialmente en una época de desempleo intenso (STEDH Abdullaziz) o de expulsar a trabajadores irregulares para regularizar el mercado de trabajo, en razón a la densidad de población en un país como Holanda (STEDH Berrehab). En el Protocolo 7° sobre el procedimiento de expulsión de extranjeros, la redacción del mismo llega a admitir la posibilidad de restricciones fundadas en "otros fines legítimos". En esta línea, y como ya se ha indicado anteriormente, los límites expresamente previstos para la libertad personal y de circulación de los extranjeros en los art. 5.1.f CEDH y 2.4 del Protocolo 4° contienen, el primero una delimitación más estricta de las restricciones justificadas a la libertad personal pues únicamente las admite con el fin de impedir la entrada ilegal en el territorio o la expulsión o extradición de una persona, y el segundo, por el contrario, una justificación (o fin legítimo) restrictivo de la misma tan laxo como el interés público, expresión esta última excesivamente amplia y genérica.

Todas estas restricciones a los derechos fundadas en fines legítimos, tanto comunes a varios derechos como específicas de uno en concreto, sólo se justifican en la medida en que estén orientadas a alcanzar la finalidad enunciada en el Convenio, de conformidad con el art. 18 CEDH.

Debe señalarse finalmente, como última cuestión a abordar en este apartado, que en función del objetivo o finalidad legítima invocados en el caso así como de las particulares

[511] En las Sentencias sobre los límites de estas restricciones, el TEDH se autolimita al reconocer que la situación de crisis económica invocada por el Estado a perdido intensidad o ha mejorado, finalmente, reconoce la necesidad de una intervención legislativa o adminstrativa en estos dominios. Razón por la que ante la alegación de la protección del bienestar económico del país exigeque el Estado demuestre la necesidad de tal limitación, así como su racionalidad y proporcionalidad, razones que dieron lugar al reconocimiento en la STEDH *Abdulaziz* de que determinadas restricciones a la reagrupación familiar de los maridos introducidas con el fin de reducir la inmigración de mano de obra extranjera de sexo masculino en un momento de crisis económica constituyendo un tratamiento potencialmente discriminatorio por razón de sexo y consecuentemente vulnerador del derecho a la reagrupación familiar podían ser admisibles en aras del bienestar económico del país, siempre que el perjuicio del que protegieran fuera de suficiente entidad, cosa que no pudo demostrarse en el caso concreto.

circunstancias del asunto, los Estados gozan de un "margen de apreciación" variable que merece un análisis más detenido.

La doctrina del **margen de apreciación**[512] se inicia en la jurisprudencia del Tribunal desde sus primeras sentencias como un espacio de apreciación de los hechos por parte de los Estados en ámbitos en los que existe una diversidad de prácticas o concepciones que varían entre Estados. En la medida en que la Convención contiene un estándar mínimo de derechos y libertades (art. 53 CEDH) permite ciertos "márgenes de apreciación" que obligan al juez nacional a atender a las particulares consideraciones de derecho y política de su propio país[513] por encontrarse en mejor disposición ("inmediación") para apreciarlas adecuadamente. Siendo las obligaciones derivadas de las sentencias del TEDH "obligaciones de resultado"[514], los Estados disponen de cierta libertad de elección sobre los medios para cumplir las obligaciones impuestas por el TEDH. En virtud del art. 46.1 CEDH corresponde al TEDH la adopción de la sentencia y la imposición de las obligaciones del Estado mientras que es el Comité de Ministros a quien corresponde la vigilancia de la ejecución de la misma ("velará"), razón por lo cual el TEDH ha evitado la adopción de opiniones declarativas u ordenes de consecuencias ("consequential orders or declaratory statements").

La doctrina del margen de apreciación, aplicada originariamente a la combinación del art. 15 con los arts. 5, 10 y 14 CEDH, se extendió rápidamente a otras disposiciones, presentando una variación que ibva desde el "amplio margen de apreciación" hasta "un cierto margen de apreciación", pasando por diferentes expresiones intermedias. Por eso, el estudio del margen de apreciación de los Estados en materia de control migratorio, se debe analizar en función de cada derecho afectado, pudiéndose distinguir entre el núcleo de derechos especialmente protegidos e inderogables según el art. 15 CEDH y los demás.

---

[512] LAMBERT, Pierre: «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité» págs. 63-89 en SUDRE, Fréderic (dir.): L'intepretation de la Convention européenne des droits de l'homme. Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Ed. Bruylant, Bruselas 1998. LAMBERT ofrece un seguimiento del origen de dicha expresión desde el primer caso de Chipre analizado por la Comisión (2/10/1958), pasando por STEDH *Lawless*, STEDH *asunto lingüístico belga*, STEDH *De Wilde*, STEDH Handyside hasta su consagración en la, STEDH *Irlanda v. Reino Unido*.

[513] VVAA: *The doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, HRLJ, 1998, 1-36.

[514] STEDH *Papamichalopoulos y otros v. Grecia*, 31/10/1995 A-330-B par. 34 sobre art. 50 CEDH" ...a judgment in which the Court finds a breach of the Convention imposes on the respondent state a legal obligation to put an end to the breach and make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach"

Respecto a los derechos inderogables, en la STEDH *Soering* apenas se utilizó la doctrina del margen de apreciación pues en materia de art. 3 CEDH esta no es aplicable dado que la prohibición de torturas o tratos inhumanos o degradantes es taxativa y no cabe espacio para una diversidad de prácticas divergentes en los Estados. Tampoco en la STEDH *Cruz Varas* o STEDH *Vilvarajah* existe análisis de tal doctrina en lo que se refiere al art. 3 CEDH, si ben, fuera de los aspectos migratorios la STEDH *Irlanda v. Reino Unido* ha reconocido su existencia también en este ámbito[515]

En la STEDH *Abdulaziz*[516] el TEDH afirmó en relación al derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH ese margen de apreciación era bastante amplio ("wide margin of appreciation") pues la noción de "respeto" no estaba claramente definida, de modo que el Tribunal permite un margen a los Estados para que la aprecien y valoren a la luz de las circunstancias del caso y de las prácticas internas de los Estados. Posteriormente, en la STEDH *Berrehab* confirmó este extremo, aunque los términos utilizados no eran ya tan permisivos con los Estados ("the Court makes allowance for the margin of appreciation that is left to the Contracting States", par. 27), sin citar el precedente anterior[517]. Mäs tarde, en la STEDH *Moustaquim* el Tribunal

[515] STEDH *Irlanda v. Reino Unido* de 18 de enero de 1978: "Incumbe en primer lugar a cada Estado contratante, responsable de la vida de su nación, la determinación de si un "peligro público" la amenaza y si, en caso afirmativo, hasta donde hace falta ir para intentar disiparla. En contacto directo y constante con las realidades urgentes del momento, las autoridades nacionales se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de dicho peligro así como sobre la naturaleza y la extensión de las derogaciones necesarias para conjurarlo. El artículo 15.1 de la Convención les deja en esta materia un amplio margen de apreciación". (par 207).

[516] S TEDH *Abdulaziz*, par. 67: However, especially as far as those positive obligations are concerned, the notion of "respect" is not clear-cut: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of individuals (see, amongst other authorities, mutatis mutandis, the above-mentioned "Belgian Linguistic" judgment, Series A no. 6, p. 32, para. 5; the National Union of Belgian Police judgment of 27 October 1975, Series A no. 19, p. 18, para. 39; the above-mentioned Marckx judgment, Series A no. 31, p. 15, para. 31; and the Rasmussen judgment of 28 November 1984, Series A no. 87, p. 15, para. 40). In particular, in the area now under consideration, the extent of a State's obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons involved. Moreover, the Court cannot ignore that the present case is concerned not only with family life but also with immigration and that, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory.

[517] Una posible explicación del aparente estrechamiento del margen de apreciación podría deberse a que en la STEDH *Abdulaziz* el Tribunal no llegó a condenar a Reino Unido por violación del art. 8 CEDH considerado de forma autónoma (luego lo haría respecto al art. 13 CEDH en relación al art. 8 CEDH), mientras que en STEDH *Berrehab* el margen de apreciación del Estado más estrecho le permite justificar una ponderación distinta de los intereses en juego para condenar a Bélgica por violación del art. 8 CEDH. Las circunstancias

ni siquiera mencionó esta doctrina y directamente analizó la proporcionalidad de la medida de expulsión a Marruecos de un joven delincuente cuya vida había transcurrido casi por entero con su familia en Bélgica; el mismo silencio se reproduce en la STEDH *Nasri* sobre un delincuente sordomudo integrado en Francia; en ambas se dedujo una violación del art. 8 CEDH[518]. Lo mismo sirve para la STEDH *C. v. Bélgica.*

En la misma STEDH *Abdulaziz,* esta vez abordando la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CEDH, el margen de apreciación disminuía ("certain margin of appreciation") de los Estados para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones análogas justifican distinciones en su tratamiento jurídico[519].

En relación a las obligaciones del art. 13 CEDH, los Estados contratantes gozan de cierto margen de apreciación en cuanto a la manera de conformarse a las obligaciones que les impone dicho artículo (STEDH *Chahal*, STEDH *Conka*), es decir, disponen de cierta discrecionalidad para fijar los concretos mecanismos internos con los que garantizar tal derecho.

Aunque jurisprudencia posterior parecía haber abandonado la doctrina del marge de apreciación, en la STEDH *Cisse v. Francia* vuelve a reconocerse un "amplio margen de apreciación" a los Estados en materia de injerencias en la libertad de reunión del art. 11 CEDH, a pesar de haber reconocido a los extranjeros irregulares el derecho a ejercer tal libertad.

En conclusión, eel TEDH ha empleado y sigue empleando doctrina del margen de apreciación de los Estados, aunque con una graduación diferente en función de los derechos afectados, de la gravedad de las medidas restrictivas de los mismos y probablemente de la importancia del fin legítimo que justifica la restricción del derecho.

---

particulares de los demandantes son ciertamente distintas, pudiéndose considerar las de *Berrehab* de mayor gravedad.

[518] Son destacables en este sentido las opiniones concurrentes de los Jueces PETTITI y MORENILLA. El primero, sostiene que el problema de la expulsión de inmigrantes de segunda generación muestra una divergencia tal entre las diferentes tradiciones judiciales de los Estados miembros, que escapa a las posibilidades del TEDH para convertirse en una cuestión que necesita ser estudiada y armonizada por las instituciones del Consejo de Europa. El segundo apunta a la necesidad de que el TEDH apunte líneas interpretativas mucho más claras dada la importancia de la cuestión. Ello demuestra que la cuestión del "margen de apreciación" subyacía en la argumentación del Tribunal pero era evitada deliberadamente.

[519] STEDH *Abdulaziz*, par. 72:

I.- La expulsión administrativa de extranjeros como mecanismo de control de extranjeros en situación irregular

1.- Análisis sintético de las causas de expulsión relacionadas con el control de la irregularidad administrativa y otras causas de expulsión

Debe insistirse, no obstante, en que la expulsión de extranjeros es una medida de alejamiento al servicio de diversos fines; de hecho, bajo la normativa actual la estancia irregular es la única causa de expulsión que obedece directamente a una finalidad de control migratorio, pues el resto de causas de expulsión se orientan a la protección de intereses públicos legítimos de diverso signo, como la seguridad pública, la seguridad nacional, las relaciones internacionales, los derechos de terceros, la protección del mercado de trabajo, etc.. aunque en un sentido amplio y de forma indirecta tales intereses también sean fines propios de las políticas migratorias o de gestión de flujos.

Existen supuestos de expulsión directamente relacionados con el *status* de extranjero, básicamente la expulsión por permanencia irregular en el territorio; también los supuestos de expulsión instrumentales pues sirven para reforzar el propio sistema de control migratorio, como la expulsión por ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de comunicar cambios de nacionalidad, estado civil o domicilio o la expulsión por incumplimiento de medidas provisionales limitativas de la circulación. En estos casos la expulsión constituye, o bien la consecuencia lógica del incumplimiento de la normativa de entrada o residencia (expulsión por estancia irregular) o una sanción por incumplir obligaciones esenciales del ordenamiento de extranjería. Es discutible si una expulsión por estancia irregular es realmente una sanción o una medida de restitución de la legalidad conculcada por la entrada irregular o por la falta de autorización administrativa de estancia o residencia. En cualquier caso, la prohibición de entrada aneja a la expulsión es claramente una sanción.

Junto a estas expulsiones, existe la posibilidad de expulsar a un extranjero por razones de seguridad pública. Algunos de estos supuestos plantean problemas, concretamente, la tipificación de las infracciones muy graves por el art. 54 LODYLE que,

excepto en su primer supuesto, pueden ser de aplicación tanto a españoles como a extranjeros pero si las cometen extranjeros en vez de multa pueden ser objeto de una expulsión, lo cual concede un margen de decisión a la Administración que puede vulnerar el derecho a no sufrir discriminación en la aplicación de una sanción por razón del origen nacional (art. 14 CE), especialmente cuando se trate de extranjeros residentes regulares. La explicación, igual que ocurre en el ámbito penal cuando un Juez adopta una medida sustitutiva de la pena consistente en la expulsión judicial del extranjero, se sustenta generalmente en, primero, el argumento de que los espñaoles no pueden ser expulsados, y segundo, que la comisión de actos (infracciones) que pongan en peligro la seguridad ciudadana supone el incumplimiento de una de las obligaciones que permiten al extranjero entrar y residir en España, cual es la no comisión de actos prohibidos por el ordenamiento. Si se piensa bien, un empresario nacional que contrate a un extranjero irregular puede ser sancionado con un millón de pesetas de multa, mientras que si lo hace un empresario extranjero residente temporal puede ser expulsado y recibir una prohibición de entrada de entre 3 y 10 años. Como puede verse, estas sanciones no están en absoluto relacionadas con el estatuto de extranjería y sin embargo lo afectan directamente.

Junto a estos supuestos administrativos de expulsión, la expulsión judicial obedece a una mezcla de intereses públicos y políticas distintas (criminal, penitenciaria, principalmente), aunque en ellas tampoco están ausentes intereses relacionados con las políticas migratorias consistentes en la pretensión estatal de que los extranjeros que han cometido delitos en España dejan de ser idóneos para su integración social en España y, por tanto, no debe facilitarseles la residencia legal, salvo que existan otros intereses o derechos prevalente, como por ejemplo el derecho a la vida privada y familiar o el principio de *non-refoulement*. En todo caso, los problemas planteados por las expulsiones judiciales se refieren más bien al margen de apreciación dejado en manos del Juez para apreciar la conveniencia de una expulsión judicial o de una condena penal, así como por las posibles consecuencias.

Hechas todas estas observaciones, debe decirse que el Legislador dispone de gran libertad para alterarlos siempre que respete mínimamente los derechos fundamentales y las

previsiones constitucionales sobre la actividad administrativa. No obstante, y más allá de que esos derechos y previsiones constitucionales impongan un límite al Legislador, debe señalarse que las MA son unos mecanismos de control cuya operatividad tiene (o debe tener) cierta lógica interna, que junto a los bienes jurídicos en juego, debería reducir sensiblemente el margen del Legislador o del Ejecutivo para configurarlas a su libre albedrío; por último, determinados parámetros (impacto económico y social) deberían tomarse también en cuenta antes de aumentar la intesidad de los controles migratorios o modificar la configuración de las MA.

Las medidas administrativas de alejamiento al servicio del control de estancia o control interno, la expulsión administrativa (art. 53 TIDYLE) y la devolución por quebrantamiento de una prohibición de entrada derivada de expulsión anterior (art. 58.2.a TIDYLE), como medida derivada y especializada de la misma, no pueden ser entendidas sin las órdenes de salida obligatoria del art. 28.3 TIDYLE, acto administrativo instrumental y necesario para la misma. La orden de salida obligatoria debería constituir la pieza clave del sistema de gestión de flujos migratorios, pues es la consecuencia más o menos inmediata provocada por el decaimiento del permiso de residencia (temporal), así como por la denegación de cualesquiera otras solicitudes de regularización de la estancia (renovación o extensión de visado, solicitud de permiso por razones humanitarias, autorizaciones de estancia diversas, etc...). El problema de esta medida es su escaso cumplimiento por los extranjeros, debido en parte a la ausencia de incentivos a la misma (retorno asistido, prioridad para futuros permisos, etc..). Su principal consecuencia en caso de incumplimiento es, o debería ser, la apertura del procedimiento de expulsión

Por otro lado, es de gran utilidad para el estudio de los límites a las causas de expulsión, la Carta Social Europea[520], adoptada el 18 de octubre de 1961 en Turín. Es este un tratado internacional reguonal europeo que cuenta con un importante cuerpo de

[520] La Carta Social Europea entró en vigor en 1965; al texto de la Carta se añade un Protocolo Adicional de 1988, así como dos Protocolos de 1991 y 1995 de reforma de la misma, de manera que el que texto de la nueva Carta Social Europea revisada es de 3 de mayo de 1996. Los textos de todas estas disposiciones pueden consultarse en http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm. La Carta Social Europea fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, mientras que la versión revisada fue firmada el 23 de octubre de 2000 peroa23 de junio de 2003 España aún no había ratificado esta nueva versión.

recomendaciones en materia de protección y asistencia social a los trabajadores inmigrantes elaborados por los expertos de su *Comité Europeo de Derechos Sociales* con base fundamentalmente en los art. 18[521]. y 19[522] de la Carta. Entre los derechos reconocidos en la carta deben destacarse los de establecimiento de servicios gratuitos de ayuda e información a los extranjeros, las medidas de lucha contra la propaganda engañosa incitando a la inmigración (art. 19.1 Carta), las medidas orientadas a facilitar la salida, el viaje y el acogimiento de trabajadores migrantes y de sus familias (art. 19.2 Carta), la colaboración entre los servicios de los países de emigración e inmigración (art. 19.3 Carta), la igualdad de trato entre los nacionales y los extranjeros beneficiarios de la Carta en materia de trabajo, sindicación y alojamiento (art. 19.4 Carta), la igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales en relación a los impuestos, tasas y contribuciones relacionadas con el trabajo (art. 19.5 Carta), la reagrupación familiar (art. 19.6 Carta), la igualdad de trato de los trabajadores migrantes respecto a los nacionales para efecturar reclamaciones ante la Justicia (art. 19.7 Carta), las garantías frente a la expulsión (art. 19.8 Carta), la libre transferencia de las rentas de trabajo (art. 19.9 Carta) o la extensión de la protección y de la asistencia a los trabajadores inmigrantes independientes (art. 19.10 Carta).

---

[521] *Article 18 –The right to engage in a gainful occupation in the territory of other Contracting Parties*
With a view to ensuring the effective exercise of the right to engage in a gainful occupation in the territory of any other Contracting Party, the Contracting Parties undertake: 1) to apply existing regulations in a spirit of liberality; 2) to simplify existing formalities and to reduce or abolish chancery dues and other charges payable by foreign workers or their employers; 3) to liberalise, individually or collectively, regulations governing the employment of foreign workers; and recognise: 4) the right of their nationals to leave the country to engage in a gainful occupation in the territories of the other Contracting Parties.

[522] "*Artículo 19 – Derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a la protección y a la asistencia*
Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho d elos trabajadores migrantes y de sus familias a la protección y la asistencia en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, las Partes Contratantes se compromenten a: (...)

2 A adoptar, dentro de los límites de su jurisdicción, medidas apropiadas para facilitar la salida, el viaje y la acogieda de estos trabajadores y sus familias, y a proporcionarles durante el viaje, dentro de los límites de su jurisdicción, los servicios sanitarios y médicos necesarios, así como unas buenas condiciones de higiene; (...)

6 A facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero autorizado a establecerse dentro del territorio.

7 A garantizar a dichos trabajadores cuando se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo relativo a las reclamaciones ante los tribunales de justicia relativas a las cuestiones mencionadas en el presente artículo.;

8 A garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territoio, que no podrán ser expulsados, excepto si amenazaren la seguridad del Estado o atentaren contra el orden público o las buenas constumbres;(...)"

El art. 19.6 Carta incorpora un apéndice aclarativo del alcance del término "familiar de trabajador extranjero", que a su vez ha sido modificado por la Carta Social revisada de 1996, para extenerlo más alla de la esposa e hijos menores de 21 años hasta los hijos no matrimoniales menores conforme a la legislación del Estado de recepción y mientras sean dependientes de ellos..

De dichos preceptos, a los efectos de un estudio sobre las medidas de control migratorio y alejamiento, debe destacarse el art. 19.8 de la Carta, que recoge una prohibición de expulsión de los trabajadores inmigrantes legalmente establecidos salvo en los casos en que tal medida se aplique a aquellos que constituyan una amenaza para la seguridad nacional u infringieran la moralidad o el orden público[523]. Para la interpretación de los fines legítimos que limitan los derechos la Carta Social debe interpretarse autónomamente, es decir, desde la óptica de su "inserción en la lógica de un sistema que le es propio, en el interior del cuadro que intenta crear"[524] sin que la referencia a otros textos (como directivas comunitarias europeas o la Conveción Europea de Establecimiento) deriven consecuencias alguno sobre su intepretación, al igual que tampoco las despliega la jurisprudencia nacional existente sobre la expulsión[525]. No obstante, como ha señalado algún autor[526], el Comité ha tomado en cuenta en numerosas ocasiones la jurisprudencia del TEDH para ponderar en casos concretos la proporcionalidad y razonabilidad de la medida de expulsión en relación a los fines perseguidos por la misma[527].

Esta disposición, únicamente aplicable a los nacionales de Estados signatarios de la Carta Social Europea[528], ha sido intepretada por el Comité de forma restrictiva, entendiendo

---

[523] La versión en francés varia un tanto tales conceptos "...qu'ils ne pourront être expulsés que s'ils menacent la sécurité de l'Etat ou contreviennent à l'ordre public ou aux bonnes mœurs». El concepto de «public interest» vendría a significar lo mismo que «ordre public», más limitado. En cualquier caso, esta disposición es similar al art. 3.1 de la Convención sobre Establecimiento de 1955, si bien la Carta regula la expulsión de los trabajadores migrantes. Para un análisis de la jurisprudencia del Comité hasta el 2001 puede consultarse SAMUEL, Lenia: *Droits sociaux fonamentaux. Jurisprudence de la Charte Sociale* Européenne, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg 2002, p. 403.

[524] Conclusiones VI, pág. 134; Conclusiones XIII-3, pág. 439, Finlandia, y pág. 440 Portugal.; Conclusiones XIV-1. P. 828, Turquía.

[525] Conclusiones XIII-4, pág. 305, sobre la alegación por el Reino Unido de jurisprudencia británica que admite el control de la expulsión por parte de un órgano colegiado pero sin carácter jurisdiccional y el rechazo por el Comité de que tal órgano revista el carácter de órgano independiente.

[526] BOUCAUD, Pascale: *Les trevailleurs migrants et leurs familles. Protection dans la Charte sociale éuropeénne*, Ed.. Conseil de l'Europe, Cahiers de la Charte Sociale nº 4, Strasbourg, 1996, pág. 72.

[527] Por ejemplo, la STEDH *Moustaquim v. Bélgica* de 18 de febrero de 1991 y en general el art. 8 CEDH ante Francia y Bélgica, *Conclusions, XII-2* y Conclusions, *XIII-2*, respectivamente.

[528] Comité Europeo de Derechos Sociales: *Conclusiones I*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, p. 79, Siendo 45 los Estados miembros del Consejo de Europa, a 23 de junio de 2003, 43 de ellos eran signatarios de la Carta Social Europea (Bosnia-Herzegovina y Serbia-Montenegro no la habían firmado), 33 Estados la habían ratificado de los cuales 15 en su versión revisada de 1996, y 13 habían aceptado el procedimiento de demandas colectivas. De los 33 Estados que la han ratificado y cuyos nacionales son potenciales beneficiarios del estatuto de trabajador migrante: Albania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanada, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldovia, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, República Eslovaca, España, Suecia, Turquía y Reino Unido. Una lista actualizada puede consultarse en la Web del Consejo de Europa, http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Esc/2_General_Presentation/Signatures_ratifications.asp.

que el listado de causas de expulsión es taxativo[529], razón que justifica la exclusión de otras causas como la amenaza a la "sanidad pública", que no puede considerarse incluida dentro del "orden público"[530], o la indigencia[531], que en términos jurídicos más habituales es denominada "insuficiencia de medios de subsistencia", pues tal posibilidad es claramente contraria a la Carta especialmente al mandato del art. 13.4 Carta, sobre derecho a la asistencia social y médica en igualdad de condiciones con los nacionales.

De la misma manera, el Comité modula la interpretación del art. 19.8 Carta exigiendo que la alegación de "amenaza", sea a la seguridad nacional o al orden público, derive de elementos contrastables que atestigüen la existencia de una "amenaza real y seria" que justifique la expulsión, la cual no se produce por la mera presencia en el territorio nacional de un extranjero que ha cometido una o varias infracciones incluso penales[532]. Respecto a la expulsión por contravención del orden público o las buenas costumbres, ésta únicamente es admisible si constituye "la sanción de hechos delictivos y si es pronunciada

[529] Tal taxatividad de los supuestos ha conducido al Comité a excluir ampliaciones de las causas de justificación de la expulsión más allá de las tres dispuestas en el art. 19.8 Carta. Así, por ejemplo, el poder otorgado por la Ley turca nº 5683 al Ministro del Interior fue considerado excesivamente amplio en opinión del Comité, pues permitía a éste expulsar a los extranjeros cuya presencia en el país sea considerada como una amenaza para la seguridad del Estado o que contravenga "las necesidades políticas o administrativas". La falta de desarrollo reglamentario o administrativo de tal disposición, no contrarrestada por una práctica probada que se ajuste a la correcta interpretación del art. 19.8 Carta, comporta el mantenimiento de la conclusión de disconformidad de la normativa turca a la Carta (Conclusions XVI-2, Turquía, pág 701). Mucho más reciente es la manifestación del Comité respecto a Rumanía, donde se considera excesivamente amplia la formula prevista para la expulsión de extranjeros recogida en el art. 20 de la Ley nº 25/1969 que autoriza al Ministro del Interior para expulsar a cualquier extranjero que haya infringido la ley rumana o cuyo comprotamiento perjudique la seguridad del Estado; a pesar de ello el Comité se contuvo en su condena al observar que la práctica, no obstante, mostraba el empleo de tal medida únicamente en casos de prevención de actos de particular gravedad, no obstante lo cual, el Comité solicita una ampliación de la información. Posteriormente, el estatuto de los extranjeros fue regulado por la Ley nº 123/2001 que ha incluido como causas de expulsión la realización de "actividades peligrosas para la seguridad nacional, el orden público, la sanidad pública o las buenas costumbres, los derechos y libertades de los ciudadanos" en una formulación excesivamente amplia que puede entrar en contradicción con el art. 19.8 Carta (Conclusiones 2002 Carta Social revisada, Rumanía, pág. 167).

[530] Conclusiones V, pág. 144 y Conclusiones VI, p. 134. Cfre. por todos SAMUEL, cit. supra. pág. 456. En concreto, el Comité ha subrayado la relación entre el art. 19.8 Carta y el art. 13.4 Carta pues "en vertu du renvoi opéré par cette dernière disposition à la Convention européenne d'assistance sociale et médicale de 1953, la Charte prètège aussi les étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'une Partie contractante contre l'eventualité d'une expulsion motivée par leur état nécessiteux ou par leur santé. Cette protection s'ajoute à celle prévue par le paragraphe 8 de l'article 19 qui protège ces personnes contre toute expulsions n'étant pas motivée par des raisons de securité de l'Etat, d'ordre public ou des bonnes moeurs" (Deuxième rapport sur certaines dispositions non acceptées, pág. 21). La posibilidad de expulsar a trabajadores inmigrantes infectados por sida, hepatitis o enfermedades venéreas, condujo al Comité a exigir una ampliación de la información requerida a Chipre. (Conclusions XVI-1, Chipre pág 122). Cfre. también BOUCAUD, Pascale, *cit supra*, pág. 73.

[531] Conclusions VI; Italia, pág. 135 y Deuxième rapport sur certaines dispositions non acceptées, pág. 21, cit. *supra*. Más recientemente, el Comité ha concluido en la vulneraciónd e la Carta por la previsión de una expulsión fundada en la falta de medios económicos suficientes en la legislación de Eslovenia (Conclusiones 2002 Carta Social revisada, Eslovenia, pág. 225).Cfre. BOUCAUD, Pascale, *cit supra*, pág. 75.

[532] Conclusions XV-1, pág. 334 y 335 y Addendum aux Conclusions XV-1, pág. 54, Alemania; Addendum aux Conclusions XV-1, pág. 47, Irlanda.

por el juez o bajo el control de un juez fundando su adopción no sobre la existencia de una condena penal sino sobre el conjunto del comportamiento del extranjero y sobre sus condiciones y la antigüedad de su integración"[533]. Respecto a la expulsión preventiva, el Comité ha manifestado que únicamente la motivada en una amenaza contra la seguridad del Estado justifica una expulsión de este tipo, pero esta modialidad de expulsión especialmente restrictiva de los derechos de los extranjeros no es admisible en los supuestos de expulsión por contravención del orden público o de las buenas costumbres[534].

Igualmente, el Comité ha expuesto la necesidad de que la expulsión revista además, determinadas "garantías apropiadas que aseguren contra las decisiones arbitrarias que eventualmente puedan adoptarse en este ámbito"[535], entre las que se encuentran el reconocimiento de un derecho efectivo al recurso contra la decisión de expulsión, que debe poder interponerse ante un órgano independiente susceptible de reexaminar la corrección del fundamento de la decisión administrativa de expulsión[536], sea este un tribunal u otro órgano independiente, exigencia extensible también a las expulsiones basadas en la necesidad de

---

[533] Esta intepretación taxativa de las causas de expulsión comporta la condena de las disposiciones de numerosos Estados signatarios excesivamente amplias, y sobre todo, que no incorporan al examen de la expulsión el comportamiento global del extranjero, su situación familiar y las condiciones y duración de su integración. Cfre.: Conclusions XVI-1, Bélgica, pág. 92; Alemania, pág. 281, tal y como se expuso en Addendum aux Conclusions XV-1, pág. 54, Alemania, dónde se concluye la violación de la Carta Social Europea porque la expulsión puede adoptarse por razones diferentes a las contenidas en el art. 19.6 Carta, como por ejemplo cuando los extranjeros no puedan obtener por sí mismos medios de subsistencia, si no disponen de domicilio fijo durante un largo período o si han sufrido una condena penal por repetido consumo de drogas duras. De forma muy semejante, en sus Conclusions XCI-2, Luxemburgo, pág. 422, condena a Luxemburgo por mantener dos causas de expulsión, la falta de medios de subsistencia y la amenaza a la salud pública, contrarias al art. 19.6 Carta. Igualmente, respecto a Grecia Conclusions XVI-1, pág. 319, la Ley nº 2910/2001 es considerada contraria a la Carta por violación de las disposiciones de la Ley distintas a las previstas en el art. 19.6 Carta y por la expulsión preventiva por amenaza al orden público, posibilidad únicamente reconocida en casos de amenaza a la seguridad del Estado. En el caso de Polonia, el régimen de expulsión de la Ley de 25 de junio de 1997 sobre extranjeros, permite la expulsión de extranjeros por insuficiencia de recursos económicos así como por otras infracciones de disposiciones contenidas en la propia Ley que desbordan los supuestos del art. 19.8 Carta, como falso testimonio o documentos falsos, Conclusions XVI-2, Polonia, pág. 586.

[534] Conclusions XVI-1, Bélgica, pág. 92.

[535] Conclusions I, p. 86. Respecto a Suecia, recientemente el Comité concluyó la violación del art. 19.8 Carta precisamente por la ausencia de un recurso ante un órgano independiente contra las expulsiones de extranjeros que constituyeran una amenaza a la seguridad del Estado (Conclusiones 2002 Carta Social revisada, Suecia, pág. 270).

[536] Conclusions XIII-4, pág. 305, cit supra. Respecto a Irlanda, en sus Conclusions XVI-1, Irlanda, pág. 390, el Comité concluye la persistencia de la violación del ar. 19.6 Carta por la ausencia de un procedimiento de recurso ante una instancia independiente que permita examinar la legalidad de una decisión de expulsión sobre el fondo de la misma, y ello a pesar de declaraciones anteriores del Comité en tal sentido (ciclo de control V), la Recomendación nº RChS(95)6 del Comité de Ministros, renovada en la Resolución ChS (99)2. El reconocimiento de efectividad del recurso efectivo no alcanza, sin embargo, a la suspensión de la ejecución de expulsión (Conclusions VI, Francia, pág. 133).

proteger la seguridad del Estado[537]. Tales garantías y remedios procesales deben existir dentro del sistema judicial nacional, no bastando para cumplir tal requisito la existencia de recursos ante jurisdicciones internacionales[538] (Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos o u otros órganos especializados de Naciones Unidas para la protección de los refugiados o contra la práctica de la tortura, por ejemplo); es necesario que los Estados indiquen con claridad los textos legislativos que continen esa garantía procesal así como la organización jurisdiccional en que se enmarca.

En España la Ley 7/1985 vulneraba las disposiciones de la carta al incorporar como causas de expulsión en su art. 26.1 LOE, actos excluidos como fines legítimos del art. 19.8 Carta, entre los cuales el ejercicio de actividades contrarias a los intereses españoles o que afectaran negativamente a las relaciones internacionales, el comportamiento fraudulento doloso o la mendicidad, tal y como se concluyó el Comité en sus *Conclusions XV-1*[539].

Posteriormente, tras la aprobación de la LO 4/2000 y de su reforma por la LO 8/2000, España el informe anual sobre la aplicación de la Carta Social Europea en Espanya de 2002 arrojó un balance negativo: la ausencia de conformidad respecto al art. 19 Carta, vista la reducción operada por la ley del ámbito de protección del derecho a la reagrupación familiar[540] y por la previsión de supuestos de expulsión que excedían las causas admitidas por la Carta Social Europea[541]. En relación a la expulsión de extranjeros, el Comité recoge la

---

[537] Coinciden, al igual que en otras muchas cuestitones, la jurisprudencia del TEDH (STEDH *Chahalv. Reino Unido*) con las conclusiones del Comité. No obstante, el propio Comité ha flexibilizado las garantías del recurso al admitir la conformidad al convenio de órganos consultivos independientes no jurisdiccionales, siempre que el Gobierno se allanara a sus recomendaciones (Conclusions II, Reino Unido, pág. 70).

[538] Conclusions XIII-4, p. 306.

[539] Conclusions XV-1, España, pág. 580.

[540] No esta una razón extraña a otros países, sino al contrario, el Comité ha criticado a diversos Estados en por una concepción de la "familia del trabajador migrante" demasiado estrecha y contraria al art. 19.6 Carta. Precisamente, entre el art. 19.6 Carta y el 19.8 Carta existe una íntima conexión en materia de expulsión cuando tal medida afecta a los familiares de un trabajador migrante expulsado a su vez, situación respecto a la que el Comité se ha pronunciado claramente en el sentido de sostener que el 19.6 crea el derecho a un permiso de residencia autónomo para el beneficiario de la reagrupación familiar y de que la expulsión en tales casos del familiar vulnerara el derecho fundamental del familiar, en especial si se trata de un menor. El Comité ha apreciado la vulneración de los arts. 19.6 y 19.8 Carta en el caso de Finlandia, donde si el expulsado mantenía la tutela o guarda única del menor, éste seguía al expulsado para evitar la separación, Conclusiones XVI-1, Finalandia pág 241. De forma similar, la expulsión automática de los familiares reagrupados de un trabajador migrante expulsado por Holanda, también fue objeto de condena por el Comité, Conclusiones XVI-2, Países Bajos, pág 487. La posición del Reino Unido también es considerada contraria a los arts. 19.6 y 19.8 Carta en la medida en que los familiares reagrupados de un trabajador migrante extracomunitario sujeto a expulsión también pueden ser expulsados (Conclusions XVI-2, Reino Unido, pág 750).

[541] En diciembre de 2001 España entregó con cerca de siete meses de retraso su informe anual sobre la aplicación de la Carta Social Europea. El año siguiente las consclusiones del Comité Europeo de Derechos

manifestación inicial característica de sus últimos informes sobre la interpretación restrictiva de la figura de la expulsión preventiva admitida por el art. 19.8 Carta, afirmando que únicamente cabe su admisión cuando exista una amenaza para la seguridad nacional, pero no cuando el extranjero suponga una mera amenaza al orden público o a la moralidad, pues en tales casos la expulsión es únicamente admisible si se considera una infracción penal, la aplica o supervisa un juez o tribunal y se valora la conducta general del extranjero y el tipo y grado de integración en el país de acogida. A partir de esta intepretación, la expulsión por incumplimiento de las medidas de orden público, la ayuda o colaboración con la inmigración ilegal, la discriminación racial, étnica, nacional o religiosa o la contratación de trabajadadores extranjeros carentes del permiso de trabajo constituyen supuestos de expulsión que exceden las causas tasadas de expulsión contenidas en el art. 19.8 Carta Social Europea[542].

Estas observaciones fueron recogidas por el Comité Gubernamental que, no obstante no efectuó ninguna recomendación expresa dirigida a España, más allá de solicitar el cumplimiento por parte de los Estados de las Conclusiones del Comité de Expertos.

Entre las diversas conclusiones a las que conduce la lectura de los informes del Comité, la primera se refiere al característico método de interpretación del art. 19.8 Carta

---

Sociales apuntaban la violación del art. 19 de la Carta por las disposiciones de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la LO 8/2000. La reforma operada por la LO 8/2000 del art. 17 Carta en la medida en únicamente permite la reagrupación familiar a los menores de 18 años, infringe el art. 19.6 de la Carta, que reconoce como derecho social fundamental la reagrupación de los menores de 21 años. El Comité, además, insistió en la necesidad de aclarar si el Gobierno denegaba visados de reagrupación familiar con base únicamente en la drogodependencia del solicitante o en la mera manifestación de desordenes mentales, o si en estos casos se exigía además que supusieran un peligro para el orden público. Igualmente, el Comité consideró, de una manera un tanto críptica que la vulneración de los párrafos 6 y 8 del art. 19 Carta comportaban además una falta de protección para los trabajadores inmigrantes por cuenta propia, vulneradora en sí misma del art. 19.10 Carta.

[542] *Conclusions, XVI-1*, Strasbourg 2002. "The report supplies a list of grounds for expulsion laid down in Institutional Act No. 4/2000, as amended by Institutional Act No. 8/2000. In the light of the above comments, the Committee considers that some of these grounds go beyond those authorised by Article 19§8. These are cases where foreign nationals: – do not comply with public order measures imposed on them; – organise or encourage illegal immigration, even when such conduct is not of itself unlawful; – have committed acts of racial, ethnic, national or religious discrimination, even when such conduct is not of itself unlawful; – employ foreign nationals without work permits.

Among the other grounds cited in the report, the Committee notes that migrant workers may also be expelled if they have led or taken part in action contrary to public order or have been found guilty of three serious criminal offences of the same type. The Committee asks whether expulsion decisions take account of the overall conduct of the individuals concerned and the nature and extent of their integration.

(...)Conclusion

The Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with Article 19§8 because migrant workers who are nationals of Contracting Parties may be expelled on grounds that go beyond those authorized by the Charter.

abrazado por el Comité, que opta por una lectura utilitarista o prágmática de las garantías contenidas el mismo para la protección de los trabajadores migrantes. Así ocurre cuando admite como órgano revisor independiente de los recursos contra la expulsión meros órganos consultivos si la Administración se allana ante sus recomendaciones o cuando tolera legislaciones que permiten la expulsión de extranjeros sin exigir una ponderación de la situación global del extranjeros en el país, pero tal exigencia ha sido introducida por via jurisprudencial. En este sentido, el Comité se conforma con que el ordenamiento jurídico del Estado sea compatible con la Carta, instituyendo una especie de obligación de resultado, con independencia de la solidez con que tales garantías estén previstas (creación jurisprudencial, menor densidad de control, ausencia de previsión legal).

Otro rasgo de las decisiones del Comité es su casi perfecto enlace con otros mecanismos de protección de los derechos de los extranjeros, principalmente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de su Tribunal, a la que ocasionalmente recurre para incorporar su interpretación, muy claramente en materia de reagrupación familiar.

A la vista de las conclusiones más recientes del Comité en materia de expulsión, parece observarse una cierta divergencia entre la legislación y la práctica de un número significativo de los Estados respecto a la interpretación que del mandato del art. 19.8 Carta mantiene el Comité. Ello podría explicar cierta laxitud en la actuación del Comité de Ministros en la adopción de instrumentos de presión sobre los Estados.

2.- El procedimiento de expulsión como procedimiento declarativo de la estancia irregular en el territorio (art. 53.a TIDYLE)

El procedimiento de expulsión se inicia formalmente con el "acuerdo de iniciación del procedimiento" (arts. 68 y 69 LRJAPyPAC), por lo que la actividad policial de localización y detección de extranjeros irregulares no forma parte del mismo, no obstante sus importantes consecuencias sobre la libertad personal del extranjero así como su trascendencia en la acumulación de pruebas de la estancia ilegal, obligan a incluir algunas

precisiones en torno a dos asuntos: los problemas derivados del control *a posteriori* del extranjero sospechoso de estancia ilegal y el fundamento legal de la retención a efectos de identificación.

2.1.- La detección de extranjeros en situación irregular y el inicio del procedimiento declarativo de estancia irrgular (art. 53.a TIDYLE)

2.1.1.- Vías de información policial sobre la estancia ilegal del extranjero

La actividad de vigilancia de los extranjeros es una de las funciones policiales generales de protección de la seguridad ciudadana atribuidas al Cuerpo Nacional de Policía y, en menor medida a la Guardia Civil[543] (arts. 12.1.b y 12.1.c LOFCS). Para poder iniciar un procedimiento de expulsión, la policía debe tener noticia o sospechar la presencia irregular La detección de un extranjero en situación irregular depende de las fuentes de información policial[544], que se pueden reducir a cuatro vías, coincidentes en lo fundamental con las formas de iniciación del procedimiento administrativo, de oficio o por denuncia, recogidas en los arts 68, 69 y 70 LRJAPyPAC:

1) Estancia irregular detectada por la misma Policía u otros cuerpos o fuerzas de seguridad, en cumplimiento de sus competencias de extranjería;
2) Estancia ilegal presumible sobre la base de indicios razonables por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad;
3) Estancia ilegal detectada gracias a una investigación iniciada en otro asunto, generalmente investigaciones por delitos;
4) Estancia ilegal conocida a raíz de denuncias que cumplan los requisitos del art. 70

[543] Según el art. 12.1.b) y c) LOFCS corresponde al Cuerpo Nacional de Policía la competencia sobre el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, así como las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración. El art. 12.2.d) LOFCS atribuye a la Guardia Civil la competencia de custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran.

[544] Dado que el control sobre los extranjeros de los que se sospecha la estancia ilegal sólo se realiza una vez cometida ésta y durante la misma (*'a posteriori'*), es hasta cierto punto irrelevante si la causa de la irregularidad es una entrada ilegal o sobrevenida, pues apenas existiran pruebas directas de la entrada ilegal, y la policía difícilmente conocerá la fecha, las circunstancias e incluso la identidad de los extranjeros que presuntamente entraron de forma ilegal.

LRJAPyPAC.

El problema de la primera y segunda vías de información sobre extranjeros en situación irregular es que tales mecanismos de detección requieren su concreción en técnicas policiales identificativas no discriminatorias, que en la actualidad no existen. En este sentido convendría la confección reglamentaria, o al menos jurisprudencial (no puede servir únicamente la STC 53/2001), de un test de indicios razonables que habilitasen en general a los funcionarios de policía para intepelar a un extranjero y solicitar su identificación, sobre la base de la sospecha de su condición irregular. Aquí se proponen algunos criterios basados en el comportamiento del extranjero, en criterios temporales y en criterios geográficos, elementos todos ellos que deberán siempre ponerse en relación con las concretas circunstancias personales del extranjero.

Los indicios basados en la localización geográfica del extranjero. La STC 53/2001 ha confirmado la condición de lugares susceptibles de controles identificativos de extranjería que en las cercanías de frontera, nudos de comunicaciones y transportes, y especialmente los lugares utilizados habitualmente por la inmigración ilegal como lugares de paso o entrada; así determinadas playas gaditanas, la población de La Línea de la Concepción, o determinados puntos de la valla de Ceuta o Melilla. En este sentido puede recurrirse al criterio establecido por el art. 6.3 Convenio de Schengen que fija en unos 20 Km hacia el interior desde las zonas fronterizas los espacios que deben ser objeto de los controles móviles o aleatorios del Convenio de Schengen. La utilización de este criterio debe tener en cuenta la siguiente prevención: no pueden adoptarse criterios discriminatorios, como la presunción de entrada ilegal de aquellos extranjeros que se encuentren en núcleos especialmente frecuentados por extranjeros o donde la población autóctona pueda tener rasgos físicos semejantes, por ejemplo, el juego de la presunción de entrada ilegal de extranjeros en Melilla, por mucho que ésta ciudad constituya lugar de paso. En genera, no obstante, la localización de un extranjero en una zona fronteriza no puede constituir base suficiente para sospechar su condición ilegal si no concurren determinadas circunstancias o requisitos adicionales.

Un indicio importante de estancia irregular puede buscarse en el comportamiento del extranjero que denote intentar eludir los controles migratorios, por ejemplo la huida ante la presencia policial. Evidentemente son admisibles otros indicios que permitan sopechar razonablemente que un extranjero se encuentra ilegalmente. En todo caso esos indicios deben ponerse en relación con otros indicios que puedan desvirtuar la sospecha de su condición irregular.

Junto a los anteriores límites a las facultades policiales de identificación cabe plantearse la necesidad de reconocer otros límites no mencionados por el Tribunal Constitucional a la vista de la experiencia francesa: en Francia[545] el control de identidad con fines de policía administrativa ha sido abordado por el *Conseil Constitutionnel* en su decisión 93-325 DC, donde precisó que la realización de controles de identidad generalizados e indiscriminados era incompatible con el respeto a la libertad individual; por esa razón el *Conseil* exigió para su práctica una fundamentación basada exclusivamente en "criterios objetivos no discriminatorios" con el fin de evitar que elementos físicos o el empleo de lenguas extranjeras en conversaciones privadas pudieran provocar controles de identidad y alentar posiciones discriminatorias.

De una forma similar a lo que en Francia se denominan "criterios objetivos no discriminatorios", en España las solicitudes de identificación por sospecha de entrada ilegal deberían basarse en indicios razonables de la misma y no en la interpèlación sistemática de cualquier extranjero. Sin tales límites, la facultad de identificación serían tan amplia que podría incurrir en arbitrariedad o vulnerar los derechos de bs extranjeros, tal y como ha señalado CASAL HERNÁNDEZ[546], para quien la solicitud de identificación debe condicionarse a la existencia de elementos de juicio distintos al aspecto físico del extranjero,

[545] En el sistema francés existen diversos tipos de control de identidad, mereciendo especial atención los problemas de control de identidad en territorio francés: por un lado, la policía judicial puede efectuar controles de identidad individuales si hay indicios de que la persona ha cometido una infracción penal (art. 78-2 al.1 CPP) o controles de identidad colectivos o generales –redadas- si el *Procureur de l Rèpublique* lo ordena por escrito especificando las infracciones que se pretende perseguir (art. 78-2 al. 6 CPP); por otro lado, los controles de identidad pueden realizarse en funciones de policía administrativa, con el objeto de proteger el orden público, especialmente atentados contra las personas y los bienes (art. 78-2 al.3 CPP).

[546] CASAL HERNÁNDEZ, *cit supra*, pág. 315 considera que el requerimiento de identificación incide en el derecho a la intimidad, pues por causa del mismo, el afectado se ve obligado a salir del anonimato y suministrar ciertos datos personales, aunque cabría dudar del carácter estrictamente íntimo de estos datos, el autor insiste en un concepto de intimidad moderno, como un derecho garantista de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada y al derecho a un control activo del flujo de informaciones que afectan a cada sujeto (STC 254/1993).

en la línea expuesta por el Defensor del Pueblo. Esos elementos de juicio encajarían perfectamente con los indicios razonables de tiempo, lugar, circunstancias personales o comportamiento del extranjero, que se han expuesto en el apartado anterior.

2.1.2.- Las diligencias de identificación del art. 20 LOPSC y los límites a las mismas

Una vez la policía dispone de una mínima información sobre el extranjero o alberga sospechas respecto a la ilegalidad de la estancia, antes de iniciar el procedimiento de expulsión, intentará completar tal información de la única forma en que está capacitada, es decir, solicitándole su identificación e interrogándole sobre las circunstancias de su estancia en España. La base legal de la facultad policial de solicitar la identificación de extranjeros, así como los límites a su aplicación son cuestiones discutidas por la doctrina, dado que puede limitar algunos derechos de las personas, tales como la libertad personal o la interdicción de discriminación.

Para SALIDO VALLE[547] la facultad policial de solicitar la identificación de los extranjeros tiene su **base legal** en el art. 62.2 RELOE en combinación con el art. 20.1 LOPSC, pues el precepto reglamentario impone la obligación a los extranjeros de llevar consigo la documentación identificativa, así como de exhibirla cuando "fueren requeridos por la autoridad o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio, si no los llevaran consigo". Además, el art. 11 LOPSC considera una infracción leve del art. 26.j) LOPSC la carencia de la "documentación que acredite su identidad así como el hecho de hallarse legalmente en España". La combinación de ambas obligaciones permitiría concluir la facultad policial de exigir la identificación de los extranjeros, siendo ésta la interpretación que CASAL HERNÁNDEZ considera predominante entre los cuadros policiales[548].

---

[547] SALIDO VALLE, Carlos: La detención policial, Ed. JM. Bosch, Barcelona 1997.

[548] Este autor considera que el incumplimiento de la obligación del art. 62.2 RELOE no está tipificado como infracción en el RELOE, y por tanto no permite recurrir a la solicitud de acompañamiento a dependencias policiales a efectos de identificación del art. 20.2 LOPSC. Cfre.: CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María: Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid 1998.

Si el extranjero del que se sospecha que reside irregularmente no presenta la documentación identificativa requerida, la policía puede detenerlo para evitar la huida e iniciar la tramitación del expediente de expulsión, o requerirle para que acompañe a los agentes a dependencias próximas con el fin de someterse a unas diligencias de identificación complementarias. Para el Tribunal Constitucional, la existencia de indicios razonables y objetivos que puedan ser demostrados posteriormente, habilitan a la policía en virtud del art. 20.1 LOE a solicitar tal identificación y a exigir el acompañamiento a dependencias policiales (STC 341/93):

> El precepto no deja en lo incierto cuáles sean las personas a las que la medida pueda afectar y tampoco puede tacharse de introductor de una privación de libertad desproporcionada con arreglo tanto a las circunstancias que la Ley impone apreciar como a los fines a los que la medida queda vinculada. El art. 20.2 no es contrario a la Constitución por haber previsto este caso de privación de libertad pues, como ya se dijo en la STC 178/1985 (fundamento jurídico 3.), «el art. 17.1 C.E. no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no desprovisto de restricciones». Y no es incompatible, tampoco, con lo dispuesto en el art.5.1 del Convenio de Roma. Este precepto admite, en su apartado «b», que se lleguen a disponer privaciones de libertad «para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley» y si bien la exigencia de identificarse ante el requerimiento de los agentes (art. 20.1 de laL.O.P.S.C.) nunca podría llevar, por sí sola, a la aplicación de lo dispuesto en el art. 20.2, no es menos cierto que tal deber constituye una«obligación» legal, en el sentido dicho, que permite, dadas las circunstancias previstas en este último precepto, asegurar la identificación de las personas afectadas, cuando no haya otro medio para ello, incluso mediante su privación de libertad.

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional reconoció algunos límites a las facultades policiales del art. 20.2 LOPSC[549], entre las cuales enfatizó la necesidad de que la identificación del extranjero tuviera por único fin "impedir la comisión de un delito o falta, o

[549] Tal y como ha interpretado esta "retención" la STC 341/93, la conducción a dependencias policiales a efectos de identificación no es una detención, y en consecuencia no le son aplicables las garantías del art. 17 CE en bloque: "La medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la L.O.P.S.C. supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Con toda evidencia, estamos, pues, ante uno de «los casos» a que se refiere el art. 17.1 C.E., cualquiera que sea la disposición de la persona ante la orden recibida, constatación que, por lo demás, da sentido al carácter de Ley Orgánica de este art. 20.2 (Disposición final tercera de la L.O.P.S.C.)." [FJ 4°]

al objeto de sancionar una infracción administrativa". Para recurrir al amparo de dicho precepto CASAL HERNÁNDEZ presume la comisión de una infracción genérica del derecho de extranjería consistente en la estancia ilegal, que podría dar lugar a diversas medidas sancionadoras, principalmente multa o expulsión. Puede afinarse dicha interpretación considerando que el término "sancionar" del art. 20.2 LOPSC es sinónimo de "aplicar una medida limitativa de derechos".

Otro de los límites a las diligencias de investigación policial basadas en el art. 20.2 LOPSC, es que ésta deberá limitarse a la investigación y cotejo de datos sobre la identidad del extranjero, primero comprobando las manifestaciones del extranjero referentes a su identidad, especialmente si el extranjero sostiene la legalidad de su estancia en territorio nacional. Si la identificación no fuera posible o demostrara la existencia de una prohibición de entrada o elementos de juicio suficientes para seguir sosteniendo la ilegalidad de la entrada, la policía deberá poner fin a estas actividades de información previa del art. 69.2 LRJAPyPAC y dar inicio al procedimiento de devolución por acuerdo del órgano competente (art. 69.1 LRJAPyPAC), que será la Dirección Provincial de la Policía, según la LOFCS.

En un segundo estadio, tras los infructuosos intentos del extranjero por demostrar su identidad, la Policía puede recurrir a la consulta del Registro Central de Extranjeros o de archivos sensibles. Esta actividad complementaria de identificación es muy importante, porque determina el sentido de la investigación, tanto si la identificación es positiva como negativa: en el primer caso, podrá conocerse con mayor exactitud el estatuto del extranjero, por ejemplo si de la información contenida en el Registro Central de Extranjeros se desprende que su estancia ha devenido irregular con posterioridad a su entrada legal, en el segundo caso, porque la ausencia de datos en el Registro o en los archivos policiales, ya es en sí un indicio de que la entrada del extranjero no fue legal, aunque no permita determinar el momento y las circunstancias de la misma, extremos que pueden impedir la aplicación de una devolución, como se expuso al tratar los límites derivados de la naturaleza de la devolución, especialmente los límites geográficos y temporales del alejamiento. En todo caso, la existencia de indicios razonables de entrada ilegal corroborados por una identificación negativa permiten a la policía sostener la entrada ilegal del extranjero y

habilitan a la misma para abrir un expediente de devolución[550]. Un tercer límite a la retención a efectos de identificación es su práctica en el "tiempo imprescindible" para la comprobación de la identidad (STC 341/1993).

Junto a los anteriores límites a las facultades policiales de identificación, cabe plantearse la necesidad de reconocer otros límites no mencionados por el Tribunal Constitucional a la vista de la experiencia francesa: en Francia[551] el control de identidad con fines de policía administrativa ha sido abordado por el *Conseil Constitutionnel* en su decisión 93-325 DC, donde precisó que la realización de controles de identidad generalizados e indiscriminados era incompatible con el respeto a la libertad individual; por esa razón el *Conseil* exigió para su práctica una fundamentación basada exclusivamente en "criterios objetivos no discriminatorios" con el fin de evitar que elementos físicos o el empleo de lenguas extranjeras en conversaciones privadas pudieran provocar controles de identidad y alentar posiciones discriminatorias.

De una forma similar a lo que en Francia se denominan "criterios objetivos no discriminatorios", en España las solicitudes de identificación por sospecha de entrada ilegal deberían basarse en indicios razonables de la misma y no en la interpelación sistemática de cualquier extranjero. Sin tales límites, la facultad de identificación sería tan amplia que podría incurrir en arbitrariedad o vulnerar los derechos de los extranjeros, tal y como ha señalado CASAL HERNÁNDEZ[552], para quien la solicitud de identificación debe condicionarse a la existencia de elementos de juicio distintos al aspecto físico del extranjero,

---

[550] El art. 78-3 CPP francés, para los casos en que la identificación no pudiera realizarse o fuese infructuosa y ésta fuera necesaria, establece la posibilidad de retención durante 4 horas (*verification d'identité)*. Si se determina la infracción cometida, y especialmente en los casos de entrada o estancia irregulares, se procede a la *garde à vue* durante 24 horas prorrogables, durante las cuales se tramitará la sanción o medida de alejamiento correspondiente.

[551] En el sistema francés existen diversos tipos de control de identidad, mereciendo especial atención los problemas de control de identidad en territorio francés: por un lado, la policía judicial puede efectuar controles de identidad individuales si hay indicios de que la persona ha cometido una infracción penal, (art.78-2 al.1 CPP) o controles de identidad colectivos o generales –redadas- si el *Procureur de la Rèpublique* lo ordena por escrito especificando las infracciones que se pretende perseguir (art. 78-2 al.6 CPP); por otro lado, los controles de identidad pueden realizarse en funciones de policía administrativa, con el objeto de proteger el orden público, especialmente atentados contra las personas y los bienes (art. 78-2 al.3 CPP).

[552] CASAL HERNÁNDEZ, *cit supra* pág. 315 considera que el requerimiento de identificación incide en el derecho a la intimidad, pues por causa del mismo, el afectado se ve obligado a salir del anonimato y suministrar ciertos datos personales, aunque cabría dudar del carácter estrictamente íntimo de estos datos, el autor insiste en un concepto de intimidad moderno, como un derecho garantista de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada y al derecho a un control activo del flujo de informaciones que afectan a cada sujeto (STC 254/1993).

en la línea expuesta por el Defensor del Pueblo. Esos elementos de juicio encajarían perfectamente con los indicios razonables de tiempo, lugar, circunstancias personales o comportamiento del extranjero, que se han expuesto en el apartado anterior.

Al final del trámite de identificación, la policía deberá adoptar una nueva decisión que puede consistir tanto en la inmediata puesta en libertad del extranjero, si la identificación despeja las sospechas policiales o ha transcurrido el plazo de retención sin resultados, como en el mantenimiento de la privación de libertad mientras se abre un expediente de devolución. De todas maneras y en función de las circunstancias reveladas en el trámite de identificación, la Policía puede optar por iniciar otros procedimientos administrativos, como el de expulsión o multa, o incluso la instrucción de un proceso penal por delitos.

2.2.- La medida provisional de detención como elemento más relevante del acuerdo de inicio del procedimiento de expulsión

A la vez que se han acumulado los indicios suficientes para sustentar la ilegalidad de la estancia del extranjero y la Policía decide iniciar el procedimiento de devolución en línea con lo dispuesto en el art. 69.1 LRJAPyPAC, las diligencias identificativas tocan a su fin y decae el fundamento jurídico de la retención del extranjero.

Ante la necesidad de mantener la privación de libertad del extranjero mientras se sustancia el expediente de expulsión y asegurar la ejecución del alejamiento, los servicios policiales pueden recurrir a la medida provisional de detención, con base en la redacción actual del art. 72 LRJAPyPAC[553] incluso antes del acuerdo de iniciación del procedimiento, siempre que tales medidas sean confirmadas, modificadas o levantadas en los quince días siguientes a su adopción.

[553] Conforme al art. 72 LRJAPyPAC, según redacción anterior a la Ley 4/1999 de 13 de enero, sólo el órgano administrativo competente *para resolver* sobre la devolución podía adoptar las medidas provisionales que estimase oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, cuando en la práctica eran los propios funcionarios de policía los que decidían la detención del extranjero durante la tramitación del expediente de devolución. Con la reforma de la Ley 4/1999 tal decisión también puede ser adoptada por el órgano instructor.

Ahora bien, que la detención sea una medida provisional bastante apropiada en estos casos, no significa, primero, que ésta sea la única ni la menos lesiva, ya que existen otras que aseguran en mismo grado la ejecución de la expulsión con una menor lesión de la libertad persona; y segundo, que no se deban exigir ciertas condiciones a su aplicación y entre ellas el respeto de las garantías del art. 17 CE.

Lo cierto es que encontrar medidas alternativas a la detención no es tan difícil, y tal posibilidad debería restringirse a los casos en que el riesgo de fuga sea real, por lo reciente de la entrada ilegal, por la imposibilidad de localización tras la puesta en libertad. Medidas alternativas podrían ser aplicables cuando de las circunstancias del extranjero se pudiera excluir la posibilidad de huida, pudiéndose adoptar medidas de residencia obligatoria o de presentación periódica en dependencias policiales, al estilo de las medidas limitativas de la residencia o la circulación previstas en la TIDYLE para extranjeros autorizados a residir legalmente, pero que podrían extenderse sin dificultad a aquellos extranjeros de los que se sospecha no son titulares de los derechos del art. 19 CE, por su menor incidencia sobre los derechos de los extranjeros. Junto a éstas, podría acudirse a instituciones como la prestación de fianza o los avales personales de familiares o amigos, que incluso se hubieran comprometido a alojar en sus casas al extranjero. Las ventajas que ofrecen las medidas alternativas a la detención compensa el riesgo de huida del extranjero: en primer lugar, la menor gravedad en la restricción de derechos, y en segundo lugar, la facilidad de acceso a la asesoría jurídica y a la ayuda que asociaciones de inmigrantes le puedan ofrecer.

La medida de detención está rodeada de una serie de límites que el Tribunal Constitucional ha clarificado. El Tribunal Constitucional, al igual que la doctrina y el Defensor del Pueblo, ha admitido en su STC 115/1987 la detención de los extranjeros a efectos de expulsión con el fin de asegurar la ejecución del alejamiento, pero al considerar tal detención como una privación de libertad del art. 17.1 CE en consonancia con el art. 5.1.f CEDH, la ha hecho merecedora de todas las garantías exigidas por los apartados 2 y 3 del art. 17 CE (lectura de derechos inmediata, asistencia letrada, y posibilidad de plantear *Habeas Corpus,* control jurisdiccional):

Desde luego no puede afirmarse que ha sido vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Ya pusimos de manifiesto en la STC 144/1990, para un supuesto también de expulsión de un extranjero, que dicha alegación era inaceptable porque la privación de libertad en los términos que se establece para los extranjeros en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985 -e igual habría que decir para **el supuesto previsto en el art. 36.2 de la misma Ley-, en cuanto medida cautelar que es,** no puede suponer por sí misma una vulneración autónoma del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de una parte, porque el art. 26.2 de la citada Ley Orgánica prevé expresamente una restricción de libertad de tal naturaleza cuando, como aquí es el caso, el extranjero se encontrase ilegalmente en España, y, de otra, porque la presunción de inocencia se asienta sobre la idea esencial de que toda condena o sanción se funde en una actividad probatoria suficiente para desvirtuarla lo que tampoco acontece en el presente caso en el que la detención y posterior solicitud de «habeas corpus» fueron anteriores a la irrogación de la sanción de expulsión.

Tampoco puede sostenerse una actuación policial o judicial irrespetuosa con las formalidades exigidas por el art. 17.3 C.E. para practicar la detención. Según consta de las actuaciones remitidas, producida la privación de libertad a las catorce horas del 17 de febrero de 1993, cuarenta minutos más tarde **le son comunicados a la parte material los motivos de la detención y la apertura del expediente** de expulsión. **Le fueron leídos los derechos reconocidos por el art. 520 L.E.Crim., estuvo asistida en su declaración de Letrado de libre designación, el cual formuló las preguntas que consideró convenientes. Finalmente, la presentación de la correspondiente solicitud de «habeas corpus» originó su inmediata puesta a disposición judicial y la tramitación de la solicitud en forma legal.** No pueden, por consiguiente, admitirse las vulneraciones denunciadas en dicho procedimiento.

El art. 17.1 CE, en consonancia con el art. 5.1.f) CEDH, exige claramente que las privaciones de libertad estén previstas en una norma con rango de ley: *'Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.'*[554]. Si bien la exigencia de norma con rango legal no exonera al legislador de respetar ciertos límites en la regulación de las privaciones de libertad, tal y como manifiesta en la STC 341/1993:

[554] STC 178/1985: *"El art. 17.1 no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que ocurre es que* ***sólo la Ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de Ley*** *que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan aún previstas en la ley- restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación".*

> Es preciso examinar si la previsión del art. 20.2 resulta conciliable con lo dispuesto en el art. 17.1 de la Constitución, según el cual: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley». Este precepto remite a la Ley, en efecto, la determinación de los «casos» en los que se podrá disponer una privación de libertad, pero ello **en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La Ley no podría**, desde luego, **configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad.** (FJ 5)

La detención preventiva en un procedimiento de expulsión respeta la reserva de ley material y formal del art. 17.1 CE, pues tal medida cautelar de privación de libertad está expresamente recogida en los arts. 57 y 67 TIDYLE (STC 115/1987). Es más, el art. 17.1 CE exige que el precepto legal que contemple esas "privaciones de libertad" debe contemplar también *los casos y la forma* en que tales "privaciones de libertad" son admisibles, so pena de ser sancionadas con una declaración de inconstitucionalidad. Del art. 72 LRJAPyPAC una habilitación genérica para adoptar cualesquiera medidas provisionales, y entre ellas la privación de libertad. Sin embargo, del texto reformado por la Ley 4/1999 así como de la reserva material de ley tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional (STC 115/1987), se deduce la excepcionalidad de la detención como medida cautelar, que no puede derivarse de una genérica habilitación para la adopción de medidas provisionales.

Por consiguiente, la detención del extranjero durante la tramitación del procedimiento no sólo es admisible desde la óptica de la reserva material de ley del art. 17.1 C E, sino absolutamente necesaria para la práctica administrativa diaria como ha reconocido ALONSO PÉREZ[555]. La STC 174/99 consolidó, aunque con graves errores argumentativos

[555] ALONSO PÉREZ, Francisco: Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid 1997, pág. 187: "... para llevar a cabo la devolución de los extranjeros expulsados que contravengan la prohibición de entrada en España o que hayan entrado ilegalmente en territorio nacional, salvo en los casos en que estas situaciones se produzcan en la misma frontera será necesario trasladar al extranjero al puesto fronterizo, medida que, por las circunstancias de tiempo y lugar, evidentemente supone una privación de libertad, que debería estar desarrollada en la Ley y rodeada de las garantías necesarias que a

en mi opinión, la detención preventiva como medida provisional constitucionalmente admisible, eludiendo cualquier juicio sobre la base legal de la detención preventiva durante la tramitación del procedimiento.

La admisión por la STC 174/99 de la detención preventiva como medida provisional tiene, paradójicamente, algunos efectos favorables para el extranjero, que lo protege con las garantías del art. 17.2 CE. Tras la retención en dependencias policiales a efectos de identificación, la situación de detención a partir de ese instante es incontestable, y en consecuencia son de obligado respeto los derechos y garantías del art. 17 CE, de los que el extranjero es titular por su mera condición de persona (STC 107/1984 y STC 115/87). Esas garantías son: la más completa información de los derechos del extranjero y de los motivos de la detención, la asistencia letrada y de intérprete, el derecho al *habeas corpus* y la limitación temporal de la detención administrativa sin internameinto judicial al tiempo imprescindible con un máximo de 72 horas[556], que una vez transcurrido obligará a la puesta en libertad del extranjero o a su internamiento.

En relación al internamieento, la normativa ha evolucionado hasta extender la exigencia de autorización jurisdiccional del internamiento a todas las medidas de alejamiento y no sólo a la expulsión. En la práctica, la eficacia de esta intervención judicial arroja serias dudas desde una perspectiva de protección eficaz del art. 17 CE, dado que los límites a los que se encuentra sujeta le restan alcance y disminuyen la densidad del control jurisdiccional, que se encuentra limitado a la supervisión de la concurrencia de las causas legales para el internamiento de los extranjeros. El problema reside en que los jueces penales no disponen ni de las técnicas ni de la competencia para controlar a fondo la justificación del internamiento del extranjero, y una vez decretado el mismo tampoco son competentes para controlar las frecuentes desviaciones y vicios procedimentales en que incurre la Administración al tramitar y resolver los expedientes de expulsión (falta de

---

toda persona detenida reconoce la Constitución española y, en su caso, con la necesaria intervención de la autoridad judicial."

[556] El límite máximo de 72 horas ya había sido enunciado en el Informe de 1987, que planteaba dudas sobre el uso de la zona internacional del aeropuerto de Barajas como lugar adecuado para mantener detenidas a las personas sujetas a rechazo o devolución. El Informe de 1994 hizo hincapié en la necesidad de instaurar en los principales aeropuertos medios de supervisión de la actividad administrativa como la "hoja-control" o el "cuestionario informe" (queja 9405503, queja 9407714, Recomendación 29/94 de 7 de junio y Recomendación 70/1994, de 2 de noviembre).

audiencia, ausencia de notificación de la resolución de expulsión, restricciones del derecho de asistencia letrada, etc..), sino que únicamente pueden pronunciarse sobre la puesta o no en libertad del extranjero o la autorización de la ejecución de la expulsión detención. En los procedimientos de tramitación urgente de la expulsión estas limitaciones revisten una doble gravedad, pues el Juez de Instrucción no puede controlar la actividad administrativa pero debe autorizar una expulsión en la que en muchas ocasiones apenas existe defensa letrada efectiva ni acceso a los recursos y la tutela cautelar contencioso-administrativa. No puede más que concluirse que la intervención del Juez de Instrucción no protege suficientemente los derechos de los extranjeros sujetos a expulsión, a pesar de los esfuerzos del Tribunal Constitucional en su STC 115/1987 por reformular el alcance de ese control jurisdiccional.

Por otro lado, los Jueces no han aplicado criterios restrictivos en la imposición del internamiento, que según la STC 115/1987 era una medida excepcional, aunque se observa una tendencia a ponderar el arraigo social como elemento de referencia para la denegación del internamiento. No obstante, basta que el extranjero no puede acreditar un alojamiento propio para que se decrete su internamiento. Urge, pues, una revisión de esta práctica judicial de formoa que sólo debería ser adoptado cuando:

a) se presume que tal medida podrá ser ejecutada dentro del plazo;
b) tras ponderar la proporcionalidad entre el riesgo de fuga y la limitación de la libertad, se sigue considerando necesario el empleo de la detención (principio de proporcionalidad), especialmente a la vista del grado de integración social o arraigo.
c) las circunstancias personales del extranjero (casos de enfermedad, embarazo, daños físicos o psíquicos, convalecencia...) no impiden la detención e internamiento.

El derecho a la asistencia letrada del detenido es una garantía establecida por el ordenamiento constitucional con una doble finalidad, que en el caso del extranjero se revela esencial: la vigilancia de que en las diligencias policiales se respetan los derechos del detenido, proporcionándole el apoyo moral y jurídico necesario en los momentos más difíciles de la detención, y la orientación de la defensa letrada para estadios posteriores del juicio, asegurando así el derecho de defensa del detenido. En la primera de sus acepciones, la asistencia letrada es garantía de otros derechos del extranjero tales como la impugnación

de la detención, el planteamiento del *habeas corpus*, la proposición de prueba, la preparación de una solicitud de asilo, y finalmente como medida de vigilancia de que durante la misma no han existido coacciones sobre el extranjero y de que éste se encuentra en las condiciones psíquicas y físicas adecuadas. Dada la ejecutividad inmediata de este tipo de medidas de alejamiento, la segunda de las acepciones del derecho a la asistencia letrada se sigue que su carencia es difícilmente subsanable en estadios posteriores del proceso, por lo que resulta en indefensión.

El letrado encargado de la asistencia al detenido se convierte, de hecho, en el único abogado al que puede tener acceso el extranjero, sin embargo las obligaciones del abogado encargado de la asistencia del detenido, generalmente abogados del turno de oficio, terminan con la toma de declaración del extranjero por la policía y las diligencias realizadas al amparo de la detención, y no cubren más allá de la misma[557], salvo que el extranjero nombre expresamente al mismo letrado como defensor durante el procedimiento administrativo y ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La dependencia del extranjero respecto del abogado en un procedimiento tan rápido es absoluta, especialmente en lo que se refiere a la solicitud de la suspensión cautelar de la devolución ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. La demostración de que tal garantía es necesaria y efectiva se desprende de las STC 12/94 y STC 174/99 donde el extranjero pudo contar con la asistencia letrada para recurrir las medidas de detención.

La asistencia de intérprete es también esencial como garantía de que el extranjero comprende los motivos de la detención y de la incoación de un procedimiento de devolución, además de servir como medio de correcta transmisión de la información entre los agentes y el extranjero durante la realización de los trámites y la audiencia del extranjero. La asistencia de intérprete es una garantía instrumental para poder ejercer otros derechos como la posibilidad de presentar alegaciones o plantear una solicitud de *habeas corpus* o de asilo, e incluso como garantía o instrumento de la asistencia letrada, pues sin él desaparece la necesaria comunicación entre abogado y defendido (STC 71/88). El derecho al

[557] Ante esta circunstancia algunos Colegios de Abogados como el de Barcelona fomentan la continuación del asesoramiento durante el procedimiento administrativo de expulsión, computando a los efectos de los honorarios tasados del turno de oficio, dos intervenciones distintas: la asistencia al detenido y la interposición del recurso administrativo procedente.

intérprete es considerado por el Tribunal Constitucional como un derecho ligado al derecho de defensa y a la interdicción de indefensión en el seno del proceso penal (SSTC 71/88, 30/89 o 188/91), pero también durante las diligencias policiales de investigación y en la asistencia letrada al detenido, como ha reconocido la STC 74/88:

> 3. Acotado así el objeto del recurso, es evidente que **el derecho a ser asistido de un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que impide al detenido ser informado de sus derechos, hacerlos valer y formular las manifestaciones que considere pertinentes ante la administración policial,** pues si algunos de esos derechos pudieran respetarse por otros medios (la simple información, por ejemplo, por un texto escrito en la lengua que entienda el detenido) **otros derechos, que suponen un diálogo con los funcionarios policiales, no pueden satisfacerse probablemente sin la asistencia de intérprete.** Este derecho debe entenderse comprendido en el art. 24.1 de la Constitución en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión. Y aunque es cierto que este precepto parece referirse a las actuaciones judiciales **debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, a las diligencias policiales** cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar.

Respecto al *Habeas Corpus*, en la STC 12/1994 el Tribunal Constitucional reconoció la vulneración del art. 17 CE por el Juez que inadmitió la solicitud de *habeas corpus*, por considerarse incompetente para enjuiciar la legalidad de la devolución. El TC subrayó que con este procedimiento el Juez de Instrucción debía revisar los supuestos de la medida cautelar de detención, y por consiguiente determinar si la medida de devolución había sido correctamente adoptada, revisión que alcanza a los supuestos habilitantes de la devolución y a los supuestos que exoneran de la detención, en el caso concreto, la presentación de una solicitud de asilo. En definitiva, la revisión del Juez de Instrucción se circunscribe al análisis del *fumus boni iuris* de las causas de la detención y la regularidad del procedimiento seguido. En la misma línea se inscribe la STC 174/99, FJ 4º dictada en un amparo contra la inadmisión de un *habeas corpus*:

> Basamos esta afirmación en la consideración del *habeas corpus* como garantía procesal aplicable a todos los supuestos de "privación de la libertad no acordada por el Juez" (SSTC 31/1985, fundamento jurídico 6º; 341/1993, fundamento jurídico 6º; 21/1997, fundamento jurídico 6º). De manera que ante una situación fáctica de compulsión o sujeción personal será

función del Juez del *habeas corpus* comprobar si existe propiamente una "orden de devolución" o si, por no concurrir aquella resolución administrativa, se trata de una situación de detención preventiva (que a su vez podrá ser lícita o ilícita).

La posibilidad de tales restricciones al ejercicio por los extranjeros de los derechos y libertades expresamente prevista en el texto de la Convención se encuentra en el art. 5.1.f CEDH, respecto a la posibilidad de detener preventivamente o internar a los extranjeros).

Aunque el art. 5.1.f) CEDH está redactado de forma que podría ser de aplicación a los nacionales, tal posibilidad no pasa de ser excepcional en la práctica[558]. La finalidad del precepto es permitir al Estado detener a los extranjeros que, conforme a la legislación nacional no sean admitidos en el territorio o a los que no se permita prolongar su permanencia en el país. De este modo, el Convenio considera legítimas las privaciones de libertad al servicio del sistema de control migratorio tanto en el estadio de entrada como durante la permanencia en el país, control que únicamente tiene sentido respecto a los extranjeros, y que convierte a la detención preventiva o internamiento en una medida de carácter instrumental respecto de las medidas de alejamiento de extranjeros: únicamente asegura la ejecución de las mismas previniendo la fuga o incumplimiento del deber de salida mediante el confinamiento del extranjero en un lugar cerrado.

Guardando la definición del concepto de privación o restricción de libertad por parte del TEDH cierta complejidad, tal y como muestra CASAL HERNÁNDEZ[559], ésta aumenta aún más en relación a las actuaciones en materia de extranjería. Así, en la STEDH *Amuur* el Tribunal no conceptúa claramente la inmovilización de un solicitante de asilo en las dependencias de un aeropuerto como privación o limitación de libertad sino que afirma que la consideración de tal actuación como una privación de libertad depende de la situación concreta que se presente: la clase de detención, su duración, sus efectos y la modalidad de ejecución de la misma[560]. Además, el Convenio, al establecer unas garantías mínimas para

[558] DRZEMZESKI o TEITGEN desgranan las razones por las que no es aplicable a los extranjeros.

[559] CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid 1998,

[560] La fundamentación de la STEDH *Amuur* en relación a las condiciones para considerar que la existencia de una privación de libertad ha sido objeto de una dura crítica por parte de TEITGEN-COLLY o LAFERRIÊRE que abogan por una concepción objetiva e incondicionada de tales actuaciones como privativas de libertad. TEITGEN-COLLY o LAFERRIÊRE en FULCHIRON, Hughes (dir.): *Les étrangers et la Convention*, cit. supra.

admitir tal detención exige que la regulación (reservada a una norma con rango de ley) debe ser "suficientemente accesible y precisa para evitar cualquier peligro de arbitrariedad", "contener las disposiciones que prevean la duración máxima y el acceso a una asistencia jurídica, humanitaria y social". además de estar sometida a control jurisdiccional. Junto a ello, la exigencia de que tal detención sea "necesaria en una sociedad democrática" implica que tal restricción de la libertad debe conformarse a la finalidad para la que se encuentra prevista, es decir, la prevención de la inmigración ilegal o la evitación de un riesgo real de sustracción del interesado a la Justicia[561]. Además, la detención puede adoptarse en cualquier momento tras la apertura del procedimiento de expulsión, si bien debe llevarse a cabo dentro del mandato de diligencia razonable de manera que el Tribunal puede controlar la duración del procedimiento.

3.- Instrucción del procedimiento

Adoptado el acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión en aplicación del art. 74 LRJAPyPAC y 57 TIDYLE, se impulsarán de oficio todos los trámites de instrucción del expediente de devolución, con o sin internamiento del extranjaero. De la instrucción del procedimiento destaca por su importancia el trámite de audiencia del extranjero, al que el extranjero debe acudir informado de las circunstancias que fundamentan la sospecha de entrada ilegal y que en cualquier caso debe permitirle realizar las manifestaciones que considere convenientes así como la posibilidad de solicitar la práctica de las pruebas que considere oportunas. En este procedimiento de instrucción, la Policía debe reunir todas las pruebas posibles de que la entrada fue ilegal o se produjo con una prohibición de entrada pendiente, mientras que al extranjero corresponde persuadirla de sus propias declaraciones, o al menos concretar en su provecho algunos aspectos de la devolución como la ejecución voluntaria de la salida o la determinación del país de destino.

[561] Debe diferenciarse la detención preventiva por delitos cometidos por extranjeros de la detención a efectos de expulsión o rechazo en frontera, pues en la primera se aplica el supuesto a) del art. 5.1.CEDH y no el supuesto f). losentre extranjeros que han cometido una infracción penal y el resto.

En todo caso, al final de la instrucción del expediente, la Policía deberá ser capaz de presentar al Delegado o Subdelegado del Gobierno una propuesta de Decreto de Expulsión que contenga los indicios y pruebas que acrediten el hecho de la estancia irregular en España.

3.1.-La actividad probatoria de la policía

La Policía dispone de medios de diversa entidad probatoria para demostrar la estancia irregular del extranjero: los indicios y las pruebas más o menos directas. A estos dos medios de prueba complementarios, se añaden las presunciones de estancia ilegal, que desplazan hacia el extranjero la carga de la prueba sobre la regularidad de su entrada o estancia y además rompen la presunción de inocencia de que éste se beneficia al tratarse de un procedimiento limitativo de derechos.

En general, la Policía emplea las presunciones de estancia ilegal de la misma manera que cuando sospecha el incumplimiento de la prohibición de entrada o la entrada ilegal.

Para los extranjeros que alegan una entrada con fines de estancia inferior a noventa días pero no están sujetos a la obligación de visado, la ausencia de sello de entrada en el pasaporte o título de viaje no implica en sí mismo una entrada y estancia ilegal, pues a pesar de la obligación del funcionario encargado del control migratorio de estampar tal sello, la realidad es que en muchas ocasiones tal obligación no es respetada o no puede ser cumplida, por ejemplo ante grandes colas de espera, en las que se opta por realizar controles aleatorios. Debe recordarse que el sello de entrada no es más que la documentación de la autorización administrativa de entrada en España. Por esta razón la presunción de estancia ilegal basada en la ausencia de sello, al igual que ocurre en el Reino Unido[562], debe ir acompañada de una

[562] Los errores en la estampación de los sellos de entrada suponen generalmente el acceso a una residencia legal en el Reino Unido, que antes de la reforma era indefinida y en la actualidad se ha reducido a una estancia de seis meses sin permiso de trabajo. La situación anterior promovió la impugnación de los errores en los sellos de entrada para beneficiarse de la residencia indefinida, conformando la necesidad de establecer un test de fiabilidad para los sellos, explicitado en el asunto *R vs Secretary of State for the Home Department, ex p Tolba* [1988] Imm AR 78, QBD en el que se declaró que un sello en el pasaporte no podía considerarse notificación formal de la autorización de entrada "salvo que observado objetivamente pueda extraerse razonablemente la información relevante por un extranjero de capacidad intelectual media respecto a los

actividad probatoria complementaria en dos direcciones: el análisis sobre el cumplimiento del resto de requisitos exigidos y la inexistencia de otras pruebas que permitan determinar si la entrada por el puesto fronterizo fue autorizada y efectivamente se produjo. En primer lugar, la comprobación de que concurren el resto de requisitos y especialmente el visado es una presunción de que el extranjero podía haber entrado legalmente, y de que si en su pasaporte no figura el sello de entrada pudo deberse a causas ajenas a su voluntad. En realidad la existencia de esos otros requisitos del art. 25.1 TIDYLE rompería la presunción de entrada ilegal a la que induce la ausencia de un sello de entrada en el pasaporte. En segundo lugar, si la duda persiste deberían comprobarse los extremos de la declaración del extranjero sobre su entrada, tales como la determinación del funcionario que supuestamente se encargaba del control, la fecha y hora de dicha entrada, la posesión o no de billetes de viaje, etc... en definitiva, cualquier elemento que pueda corroborar las declaraciones del extranjero. A raíz de esta actividad investigadora y probatoria, la Administración puede llegar a varias conclusiones: una, que el extranjero entró legalmente por lo que deberá liberarlo y finalizar la investigación, proveyéndolo de la documentación apropiada (la "subsanación" del art. 67 LRJAPyPAC); dos, entender que el extranjero entró en España prevaliéndose de una autorización de entrada viciada, con lo que deberá iniciar un procedimiento de revisión de oficio o de declaración de lesividad (arts. 102 y 103 LRJAPyPAC); tres, entender que simplemente hubo entrada ilegal eludiendo los controles fronterizos, en cuyo caso deberá continuar la tramitación.

En el resto de casos el problema suele ser que el extranjero no dispone de documentos acreditativos de su identidad, tales como el pasaporte, el visado, documentos nacionales de identificación o la tarjeta de extranjero (NIE). En estos casos, si tampoco el extranjero puede acreditar su estancia legal por medio de testigos o documentos, se plantea un grave dilema a la policía: tanto cabe la posibilidad de que el extranjero haya extraviado realmente su documentación, como que su estancia sea ilegal y la desaparición de tales papeles una actuación fraudulenta y deliberada. La policía tiene dos opciones: la continuación del expediente porque las circunstancias del caso abundan en la estancia

---

extranjeros de su país de origen" ()[562]. En los casos en que el no se ha estampado sello en el pasaporte del extranjero, generalmente se supone que no ha existido notificación (*Rehal vs Secretary of State for the Home Department* [1989] Imm AR 576, CA)[562].

irregular o la continuación de la investigación sobre el extranjero en función de sus alegaciones (existencia de medios de vida suficientes, de reserva de una habitación en alguna pensión, o cartas de invitación de familiares...) todo ello con el fin de concluir si la presencia de ese extranjero indocumentado es reciente o de cierta duración. Existe un punto en el que la debilidad de las declaraciones del extranjero y la ausencia de documentación o de registros en el Registro Central de Extranjeros permiten presumir su entrada ilegal, aunque esa presunción deberá ser de cierta entidad y suficiente para romper la presunción de inocencia qu asiste al extranjero, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional a la que más adelante nos referiremos.

La ausencia de inscripción del extranjero en el Registro Central de Extranjeros (art. 62 REDYLE) sólo puede ser utilizada como un indicio más que, conjuntamente con otros puede crear la convicción sobre la entrada ilegal. Por sí solo este indicio no puede romper la presunción de inocencia pues es imposible para el extranjero probar la existencia de un error administrativo en la comunicación de sus datos. Sin embargo, pocas veces este indicio será el único argumento de la policía, sino que por el contrario será complementario del indicio anterior sobre carencia de documentación, en cuyo caso la aplicación conjunta de ambos crea una convicción de cierta entidad sobre la posibilidad de la entrada ilegal.

Lo más habitual es que el juego de estas tres presunciones de estancia ilegal se apoye en el atestado policial, especialmente si detalla las circunstancias en que fue aprehendido el extranjero (desembarco de una patera, cruce de la valla de Ceuta...), con el fin de romper la presunción de inocencia del extranjero así como su línea de defensa.

3.2.- La defensa del extranjero

Asistido fundamentalmente por el derecho de audiencia y la presunción de inocencia, el extranjero podrá organizar su defensa entorno a alguno de los siguientes argumentos de

fondo del asunto: probar su identidad, destruir las presunciones de la policía o demostrar la existencia de derechos fundamentales o intereses legítimos prevalentes sobre la ejecución de la devolución; o plantear objeciones procedimentales, como la oposición a las medidas provisionales, especialmente a la detención, a la práctica de determinadas pruebas, a la realización de una audiencia sin garantías[563], a la rectificación de una autorización de entrada anterior sin respeto del procedimiento previsto en los arts. 102 y 103 LRJAPyPAC, etc,.., que se ampararían en lo dispuesto en el art. 79.2 LRJAPyPAC por el cual los interesados podrán alegar en todo momento "los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto". En todo caso, es en el trámite de audiencia del art. 84 LRJAPy PAC y 21.2 LOE donde deben residenciarse todas estas alegaciones materiales y/o formales.

Para que la defensa del extranjero no sea una ilusión es necesario dotar al extranjero de una serie de garantías de las que destacan cuatro: el derecho de audiencia, la presunción de inocencia, la asistencia letrada y la asistencia de intérprete. En todo caso, como se verá

[563] BELADÍEZ, *cit supra*, interpreta que el derecho de audiencia del art. 105.c) CE tiene sentido cuando se trata de sancionar o limitar los derechos de los administrados, es decir cuando exista una actuación administrativa que afecte a uno de los derechos o intereses de los administrados, derecho de audiencia que no puede residenciarse en el art. 24 CE, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional (AATC 657/1987 y 966/1987), salvo para el procedimiento administrativo sancionador, y aún así con matices. Para el Tribunal Constitucional tal derecho de defensa ante la Administración deberá ser controlado por los tribunales ordinarios, y para poder inscribirse en el art. 24 CE deberá producir además de una indefensión formal, una indefensión material no subsanada por los Tribunales. Por esta razón estos autores predican la autonomía del derecho de defensa frente a la Administración respecto del derecho fundamental del art. 24 CE, y señalando unos efectos distintos cuales son la invalidez del acto (pero no la vulneración de un derecho fundamental). En esta línea de razonamiento se situaría el art. 63.2 LRJAPyPAC que determina la invalidez de los defectos de forma que den lugar a indefensión ante la propia Administración. En el mismo sentido, los actos de trámite que produzcan indefensión pueden ser objeto de recurso de alzada y potestativo de reposición, conforme a la nueva redacción del art 107.1 LRJAPyPAC, y posteriormente objeto de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, tal y como expresamente reconoce el art. 25 LJCA respecto a los actos de trámite que produzcan indefensión. La concreción legal de este derecho de defensa ante la Administración cuya principal manifestación es el derecho de audiencia, viene de la mano de los arts. 79, 80 u 84 LRJAPyPAC, sobre la toma en consideración de las alegaciones del administrado, el período de prueba y el necesario trámite de audiencia y vista del expediente, respectivamente.

Sin llegar tan lejos como BELADÍEZ, el art. 62 LRJAPyPAC reconoce la nulidad de los actos dictados al margen del procedimiento o la ausencia de trámites esenciales, así como aquellos dictados en vulneración de los derechos fundamentales. En este sentido, y por la trascendencia del trámite de audiencia y alegaciones, puede conceptuarse el mismo como trámite esencial, cuyo incumplimiento, dada la inmediatez en la ejecución del alejamiento, puede comportar una vulneración del derecho a no sufrir indefensión. Lo que es seguro es que tal ausencia comporta la anulabilidad del acto causante de indefensión en el procedimiento administrativo, por vulneración del art. 63 LRJAPyPAC. Lo mismo puede decirse de la necesidad de asistencia de intérprete, que por otro lado es un derecho reconocido directamente. por el art. 2.3 RELOE con carácter general para todos los procedimientos.

las líneas argumentales de las que puede valerse para rechazar la imputación de entrada ilegal son escasas.

3.2.1.- El derecho de audiencia del extranjero

El legislador, en desarrollo del art. 105.c) CE, ha insistido en la esencialidad del trámite de **audiencia al interesado**[564] (art. 84 LRJAPyPAC y art. 21.2 LOE), para la adecuada conformación de la decisión de devolución, pues sólo habiendo escuchado las alegaciones del extranjero se encuentra capacitada la Administración para emitir una resolución sobre la medida de alejamiento. En aplicación de dicho precepto, la omisión del trámite de audiencia, que, evidentemente, incluye el derecho a probar las alegaciones, puede comportar la nulidad de la Orden de devolución por la ausencia de trámites esenciales del procedimiento o porque éstos causan indefensión (art. 62 LRJAPyPAC).

Tal y como ha reconocido la STS 11 de abril de 1995[565], la ausencia injustificada y no subsanada de este trámite implica la comisión de un grave vicio procedimental, a la vez que la obstaculización del derecho de defensa del extranjero, con el resultado de indefensión proscrito por el art. 24 CE, e incluso la vulneración del art. 19 CE si finalmente se aleja a un extranjero que tenía derecho a permanecer en España. En el mismo sentido, la mayor parte de la doctrina se ha decantado por la esencialidad de dicho trámite, pues es el único momento de que dispone el extranjero para expresar su oposición a la medida y ofrecer relevantes argumentos de contraste opuestos a la devolución. Por su lado, el Tribunal Constitucional ha circunscrito la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo como vulneración del art. 24 CE cuando de su omisión derive la indefensión real en el seno de un proceso jurisdiccional (STC 175/87) o en el seno de un procedimiento

[564] El art. 29.2 LOE se refiere a la previsión de los artículos siguientes, entre los cuales se encuentran la expulsión y la devolución, para la primera de las cuales dichos preceptos reconocen expresamente el derecho de audiencia, pero nada dispone el art. 36.2 LOE sobre la misma, por lo que su regulación deberá extraerse de los dispuesto en la LRJAPyPAC.

[565] REQUERO IBÁÑEZ ha reconocido la esencialidad del trámite de alegaciones o audiencia y señala el peligro de que la expulsión sumaria del art. 30 LOE se ventile en pocas horas, con la consiguiente puesta en peligro del trámite de alegaciones, razonamiento que se puede extender también a la devolución. REQUERO IBÁÑEZ, José Luís: Extranjería y refugio: práctica contencioso-administrativa, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 124.

administrativo sancionador (ATC 275/88). Aunque en este trabajo no se considera el procedimiento de devolución como un procedimiento sancionador, la omisión del trámite de audiencia en dicho procedimiento no es compensada mediante una actuación posterior pudiendo comportar una situación real de indefensión del extranjero en relación a una medida de alejamiento no sancionadora pero si limitativa de derechos.

La esencialidad de este trámite es evidente si se tiene en cuenta que además de garantizar los derechos de información y defensa, permite ponerse de manifiesto circunstancias tan relevantes para el caso como:

a) la suspensión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la orden de expulsión en que se basa la prohibición, o
b) una sentencia donde los Tribunales (o Resoluciones del Ministerio del Interior) hayan revocado la orden de expulsión, o
c) la posibilidad de acogerse a un período de regularización o cualesquiera otros donde exista una "amnistía" para los expulsados por determinados motivos, o
d) circunstancias en que la normativa de extranjería autoriza la entrada en España con documentación defectuosa o incluso sin ella, o
e) la presentación de la solicitud de asilo o su condición de asilado,
f) la obtención de una autorización de entrada, aunque viciada de nulidad o anulabilidad,
g) cualquier otro motivo relevante.

Aunque lo más corriente es que el extranjero organice su defensa entorno al trámite de audiencia, donde le asiste el derecho a "proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos" reconocido en el art. 78.1 LRJAPyPAC, según el art. 79.1 LRJAPyPAC también puede exponer todas las alegaciones y aportar los documentos o cualesquiera otros elementos de juicio que estime pertinentes incluso antes del trámite de audiencia. Una interpretación acorde con las exigencias de celeridad características de la devolución permitiría reconducir la práctica de prueba al trámite de audiencia, para lo cual la Administración debería notificar con

antelación al extranjero tal circunstancia, para que pudiera manifestarse sobre la oportunidad de la misma y proponer a su vez pruebas.

3.2.2.- La presunción de inocencia del extranjero

Otra de las garantías que sustentan la efectividad de la defensa del extranjero es el **derecho a la presunción de inocencia**, especialmente útil para combatir las presunciones de entrada ilegal o la insuficiente actividad probatoria de la Policía. La jurisprudencia constitucional ha admitido la aplicación de este derecho no sólo al *"enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse que preside también la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas, o limitativo de sus derechos* "(STC 13/1982, FJ 4º). La utilización de la expresión "resultado limitativo de sus derechos" es utilizada con frecuencia por el Tribunal Constitucional[566] y por el Tribunal Supremo[567] para extender la protección de la presunción de inocencia más allá del enjuiciamiento criminal, concretamente a procedimientos administrativos sancionadores.

Aunque el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado expresamente sobre la extensión de la presunción de inocencia fuera del ámbito estrictamente sancionador[568], sí ha reconocido su aplicabilidad a aquellos procedimientos administrativos no sancionadores cuyo origen se encuentra en la condición o conducta de las personas y finaliza con una resolución limitativa de los derechos del individuo, tal y como recoge, entre otras, la STC 36/85 al afirmar que: *el derecho a la presunción de inocencia fuera de la jurisdicción penal ha sido ya reconocido por este Tribunal, por ejemplo en la Sentencia 13/1982, de 1 de abril,*

[566] A partir de la STC 13/1982 esa expresión será repetidamente utilizada por el Tribunal Constitucional en los ATC 569/1982, STC 36/1985, STC 73/1985, ATC 653/1988, STC 52/1989, STC 138/1990 o STC 367/1993

[567] STS 7 de julio de 1983 (Ar. 3913), STS 7 de abril de 1987 (Ar.2365), STS 30 de noviembre de 1989 (Ar. 8286), STS 21 de abril de 1988 (Ar. 3395), STS 26 de marzo de 1987 (Ar. 3950), STS 28 de febrero de 1994 (Ar. 1306) o STS 3 de junio de 1994 (Ar. 1306).

[568] Excepcionalmente, como ha señalado JORDANO FRAGA, el Tribunal Constitucional ha reconocido la extensión de la presunción de inocencia a casos como el procedimiento administrativo especial de las elecciones (STC 103/1996 de 11 de junio). JORDANO FRAGA, Jesús: Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 266.

según la cual el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos (FJ 3)

Por su lado, el Tribunal Supremo se ha aventurado más allá del Derecho Administrativo Sancionador y ha ido conformando una jurisprudencia que extiende la presunción de inocencia a procedimientos ablativos de derechos del extranjero, tal y como se desprende de diversas sentencias sobre la materia[569], de las cuales es exponente la STS 29 de mayo de 1998 (Ar. 5458). En ella el TS aplicó la presunción de inocencia al procedimiento por el cual se denegaba el permiso de residencia y trabajo por encontrarse el extranjero incurso en uno de los supuestos de expulsión del art. 26.1 LOE, concretamente la existencia de unos pretendidos antecedentes y actividades del extranjero que no habían sido acreditados ni probados durante la tramitación del permiso de residencia y trabajo. Esta Sentencia, planteada a través de la vía preferente y sumaria de la Ley 62/78, afirma que *"En consecuencia, si no se quiere vaciar de contenido el art. 24.2 CE sobre presunción de inocencia, ésta no puede limitarse al estricto ámbito sancionador sino que debe extenderse a supuestos como el presente en que la denegación pudiera basarse en un supuesto de expulsión sin un mínimo de actividad probatoria suficiente (STS 12 junio 1996 y 7 marzo 1997) "*.

De la combinación de la jurisprudencia constitucional y la ordinaria se desprende un *tertium genus*, junto al derecho penal y el derecho administrativo sancionador, compuesto por aquellos procedimientos administrativos que puedan limitar los derechos del administrado como consecuencia de su conducta personal. En materia de extranjeros esta jurisprudencia se ha aplicado al supuesto del rechazo en frontera (STS de 11 de abril de 1995) y a la denegación del permiso de residencia y trabajo por presunta infracción del art. 53.a TIDYLE (STS 29 de mayo de 1998).

[569] STS de 24 de abril de 1998 (Ar. 3909) en la que aplica la presunción de inocencia para rechazar una decisión denegatoria de la nacionalidad española por el ejercicio de la prostitución y una detención por hurto, porque tales afirmaciones no habían sido objeto de prueba de cargo.

En esta interpretación extensiva de la presunción de inocencia tiene cabida la devolución, que supone la imputación de una infracción administrativa derivada de la conducta contraria a derecho del extranjero. Sin la aplicación de la presunción de inocencia el extranjero éste se encontraría indefenso ante la actuación administrativa, pues a la Administración le bastaría con la mera imputación de la entrada ilegal para aplicar una medida potencialmente limitativa de derechos como es la devolución. Por el contrario, la aplicación de la presunción de inocencia obliga a la Administración a acumular elementos de prueba suficientes para romper la presunción de que el extranjero se encuentra legalmente en territorio nacional, lo cual tampoco es una carga excesiva, pues, como reconoce la STS 18 de marzo de 1998 en su FJ 6º, "*el derecho fundamental a la presunción de inocencia se ve satisfecho cuando se da una mínima actividad probatoria que racionalmente pueda reputarse de cargo y demuestre la responsabilidad de la persona afectada*". En este sentido la ausencia de inscripción en el Registro Central de Extranjeros, la carencia de documentación, la detección en las inmediaciones de zonas habituales de entrada de extranjeros ilegales, etc., pueden ser suficientes, aunque no sean pruebas de cargo definitivas.

En consecuencia, la aplicación de la presunción de inocencia tiene por efecto el traslado de la carga de la prueba de la entrada ilegal hacia la Administración, prueba que deberá ser suficiente para derivar la presencia en España de una entrada ilegal reciente. La necesidad de romper la presunción de inocencia facilita el examen jurisdiccional posterior sobre la actividad probatoria de la Administración, pues estos controlan si se han practicado "*los medios de prueba suficientes y relevantes para resolver la cuestión suscitada, el administrado a dispuesto de todas las garantías procesales y no le ha sido impedida la utilización de los recursos pertinentes frente a los actos administrativos que le han afectado, ni se ha obstaculizado el acceso a los Tribunales de Justicia...*".

3.2.3.- Los derechos de asistencia letrada e intérprete

El extranjero objeto de devolución se puede encontrar ante la tesitura de efectuar alegaciones sobre diversas materias que desconoce y que presentan cierta complejidad

jurídica (presunciones de entrada ilegal, la insuficiencia de los indicios de entrada ilegal, la calificación como ilegal de la entrada, la existencia de derechos o bienes jurídicos superiores que impiden u obligan a suspender la ejecución de la medida de devolución); además, su limitado conocimiento del idioma, el aislamiento no sólo psicológico sino también personal que padece, su inferioridad causada por la detención, sin los medios o el tiempo de que podría disponer si estuviera en libertad, junto a la celeridad del procedimiento y su ejecución le impiden articular por sí mismo una defensa mínimamente consistente que da lugar a una indefensión material evidente.

Tal situación sólo puede paliarse a través del instituto de la asistencia letrada, distinta de la asistencia letrada al detenido. La STC 98/2003 ha dado la razón a los que sostenían el derecho a la asistencia jurídica gratuita ante los procedimientos y procesos judiciales de los extranjeros, declarando inconstiucional los límites a la misma introducidos por la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, previsión parcialmente reiterada en el art. 22 TIDYLE, si bien en materia de expulsión los extranjeros tienen expresamente reconocido tal derecho., La STC 98/2003 abundó en la interpretación constitucional del derecho de defensa (art. 24.2 CE) y de la interdicción de indefensión (art. 24.1 CE) como base para obligar a reconocerles este derecho. La asignación de un abogado durante la tramitación del procedimiento de devolución es una de las pocas garantías que pueden salvar la endémica ausencia de control jurisdiccional, pues es el único medido que garantiza el derecho fundamental al acceso a los tribunales antes de que la medida pueda causar un perjuicio de difícil o imposible reparación (art. 24 CE). En este marco, la intervención de un intérprete para las comunicaciones entre el letrado y su cliente es obviamente imprescindible.

En cierta manera, la STC 12/1994 reconoció *obiter dicta* la necesidad de asistencia letrada en los procedimientos de alejamiento, si bien no resulta claro si tal exigencia debe atribuirse a la situación de detención o como defensa en el procedimiento de alejamiento:

> Según consta de las actuaciones remitidas, producida la privación de libertad a las catorce horas del 17 de febrero de 1993, cuarenta minutos más tarde le son comunicados a la parte material los motivos de la detención y la apertura del expediente de expulsión. Le fueron leídos los derechosreconocidos por el art. 520 L.E.Crim., **estuvo asistida en su declaración de Letrado de libre designación, el cual formuló las preguntas que consideró**

convenientes. Finalmente, la presentación de la correspondiente solicitud de«habeas corpus» originó su inmediata puesta a disposición judicial y la tramitación de la solicitud en forma legal. No pueden, por consiguiente, admitirse las vulneraciones denunciadas en dicho procedimiento.

4.- La propuesta deDecreto de expulsión

Tramitado el expediente y contrastadas las alegaciones del extranjero, si la Policía mantiene la convicción de que ha existido una estancia ilegal, procederá la elevación a la Autoridad gubernativa, junto al expediente de devolución, de una propuesta de Orden en la que se recogen sucintamente los hechos probados y la calificación jurídica que merecen, para que dicha Autoridad, conforme al art. 67 TIDYLEE, dicte un Decreto de expulsión. En este estadio, la Policía también puede desistir de la aplicación de la devolución o reorientar el procedimiento hacia otro tipo de medidas como la expulsión, o incluso puede optar por suspenderlo mientras se tramita la solicitud de asilo del extranjero; no obstante, lo más corriente será que se eleve una propuesta de devolución a la Autoridad gubernativa.

Entre la práctica administrativa y la regulación legal y reglamentaria del procedimiento hay una laguna normativa. El art. 57 TIDYLE simplemente determina que la decisión sobre la Orden la corresponde a la Autoridad gubernativa, es la práctica administrativa la que asigna funciones instructoras a la policía equiparando el régimen de la devolución al del resto de sanciones administrativas. El problema está en que esta práctica administrativa encaminada a facilitar la labor de la Autoridad gubernativa, acaba por automatizar las resoluciones gubernativas, que se limitan a confirmar las propuestas de expulsión.

Por otro lado, la actividad policial de instrucción puede allanar la adopción de decisiones por la Autoridad gubernativa, adelantando algunos trámites pertenecientes a la fase ejecutiva (determinación de los países de destino a los que el extranjero puede ser alejado, aplicabilidad de los Convenios de Readmisión, coste aproximado de la

devolución,...) elementos todos ellos que pueden ayudar a concretar la parte ejecutiva de la Orden de devolución. Este aspecto de la práctica de la devolución enturbia aún más, si cabe, el panorama sobre la figura, pues los agentes que instruyen el procedimiento de devolución compaginan una doble actividad: por un lado, instruyen el procedimiento en su fase declarativa, para poder elevar una propuesta de resolución al Delegado o Subdelegado del Gobierno que declare la estancia ilegal, y paralelamente, realizan algunos actos preparatorios de la ejecución de la medida para, una vez dictada la resolución, poder ejecutar la misma sin más dilaciones, incluso sin esperar la adopción de la orden de ejecución forzosa.

La fase declarativa del procedimiento de devolución termina generalmente con la decisión del Delegado o Subdelegado del Gobierno sobre la calificación como ilegal de la estanccia, formalizada en la resolución de expulsión del art. 57 TIDYLE.

El Decreto de expulsión, conforme a su naturaleza de orden, desempeña una doble función: por un lado, efectúa una declaración administrativa sobre la presencia física del extranjero en el territorio nacional, calificándola de ilegal por incumplimiento de las condiciones de estancia; por otro, es el acto administrativo que concreta el deber de salida de España, convirtiéndose en el título para la ejecución voluntaria y trámite inicial de la fase ejecutiva.

Como acto final de la fase declarativa 87 LRJAPyPAC, la declaración del Delegado del Gobierno o Subdelegado, debe recoger los hechos que se consideren probados o acreditados, su calificación jurídica y finalmente la subsunción de los mismos en alguno de los dos supuestos típicos del art. 53 TIDYLE.

Como acto de apertura de la fase ejecutiva, por su naturaleza de Orden administrativa, le corresponde personalizar la consecuencia prevista en el art. 57 y 58 TIDYLE consistente en el alejamiento del extranjero y la prohibición de entrada. La resolución de expulsión cumple así con su naturaleza de acto administrativo resolutorio que

pone fin a la fase declarativa delimitando exactamente el deber de salida en tiempo y forma. Con ello queda expedito el tránsito a la fase ejecutiva de la medida, por cuanto se ha personalizado la infracción y concretado el deber a cumplir por el extranjero en la ejecución voluntaria, tanto en la forma de su realización como en el plazo disponible para llevarla a cabo. Tal delimitación esta constreñida en la ejecución voluntaria por los conceptos de "inmediatez" y "sometimiento al control policial" del art. 64 TIDYLE, que analizaremosás adelante. Sin embargo, en la práctica diaria la Orden de devolución es forzada por la Administración de manera tal que incluye habilitaciones genéricas a la policía para ejecutar forzosamente la medida o designar el país de destino, convirtiendo a la resolución en título para la ejecución forzosa, con total omisión del trámite preceptivo previsto en el art. 64 TIDYLE. Al analizar la fase ejecutiva nos extenderemos más sobre este extremo, que provoca una degradación en las garantías del extranjero y un empleo de la coacción administrativa sin habilitación legal suficiente.

En virtud del art. 20.2 TIDYLE y art. 89 LRJAPyPAC, las resoluciones gubernativas que pongan fin a la fase declarativa, deberán ser motivadas (art. 54 LRJAPyPAC), pues en estos supuestos no sólo existen intereses legítimos sino también derechos fundamentales potencialmente afectados, de bs que destacan la libertad de circulación del art. 19 CE o el derecho a la libertad personal del art. 17 CE. En todo caso, la Orden deberá mencionar el derecho a recurrir la medida ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pues se trata de actos que ponen fin a la vía administrativa según la Disposición. Adicional 6ª REDYLE en relación con el art. 109 LRJAPyPAC[570].

[570] La Disposición Adicional 4ª RELOE afirma que las resoluciones que dicten los órganos competentes del Ministerio de Interior, con base en lo dispuesto en el Reglamento sobre sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, pondrán fin a la vía administrativa, pudiéndose interponer contra éstas el correspondiente recurso ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. De nuevo aparece el problema de la devolución como medida sancionadora o de restablecimiento de la legalidad. La misma Administración, por medio de la Resolución de 1 de diciembre de 1998 (BOE de 22 de diciembre de 1998), en la relación de procedimientos administrativos que recoge califica la devolución como procedimiento sancionador, cuya resolución del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en Ceuta y Melilla y en las Comunidades Autónomas uniprovinciales pone fin a la vía administrativa. La reforma operada en el procedimiento administrativo por la Ley 4/1999, en su art. 109 admite la posibilidad de que pongan fin a la vía administrativa los actos dictados por órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, y las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.

Junto a la resolución de Expulsión es posible que **el procedimiento finalice de forma distinta**, ya sea por causas sobrevenidas que impiden su continuación, o por desistimiento de la propia Administración[571] (art. 87 LRJAPyPAC) como cuando se admite a trámite la solicitud de asilo interpuesta por el extranjero, o un Auto judicial pone en libertad al extranjero tras un procedimiento de *Habeas Corpus*. También podría darse la posibilidad de que la Resolución estimase algunas de las alegaciones del extranjero contra la propuesta de alejamiento y reconozca la existencia de derechos fundamentales prevalentes o incluso intereses de terceros derivados, por ejemplo, de un proceso penal en curso en el que la participación del extranjero sea esencial, tal y como disponía el antiguo art. 107.4 RELOE

II.- La contravención de una prohibición de entrada previa como causa de alejamiento del territorio (*devolución*)

Como se ha expuesto anteriormente, la aparición de la devolución en el período postconstitucional se debe al acogimiento por el art. 36.2 de la LO 7/1985 del planteamiento jurisprudencial de la STS de 5 de julio de 1980, cuyas particulares circunstancias se han expuesto anteriormente[572]. Esta norma elevó al rango de ley a una medida de alejamiento específicamente prevista para dos supuestos: por un lado la devolución por entrada ilegal, y por otro, la devolución por contravención de la prohibición de entrada impuesta en una expulsión anterior. Evidentemente, la medida resultante de aplicar una regulación común a dos supuestos con ámbitos subjetivos y naturalezas tan distintas ha generado no pocos problemas, que han obligado al Legislador a progresivas modificaciones de la misma. Del supuesto de entrada ilegal y su papel complementario de los controles de entrada en España,

[571] La ausencia de estadísticas sobre los procedimientos incoados y resueltos confirma la convicción de que sólo se incoan los expedientes que van a ser ejecutados. A pesar de ello, la *tabla nº 5* del Anexo estadístico (***Capt. VIII***) es indicativa de la elevadísima tasa de ejecución de las devoluciones incoadas: aproximadamente el 84%. Ello significa queen la mayor parte de las detenciones a efectos de devolución se acaba alejando al extranjero, excepto cuando se trata de argelinos, por las especiales circunstancias de su país.

[572] El Tribunal Supremo optó por esta solución porque el Decreto 522/1974 no preveía sanción alguna en su articulado para dicho comportamiento y el Tribunal evidentemente no podía crearla. Posteriormente, el Legislador (art. 36 LO 7/1985, art. 54 LO 4/2000 y art. 58 LO 8/2000) ha renunciado a sancionar tal comportamiento, considerándolo únicamente merecedor de una medida de alejamiento inmediato en forma de devolución.

nos hemos ocupado en el Capítulo III, aquí se analizará el papel de la devolución por prohibición de entrada como medida complementaria de la expulsión, y por consiguiente como medida de alejamiento al servicio del control de estancia. Se emplea, por tanto, un criterio de análisis basado en la consideración de ambos supuestos de devolución como medidas de alejamiento completamente distintas, aunque sujetas a un procedimiento declarativo aparentemente unitario por mandato del Legislador, pero que en el fondo presenta algunas diferencias sustanciales.

En todo caso, lo cierto es que en los últimos veinte años la devolución de extranjeros por contravenir prohibiciones de entrada derivadas de expulsiones anteriores ha ido ocupando un espacio propio como procedimiento de alejamiento especial y autónomo respecto de la expulsión, medida tradicionalmente hegemónica en el estadio de control de estancia en España, lo cual no deja de constrastar con la tradición histórica española y con las tendencias imperantes en el Derecho Comparado del momento e incluso posterior[573]. Este procedimiento comporta la reejecución de la expulsión anterior infringida sin otra consecuencia penal o administrativa sancionadora más allá del alejamiento. Este supuesto de devolución complementa la eficacia de la medida expulsión mediante un procedimiento de ágil tramitación y una ejecución inmediata de la expulsión anterior, de la que trae causa. Esta complementariedad hace que, en la práctica sea una medida de escasa trascendencia cuantitativa (menos del 2% de extranjeros son devueltos por este motivo), aunque gran importancia cualitativa para mantener la seriedad y coherencia del sistema de control de estancia. El ámbito natural de aplicación de la devolución por quebrantamiento de una prohibición de entrada se extiende a todo el territorio nacional, no sólo a las zonas fronterizas, a diferencia de la devolución por pretender entrar ilegalmente (58.2.b TIDYLE); por eso no es de extrañar que su número aumente en provincias con importantes

[573] En la introducción histórica a las medidas de alejamiento en España se ha podido observar como el tratamiento habitual de la vulneración de una prohibición de entrada aneja a una expulsión anterior se situaba frecuentemente en la esfera del Derecho Penal, a diferencia de la entrada ilegal que generalmente era objeto de una medida de alejamiento. Por lo qu se refiere al Derecho Comparado, en Italia, por ejemplo, la transgresión de la prohibición de entrada se castiga en el art. 11.13 de la *Legge n. 40 1998* con un arresto de 2 a 6 meses y una nueva expulsión, mientras que Francia prevé en el art. 27 de la *Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945*, la posibilidad de imponer una sanción penal de tres años de cárcel, tras cuyo cumplimiento el Tribunal puede alejar al extranjero de nuevo mediante otra "*interdiction du territoire*" de hasta diez años.

asentamientos de población inmigrada como Girona, Guipúzcoa, Madrid o las Islas Baleares[574].

La regulación del supuesto de aplicación apenas ha sido objeto de modificaciones desde la Ley Orgánica 7/1985, sin embargo las reformas legales posteriores sobre el resto de medidas de alejamiento, algunas garantías reconocidas a los extranjeros incursos en este procedimiento, así como la incorporación a Schengen y la normativa comunitaria en este ámbito, introducen nuevas cuestiones sobre los principales elementos de la figura tal y como resulta de la reforma por la LO 14/2003.

1.- Delimitación del concepto de contravención de una prohibición de entrada (art. 58.2.a TIDYLE)

Para aplicar una devolución por contravención de una prohibición de entrada es condición indispensable que el extranjero haya sido objeto con anterioridad de una expulsión que incorpore aneja un deber de abstención de entrar en el territorio del Estado. Ahora bien, la imposición de una prohibición de entrada con efecto en el territorio español puede haber sido adoptada por las autoridades españolas en el marco de un procedimiento de expulsión anterior, o traer causa de una decisión de las autoridades de otro Estado con el que España haya establecido un acuerdo de reconocimiento de prohibiciones de entrada, lo cual plantea algunos problemas que merecen atención separada.

En este apartado se exponen los elementos propios de la devolución por contravención de la prohibición de entrada, para a continuación abordar la posibilidad de aplicar la devolución a prohibiciones de entrada introducidas por Estados terceros.

[574] A diferencia de la devolución por pretender entrar ilegalmente, este supuesto de devolución no depende de la proximidad temporal al acto de entrada ilegal ni tampoco se reserva a situaciones no consolidadas de entrada en el territorio o a detenciones en los aledaños de las fronteras.

1.1.- La prohibición de entrada impuesta por las autoridades españolas

Cuando sobre el extranjero pende una prohibición de entrada, la irregularidad de su entrada y permanencia en España presenta un elemento de reincidencia que agrava su infracción.

El art. 58.2.a) TIDYLE impone su alejamiento sin necesidad de tramitar un nuevo expediente de expulsión, dada la condición irregular de su presencia en España en vulneración de una prohibición de entrada vigente. Ahora bien, existendo diversas modalidades de expulsión debe descartarse, en principio, la devolución de extranjeros cuya prohibición de entrada sea consecuencia de la comisión de un delito en el que el Juez o Tribunal penal haya conmutado la pena por una *expulsión judicial* del art. 89.2 CP (LO 11/2003); en tanto que "medida sustitutiva de condena" del Código Penal su incumplimiento recibe un tratamiento específico distinto al "quebrantamiento de condena", pues el propio art. 89.2 CP castiga específicamente la violación de la prohibición judicial de entrada con la aplicación de la pena privativa de libertad inicialmente sustituida por el tiempo restante de condena.

Del mismo modo, los Estados pueden requerir la comunicación de todas las incidencias ocurridas en otros Estados respecto de los extranjeros con una prohibición de entrada que inscriba en el SIS ("extranjeros no admisibles"), particularmente la denegación de entrada en el territorio Schengen o su expulsión del mismo (Título II, 4.6.2, *Manual SIRENE*).

La segunda condición para aplicar la devolución en estos supuestos es que la prohibición de entrada esté vigente y sea todavía eficaz, es decir, que no haya sido revocada o suspendida, ni haya prescrito. Además, tanto la expulsión como la prohibición de entrada deben haber sido correctamente notificadas al extranjero habiéndose agotado el plazo de impugnación de la misma, pues en otro caso la devolución acordada no podrá ser aplicada hasta que la expulsión sea firme y correctamente comunicada al interesado (STS de 17 de

febrero de 1995[575]). El supuesto de quebrantamiento de la prohibición de entrada es un supuesto agravado de entrada ilegal cuya aplicación se reduce a un ámbito subjetivo muy reducido, el de aquellos extranjeros que anteriormente hubieran sido expulsados. Con respecto al concepto de expulsión anterior, la devolución del art. 123.1.a) RELOE sólo podrá adoptarse en supuestos de *expulsiones administrativas* (o gubernativas) del art. 26.1 LOE, así como en base a *expulsiones autorizadas judicialmente* en aplicación del párrafo 1° del art. 21.2 LOE, donde la autorización judicial constituye una vía de flexibilización del rígido mandato de indisponibilidad del objeto del proceso penal, en aras de la eficacia en la lucha contra la inmigración ilegal, pues con ella se facilita el alejamiento de extranjeros encartados en un proceso penal por delitos menores o faltas, sobre los cuales pende un Decreto de expulsión[576], que de otra manera podrían permanecer en España hasta el fallo judicial o el archivo del proceso. Esta flexibilización se compensa procesalmente por la adecuada ponderación de los intereses en juego realizada por el Ministerio Fiscal y el Juez.

Sin embargo, queda excluida en virtud del art. 89 CP la devolución en las expulsiones judiciales del 2° párrafo del art. 21.2 LOE, que determina la sustitución de una condena penal por la expulsión del territorio nacional entre tres y diez años, pues en tales supuestos el ordenamiento penal sanciona el incumplimiento de la prohibición de entrada con la aplicación de la pena privativa de libertad inicialmente sustituida.

El segundo requerimiento es que la prohibición de entrada esté vigente y sea todavía eficaz, es decir, que no haya sido revocada o suspendida ni haya prescrito[577]. Además, tanto

---

[575] En la STS de 17 de febrero de 1995, sobre una expulsión que no había sido notificada, el Tribunal Supremo declaró que la falta de notificación permitía al extranjero disponer de 10 días para impugnar la expulsión y suspender la ejecución de la misma y, en consecuencia, también la prohibición de entrada, sin que fuera admisible el rechazo-retorno adoptado en frontera

[576] Jurisprudencia sobre esta interpretación de la expresión "...o su expulsión si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1"

[577] Del texto del antiguo art. 123.1.a) RD 155/1996 (RELOE) se desprendía con claridad que la devolución por prohibición de entrada era *inaplicable a los supuestos de prohibición de entrada del art. 39 RELOE, salvo las prohibiciones de entrada en el territorio Schengen*. El resto de supuestos del art. 39 RELOE no podían inscribirse en el supuesto agravado de devolución porque se encuentraban en el ámbito del art. 11 LOE, porque representaban una amenaza al orden público español de tipo abstracto y no personalizado que requerían una fase declarativa previa, y finalmente porque la dicción literal de los arts. 36.2 LOE y 123.1 RELOE los excluía. No obstante, en aquellos casos en que el extranjero vulnereba una prohibición de entrada del art. 39 RELOE y entraba en territorio nacional correspondía de todas formas la devolución, pero por entrada ilegal del art. 123.1.b) RELOE. La excepción la constituían,tal como ahora, las prohibiciones de entrada anotadas en el Sistema Informático de Schengen (SIS) por otros Estados.

la expulsión como la prohibición de entrada deben haber sido correctamente notificadas al extranjero habiéndose agotado el el plazo de impugnación de la misma, pues en otro caso la devolución acordada no podrá ser aplicada hasta que la expulsión sea firme y correctamente comunicada al interesado, de forma análoga a la doctrina expuesta

Aunque el procedimiento puede contener algunas especialidades en su fase declarativa, las prohibiciones de entrada inscritas por Estados miembros del 'Grupo de Schengen' en base a una resolución administrativa o sentencia de expulsión tienen valor de título declarativo por mor del Convenio de Schengen.

1.2.-El reconocimiento de una prohibición de entrada impuesta por autoridades de terceros Estados y sus efectos en España

Apenas puede encontrarse previsión expresa alguna en el texto del TIDYLE que regule las consecuencias sobre aquellos extranjeros localizados en el territorio nacional, de una prohibición de entrada impuesta por un tercer Estado con el que España haya firmado un Acuerdo en ese sentido. Obviamente, la entrada y permanencia de un extranjero no admisible en España constituye una estancia irregular del art. 53.a) TIDYLE suceptible de expulsión y, en determinadas circunstancias, un intento de entrada ilegal del art. 58.1.b) TIDYLE, susceptible de devolución.

La cuestión es si cabría también, y quizá con mayor razón, considerarla susceptible de devolución por contravenir una prohibición de entrada. La ausencia de una referencia en el TIDYLE sobre la cuestión agrava la cuestión de si la devolución es aplicable a estos casos, en lugar de la expulsión, y la simple dicción del art. 58.2.a) TIDYLE es ciertamente ambigua:

> **Art. 58.2.-** No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:
>
> a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.

Su desarrollo reglamentario por el art. 138.1.a) REDYLE no ha tenido, sin embargo, excesivos problemas para conceder validez en España a las inscripciones de terceros Estados:

> **Art. 138.** *Devoluciones*.- 1. De conformidad con lo establecido en el artículo 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000. reformada por Ley Orgánica 8/2000, no será necesario expediente de expulsión para la devolución, en virtud de orden del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaren en alguno de los siguientes supuestos:
>
> a) Los extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
>
> A estos efectos, se considerará contravenida la prohibición de entrada en España, cuando así conste, independientemente de si la misma fue adoptada por las autoridades españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en este sentido.

Con esta previsión, se ofrece cobertura normativa al reconocimiento de decisiones de terceros Estados y a su ejecución y además se apunta a la devolución como la medida de alejamiento más apropiada en el interior del territorio, mientras que el retorno por denegación de entrada lo sería en frontera[578]. No obstante, tal extensión podría considerarse una interpretación excesivamente amplia y carente de cobertura en el art. 58.2.a) TIDYLE, que no reconoce expresamente esta posibilidad, por cierto, limitativa de derechos del extranjero. En realidad, la cobertura legal no debe buscarse en la ley sino en la normativa comunitaria e internacional[579], aunque solo a esta última apunte la redacción del art. 138.1.a) REDYLE.

Sin embargo, la finalidad de esta previsión normativa era dar cobertura al "acervo de Schengen" comunitarizado mediante el Protocolo 2º al Tratado de Amsterdam y a la normativa posterior de desarrollo, que instaura un sistema de reconocimiento entre los Estados signatarios de las inscripciones de prohibición de entrada de extranjeros

[578] Salvo excepciones por razones humanitarias o de interés nacional, la prohibición de entrada introducida por un tercer Estado obliga a denegar la entrada en los puestos de control fronterizos conforme al art. 26.4 REDYLE.

[579] La expresión Convenio apunta, sin lugar a dudas, al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990, sin embargo, la posición en el ordenamiento español de dicho Convenio ha variado, pasando de su posición inicial en 1990 como un tratado internacional multilateral, a su consideración como norma de Derecho Comunitario, tras su comunitarización via Protocolo 2º TA y su publicación en el DOCE al amparo del art. 62 TIDYLE. No obstante, la utilización de este término amplía y dota de cobertura al reconocimiento de inscripciones de terceros Estados, con base en el Derecho Internacional, cuando la base comunitaria no sea aplicable.

introducidas en una base de datos común e informatizada, el SIS[580], en virtud del art. 96 del Convenio de Schengen de 1990 (DOCE L-239/1, de 22 de septiembre de 2001), que extiende el efecto de la prohibición de entrada al territorio de los Estados signatarios, a la vez que les obliga a reconocer las anotaciones de bs demás Estados como título declarativo a efectos de su ejecución por sus propias autoridades. (*Manual Schengen*)

El desarrollo comunitario de los arts. 96 y 101 del *Convenio de Aplicación de 1990* reconoce la validez y eficacia de las inscripciones en el SIS de prohibiciones de entrada a efectos de que las autoridades de otro Estado, a parte de denegarles la entrada si solicitan la entrada en frontera, puedan"hacer lo necesario para que los servicios competentes no les concedan permisos de residencia y procedan a su expulsión[581]" (Título II, 3.1.6 *Manual SIRENE*) cuando estos extranjeros ya se encuentren en el territorio de las Partes. Para ello, las disposiciones comunitarias de desarrollo del *Convenio de Aplicación de 1990* exigen la remisión por el Estado que formalizó la inscripción al Estado que ha localizado al extranjero en su territorio, de una serie de datos que incluirán el tipo de medida, la autoridad que adoptó la medida, la fecha de la medida, la fecha de la notificación, la fecha de su ejecución, la fecha de caducidad de la medida o período de validez de la misma (Título II, 4.6.2.c *Manual SIRENE)*, y cualesquiera otras que se puedan considerar necesarias[582], para lo cual se recurrirá a la colaboración del SIRENE (Título I,. 1 *Manual SIRENE).*

---

[580] Sobre el funcionamiento interno del Sistema Informático de Schengen –SIS- léase.: HREBLAY, Vendelin: *Les Accords de Schengen. Origine, fonctionnement, avenir*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1998, sobre los problemas que plantea el Sistema de Información de Schengen, cfre. PREUSS-LAUSSINOTTE, Sylvia: *Les fichiers et les étrangers au coeur des nouvelles politiques de sécurité*, Ed. LGDJ, Paris 2000.

[581] La polisemia del término "expulsión" en cada uno de los Derechos Nacionales (a *expulsión* española es distinta de la *espulsione* italiana, la *expulsion* francesa o la *expulsion* británica) ha provocado su empleo en los textos normativos del acervo de Schengen para designar genéricamente a diversas medidas de alejamiento, al igual que en otros textos internacionales (CEDH) o comunitarios (CartaDF, Schengen). Ese uso genérico ni descarta ni apoya el empleo de la devolución en España; por consiguiente, de la normativa comunitaria no puede inferirse el tipo de medida de alejamiento aplicable en estos casos, lo cual es razonable ya que esta es una cuestión propia del Derecho nacional, limitándose el derecho comunitario a exigir el alejamiento del extranjero. Sin embargo, la expresión utilizada por esta "Instrucción administrativa" comunitaria no debe tomarse más que como sinónima de una medida de alejamiento; de hecho, en el propio Título II, apartado 4.6.2.c del *Manual SIRENE* se emplea la expresión "devolución" entre paréntesis: el procedimiento en caso de que "se descubra en territorio nacional a una persona descrita" exige de la Parte Contratante requirente la transmisión de "toda la información que pudiera resultar necesaria para la expulsión (devolución) de un extranjero. Dicha información, según la requiera la Parte Constratante requirente y disponga de ella la Parte Contratante requerida, se referirá a: tipo de medida, autoridad que adoptó la medida, fecha de la medida, fecha de la notificación, fecha de la ejecución, fecha de caducidad de la medida o período de validez". Paréntesis recogido en la traducción oficial publicada en el DOCE C-38/20, de 17 de febrero de 2003.

[582] Título II, apartados. 3.1.6 *Manual SIRENE*: "Por otra parte, los Sirene podrán participar en la transmisión de información complementaria necesaria para la expulsión o la no admisión de un extranjero, o en la transmisión de información subsiguiente a estas operaciones" y 4.6.2.c *Manual SIRENE* sobre procedimientos

De los requerimientos suplementarios de información sobre la prohibición de entrada a través de SIRENE, se deduce que cuestiones como el tipo de medida y la autoridad que la adoptó son esenciales para ofrecer una base razonable para alejar al extranjero y abonan la tesis de que no existe un alejamiento automático del extranjero, sino que es necesario un procedimiento administrativo en el que el extranjero pueda discutir la vigencia, eficacia o validez de la inscripción en el SIS así como exponer cualesquiera circunstancias obstativas del alejamiento. En todo caso, de la normativa comunitaria no se desprende la opción por una u otra medida de alejamiento en estos casos, dejándose esta cuestión al Derecho nacional pero con determinados límites exigidos para su correcto funcionamiento como ejercicio del Derecho Comunitario.

Estos elementos de análisis parten de la idea de que una obligación de reconocimiento mutuo de actos administrativos, como establecen los arts. 96 y 101 del *Convenio de Schengen,* así como de los efectos de tales actos, no puede implicar su admisión por el ordenamiento nacional receptor bajo cualquier forma con la otro ordenamiento los haya adoptado, especialmente desde una doble consideración, la de la equivalencia entre medidas de alejamiento y la de que tal medida debe haber sido adoptada respetando un estándar mínimo de derechos y garantías equivalentes a los que se aplican a los extranjeros en el ordenamiento nacional.

2.- Procedimiento en fase declarativa y apertura de la fase ejecutiva

La actividad probatoria policial es más simple en el procedimiento de devolución por quebrantamiento de la prohibición de entrada (art. 58.2.a TIDYLE), pues en estos casos la policía sólo debe demostrar que existe una prohibición de entrada aún vigente derivada de una expulsión anterior. La Administración dispone de un "título declarativo" que impone un deber específico y personalísimo al extranjero que, unido a la evidente presencia del extranjero en España, sustenta por sí misma la vulneración del art. 58.2.a) TIDYLE, constituyendo una presunción legal *iuris tantum* de entrada ilegal que traspasa al extranjero

de obligada observación : "el intercambio de información adicional, a través de los Sirene podrá resultar absolutamente necesario, en casos particulares, para la identificación exacta de una persona".

la prueba de la regularidad de su entrada o de la inaplicabilidad de la devolución. La incorporación al expediente de la orden de expulsión anterior y de la consiguiente prohibición de entrdada, y de recabación de las escasas alegaciones que en trámite de audiencia pueda efectuar el interesado, principalmente dos: la demostración de la invalidez o ineficacia de la prohibición de entrada o la existencia de derechos o intereses legítimos preponderantes sobre la ejecución de la devolución, entre otros, los contemplados en el art. 138.4 REDYLE, la solicitud de asilo o un estado avanzado de gestación de las mujeres extranjeras.

Una vez efectuada la identificación, en la calle o en dependencias policiales, si los agentes consideran suficientes los indicios contra el extranjero, se deberá acordar la iniciación del procedimiento de devolución (art. 69.1 LRJAPyPAC), que, entre otras cosas, justifica la detención del extranjero como medida provisional hasta el fin del procedimiento administrativo. Aunque la detención sea absolutamente necesaria para la práctica administrativa diaria de la devolución, merece la pena destacar, sin embargo, que el art. 58.2 TIDYLE no contiene ninguna habilitación expresa que fundamente la medida provisional de detención, omisión que desatendiende la reserva de ley material y formal para las "privaciones de libertad" impuesta por el art. 17.1 CE (la TIDYLE no contempla ni *los casos* ni *la forma* en que éstas deben producirse). No es menos cierto que la STC 174/99 admitió la detención inicial de un extranjero sujeto a devolución como una detención preventiva del art. 17.2 CE, con base en la regulación de la expulsión, pero también lo es que dicha interpretación además de variar la posición anteriormente sostenida en las SSTC 115/1987 y 341/1993, constituye una habilitación legal extraida analógicamente de la expulsión (STC 12/1994) o derivada implícitamente de la previsión de internamiento judicial tras las setenta y dos horas de detención (art. 58.5 TIDYLE). Es más, este último razonamiento tampoco ampararía la detención en los supuestos de devolución por "pretender entrar ilegalmente" (art. 58.2.b TIDYLE). En cualquier caso, tanto la detención cautelar o preventiva como el internamiento del extranjero se encuentran sometidos al principio de excepcionalidad (STC 115/1987).

Por lo que se refiere a la instrucción del expediente, todos sus trámites se impulsarán de oficio en aplicación del art. 74 LRJAPyPAC. En este estadio del procedimiento, la Policía debe reunir todas las pruebas posibles de que la entrada pretendía realizarse de forma ilegal o con vulneración de una prohibición de entrada vigente, y comunicar la instrucción del procedimiento a la Oficina Diplomática o Consular correspondiente. La actividad probatoria en cada uno de los supuestos de devolución es distinta.

En el procedimiento de devolución por quebrantamiento de la prohibición de entrada (art. 58.2.a TIDYLE), la Administración dispone, o bien de una expulsión decretada con anterioridad que incluye una la prohibición de entrada vigente, o bien de una inscripción informática en el Sistema Informático de Schengen (SIS), que sustentan por sí mismas una presunción legal *iuris tantum* de entrada ilegal del art. 58.2.a) TIDYLE, y traspasan al extranjero la prueba de la regularidad de su entrada o de la inaplicabilidad de la devolución. En los expedientes incoados por "pretender entrar ilegalmente" en España (art. 58.2.b TIDYLE) la policía deberá probar el intento de entrada en España eludiendo los controles migratorios fronterizos, por medio de una acumulación de indicios objetivos como el lugar de entrada escogido por el extranjero, los medios empleados, el momento, las circunstancias personales del extranjero, etc..

En cualquier caso, la actividad probatoria de la policía deberá ser suficiente para romper la *presunción de inocencia* que asiste al extranjero en virtud del art. 24 CE, y que constituye la piedra angular sobre la que se sustenta la defensa de los extranjeros sujetos a devolución. Este derecho debe respetarse en procedimientos administrativos no sancionadores cuyo origen se encuentre en la condición o conducta de las personas y finalice con una resolución limitativa de los derechos del individuo (STC 13/1982, FJ 4º, STC 36/85, de 8 de marzo), es decir, a todos los procedimientos ablativos de derechos del extranjero, como ha señalado el Tribunal Supremo (STS de 11 de abril de 1995, STS de 12 de junio de 1996, STS de 7 de marzo de 1997 o STS de 29 de mayo de 1998); tal es el caso de la devolución, que obliga al extranjero a abandonar el país de inmediato.

El derecho de defensa frente a un expediente de devolución se ejercita principalmente en el *trámite de audiencia*, al cual deberá comparecer el extranjero asistido de su letrado, tal y como estipulan los arts. 20.2 y 22.1 TIDYLE y 138.2 REDYLE, para presentar sus

alegaciones. La asistencia jurídica en el procedimiento de devolución -y la asistencia de intérprete-, distinta de la asistencia al detenido, es una de las pocas garantías con las que cuenta el extranjero para poder articular una mínima y coherente defensa en el seno del procedimiento administrativo, y en su caso, para promover la intervención jurisdiccional. En tanto que elemento esencial del procedimiento y momento privilegiado para la defensa del extranjero, la omisión del trámite de audiencia debe comportar la nulidad de la Orden de devolución por ausencia de los trámites esenciales del procedimiento y por provocar la indefensión del extranjero (art. 62 LRJAPyPAC), ya que en este trámite pueden ponerse de manifiesto circunstancias tan relevantes como la suspensión o revocación de la orden de expulsión en que se basaba la prohibición de entrada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o por la propia Administración, la solicitud de un permiso de residencia y/o trabajo durante un período de regularización extraordinaria, la presentación de una solicitud de asilo o la existencia de razones humanitarias o de derechos fundamentales que puedan suspender o archivar el expediente de devolución.

En concreto, la presentación de una solicitud de asilo implica que *"no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de asilo*", lo cual debe interpretarse en el sentido de que sólo sólo se realicen los actos de instrucción de la devolución, pero ésta se detenga antes de la adopción de la orden de devolución, que permanecerá en suspenso conforme al 138.4 REDYLE en tanto no se disponga de la resolución firme de inadmisión de la solicitud de asilo, ratificada en caso de reexamen por el Ministro del Interior. Si la solicitud se hubiera presentado *sin demora* y admitido a trámite, simplemente estaría prohibida la tramitación de un expediente de devolución (art. 138.5 REDYLE en relación al art. 4 Ley 5/1984, de Asilo y art. 31 Convención de Ginebra de 1958), pues en tal caso el extranjero entra ya dentro del régimen del asilo. Del mismo modo que en el resto de órdenes de devolución, pero por razones mucho más imperativas de protección de los derechos humanos y *non-refoulement*, la Administración no debe ejecutar las medidas de devolución cuando el extranjero haya comunicado su intención de recurrir en sede jurisdiccional la inadmisión o denegación del asilo

Finalmente, auunque podría ocurrir que la Administración desistiera o decidiera el archivo del expediente (art. 87 LRJAPyPAC), lo más habitual es que la Autoridad gubernativa, a propuesta de los agentes policiales, dicte una orden de devolución, que deberá recoger sucintamente los hechos probados y su calificación jurídica, conforme a los arts. 58.4 TIDYLE y 138.1 REDYLE.

CAPÍTULO CUARTO.- LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS

Apuntados algunos de los problemas de la fase declarativa de las medidas de alejamiento al servicio del control de entrada y de estancia, en esta Sección se abordarán de forma conjunta los problemas que plantea la ejecución de tales medidas. Como se ha expuesto anteriormente, el tratamiento conjunto de la fase ejecutiva se justifica por la existencia de una serie de elementos comunes a todas las medidas en su fase ejecutiva. Para ello, se inicia el *Capítulo Cuarto* con una breve síntesis del régimen ejecutivo de los actos administrativos aplicable a las medidas de alejamiento sobre la base de lo dispuesto en la legislación administrativa general y específica de extranjería. A continuación se analizarán las condiciones para proceder a la ejecución voluntaria y a la ejecución forzosa, así como algunos problemas relacionados con las mismas. En el *Capítulo IX* se abordarán los problemas planteados por la ejecución de la prohibición de entrada incluida en las resoluciones de alejamiento de extranjeros de carácter sancionador, es decir, expulsión y devolución.

Intruducción.- La fase ejecutiva de los actos administrativos de alejamiento (deber de salida o salida obligatoria)

Las medidas de alejamiento de extranjeros son consecuencia de un acto administrativo, sea este de denegación de entrada o residencia o de declaración de la comisión de una infracción. Como se ha explicado, esos actos administrativos deben ser comunicados adecuadamente al interesado y deben respetar un estándar mínimo de garantías elaborado por la jurisprudencia constitucional y europea, entre las cuales deben destacarse la motivación, notificación, recursos administrativos y jurisdiccionales, asistencia legal, intérprete.... La necesidad de un procedimiento declarativo mínimo en todas las medidas de

alejamiento, negada razonadamente por algunos autores[583], ha sido objeto de análisis en apartados precedentes. En todo caso, las garantías e incluso los requisitos mínimos del procedimiento pueden no ser los mismos en unas MA que en otras, dada la diferente entidad del bien jurídico protegido (se podría hablar incluso de diferentes esferas de protección del extranjero), pero siempre deberá existir un procedimiento ejecutivo mínimo que sirva de base para todas ellas, ese procedimiento mínimo ligado al respeto de los derechos fundamentales puede derivarse de la jurisprudencia (europea, constitucional y ordinaria) además de las disposiciones generales de la Ley 30/1992.

Siguiendo el esquema de las medidas de alejamiento aquí defendido, en el que existen diversos procedimientos conducentes a actos administrativos cuya principal consecuencia es el alejamiento del extranjero del territorio nacional, aunque no sea esta la única, pues tanto en la expulsión como en la devolución, o bien se impone una prohibición de entrada, o bien se reinicia el cómputo de la misma a efectos de prescripción. La fase ejecutiva de las medidas de alejamiento merece, por tanto, un análisis autónomo, pues presenta elementos comunes a todas ellas y constituye un elemento capital de la efectividad de las políticas de control migratorio.

I.- Elementos comunes de las medidas de alejamiento en fase ejecutiva

La fase declarativa de las medidas de alejamiento termina con un acto o resolución administrativa de naturaleza distinta en función de la concreta configuración legal de cada medida (autorización, orden, sanción, etc.,). Ese acto contiene una calificación jurídica de la conducta del extranjero e impone la consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico para tal conducta. La consecuencia común a todas las medidas de alejamiento, y que las caracteriza como tales, es la imposición de un deber de salida obligatoria del territorio nacional, regulado en los arts. 28.3 TIDYLE y 139 REDYLE.

[583] VELASCO ha defendido la existencia de títulos ejecutivos suficientes para justificar la apertura directa del procedimiento ejecutivo sobre la base de tales títulos.

Junto a este elemento principal, y a pesar de de la regulación diferenciada de cada una de las medidas de alejamiento pueden considerarse elementos comunes a todas ellas: el recurso a las misma vía ejecutiva, elementos comunes en la ejecución voluntaria y en la ejecución forzosa, técnicas policiales semejantes, etc...

1.- Fuentes normativas reguladoras de la fase ejecutiva de la salida obligatoria.

A pesar de que en general, la regulación de la fase ejecutiva de las medidas de alejamiento ha ganado en profundidad y detalle, todavía es necesaria la integración de muchos de sus elementos a partir de las especificaciones que la normativa de cada medida establece, aunque en general es la regulación de la ejecución de la expulsión la que sirve de referencia a las demás, dentro del marco general establecido por las previsiones generales de ejecución de los actos administrativos (arts. 93.2, 94 y 95 LRJAPyPAC), de conformidad a lo establecido en el el art. 21.2TIDYLE:

> **Art. 21.2 TIDYLE.-** El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente.

El art. 21.2 TIDYLE preside el régimen de ejecutividad de los actos administrativos de extranjería, reconociendo la aplicación de la normativa general sobre ejecución de los actos administrativos de la legislación de extranjería, que deberá ajustarse en todo caso al régimen general de ejecución de los actos administrativos de la LRJAPyPAC, que orienta la interpretación de la legislación de extranjería y somete su desarrollo reglamentario.

En las medidas de alejamiento el deber de salida debe concretarse en la resolución que sirve de "título declarativo" para la ejecución del alejamiento. El silencio del art. 28 TIDYLE respecto a la ejecución del deber de salida nos impide, no obstante, disponer de una referencia general sobre la ejecución de las medidas de alejamiento. Ello no significa que deba renunciarse a buscar un régimen ejecutivo común, sino simplemente que el mismo deberá extraerse de lo dispuesto en la regulación específica de cada medida a partir de la

regulación general sobre ejecución de los actos administrativos contenida en los arts. 93.2, 94 y 95 LRJAPyPAC.

2.- Elementos comunes a la ejecución de las medidas de alejamiento

En una primera aproximación, cabe adelantar algunas directrices comunes a todas las medidas de alejamiento, sobre las que se volverá con mayor detalle más adelante: la primera directriz, consiste en la admisión de que la *salida obligatoria debe ejecutarse de forma inmediata*, variando los límites temporales en cada medida, pero situándose alrededor de las 72 horas; la segunda directriz, es que tal salida puede hacerse *en forma voluntaria*, ofreciéndole al extranjero la oportunidad de salir "de motu propio" del país, pues sólo si el deber de salida no se cumple voluntariamente la Administración está apoderada para jecutar forzosamente la medida de alejamiento, en línea con la regla de la prevalencia enunciada por LÓPEZ MENUDO[584]. Estas directrices coinciden con la configuración general de la ejecución dispuesta por la LRJAPyPAC, que en su art. 95 reconoce implícitamente la ejecución voluntaria como vía ejecutiva principal y la ejecución forzosa por la Administración como vía subsidiaria[585]. La tercera directriz, es que toda actividad ejecutiva, tanto voluntaria como forzosa, comporta la sumisión a alguna forma de *control administrativo o policial* del cumplimiento del deber de salida, tal y como enuncia el art. 100.2 REDYLE.

Junto a estas directrices, debe señalarse que el elemento común más característico de las medidas de alejamiento es la imposición de un *deber de salida*, la ejecución del cual presenta evidentes similitudes en la regulación legal de cada medida de alejamiento. El deber de salida es un deber de hacer personal, consistente en la salida inmediata de España

[584] LÓPEZ MENUDO, F.: "Vía de hecho administrativa y justicia civil", Ed. Civitas-Universidad de Córdoba, 1988.

[585] En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ (pág 746), "el acto administrativo ha de establecer, pues, una obligación y esta obligación ha de haber(resultado incumplida para que pueda oponerse su ejecución forzosa. La obligación ha de estar vencida o en 'descubierto' [es la terminología en cuanto a la ejecución forzosa de las deudas de cantidad: arts. 129 LGT y 94 y 104 y 105 del Reglamento General de Recaudación de 20 de diciembre de 1990], y así habrá de precisarlo un acto administrativo de procedimiento. Lo cual supone que el obligado, primero, ha conocido el acto mediante su notificación formal; y, segundo, que ha dispuesto de un tiempo oportuno para el cumplimiento voluntario."

que deriva directamente de un mandato normativo, según la terminología de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ[586]. Estos autores consideran que el régimen ejecutivo de los deberes está delimitado por el contenido mismo de las órdenes que los fundamentan, así como por las disposiciones del Capítulo V del Título IV de la LRJAPyPAC[587].

Si se considera que los deberes pueden ser clasificados de forma análoga a las obligaciones[588], se podría afirmar que el deber de salida de España, o de alejamiento del territorio nacional, es un "deber de hacer", pues requiere un comportamiento determinado por parte del extranjero, la adopción de una conducta positiva consistente en la salida del territorio nacional, a diferencia de las obligaciones de no hacer, que son aquellas en las que una persona determinada debe observar un comportamiento negativo, de omisión. Cuestión distinta es si ese deber de hacer es personal (es decir, fungible) o personalísimo[589]: en el Derecho Público de Extranjería, el deber de salida de España contenido en los arts. 28.3

---

[586] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (Vol II), *cit.*. pág. 134, distinguen las obligaciones de los deberes. En las obligaciones el comportamiento de dar o retener se articula correlativamente como derecho de otro sujeto (p. ej: obligaciones contractuales), mientras que en los deberes el sujeto debe adoptar un cierto comportamiento consistente en hacer o no hacer o en padecer. Los deberes aparecen en aquellos casos en que la Administración impone a los administrados deberes de comportamiento que no enriquecen el patrimonio de aquélla o su organización, sino que se hacen surgir por puras consideraciones abstractas de interés público, y en ellos la Administración no exhibe un derecho sino una potestad que le permite imponerlo o vigilarlos en el caso concreto

[587] Estos autores, matizan la extrapolación de dicho régimen que *"se refiere a la [ejecución forzosa] de los actos administrativos y no a la de los deberes legales y aun de las sanciones"*, con lo que parecen dar a entender que el régimen ejecutivo de las órdenes es ligeramente distinto al general.

[588] En la terminología más utilizada por la doctrina civilista se distingue entre deberes de hacer fungibles e infungibles . ALBADALEJO (pág. 37): "obligación positiva de hacer es toda aquella cuya prestación consiste en una actividad –trabajo manual o intelectual, servicios u obras- diversa de las de dar (...) consistente en desarrollar una actividad a favor del acreedor pero sin prometer la obtención con ella de resultado alguno *(obligación de actividad)*, o en prometer al acreedor un cierto resultado, u obra hecha, con independencia del trabajo o esfuerzo que ello cueste al obligado o del tiempo que le lleve la realización de lo prometido *(obligación de resultado)*. EGUSQUIZA, Mª Ángeles: La configuración jurídica de las obligaciones negativas, Ed. Bosch, Barcelona 1990. RAMOS MÉNDEZ, Francisco: (pág 1021) o CATALÀ COMAS, Chantal (pág 70 y 87), utilizan el término fungibilidad, que significa que la obligación puede cumplirse por el obligado o por un tercero, que en este caso es la misma Administración (privilegio de autotutela ejecutiva, contenido en el art. 95 LRJAPyPAC). CATALÀ COMAS, Chantal: Ejecución de condenas de hacer y no hacer, Ed. Bosch, Barcelona 1998, págs. 87 y ss. Las posiciones doctrinales respecto a la fungibilidad de las obligaciones de hacer se pueden agrupar en dos tipos de causas, objetivas (competencia especial del deudor en relación al carácter de la prestación) y subjetivas (según opinión del acreedor ejecutante, ya sea porque se tuvieron en cuenta las cualidades del sujeto deudor, ya sea porque la prestación por tercero también satisfaría de forma similar al acreedor). Para esta autora la fungibilidad es un concepto relativo que evoluciona con el tiempo, de forma que prestaciones consideradas infungibles pueden devenir fungibles, pero en el que las cualidades del sujeto condenado u obligado así como el interés del acreedor ejecutante son igualmente relevantes.

[589] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92 de 26 de noviembre), Ed. Civitas, Madrid 1999, pág. 2183, entienden que aunque la mayor parte de las veces la calificación de un acto como personalísimo no suscita problemas, puede haber casos en que la línea divisoria entre actos personalísimos y actos que no lo sean (actos subjetivamente fungibles) no será fácil de trazar. Para MORENO QUESADA, Bernardo: "Problemática de las obligaciones de hacer", en *Revista de Derecho Privado*, 1976, pág. 472, en las obligaciones civiles de hacer la fungibilidad depende de la conducta o comportamiento del deudor, del interés o utilidad que presenta el cumplimiento de la misma para el acreedor o un tercero y del sujeto que ha de llevarla a cabo.

TIDYLE y 139 REDYLE, es de carácter fungible pues el interés público en la ejecución del alejamiento se satisface simplemente con la realización de la prestación consistente en la salida de España del extranjero, con independencia de quién le dé cumplimiento y si lo hace de forma voluntaria o forzosa; es más, el resultado es satisfecho en igual grado sin merma de su resultado tanto si el alejamiento lo realiza el extranjero como la Administración, porque no concurren en el extranjero habilidades especiales para realizar dicho alejamiento[590].

Tratándose, pues, de un "deber de hacer fungible" susceptible de ser cumplido por el mismo extranjero, es de destacar que en todas las medidas de alejamiento cabe tanto la *ejecución voluntaria* por el extranjero, como la *ejecución forzosa* por la Administración. Comparten todas las medidas de alejamiento una misma forma de ejecución forzosa: la *ejecución subsidiaria* prevista en el art. 98 LRJAPyPAC para las obligaciones no personalísimas, que puede llegar incluso a requerir la *compulsión personal* del art. 100 LRJAPyPAC.

De acuerdo con el art. 28.3.b) TIDYLE se impone la salida obligatoria del extranjero, cuando se haya decretado la expulsión u ordenado la devolución en resolución administrativa, deber de salida coincidente en lo esencial con la regulación específica de la expulsión (art. 57 TIDYLE) y la devolución (art. 58.2 TIDYLE). Frente a este reconocimiento expreso, cabe plantearse si la denegación de entrada incluye un mandato de salida obligatoria, a pesar del aparente mutismo del art. 28 TIDYLE. Más allá de poder encajar tal posibilidad como un supuesto de solicitud de permanencia del art. 28.3.c) TIDYLE[591], la regulación legal y reglamentaria de la denegación de entrada y del consecuente retorno obedecen a la misma lógica que sustenta el art. 28.3 TIDYLE; probablemente, el Legislador rehuyó la expresión "salida obligatoria" para mantener la ficción de que los extranjeros que se encuentran en los puestos fronterizos de control

[590] En las medidas de alejamiento hay que distinguir el objeto del alejamiento, del sujeto obligado a realizarlo y del sujeto ejecutante, pues aunque en la ejecución voluntaria todos coincidan en la persona del extranjero, en la ejecución forzosa éstos difieren. En la ejecución de la devolución el extranjero es tanto el objeto de la ejecución (el extranjero es la persona objeto del alejamiento) como el sujeto obligado al cumplimiento (tiene una "obligación de hacer"). Cuando el extranjero ejecuta voluntariamente el deber de salida del territorio nacional, coinciden en su persona los tres elementos: objeto, sujeto obligado y sujeto ejecutante. Cuando la ejecución es forzosa el objeto de la medida de alejamiento y el sujeto obligado coinciden también en el extranjero, pero el sujeto ejecutante es la Administración, y el resultado obtenido es idéntico a los ojos del interés público.

[591] El art. 28.3.c) TIDYLE recoge la salida obligatoria en los supuestos de "denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en el territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España", de modo que puede considerarse que la denegación de entrada es en realidad una denegación de permanencia en España.

migratorio no han entrado en España, aunque de hecho el extranjero se encuentran en territorio español y se somete a la soberanía española. La "denegación de entrada" y el consiguiente "retorno", incorporan necesariamente un elemento obligatorio: el deber de salida de España, o si se prefiere continuar con la ficción, un deber de salida de los puestos fronterizos de control migratorio. En cualquier caso, ese deber de salida opera exactamente igual en el retorno que en la expulsión o la devolución[592].

Incluso en la denegación de entrada en fronteras terrestres existe un deber de salida del puesto fronterizo. Cuestión distinta es si si se trata de una ejecución voluntaria o forzosa, pero lo más importante es que son títulos ejecutivos que con su mera comunicación al extranjero consiguen el objetivo de las mismas, no requieren actos concretos dirgidos a su ejecución porque, por las circunstancias en que se emiten, el resultado que persiguen se alcanza inmediatamente[593]. En el resto de medidas la remoción del extranjero del territorio nacional requiere una actividad ejecutiva, a veces ardua, si el extranjero se opone firmemente a las mismas.

II.- La ejecución voluntaria de la medida de alejamiento

El deber individualizado de salida de España que toda medida de alejamiento comporta puede cumplirse por el extranjero de forma voluntaria. La ausencia de regulación general de la fase ejecutiva de la salida obliga a extraer su funcionamiento de la regulación que, separadamente, dispone la legislación de extranejría para cada medida de alejamiento. Cuestión distinta, es si el cumplimiento voluntario de tal deber es un derecho del extranjero y una obligación para la Administración (Aptdo. 3.1) y si es necesario algún tipo de consignación formal de la voluntad del extranjero sobre esta cuesitón (Aptdo 3.2);

[592] Con una tesis un tanto distinta pero coincidiendo en la admisión de en el retorno existe también un mandato de salida obligatoria, VELASCO CABALLERO, Francisco, cit. *supra*, págs. 308 y ss.

[593] Por las particulares circunstancias en que se adoptan algunas medidas de alejamiento, éstas son directamente autoejecutivas. Me refiero, en concreto, a la denegación de entrada en las fronteras terrestres, que no requiere ejecución alguna; tras la comunicación de la misma al extranjero, éste simplemente no puede cruzar la frontera, de manera que la Administración y sus agentes no tienen otra obligación que la de ordinaria vigilancia para que el extranjero no intente entrar irregularmente en el territorio. La única excepción a esta "autoejecutividad" del acto administrativo de denegación de entrada en los puestos de control migratorio en las fronteras terrestres, se producirá cuando el extranjero oponga resistencia a abandonar el puesto fronterizo o la cola, o cuando se pretenda forzar su entrada (entradas-tumulto), pues en tales casos más que ejecutar una denegación de entrada, lo que existe es el ejericio de la coacción administrativa directa para imponer el orden en frontera. Sólo si se produjera detención del extranjero y su conducción a dependencias policiales sería necesario aplicar una medida de devolución o retorno, según los casos.

igualmente, conviene analizar los criterios que delimitan el cumplimiento voluntario del deber de salida en todas las medidas de alejamiento, concretamente, temporales -"inmediatez"- y formales -"bajo control policial"- (Aptdo. 3.3 y 3.4), así como algunos problemas concretos relacionados con la ejecución voluntaria, como la determinación del país de destino del alejamiento o la obtención de un billete de vuelta (Aptdo. 3.5). En atención a todas estas cuestiones se cerrará el tratamiento de la ejecución voluntaria con algunas reflexiones sobre la práctica administrativa y sus consecuencias perjudiciales para el correcto funcionamiento de las medidas de alejamiento (Aptdo. 3.6).

1.- El principio de ejecución voluntaria de las medidas de alejamiento

El mandato de *salida obligatoria* (deber de salida) contenido en una medida de alejamiento admite su ejecución tanto en forma voluntaria como forzosa. No obstante, la regulación general por la LRJAPyPAC[594] de la fase ejecutiva de los actos administrativos, a la que el art. 21.2 TIDYLE remite, obliga a la Administración a reconocer al administrado la posibilidad de cumplir voluntariamente el deber de salida. De este modo, la ejecución forzosa se subordina a la ejecución voluntaria.

En términos generales, la regulación de la ejecución de los actos administrativos por la LRJAPyPAC establece como regla de principio la opción por la ejecución voluntaria. LÓPEZ MENUDO[595] afirma la subsidiariedad de la ejecución forzosa de los actos

---

[594] Esta interpretación es sostenida para la devolución por RUILOBA ALBARIÑO, *cit. supra*, y por RODRÍGUEZ CANDELA y GARCÍA ESPAÑA, *cit supra*; para el procedimiento administrativo común son de la misma opinión, LÓPEZ MENUDO, F.: "Vía de hecho administrativa y justicia civil", Ed. Gvitas-Universidad de Córdoba, 1988, pág 202, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *cit supra* pág. 746, y BARCELONA LLOP, , Javier: *Ejecutividad , ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Ed. Universidad de Cantabria, Santander 1995, págs. 64, 331 y 336.

[595] LÓPEZ MENUDO, *cit. supra* pág 202, señala la existencia de un principio "categóricamente deducible" de los arts. 106 y ss de la anterior LPA: el principio de prevalencia de la ejecución voluntaria, que a observado la inversa reconocía la subsidiariedad de la ejecución forzosa. Según este autor, la Administración no podía pasar *per saltum* desde la emisión del acto previo a la operación material de ejecución, pues incurriría en un vicio esencial calificable como vía de hecho, pues si en lugar de actuarse el debido procedimiento de ejecución voluntaria lo que se practica es una ejecución directa y a espaldas del interesado, se está siguiendo un procedimiento distinto al "procedimiento legalmente previsto para ello" en el art. 47.1.c) antigua LPA. Las únicas excepciones a esta regla general serían aquellos casos que por su naturaleza (obligaciones de soportar) o por determinarlo así la Ley, no admitan ejecución voluntaria. Aunque los razonamiento jurídicos de este autor se refieren a la antigua LPA, derogada por la LRJAPyPAC, recuérdese que esa norma estuvo en vigor hasta 1992, por lo que eñ razonamiento es perfectamente aplicable a los procedimiento de devolución ejecutados hasta aquella fecha. A partir de 1992, BARCELONA LLOP, entiende que la LRJAPyPAC separa claramente entre el título de ejecución debidamente notificado (art.93) y la potestad de ejecución forzosa (art. 95) para cuyo ejercicio se requiere no sólo la constancia del título, sino también la apertura de un período de

administrativos, en base a la existencia de un principio informador de la Ley que impone la ejecución voluntaria por encima de la ejecución forzosa, de modo que la ejecución forzosa *per saltum* de un acto previo constituiría una vía de hecho, si se realiza directamente y a espaldas del interesado apartándose del procedimiento general de ejecución previsto en los arts. 93 y 95 LRJAPyPAC, salvo en las obligaciones de soportar o cuando la Ley haya excluido expresamente la ejecución voluntaria. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ[596], al enunciar las condiciones para la ejecución forzosa de los actos administrativos, señalan que el acto administrativo debe establecer una obligación que ha de haber resultado incumplida. Lo que significa que tras conocer el acto mediante su notificación formal, "el obligado ha dispuesto de un tiempo oportuno para el cumplimiento voluntario".

Respecto a la infracción del principio de ejecución voluntaria, LÓPEZ MENUDO lo califica como vicio *esencial* o carencia absoluta de procedimiento encuadrable dentro de la via de hecho, "pues si en lugar de actuarse el debido procedimiento de ejecución voluntaria lo que se pone en práctica es una ejecución directa y a espaldas del interesado, lo que se está operando es un procedimiento distinto, o sea, no el 'procedimiento legalmente previsto para ello' de que nos habla el art. 47.1.c) de la LPA" (léase art. 62.1.e) LRJAPyPAC). Este autor reconoce excepciones a su afirmación en aquellos casos en que por su propia naturaleza (obligaciones de soportar) o por determinarlo así la Ley no admitan ejecución voluntaria (ocupación material de una finca). BARCELONA LLOP[597] recoge la opinión de LÓPEZ MENUDO y añade a su vez que "tal omisión supondría una *manque de procédure* determinante de una nulidad absoluta y, en consecuencia, de una vía de hecho...". Hay acuerdo, pues, en que la consecuencia de tal vicio esencial es la nulidad absoluta del acto de ejecución derivado de dicho vicio, que no del título ejecutivo. El problema que se plantea es determinar las consecuencias que despliega tal declaración de nulidad, que en caso de ser especialmente graves, habilitarían al Juez para retrotraer actuaciones y conminar a la Administración a una nueva ponderación, salvo en los casos en que la ejecución se hubiera

---

cumplimiento voluntario, transcurrido el cual se iniciará la ejecución forzosa, por lo que este autor considera que dichos preceptos no hacen más que asegurar al máximo la regla de la prevalencia de la ejecución voluntaria. Cfre.: BARCELONA LLOP, Javier: Ejecutividad , ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos, Ed. Universidad de Cantabria, Santander 1995, pág 64

[596] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *cit supra, p*ág 746.

[597] BARCELONA LLOP,*cit supra*, pág. 337.

consumado, pues en estos casos, como acertadamente señala BARCELONA LLOP[598] para un supuesto distinto pero cuyas palabras son claramente aplicables, "la retroacción de actuaciones carece de sentido a la par de ser, en muchas ocasiones, quimérica dado que se ha producido una transformación de la realidad...", por lo que únicamente resultaría la posibilidad de resarcir por una lesión innecesaria de la libertad personal.

Dado que la aplicación de la regulación general sobre ejecución de los actos administrativos en materia de extranjería, se encuentra expresamente reconocida por el art. 21.2 TIDYLE ("el régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente"), la ejecución forzosa debe considerarse subsidiaria de la ejecución voluntaria. Esa misma interpretación se desprende de la lectura de la regulación específica de las medidas de alejamiento, con la excepción de la regulación de la expulsión urgente, inmediata o preferente del art. 63 TIDYLE, sobre la que se hablará más adelante.

Eso es lo que se desprende de la lectura, en primer lugar, del art. 64.1 TIDYLE que reconoce un plazo mínimo de setenta y dos horas para que el extranjero ejecute voluntariamente el deber de salida impuesto en el Decreto de expulsión, y solo "en caso de incumplimiento se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión"; en segundo lugar, del art. 137.3 REDYLE que establece la ejecución "de forma inmediata y , en todo caso, dentro del plazo de las setenta y dos horas desde que se hubiese acordado", previsión que no excluye, sino al contrario, alienta el cumplimiento voluntario del deber de salida, especialmente cuando se trata de extranjeros que de buena fe se han sometido a un control migratorio en frontera. Más difícil es justificar la subsidiariedad de la ejecución forzosa en los procedimientos de devolución, pues el art. 58.5 TIDYLE se limita a insistir en la necesidad de que la ejecución de la devolución se efectúe en setenta y dos horas o se solicite el internamiento propio de la expulsión, no obstante, la analogía con el régimen de la expulsión en los casos de prohibición de entrada.parece apuntar en esa dirección; no obstante, en los supuestos de devolución incoada por "pretender entrar ilegalmente en España" es más que probable que

[598] BARCELONA LLOP: *cit. supra*, págs. 336 y 331.

la voluntad de un extranjero que ha utilizado esos medios de entrada no se pliegue tan facilmente como para asumir voluntariamente su deber de salida.

En este punto, quizá no esté de más subrayar que la detención cautelar del extranjero incide directamente, y complica, la caracterización de la ejecución voluntaria como forma ejecutiva preferente para el alejamiento de extranjeros.

El análisis pormenorizado de la regulación de la ejecución voluntaria de las diferentes medidas de alejamiento obliga a plantearse dos preguntas: ¿constituye el principio anteriormente enunciado un derecho del extranjero a la ejecución voluntaria de su salida?, y, entonces, ¿puede librarse la Administración de tal obligación en ciertos casos? La respuesta a estas cuestiones remite al análisis del contenido de la obligación de salida[599], abordado con anterioridad, si bien vaya por delante el hecho de que la Administración escasamente otorga dicha posibilidad. Quizá por eso sea aún más importante reflexionar sobre ello.

Para empezar, la ejecución voluntaria de un deber de salida no excluye el carácter obligatorio de tal mandato. Como ya se declaró en la STS de 17 de febrero de 1995[600], la ejecución voluntaria del deber de salida no es tal, sino una salida a la que el extranjero se ve obligado para evitar perjucios mayores, principalmente la compulsión directa de la policía, y disfrutar así de ciertas ventajas, como la libre elección del país de destino (aunque como se demostrará en las reflexiones finales sobre la ejecución voluntaria, estas diferencias en la práctica se degradan).

En la expulsión y la devolución, la subsidiariedad de esta vía se confirma con la exigencia de un pronunciamiento expreso y posterior al Decreto de expulsión u Orden de devolución emitidos por el mismo Delegado o Subdelegado del Gobierno, pero de contenido materialmente distinto. En el retorno, como ya se ha dicho, aunque no está prevista la salida obligatoria y la ejecución en forma voluntaria se encuentra implícita, no obstante, debe

---

[599] La "salida obligatoria" se denomina así para distinguirla de la salida voluntaria regulada en el art. 28.1 TIDYLE y 31 y ss REDYLE, como derecho genérico de los extranjeros a salir de España en virtud de la libertad de circulación.

[600] La STS de 17 de febrero de 1995, ya citada, se pronunció sobre la "salida voluntaria" en un caso en el que el extranjero fue objeto de una resolución de expulsión, pero ésta no puedo serle notificada por encontrarse de viaje. A su vuelta se le notificó en frontera y se le detuvo, ante lo cual el extranjero optó por la "salida voluntaria" del art. 85.3 Reglamento 1986, a la vez que impugnó la resolución de expulsión. El TS consideró que la salida realizada en aquellas circunstancias no pudo menos que ser forzosa y contraria a la voluntad del interesado, como lo demostraba la impugnación de la resolución.

entenderse también así, máxime cuando el art. 137 REDYLE separa netamente el procedimiento de denegación de entrada del procedimiento ejecutivo de retorno.

En conclusión, puede afirmarse que la ejecución voluntaria constituye, dentro de ciertos límites, un derecho del extranjero y al mismo tiempo una obligación para la Administración. El mismo *Comisario Europeo de Derechos Humanos*[601] se ha posicionado en el sentido de señalar que la Administración debería mostrar mayor interés en promover la ejecución voluntaria de la devolución, pues esta forma de ejecución es mucho menos lesiva para los derechos del extranjero que la ejecución forzosa, es más barata en tiempo y recursos económicos o humanos, y por ende, más eficaz, al contar con la aquiescencia del extranjero.

2.- Importancia de una mínima formalización de la voluntad del extranjero

Ante la evidencia de que la Administración está obligada a conceder la posibilidad de efectuar la salida de forma voluntaria si concurren los requisitos exigidos (posibilidad, inmediatez, control policial), surge otra: la obligación para la Administración de informar al extranjero de esa posibilidad y de documentar formalmente su opción.

En la práctica la posibilidad de efectuar la salida de forma voluntaria no es formalizada más que en la Resolución administrativa que pone fin a la fase declarativa de la medida de alejamiento (decreto de expulsión, orden de devolución, denegación de entrada), en la que se informa al extranjero que en caso de no efectuar su salida de forma voluntaria se procederá a ejecutar forzosamente la medida de alejamiento. No existe constancia documental de esta opción por parte del extranjero, si bien en el procedimiento de expulsión el art. 64.1 TIDYLE reconoce explícitamente un plazo mínimo de 72 horas durante el cual la Administración debe ofrecer al extranjero la posibilidad de ejecutar su deber de salida de forma voluntaria, de conformidad con la institución del apercibimiento previo en la ejecución forzosa del art. 95 LRJAPyPAC. El apercibimiento puede considerarse incluido

[601] Promover la ejecución voluntaria de la salida es una de las recomendaciones del Comisario Europeo de Derechos Humanos, recogida en la *Recomendación 1(2001) de 19 de septiembre, relativa a los derechos de los extranjeros que deseen entrar en los Estados Miembros del Consejo de Europa y ejecución de las órdenes de expulsión,* incluida en el *Informe sobre los Derechos Humanos (2002).*

en el Decreto de expulsión del art. 64.1 TIDYLE y. 100.2 REDYLE así como en el retorno del art. 137.2.b) REDYLE. La previsión de tal apercibimiento no puede deducirse con la misma facilidad de la regulación de la devolución, pero con todas las prevenciones que requiere reconocer un derecho de ejecución voluntaria al extranjero sujeto a devolución, la distinción entre orden de devolución y ejecución de la misma obliga a aplicar analógicamente a la devolución lo expuesto sobre apercibimiento previo de la expulsión[602].

En todo caso, el apercibimiento o comunicación de que el incumplimiento de la salida en plazo conllevará su ejecución forzosa, es un acto de simple información, no de recabación formal de la opción del extranjero por la ejecución voluntaria. Sería conveniente que en el algún momento del procedimiento o incluso en el trámite de comunicación de la resolución administrativa que incluye el apercibimiento, se solicitara al extranjero una declaración sobre su intención de ejecutar o no voluntariamente y que tal declaración se documentara formalmente como trámite esencial del procedimiento en fase ejecutiva. En realidad, cualquier momento, desde el inicio del expediente de alejamiento, es bueno para manifestar el deseo de cumplir voluntariamente con el deber de salida, pero probablemente la ocasión más apropiada para efectuar esa declaración formal sea la notificación de la resolución que impone el deber de salida o alejamiento. La ubicación de la opción en este momento procedimental se debe a criterios de racionalidad y economía procesal, pues con la notificación se comunica la resolución (denegación de autorización, orden de devolución, decreto de expulsión) cuyo contenido ejecutivo debe ser completado con la información sobre la posibilidad de ejecutar voluntariamente la salida. La documentación de la decisión del extranjero se puede conseguir mediante la simple cumplimentación de un formulario que podría ser transmitido directamente al órgano encargado de velar por la ejecución de la medida. Tras la notificación, el extranjero puede acatar el deber de salida y declarar formalmente su opción por la ejecución voluntaria, o directamente negarse a la misma. En ese documento formulario el extranjero podrá conformarse a la ejecución voluntaria declarándolo por escrito y añadiendo su firma o cualquier medio de autenticación.

Este trámite informativo y documental es realmente sencillo y no supone carga suplementaria alguna para la Administración, pues se cumplirían diversas funciones en un

[602] Argumentos para sostener la extensión analógica del régimen de la expulsión, pueden encontrarse en MOYA MALAPEIRA, David: "La devolución....", pág. 234.

solo trámite y se aumentaría la seguridad jurídica en una actuación administrativa que se caracteriza por su opacidad. Sus funciones serían varias: información del derecho a la ejecución voluntaria, documentación de la decisión del extranjero sobre la ejecución voluntaria así como de las condiciones de la misma y apercibimiento previo sobre la ejecución forzosa.

La función informativa de este trámite simplemente requiere de un documento que detalle la obligación de salir del territorio nacional así como las ventajas que comporta esta forma de ejecución. Respecto a la formalización de la opción por la ejecución voluntaria y la selección del destino, la Administración debe ofrecer esa posibilidad en documento oficial que deberá incorporarse al expediente. En este documento deberá informarse de del deber de salida derivado de la resolución administrativa, y de la posibilidad de optar por una ejecución voluntaria, aclarando las circunstancias en las que esta se produciría (inmediatez, control policial) e incluyendo las consecuencias de la negativa a la misma, principalmente la ejecución forzosa por compulsión personal. Otra de las funciones de dicho trámite es la formalización de la elección del país de destino, así como el resto de extremos relativos al viaje: incapacidad de sufragar el coste del billete, consignación de los motivos por los cuales no quiere ser devuelto a determinado país, etc... Tal y como se concibe aquí, este documento cumple también la función prevista en el art. 95 LRJAPyPAC, pues se convierte en un apercibimiento previo a la ejecución forzosa. BARCELONA LLOP[603] sitúa este trámite fuera del procedimiento de ejecución forzosa, en un estadio previo a la misma, pero lo configura como condición previa a la misma, como se verá en el siguiente apartado. Interesa aquí destacar que con dicho trámite se ahorra tiempo y formalidades reuniendo diversos requisitos procedimentales que comparten el mismo espíritu: informar al extranjero de las modalidades de salida de España (voluntaria y forzosa), y obligarle a optar por una de ellas, facilitando a la Administración información sobre la voluntad del extranjero para que ésta acelere los trámites ya sea de la ejecución voluntaria, ya sea de la ejecución forzosa en caso de renuncia.

[603] BARCELONA LLOP, *cit. supra*, pág 332 y ss.

La necesidad de que conste formalmente la opción del extranjero es una garantía para el extranjero, pues éste dispondrá de un medio de prueba de su intención de ejecutar voluntariamente la salida, todo ello de cara a un posible proceso contencioso posterior. Pero también es una garantía para la Administración, pues a partir de ese momento el tiempo para la "salida inmediata" empieza a discurrir, y si el extranjero incumple sus obligaciones, la Administración podrá acudir a la ejecución forzosa. Además, si el extranjero renuncia a la ejecución voluntaria, la Administración podrá acudir directamente a la ejecución forzosa sirviendo el mismo documento de apercibimiento previo a la misma, lo cual puede acelerar los trámites del alejamiento. En este sentido, puede incluso aceptarse la presunción de que la negativa del extranjero a optar por la ejecución voluntaria significa su renuncia a la misma, siempre que esta presunción conste formalmente en el documento.

3.- El concepto de inmediatez de la salida voluntaria

Las reflexiones anteriores confirman la esencialidad del trámite de ejecución voluntaria, constituido en derecho subjetivo del extranjero y obligación de la Administración. Esa obligación procedimental legalmente impuesta a la Administración puede, sin embargo, presentar algunas particularidades cuando de las circunstancias del caso se desprenda que el extranjero no puede o no quiere ejecutar voluntariamente su salida. La constatación de la imposibilidad o la negativa a ejecutar voluntariamente el deber de salida dependerá de los criterios a los que la regulación de las medidas de alejamiento somete la salida del extranjero: "inmediatez" y "control o supervisión policial"; tales criterios se encuentran más o menos implícitos en la legislación actual aunque con intensidades distintas. Cuando del comportamiento del extranjero o de circunstancias objetivas pueda deducirse la imposibilidad de cumplir tales condiciones, el derecho subjetivo del extranjero decaerá y su observación dejará de ser jurídicamente exigible a la Administración.

La exigencia de "inmediatez" en la salida voluntaria del extranjero sujeto a una medida de alejamiento se traduce en unos límites temporales expresamente impuestos en cada medida de alejamiento. Es quizá en la expulsión donde el mandato de ejecución

voluntaria del deber de salida tiene una regulación más clara, si bien de carácter reglamentario: el art. 100.2.b) REDYLE establece que las resoluciones de expulsión ordinarias "contendrán el plazo en que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio nacional. Plazo que, en ningún caso podrá ser inferior a setenta y dos horas. Transcurrido dicho plazo sin haber abandonado el extranjero el territorio nacional, los uncionarios policiales competentes en materia de extranjería procederán a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión". Este límite temporal de setenta y dos horas para la ejecución voluntaria de la expulsión se justifica también en la necesidad de ofrecer un plazo razonable al extranjero para poder impugnar ante los Tribunales su alejamiento del territorio (jurisprudencia TEDH).

No existe una provisión legal semejante para el retorno o la devolución, que únicamente enuncian el mandato de ejecución inmediata de la salida y reconocen la obligación de solicitar el internamiento judicial del extranjero en caso de que la detención administrativa vaya a prolongarse más allá de setenta y dos horas. En el retorno del art. 60.1 TIDYLE se afirma que los extranjeros "serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible" y el art. 137.3 REDYLE insiste en que "el retorno se ejecutará de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de setenta y dos horas desde que se hubiera acordado". En la devolución, sin reconocer expresamente la necesidad de inmediatez en la ejecución voluntaria, a diferencia del reglamento anterior[604], el art. 58.5 TIDYLE reconoce que "cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión", evidentemente este límite de setenta y dos horas obedece a la necesidad de sujetar el plazo de detención administrativa al art. 17 CE, pero puede servir como plazo deferencial mínimo de ejecución voluntaria, en analogía con la expulsión. La cuestión es si, en ausencia de límite legal alguno, cabe imponer analógicamente este límite de 72 horas para la ejecución voluntaria de la salida obligatoria en los casos de devolución y retorno, o

[604] Anteriormente, el art. 123.3 RELOE (RD 155/1996) exigía para el cumplimiento de la ejecución voluntaria de la devolución: primero, que la ejecución voluntaria se realizara de forma inmediata, y segundo, que el extranjero se sometiera durante su salida al control policial.. En tal regulación, vigente hasta el año 2001 en que se aprobó el reglamento actual, la interpretación combinada de los apartados 3°, 5° y 6° del art. 123 RELOE, permitía justificar la ejecución voluntaria así como ese límite temporal.

debe simplemente dejarse a la voluntad de los órganos administrativos que se establezca un plazo razonable para la misma en la resolución de salida obligatoria.

Lo más conveniente sería que la salida pudiera llevarse a cabo voluntariamente antes del plazo de setenta y dos horas, no obstante la concreción del plazo deberá hacerse por la autoridad administrativa caso por caso, en función de la actitud o de las circunstancias personales del extranjero (condiciones físicas o psíquicas, medios económicos disponibles, voluntad fraudulenta dirigida a eludir la devolución,...), así como de la posibilidad de obtener con prontitud plaza en un medio de transporte adecuado hacia el país de destino. Si existen razones que justifiquenun plazo más breve o la exclusión de la ejecución voluntaria la Autoridad deberá enumerarlas en la resolución administrativa de denegación de entrada o en la orden de devolución. En todo caso, la posibilidad de salir voluntariamente de forma inmediata debe subsistir durante el plazo concedido al extranjero para realizarla, pues si deviniera imposible, al igual que si se demorara más allá de lo "inmediato" o si el extranjero pretendiera eludir su cumplimiento, los agentes de policía podrían considerar incumplido este trámite y abrir la vía de ejecución forzosa, con una simple comunicación a la Autoridad gubernativa[605] (STC 174/1999).

La "inmediatez" es un concepto jurídico indeterminado que en la TIDYLE se identifica con el plazo mínimo de 72 horas para salir de España[606]; su concreción dependerá, entre otras, de la actitud o de las circunstancias personales del extranjero, así como de la posibilidad de localizar prontamente un medio de transporte adecuado hacia el país de destino escogido. Las circunstancias personales del extranjero influyen decisivamente en la determinación del concepto de inmediatez de la salida. Estas circunstancias personales pueden consistir en ciertas condiciones físicas o psíquicas del extranjero o en la capacidad

[605] La valoración de que existen las condiciones para la ejecución voluntaria corresponde a la Autoridad gubernativa, pero la valoración de la subsistencia de tales condiciones se atribuye a los agentes encargados de controlar al extranjero, de manera que puedan apreciar la imposibilidad sobrevenida de la ejecución voluntaria o el incumplimiento de los requisitos de "inmediatez" y "sumisión al control policial". De ocurrir tal cosa, los agentes deberán consignar los motivos por los cuales ha decaído la ejecución voluntaria y solicitar autorización gubernativa para proceder a la ejecución forzosa de la devolución. Esta es una de als razones que justifican la necesidad recabar documentalmente la opción del extranjero por la ejecución voluntaria de la salida o su oposición a la misma, así como la elección de un determinado país de destino. Con este documento se cumplirían funciones informativas, de apercibimiento previo a la ejecución forzosa, y probatorias para un posterior revisión jurisdiccional.

[606] Antes el art. 107.a RELOE ya lo establecía.

económica para costearse el billete, pero se manifiestan también en la actitud del extranjero, relevante para determinar sus verdaderas intenciones, pues la elección de la salida voluntaria puede ocultar una voluntad fraudulenta dirigida a eludir el alejamiento. La ausencia de medios de transporte hacia el país de destino en el plazo de tiempo consignado, bastante frecuente respecto de países lejanos o de localidades para las que no existen enlaces habituales, debe modular la exigencia de "inmediatez" al extranjero, pues tal limitación afectaría tanto a la ejecución voluntaria como a la forzosa. Teniendo en cuenta el estrecho margen temporal de que dispone la ejecución voluntaria, la actividad del extranjero durante ese período de tiempo deberá incluir los trámites necesarios en Embajadas o Consulados para conseguir la admisión en su viaje de vuelta, si fuera necesario el transporte aéreo o marítimo, así como los trámites de obtención del billete de viaje si no hubiera Compañía de Transporte que lo facilitase, y en principio también aquellos trámites indispensables para la vida personal o familiar del extranjero.

En definitiva, la concreción de la "inmediatez" de la salida voluntaria en la devolución debe hacerse caso por caso, pero en nigún caso es cuestión baladí, pues la consideración de que ésta no es posible abre la vía de la ejecución forzosa, como ocurrió en el caso sometido a decisión del Tribunal Constitucional en la STC 174/99.

4.- El control policial de la ejecución volutaria de la salida

En una primera aproximación la "supervisión o control policial" comprende la inspección policial de la salida, así como el acompañamiento del extranjero y su detención en caso de fuga[607]. Sin embargo, conviene delimitar con mayor precisión el alcance de este requisito de la ejecución voluntaria de la devolución, para determinar si el extranjero se encuentra en libertad aunque bajo supervisión policial, o bajo detención y por consiguiente con las garantías del art. 17 CE. Después se analizarán otras cuestiones relacionadas con aspectos concretos de gestión de la ejecución voluntaira del deber de salida.

[607] El extinto art. 123.3 RELOE decía "bajo control de los servicios competentes".

En materia de control policial, ante la ausencia de una previsión normativa que señale las técnicas policiales más adecuadas en cada caso, el único elemento de referencia es el criterio de proporcionalidad, principio aplicable a la ejecución forzosa por mor del art. 96 LRJAPyPAC y extensible también a la ejecución voluntaria, que debe traducirse en un equilibrio entre seguridad y libertad. Seguridad para que las medidas alternativas a las restricciones o privaciones de libertad no impliquen un aumento desmesurado del riesgo de fuga, aunque es evidente que ese riesgo forzosamente será mayor si el extranjero no se encuentra detenido. Libertad porque la interpretación de las normas y la actuación de la Administración se rige por el principio *favor libertatis* que obliga a interpretar y aplicar las normas de la forma más favorable a la libertad de las personas.

Aunque el control policial sea una actividad de mera supervisión o inspección, la actividad policial puede revestir un amplio espectro de posibilidades que abarcan desde la mera inspección hasta la detención y aseguramiento del extranjeros. La inspección de la salida del extranjero es la medida más adecuada para aquellos casos en que el peligro de huida sea menor y el extranjero se encuentra en libertad, esa supervisión puede realizarse mediante controles telefónicos, la personación en dependencias policiales, la mera supervisión de la salida[608] y medidas menos lesivas como la separación de los miembros de una familia, un sistema de fianzas económicas o personales o cualesquiera otras medidas menos lesivas, aunque la práctica policial considera que este tipo de medidas son poco prácticas cuando el riesgo de huida sea alto. Lo más habitual será el acompañamiento policial del extranjero hasta la frontera terrestre o puesto fronterizo y durante su estancia en el mismo, para evitar que eluda el cumplimiento de la salida voluntaria o la demore excesivamente. En principio, en estas situaciones existe una restricción de la libertad genérica de que goza el extranjero, aceptada por él mismo para poder beneficiarse de las ventajas de la ejecución voluntaria, pero sin alcanzar la consideración de privación de libertad[609].

---

[608] La Administración policial tiene atribuida la potestad para apreciar y evaluar el riesgo de fuga. El criterio de la proporcionalidad es el parámetro con el que cuentan las Autoridades para seleccionar las medidas de control policial más apropiadas al caso concreto, mediante la adecuada ponderación entre el riesgo de fuga y la libertad del extranjero, En principio serían acreedores a medidas menos restrictivas aquellos extranjeros que hubiesen gozado de medidas alternativas a la detención durante la tramitación del expediente de alejameinto pues demostraron un menor riesgo de fuga corroborado por su opción por la ejecución voluntaria.

[609] Es lógico pensar que, si para obtener el visado de entrada en España o equivalente, o tras su detección en situación irregular, el extranjero ha permanecido en libertad gracias a medidas asegurativas como las del art. 5

En un punto intermedio entre la mera inspección y la detención con compulsión personal se encuentra el acompañamiento policial del extranjero. Esta técnica consiste en la presencia de agentes de policía que acompañan al extranjero en la realización de aquellas actividades necesarias para la salida de España, la principal característica de la cual es que el extranjero puede determinar libremente sus movimientos, si bien estos deben supervisar el cumplimiento voluntario de la salida, pues en caso de desviación de su finalidad los agentes pueden dar por terminada la ejecución voluntaria e iniciar la ejecución forzosa. La coacción existe, pero no llega al grado suficiente para considerar que existe una compulsión personal suficiente para afectar la libertad personal, sino más bien una limitación de la libertad genérica de que goza el extranjero, aceptada por él mismo para poder beneficiarse de las ventajas de la ejecución voluntaria. En todo caso, según la forma en que se desarrolle este "acompañamiento policial" podrá considerarse que se acerca más a la detención (traslado en vehículos policiales, imposibilidad de determinar sus movimientos) o a la actividad de inspección (mera presencia policial de supervisión).

En tercer lugar, como se ha dicho, el control policial puede manifestarse en una restricción de la libertad con el fin de asegurar la devolución, restricción preexistente cuando el extranjero se encontraba internado en un CIE o en una Sala, o impuesta tras una situación de libertad personal y únicamente adoptada con el fin de asegurar la ejecución. En estas circunstancias parece que tanto por la intensidad del control, como por la compulsión personal sobre el extranjero, éste se sometería a una medida restrictiva de su libertad semejante a la "detención asegurativa" de las ejecuciones forzosas de las que se hizo eco la STC 174/99. La aplicación de estas medidas tan restrictivas deforman el sentido de la ejecución voluntaria, pero además carecen del fundamento legal expreso requerido por el art. 100.1 LRJAPyPAC para la aplicación de la compulsión personal. En estos casos, la ejecución deja de ser voluntaria, aunque cuente con la aquiescencia del extranjero, pues una privación o restricción de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la

---

TIDYLE, a un sistema de fianzas económicas o personales, o cualesquiera otro, y esas medidas asegurativas son susceptibles de continuar garantizando el cumplimiento por el extranjero de su salida -piénsese en una fianza que se devuelve al término del viaje-, evidentemente serán menos gravosas para el extranjero que el acompañamiento por agentes de la autoridad, pero también para el peculio público o privado, en caso de que lo financien las Compañías de Transporte. En conclusión, el principio de proporcionalidad exige que, también en las medidas de control policial durante el viaje hacia el país de destino, las Autoridades velen por la aplicación de medidas alternativas a las habituales de detención o acompañamiento policial, menos lesivas de la esfera jurídica del extranjero pero que aseguren suficientemente el cumplimiento de la medida.

acepte, ya que suele hacerlo en evitación de males mayores sobre su estatuto personal (STEDH *De Ooms, Wilde y Bersyp*[610] de 18 de junio de 1971 y STC 341/1993, en relación con la STS de 17 de febrero de 1995[611]).

Consecuentemente, la situación de los extranjeros que opten por la ejecución voluntaria de la salida no será siempre la misma, sino que dependerá de la forma y la intensidad del control ejercido en cada caso.cuando, tanto por su intensidad (traslado en vehículos policiales, imposibilidad de determinar libremente sus movimientos), como por la compulsión personal ejercida sobre el extranjero con el fin de asegurar la devolución (uso de grilletes,...), el control policial pierda su carácter de acompañamiento y se asemeje más a una detención, la salida perderá el elemento de voluntariedad, y se convertiráe en una ejecución forzosa encubierta.

Los problemas en sede de ejecución voluntaria bajo supervisión policial no se limitan a la graduación de las restricciones de la libertad personal, sino que incluye otras cuestiones relacionadas con la concreta gestión de la ejecución voluntariaa de la salida del extranjero. La supervisión del alejamiento efectivo del extranjero puede implicar, desde la mera comprobación de que el extranjero ha efectuado el viaje y ha llegado a su destino, hasta el acompañamiento por agentes de policía durante todo el trayecto, pero en todo caso el control policial se extiende a la comprobación de que el extranjero efectivamente ha realizado el viaje y ha llegado a su destino, donde las autoridades del mismo han aceptado su entrada.

Dentro de las funciones atribuidas a los agentes encargados del control sobre el extranjero, les corresponde la decisión sobre la viabilidad de la ejecución voluntaria, de tal manera que si la ejecución voluntaria deviniera imposible o dejara de reunir los requisitos

[610] CASAL HERNÁNDEZ, *cit. supra* pág. 266 sostiene esta posición aunque algunas sentencias del Supremo se desvían de la misma: STS 1 de febrero de 1995, STS 30 de noviembre de 1995, STS 2 de diciembre de 1994 y 22 de junio de 1992.

[611] La salida del art. 123.3 RELOE es cualquier cosa menos "voluntaria", tal y como declaró la STS de 17 de febrero de 1995 en un caso en el que el extranjero fue objeto de una resolución de expulsión, pero ésta no puedo serle notificada por encontrarse de viaje. A su vuelta se le notificó en frontera y se le detuvo, ante lo cual el extranjero optó por la "salida voluntaria" del art. 85.3 del Reglamento 1119/1986, a la vez que impugnó la resolución de expulsión. El TS consideró que la salida realizada en aquellas circunstancias no pudo menos que ser forzosa y contraria a la voluntad del interesado, como lo demostraba la impugnación de la resolución. Respecto al plazo de impugnación, éste no había transcurrido puesto que no había sido notificado, y siéndolo a su vuelta, impugnó la orden de expulsión dentro de los 10 días posteriores la notificación. Por otro lado, no se pudo demostrar el principal motivo de la expulsión (carencia de medios económicos suficientes), razón por la cual el TS anuló la expulsión y, consecuentemente, el extranjero pudo volver a entrar en España.

exigidos (principalmente la inmediatez) durante su cumplimiento, éstos agentes deberán consignar los motivos por los cuales decae tal posibilidad, y podrán iniciar la tramitación de ejecución forzosa ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno. Precisamente, uno de los peligros en los que puede recaer el control policial tanto en la ejecución voluntaria como forzosa es en la traslación de potestades públicas a entes privados, es decir, cuando se delega el control sobre el extranjero en las agencias de seguridad privada[612] contratadas por las Compañías de Transporte o incluso en la tripulación del barco o avión el control de los extranjeros. Como ha dicho el Defensor del Pueblo, es esta una competencia del Cuerpo Nacional de Policía, a quien le corresponde la custodia de los extranjeros sometidos a alejamiento. Este tipo de prácticas también ha sido rechazado por el Comisario Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa[613].

En cualquier caso, la supervisión de la salida voluntaria del extranjero puede requerir una cierta coordinación previa con las fuerzas de seguridad de los países por los que el extranjero deba transitar antes de alcanzar el país de destino. Sobre esta cuestión, así como sobre el papel de las Compañías de Transporte y de las tripulaciones en la ejecución de la devolución, se insistirá al analizar la intervención policial durante la ejecución forzosa de las medidas de alejamiento[614].

---

[612] Este fenómeno ha sido denunciado por el Defensor del Pueblo respecto a los polizones en el Informe sobre 1994, durante el cual se dictó una instrucción sobre tratamiento de polizones que el Defensor recomendó revisar para garantizar las condiciones de permanencia de los polizones a bordo de los buques, bien cuando éstos no solicitaban asilo, bien cuando se inadmitía a trámite su solicitud. La Dirección General de la Marina Mercante impartió instrucciones para que se contratasen los servicios de empresas de seguridad privada que se encargasen de la vigilancia y custodia de los polizones. EL Defensor del Pueblo estimó que la custodia de polizones sólo podía ser desempeñada por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, correspondiéndoles en exclusividad, por disposición de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

[613] Recomenación 1(2001) de 19 de septiembre, relativa a los derechos de los extranjeros que desean entrar en los Estados Miembros del Consejo de Europa y la ejecución de l.as órdenes de expulsión, Recomendación recogida en el Informe sobre los Derechos Humanos (2002), junto con otras directrices destacadas que deben conformar la legislación y la práctica de los Estados.

[614] El Estado asume el coste económico del alejamiento si no se demuestra la entrada por medio de alguna Compañía de Transporte y el extranjero carece de medios suficientes para pagarse el billete de vuelta (art. 66 TIDYLE), que es lo más habitual en la devolución. Aunque el art. 64.2 TIDLE insinúa la posibilidad de que el coste económico del alejamiento lo asuma el Estado del que es nacional el extranjero, la práctica demuestra todo lo contrario.

5.- Límites a la determinación por el extranjero del país de destino y papel de las Compañías de Transporte

Una vez analizados los elementos propios de la ejecución voluntaria de las medidas de alejamiento, conviene mencionar un elemento problemático de la ejecución voluntaria de las mismas que no se encuentra previsto ni en la legislación ni en el reglamento, a pesar de su trascendental importancia: los límites a la determinación del país de destino por el extranjero. La doctrina no ha abordado el problema de la elección del destino del extranjero en caso de ejecución voluntaria de la medida de alejamiento, probablemente porque consideran que éste es de libre elección por el extranjero. Así parece, si bien en la práctica existen algunas limitaciones a tal opción, que constituye una de las más importantes ventajas que ofrece la ejecución voluntaria: en primer lugar, sólo se acepta la devolución a un Estado que formalmente admita al extranjero; en segundo lugar, si el coste económico del desplazamiento es asumido por el Estado la libertad de elección el extranjero puede resultar limitada.

La primera limitación se adopta como prevención para evitar el retorno por el Estado de destino escogido porque éstos hayan sido inadmitidos. Este planteamiento es similar al que rige en el modelo francés[615], donde se admiten una diversidad de destinos y el extranjero disfruta en ciertos casos de un margen de decisión, siempre que conste su admisión. En España, salvo que el extranjero escoja como destino un país que esté obligado a admitirlo en aplicación del art. 13 PIDCP, la libertad de elección resulta drásticamente reducida por la exigencia del requisito de la admisión formal, que obliga al extranjero a probar su admisión, lo cual será difícil dado el escaso tiempo de que dispone el extranjero para tramitar su estancia en aquél país. En este sentido deberían admitirse como prueba tanto los documentos expedidos por las autoridades de tales países (posesión de un pasaporte de ese Estado, visado de entrada o estancia, permiso de residencia) como cualesquiera otros que demuestren la admisión en ese Estado (sería suficiente por ejemplo la demostración de

[615] En el modelo francés el extranjero es expulsado hacia el país de su nacionalidad, el que le haya provisto de los documentos de viaje o cualquier otro en el que el extranjero sea legalmente admisible. En previsión de un posible interés contrapuesto el sistema francés estipula en el art. 27 ter. *Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945* que la decisión sobre el país de destino de la expulsión o de la *reconduite à la frontière* es una decisión distinta de la medida de alejamiento, a la vez que articula un recurso cuya única finalidad es la determinación del Estado de destino.

que la esposa del extranjero es nacional del país escogido, y que por esa razón se admitirá su entrada sin más complicaciones).

Las limitaciones por razones económicas a la libre determinación del país de destino se derivan de la concurrencia de una serie de circunstancias: si el extranjero carece de medios suficientes para pagarse el billete hacia el país seleccionado tras su expulsión (art. 100.2.b REDYLE), o no puede demostrarse su entrada con alguna Compañía de Transporte que resulte obligada legalmente a proporcionárselo (art. 138 REDYLE), supuestos de lo más habitual en las entradas ilegales o clandestinas de extranjeros, entonces el billete debe ser costeado por el Estado, que realizará una fiscalización del destino del extranjero para evitar opciones abusivas. El órgano administrativo que determina el destino del extranjero debería ser la Autoridad gubernativa, que podría escoger entre los Estados propuestos por el extranjero que puedan admitir al extranjero y supongan un menor coste económico o la diferencia de coste sea razonable (entre la devolución a Marruecos o a Argelia, si el extranjero prefiere Argelia y la diferencia de precio es razonable, parece más acorde con el espíritu de la ejecución voluntaria la devolución hacia Argelia). La aplicación flexible de estos criterios puede decantar a muchos extranjeros a optar por la ejecución voluntaria, opción que siempre será mucho más beneficiosa para el Estado que la ejecución forzosa, no sólo en términos económicos sino también en cuanto que es menos restrictiva de derechos de los extranjeros y consecuentemente más humana.

En cambio, en los casos en que pueda responsabilizarse a una Compañía de Transporte de la presencia en frontera de un extranjero al que se le deniega la entrada ésta asume los costes del retorno (art. 66.3 TIDYLE), así como de facilitar el traslado del extranjero a otro país, conforme al art. 66.3.d TIDYLE, que prescribe lo siguiente:

> **Art. 66.3 TIDYLE.-** "Asimismo, toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada a:
> (...)
> d) Transportar a los extranjeros a que se refieren las letras b) y c) de este apartado hasta el Estado a partir del cual le haya transportado, bien hasta el Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado, o bien a cualquier otro Estado que garantice su admisión y un trato compatible con los derechos humanos"

Sobre esta cuestión, MARTINEZ ATIENZA considera que la normativa vigente responsabiliza a las compañías o empresas de transportes a través de las que el extranjero hubiera efectuado la entrada obligándolas a proporcionarle la salida del territorio español en el enlace más próximo, interpretación confirmada por el texto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (Penal) de 28 de octubre de 1994[616]. En los casos residuales en que las Compañías de Transporte estén obligadas a facilitar el billete de salida del territorio nacional, se plantea la duda sobre la onerosidad que supone la asunción por las Compañías del coste del billete de viaje a cualquier país que el extranjero escoja y las Autoridades acepten por constar la admisión formal del extranjero en ese otro país. Esta cuestión se abordará con mayor detalle en sede de ejecución forzosa.

6.- La desviación de la práctica administrativa en el trámite de ejecución voluntaria y sus efectos sobre la dinámica de la devolución

La interpretación expuesta hasta aquí obliga a efectuar una seria valoración de la ejecución voluntaria, valoración que exige una previa delimitación de la finalidad de la misma, y la comparación con la práctica administrativa.

Las razones que fundamentan la opción por la ejecución voluntaria son básicamente dos: la menor lesividad para los derechos del extranjero y el hecho de que el cumplimiento con la aquiescencia del extranjero siempre conduce a mejores resultados que con su oposición. Pero aparte de la obligación normativa de la Administración de facilitar la ejecución voluntaria, ésta tiene un interés directo en promover la ejecución voluntaria sobre la ejecución forzosa, pues supone un ahorro de tiempo y de medios, tanto humanos como

[616] Sentencia nº 77/1994, Rollo de Apelación 125/1994. Esta Sentencia hacía una referencia a la "salida voluntaria" del art. 85.3 del RE 1119/1986, y a la obligación de las compañías de transporte de proporcionar la salida en el enlace más próximo, en los siguientes términos: "Es decir, si se trata de los supuestos contemplados en los apartados 3 y 4 del citado precepto, en realidad no se llega a permitir la entrada, puesto que en el primero de ellos de forma voluntaria el extranjero deberá repasar la frontera, o reemprender el viaje marítimo, aéreo o terrestre; previéndose, en el segundo, la obligación de las compañías o empresas de transporte en las que se hubiere efectuado la entrada de proporcionar la salida en el enlace más próximo. Si esta salida no tiene lugar por alguno de los procedimientos mencionados, la ejecución de la orden de devolución se llevará a cabo en la forma prevista para las expulsiones en el artículo 89, en el que únicamente se prevé la detención y conducción al puesto fronterizo, puerto o aeropuerto por donde haya de hacerse efectiva la salida."

económicos.Esta obligación normativa y el interés directo en la promoción de la ejecución voluntaria como vía alternativa a la ejecución voluntaria debería traducirse, primero, en un esfuerzo por parte de la Administración para que los extranjeros opten por esta vía, potenciando sus aspectos más beneficiosos para el extranjero: la menor lesividad de sus derechos y la libre elección del país de destino; segundo, en un esfuerzo por favorecer la ejecución voluntaria a través de la interpretación normativa y de la actuación administrativa.

Sin embargo, la Administración omite el ofrecimiento de esa posibilidad mediante la anulación de la libertad de elección del destino y la expansión de los límites a la ejecución voluntaria, y acudir así al expediente de ejecución forzosa que le resulta más cómodo, aunque se sirva de medios más lesivos para la esfera de derechos del extranjero. La libertad de elección del país de destino desaparece cuando la Autoridad gubernativa impone el destino, generalmente en función de criterios económicos o porque la frecuencia de los enlaces es más propicia al cumplimiento de los plazos para la ejecución de la medida de alejamiento. En estos casos, que son la mayoría, la selección del país de destino se asimila a la ejecución forzosa. La expansión de los límites a la ejecución voluntaria se aprecia tanto en la interpretación administrativa del concepto de inmediatez como en la renuncia a formas de control policial alternativas a la detención. La exigencia de inmediatez no está puesta en relación con un límite temporal, sino que su apreciación se encuentra en manos de la Administración, que lo valora con excesiva discrecionalidad. El uso extensivo de la detención en lugar de otras medidas alternativas de control policial suprime la posibilidad de organizar la salida de forma voluntaria, salvo que plegarse a los dictados de la policía se considere ejecución voluntaria. Por si fuera poco, la autoimposición por la Administración de un límite de las setenta y dos horas para ejecutar algunas medidas de alejamiento como la devolución o el retorno, urge a la Administración a reducir o suprimir de hecho la facultad de ejecución voluntaria, apreciando que dicho plazo estará muy cerca de su vencimiento: muchas peticiones de ejecución voluntaria de estas medidas estarán destinadas al fracaso si se enmarca el concepto de inmediatez dentro del tiempo que reste para el transcurso de las 72 horas, pues en cuanto existan indicios de que el extranjero no podrá salir en el período restante para el cumplimiento de ese plazo, se considerará incumplido el requisito de "inmediatez" de la ejecución voluntaria y se procederá a la ejecución forzosa. No se olvide

que además, esta concepción de las 72 horas como límite decanta a la Administración a seleccionar destinos cuyo enlace sea más frecuente a pesar de que no sean los que haya seleccionado el extranjero.

Por otro lado, el control policial ejercido en la ejecución voluntaria prescinde habitualmente del recurso a medidas alternativas a la detención o al acompañamiento policial, por lo que tiende a asimilarse en su grado de limitación de los derechos a la ejecución forzosa. La consecuencia de ello es el recurso a la detención del extranjero en combinación con técnicas de compulsión personal y neutralización del extranjero, que, en vez de asentarse sobre una base legal conforme al art. 100.1 LRJAPyPAC, se manifiestan en una vía ejecutiva en la que no tienen cabida este tipo de actuaciones coactivas[617]. Además, la Administración no suele documentar en el expediente la opción del extranjero por la ejecución voluntaria de manera que dificulta el control judicial posterior[618].

Todas estas razones hacen que la Administración no considere la ejecución voluntaria como un medio útil de alejamiento. Si la Administración continúa con la interpretación expuesta hasta aquí y tiende a equiparar en sus efectos la ejecución voluntaria y la forzosa, estará subvirtiendo el sentido de la ejecución voluntaria de modo que las ventajas que al extranjero reportaría la ejecución voluntaria se difuminarán y dejarán de ser atractivas incluso para aquellos extranjeros dispuestos a salir voluntariamente. En esta espiral la Administración acabará por no ofrecer tal posibilidad a ningún extranjero, negándoles un derecho normativamente reconocido. Sin embargo, a nivel teórico la ejecución voluntaria constituye una alternativa interesante y probablemente eficaz, siempre y cuando se insista en las ideas de libertad de destino y menor lesividad, a través de medidas alternativas de control policial y eliminando el límite temporal de las 72 horas.

---

[617] VELASCO CABALLERO, Francisco: "Expulsión administrativa, ...", cit. *supra*, pág. 326.

[618] Esta práctica administrativa desviada confluía en el pasado con la previsión del art. 123.4 RELOE que impidía el internamiento de extranjeros en el caso de la devolución o su detención más allá de un breve pero indeterminado plazo en los supuestos de retorno del art. 38.2 y 41.4 RELOE, precepto que tenía el perverso efecto de motivar a los extranjeros a intentar dilatar al máximo el procedimiento para obtener la puesta en libertad por mor de dicho precepto o para forzar a la Administración a ejecutar la devolución contra-reloj cuando disponía de escasos medios económicos, humanos o técnicos. No es nada desdeñable la posibilidad de eludir la devolución por esta vía desde el momento en que el porcentaje de devoluciones ejecutadas forzosamente es claramente inferior al de las ordenadas.

III.- La ejecución forzosa del deber de salida en las medidas de alejamiento

Cuando la ejecución voluntaria no sea posible por alguna de las razones anteriormente expuestas, el alejamiento del extranjero deberá realizarlo la Administración mediante la ejecución forzosa conforme al "régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería", es decir a la normativa general sobre procedimientos administrativos de la LRJAPyPAC (arts. 21.2 TIDYLE y art. 92.1 REDYLE) porque aunque prevista en los arts. y 58 TYDLE y 138.3 y 4 REDYLE, ni la Ley ni el Reglamento prevén la forma en que la ejecución forzosa de la devolución debe llevarse a cabo[619]. Como guía y complemento del régimen general de ejecución de los actos administrativos debe recurrirse a la analogía con la expulsión y el retorno, en la medida de lo posible. De otro lado, en este apartado también se analizarán los rasgos de la ejecución forzosa que al tener por finalidad el traslado del extranjero incurso en alguno de los supuestos de devolución hacia el "país de origen o procedencia", obliga generalmente a mantenerlo privado de libertad e incluso a emplear técnicas policiales de compulsión personal.

1.- La determinación del medio más apropiado para la ejecución forzosa (art. 96 LRJAPyPAC)

Sea por imposibilidad de ejecutar voluntariamente el deber de salida, sea por la negativa del extranjero a abandonar el territorio, puede ocurrir que la Administración deba recurrir a la ejecución forzosa de la resolución administrativa de alejamiento del extranjero, lo cual obliga a plantearse cuál es el medio ejecutivo más adecuado en estos casos.

[619] En el antiguo art. 123.6 RELOE la ejecución de la devolución debía hacersse "en la forma prevista para las expulsiones", remisión al régimen de la ejecución forzosa de la expulsión que precisaba de algunos ajustes para adaptarlo a la figura de la devolución, por ejemplo, excluir la aplicación del apartado d) del art. 107.1 RELOE ya que no existe devolución preferente, o modular la aplicación del apartado e) del art. 107.1 RELOE, pues la devolución sólo admite internamiento cuando se infringe la prohibición de entrada. Esa remisión al régimen de la expulsión, aunque criticable, fue admitida por la STC 174/99.

1.1.- La ejecución subsidiaria del art. 98 LRJAPyPAC

Obviamente, no lo son todos aquellos medios de ejecución forzosa previstos en el art. 96 LRJAPyPAC, sino únicamente la ejecución subsidiaria recogida en los arts. 96.1.b) y 98 LRJAPyPAC, que encaja con el deber de hacer personal, que no personalísimo, ínsito en las medidas de alejamiento[620]. En este sentido debe despejarse una posible confusión: el hecho de que la ejecución subsidiaria del art. 98 LRJAPyPAC pueda requerir el recurso a la compulsión personal del art. 100.1 LRJAPyPAC no debe confundirse con el recurso directo a la compulsión personal como medio de ejecución forzosa de los previsto en la lista del art. 96.1.d) LRJAPyPAC y desarrollado en el art. 100.1 LRJAPyPAC para las obligaciones personalísimas de no hacer o soportar (los actos personalísimos de hacer no pueden ser objeto de compulsión física en tanto que sólo puede llevarlos a cabo el obligado[621]). Lo que ocurre es que la ejecución subsidiaria del alejamiento de España por la Administración policial, en cuanto actividad administrativa que incide sobre la persona del extranjero, implica para éste un deber de abstención o tolerancia de la misma sin oponer resistencia; cuando el extranjero opone una resistencia obstaculizadora a la ejecución subsidiaria, la Administración policial emplea la compulsión personal en la que es especialista para la preservación de la actividad administrativa. El problema que plantea la ejecución subsidiaria de la devolución es la posibilidad de que el extranjero adopte una actitud hostil frente a la misma. En línea con lo expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la resistencia u hostilidad desplegada por el extranjero puede contestarse por la Administración mediante el recurso a la compulsión personal del art. 100 LRJAPyPAC, pues la ejecución subsidiaria por la Administración de un "deber de hacer fungible" del extranjero, comporta para éste una obligación de abstenerse de obstaculizar tal ejecución.

---

[620] Hay que descartar el apremio sobre el patrimonio (art. 97 LRJAPyPAC), porque se encamina a la satisfacción de deudas dinerarias, y la multa coercitiva, pues su utilización carecería del respaldo legal que impone el art. 99.1 LRJAPyPAC, dado que este precepto exige una autorización legal expresa de la multa coercitiva, estipulando la forma y la cuantía de la multa, por otro lado la multa coercitiva sería de escasa utilidad para forzar la salida de España de inmigrantes sin recursos.

[621] COBO OLVERA, Tomás: Régimen jurídico de las Administraciones Públicas. (Análisis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid 1999, pág. 538. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ recuerdan que en las obligaciones personalísimas de hacer sólo cabe la ejecución indirecta por medio del resarcimiento de daños y perjuicios previsto en el art. 100.2 LRJAPyPAC.

El incumplimiento por el extranjero del deber de salida, abre la puerta a la ejecución forzosa del mismo por la Administración en la forma de una ejecución forzosa subsidiaria prevista en el art. 98 LRJAPyPAC. La ejecución subsidiaria es un medio de ejecución forzosa de obligaciones fungibles o no personalísimas, es decir, de aquellas obligaciones o deberes que pueden ser realizados por sujetos distintos del obligado, en este caso por la propia Administración, punto en el la regulación de las medidas de alejamiento se conforma al art. 98.2 LRJPAyPAC, aunque su coste pueda repercutirse posteriormente sobre el obligado.

Ciertamente, según se mire el deber de salida del territorio puede constituir un deber de hacer personal o fungible o un deber personalísimo[622]. Ahora bien, una interpretación funcional de las medidas de alejamiento y del propio deber de salida, pasa por entender que dicho deber puede considerarse satisfactoriamente cumplido si se obtiene el resultado perseguido: el traslado del extranjero hacia otro país y su presencia fuera del territorio español. Tal resultado puede obtenerse, desde luego, mediante la ejecución voluntaria por el obligado de ese deber o mediante el traslado del extranjero fuera de España por un tercero, sea éste la Administración, una Compañía de Transporte o cualesquiera comisionado para ello. La solución por la que se ha decantado el art. 65 TIDYLE es la de que la ejecución forzosa de la expulsión corre a cargo de la Administración que "procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión"; lo mismo ocurre en la ejecución forzosa del deber de salida en los supuestos de retorno del art. 60.1 TIDYLE pues "serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible" y de devolución del art. 58.4 y 5 TIDYLE al reconocer que la autoridad gubernativa competente para la expulsión solicitará el internamiento del extranjero "cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas". En todos estos casos es evidente que la autoridad gubernativa y los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes son los encargados de promover y, en su caso, realizar los actos ejecutivos de la medida de alejamiento; ahora bien, en la ejecución de la misma pueden requerir la colaboración de terceros, principalmente las Compañías de Transporte. La

[622] En contra VELASCO CABALLERO, Francisco: "Expulsión administrativa,...", cit. *supra*, pág. 326, quien afirma: "la salida de España es, indudablemente, un acto personalísimo, por lo que las únicas dos formas de ejecución forzosa serían a *priori* la multa coercitiva y la compusión personal".

cuestión de hasta qué punto el Estado puede traspasar la responsabilidad a las Compañías de Transporte y a las empresas de seguridad privada contratadas por éstas, se abordará más adelante, aunque ciertamente puede desnaturalizar este mandato.

Cuestión distinta es que el coste de la medida deba asumirlo el Estado, que en realidad sólo lo hace subsidiariamente, en ausencia de otro responsable con medios económicos para asumirla. En este sentido, la regulación de la expulsión es taxativa respecto de la repercusión sobre el extrenjero de los costes de la ejecución: "La ejecución de la resolución de expulsión se efectuará a consta del extranjero si tuviere medios económicos" (art. 64.2 TIDYLE). Opción que se extiende a la devolución, cuya ejecución se rige por lo dispuesto para la expulsión (arts. 58.4 y 5 TIDYLE), y en sentido distinto pero excluyente de la responsabilidad económica del Estado, en el retorno, donde son las Compañías de Transporte las que asumen el coste de la ejecución del mismo (art. 66 TIDYLE), en cuanto terceros responsables de la misma. Por consiguiente, el traslado del extranjero fuera de España se realiza a costa del mismo o de la Compañía, corresponsable de la presencia en frontera del extranjero, consituye otro argumento más a favor de la calificación como ejecución subsidiaria de la ejecución forzosa de las medidas de alejamiento.

1.2.- La ejecución subsidiaria por la Administración del deber de salida y la instrumentalidad del recurso a la compulsión personal del art. 100.1 LRJAPyPAC

Como se ha dicho, la ejecución subsidiaria del art. 98 LRJAPyPAC puede requerir instrumentalmente el empleo de la compulsión personal ante actitudes hostiles o resistentes del extranjero. En una primera aproximación, la compulsión personal del art. 100.1 LRJAPyPAC sería inaplicable como vía de ejecución forzosa de la devolución, pues está vía sólo es aplicable a obligaciones o deberes de abstención ("no hacer"). El único supuesto en el que cabría recurrir a la compulsión personal lo formulan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ[623], para quienes la ejecución forzosa por la Administración de un "deber de hacer fungible" (no personalísimo) como es la salida[624], implica para el extranjero una

[623] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *cit. supra*, pág. 757.

[624] Retomando un ejemplo ya utilizado, el dueño del muro que debía ser derrumbado tiene la obligación de derribarlo si amenaza ruina ("obligación de hacer fungible"), pero si no lo hace, la Administración puede

obligación de abstenerse de obstaculizar tal ejecución. Cualquier resistencia del obligado distinta a la negativa a ejecutar voluntariamente puede ser removida utilizando la compulsión personal del art. 100 LRJAPyPAC, pues sobre el obligado pesa el deber de tolerar cuantas acciones sean necesarias para llevar a cabo la ejecución. Considerando que el reverso del "deber de hacer fungible" es un deber de no hacer o tolerar, puede inferirse una habilitación a la Administración para recurrir a la compulsión personal como medio de ejecución forzosa, cuando el extranjero se oponga a la ejecución subsidiaria[625].

La compulsión sobre las personas para la ejecución forzosa, según BARCELONA LLOP, comporta *algo más* de aquello que el título ejecutivo contiene en sí mismo, consecuencias cuya producción, aún siendo previsible, no estaba contemplada en el título. Ese *plus*, ese ir más allá en la restricción de los derechos del extranjero, no prevista en un título ejecutivo es el elemento característico de la compulsión personal elaborada inicialmente por MAYER y sostenida por la doctrinal alemana actual (*unmittelbarer Zwang*). La ejecución personal por compulsión personal generalmente provoca consecuencias negativas distintas a las inicialmente previstas en el título ejecutivo, es más, la característica natural de la compulsión personal es que ese *plus* restrictivo afecte a derechos del extranjero que no tienen relación directa con el objeto de la ejecución forzosa, tal y como ocurre, por ejemplo, en la disolución de una manifestación ilegal o en la aplicación de un tratamiento sanitario obligatorio, cuyos títulos ejecutivos no afectan directamente a ciertos derechos como la integridad física o la libertad personal o ambulatoria, no obstante lo cual, su ejecución puede comportar restricciones a estos derechos. Sin embargo, la corrección teórica del planteamiento, no impide observar que el empleo de la compulsión personal en estos casos revela serios problemas de constitucionalidad, a pesar de los esfuerzos de la STC 174/1999 por obviar tales defectos en la regulación anterior, no subsanados por la legislación posterior.

---

derribarlo por la vía de la ejecución forzosa, en cuyo caso el dueño del muro debe soportar esa actuación y no obstaculizarla ("obligación de soportar"). Se trataría de un ejemplo claro de ejecución subsidiaria del art. 98 LRJAPyPAC.

[625] Siguiendo con la comparación anterior, podemos imaginar que el dueño del muro se encadene al muro o agreda a los funcionarios municipales que acuden a derribar el muro; en este caso lo más probable es que intervenga la policía para que esa persona deponga su actitud o reducirla para que el muro pueda ser derribado.

En nuestro ordenamiento, el art. 53.1 CE establece una reserva de ley para la regulación del ejercicio de los Derechos Fundamentales, así como para el establecimiento de límites a los mismos (STC 6/1981[626], STC 83/1984 o STC 25/1984,). A esta interpretación obedece el art. 100.1 LRJAPyPAC, que condiciona el uso de la compulsión personal a la existencia de una "previsión legal expresa" y al respeto de la dignidad y de los derechos reconocidos por la Constitución, regulación que no se limita a incorporar escrupulosamente los mandatos del art. 53.1 CE sino que extiende la protección de las personas más allá del respeto al contenido esencial del derecho[627]. Si se entiende que la ejecución forzosa por compulsión personal[628] constituye una actividad restrictiva de los Derechos Fundamentales, deberá ajustarse como mínimo a los requisitos del art. 53.1 CE para no ser tachada de inconstitucional. Ello nos obliga a analizar detenidamente, primero, si la compulsión personal limita realmente los Derechos Fundamentales, y segundo, si cumple la exigencia de previsión legal de la limitación de derechos, y respeta el contenido esencial de los mismos.

El primer requisito para poder aplicar el art. 53.1 CE a la compulsión personal sobre el extranjero es que ésta limite los derechos del extranjero. La respuesta a esta cuestión no puede ser más que genérica. En la devolución el título ejecutivo incide en la libertad ambulatoria de la que supuestamente no es titular el extranjero, pero además requiere de la detención del extranjero y su traslado forzoso a otro país (arts. 123.6 y 107.1.b RELOE), lo cual implica la restricción de la libertad personal, y frecuentemente la restricción de otros Derechos Fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 17 CE) y los derechos a la intimidad y el honor (art. 18 CE). De todas formas, ni toda ejecución

---

[626] STC 6/1981FJ 4º: "Ciertamente cualquier limitación de estas libertades sólo es válida en cuanto hecha por Ley, no ya porque así lo exijan diversos Pactos Internacionales ratificados por España, sino, sobre todo, porque así lo impone la propia Constitución que extremando aún más las garantías, exige para esas leyes limitativas una forma especial e impone al propio legislador una barrera infranqueable (arts. 53 y 81)".

[627] El hecho de que la devolución deba ajustarse a las garantías mínimas impuestas por el art. 53.1 CE y no a las garantías más amplias del art. 100.1 LRJAPyPAC es harto discutible, pero supone introducir el debate sobre la eficacia de una ley ordinaria general posterior (LRJAPyPAC) sobre una ley orgánica especial anterior (LOE) y su Reglamento (RELOE). De todas formas creo que el debate quebraría a favor de la aplicación de la aplicación del régimen de la LRJAPyPAC en tanto que la regulación se encuentra en el art. 123.6RELOE, que siendo de 1996 debía incorporar ya lo dispuesto en la LRJAPyPAC sobre compulsión personal, sin que valga el argumento de que se trata de una regulación especial con su propio régimen especial de regulación de la compulsión personal análogo al de la expulsión que fue admitido por la interpretación conforme de la STC 115/1987, pues el art. 36.2 LOE ni siquiera contiene una remisión al régimen de la expulsión. Sin embargo, a efectos metodológicos y en evitación de este debate, que no empece el resultado final de la argumentación, he admitido la aplicación del régimen mínimo de garantías del art. 53.1 y he renunciado a exigir el más amplio del art. 100.1 LRJAPyPAC.

[628] MAYER, *cit. supra*, defendió también la coacción administrativa directa para ciertos casos de autodefensa administrativa, en evitación de hechos punibles y en los casos de extrema necesidad.

forzosa comporta el empleo de técnicas coactivas restrictivas de los derechos, ni todas las técnicas coactivas tienen la misma incidencia, de modo que la incumplimiento de los requisitos del art. 53.1 CE dependerá del grado de restricción que comporten tales medidas. Para la intromisión voluntaria en la integridad física, por ejemplo, la STC 207/1996[629] ("intervenciones corporales" para la investigación penal) ha distinguido entre intervenciones leves y graves, según afecten en mayor o menor medida a la salud de la persona o le puedan causar sufrimiento. El Tribunal Constitucional ha exigido una previsión legal específica, que sea ordenada generalmente por un Juez de forma motivada (salvo inspecciones corporales o intervenciones corporales leves en que el legislador puede autorizar, en casos de urgencia, a la policía judicial ordenar su realización), que la intromisión en la integridad física persiga una finalidad constitucionalmente legítima ("interés general previsto por ley") y respete el principio de proporcionalidad (juicio de idoneidad, necesidad y sustituibilidad). Además, el Tribunal Constitucional exige que la práctica de estas intervenciones no suponga un riesgo o quebranto para la salud ni un trato inhumano o degradante para la dignidad de la persona. En todo caso, si existe hostilidad del extranjero lo más probable es que se emplee algún grado de fuerza para su disuasión (inmovilización, colocación de esposas, empujones, etc...) que generalmente suponen una limitación de derechos. De forma similar COBREROS MENDAZONA[630] reconoce que los tratamientos sanitarios forzosos por compulsión directa, no tienen un contenido restrictivo, en sí mismos considerados, de la libertad personal del afectado (pues éstos no consisten en la privación de libertad del enfermo sino en ciertos tratamientos médicos), pero puede ser necesaria tal restricción como medio instrumental para imponer el tratamiento sanitario al afectado. En la devolución el objeto de la compulsión física no es la investigación de delitos, sino la ejecución de medidas de control migratorio o, más bien, la reacción frente a infracciones administrativas. Sin embargo, la doctrina expuesta en la STC 207/1996 es de aplicación, con matices, a las medidas de compulsión personal que supongan una intervención en el derecho a la integridad física.

---

[629] Antes de esta STC, conviene reseñar algunas Sentencias referidas a la alimentación forzosa de los presos del GRAPO (STC 120/1990, STC 137/1990, STC 11/1991), sobre la prueba de paternidad (STC 7/1994), la esterilización de deficientes (STC 215/1994) o la aplicación de rayos X a presos (STC 35/1996).

[630] COBREROS MENDAZONA, E: Los tratamientos sanitarios obligatoros y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español), HAEE/IVAP, Oñati 1988, págs. 233 y ss.

En segundo lugar, el art. 53.1 CE exige una previsión legal para las limitaciones de los Derechos Fundamentales, exigencia recogida expresamente por el art. 100.1 LRJPAyPAC y reiterada por la STC 174/1999 en el concreto ámbito de la compulsión personal para la ejecución forzosa. El problema de la ejecución forzosa de las medidas de alejamiento está precisamente en la ausencia de previsión expresa en el TIDYLE que autorice la compulsión personal. Dado que los artículos 57 a 64 TIDYLE tienen rango de Ley Orgánica en virtud de la Disposición Final 1ª de la LO 8/2000, puede vadearse la discusión sobre el tipo de Ley necesaria para la previsión de la compulsión personal: Ley Orgánica o Ley ordinaria[631]. Superado este problema, conviene centrarse en determinar si existe una regulación legal de la ejecución forzosa de las medidas de alejamiento en conjunto o, al menos, de cada una de ellas; o si por el contrario, tal ausencia requiere una aplicación analógica del régimen de ejecución forzosa mediante compulsión personal prevista para la expulsión al resto de medidas de alejamiento, devolución y retorno.

Aunque el enunciado del precepto circunscribe su ámbito de aplicación a las órdenes de expulsión, la ausencia de regulación de la ejecución forzosa en la devolución y el retorno debe determinarse si tal regulación puede extenderse a estas otras medidas de alejamiento.

En su STC 174/1999 el Tribunal Constitucional sostuvo la extensión del régimen de la ejecución forzosa por compulsión personal de la expulsión al esto de medidas de alejamiento, sobre la base de una interpretación más que discutible de la "detención asegurativa" como fundamento jurídico de la compulsión personal del art. 100.1 LRJAPyPAC. Dicha Sentencia estableció el fundamento legal de la compulsión privativa de libertad de las medidas de alejamiento en el antiguo art. 33.1 LOE[632], cuya redacción ha sido reproducida casi idénticamente por el art. 64.1 TIDYLE:

> **Art. 64.1.-** *Ejecución de la expulsión*
>
> **1.-** Una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas excepto en los casos en que se aplique el procedimiento preferente. En caso de incumplimiento

[631] Cfre. las posiciones de COBREROS MENDADOZA y BARCELONA LLOP, *cit supra*.

[632] El art. 33.1. LOE afirmaba lo siguiente: "Los extranjeros que fueren objeto de una orden de expulsión vendrán obligados a abandonar el territorio español en el plazo fijado en la citada orden, que no podrá ser inferior a setenta y dos horas. En caso de incumplimiento, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 34.

se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores, que no podrá exceder de cuarenta días.

En este sentido, la posible crítica en que podía incurrir tal interpretación del art. 31.1 LOE debe reiterarse respecto del art. 64.1 TIDYLE: al extender más allá de la expulsión el ámbito de aplicación del art. 33.1 LOE para justificar la legalidad de la detención asegurativa de la devolución (o de cualquier medida de alejamiento), la STC 174/99 olvida que no es admisible la extensión analógica de un precepto que contempla restricciones a la libertad personal del art. 17.1 CE a otras situaciones no contempladas en el mismo, espcialmente cuando existe una reserva legal expresa recogida en los arts. 53.1 CE y 100.1 LRJAPyPAC. En esta concreta Sentencia, el Tribunal Constitucional pasó por alto estas circunstancias para evitar el decaimiento de la figura de la devolución por falta del rango constitucionalmente exigido a a la norma de cobertura de la compulsión personal limitativa de la libertad ("detención asegurativa"). A pesar de esta merma en la eficacia de la figura, el Tribunal debió reconocer la ausencia de fundamento legal suficiente y exhortar al legislador a corregir un defecto legal perfectamente subsanable, mediante una previsión legal expresa de la detención en la regulación de las otras medidas de alejamiento[633]. Con posterioridad, el Legislador ha subsanado parcialmente esta ausencia de previsión legal expresa de la detención, al contemplar en la regulación del retorno del art. 60.4 TIDYLE la detención administrativa del extranjero así como la obligación de solicitar su internamiento judicial en caso de que fuera a alargarse más de setenta y dos horas (art. 60.1 TIDYLE); en cambio, la previsión legal expresa de la detención en los supuestos de devolución del art. 58.2 TIDYLE es más problemática, a pesar de la lógica aplastante que justificaría un reconocimiento expreso de la misma: en la devolución la previsión legal de la detención administrativa debe derivarse del art. 58.5 TIDYLE que reconocce que "cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitara de la autoridad judicial la emdida de internamiento previsata para los expedientes de expulsión". Si se puede solicitar

[633] VELASCO CABALLERO, cit. *supra*, también apunta esa falta de previsión legal, aunque en el marco de una argumentación sustancialmente distinta a la aquí defendida.

internamiento tras setenta y dos horas es posible inferir que a tal internamiento ha precedido una detención adminstrativa, aunque no estaría de más que el Legislador le diera rango y configuración legal[634].

Ante este panorama, sólo es constitucionalmente admisible la ejecución forzosa por compulsión personal cuando el grado de inmisión de ésta sobre los Derechos fundamentales (no sólo sobre su contenido esencial) sea inapreciable, es decir, sólo se podrá recurrir a aquellas técnicas policiales que no limiten los derechos fundamentales del extranjero, pues de lo contrario la actuación policial amparada legalmetne en el instituto de la detención carecería de la cobertura legal exigida por el art. 53.1 CE y el art. 100 LRJPAyPAC. Siendo ésta la única interpretación admisible para preservar la constitucionalidad de la regulación de los preceptos reguladores de la ejecución de las medidas de alejamiento (una suerte de "interpretación conforme"), aparte de forzada, es absolutamente inoperativa para la mayor parte de los casos en que la hostilidad del extranjero requiera la utilización de técnicas coactivas que puedan incidir gravemente sobre los derechos del extranjero[635], tal y como más adelante se expondrá.

La entera regulación de la ejecución forzosa de las medidas de alejamiento debe extraerse de la prevista para la expulsión en el art. 64.1 TIDYLE, a la cual puede considerarse que remiten los arts. 58.4 y 5 TIDYLE para la devolución y, con mayor dificultad los arts. 60.1 y 3 TIDYLE para el retorno, por cuanto remiten al procedimiento de ejecución o internamiento previsto para la expulsión. Una habilitación tan genérica e implícita a la Administración para el empleo de la compulsión personal como medio de ejecución forzosa de la devolución en la forma de las expulsiones (art. 64.1 TIDYLE), Además, el contenido del art. 64.1 TIDYLE se limita a preveer de forma genérica la

[634] La regulación reglamentaria de los arts. 137 y 138 REDYLE se cuida mucho de ofrecer fundamento jurídico reglamentario a la detención preventiva de los extranjeros, aunque está implicito en toda la regulación del retorno y la devolución.

[635] Ante la resistencia del extranjero a la ejecución subsidiaria (art. 98 LRJAPyPAC), el recurso a la compulsión personal del art. 100 LRJAPyPAC, aunque justificado bajo determinadas condiciones, carece de base legal suficiente. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *cit supra* pág 757, al definir la ejecución subsidiaria del art.98 LRJAPyPAC: "Cualquier otra resistencia del obligado, sobre quien pesa el deber de tolerar cuantas acciones sean necesarias para llevar a cabo la ejecución puede ser removida utilizando otro de los medios de ejecución forzosa que prevé la LPC la compulsión sobre las personas..."

detención y acompañamiento policial del extranjero para su traslado fuera del territorio nacional, pero nada prevée sobre el ejercicio de la compulsión personal. Tómese como modelo de referencia si se quiere, a pesar de toda la crítica que han suscitado, la regulación legal de la compulsión personal aplicable en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) del art. 62 quinquies TIDYLE, y se observará que entre los "medios de contención personal" en él previstos y la previsión genérica de la detención y conducción policial a frontera de la expulsión hay un abismo. El primero cumple formalmente el requisito de previsión legal y expresa de la compulsión personal y el art. 64.1 TIDYLE no.

La misma carencia padece el art. 100.2.b) REDYLE, que tampoco presentaría rango legal suficiente para cumplir la reserva formal y material de ley exigida por los arts. 53.1 CE y 100.1 LRJAPyPAC para la compulsión personal (STC 83/1984). En estas circunstancias, no puede menos que concluirse que, **la normativa actual carece de regulación legal de las técnicas coactivas (compulsión personal) aplicables en la ejecución forzosa de ninguna de las medidas de alejamiento, que por su naturaleza son limitaivas de los Derechos Fundamentales,** pues la regulación legal de las mismas únicamente dota de cobertura a la detención del extranjero. La simple alegación del respeto del principio de proporcionalidad es de escasa utilidad para regular completamente una actuación administrativa que deviene una vía de hecho administrativa susceptible de nulidad absoluta, tema sobre el que volveremos más adelante.

En la STC 174/1999 el Tribunal Constitucional pasó por alto estas circunstancias para evitar el decaimiento de la figura de la devolución por falta del rango constitucionalmente exigido a a la norma de cobertura de la compulsión personal limitativa de la libertad ("detención asegurativa")[636]. A pesar de esta merma en la eficacia de la figura, el Tribunal debió reconocer la ausencia de fundamento legal suficiente y exhortar al legislador a corregir un defecto legal perfectamente subsanable, mediante una previsión expresa en el art. 36.2 LOE o un tercer apartado en el art. 33 LOE.

[636] Téngase en cuenta que la devolución se aplica anualmente a más de 25.000 extranjeros. Cfre. la *tabla nº 1* del anexo estadístico incluido en el *Capt. VIII.*

Tal fundamento legal no puede localizarse tampoco en normativa distinta a la de legislación especial de extranjería. En el ámbito de las medidas de alejamiento, la ejecución forzosa del deber de salida del extranjero es competencia que recae sobre los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, quienes en su actuación deberán ajustarse al marco normativo compuesto: primero, por la normativa general sobre actuación policial (CE, CP, LOFCS y LOPSC y normativa infralegal) y la normativa especial de extranjería (TIDYLE y REDYLE), y segundo, por lo que establezca el acto o resolución ejecutiva dictado por la Autoridad gubernativa o el órgano administrativo apoderado para ello (arts. 67 TIDYLE, art. 58.2 y 4 TIDYLE, art. 137.2 y 6 REDYLE), que debe personalizar el régimen coactivo aplicable al extranjero, determinando las concretas medidas que deben adoptarse o al menos configurar el margen de actuación de que disfrutan los agentes policiales para ejecutar la medida.

Entre las fuentes normativas generales debe situarse en primer lugar la Constitución, que contiene los principios generales de actuación de la Administración en el ejercicio de las funciones que le son atribuidas (art. 9.3 CE) y los principios que rigen particularmente la actuación policial (art. 104 CE). Como en España las técnicas coactivas siguen sin estar reguladas completamente, AGIRREAZKUENAGA[637] señala la enorme trascendencia del principio de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados, especialmente si estos lesionan Derechos Fundamentales, no sólo en materia de extranjería sino en general en cualquier actuación administrativa en que se requiera el uso de la fuerza. En segundo lugar, el Código Penal y la interpretación jurisprudencial de sus preceptos permiten perfilar los límites a la coacción policial en la ejecución forzosa de la devolución (delitos de homicidio, lesiones, coacciones o detención ilegal).

Por su lado dos leyes regulan específicamente la actuación policial coactiva: la LOPSC regula la actuación de los Cuerpos de Seguridad en el ámbito de la convivencia ciudadana, lo que se ha calificado como tranquilidad u orden en la calle (art. 1.2 LOPSC), esta norma contiene algunas medidas que requieren el uso de la fuerza, recogiendo el límite de la

[637] AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, *cit.* págs. 242-243: "la caracterización de la fuerza debe comenzar por su conceptualización, que, a mi juicio siguiendo a la doctrina alemana, sería la intervención sobre personas o cosas a través de la violencia corporal, sus medios auxiliares o las armas. Es decir, que los grados de la fuerza utilizada pueden ir desde el simple contacto de la mano para significar a alguien 'que se le acompañe', hasta el grado máximo del disparo mortal en casos extremos. Corresponde al legislador fijar la delimitación entre las advertencias o comunicaciones que deban preceder a la fuerza, siempre que sea posible, el uso de la misma."

proporcionalidad o actuación menos lesiva (por ejemplo, la disolución de reuniones y manifestaciones del art. 16.2 LPSC, previene que tal actuación deberá realizarse "en la forma que menos perjudique"). La segunda norma específica sobre actuación policial coactiva es la LOFCS, de la que se pueden extraer una serie de principios, a parte de los generales de sumisión a la CE, al principio de legalidad (art. 5.1.a LOFCS) o la interdicción de tratos discriminatorios (art. 5.1.b LOFCS): está impedida cualquier violencia física o moral sobre las personas cuando esta sea abusiva, arbitraria o discriminatoria (art. 5.2.a LOFCS), mantener un trato correcto respecto de las personas y esforzarse en facilitar la información lo más amplia posible (art. 5.2.b LOFCS), pronta actuación pero siempre congruente, oportuna y proporcional (art. 5.2.c LOFCS), velar por la vida e integridad de aquellas personas detenidas o bajo su custodia, y concretamente respetar su honor y dignidad (art. 5.3.a LOFCS), deberán agilizar los trámites y respetar los plazos escrupulosamente en casos de detención (art. 5.3.b LOFCS). El uso de las armas está regulado en el art. 5.2.d LOFCS, que sólo autoriza su uso ante graves situaciones de riesgo para la vida o la integridad de las personas, o ante graves riesgos de la seguridad ciudadana conforme a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad. Existen sin embargo algunas instrucciones y circulares internas sobre medios policiales coactivos, que detallan el uso de la fuerza policial, pero ninguna referida directamente a la cuestión que nos ocupa, cuando en este terreno serían de gran utilidad. Por su lado la jurisprudencia ha ido delimitando el uso policial de la fuerza[638].

Por su lado, el Defensor del Pueblo, en su Informe sobre 1996[639], sostiene que las medidas de compulsión personal deben aplicarse sin menoscabo de la integridad física y

[638] Una selección jurisprudencial puede encontrarse en AGIRREAZKUENAGA, *cit. supra*, y en SÁNCHEZ GARCÍA, Mª Isabel: Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad, Ed. JM Bosch, Barcelona 1995.

[639] Especial atención se presta en el Informe del Defensor del Pueblo, correspondiente al año 1996, a las medidas de compulsión física sobre las personas en cumplimiento de resoluciones de expulsión forzosa. La medida de expulsión de un extranjero con carácter forzoso debería ejecutarse utilizando aquellas medidas que, habitualmente, permitan la compulsión física de una persona sin menoscabo, en ningún caso, de su integridad física y moral. Caso de que una persona sobre las que se aplicasen las medidas ofreciese una resistencia por virtud de la cual no pudiese ejecutarse la expulsión, debería procederse a suspender la misma, poniendo en conocimiento de la autoridad judicial los hechos. Debe intervenir la autoridad judicial como garantía ante la resistencia de un extranjero a ser expulsado.

Tomando en consideración que, a veces, las medidas que adopta la policía, pudieran ser calificadas como de trato degradante para las personas a las que se aplican, parece necesario afirmar que, ante la actitud de resistencia de una persona a ser expulsada, la compulsión que se debe ejercer sobre la misma, además de guardar proporción con la resistencia, debe gozar en última instancia de la debida autorización judicial, que puede otorgarla el propio juez encargado de supervisar el internamiento, al ser la expulsión, como se ha

moral de la persona, de tal manera que si la resistencia alcanza un grado tal que ponga en peligro la integridad del extranjero, se deberá suspender la ejecución de la medida y recurrir al Juez del internamiento para que decida. En todo caso la medida deberá guardar una proporcionalidad con el fin perseguido. Este razonamiento, relativo a la ejecución de la expulsión, es extensible a la devolución y el retorno por cuanto las medidas de compulsión física son idénticas en ambos casos.

Por lo que se refiere al régimen especial de las técnicas coactivas en el ámbito de la ejecución forzosa de la salida, el recurso a la compulsión personal tiene un límite infranqueable en la exigencia de previsión legal específica del art. 53.1 CE, de manera que actualmente sólo son constitucionalmente admisibles las técnicas coactivas que no limiten los Derechos Fundamentales de los extranjeros. Por otro lado, la intervención del Delegado del Gobierno o Subdelegado, o del órgano administrativo apoderado apra ello, al ordenar la ejecución forzosa de la devolución mediante acto administrativo distinto al de alejamiento, debe concretar al máximo el grado de intervención sobre los derechos del extranjero, de manera que sirva de guía para la actuación de los agentes policiales.

Si se piensa bien, el art. 53.1 CE impone una reserva de ley para las intervenciones limitativas de derechos, reserva de ley que no se cubre con una previsión genérica como la del art. 100.1 LRJAPyPAC, que únicamente reproduce a su vez la exigencia de un norma habilitante con rango de ley para el ejercicio de la compulsión personal. En el contexto de la LOE la habilitación para la detención y traslado del extranjero a efectos de expulsión (art. 33.1 LOE) no podía ampliarse más allá de su tenor literal pues se trataba de una medida limitativa de derechos de interpretación obligadamente restrictiva. De la misma manera que la lectura del art. 36.2 LOE sólo podía extraerse una habilitación legal implícita para la ejecución forzosa, del actual art. 58.2 TIDYLE sólo cabe extraer una apoderación implícita

---

señalado, la prolongación obligada de la medida de privación de libertad adoptada por la autoridad judicial (Recomendación nº 23/96).

La primera parte de la Recomendación sobre limitaciones a la compulsión física en expulsiones forzosas fue atendida por el Ministerio del Interior, pero la segunda parte de la misma, sobre suspensión de la expulsión en caso de fuerte resistencia y remisión del caso a la autoridad judicial, no fue aceptada por el Ministerio basando su argumentación en que el control judicial a que están sometidos todos los actos administrativos debe operarse en el marco de lo que dispone la Constitución que lo configura como un control revisor a posteriori que, de forma general, no da cabida en estos supuestos al control jurisdiccional previo.

para el uso de la compulsión personal insuficiente para cubrir la reserva de ley impuesta por el art. 53.1 CE, tal y como de forma general exige el propio art. 100.1 LRJAPyPAC. Por la misma razón, la analogía con la regulación de la ejecución forzosa de la expulsión recogida en el art. 100.2 REDYLE no es de recibo. En conclusión, a pesar de la doctrina de la STC 174/1999 la compulsión personal como forma de ejecución forzosa de las medidas de alejamiento debería haber contado con una habilitación expresa en la Ley, en la que se detallaran las técnicas y procedimientos policiales más adecuados para llevarla a cabo, tal y como también sería deseable para el resto de medidas de alejamiento.

2.- El procedimiento de ejecución forzosa

La ejecución forzosa está dirigida a realizar el resultado del alejamiento sin la colaboración del sujeto obligado que es el extranjero, mediante el traslado del extranjero que se encuentra en territorio nacional, o en su frontera, al país de origen, nacionalidad o procedencia del extranjero, o cualesquiera otro que lo admita.

2.1.- Iniciación del procedimiento administrativo de ejecución forzosa del alejamiento: requisitos y órganos adminstrativos competentes

El procedimiento de ejecución forzosa se puede iniciar por dos vías: la primera, a instancia de los agentes policiales encargados de la supervisión de la ejecución voluntaria de la medida de alejamiento, cuando consideren que esta forma de ejecución ha devenido de imposible cumplimiento o cuando el extranjero haya rehusado la ejecución voluntaria tras la notificación de la orden de devolución; la segunda, directamente por la autoridad gubernativa cuando de los elementos obrantes en el expediente se pueda concluir *a priori* la imposibilidad de su ejecución voluntaria. En el primer caso, los agentes encargados de la vigilancia y seguimiento del extranjero deberán comunicar estas circunstancias a la Autoridad gubernativa, proveyéndola de la mayor información posible sobre la situación, para que ésta autorice la ejecución forzosa mediante resolución motivada, distinta y

posterior a la orden de devolución. En el segundo caso, la autorización de ejecución forzosa se resolvería al mismo tiempo que la orden y se podría incorporar a la misma, si bien, en aplicación del principio de subsidiariedad de la ejecución forzosa, esta forma de proceder debería ser la excepción.

Antes de autorizar la ejecución forzosa, la autoridad gubernativa puede aplazar, suspender o simplemente rechazar esta forma de ejecución, especialmente en tres supuestos: primero, cuando no concurran los requisitos exigidos para la ejecución forzosa, particularmente si no se ha agotado la vía de la ejecución voluntaria; segundo, que la devolución no pueda realizarse materialmente por falta de presupuesto, desconocimiento de la nacionalidad del extranjero, ausencia de medios materiales, o cualquier otra causa; tercero, porque el alejamiento del extranjero entrañe una vulneración de sus Derechos Fundamentales o un peligro para los mismos, por ejemplo en el caso de que sufra una enfermedad grave[640], se encuentre en avanzado estado de gestación (arts. 58.3 TIDYLE y 138.4.a REDYLE), haya presentado una solicitud de asilo (arts. 64.4 TIDYLE, 58.3 TIDYLE y138.4.b REDYLE) o el alejamiento vulnere sus derechos (principio de *non refoulement*), etc.. Supuestos no todos ellos contemplados en todas y cada una de las medidas de alejameinto, pero que deberían recibir un trato similar.

Por consiguiente, para proceder a la ejecución forzosa de las nedidas de alejamiento es condición indispensable: primero, que el deber de salida de España haya sido personalizado con expresa determinación de las condiciones, plazo y forma de la misma por la resolución administrativa (denegación de entrada, orden de devolución, decreto de expulsión) que sirve de fundamento jurídico a la ejecución de conformidad con el art. 93.2 LRJAPyPAC; segundo, que la resolución administrativa haya sido válidamente notificada al extranjero[641] (arts. 97, 137 y 138 REDYLE interpretados de conformidad al art 58 LRJAPyPAC y 92

[640] Sobre la protección de los derechos de los extranjeros por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en estos casos léase *STEDH B.B vs Francia* de 7/9/98, *STEDH D vs Reino Unido* de 2/5/97, *STEDH Soering vs Reino Unido* de 7/7/89, o las *SSTEDH Andric vs Suecia, Majic vs Suecia, Pavlovic vs Suecia, Maric vs Suecia, Andrijic vs Suecia, Juric vs Suecia, Pranjko vs Suecia*, de 23/2/99, también puede consultarse CHUECA SANCHO, Ángel C.: *cit. supra*, o FULCHIRON, Hugues, *cit. supra*.

[641] El apercibimiento previo del art. 95 LRJAPyPAC no está formalmente previsto en la fase ejecutiva de la devolución, si bien tampoco aparece en la regulación de la expulsión. En opinión de BARCELONA LLOP, *cit. supra* pág. 217, h carencia de este trámite esencial disminuye la protección del administrado frente a las ejecuciones forzosas al vulnerar la regla de prevalencia de la ejecución voluntaria de la que es garantía. En la devolución es importante como medio para asegurar la posibilidad de ejecutar voluntariamente la salida, especialmente en los supuestos de "pretender entrar ilegalmente" en España, donde no existe resolución administrativa previa e individualizada que obligase al extranjero a abstenerse de entrar en territorio español (a diferencia de los supuestos de contravención de la prohibición de entrada).

REDYLE)); tercero, que el deber de salida del territorio nacional sea válido y eficaz[642]; y cuarto, que el extranjero haya sido apercibido previamente de la posibilidad de ejecutar forzosamente la resolución administrativa. En la autorización de ejecución forzosa, la Autoridad gubernativa debe constatar la concurrencia de los requisitos anteriores y exponer las razones que han obligado en el caso concreto a optar por la ejecución forzosa. Además, la autorización debe contener una habilitación a los servicios policiales para que procedan a la ejecución material de la devolución, acto administrativo de cobertura que debe contener como mínimo: primero, el país de destino al que se aleja al extranjero; segundo, el grado de coacción administrativa necesario para el caso concreto en atención a circunstancias como el riesgo de huida, el comportamiento durante el procedimiento, la edad, el sexo, la situación personal del extranjero, etc.; y tercero, una autorización judicial, si ésta fuera necesaria para emplear determinadas técnicas coactivas intrusivas cuya intensidad supere la habilitación legal para la detención. En todo caso, la autorización es una resolución escrita que facilita la información del extranjero (art. 35 LRJAPyPAC) y el posterior control jurisdiccional sobre la devolución. La autorización tiene un contenido materialmente distinto a la resolución administrativa que impone el deber de salida y, en general, deberá adoptarse con posterioridad a la misma, aunque en la práctica la autoridad gubernativa automatiza la ejecución forzosa de la expulsión mediante habilitaciones genéricas a la policía.

Precisamente para evitar perjuicios innecesarios al extranjero y evitar que los Estados de destino lo inadmitan en su territorio, sería recomendable que además del trámite de audiencia en fase declarativa, existiera un breve trámite de audiencia en fase ejecutiva circunscrito a la formulación de alegaciones sobre la forma de la ejecución, la intensidad de la coacción o el país de destino hacia el que se aleja al extranjero[643]. Extendida por la Autoridad gubernativa la autorización de ejecución forzosa, la Policía podrá emprender los

---

[642] Esta definición excluye la posibilidad de ejecutar forzosamente aquellas órdenes que hayan sido suspendidas cautelarmente por la autoridad judicial, o sobre las que se hayan solicitado medidas cautelares sobre las que el Tribunal no se haya pronunciado (STC 78/1996, de 20 de mayo). Cfre.: LAFUENTE BENACHES, Mercedes: *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid 1992.

[643] En el modelo francés el extranjero es expulsado o bien hacia el país de su nacionalidad, o bien hacia el que le haya provisto de los documentos de viaje o hacia cualquier otro en el que el extranjero sea legalmente admisible. En previsión de un posible interés contrapuesto, el sistema francés en el art. 27 ter. *Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945* separa la decisión sobre el país de destino de la decisión expulsión o de *reconduite à la frontière*, articulando a la vez un recurso específico con la única finalidad de variar el país de destino propuesto por el Estado. Cfre.: VANDENDRIESSCHE, *cit. supra*, pág. 128 o JULIEN-LAFERRIÈRE, François: *Droit des étrangers*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 2000.

trámites necesarios para la ejecución material de la devolución: la obtención de las autorizaciones de tránsito por terceros Estados, las garantías de admisión por el Estado de destino, la adquisición del billete de viaje o reserva de pasaje, la determinación de los agentes encargados de la ejecución material de la medida (conducción hasta la frontera o acompañamiento hasta el medio de transporte, en función de lo dispuesto por la Autoridad gubernativa), etc.. Una vez estos trámites se hayan realizado, podrá ejecutarse materialmente la medida de alejamiento, con el traslado del extranjero a la frontera terrestre o su embarque en el medio de transporte que le conducirá al país de destino señalado en la medida de alejamiento, de forma similar a como se detalla para el retorno en el art. 137.4 REDYLE. La responsabilidad de la Administración se extiende hasta la entrada del extranjero en el país de destino y se prolonga hasta que las Autoridades de ese país admitan su entrada, velando por el extranjero para que no acabe inmovilizado en espacios internacionales o rechazado por las Autoridades del país de destino.

2.2.- Tramitación y resolución de la ejecución forzosa

2.2.1. La actividad administrativa de ejecución forzosa

El procedimiento de ejecución forzosa debería iniciarse por los agentes policiales encargados de la vigilancia y seguimiento del extranjero. Con este trámite se pretende que los agentes comuniquen a la autoridad gubernativa el incumplimiento de la ejecución voluntaria o su imposibilidad sobrevenida. La comunicación debería ser preferentemente escrita y formalizada, a efectos de facilitar el control jurisdiccional posterior, sin embargo existirán casos en los que la comunicación sea meramente verbal, por lo que el control jurisdiccional sólo podrá tener como elemento de referencia la decisión gubernativa de ejecución, que deberá exponer, entre las razones que justificaban el recurso a la ejecución forozosa, aquellas circunstancias de las que se infirió el incumplimiento del deber de salida. En la comunicación a la Autoridad, la policía debe facilitar la mayor información posible sobre el mejor modo de ejecutar forzosamente el deber de salida, lo que requiere algunos

actos previos de contacto con las Embajadas y Consulados, así como con las Compañías de Transporte correspondientes.

Recibida la comunicación, la Autoridad, si a la vista del expediente y de la comunicación concurren las condiciones exigidas, deberá "disponer" la ejecución forzosa de la medida de alejamiento, de forma que el acto administrativo o resolución de la autoridad gubernativa no es de mero trámite sino que presenta un contenido de gran trascendencia, a pesar de la práctica administrativa que ha tendido a minimizarlo y eliminarlo. En primer lugar, supone una apreciación jurídica cualificada sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para la ejecución forzosa. En segundo lugar, debe contener una autorización para la ejecución forzosa con habilitación a los servicios policiales para que procedan a la ejecución material del alejamiento. Y en tercer lugar, debe señalar los medios de ejecución forzosa y las condiciones de la misma, que vincularan a los funcionarios subalternos encargados de la ejecución material. Se convierte así, el acto gubernativo, en la disposición de cobertura del resto de actuaciones, que si se desvían del mismo podrán reputarse viciadas o no amparadas en la ejecución forzosa. De ahí su enorme trascendencia como acto de cobertura de las actuaciones policiales de ejecución material, autorizándolas y delimitándolas, y de ahí que dicho acto tenga un contenido materialmente distinto de la devolución y que deba ser adoptado de forma posterior a la misma, para que no se convierta en una pura formalidad[644].

La adopción de tal decisión no es obligatoria en todo caso, pues la Autoridad gubernativa o delegada para ello dispone de cierto margen de actuación para aplazar, suspender o simplemente denegar la ejecución forzosa de la medida de aleamiento, especialmente en tres supuestos: primero, cuando no concurran los requisitos exigidos para la ejecución forzosa, particularmente si no se ha agotado la la vía de la ejecución voluntaria; segundo, cuando la medida de alejamiento no pueda realizarse materialmente por falta de presupuesto, indeterminación de la nacionalidad del extranjero, ausencia de medios

[644] Téngase en cuenta que el art. 107 RELOE establece que el Decreto de expulsión y la orden de ejecución forzosa de la misma están separados en el tiempo por un mínimo de 72 horas, y que además pues tienen un contenido distinto, a pesar de lo cual en todos los decretos de expulsión, tras decretar la expulsión del extranjero, la autoridad gubernativa añade un párrafo del siguiente tenor: "Se encomienda a la Jefatura Provincial del Cuerpo Nacional de Policía hacer efectiva la expulsión, a partir de la fecha en que no tenga pendiente de cumplimiento responsabilidades penales o desde que, por parte de la Autoridad judicial competente se autorice su expulsión o se acuerde, como medida sustitutiva de la pena que le fuera aplicable, la salida de España, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.2, párrafos 1 y 2 de la LO 7/1985." Con esta habilitación genérica a la policía, la autoridad gubernativa automatiza la ejecución forzosa de la expulsión renunciando a su control, de forma contraria a lo dispuesto en el art. 107.1.b RELOE.

materiales, o cualquier otra causa; tercero, porque el alejamiento del extranjero entrañe una vulneración de sus Derechos Fundamentales o un peligro para los mismos, por ejemplo en el caso de que sufriera una enfermedad grave o pudiera vulnerarse el principio de *non refoulement*, etc..

La opción por la ejecución forzosa, obliga a la Autoridad gubernativa a dictar una "orden de ejecución forzosa" de la devolución, del retorno o de expulsión. Este es un acto administrativo distinto al emitido en fase declarativa que deberá especificar el país de destino al que se aleja al extranjero, contener una habilitación para que la Policía ejecute forzosamente la devolución, con especial mención de los medios coactivos de los que podrá servirse la policía para ejecutar dicha medida, y sobre todo detallar las causas que obligan a la ejecución forzosa. El Delegado o Subdelegado del Gobierno deberá valorar circunstancias como el riesgo de huida, el comportamiento durante el procedimiento, su edad, el sexo, la situación personal, etc., para la determinación del grado de coacción administrativa apropiado al caso concreto; la Autoridad puede considerar suficiente el acompañamiento policial del extranjero al avión o, por el contrario autorizar el empleo de la fuerza incluyendo técnicas de inmovilización del extranjero durante el trayecto hasta su puesta a disposición de las autoridades del país de destino. En todo caso, éste acto administrativo deberá ser escrito y formal, en aras de la debida información del extranjero que exige el art. 35 LRJAPyPAC, así como del posterior control jurisdiccional. Sin embargo, la parquedad de la regulación de la fase ejecutiva de las medidas de alejamiento obliga a buscar en la LRJAPyPAC con mayor detalle las condiciones que el ordenamiento impone a la Administración para la ejecución forzosa.

Con la orden de ejecución forzosa emitida por la Autoridad, la Policía podrá emprender los trámites necesarios para la ejecución material del alejamiento que todavía estuvieran pendientes, tales como la obtención de las autorizaciones de tránsito por terceros Estados o de las garantías de admisión por el Estado de destino, la adquisición del billete de viaje o reserva de pasaje, la determinación de los agentes encargados de la ejecución material de la medida (conducción hasta la frontera o acompañamiento hasta el medio de transporte, en función de lo dispuesto por la Autoridad gubernativa), etc... . Aunque todos

estos trámites ejecutivos están destinados únicamente al traslado del extranjero fuera de España, pueden incidir de forma importante en los derechos del extranjero; por ejemplo, piénsese en el recurso a los Convenios de Readmisión en supuestos en que estos no son aplicables porque no concurre uno de los requisitos de aplicabilidad.

A partir del momento en que estos trámites ejecutivos internos se han realizado, puede ejecutarse materialmente el alejamiento, que generalmente consiste en el traslado desde la Comisaría de Policía en la que se encuentra detenido hasta la frontera, hasta el avión que le llevará al país de destino[645] o hasta las Autoridades del país de destino si existe peligro de huida o adopta una actitud peligrosa para la seguridad general del medio de transporte. Por consiguiente, el fin de la ejecución forzosa de la medida se produce con el libramiento del extranjero y su admisión por las Autoridades del Estado al que éste es devuelto, de forma que en los supuestos en que el extranjero no hubiese viajado con escolta policial, la Administración debe velar para que el extranjero no acabe inmovilizado en espacios internacionales o sea rechazado por las Autoridades de destino, pues según el TEDH los Estados son responsables *"pour ricochet"*) de lo que ocurra al extranjero por su falta de diligencia en el alejamiento.

En cualquier momento del procedimiento podrá el extranjero efectuar alegaciones respecto a la ejecución forzosa, especialmente si tal medida puede resultar en una vulneración de sus Derechos Fundamentales, pero evidentemente el mejor momento es el trámite de audiencia, durante el cual se podrán presentar también alegaciones sobre la ejecución de la medida. Esta es otra de las razones por las cuales la ejecución forzosa inmediata puede impedir al extranjero conocer los detalles de la ejecución material de su alejamiento y oponerse l mismo, como ocurriría si el país de destino no le es comunicado hasta el momento del embarque y el extranjero es enviado a países en que existe una confrontación étnica, religiosa, etc... en las que puede verse implicado (SSTEDH *Andric vs Suecia, Majic vs Suecia, Pavlovic vs Suecia, Maric vs Suecia, Andrijic vs Suecia, Juric vs Suecia, Pranjko vs Suecia*, de 23/2/99[646]).

---

[645] La importancia de la posibilidad de escoger el país de destino es de tal trascendencia que en el Derecho francés se contempla un recurso específico sólo para la impugnación del país de destino. Cfre.: VANDENDRIESSCHE, *cit. supra*, pág. 128.

[646] Así lo ha reconocido el TEDH en su jurisprudencia, pero de forma muy clara en sus recientes *Sentencias Andric vs Suecia, Majic vs Suecia, Pavlovic vs Suecia, Maric vs Suecia, Andrijic vs Suecia, Juric vs Suecia,*

Sobre las garantías de que dispone el extranjero durante la ejecución forzosa de la devolución, no puede más que discreparse de la posición sostenida en la STC 174/1999. En dicha Sentencia se afirma que el extranjero sujeto a la compulsión personal del art. 100.1 LRJAPyPAC para ejecutar forzosamente la devolución sufre una "detención asegurativa" no se encuentra limitada por el plazo de las 72 horas del art. 17.2 CE si bien tampoco puede dilatarse en el tiempo.

2.2.2.- Los problemas derivados de la gestión de la ejecución forzosa del alejamiento: aspectos económicos

El art. 100.2.b) REDYLE se aparta un tanto de lo establecido en el art. 64.2 TIDYLE al manifestar que "La ejecución de la resolución de expulsión se efectuará a costa del extranjero *si éste dispusiera de medios económicos.*" Puede considerarse que el Reglamento ha ampliado los límites legalmente establecidos para repercutir el coste de la expulsión sobre el extranjero, pues no es lo mismo disponer de medios económicos para afrontar los gastos derivados de la expulsión que simplemente disponer de medios económicos. Una interpretación restrictiva de la Ley únicamente admiter repercutir sobre el extranjero dicho coste cuando, o bien el extranjero disponga de medios económicos más allá de los mínimos de subsistencia, por ejemplo los establecidos por la LEC para la embargabilidad de bienes y pensiones, o bien cuando el extranjero o alguien en su lugar haya depositado una fianza o fijado una cuenta sobre la que gravar tales costes, fórmula no prevista en nuestra legislación.

2.3.- La detención asegurativa a efectos de ejecución forzosa

Por lo que respecta al extranjero sujeto a una medida de alejamiento, lo más corriente es que se encuentre privado de libertad, ya sea en situación de "detención cautelar o

---

Pranjko vs Suecia, de 23/2/99, en las que el TEDH considera que no había riesgos en la expulsión a Croacia o a la parte croata de Bosnia-Herzegovina, salvo que a causa de dicho traslado terminaran en una zona de Bosnia donde no hubiera población mayoritariamente croata, en cuyo caso podría existir un riesgo real de que la expulsión conportase una vulneración del art. 3 CEDH.

preventiva" durante la fase declarativa del procedimiento, ya sea en situación de "detención asegurativa" durante la fase ejecutiva, tal y como se desprende de la STC 174/1999[647]. Aunque la situación de privación de libertad aparentemente pueda parecer la misma, el régimen de ambas detenciones y las consecuencias que cada una de ellas despliega son distintas, si bien su interpretación no está exenta de algunos problemas.

En todos los supuestos de alejamiento, y a diferencia de la legislación anterior, si la ejecución requiere un plazo superior a setenta y dos horas para su ejecución, la Autoridad gubernativa debe solicitar al Juez de Instrucción el internamiento del extranjero; tal previsión responde a la lógica expuesta en la STC 115/1987, que subordina la constitucionalidad de las medidas de detención cautelar o asegurativa de extranjeros a la existencia de un control jurisdiccional sobre las mismas transcurrido el plazo máximo de setenta y dos horas.Así puede observarse en la actualidad en los arts. 58.5 TIDYLE, art. 60.1 TIDYLE y 64 TIDYLE.

En relación a la detención, el *Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa*[648] suele prestar especial atención en sus *estándares* de protección[649] a la existencia y efectividad en los ordenamientos nacionales de tres derechos que, en su opinión, previenen la comisión de torturas y tratos o castigos inhumanos o degradantes sobre las personas detenidas, y que por extensión son aplicables a los extranjeros detenidos en cualquier fase del procedimiento de alejamiento, incluso desde el mismo instante de la

[647] Aquella Sentencia estableció la distinción entre la detención preventiva inicial, adoptada durante la sustanciación del expediente de devolución, y la detención asegurativa, que se iniciaba con la orden de devolución y perduraba hasta la ejecución de la devolución.

[648] Entre las muchas actividades de protección y promoción de los Derechos Humanos en Europa, el Consejo de Europa elaboró en 1987 el *Convenio Europeo de Prevención de la Tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes* de 1987 que en su parte sustantiva contiene algunas disposiciones de aplicación a los procedimientos de control migratorio y alejamiento de extranjeros. El Convenio ha instituido un órgano específico de vigilancia, el *Comité para la Prevención de la Tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes (CPT)*, compuesto por expertos nacionales, cuyo mandato tiene por objetivo promover entre los Estados signatarios la protección del derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes. El CPT lleva a cabo su trabajo mediante la emisión de informes sobre las prácticas de los Estados, la visita a los establecimientos de detención de los Estados y la publicación de un documento que recoge los *standards* de protección establecidos a partir de los diferentes informes elaborados.

[649] La existencia de esos *standards* es justificada por el CPT en la necesidad de ofrecer con antelación "claros indicios a las autoridades nacionales sobre la forma en que las personas privadas de libertad deben ser tratadas, y en un sentido más general, para estimular el debate sobre estas cuestiones", tal y como se afirma en el preámbulo a la publicación de los mismos; cfre. EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADATING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT): *The CPT standards. "Substantive" sections of the CPT's General Reports*, documento ref. CPT/Inf/E (2003)1, disponible en http://www.cpt.coe.int/en/documents/eng-standards-scr.pdf y actualizado periódicamente.

privación de libertad: el derecho del detenido a comunicar su detención a un tercero de su elección (embajada o consulado, familiar, amigo, etc...), el derecho de acceso a un abogado y el derecho al examen por un médico de su propia elección[650].

El CPT ha perfilado el contenido mínimo y el alcance de esos derechos a lo largo de la situación de detención policial, aclarando por ejemplo, que el retraso en el ejercicio de tales derechos con el fin de proteger intereses de terceros o la acción de la justicia deben estar claramente definidos con una delimitación temporal estricta; igualmente ha sostenido que el derecho a asistencia y asesoramiento letrado por parte de un abogado debe ser efectivo desde el inicio mismo de la detención y en condiciones mínimas de confidencialidad así como de contar con su presencia durante el interrogatorio; del mismo modo ha efectuado recomendaciones sobre las condiciones de realización de los exámenes médicos[651], sobre los interrogatorios policiales y su registro[652], sobre condiciones deseables de los espacios de detención, etc...[653]

En particular, sobre los extranjeros sujetos a detención el Comité ha reiterado su posición sobre la situación de prevención de libertad a que puede dar lugar la permanencia forzosa en una zona de tránsito o una de las denominadas "zonas internacionales" de los aeropuertos, dando lugar a una detención en los términos del art. 5.1.f) CEDH, de conformidad con lo estableico por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia *Amuur v. Francia* de 25 de junio de 1996, sobre las condiciones deseables de permanencia en los puestos fronterizos de entrada, en los centros específicos de detención de extranjeros, en las comisarías e, incluso, excepcionalmente en las prisiones por causas

---

[650] En su informe sobre España el CPT constata la persistencia de un tratamiento de los detenidos disconforme con los *standards* fijados por el Comité en relación precisamente con estos tres derechos que el Comité considera esenciales, constatación además que conlleva el incumplimiento de recomendaciones clave recogidas en informes anteriores. Cfre: CPT: *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), from 22 to 26 July 2001*, Strasbourg, 13 March 2003 [CPT/Inf (2003)22] par. 4, y la respuesta del Gobierno español rechazando el incumplimiento de tales derechos en CPT: *Response of the Spanish Government...* [CPT/Inf (2003)23]. Ambos documentos pueden consultarse en http://www.cpt.coe.int.

[651] En este sentido el CPT ha llegado a recomendar la elaboración por los colegios profesionales de listados de médicos y abogados para que, excepcionalmente, los detenidos puedan escoger uno distinto al provisto por la misma policía, consultese CPT: *The CPT standards. "Substantive" sections*, cit. supra.

[652] Sobre estoos extremos deben tenerse en cuenta las recomendaciones contenidas en el 6th General Report [CPT/Inf (96) 21] y en el 12th General Report [CPT/Inf (2002) 15].

[653] La Recomendación 1257 (1995) de la Asamblea Parlamentaria sobre condiciones de detención en los Estados miembros del Consejo de Europa, recogió el contenido del 2º Informe General de la CPT [CPT/Inf (92)3] sobre estas cuestiones.

justificadas[654]. Respecto a las garantías durante la detención de extranjeros a efectos de alejamiento, además de ser de aplicación las generales sintetizadas anteriormente, les son de aplicación algunas garantías suplementarias: la información en un lenguaje comprensible de todos sus derechos y del procedimiento aplicable en su caso, siendo especialmente deseable la provisión sistemática de documentos explicativos de su situación y de sus derechos; igualmente se les reconoce el derecho a mantener el contacto con el exterior durante su detención, a acceder a un teléfono y a recibir visitas de familiares y representantes de organizaciones relevantes de defensa de sus derechos.

Respecto al internamiento en Centros de Internamiento, la ECRI ha manifestado su "profunda preocupación por los informes acerca de los inmigrantes que llegan ilegalmente a las Islas Canarias y que se enfrentan a condiciones sumamente difíciles antes o durante su detención en los aeropuertos de Lanzarote y Fuerteventura, inclusive la masificación, las malas condiciones higiénicas y de salud, y la falta de comunicación con el mundo exterior. Otros problemas son el acceso inadecuado a la información, a una asistencia jurídica, y a servicios de traducción e intepretación y, como se ha mencionado anteriormente, las dificultades que conlleva el acceso al procedimiento de asilo" (par. 57). Sobre tales instalaciones, la ECRI no está segura de que los centros de Lanzarote y Fuerteventura puedan realmente considerarse centros de internamiento. Igualmente la ECRI señala que el control judicial de la detención, exigido por la ley para los migrantes privados de libertad durante más de setenta y dos horas, parece ser más frecuente en el plano formal que en el práctico.

2.4.- El ejercicio de la compulsión personal en la ejecución forzosa de las medidas de alejamiento

En la ejecución forzosa de los actos administrativos puede ser necesario el empleo de la compulsión personal, tal y como ha reconocido la STC 174/1999: *"está claro que la*

[654] CPT: 7th General Report [CPT/Inf (97)10].

ejecución forzosa de una "orden de devolución" [...] sólo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional (art. 33.1 de la L.O. 7/1985)"; para la STC 174/1999 esa habilitación se encontraba en los art. 100.1 LRJAPyPAC y 36.2 y 33.1 LOE. Sin embargo, en la crítica formulada en apartados anteriores a dicha Sentencia se ha sostenido que la habilitación legal expresa para la ejecución forzosa por compulsión personal exigida por los arts. 53.1 CE y 100 LRJAPyPAC no existe en la legislación de extranjería para ninguna medida de alejamiento, ni siquiera para la expulsión, pues se limita a autorizar legalmente la detención y conducción policial a frontera prevista (por ejemplo, en los arts. 64.1 TIDYLE y 100.2.b) REDYLE) sin siquiera autorizar expresamente la compulsión personal ni detallar las técnicas o procedimientos policiales más adecuados para llevarla a cabo. Partiendo, pues, de esta omisión del Legislador, no puede más que admitirse aquella compulsión personal que no suponga coacción superior a la propia de la detención de personas. Sin embargo, la práctica diaria muestra ampliamente el uso sistemático de la compulsión personal en la ejecución de las medidas de alejamiento, exceciendo los límites propios de la detención, que es la única forma coactiva con que el Legislador habilita a la policía.

Por tanto, la necesidad de que sea el Legislador el que establezca algunas directrices para para la aplicación proporcionada de la fuerza y colme esta laguna regulativa no impide, sino al contrario justifica en mayor medida, la necesidad de ofrecer a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado algún tipo de graduación de la compulsión personal y de las técnicas policiales coactivas empleadas para la ejecución forzosa de las medidas de alejamiento en atención a las circunstancias del caso[655], especialmente la resistencia u hostilidad opuesta por el extranjero, el riesgo de huida, el peligro que para terceros pueda traer su comportamiento, etc... . todas ellas organizadas alrededor del principio de proporcionalidad. Interesa, pues, en este subapartado describir someramente las técnicas coactivas empleadas por la policía en la práctica, incluso en supuestos de alejamiento pacífico de extranjeros, en los que la compulsión personal no estaría justificada porque el extranjero no se opone a la ejecución subsidiaria.

[655] Cfre.: AGIRREAZKUENAGA, Ignacio: *La coacción administrativa directa*, Ed. Civitas, Madrid 1990.

En primer lugar, para la ejecución forzosa de las medidas de alejamiento existen técnicas coactivas de baja intensidad, que se aplicarían a aquellos extranjeros que no opongan resistencia física a la medida de alejamiento, limitándose a mostrar su disconformidad con la misma o incluso una cierta resistencia pasiva (protestas, gritos, forcejeos leves, negativa a trasladarse...), sin que su conducta trascienda en manifestaciones agresivas contra la policía, terceros o contra sí mismos[656]. En estos casos, la aplicación de técnicas corrientes en la policía como el uso de esposas o grilletes, el acompañamiento policial, empellones, o incluso el traslado forzoso del individuo que se niega a caminar y forcejea (más discutible), pueden considerarse en general técnicas inherentes a la detención, siempre que guarden una proporción con la hostilidad del detenido, y no sean desproporcionadamente lesivas para el honor, la intimidad, la integridad física del individuo o la dignidad humana.

El empleo de técnicas coactivas de intensidad media puede resolver situaciones en las que el extranjero oponga una considerable resistencia pasiva (gritos con forcejeo y negativa a caminar...) o una resistencia agresiva hacia las personas (guardias, terceros o contra sí mismos) o las cosas (vehículos policiales, medios de transporte, objetos). En función del momento en que se plantee esa hostilidad las soluciones difieren: si tal hostilidad se manifiesta antes del embarque o se prevé que se manifestará durante el vuelo, los agentes deberán analizar el riesgo de embarcar al extranjero en tales condiciones y prever las técnicas policiales que correspondería adoptar para reducir al extranjero, de forma que pueden concluir, o bien que el extranjero tendrá que ser reducido con técnicas intrusivas o de intensidad media, o bien que hostilidad del extranjero disminuirá o podrá ser contrarrestada con técnicas policiales de neutralización no agresivas (técnicas de reducción del extranjero, inmovilizaciones, presiones físicas, etc.)[657].

La diferencia estriba en que, en el primer caso deberán obtener una autorización judicial para emplear tales medidas[658], porque ni siquiera los arts. 64 TIDYLE y 100.2 REDYLE

---

[656] En Francia algunos extranjeros se oponen al alejamiento con actitudes hostiles (ruido, ruptura de objetos, etc.) o prácticas realmente sofisticadas (aparecer desnudos, orinar y defecar para provocar el rechazo del resto del pasaje, promover el escándalo, ...) con el fin de forzar al comandante de vuelo a denegar su embarque. Cfre.: *Rapport fait au nom de la Comission d'enquête sur l'immigration clandestine et le séjour irregulier d'étrangers en France: Immigration clandestine et sèjour irrégulier d'étrangers en France*, Tomo I, 1996.

[657] Los agentes policiales cuentan con un cierto margen de apreciación y decisión respecto a estas medidas, si bien la resolución de ejecución forzosa dictada por la Autoridad gubernativa (art. 123.6 RELOE) es la guía o elemento de referencia tanto para su actuación concreto como para el control jurisdiccional de la misma.

[658] Conforme al art. 117.4 CE la autoridad judicial es competente para autorizar medidas limitativas de los derechos de las personas, especialmente si éstas afectan a la integridad física del extranjero, poniéndolas en

dotan de cobertura legal suficiente este tipo de actuaciones, mientras que en el segundo caso pueden continuar adelante con la ejecución de la medida bajo su discreción y responsabilidad. Si una vez embarcados, imprevisiblemente, el extranjero opusiera una notable resistencia u hostilidad, en ausencia de autoridad judicial a la que dirigirse debe reconocerse un margen de apreciación y actuación a los agentes que acompañan al extranjero, que en primer lugar deberán aplicar técnicas coactivas de tipo medio dirigidas a neutralizar al extranjero, en segundo lugar, si la hostilidad persiste o se incrementa o y pone en peligro objetivo la seguridad y el orden en la nave, podrán sugerir al comandante o autoridad a bordo el desembarco del extranjero[659], e incluso, como última *ratio*, acudir a técnicas policiales de alta intensidad, que, careciendo de cobertura en una autorización judicial se justificarían en la protección de la seguridad de la nave y de sus ocupantes, cuyo título habilitante se encontraría en la protección de la seguridad ciudadana frente a comportamientos de riesgo del art.1 LOPSC[660], a parte de constituir una infracción de los arts. 550 CP (el conocido "atentado contra la autoridad"), arts. 23.m, 26.h o 26.i LOPSC, o incluso en la prevención de los delitos y faltas consignados en la Ley 209/1964 de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea.

Como se ve, el empleo de técnicas policiales de alta intensidad puede incidir gravemente en la integridad física o psíquica del extranjero[661] (utilización de tranquilizantes, sedantes o narcóticos, inmovilización absoluta durante todo o gran parte del trayecto, compulsiones físicas intensas,...), por lo que tales técnicas deberán ser de aplicación extraordinaria o excepcional cuando la hostilidad o agresividad se prevean muy graves y puedan desembocar en peligro para las personas y/o las cosas, pues en tal caso deberán contar con una

---

relación con los fines o bienes públicos que ésta protege, teniendo en cuenta que la entrada ilegal con o sin prohibición de entrada no es ni siquiera una falta penal (STC 207/1996).

[659] Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, y ratificado por España el 24 de septiembre de 1968 (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1969).

[660] Las actuaciones en situación de fuerza mayor o estado de necesidad no dejan de ser peligrosas: en Francia un senegalés murió por la inyección de de un calmante administrado por la tripulación y el pasaje ante el peligro que representaba para el vuelo ("EL PAIS" y "Le Monde" de 15 de mayo de 1999).

[661] Se han utilizado en la práctica técnicas de reducción de los extranjeros muy diversas: la "técnica de la almohada" en Bélgica ("EL PAÍS" mes de septiembre de 1998), las ataduras y la mordaza en Austria ("EL PAÍS" 4 de mayo de 1999), en Alemania la atadura de pies y manos al asiento, el uso de cascos de moticiclista para evitar mordiscos o la presión física para la inmovilización ("EL PAÍS" 31 de mayo de 1999 y "Der Spiegel" 7 de junio de 1999). Estos casos saltaron a la prensa porque la inadecuada o desproporcionada aplicación de técnicas policiales coactivas terminó con la vida de los extranjeros alejados. En España, sin resultado de muerte, se administraron drogas a 101 subsaharianos que fueron expulsados en 1996, cfre.: *Informe a las Cortes Generales 1996, cit. supra*, SOS Racismo: *Informe sobre el racismo en el Estado español, 1996*, Ed. Proa, Barcelona 1997.

autorización judicial que las respalde, salvo que cuando se produzca esa situación razones de causa mayor o estado de necesidad habiliten para la adopción de tales medidas sin autorización judicial[662].

En relación a la ejecución de las medidas de deportación de extranjeros por vía aérea, *Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT)* ha considerado que en la medida en que pueden entrañar un trato inhumano o degradante, saldándose en ocasiones incluso con la muerte de los extranjeros deportados[663], deben establecerse unas reglas mínimas de ejecución forzosa con acompañamiento policial ("escolta"). En la elaboración de esas reglas básicas sobre el empleo de la fuerza, que el CPT extiende a las actividades preparatorias y a las directamente ejecutivas del alejamiento durante el vuelo, deben respetarse los siguientes mandatos: prohibición del asalto físico como medio persuasivo para subir al avión o como castigo frente a la resistencia del extranjero, uso razonablemente necesario de la fuerza física y de la coacción (legalidad, proporcionalidad y razonabilidad), minimización del uso de técnicas inmovilizadoras por el tiempo imprescindible con el fin de evitar la asfixia posicional, supresión de las medidas o instrumentos limitativos de los movimientos tras el despegue salvo casos excepcionales de mantenimiento de acttudes agresivas, prohibición del uso de medios parcial o totalmente obstructivos de la respiración y recomendación de incorporación de tal prohibición en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, posibilidad de suprimir inmediatamente los instrumentos limitativos del movimiento como las ataduras en caso de emergencia aérea, prohibición del empleo de máscaras por parte de los agentes de la escolta, sustitución del uso de gases irritantes o incapacitantes para romper la resistencia de detenidos particularmente problemáticos, importancias de la realización de exámenes médicos previos

---

[662] En este sentido, sería conveniente que los agentes dispusieran del historial médico del extranjero, e incluso sería recomendable una inspección médica con anterioridad a la ejecución del aleja miento. Por otro lado, debe subrayarse la importancia de que la ejecución forzosa con compulsión personal la realicen los cuerpos de policía autorizados para ello y no compañías de seguridad, tal y como denunció el Defensor del Pueblo en su *Informe a las Cortes Generales 1998*, Ed. Gabinete de Estudios del Defensor del Pueblo, Madrid 1999, pág. 269.

[663] EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADATING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT): *13th Report on CPT's general activities. Covering the period 1 January 2002 to 31 July 2003*, Strasbourg 10 de septiembre de 2003, págs. 15-18 Disponible en http://www.cpt.coc.int/en/annual/rep-13.pdf. Igualmente, pueden consultarse los informes sobre las visitas a Suiza en febrero de 2001 [CPT/Inf(2002)4] y a Bélgica en noviembre-diciembre de 2001 [CPT/inf(2002)25].

a la adopción de decisiones de deportación y con posterioridad a la realización de deportaciones inconclusas, restricción de la práctica de administrar medicamentos si se carece de autorización informada por parte del propio extranjero y con muy limitadas y claramente definidas excepciones justificadas por circurstancias excepcionales[664], colaboración de los servicios sociales en la preparación psicológico-social para el retorno y colaboración con el extranjero en su preparación, cuidada selección y entrenamiento así como rotación de los miembros de la escolta, importancia de controles internos y externos de la ejecución de tales deportaciones, cuidadosa documentación de las operaciones de deportación y posibilidad de grabación de las diferentes fases en la realización de tales operaciones y existencia de un responsable de la unidad de deportaciones presente y con competencia para suspender la operación en cualquier momento.

El momento del embarque plantea una especificidad que requiere cierta atención. En este momento los agentes de policía deben decidir a la vista de la situación si continúan la ejecución de la medida de alejamiento, pues a partir del despegue del avión, sus decisiones estarán limitadas por la dificultad de interrumpir el viaje, debiendo ponderar una diversidad de elementos que complicarán la concreta adopción de decisiones, tales como la seguridad del avión, sin olvidar que la autoridad en el vuelo corresponde al comandante de vuelo. Es la última ocasión de que dispone la policía para solicitar instrucciones a sus superiores o autorización judicial para la aplicación de determinadas técnicas coactivas, lo que obliga a una especial ponderación de las circunstancias.

Por otro lado, los comandantes de vuelo se amparan en las disposiciones del Convenio de Chicago para rechazar sistemáticamente el embarco de personas que puedan poner en peligro la seguridad del aparato[665]. A ello se añaden las cuotas impuestas por determinadas compañías aéreas (Air France, KLM o Swissair) que limitan el número de personas alejadas, por ejemplo un máximo de 6 extranjeros en los aviones de más de 100 plazas. Por esta razón, las operaciones de alejamiento colectivas se han multiplicado por ser más eficaces y

[664] Las observaciones preliminares sobre la visita de la CPT a Finlandia entre el 7 y el 17 de septiembre de 2003 revelan al menos un caso de alejamiento de una familia con dos menores a los cuales se les había suministrado medicación sedante y neuroléptica sin supervisión médica [CPT/Inf (2003) 38].

[665] *Rapport fait au nom de la Comission d'enquête sur l'immigration clandestine et le séjour irregulier d'étrangers en France:* Immigration clandestine et sèjour irrégulier d'étrangers en France, Tomo I, 1996.

económicas. En algunos casos, a la llegada al país de destino, y a pesar de portar la documentación consular, el Estado ha rechazado su admisión.

La correcta valoración de las circunstancias del caso por los agentes y la proporcionalidad en la aplicación de estas técnicas es imprescindible para evitar no sólo tratos degradantes o el quebrantamiento de la integridad moral del extranjero, sino para evitar el riesgo para la vida o la integridad física del extranjero[666] (la inmovilización absoluta del extranjero o el suministro de determinados medicamentos sin consulta del historial médico del extranjero se han revelado mortales en casos recientemente acaecidos). En este sentido, sería conveniente que los agentes dispusieran del historial médico del extranjero para conformar mejor sus decisiones, lo cual exige una inspección médica previa al alejamiento, que puede realizarse por el médico forense durante la detención del extranjero objeto de alejamiento.

En la medida en que antes del embarque se prevea un alto grado de conflictividad del extranjero y el empleo de técnicas policiales que impliquen la intervención sobre la integridad física o psíquica del extranjero (por ejemplo, la utilización de tranquilizantes, sedantes o narcóticos[667], la inmovilización absoluta durante todo o gran parte del trayecto o una compulsión física intensa) será necesaria autorización judicial previa.

2.5.-Elección del lugar de destino y Convenios de Readmisión

Al hablar de la ejecución de las medidas de alejamiento siempre el actor principal, junto al extranjero, ha sido la Administración del Estado, pero para asegurar el éxito de las mismas es necesaria la colaboración de actores ajenos a la misma, esos actores son los

[666] Son utilizadas en la práctica diversas técnicas de reducción de los extranjeros: la "técnica de la almohada" en Bélgica ("EL PAÍS" septiembre de 1998), ataduras y mordaza en Austria ("EL PAÍS" 4 de mayo de 1999), atadura de pies y manos al asiento, uso de cascos de moticiclista para evitar mordiscos, presión física para la inmovilización en Alemania ("EL PAÍS" 31 de mayo de 1999 y "Der Spiegel" 7 de junio de 1999). Todos ellos murieron en el avión que les conducía a sus países de origen por inadecuada o desproporcionada aplicación de técnicas policiales coactivas. En España el caso de los 101 africanos alejados de Ceuta es quizá el más famoso, véase al respecto SOS RACISMO: *Informe anual sobre el racismo en el Estado español, 1996, Ed. SOS Racismo, Barcelona 1997.*

[667] En Francia un senegalés que presentaba un grave estado de excitación (entró en la cabina e intimidó a los pilotos manipulando los controles del avión) murió por la aplicación de un calmante inyectado por la tripulación y el pasaje ante el peligro que suponía para el vuelo ("EL PAIS" y "Le Monde" de 15 de mayo de 1999). La misma situación se pudo haber producido cuando durante la expulsión de los 101 subsaharianos de España, se les administraron drogas.

Estados de destino y las Compañías de Transporte, de estas últimas nos ocuparemos en el siguiente apartado.

La participación de los Estados de destino en la ejecución de medidas de alejamiento se suele asegurar con la firma de Convenios de Readmisión de personas en situación irregular. Los Convenios de Readmisión son instrumentos internacionales de colaboración entre las Autoridades de dos o más Estados para asegurar la colaboración de los Estados de tránsito o emisores de emigrantes en las labores de control de flujos migratorios. Por medio de estos Convenios, un Estado (requirente) solicita de otro Estado (requerido) la readmisión de un extranjero (nacional o no del Estado requerido, según el Acuerdo) en su territorio, en razón de que el extranjero procedía del territorio del Estado requerido antes de entrar en el territorio del Estado requirente[668]. A partir de esta definición aproximativa puede afirmarse que los Convenios de Readmisión tienen un contenido variable, si bien puede distinguirse entre aquellos cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la readmisión de los nacionales de los Estados firmantes y aquellos cuyo ámbito de aplicación es más amplio e incluye a los nacionales de terceros Estados no firmantes del Convenio. Ejemplos del primer grupo son los Acuerdos entre España y Eslovenia, Rumania, Bulgaria o incluso Polonia, mientras que entre los segundos pueden citarse los Acuerdos entre España y Portugal o Marruecos[669]. Los Convenios de Readmisión más recientes, merced a la armonización normativa propugnada desde la Unión Europea, suelen tener una estructura y unos contenidos muy similares[670].

---

[668] Sobre la cuestión ALVÁREZ RODRÍGUEZ, A.: "Disposiciones españolas restrictivas en materia de inmigración", REDI, vol. XLIV, 1992,2, pág. 717 y JANER TORRENS, David: "Política común de inmigración y acuerdos de readmisión", ponencia para el *II° Congreso sobre la Inmigración en España*, organizado por la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 5-7 de octubre de 2000; ABEYRATNE, R.I.R.: "Air carrier liability and State responsibility for the carriage of inadmissible persons and refugees", *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, n° 4, 1998, págs. 675-687; .ALBUQUERQUE ABELL, Nazaré: "The compatibility of Readmission Agreements with the 1951 Convention relating to the Status of Refugees", *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, n° 11, 1999, pág. 61-83.

[669] Acuerdo entre el Reino de España y la República Italiana relativo a la readmisión de personas en situación irregular, Roma 14 de noviembre de 1999 (n° 13, de 7 de febrero de 2001), Acuerdo con Estonia, Tallimm 28 de junio de 1999 (BOE n° 113, de 11 de mayo de 2000), Acuerdo con Letonia, Madrid 30 de marzo de 1999 (BOE93, de 18 de abril de 2000), Acuerdo con Lituania, Madrid 18 de noviembre de 1998 (BOE n° 94, de 19 de abril de 2000), Acuerdo con Eslovaquia, Bratislava 3 de marzo de 1999 (BOE n° 94, de 20 de abril de 1999); Acuerdo con Rumania, Bucarest 29 de abril de 1996 (BOE n° 150, de 21 de junio de 1996); Acuerdo con Bulgaria, Sofía 16 de diciembre de 1996 (BOE n° 51 de 28 de febrero de 1997); Acuerdo de 13 de febrero de 1992 entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid (BOE n° 100, de 25 de abril de 1992).

[670] Existen recomendaciones comunitarias que establecen el contenido orientativo de los Convenios de Readmisión: Recomendación del Consejo, de 30 de noviembre de 1994, relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país. (DOCE C 5, de 10 de enero de 1996) y Recomendación del Consejo, de 24 de julio de 1995, sobre los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión. (DOCE C 274, de 19 de

En cualquier caso, dichos Convenios de readmisión, en sus primeros artículos, extienden su aplicación a cualquier extranjero que "no cumpla o haya dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia aplicables en el territorio de la Parte Contratante requirente", lo cual significa que todos ellos son aplicables como instrumentos para la ejecución forzosa de expulsiones, devoluciones y rechazos en frontera[671]. La adopción de Convenios de Readmisión presenta un balance muy positivo como instrumento de colaboración, especialmente a la vista de los resultados de los Acuerdos firmados con Francia y Portugal (98% de solicitudes admitidas), y parece ser la nueva línea de futuro para asegurar la ejecución de las medidas de alejamiento. Concretamente, la técnica convencional es de gran utilidad para la ejecución inmediata de las devoluciones pues agiliza los trámites y allana los obstáculos que pudieran poner otros países a la readmisión de extranjeros. Su éxito sólo queda empañado por el pobre balance que hasta ahora arroja el Acuerdo con Marruecos.

El Acuerdo de Readmisión con Marruecos, con mucho el instrumento más valioso para agilizar las medidas de alejamiento, ha visto comprometida su eficacia por el constante incumplimiento de nuestro país vecino y porque el Convenio excluye expresamente a los súbditos marroquíes de su aplicación, reservando su aplicación a aquellos extranjeros que hubieran utilizado Marruecos como vía de paso para entrar en España, generalmente personas del África subsahariana[672].

---

septiembre de 1996). El Consejo de marzo de 1996 señaló la conveniencia de incluir la adopción de Convenios de Readmisión como elemento en la negociación de Acuerdos de cooperación o asociación con Estados terceros, véase, por ejemplo, los Acuerdos UE-Azerbaiyán de septiembre de 1999 o los firmados con Uzbekistán en agosto de 1999, pero muy destacadamente el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Europea, los Estados miembros y los Estados de África, Caribe y el Pacífico (Acuerdo CE-ACP) de Cotonú de junio de 2000, que requieren un desarrollo bilateral pero incluyen la obligación de readmisión de aquellos nacionales que residieran irregularmente en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea.

[671] Téngase en cuenta el apartado 4° del Artículo Único REDYLE, que en los casos en que exista Convenio de Readmisión remite el procedimiento para la adopción del mismo a los procedimientos de retorno y a expulsión. Esta remisión tiene un efecto limitativo de los derechos del extranjero: aquellos extranjeros sujetos a devolución por "pretender entrar ilegalmente" en España podrían ser internados conforme al procedimiento de retorno, efecto no sólo no previsto sino refutado por el art. 58.5 LODYLE y que supone una alteración por vía reglamentaria de lo establecido por una ley en materia de libertad personal. Este particular efecto permite sostener la nulidad de la norma reglamentaria por modificar la ley y hacerlo en contra de la reserva de ley orgánica contenida en los arts. 17 y 81 CE.

[672] En 1997 Marruecos contestó favorablemente tan solo el 3'1% de las solicitudes de readmisión cursadas, dejando más de la mitad sin respuesta (805 solicitudes cursadas, 25 respuestas positivas y 338 negativas). Precisamente el hecho de que la mayor parte de extranjeros sujetos a devolución sean súbditos marroquíes (98% del total en el año 2000, más o menos como en 1997), y visto que la colaboración en la readmisión de sus propios súbditos puede estar sujeta a criterios políticos, a pesar de la obligación de todo Estado de readmitir a sus nacionales conforme al art. 13.2 DUDH, sería interesante que tal colaboración se reflejara en un Convenio específico, que por otro lado podría fijar algún tipo de criterios y trámites procedimentales, que ofrecerían más garantías que la actual ausencia de regulación.

En su segundo Informe sobre España de 2002[673], la *Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia*[674] (*ECRI*, en inglés) también ha señalado que, en las Islas Canarias, Ceuta y Melilla, las tres puertas de entrada principales de África a Europa, los marroquíes y nigerianos se enfrentan a dificultades particulares, ya que a menudo se les repatría precipitadamente a sus países de orígen, con los que España ha firmado acuerdos de readmisión" (par. 23), afirmación que unida a la constatación del "número limitado de solicitantes de asilo a quienes se concede asilo o protección temporal", permite a la ECRI señalar la existencia de un problema al que las autoridades españolas deben hacer frente, afirmación ciertamente inconcreta.

2.6.- La colaboración de las Compañías de Transporte y de agencias privadas de seguridad

Las Compañías de Transporte tienen la obligación de colaborar en la ejecución de medidas de alejamiento, tal y como se desprende del art. 26 del Convenio de Schengen y de su normativa de desarrollo[675]. Esa colaboración tiene diversas manifestaciones: en primer lugar, la obligación de comprobar la identidad y documentación de los pasajeros que se embarquen en vuelos internacionales, reconocida en el Convenio de Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944; en segundo lugar, la obligación de "hacerse cargo" y "transportar" a todos aquellos pasajeros extranjeros cuya

[673] COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA: *Segundo Informe sobre España aprobado el 13 de diciembre de 2002*, Ed. Consejo de Europa, Estrasburgo, 8 de julio de 2003 [CRI (2003) 40rev, Spanish version]. Su primer informe sobre España data de 1998, en él la ECRI apenas efectuó algunas observaciones generales sobre la inmigración clandestina (par. 26) y el incipiente racismo hacia determinados grupos de inmigrantes del Tercer Mundo, especialmente del Maghreb (par. 29).EUROPEAN COMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE: *ECRI's country-by-country approach: Report on Spain*, Ed. Council of Europe, Strasbourg, 26 January 1999 [CRI (99) 4].

[674] La ECRI fue creada tras el Encuentro de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, para combatir los crecientes problemas de racismo, xenofobia, anti-semitismo e intolerancia que amenazan los derechos humanos y los valores democráticos en Europa. La labor de dicho Comité consiste en revisar las legislaciones de los Estados miembros, sus políticas y las medidas dispuestas para combatir el racismo, la xenofobia, etc..., puede proponer acciones a varios niveles, formular recomendaciones de política general y estudiar la adopción de instrumentos internacionales de refuerzo. Entre sus actividades más destacables se encuentra la elaboración de informes sobre los Estados miembros. Résolution Res (2002) 8 du 13 juin 2002 relative au statut de la Comission européenne contre le racisme et l'intolerance (ECRI).

[675] El llamado "acervo Schengen" puede consultarse en el DOCE L-239/1 de 22 de septiembre de 2000. En el ámbito de la Unión Europea se han adoptado algunas resoluciones sobre la ejecución de medidas de alejamiento que se pueden encontrar en CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús y NAVARRO BATISTA, Nicolás: *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Textos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid 1999, §14.

entrada haya sido denegada por deficiencias en la documentación (art. 66 TIDILE y art. 66.b REDYLE), previsión que tiene una especial utilidad para los supuestos de retorno, pero que raramente puede aplicarse en el caso de la devolución o expulsión por cuanto la mayor parte de extranjeros sujetos a esta medida no han entrado utilizando los servicios de las Compañías de Transporte autorizadas o fueron correctamente admitidos en el territorio.

Más allá de esta previsión, analizada al tratar el control de entrada, lo cierto es que las Compañías tienen una obligación de colaboración con la Administración en la ejecución de todo tipo de medidas de alejamiento[676]. En cualquier caso, el coste del pasaje corriendo a cargo del extranjero, tal y como se establece para la expulsión en el art. 100.2.b REDYLE, lo más habitual es que lo costee o bien el Estado de origen, o más bien, la Administración española. En todo caso, los medios de transporte deben ser idóneos para el traslado de personas, en consecuencia, los agentes deberán asegurarse de que el buque o aeronave reúne las mínimas condiciones de dignidad y confortabilidad en relación a la duración del traslado.[677].

En su segundo Informe sobre España de 2002[678], la *Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia*[679] (*ECRI*, en inglés)efectuó una serie de observaciones relativas a las dificultades que experimentan los extranjeros para acceder al procedimiento de asilo,

---

[676] El art. 66.c) REDYLE, únicamente parece imponer tal obligación en los casos en que la Compañía hubiera sido responsable por haber facilitado la entrada en España. Más débil es la justificación de tal obligación en la ejecución de una medida de devolución, donde la Compañía no tiene ninguna responsabilidad en la entrada. No obstante, el fundamento sería el mismo que en la ejecución de medidas de expulsión. Cuestión distinta es que tales medidas gocen de prioridad en los casos en que las plazas estén completas

[677] Destaca por su especial gravedad la queja 90/27818 recogida por el Defensor del Pueblo sobre la expulsión de Las Palmas de cinco africanos. El Defensor inició investigaciones pues, al parecer, cuatro de estas personas se arrojaron al mar, muriendo ahogado uno de ellos porque habían sido introducidos en un habitáculo de la popa de un barco, de muy reducidas dimensiones, donde hubieran tenido que permanecer esposados durante todo el viaje.

[678] COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA: *Segundo Informe sobre España aprobado el 13 de diciembre de 2002*, Ed. Consejo de Europa, Estrasburgo, 8 de julio de 2003 [CRI (2003) 40rev, Spanish version]. Su primer informe sobre España data de 1998, en él la ECRI apenas efectuó algunas observaciones generales sobre la inmigración clandestina (par. 26) y el incipiente racismo hacia determinados grupos de inmigrantes del Tercer Mundo, especialmente del Maghreb (par. 29).EUROPEAN COMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE: *ECRI's country-by-country approach: Report on Spain*, Ed. Council of Europe, Strasbourg, 26 January 1999 [CRI (99) 4].

[679] La ECRI fue creada tras el Encuentro de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, para combatir los crecientes problemas de racismo, xenofobia, anti-semitismo e intolerancia que amenazan los derechos humanos y los valores democráticos en Europa. La labor de dicho Comité consiste en revisar las legislaciones de los Estados miembros, sus políticas y las medidas dispuestas para combatir el racismo, la xenofobia, etc..., puede proponer acciones a varios niveles, formular recomendaciones de política general y estudiar la adopción de instrumentos internacionales de refuerzo. Entre sus actividades más destacables se encuentra la elaboración de informes sobre los Estados miembros. Résolution Res (2002) 8 du 13 juin 2002 relative au statut de la Comission européenne contre le racisme et l'intolerance (ECRI).

particularmente en Canarias, Ceuta y Melilla, lugares en los que "el acceso al procedimiento de asilo es sumamente limitado, lo que se debe a la dificultad que supone acceder a informaciones sobre el procedimiento en un idioma comprensible para los solicitantes, y al acceso limitado de estos últimos a un asesoramiento jurídico.

3.- Consecuencias sobre el extranjero del fin del procedimiento ejecutivo de una medida de alejamiento: ejecución e inejecución

La finalización del procedimiento de ejecución del alejamiento del extranjero acarrea importantes consecuencias, completamente distintas en función de si la ejecución de la medida se ha llevado a cabo o, por las razones que sean, la ejecución ha resultado inefectiva.

3.1.- Consecuencias de la ejecución del alejamiento de España

La correcta ejecución del alejamiento de España, de forma voluntaria o forzosa, supone que el extranjero ha sido trasladado efectivamente a otro país, que lo ha admitido en su territorio. Concluida la ejecución, únicamente queda por realizar la comunicación al Registro Central de Extranjeros de la ejecución de la expulsión (art. 60.1.o REDYLE), retorno (art. 60.1.m REDYLE) o devolución (art. 60.1.p REDYLE), así como de las prohibiciones de entrada y su duración (art. 60.1.m REDYLE), con información sobre el expediente y las resoluciones adoptadas en el mismo, para que quede constancia en el Registro de los datos que el art. 60.2 REDYLE contempla.

También, en los casos de expulsiones y devoluciones (art. 58.5 TIDYLE) deberá comunicarse a las Autoridades gubernativas y al Sistema Informático de Schengen la imposición de la prohibición de entrada y del período de duración de la misma (art. 96 Schengen). A diferencia de estas, al ser el retorno à consecuencia de la denegación de entrada y por consiguiente, una actividad autorizatoria desprovista de carácter sancionador, no incluye una prohibición de entrada, a diferencia de la expulsión y la devolución tras la LO 14/2003, de modo que sus datos no podrán ser introducidos en el Sistema Informático de

Schengen (art. 96 Schengen), salvo que ya estuviera incluido en él. La ausencia de prohibición de entrada permite que el extranjero pueda iniciar, desde el momento mismo en que llega al país de destino, la tramitación de un visado o la obtención de un nuevo billete para intentar de nuevo su entrada en España.

3.2.- Supuestos de inejecución del alejamiento. Consecuencias para el estatuto personal del extranjero.

A diferencia de lo que se pudiera suponer, no todas las medidas de alejamiento adoptadas son ejecutadas. De hecho cabe trazar una línea de separación entre las medidas de retorno, en las que una Compañía de Transporte está obligada a correr con los gastos del extranjero y a proveerle de un pasaje o billete de vuelta, que en la expulsión o el retorno, donde ese coste corre generalmente a cargo del Estado y el grado de resistencia de los extranjeros puede ser mucho mayor. Las primeras alcanzan un porcentaje de ejecución del 90%, mientras que en las segundas el mismo se reduce a alrededor del 25%.

La imposiblidad de ejecutar el alejamiento del extranjeropuede deberse a causas muy diversas: la imposibilidad de determinar la identidad o nacionalidad del extranjero y en consecuencia el país hacia el que alejarlo, la existencia de Derechos Fundamentales preponderantes en juego, o incluso motivos más prosaicos como la ausencia de medios presupuestarios suficientes para ejecutar la medida de alejamiento, la falta de colaboración de las Autoridades nacionales del país de origen, la dificultad de encontrar enlaces o transporte para ejecutar la medida, etc.. Algunas de estas causas pueden ser más o menos permanentes, pero otras suponen una mera imposibilidad temporal de ejecutar la medida, todo lo cual conduce a plantearse la siguiente pregunta, ¿qué ocurre con el extranjero objeto de una medida de alejamiento durante el tiempo que ésta no puede ser ejecutada?

Se han planteado diferentes respuestas a esta pregunta, analzaremos aquí las principales líneas argumentales sobre el estatuto del extranjero pendiente de alejamiento.

1) *Mantenimiento en situación irregular hasta su alejamiento definitivo.* Esta postura entiende que la "normalización" de los extranjeros sobre los que pende una medida de alejamiento es, primero una contradicción con el acto administrativo anterior que impone el "deber de salida", y segundo, casi un premio a tal incumplimiento así como un incentivo a la entrada ilegal de inmigrantes. Esta visión justifica el mantenimiento en situación irregular como forma de presión para que el extranjero cumpla voluntariamente el deber de salida de España, y abona posiciones incluso más duras para obstaculizar la integración socio-laboral del extranjero, mediante la limitación al acceso a servicios y prestaciones sociales, a vías de regularización, etc..

2) *Concesión discrecional de una autorización de residencia temporal por razones humanitarias.* A diferencia del Reglamento anterior[680], ni el art. 57 TIDYLE ni el art. 100.2 REDYLE en sede de expulsión, ni los preceptos sobre retorno del art. 60 TIDYLE ni sobre devolución del art. 58.2 TIDYLE regulan esta cuestión. Es muy difícil inferir la existencia

[680] Con el Reglamento de 1996 se podía recurrir a la aplicación analógica del art. 107.3 RELOE, al que el art. 123.6 RELOE se remitía, pues ese precepto proporcionaba una solución razonable también para la devolución: en los casos en que no se pudiera proceder a la ejecución de la devolución, por no poder devolver al extranjero a su país o a ningún otro, el Reglamento habilitaba para "autorizar su estancia o residencia en territorio español, conforme a lo dispuesto en los artículos 46 y 53 de este Reglamento". Actualmente, habría que acudir al art. 38 REDYLE, que proporciona una base más débil para tal argumentación.

El art. 107.3 RELOE, proporcionaba una solución razonable para los casos en que no se pueda proceder a la ejecución de la medida de alejamiento, por no poder devolver al extranjero a su país o a ningún otro, en tales casos el Reglamento habilitaba a "autorizar su estancia o residencia en territorio español, conforme a lo dispuesto en los artículos 46 y 53 de este Reglamento". Esta solución es bastante razonable y acertada, mereciendo la opinión favorable de la doctrina, si bien su redacción no es especialmente afortunada en atención a dos consideraciones.

La primera consideración es que dicha autorización se convierte en una facultad discrecional de la Administración, que puede tanto autorizar como no hacerlo, en cuyo caso el precepto no resuelve el estatuto de los extranjeros que, inejecutable la devolución, prolonguen su estancia en territorio nacional y previsiblemente no lo abandonen durante un largo período de tiempo. Para la expulsión el criterio era más claro pues ésta se consideraba prescrita a los tres años, período durante el cual si no se autorizaba la estancia por la vía de los artículos 46 o 53 RELOE, se podía ejecutar la expulsión, conforme al art. 107.1c) RELOE. En cambio, la naturaleza de la devolución permite predicar con mayores dificultades la prescripción de la Orden, aunque como medida limitativa de derechos del extranjero debería aplicarse analógicamente la institución de la prescripción prevista a la multa por entrada ilegal y considerar excluida la ejecución tras dos años (arts. 98.7 y 101 RELOE).

La segunda consideración, derivada de la reflexión anterior, se refiere a los criterios de la Administración para decidir la concesión del permiso de estancia o residencia del extranjero. La remisión a los arts. 46 y 53 sólo podría entenderse referida a razones humanitarias si se hace una interpretación muy amplia de este concepto, sin embargo, considero que es más adecuada en estos casos la concesión de un permiso de residencia del art. 53 RELOE que el del art. 46 RELOE pues este último parece más bien inaplicable en tanto que no es una convalidación de la entrada ilegal ya declarada, sino una autorización de estancia que suple a la autorización o denegación de entrada en frontera, por lo que su papel es diferente, aunque quizá ésta sea una objeción más de detalle o matiz.

En resumen, el art. 107.3 RELOE identifica reglamentariamente la situación de los extranjeros cuyo alejamiento no ha podido ejecutarse con un supuesto de razones humanitarias, lo cual no es correcto en todos lo casos[680] y por ende mantiene la discrecionalidad administrativa sin resolver el problema del resto de extranjeros cuya devolución no se ejecute y no sean objeto de tal permiso.

de una obligación administrativa de proveer a los extranjeros con tal documentación, no obstante, los arts. 30.4 y 31.4 TIDYLE, así como los supuestos excepcionales de los arts. 38, 41.3 c) y d) REDYLE (aunque forzadamente) pueden proveer de la base jurídica para sostener la potestad administrativa para ofrecer permisos de residencia temporal por razones humanitarias o interés nacional, según que óptica quiera tomarse para abordar un mismo problema. La Autoridad Administrativa debería extender dicha autorización de estancia o residencia en función de la previsible duración de la causa que ha imposibilitado la devolución, de modo que si fuera una simple razón coyuntural, se extendiera una autorización de estancia por razones excepcionales del art. 30.4 TIDYLE, mientras que si la inejecución se debiera a cualquier otra causa corregible, debería extenderse un permiso de residencia del art. 31.4 TIDYLE de al menos un año de duración. Sería deseable que a tales autorizaciones siguiera una autorización excepcional o un permiso de trabajo, pues de otra manera el extranjero seguiría sufriendo una situación precaria y vulnerable, sin posibilidad de acceder a un trabajo legal y a merced de la asistencia social. Como referente podría tomarse la regulación del régimen de los solicitantes de asilo cuya solicitud ha sido admitida a trámite (art. 15 RD 203/1995, de 10 de febrero), aunque entre ambos supuestos haya notables diferencias.

3) ***Opción por la imposición de una sanción de multa en lugar de la resolución de alejamiento.*** En estos casos la adopción de una postura integradora entre la medida de alejamiento sancionadora y la multa debería decantar hacia la multa todos aquellos casos en los que el alejamiento se prevee improbable durante la tramitación del procedimiento. Como propuesta cabe interpretar que en estos supuestos la imposibilidad de ejecución de la devolución, impide restituir la legalidad conculcada, por lo que la imposición de una multa serviría como sanción a la infracción de entrada ilegal, subsanando la misma. Esta interpretación obligaría, sin embargo a la Administración a regularizar la situación del extranjero.

4) *Aplicación de un régimen de tolerancia*[681]. En línea con el Derecho alemán, el extranjero debe poder acceder legalmente al mercado de trabajo para poder obtener medios de vida suficientes, lo cual significa que la Administración admite la posibilidad de trabajar durante su estancia en el país, pues en otro caso estará abocado a la marginalidad, la pobreza, y en el mejor de los casos al trabajo clandestino[682], con la consiguiente explotación del extranjero y el previsible "dumping social" sobre el resto de trabajadores. Ello no impide la ejecución de la expulsión una vez transcurrido el período de tolerancia.

En resumen, las posiciones que afrontan este problema se organizan alrededor de dos posturas comprensibles y aparentemente irreconciliables: la primera comporta una lectura en clave social del problema, la segunda plantea el problema desde una óptica de protección del ordenamiento jurídico y de cumplimiento de la legalidad vigente.

La solución a este problema social pasa por la adopción de criterios pragmáticos y de algunas distinciones: en primer lugar, hay que distinguir entre las diferentes medidas de alejamiento no ejecutadas, pues la entrada en España con una denegación de entrada, arroja sobre la Administración la responsabilidad de dotar de cobertura legal una estancia que de algún modo autoriza; por el contrario, en la expulsión y la devolución, la medida es adoptada como consecuencia de una conducta o acción del extranjero no admitida por el extranjero. Igualmente, conviene distinguir en este segundo grupo de supuestos entre aquellos casos en los que la imposibilidad de ejecución es definitiva o de larga duración y aquellos otros en los que la ausencia de ejecución es circunstancial; en los primeros, habrá que afrontar el problema autorizando la estancia y el trabajo del extranjero, con programas de integración social si es necesario. En los segundos, la respuesta a su situación debe ser temporal, sin renunciar a la aplicación de la ejecución de la medida de alejamiento, de forma que, p. ej.: si un extranjero no es devuelto porque no se dispone de fondos suficientes para costear su salida, debe proveérsele de medios de subsistencia y la posibilidad de

[681] ROIG MOLÈS, Eduard: "Un estatut legal per als estrangers pendents d'expulsió?", en 'La immigració a Catalunya avui. Anuari 2002, *Polítiques Públiques*, nº 36, Ed. Fundació Jaume Bofill, págs. 147-156; complementariamente puede consultarse en el mismo volumen y del mismo autor "Les possibilitats de regularització d'estrangers en la Llei d'Estrangeria vigent", págs. 47-63, también sobre esta cuestión VOGEL, Dita, cit. *supra*,

[682] Proposición no de Ley del Congreso de los Diputados de 9 de abril de 1991, ya citada.

trabajar, a fin de que se sustente durante el tiempo que sea necesario hasta la ejecución de la medida.

IV.- La ejecución de la prohibición de entrada

Hasta aquí se ha analizado el elemento restitutivo de toda medida de alejamiento, consistente en el traslado del extranjero al país de origen, residencia o preveniencia. Sin embargo, como se ha comentado, las medidas de alejamiento pueden presentar una naturaleza meramente restitutiva de la legalidad, como es el caso del retorno o de la devolución antes de la reforma 14/2003, o incorporar además elementos punitivos o sancionadores, como es el caso de la expulsión y, desde la reforma 14/2003, de la devolución. En este segundo grupo de medidas de alejamiento, el carácter punitivo o sancionador deriva de la adición al alejamiento del extranjero de una prohibición de entrada por un tiempo que en España oscila entre los tres y diez años, con efectos en todos los Estados de la zona Schengen. La prohibición de entrada es, por consiguiente, el elemento que dota a las medidas de alejamiento de una carga sancionadora administrativa, impuesta por el Estado al extranjero en ejercicio del *ius puniendi* que ostenta.

Analizada la prohibición de entrada en apartados anteriores, interesa aquí más bien observar los problemas planteados en la fase ejecutiva de la imposición de la misma por el Estado. Debe recordarse a estos efectos, que la prohibición de entrada se establece en la resolución que pone fin a la fase declarativa del procedimiento, es decir en el Decreto de expulsión o en la Orden de devolución; en virtud de la prohibición de entrada así impuesta pende sobre el extranjero un deber de no hacer, consistente en una exigencia de abstención de entrar o permanecer en el territorio español, y en su caso, en el territorio de los Estados parte de Schengen.

1.- El título ejecutivo de la prohibición de entrada

La Resolución que pone fin a la fase declarativa del procedimiento de expulsión o devolución debe incluir expresamente la imposición de la prohibición de entrada para que pueda procederse a la ejecución de la misma. La resolución administrativa del Delegado o Subdelegado del Gobierno es a la vez título ejecutivo de la medida de alejamiento y de la sanción de prohibición de entrada. Esa resolución, que en la expulsión se denomina Decreto y en la devolución Orden, constituye el fundamento de la ejecución de la prohibición de entrada.

La prohibición de entrada, en tanto que sanción, impone una serie de deberes al administrado, deberes que deben ser calificados de deberes personalísimos de no hacer o de abstenerse de hacer[683]. Es, además, un deber concretado o individualizado en el sentido de que se dirige a un destinatario concreto, tras la tramitación de un procedimiento administrativo por la infracción de la legislación española de extranjería. El comportamiento prohibido objeto de ese deber de abstención es la entrada en España por un período determinado en la Resolución, período que puede oscilar entre un mínimo de tres años y un máximo de cinco años en el caso de la devolución o de diez en el caso de la expulsión.

Más allá de esta afirmación, sin embargo, el contenido del deber de abstención de entrar en España no es fácil de delimitar. Cuatro problemas se plantean entorno a la ejecución de la sanción consistente en la prohibición de entrada en España: primero, las condiciones exigidas para considerar que el extranjero ha empezado a cumplir ese deber de modo que pueda iniciarse el cómputo del plazo de dicha sanción; segundo, las consecuencias de la inejecución de la medida de alejamiento sobre la ejecución del deber de abstención de la entrada en España; tercero, la extensión geográfica de ese deber de abstención en virtud del reconocimiento mutuo de las resoluciones de prohibición de entrada entre los Estados de Schengen o en virtud de Convenios bilaterales, cuarto, los problemas planteados por la obligación estatal de ejecutar una prohibición de entrada impuesta por un Estado tercero.

---

[683] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso*,

Por este orden, la principal condición para poder ejecutar el deber de abstención ínsito en la orden de prohibición de entrada en España es la exigencia de que la medida de alejamiento se materialice. Es condición *sine qua non* la salida obligatoria del extranjero para poder exigir el cumplimiento de la prohibición de entrada, porque mal puede abstenerse de entrar o permanecer en España aquél extranjero que no sale del territorio nacional. La orden de salida obligatoria impone e individualiza el deber de salida del extranjero; como se ha señalado anteriormente, en todo caso la ejecución del alejamiento debe contemplar cierto margen para que el extranjero cumpla tal deber de forma voluntaria antes de proceder a la salida, e incluso en la forma de la ejecución forzosa del alejamiento, el extranjero debe poder disponer de cierto margen para manifestar su preferencia por el traslado hacia el país de destino de su elección. En cualquier caso, aunque ni la Ley ni el Reglamento establecen el momentto en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prohibición de entrada establecido en la resolución administrativa, lo lógico sería pensar que el mismo empezará a correr desde el momento en que el extranjero abandone el país, tal y como resulta de la lógica del derecho administrativo sancionador, las sanciones consistentes en soportar o no hacer durante un determinado plazo de tiempo empiezan a contar desde el momento en que se da inicio a la ejecución de las mismas. En auxilio de esta interpretación viene la LRJAPyPAC, que regula el instituto de la prescripción permitiendo la imposición-ejecución de una sanción durante unos años, de manera que a pesar de la inactividad administrativa el extranjero no escape al cumplimiento de la sanción, si finalmente esta se impone antes del plazo de prescripción. Sin embargo, el art. 56.3 TIDYLE y en su desarrollo el art. 99.2 REDYLE establecen que la prescripción sólo empezará a contar cuando haya transcurrido el período de prohibición de entrada; pero, entonces ¿cuando empieza a contar el plazo de prohibición de entrada? La prescripción es un instituto creado para ofrecer cierta seguridad jurídica al administrado o infractor que incumple sus deberes para evitar que se encuentre permanentemente en una situación de incerteza o precariedad. Si la prescripción sólo sirve al extranjero infractor que no cumple ni siquiera parcialmente la prohibición de entrada[684],

[684] No a aquél que haya salido de España pero haya infringido la prohibición de entrada antes del fin del plazo establecido, pues a éste el art. 58.6 TIDYLE lo sanciona con una nueva prohibición de duración igual a la quebrantada) el cómputo de la misma se reinicia.

entonces el inicio del cómputo de la prohibición de entrada debe iniciarse tan pronto como la resolución deviene firme, y ello con el fin de que, transcurrido tal plazo pueda empezar a contar la prescripción.

Esta interpretación contiene una profunda contradicción: no es posible que la prescripción pueda empezar a correr sin que el plazo de prohibición de entrada haya transcurrido, y la prohibición de entrada no puede empezar a correr si el extranjero permanece en España e incumple el mandato de prohibición de entrada, porque en tales casos lo que debería correr es el plazo de prescripción. En realidad, la Ley y el Reglamento violentan la naturaleza del instituto de la prescripción que en el Derecho Administrativo siempre empieza a correr desde el mismo momento del incumplimiento, y lo hacen postponiendo su operatividad con el fin de alargar desproporcionadamente el período de prescripción habitual en el Derecho Administrativos Sancionador y permitir así la aplicación de la sanción hasta mucho tiempo después de la comisión de la infracción que dió origen a la misma. La prueba de que lo que existe en el fondo son unos larquísimos plazos de prescripción es que durante el período de transcurso de los primeros años de prohibición de entrada, si se expulsara al extranjero éste debería cumplir integramente todos los años de sanción sin que se le descontaran los pasados en el territorio español, exactamente igual que opera la prescripción. No puede más que concluirse que el art. 56.3 REDYLE y el art. 99 REDYLE establecen dos períodos de prescripción sucesivos, bajo la apariencia de que solo cuenta el último, de duración sensiblemente inferior.

Un ejemplo servirá para ilustrar esta situación:

Ej.: A es un ciudano sin permiso de residencia detectado por la policía que le incoa un expediente de expulsión por estancia irregular en enero de 2004, el 1 de febrero de ese año se decreta su expulsión con prohibición de entrada de 5 años. Tras un internamiento de cuarenta días, A es puesto en libertad. Conforme al art. 99.2 REDYLE A tiene que esperar siete años (cinco de prohibición más dos de prescripción) para librarse de la posibilidad de que en cualquier momento se ejecute directamente su expulsión, es decir hasta el 1 de febrero de 2011. Si A hubiera cometido una infracción muy grave estaríamos hablando con

toda probabilidad de una un período de quince años[685] (diez de prohibición más cinco de prescripción), es decir del 1 de febrero de 2019.

Retomemos el discurso. Esta fórmula oculta en realidad un plazo de prescripción que duplica e incluso triplica la duración del plazo de prescripción ordinario establecido en la LRJAPyPAC y en el propio art. 56 TIDYLE para las sanciones de extranjería:

	Plazo de prohibición de entrada	Plazo de prescripción	TOTAL Plazo *real prescipción*
Infracciones graves	3-5 años	2 años	5-7 años
Infracciones muy graves	5-10 años	5 años	10-15 años

Estos plazos de prescripción son desproporcionados y superan a algunos plazos de prescripción del ámbito penal, además el recurso a esta fórmula fuerza la naturaleza y el espíritu de la institución de la prescripción. Es constitucionalmente dudoso que el Legislador disponga de un margen tan amplio para desmarcarse de criterios de proporcionalidad, y mucho menos que fuerce institutos que protegen la seguridad jurídica, dos principios que el Tribunal Constitucional suele utilizar con mucha moderación pero que en este caso se ven forzados, en mi opinión más allá de los límites constitucionalmente admisibles.

La razón para adoptar una formula que contiene un plazo de prescripción de sanciones administrativas de entre 5 y 15 años debe buscarse en la intención de evitar el efecto desincentivador del cumplimiento de la salida obligatoria y de la abstención de entrada,que previsiblemente comportaría un plazo breve de prescripción. El extranjero expulsado o devuelto preferiría, de poder optar, evitar el alejamiento con la esperanza de conseguir la prescripción tras un plazo de dos (infracciones graves) o cinco años (infracciones muy graves). Ello impediría la ejecución extemporánea o tardía de las medidas de alejamiento, lo cual a la vista del principio de seguridad jurídica y de proporcionalidad tampoco parece descabellado. Especialmente, cuando el extranjero cuyo alejamiento ha prescrito se encuentra forzosamente en situación irregular, y en cualquier momento se le puede volver a incoar un expediente de expulsión.

[685] Art. 56 TIDYLE y 99.3 REDYLE son ambiguos respecto a un máximo de diez años, que no se sabe si afecta a la suma de prohibción de entrada más prescripción o sólo a la primera.

El art. 26 REDYLE contiene diversas situaciones que generan una prohibición de entrada, entre las cuales, destacadamente las derivadas de resolución de expulsión, española o de Estados con los que España haya suscrito acuerdos de reconocimiento de tales decisiones (nada dice de la devolución al ser un Reglamento anterior a LO 14/2003), pero también otras situaciones equiparadas a una prohibición de entrada (extranjeros reclamados por delitos en otros Estados, incursos en infracciones susceptibles de expulsión, actividades contrarias a intereses españoles con prohibición de entrada expresa del Ministro del Interior). La consecuencia de esa prohibición de entrada es que las autoridades y funcionarios deberán impedirles el acceso al territorio español.

2.- Ejecución voluntaria y ejecución forzosa

La ejecución de la prohibición de entrada depende completamente de la ejecución previa de la MA, en forma voluntaria o forzosa. Obviamente, la inejecución del deber de salida obligatoria de España implica la permanencia en España, lo cual es contrario al deber de permanecer fuera de España impuesto sobre el extranjero. El incumplimiento de uno implica la imposibilidad de que se de ejecución al segundo, y tampoco a que se de inicio al cómputo del plazo, razón por la que para la prescripción de la prohibición de entrada se requiere el transcurso de un período de tiempo equivalente a la suma del plazo de la prohibición más el tiempo de prescripción de dos años para las infracciones graves o cinco años para las leves, con un máximo de diez años establecido en 56.3 TIDYLE, que no se sabe si es el de la expulsión o el de la suma de prohibición más prescripción. Para añadir complejidad, tampoco la ley define si la devolución es una sanción grave o muy grave, aunque debe reputarse como grave, pues esa era su calificación bajo la LO 4/2000, así como por su analogía con la residencia irregular del art. 53.a TIDYLE, calificación que encaja con lo dispuesto en términos generales en la Ley 30/92.

La ejecución de los deberes de abstención puede ser voluntaria, mediante el acatamiento de la prohibición de entrada, o forzosa, mediante una actividad administrativa

dirigida a impedir el acceso del extranjero al territorio nacional, esa actividad supone la denegación de cualquier visado o solicitud de entrada y/o residencia en España. Más allá es difícil establecer otras obligaciones para el Estado.

En caso de vulneración dolosa del deber de abstenerse de entrar en España, el intento de entrada irregular puede suponer una ampliación del plazo de la prescripción de un mínimo de dos años más en virtud del art. 58.2.a TIDYLE y la adopción de una nueva devolución.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los mecanismos de control migratorio, entendidos ampliamente como mecanismos de control de los ciudadanos extranjeros en su entrada, permanencia y salida del territorio, son el resultado de la evolución del sistema de control a lo largo de los dos últimos siglos. Su evolución ha corrido paralela al proceso de creación y consolidación de una Administración moderna, que en este ámbito tan específico del ordenamiento se traduce en la exigencia de documentos identificativos de extranjeros (y nacionales) como el pasaporte, en la incorporación de descripciones cada vez más tecnificadas de los titulares del documento (desde la inicial descripción antropométrica, pasando más tarde por el uso de fotografías, hasta la incorporación de huellas dactilares e imágenes mediante tecnologías informáticas), en la protección de tales documentos contra el fraude, en el establecimiento de mecanismos de coordinación interadministrativa cada vez más sofisticados, en la generalización de la exigencia de autorizaciones de viaje como visados o salvoconductos, y un largo etcétera. El desarrollo del ordenamiento jurídico-administrativo a partir de principios del S. XIX con una creciente complejidad y detalle se puede deducir de la diferencia existente entre el Decreto de Extranjería de 1852 y las disposiciones previas al mismo en la regulación de los controles migratorios. Sin duda esta norma constituye la piedra angular del sistema de control migratorio en España durante setenta años, en conjunción con otras normas complementarias que la adoptaban a los cambiantes contextos históricos.

Un rasgo característico de la evolución histórica del sistema de control migratorio es la progresiva especialización de las medidas de alejamiento entorno a los controles de entrada y de estancia, pudiéndose distinguir entre aquellas adoptadas en los controles de entrada ("repaso" y "reembarco") y las medidas de alejamiento en el interior del territorio (básicamente la expulsión). Sin embargo, la delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación de cada una de tales medidas no siempre ha sido claro ni riguroso en la historia normativa española. El análisis de la evolución histórica de cada una de las medidas de alejamiento ilustra esta conclusión, así es inevitable ver el antecedente del *retorno* de

extranjeros, y en menor medida de la devolución de extranjeros, en la figura del repaso/reembarco (Real Orden de 1838, Real Decreto de Pasaportes de 1917 modificado por el Decreto de 1935 y Decreto 522/74), medida de alejamiento al servicio del control de entrada para los supuestos de interdicción de la misma o rechazo en frontera decidida por las autoridades gubernativas, que ya desde antiguo la regulación de esta figura disponía la responsabilidad del transportista en el regreso del extranjero, de ejecutividad más o menos inmediata, contemplando la posibilidad de detener al extranjero a tales efectos. Igualmente, para la *entrada ilegal* era determinante la apreciación de una voluntad elusiva de los controles fronterizos por parte de los extranjeros, en cuyo caso la decisión gubernativa se decantaba por la adopción de una medida de expulsión. Por otro lado, la *contravención de una prohibición de entrada*, se sancionaba como un supuesto de desobediencia penal unas veces, (Real Decreto de 1917, Decreto de 1935), multa otras o incluso se desplazaba havia la regulación especial (Ley de Vagos y Maleantes, Ley de Peligrosidad Social). Pero sin duda, la *expulsión* era la medida de alejamiento por antonomasia gozando de una aplicación ampliamente discrecional, en la que las causas para su adopción eran extraordinariamente amplias, situación se mantuvo hasta las LO 7/1985 y LO 4/2000 que incluían como causa de expulsión la realización de actividades ilícitas, y ello a pesar de la inconstitucionalidad declarada en STC 116/1993 de un precepto semejante del Decreto de 1974. Característica de todas estas medidas era la reserva de las mismas a las autoridades gubernativas, la ausencia de garantías procedimentales o materiales y su regulación como "procedimiento especial" al margen de la regulación procedimental general hasta el punto de haber sido calificada la expulsión de "sanción de plano".

En cualquier caso, la evolución de la regulación administrativa del sistema de control de extranjeros durante el S. XIX y parte del S. XX se enmarca también en una cambiante percepción sobre el concepto del Estado y su organización jurídica (distribución de poderes, papel del Parlamento) así como, más a largo plazo, sobre los modelos de Estado (liberal, democrático, social), que indudablemente también afectan a los extranjeros, que ven reconocidos algunos derechos en las Constituciones del Siglo XIX, aunque no será hasta el siglo siguiente con la Constitución de la IIª República, en que se reconocerá carácter normativo a la Constitución y eficacia normativa a los derechos, que incluso gozarán de una

garantía constitucional efectiva en el recurso de amparo, instrumento a través del cual se inició una senda interpretativa mucho más garantista y protectora de los extranjeros, incluso bajo el Estado de excepción. El reconocimiento de un nivel tal de protección de los extranjeros no se recuperaría hasta la vigencia de la Constitución de 1978.

SEGUNDA.- Actualmente, la fundamentación de la competencia estatal en materia de inmigración sobre la base del concepto de soberanía se encuentra sujeta a revisión y reformulación, aunque no es probable que desaparezca, al menos a medio plazo. En el actual proceso de globalización aumentan los actores internacionales con capacidad para intervenir en los fenómenos socio-económicos, desplazando el monopolio de la influencia y configuración de la inmigración que ostentaba el Estado y que ahora comparte con otros actores globales. Ello no resta legitimidad a su intervención, al contrario, pero sí le resta eficacia real para influir directamente en el fenómeno migratorio, sin embargo el Estado sigue disponiendo de una gran capacidad de incidencia sobre el resto de actores que influyen en el fenómeno migratorio (Estados terceros, sectores económicos, entidades supranacionales, empresas transnacionales, etc..). Ejemplos del ejercicio indirecto de control por parte del Estado se pueden encontrar en el reciente proceso de externalización de los mecanismos de control migratorio acometido por la LO 14/2003 en el que las Compañías de Transporte deben remitir listados de pasajeros a las autoridades estatales antes de iniciar el viaje, o en los Acuerdos con Estados terceros para que colaboren en el control de salida de sus propios nacionales o faciliten la readmisión de sus nacionales o de extranjeros de otros países.

Partiendo del reconocimiento de la soberanía o competencia estatal para regular la inmigración como regla de principio deben reconocerse algunos límites a tal regla, límites que son de dos clases: jurídicos y socio-económicos. Entre los socio-económicos, las demandas económicas internas, la propia estructura del mercado laboral, las redes de contacto o informales, etc...que operarían constriñendo las políticas migratorias del Estado o su propia efectividad. Por el contrario, los límites jurídicos podrían ser tanto formales como materiales.

Desde un punto de vista formal, la libertad de regulación implícita en el concepto de soberanía estatal se sujeta a importantes restricciones internas. La distribución del poder y el sometimiento de éste a procedimientos preestablecidos, sin imponer un límite material al poder de los Estados, sí les obliga a integrar y deliberar las políticas y regulaciones de la inmigración con instancias representativas de colectivos e intereses diversos (población, territorio, Administraciones, agentes económicos, etc...), para que tal actuación goce de la legitimidad necesaria para su puesta en práctica. Las propias reglas de este sistema implican que el resultado de tales procesos sea en principio más equilibrado, especialmente si se tiene en cuenta el proceso de integración europea, se diluya el papel preponderante de determinadas instancias estatales, para desplazarse a otras instancias supraestatales que actúan conforme a parámetros relativamente semejantes. Obviamente en este ámbito, todavía debe avanzarse mucho, pues el equilibrio de poderes no es aún el óptimo, admitiendo que la propia definición de reparto óptimo de poder es objeto de debate político.

Desde un punto de vista material, el instrumento más eficaz de limitación de la actividad estatal es la protección de los Derechos Humanos, que opera como mínimo a tres niveles: internacional, supranacional y nacional. Mientras los derechos amparados en el *ius cogens* internacional evolucionan muy lentamente, algunos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos están ampliamente extendidos, pero es sin duda en la esfera del Derecho Internacional de ámbito regional europeo donde los avances hacia la paulatina fijación unos estándares de protección de Derechos de los Extranjeros es más importante, gracias a la inestimable labor del Consejo de Europa y, sobre todo, de la jurisprudencia emanada del TEDH en su labor interpretativa del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Unión Europea, en ejercicio de sus amplias competencias en materia de inmigración y asilo, está adoptando disposiciones de carácter general que, además de limitar materialmente la regulación de los Estados miembros mediante sus Reglamentos y Directivas (*preemption*), se someten ellas mismas y los Estados a los principios fundamentales de protección de los Derechos (muy ligados a los del CEDH pero autónomos, *STJCE Carpenter v. Reino Unido*) que en breve adquirirán un mayor grado de definición y parámetros más claros de protección de los Derechos con la aprobación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, y su desarrollo por el TJCE. A nivel interno, los Derechos Fundamentales reconocidos por la

Constitución española limitan la libertad del Legislador en la regulación del sistema de control migratorio.

Con estos límites la configuración del sistema de control migratorio queda fundamentalmente en manos del Estado, concretamente del Legislador y, en desarrollo de lo dispuesto por éste, del Gobierno.

TERCERA.- En relación a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, debe señalarse que la interpretación de la Constitución y del CEDH inicialmente partían de dos reglas o premisas generales completamente opuestas: la CEDH reconocía de forma general la titularidad de los derechos de la misma a los extranjeros (con excepción de la libertad de circulación del art. 2 Prot. 4°) y limitadas excepciones en su art. 16 CEDH, mientras que la Constitución contenía la posibilidad distinguir entre españoles y extranjeros en la titularidad de los derechos sobre la base del art. 13.1 CE. La jurisprudencia constitucional suavizó con su división tripartita de los derechos (STC 107/84) la remisión a la Ley y a los Tratados en la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros, para pasar a reconocerles al menos la protección otorgada por el contenido esencial de los derechos (STC 115/1987) y constitucionalizando así un mínimo de protección. Mas tarde, la jurisprudencia constitucional ha acabado confluyendo con el TEDH al reconocer la titularidad de casi todos los derechos fundamentales a los extranjeros, con excepción del 23 CE y de conformidad con el art. 16 CEDH, e incluso parcialmente el derecho a la libertad de circulación y residencia del art. 19 CE, excluido en la CEDH por el art. 2 Protocolo 4°.

Sobre el derecho a la circulación y residencia del art. 19 CE, el Tribunal Constitucional ha establecido una interpretación favorable a los extranjeros, condicionando la titularidad y ejercicio del mismo por los extranjeros a que se encuentren legalmente en el territorio español, de modo que si cumplen los requisitos de entrada establecidos por el Legislador son titulares automáticamente de ese derecho (STC 242/1994). Es más, el Tribunal ha restringido el concepto de "estancia ilegal" que excluye el disfrute del art. 19 CE y sujeta al extranjero a expulsión, a aquellos supuestos en los que el extranjero no haya iniciado trámites para su regularizar su residencia y la Administración no haya resuelto su

solicitud (STC 94/1993), adoptando una posición aformalista del concepto de residencia legal, es decir, desvinculada del reconocimiento documental de la misma.

El art. 19 CE es, además, instrumental para el ejercicio de otros derechos fundamentales, tanto en el interior del territorio como fuera del mismo. La libertad de circulación y residencia del art. 19 CE permite ejercer otros Derechos Fundamentales que requieren la autorización de entrada o permanencia en el territorio. Así, es posible considerar que la protección de determinados derechos como la vida y la salud, la protección frente a tratos inhumanos o degradantes o la vida familiar pueden generar, sobre la base de la jurisprudencia constitucional y europea sobre derechos humanos, una derecho a la entrada o permanencia en el territorio nacional que obligue a extender un visado de entrada, a autorizar una entrada incluso sin los documentos necesarios o a suspender la expulsión.

En todos estos casos, las medidas de alejamiento deben someterse a un juicio de ponderación entre los intereses públicos protegidos por las mismas (fundamentalmente la integridad del sistema de control y gestión migratoria) y el perjuicio ocasionado a un derecho fundamental. Los casos sobre los que existe un cuerpo jurisprudencial más elaborado son los relativos a la expulsión de extranjeros, ámbito en el cual la jurisprudencia del Tribunal Europeo provee de una serie de reglas de ponderación en función de los derechos afectados, los intereses públicos en juego y el nivel de integración en el territorio, entre otros aspectos

Es importante destacar que aquí se está hablando de derechos fundamentales, que difieren de otros conceptos jurídicos como el arraigo o la integración social, que en ocasiones pueden presentar una entidad suficiente como para justificar la ponderación con los intereses públicos, pero que no presentan una entidad equivalente a la de los derechos fundamentales. En este sentido, debe insistirse en la necesidad de que las medidas de alejamiento ponderen los derechos fundamentales e intereses legítimos durante el procedimiento administrativo de alejamiento y no al finalizar este, pues en tal caso se adopta una medida de segura inejecución, actuación que en sí misma vulnera los derechos fundamentales

CUARTA.- Ya desde sus orígenes los diversos mecanismos de control migratorio han estado al servicio de fines diversos en función de las necesidades de cada momento histórico (razones de seguridad nacional durante los enfrentamientos bélicos en Europa, razones de producción en las zonas industrializadas, razones de protección de los trabajadores o la identidad nacional frente a la mano de obra extranjera, entre muchas otras), los sistemas de control migratorio fueron generalizándose hasta la situación actual en que se superponen toda clase de finalidades e intereses públicos en el sistema de control migratorio. Actualmente, entre las finalidades principales del sistema de control migratorio se encuentran, primero, nutrir de información a las Administraciones sobre la entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio; segundo, identificar y efectuar un seguimiento de los extranjeros durante su permanencia en el territorio; tercero, intervenir sobre los extranjeros para asegurar el correcto cumplimiento de la programación y las políticas migratorias, y en definitiva la viabilidad y eficacia del sistema de gestión migratoria (*fines intrínsecos*). Junto a estos fines, los controles migratorios están diseñados actualmente para proteger también otros intereses públicos legítimos, como el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, etc.. (*fines extrínsecos*), cuya distinción de los anteriores es en ocasiones muy difícil de establecer. Si a ello se suma el hecho de que el sistema de control migratorio, además de las estructuras propias y especializadas de control migratorio, se beneficia de las estructuras de control propias del Estado Social (control del mercado laboral, control de los servicios sociales y sanitarios, etc.,), resulta que el análisis del sistema de control migratorio y su estructuración jurídica se complica considerablemente dando lugar a posibles tensiones en su traducción a la lógica jurídica. Las medidas de alejamiento constituyen un buen ejemplo en este sentido.

La función de las medidas de alejamiento es, en principio, el traslado a los países de origen o partida de los extranjeros que hayan intentado entrar y/o permanecer en el territorio al margen de la regularidad y de los sistemas de autorización y control administrativos, y como *instrumentos de carácter reactivo-punitivo* operan formando parte de los mecanismos de control migratorio. Al introducir legítima y razonablemente fines adicionales a los propios del sistema de control migratorio, el Legislador sin embargo no ha establecido diferencias sustanciales ni en el procedimiento ni en la estructura jurídica ni en las

consecuencias de las las medidas de alejamiento. Así, medidas orientadas a la consecución de fines intrínsecos al sistema de control migratorio en sentido estricto se aplican de forma idéntica que las medidas al servicio de fines extrínsecos a los de control migratorio. Ello no pasaría de la simple constatación de una voluntad del Legislador de atribuir diversas funciones al sistema de control migratorio si no fuera porque tal distinción cobra relevancia para poder interpretar adecuadamente la estructura jurídico-administrativa de las medidas de alejamiento.

QUINTA.- La estructura normativa de las medidas de alejamiento es compleja. En fase declarativa el acto administrativo tiene como mínimo un doble contenido: en primer lugar, emite una declaración que puede ser autorizatoria/denegatoria de una solicitud de entrada (art. 26.2 TIDYLE) o simplemente declarativa de la comisión de una infracción por entrada irregular (art. 58.2.b TIDYLE), estancia irregular en el territorio (art. 53.a TIDYLE) o quebrantamiento de una prohibición de entrada anterior (art. 58.2.a TIDYLE); en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior el acto administrativo debe recoger la consecuencia anudada por el ordenamiento a tal declaración: la salida obligatoria del territorio nacional (art. 28.2 TIDYLE en relación a los arts. 57, 58.2 y 60 TIDYLE). En algunos casos, aún cabe una tercera consecuencia prevista en el ordenamiento, la prohibición de entrada durante un período determinado (art. 58.1 TIDYLE y art. 58.6 TIDYLE). La orden de salida y, en su caso, la prohibición de entrada, encajan con la definición de órdenes administrativas (MAYER), que imponen deberes de hacer y no hacer al administrado. En una primera aproximación puede sostenerse que la mera denegación de entrada en frontera no es una sanción sino una orden de salida ejecutable incluso forzosamente (art. 60 TIDYLE). Sin embargo, esta calificación choca con la definición de las mismas como sanciones administrativas por la Ley y por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia. Tal carácter depende del concepto de Derecho Sancionador que se acoja y de la configuración de las mismas que realice el Legislador. Según el Tribunal Constitucional el carácter sancionador de un acto administrativo depende de su fundamento, su finalidad y sobre todo su configuración jurídica, para la cual es necesario analizar

conjuntamente los supuestos habilitantes, el procedimiento previsto, las formas de ejecución del mismo, y las consecuencias que acarrea para el extranjero. En atención a ello, la simple orden de salida dirigida a restituir la legalidad conculcada mediante una actuación por vía de hecho del administrado podría ser calificada de orden administrativa, sin embargo la imposición de un deber prolongado (hasta 10 años) en el tiempo consistente en la abstención de entrada en el territorio nacional constituye un gravamen de tal entidad que supone un ejercicio de *ius puniendi* estatal, que debe decantarnos hacia la consideración de las medidas que incluyen este tercer elemento de prohibición de entrada como actos administrativos sancionadores cuyo carácter sancionador se extiende a toda la medida de alejamiento. Así, hasta la reforma de la LO 14/2003 era posible calificar a la devolución de simple orden administrativa y negar su carácter sancionador, aunque sí limitativo de derechos (VELASCO).

Sin embargo, aún cabe avanzar algo más la interpretación de las medidas de alejamiento al servicio del control interno o de estancia. Si se recupera la distinción entre causas o supuestos habilitantes de la expulsión en función de su orientación hacia fines intrínsecos al control migratorio o de fines extrínsecos, se puede arriesgar la interpretación de que en la expulsión por estancia irregular del art. 53.a) TIDYLE la medida de alejamiento se aplica sobre una persona en situación irregular, es decir, desprovista del derecho a la libre circulación y residencia del art. 19 CE y por consiguiente no restringe ninguna libertad ni derecho preexistente, aunque ejercido 'de facto'. En el resto de supuestos de expulsión, el extranjero se encontrará generalmente en situación regular, pues si está irregular incurrirá también en el art. 53.a) TIDYLE, y en tal caso la expulsión supone una verdadera expropiación del derecho a residir en España del art. 19 CE. Esta restricción de un derecho legalmente obtenido por el extranjero supone una verdadera sanción, y son una sanción tnato la orden de salida obligatoria como la prohibición de entrada, mientras que en la expulsión por estancia irregular del art. 53.a) TIDYLE, puede defenderse que la orden de salida obligatoria no constituye una sanción, salvo por el hecho de que lleva aparejada una prohibición de entrada, que es el único elemento de 'ius puniendi' que permite calificarla de sanción administrativa.

Ciertamente, pudiera parecer que esta interpretación sobre la estructura y naturaleza de las medidas de alejamiento no tiene consecuencias prácticas, pero en el plano lógico-jurídico es mucho más ajustada a la realidad y se adecua con mayor facilidad a las tesis sostenidas en este trabajo sobre la existencia de una estructura común a las medidas de alejamiento al servicio del sistema de control migratorio.

SEXTA.- Uno de los problemas comunes y casi previos a la adopción de una medida de alejamiento se plantea respecto a la aplicación de los controles migratorios y la solicitud de identificación y documentación de los extranjeros. En el control interno o de estancia, la ausencia de regulación legal de los medios de detección e interpelación de los extranjeros en situación irregular abona la posibilidad de realizar solicitudes de identificación fundadas en criterios discriminatorios o basados en prácticas discriminatorias, generalmente por razón de raza, religión u origen nacional. La jurisprudencia de la STC 53/2001 eludió la elaboración de un test para enjuiciar motivos potencialmente discriminatorios en las solicitudes de identificación, amparando la posibilidad de realizar las mismas en determinadas zonas de tránsito de extranjeros irregulares. El resultado de esta sentencia no puede ser más insatisfactorio pues abre la posibilidad de interpretarla como una autorización a la policía para solicitar la identificación a personas pertenecientes a minorías raciales como elemento razonable para sospechar su condición de extranjera, en concreto de extranjera en situación administrativa irregular. La doctrina francesa ofrece criterios objetivos mucho más satisfactorios desde el punto de vista de la interdicción y prevención de prácticas discriminatorias.

El control migratorio de entrada en los puestos fronterizos no se libra tampoco de problemas con relación a los controles de identidad, esta vez no respecto al fundamento de la solicitud de identificación que es evidente, sino respecto de la determinación de la intensidad del control al que se somete a los extranjeros, generalmente, en función del origen nacional o la raza. La ausencia de criterios orientativos en la Ley o el Reglamento queda de alguna manera superada por la previsión de los mismos en el *Manual Común de*

Fronteras, especie de Instrucción administrativa comunitaria (soft-law) algunas de cuyas disposiciones plantean serios problemas de encaje con los Derechos Fundamentales.

Directamente relacionado con la detección de los extranjeros se encuentra el problema de su detención pasado el período de detención administrativa. En este punto la normativa ha evolucionado hasta extender la exigencia de autorización jurisdiccional del internamiento. En la práctica, la eficacia de esta intervención judicial arroja serias dudas desde la perspectiva del art. 17 CE, dados los límites a los que se encuentra sujeta desde la perspectiva de su alcance y densidad. El control jurisdiccional por parte de los Jueces de Instrucción se encuentra limitado a la supervisión de la concurrencia de las causas legales para el internamiento de los extranjeros, sin embargo, los jueces penales no disponen ni de las técnicas ni de la competencia para controlar a fondo la justificación del internamiento del extranjero, y una vez decretado el mismo tampoco son competentes para controlar las frecuentes desviaciones y vicios procedimentales en que incurre la Administración al tramitar y resolver los expedientes de expulsión (falta de audiencia, ausencia de notificación de la resolución de expulsión, restricciones del derecho de asistencia letrada, etc..), sino que únicamente pueden pronunciarse sobre la puesta o no en libertad del extranjero o la autorización de la ejecución de la expulsión detención. En los procedimientos de tramitación urgente de la expulsión estas limitaciones revisten una doble gravedad, pues el Juez de Instrucción no puede controlar la actividad administrativa pero debe autorizar una expulsión en la que en muchas ocasiones apenas existe defensa letrada efectiva ni acceso a los recursos y la tutela cautelar contencioso-administrativa. No puede más que concluirse que la intervención del Juez de Instrucción no protege suficientemente los derechos de los extranjeros sujetos a expulsión, a pesar de los esfuerzos del Tribunal Constitucional en su STC 115/1987 por reformular el alcance de ese control jurisdiccional.

SÉPTIMA.- La ejecución voluntaria de las medidas de alejamiento constituye un trámite ineludible para la Administración y un derecho del extranjero, pero además es condición indispensable para la ejecución forzosa. La ejecución forzosa, a su vez, plantea problemas entorno al empleo de la coacción administrativa, que padece graves vicios de

inconstitucionalidad pues no existe previsión legal expresa que autorice el recurso a mecanismos limitativos de los Derechos Fundamentales. En línea con la demanda formulada por AGIRREAZKUENAGA tiempo atrás, se revela imprescindible la regulación de las técnicas policiales o, al menos el uso de la fuerza administrativa, que en estos momentos sólo se guía por los principios constitucionales, los límites derivados del Derecho Penal y el principio de proporcionalidad. La ausencia de regulación de tales actuaciones, que ha merecido críticas desde del entorno asociativo recogidas en diversas instancias internacionales de protección de los Derechos Humanos (Comité para la Prevención de la Tortura, Comisario Europeo de Derechos Humanos), supone una grave amenaza a los derechos fundamentales además de una actuación susceptible de inconstitucionalidad en la medida en que no se encuentra regulada en una disposición con rango legal, como exigen los arts. 15, 17 y 18 CE y específicamente el art. 100 LRPJAPyPAC. Igualmente, sería necesaria una especialización de los cuerpos policiales encargados de la ejecución de medidas de alejamiento, dados los específicos problemas que puede comportar la hostilidad o resistencia al alejamiento por parte de los extranjeros, tal y como se está haciendo en algunos países de nuestro entorno.

OCTAVA.- Aunque ha habido cambios orientados a asegurar unas garantías mínimas a los extranjeros sujetos a medidas de alejamiento, estas garantías distan mucho de desplegar toda su eficacia. La tutela cautelarísima y el derecho a la asistencia letrada arrojan en la práctica unos resultados muy limitados frente a la actuación administrativa sistemática de alejamiento inmediato de extranjeros y el recurso sistemático a la expulsión para la sanción de extranjeros en situación administrativa irregular, cuando la propia Ley prevé la multa como sanción administrativa y el Tribunal Constitucional ha reconocido la excepcionalidad de la expulsión.

Ello conduce a pensar que los mecanismos actuales de control jurisdiccional contencioso de la actividad administrativa carecen de la agilidad suficiente para reconducir la práctica administrativa. Soluciones parciales pueden encontrarse en la instauración del *jour franc*, revisar y consolidar la interpretación de algunas cuestiones que pueden impedir la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en casos tan sensibles y frágiles como los de

extranjeros: unificación de la doctrina sobre la posibilidad de vulneración en estos casos del art. 19 CE aformalismo en la admisión de este tipo de recursos (aviso por extranjero de su situación, presentación del recurso por fax...), reconocimiento definitivo de la jurisdicción de los Juzgados de lo Contencioso para controlar las medidas de alejamiento, revisión de la interpretación del perjuicio irreparable o de la protección cautelar en relación a la buena fe administrativa, criterios jurisprudenciales claros sobre las condiciones para recuperar la libertad, medidas cautelares distintas a la suspensión o para determinar el estatuto del extranjero al que se le suspende la devolución, asignación del control de la libertad a los Jueces de lo Contencioso y establecimiento de Juzgados de Guardia en este ámbito.

BIBLIOGRAFÍA

I.- BIBLIOGRAFÍA GENERAL

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Memoria anual (1994-2002)*, Ed. Registro General de Protección de Datos, Catálogo de ficheros 2003, soporte CD-ROM.

AGUELO, Pascual y ÁLVAREZ, Aurelia: *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, Ed. Lex Nova, Valladolid.

AJA, Eliseo (dir.:) *La nueva regulación de la inmigración en España*, Ed. Tirant lo Blanch-Institut de Dret Públic, Barcelona, 2000.

ALONSO PÉREZ, Francisco: *Régimen jurídico del extranjero en España*, Ed. Dyckinson, Madrid 2002.

APRÁIZ MORENO, Fernando: *Derecho de extranjería*, (2 vols.) Ed. Bosch, Barcelona 1998.

APRELL LASAGABASTER, Concha: *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1994.

APRELL LASAGABASTER, Concha: "Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa", *Revista de Administración Pública*, nº 114, septiembre-diciembre de 1987.

ASENSI SABATER, J. (coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería,* Ed. Edijus, 2001.

BORRAJO INIESTA, Ignacio: "El status constitucional de los extranjeros", págs. 697-766, en la obra *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid 1991.

BORRÁS, Alegría (dir.): *Diez años de la Ley de Extranjería: balance y perspectivas*, Ed. Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona 1995.

CAMPO CABAL, J. M (coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Ed. Civitas, Madrid 2001.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 35 1992, págs. 63-83.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: *Informe anual,* (1993-2003).

DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe anual,* Ed. Publicaciones del Defensor del Pueblo, Madrid 1980-2003.

DEFENSOR DEL PUEBLO: *Situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España*, Ed. Publicaciones del Defensor del Pueblo, Madrid 1994.

XII Jornadas de coordinación entre Defensores del Pueblo, Edición a cargo del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla 1997.

DRZEMCZENSKI, Andrew: *La situation des étrangers au regard de la CEDH*, Strasbourg, 1994.

ESPINAR VICENTE, José María: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español,* Ed. Civitas, Madrid 1994.

FERRER PEÑA, R: *Los derechos de los extranjeros en España*, Ed. Tecnos, 1989.

GONZALEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro: *Libertades de circulación, entrada y residencia en España*, Ed. Civitas, Madrid 1991.

IZQUIERDO, Antonio: *La inmigración inesperada*, Ed. Trotta, Madrid 1996.

LORCA, Alejandro, ALONSO, Marcos y LOZANO, Luis Antonio: *Inmigración en las fronteras de la Unión Europea*, Encuentro Ediciones, Madrid, 1997.

MARTINEZ ATIENZA, Gorgonio: *Ley y Reglamento de Extranjería. Disposiciones normativas, jurisprudencia, comentarios doctrinales*, Ed. COLEX, Madrid 1996.

MINISTERIO DEL INTERIOR: *Anuario estadístico del Ministerio del Interior*, Ed. Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior. Se han consultado los anuarios de los años 1994 a 2002.

PANADERO MOYA, Miguel y GARCÍA MARTÍNEZ, Carmen (coord.): *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 1997.

REQUERO IBÁÑEZ, José Luís: *Extranjería y refugio: práctica contencioso-administrativa*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

RUÍZ-GIMÉNEZ, Joaquín y RUÍZ GIMÉNEZ ARRIETA, Icíar: "Comentarios al art. 10 de la Constitución", págs 37-109, y PÉREZ VERA, Elisa y ABARCA JUNCO, Paloma: "Comentario al art. 13 de la Constitución", págs 183-203, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas-Cortes Generales, Madrid 1996.

SAGARRA i TRIAS, E.: *Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de los extranjeros en España*, Ed. Bosch, Barcelona 1991.

SANTAOLAYA MACHETTI, Pablo (coord.): *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2000. Consultar también la 2ª edición.

SANTAOLAYA MACHETTI, Pablo: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Ed. Tirant lo Blanch-Institut de Dret Públic, Valencia 2004.

SÍNDIC DE GREUGES: *Informe anual,* Ed. Síndic de Greuges, 1985-2003.

TRINIDAD GARCÍA, Maria Luisa y ROBLES ALMÉCIJA, José Manuel: *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, Ed. Comares, Granada 1998.

VARONA MARTÍNEZ, Gema: *La inmigración irregular: Derechos y deberes humanos*, Ed. Publicaciones del Ararteko, Vitoria-Gasteiz 1994.

VIDAL FUEYO, María del Camino: *Constitución y Extranjería*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.

VVAA: "Extranjeros" monográfico de *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ nº XVII, 1994.

VVAA: "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ nº XI, 1993.

VVAA: "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ nº X, 1995.

VVAA: *Alternativas a una política de inmigración*, Ed. Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid 1996.

VVAA: *Conférence méditerranénne sur la population, les migrations et le développement. Actes*, Ed. Conseil d'Europe, Strasbourg, 1997.

VVAA: *La inmigración. Derecho español e internacional*, Ed. Bosch, Barcelona 1995.

VVAA: "Encuesta sobre la Ley de Extranjería", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 7, 2001.

II.- BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

a) El sistema de control migratorio

BROCHMANN, Grete y HAMMAR, Tomas (ed.): *Mechanisms of Immigration control. A comparative analysis of European Regulation Policies*, Ed. Berg, Oxford 1999.

COLLINSON, Sarah: *Europe and International Migration*, Ed. Pinter Publishers, London 1994.

CORNELIUS, Wayne, HOLLIFIELD, James, MARTIN, Philip L.: *Controlling Immigration. A global perspective*, Ed. Standford University Press, 1994,

DE STOOP, Chris: *Los otros. La deportación de los "sin papeles en Europa"*, Ed. Bellaterra, Barcelona 1999.

IZQUIERDO: La inmigración inesperada, Ed. Trotta, Madrid 1996

JOPPKE, Christian: Immigration and the nation State: the United States, Germany and Britain, Ed. Oxford University Press, Oxford 1999.

KING, Russell (editor): *Mass migration in Europe. The legacy and the future*, Ed. John Wiley & Sons Ltd, Susex 1995.

KYMLICKA, Will: *Ciudadanía multicultural,* Ed. Paidós, Barcelona 1996.

MÁRMORA, Lelio: *Las políticas de migraciones internacionales*, Ed. OIM-Paidós, Barcelona 2002.

MEYERS, Eytan: "Theories of International Immigration Policy. A comparative Analysis", *International Migration Review*, Vol. 34, Num. 4, 2000

RUBIO-MARÍN, Ruth: *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge 2001

SASSEN, Saskia: *Guests and aliens*, Ed. The New Press, New York 1999.

SASSEN: Globalization and its discontents, Ed. The New Press, New York 1998.

UGUR, Mehmet: "Freedom of movement vs. Exclusion: A reinterpretation of the 'insider'-'outsider' divide in the European Union", *International Migration Review,* n. 136.

WHITOL DE WERDEN

ZAPATA-BARRERO, Ricard: *El turno de los inmigrantes, esferas de justicia y políticas de acomodación*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2002;

b) Antecedentes normativos de la LO 7/1985

ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, Manuel: *La extranjería en la Historia del Derecho español,* Servicio de Publicaciones, Universidad de Oviedo, Oviedo 1992.

CASTELLS ARTECHE, José Manuel: *El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España*, Ed. Seminarios y Ediciones SA, Madrid, 1974.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luís: "Procedimiento en materia de extranjería y pases de fronteras", págs. 9-155, tomo 2° del volumen II de la obra *Procedimientos especiales* dirigida por

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: Ed. Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid 1969.

FERRER SANCHÍS, Pedro-Antonio: "El desarrollo constitucional en materia de derecho de la nacionalidad y de la extranjería: su proyectada reforma en España", en la obra de TOMÁS VILLARROYA, Joaquín (editor): *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política, Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Univ. Valencia, Valencia 1984.

GÓMEZ REY, Fernando J.: "La expulsión de extranjeros en el ordenamiento español", *Revista Universidad y Sociedad*, nº 4, 1982, págs. 221-228.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Ed. Publ. Abella, Madrid 1971.

PIÑAR MAÑAS, J.L.: "El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional", *Revista de Administración Pública*, nº 93, 1980.

JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Ed. Civitas, Madrid 1976.

MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid 1971.

RECONDO, R.: "El Sistema del Fuero de Extranjería (Contribución al estudio histórico de la competencia internacional de los tribunales españoles)", *Estudios de Deusto*, vols. XXVI a XXVIII,1978, 1979 y 1980, págs.449-517, 383-420, 173-213, respectivamente.

TORRES CAMPOS, Manuel: "Histoire de la condition juridique des ètrangers dans la legislation espagnole", *Journal du Droit International Privé*, vol. 181, págs. 108-119.

TRIAS DE BES, JM: "La condición jurídica del extranjero en España", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*,vol. nº 139 1921, pág. 481-510.

c) Tratamiento de la inmigración en la Unión Europea

ANDERSON, Malcolm & APAP, Joanna: *Police and Justice Co-operation and the new European borders*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2002.

BOER, Monica den (ed.): *Schengen still going strong. Evaluation and update*, Ed. European Institute of Public Administration, Maastricht, 2000.

BOER, Monica den (ed.): *Organised Crime. A Catalyst in the Europeanisation of National Police and Prosecution Agencies?*, Ed. European Institute of Public Administration, Maastricht, 2002.

BELL, Mark: *Anti-Discrimination law and the European Union*, Ed. Oxford University Press, Oxford 2002.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús y NAVARRO BATISTA, Nicolás: *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Textos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid 1999.

CASSESSE, Antonio, CLAPHAM, Andrew, WEILER, Joseph (eds.): *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Vol. II, Ed. European University Institute-Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991.

CÓRDOVA CASTROVERDE, Diego: "Influencia del Derecho Comunitario en materia de extranjería", págs. 561-608 en la revista *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. CGPJ, Madrid 1997.

DASHWOOD, Alan: "Implied Extermal Compence of the EC", págs. 113-123 y ROSAS, Allan: "Mixed Union-Mixed Agreements", págs. 125-148, capítulos 8º y 9º, respectivamente, del volumen editado por KOSKENNIEMI: *International Law Aspects of the European Union*, Ed. Kluwer International, 1998.

DE ZWAAN, Jaap y VROUENRAETS, Mireille: "The future of the Third Pillar: an evaluation of the Treaty of Amsterdam", págs 203-214, Capt. 11 y BOELES, P: "Parliamentary and Judicial control in matters of asylum and immigration under the Treaty of Amsterdam", págs. 215-226, Capt. 12, ambos en el volumen editado por HEUKELS, T, BOLKKER, N y BRUS, M.: *The European Union after Amsterdam*, Ed. European Institute of Leiden University, Leiden 1998.

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier: *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1998.

DONAIRE VILLA, F. J: *La Constitución y el acervo de Schengen*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

GÓMEZ CABO, José-Pedro: "La aplicabilidad del derecho comunitario en la práctica jurídica española", *Economist & Jurist* nº 65, noviembre 2002, págs. 36-46.

GONZÁLEZ ALONSO, Luís Norberto: "La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, nº 4, 1998 págs. 501-545.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: *Extranjería y libre circulación de personas*, Ed. Comares, Granada 1994.

GRÜTJEN, Klaus y KLEIN, Herbert: "El Convenio de aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990. Un camino especial hacia la integración europea en el ámbito de la seguridad interior. Análisis desde una perspectiva alemana", en *Informe Viver Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas (1995-1996)*, de la Fundació Carles Viver Pi i Sunyer d'Estudis Autonómics i Locals.

HAILBRONNER, Kay: *Immigration admissions. The search for workable solutions in Germany and the United States*, Ed. Berghahn, Providence and Oxford, 1997

HREBLAY, Vendelin: *Les Accords de Schengen. Origine, fonctionnement, avenir*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1998.

JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, Patricia: *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Ed. Tecnos, Madrid 1994.

KOSKENNIEMI, Martti (editor): *International Law aspects of the European Union*, Ed. Kluwer Law Int., La Haya 1998.

LADEUR, Karl-Heinz: "The Europeanisation of Administrative Law: Transforming national decision-making procedures", Ed. Ashgate, Dartmouth, 2002.

LABAYLE, Henri: "La Cooperation européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la CIG", *Revue Trimestrelle du Droit Européen*, nº 33 (1), 1997, págs. 1-35.

LABAYLE, Henri: "Un espace de liberté, de securité et de justice", *Revue Trimestrelle du Droit Européen,* nº 33 (4) 1997, págs. 105-173

LANFRANCHI, Marie-Pierre: *Droit Communitaire et travailleurs migrants des États Tiers*, Ed. Económica, París 1994

LIROLA DELGADO, María Isabel: *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid 1994.

MACLEOD, Ian, HENDRY, I.D. y HYETT, Stephen: *The external relations of the European Communities*, Ed. Oxford Clarendon Press, Oxford 1996.

MANGAS MARTÍN, Araceli *et al.*: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid 2002.

MARINHO, Clotilde (ed.): *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam. A First Assessment*, Ed. European Institute of Public Administration, Maastricht, 2001.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, José Martín: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1997.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, José Martín: *La Inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Ed. Colex, Madrid 2002.

MEGRET, J. *et al.*: *Le droit de la communauté économique européenne. Relations exteriéures*, vol. 12, Ed. Université de Bruxelles, Bruselas 1980.

MINISTERIO DEL INTERIOR: *Presidencia española de la Unión Europea en materia de asilo e inmigración (segundo semestre de 1995)*, Ed. Min. del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid 1996.

NASCIMBENE, Bruno y PASTORE, Massimo: *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Ed. Giuffrè, Milano 1995.

NASCIMBENE, Bruno (ed.): *Expulsioin and detention of aliens in the European Union*, Ed. Giuffrè, Milano 2001.

NAGY, Boldizsár: "Migration between the European Union and Hungary and the Regulating Law: a case study", en la revista *European Public Law*, vol. 3, Issue 3, 1997.

PALOMARES AMAT, Miquel: "El efecto directo de las disposiciones de los Acuerdos Internacionales de las Comunidades Europeas", en *Gaceta Jurídica* B-130, enero-febrero 1998.

PEERS, Steve: "Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights", *European Journal of Migration and Law*, nº 3, 2001.

ROBLES CASTILLO, Margarita: *El control de la Política Exterior por el Parlamento Europeo*, Ed.Civitas, Madrid 1994.

SIMPSON, Gerald: "Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam", *European Public Law*, nº 5 (1), 1999.

TEZCAN, Ercüment: "La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le cadre de l'Union européenne et le Traité d'Amsterdam", *Cahiers de Droit Européen*, nº 5-6, 1998.

TORPEY, John,CAPLAN, Jane: *Documenting individual Identity, Ed. Princeton Universitary Press, Princeton, 2000.*

TORRENT, Ramon: *Derecho y práctica de las relaciones exteriores en la Unión Europea*, Ed. Cedecs, Barcelona 1998.

VARONA MARTÍNEZ, Gema: *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Ed. Ararteko, Vitoria 1994.

VVAA: *Free Movement of Persons in Europe*, Ed. Martinus Nijhof Publishers, The Hague 1991.

VVAA: Schengen: *Internationalisation of control chapter of the law of aliens, refugees, privacy, security and the police*, Ed Kluwer Law, Utrecht 1991.

d) Derecho Comparado

AJA, Eliseo (coord..): "Informe sobre el derecho comparado de extranjería (Alemania, Francia, Italia,Reino Unido, Suecia, Unión Europea", en *Pla Interdepartamental de la Immigració a Catalunya 2001-2004*, col II, Ed. Generalitat de Catalunya, Barcelona 2002.

FROWEIN, Jochen Abr. y STEIN, Torsten: *The legal position of Aliens in National and International Law*, Ed. Springer Verlag, Heidelberg 1984.

FINOCCHIARO, Giuseppe: *La tutela giuridica dello straniero in Italia e nei paesi europei. Normative comparate sull'immigrazione*, Maggioli, Rimini 1996.

XIVe Table Ronde Internationale sobre "Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière", celebrada en Aix-en-Provence, 11 y 12 de septiembre de 1998, Documentación provisional sobre Francia, Italia, Portugal, Bélgica y España.

BONETTI, Paolo: *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario. Lineamenti e guida practica*, Ed. Maggioli Editori, Rimini 1994.

BONETTI, Paolo: *"La disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero: la situazione italiana"*, ponencia para las Jornadas sobre los Derechos de los Inmigrantes en el Derecho Comparado europeo", organizadas por el Institut de Dret Públic en Barcelona, 21 y 22 de junio de 1999.

D'ORAZIO, Giustino: *Condizione dello straniero e "società democratica"*, CEDAM, Padova 1994.

GUERRERA, Ida Nicotra: *Territorio e circulazione delle persone nell'ordinamento constituzionale*, Giuffrè Editore, Milano 1995.

MELICA, Luigi: *Lo straniero extracomunitario valori constituzionali e identità culturale*, Giappichelle, Torino 1996.

TORIELLO, Fabio: *La condizione dello straniero: profili de diritto comparato e comunitario*, Ed. CEDAM, Padova 1997.

DAVIS, Howard: "Immigration: appeals and judicial review", en la revista *Public Law*, Winter 1998, págs 583-598.

JACKSON, David: *Immigration law and practice*, Ed. Sweet & Maxwell, London 1996.

JUSS, Saatvinder: *Discretion and deviation in the administration of immigration control*, Ed. Sweet&Maxwell, London 1997.

MACDONALD, Ian A. y BLAKE, Nicholas: *MacDonald's Immigration Law and Practice*, Ed. Butterworths, London 1997.

NICHOLSON, Frances: "Implementation of the immigration (Carriers' Liability) Act 1987: privatising immigration functions at the expense of Internationl obligations?" en la revista *International and Comparative Law Quaterly*, July 1997 vol. 46, págs 586-634.

SAMUELS, Harriet: "Administrative detention in immigratiuon cases: The *Hardial Singh* principles revisited", en *Public Law*, Winter 1997, págs 623-629.

SUPPERSTONE, Michael y O'DEMPSEY, Declan: *Supperstone & O'Dempsey on Immigration and Asylum*, Ed. Person Professional Limited, London 1996.

BENOÎT ROHMER, Florence: "Reconduite a la frontière: développements récents", en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, nº 2, 1994, págs. 429-478.

GUIMEZANES, Nicole: "La rétention administrative des étrangers frappés d'une mesure d'eloignement du territoire", en *Revue critique du droit international privé*, nº 85 (2) abril-junio 1996, págs 275-304.

GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS (GISTI): *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, Ed. La Découverte, Paris 1995.

LEBON, André: *Rapport: Immigration et présence étrangère en France, 1995-1996*, Ministère de l'Amenagement du Territoire, de la Ville et de l'Integration, Direction de la Population et des Migrations, Décembre 1996. Se pueden consultar también las ediciones posteriores.

PHILIBERT, Jean-Pierre y SAUVAIGO, Suzanne: *Immigration dandestine et séjour irregulier d'étrangers en France*, Ed. Assamblée Nationale, Les Documents d'Information, Paris 1996.

SYLLA, Fodé (dir): *Droits des étrangers. Le guide*, Ed. SOS Racisme-Le libre de poche, Paris 1995.

VANDENDRIESSCHE, Xavier: *Le droit des étrangers*, Ed. Dalloz, París 1996.

PICARD, E:: "Les contôles d'identité au regard des droits fondamentaux", *Revue Française de Droit Administratif*, nº 10 (5) 1994, págs. 959-998.

DECOCQ, André, MONTREUIL, Jean y BUISSON, Jacques: *Le droit de la Police*, Ed. Litec, Paris 1991.

e) Dogmática general sobre la naturaleza de los actos administrativos

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, 2 vols, Ed. Civitas, Madrid 1999.

GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid 1992.

GIANNINI, Massimo Severo: *Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano 1993.

GIANNINI, Massimo Severo: *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano 1981.

LANDI, Guido, POTENZA, Giuseppe y ITALIA, Vittorio: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano 1999.

MAYER, Otto: *Le droit Administratif allemand*, Ed. V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris 1904.

AGIRREAZKUENAGA, Ignacio: *La coacción administrativa directa*, Ed. Civitas, Madrid 1990.

CARRO, José Luis: "Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público", en *Revista Española de Derecho Administrativo,* nº 15, págs. 605-627.

DOMÍNGUEZ VILA, Antonio: *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago: *La vía de hecho administrativa*, Ed. Tecnos, Madrid 1994.

LÓPEZ MENUDO, F.: *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Ed. Civitas-Universidad de Córdoba, 1988.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: "Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores, con especial referencia a la publicidad de las mismas", en *Revista de Administración Pública*, nº 126, págs. 133-187.

MIGUEL CALATAYUD, José Antonio: "Consideraciones sobre el Derecho Administrativo Sancionador operativo en el foro de la Extranjería", en la revista *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 37, 1994 monográfico sobre "Extranjeros".

NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid 1993.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles: *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, 1996.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles: 'Comentario al Título IX "De la potestad sancionadora" de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común", en *Administración pública y procedimiento administrativo*, coordinada por J. TORNOS MAS, Ed. Tecnos, Barcelona 1994, pág. 467

RODRÍGUEZ CANDELA, José Luís y GARCÍA ESPAÑA, Elisa: "La devolución del Extranjero", *La Ley*, Volumen nº 5 del año 1996, Ref. D-269, págs. 1338-1350 (Diario 4114 de 3 de septiembre).

SEVILLA MERINO, Ignacio: *La protección de las libertades contra la vía de hecho administrativa*, Ed. Civitas, Madrid 1992.

f) Procedimiento administrativo común y procedimientos de alejamiento

AGUADO i CUDOLÀ, Vicenç: *La prescripció i la caducitat en l'exercici de potestats administratives*, Ed. Marcial Pons- Generalitat de Catalunya, Barcelona 1999.

BACIGALUPO, Mariano: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, cotnrol judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.

BELADÍEZ ROJO, Margarita: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.

CASTILLO BLANCO, Federico A.: *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1998.

DIRECCIÓN GENERAL TÉCNICA DE POLÍTICA INTERIOR: *Manual de Procedimientos en materia de Extranjería*, (Manual y Anexos I y II), Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid 1999.

JORDANO FRAGA, Jesús: *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.

g) Detenciones y privaciones de libertad

ALONSO PÉREZ, Francisco: *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid 1997, pág. 187.

BANACLOCHE PALAO, Julio: *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en Derecho español*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1996.

BOSCH BENÍTEZ, Oscar: "Seguridad jurídica y seguridad ciudadana: problemática de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ nº XX, 1994.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid 1998.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La identificación de personas desconocidas (Comentario al artículo 20 de la Ley de Portección de la Seguridad Ciudadana*, Civitas, Madrid 1992.

LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco: *Seguridad ciudadana y orden público*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid 1992.

MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás: *El atestado. Inicio del proceso penal*, Ed. AREN SL, 1999.

GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El derecho a la libertad personal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep: *Asistencia letrada al detenido*, Ed. Atelier, Barcelona 1999.

SALIDO VALLE, Carlos: *La detención policial*, Ed. JM. Bosch, Barcelona 1997.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J.: *Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*, Ed. Ara Solis-Xunta de Galicia, A Coruña 1997.

h) La ejecución forzosa de las medidas de alejamiento

ABEYRATNE, R.I.R: "Air carrier liability and State responsability for the carriage of inadmissible persons and refugees", *International Journal of Refuggee Law*, Vol. 10, nº 4, 1998.

BARCELONA LLOP, Javier: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Ed. Universidad de Cantabria, Santander 1995, págs. 336 y 331.

COBREROS MENDAZONA, E: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Oñati, HAEE/IVAP, 1988.

CHUECA SANCHO, Ángel G.: *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Ed. Egido Editorial, Zaragoza 1998, págs. 19 y 20.

LAFUENTE BENACHES, Mercedes: *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid 1992.

SÁNCHEZ GARCÍA, Mª Isabel: *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Ed. JM Bosch, Barcelona 1995.

SAROLEA, Sylvie: "La jurisprudence recente de la CEDH en matière d'eloignement et de detention des étrangers au depart de l'arrêt Chahal", *Revue du droit des étrangers*, nº 92, 1997.

DE SCHUTTER, Olivier: "La proportionnalité de l'eloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public", *Revue du droit des étrangers*, nº 93, 1997.

SHERLOCK, Anne: "Deportation of aliens and art. 8 EHCR", *European Law Review*, nº 23, 1998.

VVAA: "La police des étrangers et la Convention Europènne des Droits de l'Homme", monográfico de la *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, nº 37, enero 1999.

i) El control jurisdiccional de las medidas de alejamiento

CALVO MIRANDA, José Luís: "Reflexiones sobre la jurisprudencia en materia de medidas provisionalísimas. Ejecutividad del acto administrativo y extranjería", *Revista de Administración Pública*, nº 148, enero-abril 1999, págs. 227-248.

CAMPOS SÁNCHEZ-BARDONA, Manuel: *Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, *Revista de Administración Pública*, nº 149, mayo-agosto 1999, págs. 105-130.

CHINCHILLA MARTÍN, Carmen: *La desviación de poder*, Ed. Civitas, Madrid 1999.

BACIGALUPO, Mariano: *La nueva tutela cautelar en el Contencioso-administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Ed. Civitas, Madrid 1995.

HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal: *Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos del Derecho de Extranjería español*, Ed. COLEX, Madrid 1997.

MOROTE SARRIÓN, José Vicente: "La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos tras las sentencias del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo", *REDA* nº 94, págs. 307-318.

FERNÁNDEZ TORRES: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Ed. Civitas, Madrid 1998.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 4, mayo-agosto 1998.

CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución*, Ed. Bosch, Barcelona 1994.

CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús: "El diseño competencial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo establecido por la Ley 29/1998 de 13 de julio", en *REDA* nº 102, pág. 213.