

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL
I ELS DRETS HUMANS

UNIVERSITAT DE BARCELONA

PRIMER INFORME
SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS DE DETENCIÓN,
INTERNAMIENTO Y EXPULSIÓN DE
EXTRANJEROS EN CATALUÑA

Octubre de 2003
Barcelona

Informe elaborado por la comisión de trabajo del OSPDH formada por: **Héctor Claudio Silveira Gorski** (UB), **Marta Monclús** (UB), **Gemma Nicolás** (UB), y **Antoni Fernández** (UB)

ÍNDICE

Presentación del Dr. Miguel Angel Aparicio, <i>degà de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona</i>	7
Presentación del Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona	9
1. Preámbulo: la configuración de un derecho administrativo especial para extranjeros inmigrantes	11
2. Objetivos y metodología	21
3. Datos obtenidos	23
3.1. El papel del juez de instrucción	23
3.2. El papel del abogado	28
3.3. El papel de la autoridad gubernamental	30
4. Valoraciones	33
4.1. En cuanto al papel del juez de instrucción	33
4.2. En cuanto al papel del abogado	35
4.3. En cuanto al papel de la autoridad gubernamental	37
5. Conclusiones	43
6. Recomendaciones	47
6.1. Recomendaciones dirigidas a los jueces de instrucción	48
6.2. Recomendaciones dirigidas a los abogados y al Colegio de Abogados de Barcelona	50
6.3. Recomendaciones dirigidas a la autoridad gubernamental	54
7. Bibliografía	57
8. Nota final	59
9. Anexos	61
Anexo 1: Cuestionario dirigido a los jueces de instrucción de Cataluña	61
Anexo 2: Cuestionario dirigido a los abogados	69
Anexo 3: Estadística de expulsiones (1995-2001)	78

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS
Av. Diagonal, 684 (Desp. 408, Edif. Ilerdense)
08034 Barcelona.
Tel. 934024417, Fax 934021067
Email: observsp@dret.ub.es
www: ub.es/ospdh

ISBN: 84-96044-35-1
Depósito legal:

Se permite la reproducción total o parcial del documento siempre y cuando se cite el título de la publicación, el *Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans* como editor y los miembros de la comisión de trabajo que elaboraron el Informe.

Prólogo al Informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Cataluña

por Miguel A. Aparicio Pérez,
*Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Barcelona*

Cualquier acercamiento al fenómeno actual de la inmigración desde una sensibilidad humanista produce un claro desasosiego. Supongo que es el que han sentido los autores del presente informe según han ido elaborando su trabajo de campo, sus análisis y sus conclusiones, tras haber comprobado la situación del sector más mísero del enorme grupo de personas inmersas en dicho fenómeno: el de los inmigrantes "sin papeles", cuyo apelativo popular refleja muy exactamente su propia condición. Apelativo dirigido a un conjunto de personas indeterminadas e indeterminables a quienes se califica hegelianamente por lo que no son o por lo que no tienen; lo que lleva de manera directa a desproverles de su simple reconocimiento de lo que sí son: personas humanas. Y a estos "sin papeles" son a quienes básicamente se dirigen las medidas de internamiento (privación de libertad personal) y expulsión (privación de las condiciones de vida que pretenden alcanzar y razón por la que han inmigrado).

La primera constatación de esta inexistencia como personas ya aparece en las primeras páginas del informe cuando sus autores afirman que no han podido obtener información directa sobre el funcionamiento del centro de internamiento de extranjeros ni tampoco posibilidad de acceso a los extranjeros internados. La sombra del "águila de Guantánamo" también planea sobre nuestros lares. Creo que es una obligación

intelectual denunciar estos hechos y aprovecho estas líneas para hacerlo.

Pero, aun así —los datos del informe ya son suficientemente reveladores y a ellos me remito—, la segunda constatación, ésta todavía más grave, es la desaparición de las garantías constitucionales para quienes han sido detenidos, internados y objeto de decisiones de expulsión (se cumplan o no). También ahí está la sombra de Guantánamo, proyectada a través de unos procesos legislativos convulsos, *made in Spain*, llenos de miedo a lo imprevisto, ciegamente defensivos y con fracturas constitucionales muy claras. Por esta última razón, creo que no hay que caer en la ingenuidad (ya, en sí misma, la categoría es ingenua) de recomendar el mal llamado "uso alternativo del derecho": basta con recomendar que se aplique la Constitución en todos sus extremos, junto con los tratados y convenios internacionales que obligan directamente a los jueces y a los demás poderes públicos españoles.

En último extremo, y en lo que al trabajo se refiere, este informe es obra de unas personas que pertenecen a la Facultad de Derecho y que contribuyen, de esta manera, a iluminar una grave situación y a intentar paliarla y, a la vez, dan un ejemplo de temple intelectual para abordar desde la Universidad problemas sociales de hondo calado. Por eso me honra dedicarles estas líneas y prologar, así, su aportación.

Presentación del Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona

El Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona (OSPDH) es un centro de investigación, estudio y trabajo que tiene como objetivos, por un lado, investigar desde una perspectiva crítica qué tipo de tratamiento otorga el Sistema Penal y sus agencias de aplicación (la policía, la magistratura y la cárcel) a todo un conjunto de problemas sociales que en la actualidad aquejan a las sociedades europeas; y, por otro, contribuir a la promoción de la cultura de los derechos humanos, cada vez más amenazada por procesos y políticas de exclusión y discriminación y por las políticas de alarma social y de “emergencia” construidas y padecidas por las modernas sociedades occidentales.

El OSPDH nace en el marco de una serie de paradojas y aporías contemporáneas: las sociedades actuales presentan importantes potencialidades de desarrollo y de circulación de la información pero, al mismo tiempo, provocan una ampliación de los sectores que habitan en la exclusión social, todo lo cual contribuye a crear una sensación de inseguridad y de alarma generalizada que reclama “soluciones urgentes y drásticas”. Es la llamada “sociedad del riesgo” o de la inseguridad permanente, hoy más frágil por la institucionalización y extensión de una cultura punitiva y bélica impulsada por las instituciones del control jurídico-político. Éstas pretenden encauzar la conflictividad social a través del Sistema Penal, el cual no está preparado ni debe realizar tal función. Por eso, ante esta política, deviene cada vez más necesario el análisis de semejante conflictividad, de las respuestas institucionales y, en su caso, proponer caminos alternativos. Para desarrollar estos objetivos el Observatorio pre-

tende desarrollar tres grandes tipos de actividades: a) de investigación; b) docentes, encaminadas al análisis de los problemas sociales y a la promoción de una cultura respetuosa y comprometida con los derechos humanos; c) el monitoreo de las instituciones del Sistema Penal, las cuales necesitan de un “ojo” externo que las observe, que penetre en ellas y las atraviese para informar a la sociedad civil en aras de la transparencia y de la estricta legalidad que deben presidir sus actuaciones.

En el marco del OSPDH, la *Regidoria de Drets Civils* del Ayuntamiento de Barcelona concedió a los autores de este Informe una subvención para realizar una investigación sobre la aplicación de los procedimientos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros y el funcionamiento del centro de internamiento de extranjeros (CIE) situado en la comisaría de La Verneda de Barcelona. Los resultados de esta investigación constituyen el objeto de este Informe.

1. Preámbulo: la configuración de un derecho administrativo especial para extranjeros inmigrantes

Al hacer referencia al marco jurídico de esta investigación, en primer lugar hay que señalar que la legislación de extranjería ha sufrido muchas modificaciones en los últimos tres años, lo que refleja la ausencia de una planificación racional del fenómeno migratorio por parte del Estado español.

El 11 de enero de 2000 se aprobó la LO 4/2000, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, que sustituyó la LO 7/1985. Esta ley tenía un talante más progresista y se inspiraba en el criterio de la máxima equiparación posible de derechos entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, su aprobación no fue pacífica ya que tuvo la oposición del Partido Popular (PP), en aquel momento en el gobierno pero sin la mayoría absoluta en el Parlamento. Desde el mismo momento de su aprobación el PP manifestó su propósito de reformarla, cosa que hizo pocos meses después tras conseguir la mayoría absoluta en las elecciones de marzo de 2000.

Así, la LO 4/2000 fue completamente modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, la cual conservó intactos sólo 10 de los 63 artículos originarios. La reforma del PP tuvo una orientación claramente involutiva, estableció una clara distinción entre extranjeros regulares y extranjeros irregulares, limitó fuertemente los derechos, libertades y garantías de los segundos y puso en marcha una política de “tolerancia cero” hacia la denominada “inmigración irregular”.

Esta política involutiva ha sido reafirmada recientemente con la LO 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, la cual

reformula de nuevo tres de los artículos modificados en la anterior reforma (además de cambiar también el art. 89 del Código Penal). Paradójicamente, bajo el título de “integración social de los extranjeros”, este cambio legal está dirigido a asegurar la expulsión de los extranjeros que estén imputados o hayan sido condenados por un delito.

Sin embargo, los cambios no acaban aquí ya que en el momento de terminar este Informe, se encuentra en trámite de aprobación parlamentaria el *Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*. Este Proyecto, al incorporar, como se dice en la Exposición de Motivos, “modificaciones encaminadas a dotar al ordenamiento jurídico con mayores instrumentos para luchar contra la inmigración ilegal”, profundiza aún más el giro represivo llevado a cabo por la LO 8/2000 y pone sobre el tapete de forma transparente que la política migratoria del Estado español ante la “inmigración irregular” se plantea en términos de “lucha”.

Ante este caos legislativo, que obviamente, refleja la carencia de una verdadera política migratoria del gobierno español, este Informe se refiere a la legislación de extranjería en vigor en el momento de finalizar su reducción, a la LO 4/2000, reformada por la 8/2000 y la 11/2003 (en adelante las referencias al conjunto de estas leyes se hace con las siglas LOE). Ahora bien, en los casos en que el Proyecto de Reforma, actualmente en curso de ser aprobado por el Senado, realice una modificación sustancial de esta legislación, así se indicará.

Por cuanto interesa en este Informe, es importante resaltar que la Ley Orgánica 8/2000 reintrodujo la sanción administrativa de la expulsión del territorio para los extranjeros que se encuentran irregularmente en el territorio español. La situación de irregularidad surge del hecho de que el extranjero no ha obtenido la prórroga de estancia o porque carece de autorización de residencia o tiene caducada más de tres meses esta

autorización, siempre que no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente (art. 53.a LOE)¹. Sin embargo, para estos mismos casos el legislador había eliminado la sanción de expulsión para dejar sólo la de multa en la original LO 4/2000 (ex art. 54.b).

La LOE contempla dos tipos de procedimientos de expulsión: el ordinario y el preferente. Para los casos de estancia irregular y de extranjeros indocumentados la autoridad gubernamental usa comúnmente el procedimiento preferente ya que permite ejecutar de forma inmediata² la orden de expulsión (art. 63.4)³. En estos casos el extranjero sólo dispone de un plazo de 48 horas para presentar alegaciones a la propuesta motivada por escrito de expulsión (arts. 63.2)⁴. De este modo, una vez que el extranjero es expulsado no tiene más remedio que cursar los recursos procedentes a través de la representación diplomática o consular, a no ser que mantenga la comunicación con su abogado en España.

1. Además de la estancia irregular, que es el supuesto más común de expulsión, el artículo 57 permite que sean sancionadas con la expulsión del extranjero todas las infracciones calificadas como muy graves del artículo 54 y la gran mayoría de las calificadas como graves del art. 53 (participar en actividades contrarias al orden público; inducir, promover, favorecer o facilitar, con ánimo de lucro, la inmigración clandestina, entre otras). Finalmente se prevé como causa de expulsión que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2 LOE).
2. La ejecución inmediata de las órdenes de expulsión pone en cuestión, entre otras cosas, el "principio de no devolución" (*non-refoulement*) de obligado cumplimiento para los Estados, como España, que han ratificado diversos Tratados internacionales que lo recogen, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 33) o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a partir de la interpretación jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 3 de dicho Convenio, el cual prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. El "principio de no devolución" debe aplicarse a toda persona, aunque no sea solicitante de asilo o refugiada, que pueda sufrir torturas o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
3. Los artículos sin referencia legislativa pertenecen a la LOE.
4. La reforma actualmente en curso de la LOE modifica este artículo en los siguientes términos: "Cuando de las investigaciones se deduzca la oportuni-

Es importante destacar que el procedimiento de expulsión se lleva a cabo sin la intervención de la autoridad judicial, excepto si se interpone algún tipo de recurso o si la autoridad gubernativa solicita la expulsión del extranjero procesado o inculcado en un procedimiento por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años⁵. En una fase previa al recurso la intervención de la autoridad judicial es preceptiva cuando la expulsión no se pueda ejecutar en el plazo de 72 horas (límite máximo de la detención policial) y la autoridad gubernamental quiera recurrir a la medida cautelar del internamiento en un centro de internamiento para extranjeros⁶, la cual requiere autorización judicial. En este caso, la policía debe dirigirse al juez de instrucción de la ciudad donde ha sido

dad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas, advirtiéndole de las consecuencias de no hacerlo así. En estos supuestos, el extranjero tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

Si el interesado, o su representante, no efectuase alegaciones sobre el contenido de la propuesta o si no se admitiesen, por improcedentes o innecesarias, de forma motivada (...), el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver" (nuevo art. 63.2, pendiente de aprobación definitiva).

5. En estos casos, "la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación" (art. 57.7.a LOE).
6. Hay que recordar que el internamiento no es la única medida cautelar existente. La autoridad gubernativa podrá acordar a instancia del instructor desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, alguna de las siguientes medidas cautelares: a) la presentación periódica ante las autoridades competentes; b) la residencia obligatoria en determinado lugar; c) la retirada del pasaporte o documento acreditativo de la nacionalidad; d) la detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas, previas a la solicitud de internamiento; e) el internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento (art. 61.1 LOE).

detenido el extranjero para solicitarle que autorice el internamiento en tanto se tramita el expediente sancionador. El internamiento se puede producir desde su incoación y sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión (art. 62.1). El internamiento de los extranjeros, por tanto, consiste en una privación de libertad autorizada judicialmente por el tiempo imprescindible para los fines de la expulsión, sin que en ningún caso pueda exceder de 40 días (art. 62.2). La necesidad de autorización judicial se deriva del art. 25.3 CE, que prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Esta solicitud, sin embargo, se ha convertido en la práctica en una mera formalidad: la mayoría de los jueces de instrucción conceden el internamiento cumpliendo con el principio de legalidad desde un punto de vista estrictamente formal, sin entrar en el fondo de la cuestión⁷.

Los centros de internamiento para extranjeros son definidos como establecimientos públicos de carácter no penitenciario para la detención, custodia y puesta a disposición de la autoridad judicial de extranjeros sujetos a un expediente de expulsión del territorio nacional⁸. El ingreso y estancia en los CIE tiene, para el legislador, únicamente finalidad preventiva y cautelar, y está orientado a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la expulsión⁹. El extranjero puede

7. Esto es un ejemplo más, tal y como destaca Bergalli, del predominio en España de la cultura jurídica formalista, explicable en parte por la formación que reciben los jueces y por los sistemas de reclutamiento de la judicatura (2003, 338).

8. Los centros de internamiento no tienen un cuerpo funcional específico y dependen de la Dirección General de Policía, quien nombra sus directores previo informe del Delegado del Gobierno. El órgano encargado de coordinar los ingresos en los centros con el objetivo de optimizar su ocupación es la Comisaría General de Extranjería y Documentación con competencia sobre todo el territorio español (art. 128 Reglamento de Ejecución de la LOE).

9. Art. 1 de la Orden de 22 de febrero de 1999 *sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros*.

ser internado si se encuentra en alguno de los siguientes supuestos: a) que haya sido detenido por encontrarse en algunos de los supuestos de expulsión de los párrafos a) y b) del art. 54.1, así como de los párrafos a), d) y f) del art. 53 de la Ley 8/2000; b) cuando se haya dictado resolución de retorno y ésta no pueda ejecutarse dentro del plazo de setenta y dos horas, cuando la autoridad judicial así lo determine; y d) cuando se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no haya abandonado el territorio nacional en el plazo que se le ha concedido (art. 127. 2 del Reglamento de ejecución de la LOE). La última reforma de la LOE, a punto de ser aprobada por las Cortes, vuelve a establecer como posible causa de ingreso en un CIE los casos de devolución que no se pudieran ejecutar en el plazo de setenta y dos horas (nuevo art. 58.5 LOE, pendiente de aprobación)¹⁰.

La creación de los CIE como “cárceles administrativas” (Longobardo 1999) responde a la necesidad que tiene el gobierno, por un lado, de adoptar instrumentos de intervención drásticos y de gran significado simbólico ante la denominada “inmigración irregular”¹¹ y, por otro, de gestionar el retorno de centenares de inmigrantes a sus países de origen. La introducción por primera vez de los CIE en la Ley de

10. La STS de 20 de marzo 2003, FJ 14, declaró nulo el art. 127.2c del Reglamento de ejecución de la LOE, relativo al internamiento en casos de devolución, por quebrar el principio de jerarquía normativa. El legislador lo subsana recogiendo el artículo del reglamento en una nueva ley orgánica.

11. En el caso de la ciudad de Barcelona el centro de internamiento está situado en el sótano de la comisaría de La Verneda, sin ventilación ni iluminación natural. Estas condiciones vulneran el art. 15 CE, que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes, y no respetan las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos de las personas bajo cualquier forma de detención. Ver las *Reglas Mínimas de Naciones Unidas Para el Tratamiento de los Reclusos* (Resolución 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957), *Reglas Penitenciarias Europeas* (Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de Consejo de Europa, de 12 de febrero de 1987) y el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988).

Extranjería de 1985 generó una fuerte polémica. Una parte de la doctrina sostuvo que esta privación de libertad contradecía la Constitución Española, postura compartida también por el entonces Defensor del Pueblo, quien interpuso un recurso de inconstitucionalidad. Lamentablemente la STC 115/1987 convalidó esta privación de libertad, con el argumento de que “la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma”. Esta postura zanjó la cuestión, acalló a gran parte de la doctrina y legitimó lo que en la práctica se ha convertido en una de las manifestaciones más claras del endurecimiento de los mecanismos de control punitivo promovidos por la ideología neoconservadora de los países occidentales.

Desde los años ochenta los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros se han convertido en uno de los principales instrumentos de gestión de la inmigración económica en el Estado Español. Esto, además de dificultar una gestión racional de los flujos inmigratorios, ha creado un Estado de derecho “prepotente” en el que principios, derechos y garantías fundamentales son arrinconables según las necesidades de gobierno del orden social. Detrás de esta prepotencia estatal está la idea de que la inmigración económica se ha convertido en una nueva “emergencia” para la sociedad española a la que hay que hacer frente con una política de “tolerancia cero”, fundamentada en la gestión, perpetuación y criminalización de la “inmigración irregular”. La privación de libertad de extranjeros inmigrantes en centros de internamiento abona el terreno para la difusión de estereotipos que identifican inmigración y delincuencia y para convertir a la “inmigración irregular” en un “cuasi-delito” (Asúa 2002, 17-96).

En el marco de esta política de “tolerancia cero” el procedimiento de expulsión de extranjeros se ha convertido en un ejemplo paradigmático de lo que se ha denominado un derecho penal administrativo, un derecho que, obviando las

garantías propias del procedimiento penal, afecta a derechos y libertades fundamentales y establece sanciones que son similares, en su esencia, a las penas (Ferrajoli 1995). En el derecho de extranjería el legislador quebranta principios fundamentales como el de proporcionalidad, principio que toda sanción administrativa y penal deben respetar, y confunde, además, simples incumplimientos administrativos con ilícitos penales. Una misma sanción –la expulsión– se utiliza para hechos que revisten diversa gravedad: desde incumplimientos administrativos, pasando por conductas que llevan implícito un juicio de “peligrosidad”, como, por ejemplo, actividades contrarias al orden público, haber sido condenado por un delito dentro o fuera de España, hasta conductas que promueven o se aprovechan de la inmigración ilegal (art. 54 LOE). Asimismo la remisión que hace el art. 53 f de la LOE a las infracciones de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre *Protección de la Seguridad Ciudadana*, deja la puerta abierta para que las fuerzas de orden público puedan incoar procedimientos de expulsión sobre la base de una gran variedad de conductas, muchas de ellas no merecedoras de una sanción tan grave como la expulsión del territorio¹².

La quiebra de derechos y libertades de los extranjeros, especialmente de los “sin papeles”, pone en cuestión la idea del Estado de derecho como portador de garantías válidas para todos sus habitantes y pone de manifiesto, asimismo, cómo la juridización de las formas políticas recogidas en las constituciones de los sistemas políticos democráticos es claramente insuficiente para evitar el socavamiento, incluso desde su mismo interior y sin quebrantar expresamente los procedimientos establecidos, de principios fundamentales

12. El art. 23 de esta ley regula hasta 15 situaciones constitutivas de infracciones graves, las cuales van desde "la apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de autorización..." hasta "la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas...", pasando por un concepto tan indeterminado como la "provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana".

del Estado democrático de derecho. En éste, los procedimientos y los principios establecidos para ordenar y gestionar la convivencia social se muestran flexibles y arrinconables según las necesidades del propio sistema político.

Los extranjeros “sin papeles” con órdenes de expulsión en firme y sin ejecutar son los que principalmente sufren las consecuencias de una legislación y de una praxis administrativa que los coloca en los márgenes del ordenamiento jurídico en una situación de “a-legalidad” (Dal Lago 2000, 141)¹³. El legislador y el gobierno se convierten en responsables de que se vean obligados a vivir en la clandestinidad y a trabajar en la economía sumergida¹⁴ al no establecer las vías o al recortar, reforma tras reforma, las escasas existentes que les permitan salir de la invisibilidad administrativa en la que se encuentran¹⁵. Ante esto, organizaciones de defensa de los derechos humanos, como Amnistía Internacional o Human Rights Watch, han pedido al gobierno español que “ataje a corto plazo la detención arbitraria de inmigrantes y solicitantes de

13. Según datos remitidos por la Comisión General de Extranjería y Documentación a Cáritas Española, en el año 2002 el Ministerio del Interior consiguió devolver a los países de origen a 12.159 extranjeros "sin papeles" (el 30,3%) de los 40.131 expedientados con una orden de expulsión. El resto, 27.972 extranjeros (el 69,7%) se quedaron en el territorio español con una orden de expulsión pendiente de ejecutar, la cual, sin embargo, les impide trabajar legalmente.

14. Según datos que maneja la Administración, los sindicatos y las asociaciones de inmigrantes en el territorio español hay alrededor de 500.000 extranjeros indocumentados que trabajan en la economía sumergida, la cual supone el 23% del PIB español.

15. La reforma actualmente en curso del art. 31.3 de la LOE elimina la posibilidad de que la Administración pueda conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que "acrediten una permanencia en el territorio español durante un período mínimo de cinco años". La única vía que queda abierta para los "sin papeles" es la del arraigo (art. 41.2d LOE). Sin embargo, la nueva disposición adicional cuarta en su apartado 4 de la reforma en curso de la LOE cierra esta vía de regularización para los extranjeros que tengan abierto un procedimiento administrativo sancionador en el que pueda proponerse la expulsión o con una orden de expulsión, judicial o administrativa. En estos casos la autoridad competente no les admitirá sus solicitudes de regularización por arraigo.

asilo” y “tome medidas para elevar la calidad de los servicios de supervisión legal y jurídica y para asegurar el acceso al sistema de asilo de los inmigrantes” (Human Rights Watch 2002).

Sin embargo, la nueva reforma de la Ley de extranjería, pactada entre el PP y el PSOE y en curso de ser aprobada por las Cortes en el momento de finalizar este Informe, refuerza los procedimientos de devolución y expulsión (nuevos arts. 58.5, 58.6, 63.2 y 63.3) y los instrumentos de control y represión como, por ejemplo, el acceso a los datos del Padrón Municipal de Habitantes por parte del Ministerio del Interior (nueva disposición adicional quinta)¹⁶ y el uso de “medios de contención física personal” en los centros de internamiento (nuevo art. 62 quinquies).

16. Esta posibilidad puede tener consecuencias sociales graves, tal como señala el manifiesto de SOS Racisme de fecha 5-10-03: "La cesión de datos confidenciales de las personas inmigradas del padrón municipal a la policía hará que muchas personas inmigradas en situación irregular dejen de empadronarse por miedo, lo que supondrá que serán ciudadanos sin derecho a la sanidad, derecho a la educación y asistencia social básica...".

2. Objetivos y metodología de la investigación

El presente Informe tiene como objetivo analizar el papel que desempeñan tres de los principales actores implicados en los procedimientos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en la ciudad de Barcelona: los jueces de instrucción, los abogados, especialmente del Turno de oficio de extranjería, y los funcionarios de la Dirección General de Policía.

El Informe pretendía también el objetivo de investigar el funcionamiento del centro de internamiento de extranjeros de La Verneda¹⁷. Sin embargo, ante la falta de respuestas de la Dirección General de Policía y de la Subdelegación del Gobierno de Barcelona a las solicitudes para mantener una entrevista con el director de este centro y para realizar dos cuestionarios, uno dirigido a los extranjeros internados y otro a los funcionarios encargados de custodiar a los internados, la comisión de trabajo tuvo que abandonar la realización de una parte sustancial de la investigación. La opacidad de la Administración a la hora de tratar toda la información concerniente a los centros de internamiento y sobre las condiciones de vida de los extranjeros internados en ellos no hace más que acrecentar las dudas existentes sobre el respeto de los derechos humanos de éstos. La investigación, por tanto, ante la imposibilidad de obtener información directa sobre el funcionamiento del centro de internamiento y de los extranjeros internados, se centra en el análisis del papel que desempeñan los abogados y de los jueces de instrucción en los procesos administrativos de detención, internamiento y expulsión de los extranjeros en Cataluña.

17. En este centro, entre 1997 y 2001, de los 9061 extranjeros detenidos por estancia irregular ingresaron internados 3065 y fueron deportados 1111 (Fuente: Subdelegación General de Inmigración, Ministerio del Interior).

Como métodos de investigación se han utilizado fundamentalmente el instrumento de las encuestas y el de las entrevistas a distintas personas e instituciones involucradas en los procedimientos administrativos. De las 190 encuestas enviadas a la totalidad de las y los jueces de instrucción de Cataluña se recibieron 27 respuestas (ver anexo 1) y de las 125 encuestas repartidas entre abogados que se ocupan con regularidad de casos de extranjería —100 del Turno de oficio de extranjería del Colegio de Abogados de Barcelona— se recibieron 20 respuestas (ver anexo 2).

Además de las encuestas se han realizado entrevistas en profundidad a distintas personas e instituciones involucradas en los procedimientos de internamiento y expulsión de extranjeros. Hay que destacar las entrevistas a abogados/as que trabajan en la defensa jurídica de inmigrantes en Barcelona y las realizadas al Sr. Eduard Planells de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona¹⁸ y al Sr. Roberto Sánchez, Presidente de la Comisión del Turno de oficio y Asistencia al Detenido y de la Comisión de Extranjería del Colegio de Abogados de Barcelona.

18. La entrevista se solicitó a la entonces Subdelegada del Gobierno, Sra. Susana Bouis, quien derivó la solicitud al Sr. Eduard Planells. Esta entrevista fue realizada por tres de los investigadores en fecha 23 de diciembre de 2002. Durante la entrevista, se solicitó por escrito a la Delegación del Gobierno datos estadísticos sobre los extranjeros detenidos, internados en el CIE de La Verneda y expulsados y la posibilidad de acceder al CIE de La Verneda para realizar entrevistas a los internados y a los funcionarios. A día de hoy el equipo de investigación aún no ha recibido respuesta a estas solicitudes.

3. Datos obtenidos

En este apartado se vuelcan los datos extraídos de las encuestas respondidas por jueces y abogados, junto con algunas de las informaciones obtenidas de las entrevistas realizadas por el equipo de investigación¹⁹.

3.1. El papel del juez de instrucción

La media de la edad de los jueces encuestados es de 38 años; con una media de 7 años como jueces de instrucción y de 5'5 años en Cataluña.

I. El 67% de los jueces (18/27) autoriza el internamiento dependiendo de los casos, el 26% (7/27) lo autoriza excepcionalmente cuando es imprescindible y un 7% (2/27) lo autoriza siempre.

II. El 59% de los jueces (16/27) sólo autoriza el internamiento cuando hay *probadas* causas de expulsión, el 26% (7/27) lo hace cuando hay *posibles* causas de expulsión y el 15% (4/27) no examina las causas porque considera que no son de su competencia.

III. Los criterios más habituales para autorizar el internamiento son, por orden de importancia: no tener domicilio fijo en España, no disponer de medios de vida lícitos, no tener familiares en España, las causas alegadas para incoar la expulsión, la probabilidad de huida del extranjero, la existencia o no de convenio de readmisión con el país de origen del extranjero, si consta que el extranjero ha cometido delitos o faltas, si no existen otras causas abiertas cuya pena impi-

19. Los porcentajes se basan en las respuestas obtenidas en cada una de las preguntas ya que hay jueces y abogados que no han respondido a todas ellas.

da su expulsión, la identificación y la pena señalada a los delitos que se le imputan.

IV. El 78% de los jueces (21/27) recibe entre 1 y 5 solicitudes de internamiento al mes.

V. El 85% de los jueces que contestan (23/25) autoriza entre 1 y 5 internamiento mensuales.

VI. El 55% de los jueces (15/27) autoriza el internamiento por 40 días, el 19% (5/27) entre 20 y 30 días, el 15% (4/27) entre 30 y 40 días y el 11% (3/27) entre 10 y 20 días.

VII. El 88% de los jueces (24/27) opina que el extranjero entiende con claridad lo que le está pasando durante la comparencia ante ellos y el 12% (3/27) opina lo contrario. Esta opinión de los jueces contrasta con la de los abogados ya que un 15% de ellos (3/20) considera que el extranjero entiende con claridad lo que le está pasando, un 65% (13/20) opina que el extranjero no entiende del todo y un 25% (5/20) que no entiende.

VIII. El 88% de los jueces (24/27) y el 75 % de los abogados (15/20) opina que el extranjero es consciente que el abogado está presente y cuál es su cometido y un 12% de los jueces (3/27) y un 25% de los abogados (5/20) considera que no.

IX. Todos los jueces notifican el auto de internamiento al extranjero y un 20% manifiesta que también lo notifican al abogado.

X. Un 78% de los jueces (21/27) incorpora el auto de internamiento al expediente gubernativo, un 4% (1/27) contesta que a veces lo hace y un 18% (5/27) no contesta. De los abogados, un 45% (9/20) no tiene conocimiento si el juez incorpora el auto de internamiento al expediente gubernativo.

XI. El 96% de los jueces responde que siempre motiva suficientemente el auto de internamiento y un 4% (1/27) contesta que utiliza un impreso tipo. En cambio, un 63% de los abogados (12/19) opina que los jueces suelen motivar suficientemente el auto de internamiento tan sólo a veces, un 21% (4/19) que utilizan un impreso tipo y un 16% (3/19) que no lo hacen de forma suficiente.

XII. El 85% de los jueces (23/27) no mantiene contacto con el extranjero internado ni con la familia

XIII. El 70% de los jueces (19/27) no controla que el internamiento no dure más de 40 días ya que confía en que la autoridad gubernamental se encargará de ponerlo en libertad una vez haya transcurrido el tiempo. En cambio, un 30% (8/27) de los jueces dicta un auto de libertad transcurridos los 40 días.

XIV. Una vez autorizado el internamiento, un 85% de los jueces (23/27) exige la comunicación previa a la ejecución de la expulsión.

XV. El 59% de los jueces (16/27) afirma que la autoridad gubernamental siempre le informa del trámite de ejecución de la expulsión, el 26% (7/27) contesta que a veces lo hace y el 15% (4/27) que nunca lo hace.

XVI. En caso de no ser informados del trámite de expulsión, el 52% de los jueces (12/23) solicita los informes correspondientes, el 39% (9/23) no hace nada ya que considera que el trámite de expulsión excede de sus competencias y un 9% (2/23) decreta la libertad del internado.

XVII. El 84% de los jueces (21/25) responde que la autoridad gubernamental les solicita la entrega definitiva del internado antes de que la expulsión se ejecute y un 16% (4/25) después de que ésta se realice.

XVIII. El 46% de los jueces (12/26) no se considera responsable del extranjero mientras está internado ya que considera que se trata de una medida administrativa. En cambio, el 38% (10/26) se considera responsable, pero entiende que no se pueden ocupar de él como un juez de vigilancia penitenciaria. Un 16% (4/26) se considera responsable y vela por la no vulneración de sus derechos.

XIX. El 89% de los jueces (24/27) no ha visitado nunca el CIE de La Verneda y un 11% (3/27) lo ha hecho una vez, pero no ha llegado a entrevistarse con los internados. Estos jueces opinan que el centro de internamiento tiene muchas carencias.

XX. La mayoría de los jueces (26/27) responde que no ha recibido quejas del trato que dispensan los funcionarios a los

internados. Sólo 1 responde que ha recibido quejas en una o dos ocasiones.

XXI. El 85% de los jueces (23/27) no tiene constancia acerca de si la autoridad gubernativa comunica al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado correspondientes la incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente, tal y como establece el art. 64.4 LOE.

XXII. El 52% de los jueces (13/25) opina que los procedimientos administrativos de internamiento y expulsión garantizan el derecho a la tutela efectiva y el 48% (12/25) opina que no.

XXIII. Para estos últimos los principales problemas que plantea estos procedimientos administrativos son:

- a. la falta de coordinación entre las autoridades administrativa y judicial, lo que provoca que haya dos procesos paralelos;
- b. la notificación por edictos de la resolución de expulsión;
- c. la ineficacia del internamiento y, en consecuencia de la expulsión, cuando se solicita con mínimas garantías;
- d. el trámite de entrega al país de origen;
- e. la privación de libertad;
- f. las condiciones de los centros de internamiento;
- g. la falta de regulación expresa de recursos contra la resolución administrativa;
- h. la analogía con la medida cautelar de prisión, sujeta a solicitud o no por el ministerio fiscal;
- i. la falta de claridad en la información suministrada a los extranjeros;
- j. la decisión se adopta en base a una investigación puramente administrativa para la ejecución de una medida que responde a criterios gubernativos;
- k. el derecho del extranjero a acreditar la no concurrencia de presupuestos legales: insuficiencia de medios y previsión legal para que articule su defensa dada la celeridad del trámite.

XXIV. Al 84% de los jueces (21/25) le parece correcta la interpretación que realiza el TC en la sentencia 115/1987 donde declara la constitucionalidad de los centros de internamiento de extranjeros con el argumento de que “la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial...”. Un 12% (3/25) opina que esta interpretación vulnera la CE. Un juez no se pronuncia sobre la sentencia pero opina que se deberían regular perfectamente las competencias de cada autoridad y que la ejecución de la expulsión debería estar controlada por el juez que autoriza el internamiento.

XXV. El 56% de los jueces (15/27) está de acuerdo con que se prive de libertad a una persona para asegurar el cumplimiento de un acto administrativo porque hay un límite de 40 días. Un 22% (6/27) no está de acuerdo y otro 22% (6/27) está de acuerdo si el extranjero tiene antecedentes penales o está imputado por un delito.

XXVI. El 83 % de los jueces (20/24) no estaría de acuerdo con que la inmigración irregular fuera tipificada como un delito en el Código Penal y el 17% (4/24) estaría de acuerdo.

XXVII. El 54% de los jueces (13/24) piensa que la expulsión es un “mal” que no se puede equiparar a una sanción penal, el 17% (4/24) no la considera un “mal” y el 29% (7/24) la equipara a algunas penas privativas de libertad.

XXVIII. Un 74% (14/19) considera que la última reforma del gobierno que determina la expulsión del extranjero penado con una pena inferior a seis años no quebranta la Constitución y el 26% de los jueces (5/19) considera que la reforma la quebranta. Los que opinan que hay una quiebra de la CE entienden que se produce un trato discriminatorio respecto de los nacionales. Los jueces que consideran que no hay un quebrantamiento de la CE dan como argumentos que la reforma es una opción más de política criminal en el marco constitucional siempre y cuando se establezcan las garantías oportunas y porque además la expulsión es una alternativa al cumplimiento de la pena que beneficia al extranjero penado.

3.2. El papel del abogado

La media de la edad de los abogados encuestados es de 38 años; un 83'33% (15/18) de ellos de sexo masculino, con una media de ejercicio profesional de 11 años y de 9 años en la defensa de inmigrantes. El 85% (17/20) es especialista, aunque no exclusivamente, en derecho penal, un 30% (6/20) se dedica frecuentemente a defender inmigrantes y un 70% (14/20) sólo lo hace por el Turno de oficio de extranjería. El 85% (17/20) ha llevado más de 20 casos de extranjería relacionados con procedimientos de expulsión de extranjeros indocumentados y un 15% (3/20) entre 10 y 20 casos.

I. La mayoría de los abogados, en caso de asignación de extranjeros por el Turno de oficio de extranjería, presta asistencia al detenido en la comisaría y en el juzgado, interpone recurso frente al auto de internamiento y hace alegaciones frente a la incoación del expediente de expulsión.

II. El 80% de los abogados del Turno de oficio penal (16/20) que deben ocuparse de un asunto penal de un extranjero no se ocupa del procedimiento de expulsión. El 55% de éstos (11/20) no lo hace porque considera que el tema administrativo excede de las competencias del Turno de oficio penal.

III. Un 63% de los abogados (12/19) interpone recurso ante las medidas cautelares (retirada del pasaporte, internamiento preventivo); un 26% (5/19) lo hace a veces y un 11% (2/19) no lo suele hacer.

IV. El 90% (17/19) interpone recurso ante la incoación del expediente de expulsión en los procedimientos preferentes (en el plazo de 48 h) y un 10% (2/19) lo hace cuando cree que hay posibilidades de que prospere el recurso.

V. Un 45% (9/20) recurre siempre o casi siempre la orden de expulsión, un 35% (7/20) la recurre si cree que hay posibilidades de que prospere el recurso, un 20% (4/20) reconoce que no suele recurrir.

VI. Un 70% (14/20) manifiesta que continúa ocupándose de la defensa del extranjero en los casos en que queda en libertad con una orden de expulsión pendiente. Ahora bien, de éstos un 35% lo hace sólo en algunos casos –por ejemplo, si el extranjero vuelve a acudir al abogado, si el extranjero se lo pide o si el extranjero está localizable. Un 30% (6/20) no continúa ocupándose de la defensa.

VII. En los casos en que el extranjero es expulsado inmediatamente del país, un 20% (4/20) recurre siempre la resolución de expulsión, un 20% (4/20) no lo hace nunca y un 60% (12/20) recurre sólo si considera que puede prosperar el recurso.

VIII. Un 15% (3/20) de los abogados manifiesta que sólo ve al extranjero en el momento de la detención, un 35% (7/20) en la detención y una vez en el centro de internamiento, un 30% (6/20) en la detención y más de una vez en el centro de internamiento, un 15% (3/20) en la detención y una vez en el despacho y un 20% (4/20) en el momento de la detención y más de una vez en el despacho.

IX. Un 85% (17/20) de los abogados manifiesta que algunas veces ha entrado en contacto con los familiares del detenido y un 15% (3/20) que no lo ha hecho nunca.

X. Un 85% (17/20) no mantiene contacto con sus defendidos una vez son expulsados del país y un 15% (3/20) mantiene el contacto en algunos casos.

XI. Un 70% (14/20) de los abogados considera que los procedimientos administrativos de internamiento y expulsión no garantizan suficientemente los derechos de defensa y tutela judicial efectiva de los extranjeros, un 20% (4/20) que los garantizan parcialmente y un 10% (2/20) que los garantiza.

XII. Los principales problemas que plantean los procedimientos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros son para los abogados:

- a. la urgencia del procedimiento (un 35% de los abogados subraya este problema);

- b. las dificultades de comunicación con el extranjero (un 29% destaca este problema);
- c. que la suspensión de la expulsión se produzca después de ejecutarse la orden de expulsión;
- d. la lentitud de la administración;
- e. la privación de libertad por una falta administrativa;
- f. la falta de motivación de las resoluciones;
- g. la ambigüedad de los criterios a la hora de decretar la expulsión;
- h. la indefensión.

3.3. El papel de la autoridad gubernamental

I. En la Subdelegación del Gobierno de Barcelona la instrucción de los expedientes de expulsión corre a cargo de cuatro funcionarios de la policía que no tienen necesariamente formación jurídica. Una vez concluidos son revisados por los dos jefes de servicio existentes y luego son firmados por la Subdelegada de Gobierno.

II. La autoridad gubernamental suele aportar el expediente de expulsión para solicitar el internamiento del extranjero (lo confirma un 82% (14/17) de los abogados y el 92% (25/27) de los jueces).

III. No suele solicitar el internamiento sin haber incoado el expediente de expulsión -lo confirma un 70% de los abogados (14/20) y el 77% de los jueces (20/26) encuestados-, aunque a veces sí lo hace -lo confirma un 20% de los abogados (4/20) y un 23% de los jueces (6/26).

IV. No suele comunicar al abogado defensor la orden de expulsión: un 47% de los abogados (9/19) manifiesta que nunca la recibió, un 42% (8/19) que a veces la recibió y un 11% (2/19) contesta que la recibió.

V. Suele comunicar la causa de expulsión al abogado: un 47% (9/19) de los abogados así lo sustenta, un 26% (5/19) manifiesta que a veces lo hace pero otro 26% que no lo hace nunca.

VI. Generalmente no comunica al abogado que se ha realizado la expulsión de su cliente. La mayoría de los abogados, un 90% (18/20), no ha recibido nunca esta información y sólo un 10% (2/20) manifiesta que a veces la ha recibido.

VII. Generalmente pone a disposición del abogado intérpretes para facilitar la comunicación con el detenido: un 53% de los abogados (8/15) lo confirma, un 33% (5/15) responde que sólo a veces lo hace y un 13% (2/15) contesta que no lo hace.

VIII. El 96% de los jueces (26/27) manifiesta que siempre hay un intérprete en la audiencia previa a la autorización del internamiento.

IX. El 95% (19/20) de los abogados y el 85% (23/27) de los jueces de instrucción no tiene constancia de si la autoridad gubernativa comunica al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado correspondiente la incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente tal y como se establece en el art. 64 LOE.

4. Valoraciones

4.1. En cuanto al papel del juez de instrucción

1. Los jueces cumplen sus funciones legales en la autorización del internamiento con formalidad rigurosa sin ocuparse de los asuntos relativos a las causas de expulsión, a su procedimiento o a lo que sucede en los centros de internamiento. En la audiencia para autorizar el internamiento, toman declaración al extranjero, supervisan que esté acompañado de su defensor, que le asiste un intérprete si no entiende la lengua autóctona y notifican el auto de internamiento al extranjero.

2. Tan sólo el 26% de los jueces autoriza de forma excepcional el internamiento, cuando es estrictamente imprescindible. Sin embargo, éste debería ser el criterio general. Tal y como sostiene el Tribunal Constitucional, al internamiento de extranjeros se le debe aplicar el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar, propio de la prisión preventiva (STC 41/1982, de 2 de julio). En el mismo sentido se pronunció el Defensor del Pueblo en su informe de 1991, sugerencia que fue aceptada por la Fiscalía General del Estado en su instrucción n. 6/1991.

El carácter excepcional del internamiento exige que el Juez aplique el criterio hermenéutico del *favor libertatis*, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial²⁰.

20. El carácter excepcional del internamiento estaba recogido, según el Tribunal Constitucional, en el art. 26.2 de la derogada Ley 7/1985, que aun cuando uti-

3. Entre las circunstancias que los jueces consideran para autorizar el internamiento destacan aquellas que hacen referencia a que el extranjero no tenga arraigo en el territorio español —como no tener domicilio fijo, familiares en España, etc.—, que no tenga medios de vida lícitos y las causas alegadas por la Administración para justificar la expulsión.

La inmensa mayoría de los jueces expresa que para resolver a favor del internamiento del extranjero tienen que considerar primero que las causas de expulsión sean probadas o posibles. Sin embargo, en la audiencia para autorizar el internamiento no se prevé procedimiento probatorio alguno.

4. En lo relativo a la motivación del auto de internamiento contrasta la respuesta de los jueces con la de los abogados. Casi la totalidad de los jueces considera que motivan suficientemente el internamiento pero, en cambio, un 16% de los abogados considera que los jueces no motivan suficientemente los autos y un 21 % apunta que los jueces utilizan un impreso tipo.

Según la doctrina del TC el juez tiene que adoptar su decisión sobre la autorización del internamiento del extranjero pendiente de expulsión mediante resolución judicial motivada y teniendo en cuenta principalmente las circunstancias concernientes a la causa de expulsión invocada, la situación legal y personal del extranjero, la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el juez estime relevante (STC 115/1987, de 7 de julio).

5. Los jueces se desentienden del extranjero una vez emiten el auto de internamiento. El 85% no mantiene contacto con el

lizaba el término "imprescindible" sólo respecto a la duración, implícitamente parecía que daba a entender que había de ser también imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no era la substanciación del expediente de expulsión sino las propias circunstancias del caso -razones de seguridad, orden público, etc.- las que debían justificar el mantenimiento de la pérdida de libertad, siendo el Juez guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar y garantizar esas razones (STC 115/1987, de 7 de julio).

extranjero internado ni con la familia; el 70% no controla que el internamiento no dure más de 40 días ya que confía en que la autoridad gubernamental lo pondrá en libertad una vez transcurra el tiempo sin que el extranjero haya sido expulsado; el 46% no se considera responsable de los extranjeros internados ya que entiende que están ante una medida administrativa; y el 89% no ha visitado nunca el CIE de La Verneda.

4.2. En cuanto al papel del abogado

1. La asistencia jurídica de buena parte de los abogados en los procedimientos administrativos de internamiento y expulsión de extranjeros se centra fundamentalmente en la asistencia al detenido en comisaría, en el juzgado y en la interposición de alegaciones contra el expediente de expulsión.

2. Tras el período de alegaciones, sólo un 35% de los abogados recurre la orden de expulsión si cree que hay posibilidades de que prospere el recurso y un 20% no la suele recurrir.

3. La mayoría de los abogados se desentiende de la asistencia jurídica de los extranjeros una vez recae la orden de expulsión, a menos que sea el extranjero el que siga reclamando sus servicios. Sólo un 20% recurre la resolución de expulsión y un 60% lo hace si considera que puede prosperar el recurso. El 85 % de los abogados nunca mantiene contacto con los extranjeros que han sido expulsados del país. El abogado tampoco es informado por la autoridad gubernativa de que se ha efectuado la expulsión de su cliente: un 42% de los abogados encuestados nunca recibió esta información y un 47% sólo la recibió en algunas ocasiones.

4. Los abogados no suelen acudir con frecuencia al CIE de La Verneda para visitar a sus defendidos. Tan sólo un 30% de los abogados manifiesta que se ha entrevistado con el extran-

jero más de una vez en el CIE. Esa frecuencia de las visitas no puede considerarse aceptable teniendo en cuenta que en un alto porcentaje de los casos los inmigrantes están internados el máximo legal de 40 días.

Esto confirma el hecho de que la asistencia jurídica de los abogados del Turno de oficio de extranjería se limita a asistir al extranjero detenido y a la interposición de alegaciones frente a la incoación del expediente de expulsión pero sin preocuparse por las condiciones de su internamiento y sin realizar un posterior seguimiento de la situación jurídica del extranjero. Esto causa un perjuicio al extranjero, especialmente cuando tras una segunda detención²¹ la policía decide ejecutar la resolución de expulsión. Este perjuicio se hace aún mayor si el primer abogado que asiste al extranjero no se preocupa de interponer en su momento el recurso contencioso-administrativo contra esa resolución.

5. En los casos en que la policía decide ejecutar la expulsión, generalmente tras una segunda detención del extranjero que estaba en libertad, se plantea un problema cuando al detenido se le asigna un abogado distinto al que lo asistió en la instrucción del expediente durante la primera detención. Si el segundo abogado de oficio no se interesa por obtener toda la información sobre el estado del proceso administrativo la indefensión del extranjero, normalmente en situación de internamiento o de detención y a la espera de ser expulsado, se hace aún más grande.

6. Otra de las situaciones graves de indefensión se plantea en los casos de solapamiento entre el caso penal y el admi-

21. Se habla de segunda detención cuando el extranjero ya ha sido detenido una vez, se le ha instruido expediente de expulsión y posiblemente tiene una orden de expulsión pendiente de ejecutar. Tras esta segunda detención el extranjero suele ser internado hasta su expulsión. Si ésta no se lleva a cabo debe ser puesto inmediatamente en libertad transcurridos los cuarenta días o el plazo establecido por el juez.

nistrativo. La indefensión se produce cuando al extranjero junto con el expediente penal se le incoa también un expediente de expulsión pero sin la presencia del abogado de extranjería. En principio, el abogado del Turno de oficio penal debe negarse a ocuparse también del caso de extranjería, incluso aunque se lo solicite el juez. De los datos obtenidos en las encuestas el 80% de los abogados del Turno de oficio penal (16/20) declara que no se ocupa del procedimiento de expulsión, y de éstos el 55% (11/20) no lo hace por considerar que el tema administrativo excede de las competencias del Turno de oficio penal.

Otro interrogante que se plantea en estos casos es el de saber hasta qué punto el juez tiene conocimiento, además del asunto penal, del expediente administrativo de expulsión necesario para autorizar el internamiento.

4.3 En cuanto al papel de la autoridad gubernamental

1. Los policías encargados de instruir los expedientes de expulsión tienen en cuenta las circunstancias personales de los extranjeros —arraigo, medios económicos, vínculos familiares— que se suelen alegar en el expediente informativo. Esto pone de manifiesto que el hecho de no tener papeles determina todo el proceso administrativo, desde su origen hasta la ejecución de la orden de expulsión.

2. Esta práctica administrativo-policial choca con el espíritu de la ley ya que en ésta la multa tiene carácter preferente respecto a la sanción de expulsión. Por otra parte, el carácter preferente de la multa obliga a que la administración, cosa que no suele hacer, exponga y argumente las razones que la han llevado a adoptar la medida de expulsión.

La aplicación automática de la expulsión como sanción a las infracciones del art. 53 a, b), c) d) y f) de la LOE no respeta el principio de proporcionalidad. Este principio, como es sabido, por un lado, exige que haya una correspondencia

entre la infracción y la sanción y, por otro, prohíbe medidas innecesarias o excesivas. Toda sanción “debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho...” (STS de 28 de febrero de 2000).

3. La administración tramita la inmensa mayoría de los procedimientos de expulsión por la vía preferente (art. 63 LOE) a pesar de que la LOE regula también un procedimiento ordinario más acorde con el respeto de las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador (Ley 30/92).

En Barcelona, según datos suministrados por la Subdelegación del Gobierno, prácticamente no se utiliza el procedimiento ordinario. La razón que se alega para no seguir esta vía es que los plazos previstos en la misma no serían suficientes para ejecutar la expulsión durante el internamiento del extranjero.

Sin embargo, el procedimiento preferente ahonda aún más la situación de indefensión en la que se encuentra el extranjero ya que la administración puede ejecutar la sanción de expulsión de forma inmediata (art. 63.4 LOE). Esto, como es evidente, deja sin contenidos el derecho que toda persona tiene a una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE.). Los dos derechos que quedan dañados por este procedimiento preferente de expulsión son: a) el derecho de audiencia, concebido como el derecho que tiene toda persona contra la que se sigue un procedimiento sancionador a conocer los hechos ilícitos que se le imputan, la sanción que se le puede imponer por estos hechos, así como el derecho a presentar alegaciones y pruebas que desvirtúen la realidad de los hechos que se le atribuyen o la calificación jurídica concedida a éstos por la Administración; y b) el derecho de tutela cautelar, que impide dar ejecutividad inmediata a las actuaciones administrativas cuando una persona, que disponga de interés legítimo, cuestione la legalidad de tal decisión ante un juzgado o tribunal contencioso-administrativo y solicite la

suspensión del correspondiente acto administrativo (Nieto Martín 2001, 23-29).

4. La situación de indefensión del extranjero “sin papeles” permanece incluso en los casos de expulsión no ejecutadas. En el año 2002, el 83,15% de los expedientes de expulsión incoados en la provincia de Barcelona no finalizó con la expulsión efectiva de los extranjeros, tan sólo se materializó el 16,14% de los incoados²².

La imposibilidad de ejecutar todas las resoluciones de expulsión, ya sea por no disponer la administración de los recursos económicos²³ o de los medios indispensables para realizarlas, condena a los extranjeros inmigrantes a vivir al margen de la ley y de la economía sumergida. Esta situación, calificada como “precaria” por la misma Subdelegación del Gobierno de Barcelona, no parece que vaya a solucionarse ya que la voluntad de los dos principales partidos del Estado español (PP y PSOE), es precisamente la contraria, la de endurecer la respuesta de la administración gubernamental, tal y como se ha puesto de manifiesto en la última reforma de la LOE²⁴.

5. La defensa jurídica ante una resolución de expulsión se ve dificultada por el hecho de que los extranjeros y sus abo-

22. En el conjunto de Cataluña se materializaron el 17,36% del total de los expedientes de expulsión y en el Estado Español el 30,3%. Datos disponibles en la página web del Colegio de Abogados de Zaragoza (www.extranjeria.info) y suministrados por CEAR Euskadi (Comisión Española de Ayuda al Refugiado de Euskadi). Para un análisis más detallado sobre el número de extranjeros expulsados, retornados y devueltos en Cataluña ver Nadal (2003, 313-323).

23. Según datos suministrados por la Subdirección General de Inmigración, los gastos previstos sobre procedimientos de expulsión para el año 2002 eran los siguientes: a) 480.000 euros en dietas de funcionarios que materializan las expulsiones; b) 5.074.045 euros en expulsiones mediante vuelos charter y c) 12.248.626,6 euros en Centros de Internamiento de Extranjeros.

24. Ver nota 15.

gados defensores no reciben la notificación de aquélla. El 47% de los abogados encuestados manifiesta que nunca recibió esta notificación y el 42% que la recibió alguna vez.

Al respecto, hay que señalar que la Delegación del Gobierno de Barcelona sigue habitualmente la práctica de notificar las órdenes de expulsión mediante su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP). Esta práctica puede ser considerada nula por incumplir el art. 57.9 LOE que establece que la “resolución de expulsión deberá ser notificada al interesado, con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos”, teniendo en cuenta que la notificación por edictos sólo puede darse en los casos establecidos en el art. 59.4 de la Ley 30/92.

Esta forma de proceder por parte de la autoridad gubernamental plantea interrogantes importantes en los casos en que el abogado, voluntariamente o a requerimiento de su defendido, suministre su domicilio para ser incluido en el expediente informativo de expulsión a efectos de notificaciones. Si el abogado suministró su domicilio a efectos de notificaciones y la autoridad gubernativa le notifica, generalmente por fax, la propuesta de expulsión, habría que preguntarse por qué no se le puede notificar también al abogado la resolución de expulsión.

Muchos abogados entienden que la notificación se tiene que hacer siempre a los extranjeros porque no se consideran un representante suyo sino sólo su defensor. Así se manifiesta por ejemplo, el Sr. Roberto Sánchez, Presidente de la Comisión del Turno de oficio y Asistencia al Detenido y de la Comisión de Extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Ahora bien, en una materia tan dúctil como la de extranjería y con una legislación y una práctica administrativa que acrecientan la indefensión del extranjero indocumentado, los autores de este informe consideran que es conveniente intentar oponerse a la orden de expulsión con todos los medios jurídicos que estén al alcance de la mano. Es muy importante que la resolución de expulsión sea recurrida a

tiempo con el fin de impedir el internamiento y la expulsión del extranjero. Pero para ello la resolución debe llegar, de algún modo, a manos del abogado defensor, sin que esto se considere de ningún modo sustitutivo de la necesidad legal de que la administración notifique al extranjero esta resolución, tal y como prevé la LOE.

En este mismo sentido y en relación con los extranjeros internados, el Defensor del Pueblo en su Informe de 1998 recomendaba a la autoridad gubernamental que notificara los decretos de expulsión tanto a los extranjeros internados que iban a ser expulsados como a sus representantes legales con estas palabras: “La presencia de un extranjero en un centro de internamiento que va a ser expulsado supone habitualmente que el decreto acordando la expulsión sea notificado personalmente al interesado. No obstante, en algunos supuestos esta persona cuenta con un letrado que le asesora, mas allá de lo que son las primeras diligencias tras su detención. La importancia, en este caso, de que el representante legal del interno reciba la notificación es evidente. Por este motivo, se recomendó a la Comisaría General de Extranjería y Documentación que debían dictarse las oportunas instrucciones para que se notificasen los decretos de expulsión, bien a los interesados o a sus representantes legales, con la mayor brevedad posible, desde que aquellos son dictados por las autoridades competentes, sin que se agote el plazo de diez días establecido en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”²⁵.

6. En innumerables casos la situación de indefensión del extranjero internado tiene su origen en el hecho de que el juez

25. "Esta recomendación, continúa el Informe, se ha traducido en la Circular 23/1998, de 18 de junio de 1998, dictada por la Comisaría General de Extranjería y Documentación. Con ello se ha tratado de impulsar la eficacia del principio de tutela judicial efectiva, permitiendo que los representantes legales de los extranjeros internados puedan tener un más fácil acceso a los expedientes de expulsión, evitándose por otro lado el agotamiento del plazo de diez días previsto para poder llevar a cabo las notificaciones de las expulsiones".

de instrucción que dicta la orden de internamiento y el letrado defensor no están en la misma ciudad o provincia que el centro de internamiento donde se encuentra el extranjero.²⁶ La distancia entre la ciudad donde se incoa el expediente de internamiento y aquella en la que se realiza el internamiento limitan de forma importante la asistencia jurídica que le debe de prestar su abogado y la posible ayuda de sus familiares y amigos.

26. En 1998, de las 799 personas internadas en el CIE de La Verneda, 510 procedían de Barcelona, 97 de Tarragona, 75 de Girona, 52 de Bilbao, 25 de Lleida, 13 de Melilla, 5 de Salamanca y 3 de Gijón.

5. Conclusiones

La **primera conclusión** de este Informe es que los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión establecidos en la LOE generan un alto grado de indefensión de los extranjeros, especialmente de los indocumentados, al no garantizar un debido cumplimiento de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva. Esta conclusión es compartida por el 90% de los abogados y por el 48% de los jueces.

La **segunda conclusión** es que esta situación se ve agravada por otras dos circunstancias: en primer lugar, por el hecho de que una mayoría de abogados se desentienden de la asistencia jurídica de los extranjeros una vez presentada las alegaciones a la propuesta de expulsión y, en segundo lugar, porque la gran mayoría de los jueces hacen un seguimiento meramente formal, sin entrar en otras consideraciones, de los asuntos que afectan al procedimiento de expulsión en su conjunto, de lo que sucede en los centros de internamiento y de las causas de expulsión. Tal y como se muestra en este Informe sólo una cuarta parte de los jueces autoriza excepcionalmente, cuando es imprescindible, el internamiento.

La responsabilidad de esta situación es primeramente política, tanto de la mayoría parlamentaria que aprobó la Ley de extranjería y sus posteriores reformas restrictivas como del gobierno que elaboró el Reglamento de desarrollo. La ingeniería jurídica creada por el legislador y el gobierno concerniente a los procedimientos de internamiento y expulsión quiebra derechos y libertades de los extranjeros inmigrantes y dificulta, además, su defensa jurídica para facilitar las expulsiones del territorio. La ley se

convierte así en uno de los medios que utiliza el Estado para, por un lado, ejercer una violencia selectiva sobre un grupo específico de personas, como son los extranjeros indocumentados²⁷, los cuales, al ser ignorados por la ley y la administración, sufren un proceso de despersonalización, esto es, de conversión en “no-personas” (Dal Lago 2000, 127), y, por otro, para institucionalizar un sistema dual de ciudadanía (Silveira 2003, 539).

Ante esta política, el OSPDH considera inconstitucional la posibilidad prevista en el art. 62 de la LOE consistente en internar cautelarmente a los extranjeros sometidos a un expediente sancionador de expulsión. Dicha privación de libertad vulnera el art. 25.3 CE, en cuanto prohíbe a la administración civil imponer penas y sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad; el art. 17 CE, el cual sólo prevé la privación cautelar de libertad en causas constitutivas de delito²⁸ y el art. 24 CE que garantiza la tutela judicial efectiva y prohíbe la indefensión. O dicho de otra manera, la privación de libertad del extranjero es inconstitucional principalmente por tres motivos: a) porque la ley de extranjería no articula un mecanismo de real y verdadera puesta del detenido a disposición de la autoridad judicial; b) porque supone una medida cautelar administrativa que implica privación de libertad; c) porque no se prevé el mínimo sistema de garanti-

27. En este mismo sentido pero refiriéndose a los reclusos del sistema penitenciario español lo hace Rivera (1997).

28. Para el Tribunal Constitucional, la comisión de un hecho delictivo no es el único título que permite restringir la libertad. "La restricción de la libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible (...). [Y] 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 -aun previstas en la ley- restricciones de libertad, que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación" (STC 178/1985, de 19 de diciembre).

as que haga posible que la intervención del juez sea una verdadera decisión jurisdiccional, sin que, en consecuencia, exista efectiva tutela judicial (Belloch 1987).

El OSPDH considera que la expulsión del extranjero del territorio nacional constituye una sanción muy grave y, en consecuencia, sólo debería aplicarse, si es que el legislador quiere mantenerla como instrumento de política criminal, frente a infracciones muy graves —es decir, delitos— y nunca por la mera estancia irregular. El hecho de que se aplique la sanción de expulsión tanto a quien comete un delito como a quien comete una infracción administrativa produce una equiparación de ambos tipos de comportamiento²⁹.

En los casos de ilícitos penales realizados por extranjeros, se debería tener siempre presente el objetivo constitucional de la resocialización y reinserción social. Es decir, la sustitución de la pena o del proceso por la expulsión no debería aplicarse nunca contra la voluntad del extranjero si éste está arraigado en el territorio, ya que su expulsión impediría su posible reinserción social. En estos casos, la aplicación indiscriminada de la expulsión, sin tener en cuenta la voluntad del extranjero y su situación de arraigo, impide el cumplimiento del objetivo constitucional.

Sin embargo, el criterio del legislador consiste en la aplicación indiscriminada de la expulsión. Esto se pone de manifiesto con la reciente reforma de la Ley de Extranjería y del Código Penal llevada a cabo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que enfatiza la automaticidad de la expulsión del

29. Cabe decir también que el art. 57.2 de la LOE, que prevé la expulsión "cuando el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año", es de dudosa constitucionalidad ya que podría infringir el principio *non bis in idem*. El legislador impone al extranjero, además de una pena privativa de libertad, la sanción de la expulsión. El Tribunal Constitucional ha integrado el principio *non bis in idem*, aunque matizado continuamente, en el art. 25.1 CE. Ver SSTC 2/1981 y 204/1996.

extranjero inculpado o condenado por un delito, eliminando prácticamente la discrecionalidad judicial (art. 89 Código Penal y art. 57.7 LOE)³⁰.

Por otro lado, la sanción de expulsión debería adoptarse siempre en el marco de un procedimiento jurisdiccional que respete todas las garantías constitucionales propias del ámbito penal. A nuestro entender debería ser el poder jurisdiccional el que tendría que tener reservada tal función y nunca el poder administrativo. Actualmente la intervención del poder jurisdiccional tan sólo se da en el procedimiento de internamiento, donde, sin embargo, su papel no hace más que revestir con una pátina de legalidad a esta medida cautelar. Más bien, se puede decir que la instancia judicial realiza una función ideológica, en el sentido de que su intervención sirve para dar una cobertura garantista a una práctica administrativa que en innumerables ocasiones se convierte en autoritaria y arbitraria por no tener en cuenta las circunstancias personales del extranjero (Accattatis 1976, 126-132).

Ante todo esto y siendo conscientes de que la tendencia actual de la política legislativa sobre los derechos y libertades de los extranjeros es claramente involutiva y que los cambios legislativos dependen en buena parte de procesos sociales más amplios, el OSPDH considera conveniente formular una serie de recomendaciones a los diversos actores implicados en la aplicación de la actual LOE con el fin de reducir la indefensión de los extranjeros, especialmente de los sin papeles, sometidos a procedimientos administrativos de internamiento y expulsión en el marco de la legislación vigente.

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

6. Recomendaciones

A continuación el OSPDH formula una serie de recomendaciones a los jueces competentes para autorizar el internamiento de extranjeros (y en algunos casos también la expulsión), a los abogados que se ocupan de la defensa jurídica de extranjeros y a la autoridad gubernativa que instruye y decide en el mencionado procedimiento con el objetivo de paliar la indefensión de los extranjeros, especialmente de los indocumentados, producida por la vigente legislación de extranjería.

Estas recomendaciones se formulan, mientras no se logre modificar la legislación en un sentido más respetuoso con los derechos humanos de los extranjeros inmigrantes, especialmente de los sin "papeles", con la voluntad de contribuir a poner en práctica un "uso alternativo del derecho"³¹ que tenga por objeto, principalmente, por un lado, garantizar y hacer respetar los derechos humanos de los extranjeros inmigrantes y, por otro, cambiar y mejorar el trato que reciben éstos de los distintos actores implicados en los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión, y todo ello, además, bajo una legislación y una práctica administrativa, en términos de la teoría garantista, de "estricta legalidad" y no de "mera legalidad"³².

31. Un "uso alternativo del derecho" en el sentido de que los jueces, abogados y fiscales rompan con el fetichismo del formalismo legal, adopten una posición crítica ante las leyes que afectan a los derechos y libertades de los extranjeros, mantengan en tensión estas leyes con otras, como la CE, las leyes europeas y los convenios internacionales ratificados por España y traten, además, de introducir nuevos valores a la hora de interpretar y aplicar aquéllas. Sobre el "uso alternativo del derecho" ver Barcellona (1973), Barcellona-Cotturri (1976) y para su contextualización histórica ver Silveira (1998, 76-81).

32. La legislación de "mera legalidad" deja la puerta abierta para que la Administración ejercite poderes no rígidamente vinculados por la misma ley, a diferencia de la de "estricta legalidad", la cual regula y limita de forma rígida los poderes de la Administración, especialmente los coercitivos (Ferrajoli 1995, 375).

6.1. Recomendaciones dirigidas a los jueces de instrucción

1. Es recomendable que los jueces no se limiten a realizar una mera aplicación formal de la LOE, especialmente en una materia donde están en juego los derechos de la persona y donde la discrecionalidad administrativa se convierte fácilmente en arbitrariedad administrativa³³. Un porcentaje importante de los jueces de instrucción reconoce que la ley no garantiza los derechos fundamentales del extranjero, por ende, con más razón su intervención tiene que ir más allá de la estrictamente formal. El papel del juez, a pesar de que el legislador limita de forma importante su intervención en los procedimientos de internamiento y expulsión, es fundamental para asegurar los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros y para eliminar o poner coto al nivel de indefensión en el que se encuentran especialmente los extranjeros indocumentados. La indefensión del extranjero se acrecienta si durante el transcurso del expediente de expulsión y del internamiento el juez se despreocupa de la situación personal del extranjero y actúa sólo cumpliendo las formalidades procedimentales exigidas por la ley.

2. Es imprescindible que los jueces se pronuncien sobre la autorización del internamiento del extranjero mediante resolución judicial motivada y habiendo entrado en la valoración de las razones que justificarían dicho internamiento. En palabras del Tribunal Constitucional: “el órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso (...) concernientes (...) a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su

33. Ver el capítulo titulado: "Discrecionalidad sin límites: La aplicación arbitraria de la ley española de inmigración" del Informe 2002 de Human Rights Watch (www.hrw.org/spanish/Informes/2002/discrecionalidad4.html).

huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión” (STC 115/1987, FJ 1). Es decir, la causa de expulsión no puede convertirse en el elemento determinante, prácticamente exclusivo, del internamiento ya que necesariamente el juez debe tener en cuenta los otros factores señalados por el Tribunal Constitucional.

3. Es necesario que la audiencia prevista para adoptar el internamiento se transforme en un verdadero proceso jurisdiccional, en el que se respeten los derechos y garantías que reconoce la Constitución para privar de libertad a una persona -vigencia plena del principio de contradicción, plenitud del derecho de asistencia letrada, régimen de publicidad, intervención del Ministerio Fiscal, período probatorio, fijación del régimen de recursos.

El juez, a la hora de examinar la procedencia o improcedencia del internamiento, debe hacer lo posible para escapar de una mera homologación judicial formal de una medida administrativa dictada dentro de un procedimiento administrativo para transformarla en un procedimiento jurisdiccional en el que pueda eventualmente limitar los derechos y libertades del extranjero.

4. Sería muy oportuno que la adopción de medidas de internamiento no se conviertan en una práctica ordinaria. La medida de internamiento “debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar” (STC 41/1982). La excepcionalidad de la privación de libertad “exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, *de modo que se excluyan —aun previstas en la ley— restricciones de libertad, que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación*” (STC 178/1985, –subrayado nuestro).

5. Sería recomendable, con el fin de cumplir con el principio de control jurisdiccional de la detención, que los jueces

de instrucción establezcan y pongan todos los medios que tienen a su alcance para que durante la privación de libertad el extranjero esté materialmente a disposición judicial.

6. Sería necesario que el Poder Judicial, en los casos en que el extranjero sea internado en una provincia distinta de la del juez que autoriza su internamiento, articulara mecanismos para transferir la competencia jurídica entre los jueces de instrucción con el fin de garantizar los principios de inmediación y tutela judicial efectiva.

7. Sería muy oportuno que los jueces dispusieran de los medios técnicos, como por ejemplo, programas informáticos, que les permitieran conocer de forma inmediata la situación real del extranjero que le presenta la autoridad gubernativa. Esto evitaría abusos en el uso de la medida cautelar del internamiento y especialmente que el extranjero pueda estar internado más tiempo del máximo legal establecido.

6.2. Recomendaciones dirigidas a los abogados y al Colegio de Abogados de Barcelona

1. Resulta imprescindible que el abogado realice una asistencia jurídica integral en los procedimientos de detención, internamiento y expulsión del extranjero. La defensa jurídica no puede acabarse con la interposición de alegaciones a la propuesta de expulsión sino que debe hacer frente a la totalidad del procedimiento de expulsión y especialmente a la resolución de la expulsión. Tal y como hemos podido comprobar la indefensión del extranjero alcanza su momento culminante en el momento en que la administración solicita el internamiento para ejecutar la orden de expulsión.

Es, necesario por tanto, que el Colegio de Abogados se interese en que los abogados, ineludiblemente los apuntados al Turno de oficio de extranjería, se ocupen de la totalidad de los procedimientos que afectan al extranjero, desde la for-

mulación de alegaciones frente a la incoación del expediente de expulsión y a la propuesta de expulsión, pasando por la interposición de recursos contra el decreto de expulsión, la solicitud de suspensión de la ejecución de la misma, hasta, en caso de que se decrete judicialmente el internamiento del extranjero, la interposición de un recurso de reforma frente al auto judicial que autoriza aquél.

La participación activa del abogado es vital para mejorar la situación en la que se encuentran los extranjeros inmigrantes, especialmente de aquellos que están más indefensos, como los indocumentados. Los residentes ilegales, señala el *Libro Verde Relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, deben disponer de “las vías adecuadas para interponer un recurso ante un tribunal durante el procedimiento de retorno”.

2. Es necesario que el abogado realice alegaciones a la propuesta de expulsión y que aproveche este momento para exigir la imposición de sanciones pecuniarias como medida alternativa a la sanción de expulsión.

3. Es imprescindible, para intentar evitar el internamiento y la expulsión, que el defensor interponga recurso contencioso-administrativo contra la resolución de expulsión, solicite la suspensión de la misma, e interponga recurso de reforma contra el auto de internamiento.

4. Es de vital importancia que el abogado defensor supervise siempre que el internamiento del extranjero no supere el límite legal de los cuarenta días. Y debería interesarse también de si el extranjero ha estado internado en otros centros o si ya ha estado en el mismo bajo otro nombre, a efectos sobre todo de conocer a fondo su situación legal y particularmente si ha sido objeto o está pendiente de otro expediente administrativo.

5. Sería importante que se favoreciera la práctica de que el abogado que realiza la primera asistencia se ocupe también del resto del procedimiento. En aras de conseguir una defensa más eficaz es fundamental conseguir la unidad de defensa y que las diligencias, por tanto, las pueda realizar siempre el mismo abogado. Al respecto, el Turno de oficio de extranjería debería poner a disposición los medios necesarios para facilitar que el abogado que asistió al extranjero en la primera detención pueda ocuparse también, si es esa su voluntad, de la defensa de aquél cuando se produzca la segunda detención y haya que afrontar la orden de expulsión y el internamiento.

6. Habría que favorecer que en los casos en que la causa penal se superponga con la administrativa se designara un único abogado de oficio especializado en ambas materias. El Colegio de Abogados podría establecer listas con la doble especialización en el Turno de oficio.

7. Es necesario promover la especialización en derecho de extranjería. Al respecto, urge que el Colegio de Abogados se preocupe de que los letrados que se inscriban en el Turno de oficio de extranjería conozcan a fondo las materias competentes de éste y dominen con soltura todos los aspectos prácticos relacionados con la tramitación de los expedientes de expulsión.

8. Se tendría que facilitar la comunicación entre los abogados y sus defendidos, especialmente con los extranjeros internados. Para conseguir que esta comunicación sea verdaderamente efectiva, el Colegio de Abogados con la colaboración de las administraciones y de entidades sociales debería poner a disposición de los letrados un servicio de intérpretes para aquellos casos en que el extranjero no domine suficientemente cualquiera de los idiomas oficiales del territorio español.

9. Resulta imprescindible que el Colegio de Abogados junto con la colaboración de las administraciones intenten facilitar al máximo la asistencia jurídica gratuita tal y como lo contempla la legislación y teniendo en cuenta, muy especialmente, la anulación que ha realizado la reciente STC 95/2003 respecto a la Ley 1/1996, 10 de enero, *de asistencia jurídica gratuita*. Dicha sentencia extiende el derecho a la asistencia jurídica gratuita de extranjeros a cualquier tipo de procesos, sin distinción entre residentes legales o ilegales. Con anterioridad a la STC 95/2003, la indefensión se producía como consecuencia de que el extranjero que residía ilegalmente en territorio español no podía acudir a la justicia por el alto coste económico que tiene la interposición de un recurso, como, por ejemplo, contra la denegación del permiso de residencia. Entendemos, por tanto, que la reciente doctrina constitucional tiene que generar una nueva práctica jurídica que garantice realmente el derecho a la asistencia jurídica gratuita a todos los extranjeros residentes en el Estado Español. Éste es el espíritu también del art. 47.3 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE) que establece que “se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

10. Resulta imprescindible que el abogado defensor se preocupe de velar por el estricto cumplimiento por parte de la autoridad gubernamental de los derechos de los extranjeros internados.

11. Sería conveniente, dada la precariedad en el aspecto remunerativo en que se encuentra el abogado del Turno de oficio de extranjería y en aras de favorecer de forma efectiva el ejercicio del derecho de defensa y la tutela judicial del extranjero, modificar los criterios orientadores fijados por el *Consell dels Il.lustres Col.legis d'Advocats de Catalunya* y los colegios

de abogados. Dichos criterios no deberían ser tan genéricos como son en la actualidad sino que deberían especificar el *quantum* de los honorarios para cada una de las actuaciones concretas que lleve a cabo el letrado —escrito de alegaciones, recursos, asistencia al detenido u otras intervenciones.

6.3. Recomendaciones dirigidas a la autoridad gubernamental

1. Es imprescindible que la autoridad gubernamental notifique personalmente al extranjero la resolución de expulsión. Y en caso de que se desconozca el domicilio del extranjero, además de la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP), sería necesario que se notificara también al abogado del extranjero o, a falta de dirección, al Colegio de Abogados, con el fin de que se puedan hacer valer los medios de defensa procedentes.

2. Debe velar para que no haya dilaciones en la notificación de la expulsión y para que el extranjero no se encuentre con dificultades o sin tiempo suficiente para recurrir la sanción de expulsión. La administración debe evitar sobre todo que la notificación de la expulsión se realice el mismo día en que aquélla se va a llevar a cabo y en horas en que las dependencias judiciales están cerradas.

3. Es imprescindible que intente facilitar la comunicación entre los extranjeros internados con sus familiares, abogados o representantes diplomáticos.

4. Se tendría que restringir al mínimo la utilización del procedimiento preferente ya que no presenta las garantías adecuadas para que el extranjero pueda defenderse.

5. Resulta imprescindible que se ponga fin a la práctica indiscriminada de utilizar únicamente la expulsión como san-

ción. La no ejecución de las expulsiones deja a miles de extranjeros en una situación de “invisibilidad administrativa” y de exclusión social. La autoridad gubernamental puede optar por el procedimiento ordinario pero es el legislador el principal responsable de la situación de “a-legalidad” en la que quedan miles de extranjeros y, por tanto, es el que debe prever los cauces legales para que los extranjeros indocumentados con decretos de expulsión sin ejecutar puedan salir de la parálisis administrativa en la que se encuentran.

6. Es necesario que a la hora de aplicar las sanciones tenga presente que las sanciones de multa y expulsión tienen carácter alternativo en la ley, teniendo la multa carácter preferente respecto a la expulsión (art. 53.1 LOE). Esto obliga, en todo caso, a que la administración, cuando decida sancionar a un extranjero con la expulsión, exponga y argumente las razones que la llevan a adoptar tal medida.

7. Es imprescindible que se establezcan y regulen con claridad los procedimientos y las actuaciones que deben seguir los funcionarios policiales a la hora de realizar las expulsiones para evitar los malos tratos y el uso de medios que no respeten la dignidad humana.

8. Habría que favorecer que los funcionarios de policía encargados de instruir los expedientes de expulsión tengan formación jurídica, algo indispensable para que la legislación de extranjería y la doctrina constitucional y jurisdiccional sea aplicada correctamente.

9. Es necesario que la Dirección General de la Policía, como administración pública encargada del internamiento de extranjeros, vele y ponga todos los medios a su alcance para impedir que estas personas puedan estar internadas más de cuarenta días en distintos centros de internamiento, en el mismo o en momentos distintos superando el límite legal

establecido. Para ello es de vital importancia que exista una coordinación y un intercambio de información entre los distintos centros de internamiento existentes en el territorio español.

10. Es indispensable que en cuanto al tratamiento de la información sobre los extranjeros internados y expulsados la autoridad gubernamental asuma y ponga en práctica el principio de transparencia informativa y facilite el acceso a los datos de que dispone.

11. Es de vital importancia que el legislador y la autoridad gubernamental regulen la forma y los procedimientos para que organizaciones e instituciones defensoras de los derechos humanos, públicas y privadas, puedan supervisar el grado de cumplimiento de los derechos de los extranjeros internados y de las condiciones reales en la que se encuentran éstos en los centros de internamiento.

7. Bibliografía

- ACCATTATIS, V. (1976): “La funzione ideologica del giudice di sorveglianza”, en *L'Amministrazione della giustizia in Italia*, Mazzotta Editore, Milano.
- ASÚA BATARRITA, A. (2002): “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en P. Lorenzo Copello (Coord.), *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARCELONA, P. (al cuidado de) (1973), *L'uso alternativo del diritto, I (Scienza giuridica e analisi marxista); II (Ortodossia giuridica e pratica politica)*, Laterza, Bari.
- BARCELONA, P. y COTTURRI, G. (1976), *El Estado y los juristas*, Fontanella, Barcelona.
- BELLOCH, J.A. (1987), “Los derechos del extranjero: el internamiento preventivo y su homologación judicial”, en *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona.
- BERGALLI, R. (2003), “Jurisdicción y administración de justicia. Jueces y fiscales en la sociedad compleja”, en R. Bergalli (coord.), *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo blanch, Valencia.
- DAL LAGO, A. (2000), “Personas y no-personas”, en H. Silveira (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2002), *Informe: La otra cara de las islas Canarias: violación de los derechos de los inmigrantes y los solicitantes de asilo* (www.hrw.org/spanish/Informes/2002/inmigrantes5.html).
- Libro Verde Relativo a una Política Comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, Bruselas, 10.04.2002, COM (2002) 175 final.
- LONGOBARDO, C. (1999), “La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione”, en *Dei Delitti e Delle Pene*, anno VI, n. 3.
- NADAL, M. (2003), “Expulsions i devolucions” en E. Aja y M. Nadal (eds.), *La immigració a Catalunya avui*. Anuari 2002. Ed. Mediterrànea, Barcelona.
- NIETO MARTÍN, F. (2001) “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”, en *Jueces para la Democracia*, n. 41.

- RIVERA, I. (1997), *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, J.M. Bosch, Barcelona.
- SILVEIRA, H. (1998), *El modelo político italiano. Un laboratorio: de la tercera vía a la globalización*, EUB, Barcelona.
- (2003), “Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en AA.VV., *Sistema penal y problemas sociales*, R. Bergalli (coord.), Tirant lo Blanc, Valencia.

8. Nota final

Los autores quieren agradecer la colaboración prestada para realizar este Informe a la Sra. Roser Veciana (ex *Regidora ponent de Drets Civils* del Ayuntamiento de Barcelona), a la Sra. Teresa Ramírez (Asesora técnica de la *Regidoria de Drets Civils* del Ayuntamiento de Barcelona), al Sr. Joaquín Bayo (Decano de los Juzgados de Instrucción de Barcelona), al Sr. Eduard Planells (de la Subdelegación del Gobierno de Barcelona), al Sr. Luís del Castillo (Vicedecano del Colegio de Abogados de Barcelona), al Sr. Roberto Sánchez (Presidente de la Comisión del Turno de oficio y Asistencia al Detenido y de la Comisión de Extranjería del Colegio de Abogados de Barcelona), a la Asociación de Juristas de Cataluña para la Inmigración, a la *Associació Catalana de Juristes Demòcrates*, al Grupo de Extranjería de la Comisión de Defensa y a la Comisión de Defensa del Colegio de Abogados de Barcelona y muy especialmente a los abogados y jueces que tuvieron la amabilidad de responder a nuestros cuestionarios.

- Héctor Silveira, profesor de Filosofía del Derecho de la Universitat de Barcelona (hsilveira@ub.edu).
- Marta Monclús*, becaria FPI del Departament de Dret Penal i Ciències Penals, U.B. (monclus@dret.ub.es).
- Gemma Nicolás*, becaria FPI del Departament de Dret Penal i Ciències Penals, U.B. (gnicolas@dret.ub.es).
- Antoni Fernández, doctorando del Departament de Dret Penal i Ciències Penals, UB. (tonyjr@yahoo.es).

* Ambas investigadoras agradecen el soporte del *Departament d'Universitats, Recerca, i Societat de la Informació* de la Generalitat de Catalunya, entidad concesionaria de las becas.

9. Anexos

Anexo 1. Cuestionario dirigido a los jueces de instrucción de Cataluña *

1. Autoriza usted el internamiento del extranjero que le solicita la autoridad gubernativa:
 - a) Siempre: **2**
 - b) Depende de los casos: **18**
 - c) Excepcionalmente, cuando es imprescindible: **7**

2. En caso que lo autorice, el criterio para autorizarlo depende de: (se admite más de una respuesta)
 - a) Las causas alegadas para incoar la expulsión: **16**
 - b) Si tiene o no domicilio fijo en España: **20**
 - c) La mayor o menor probabilidad de huida del extranjero: **11**
 - d) Si no dispone de medios de vida lícitos: **18**
 - e) Si no tiene familiares en España: **17**
 - f) Si hay convenio de readmisión con el país de origen del extranjero: **6**
 - g) Otros (cuáles): **4**

3. Antes de autorizar el internamiento, ¿examina si hay o no causas de expulsión?
 - a) Sí, sólo lo autorizo cuando hay probadas causas de expulsión: **16**
 - b) Sí, sólo lo autorizo cuando hay posibles causas de expulsión: **7**
 - c) No, porque excede de mis competencias: **4**

4. ¿Aproximadamente cuántas autorizaciones de internamiento le solicitan al mes?
 - a) de 1 a 5: **21**
 - b) de 5 a 10: **2**
 - c) de 10 a 20: **3**
 - d) más de 20: **0**

* En negrita se resaltan el número de respuestas obtenidas.

5. ¿Cuántas de ellas autoriza al mes?

a) de 1 a 5: 23 b) de 5 a 10: 1 c) de 10 a 20: 1 d) más de 20: 0

6. ¿Por cuántos días autoriza el internamiento?

a) de 10 a 20: 3 b) de 20 a 30: 5 c) de 30 a 40: 4 d) por 40 días: 15

7. ¿Toma usted declaración al extranjero antes de autorizar su internamiento?

a) Siempre: 27
b) A veces yo a veces el secretario: 0
c) Sí, pero se ocupa siempre el secretario: 0
d) No, nunca: 0

8. En la audiencia previa al internamiento, ¿el extranjero va acompañado por el defensor?

a) Sí, siempre: 27 b) Casi siempre: 0

9. ¿En la audiencia previa al internamiento hay un intérprete (en el caso de que el extranjero no hable castellano)?

a) Siempre: 26 b) A veces no: 1

10. ¿La autoridad gubernamental suele solicitar el internamiento sin haber incoado el expediente de expulsión?

a) No, nunca: 20 b) A veces sí: 6¹

11. ¿Qué tipo de documento suele aportar la autoridad gubernamental cuando solicita el internamiento del extranjero?

a) Documento que acredita que no tiene los papeles en regla: 5
b) El expediente de expulsión: 25
c) Otros: 2

12. Durante la comparecencia ante usted, ¿cree que el extranjero entiende con claridad lo que le está pasando?

1. wTres jueces dan los siguientes porcentajes: 20%, 30% y 50-60%.

a) Sí, siempre: 24 b) A veces no: 3

13. En el momento de la comparecencia ante usted, ¿el extranjero es consciente que el abogado está presente y cuál es su cometido?

a) Sí, siempre: 24 b) A veces no: 3

14. ¿Notifica el auto de internamiento al extranjero?

a) Sí, directamente a él: 27
b) Sí, mediante su abogado: 5
c) A veces no: 0

15. ¿Incorpora el auto de internamiento al expediente gubernativo?

a) Siempre: 21 b) A veces no: 1

16. ¿Motiva suficientemente el auto de internamiento?

a) Sí, siempre: 26
b) No, nunca: 0
c) Utilizo un impreso tipo: 1²
d) A veces sí: 0

17. Mientras el extranjero está sometido a la medida de internamiento, ¿tiene usted algún contacto con él o sus familiares?

a) No, nunca: 23
b) A veces con los familiares: 4
c) A veces con él, mediante (...): 1³

18. Una vez autorizado un internamiento, ¿controla que el mismo no exceda los 40 días?

a) Sí, decreto la libertad al cumplirse los 40 días: 8
b) No, la autoridad gubernativa se encarga de ponerlo en libertad cumplido el plazo fijado por mí: 19

19. Autorizado el internamiento, ¿exige la comunicación previa de la expulsión?

2. Este juez añade: "sólo si se deniega".

3. Este juez manifiesta que en un 10% de los casos tiene contacto con los familiares y en otro 10% con el abogado.

- a) Sí: **23** b) No, nunca: **2** c) A veces: **2**

20. ¿El extranjero internado suele comunicarse con usted?

- a) No, nunca: **26** b) Sí: **1**

21. En el caso de que lo haga, ¿qué vías de comunicación suele utilizar el extranjero internado con usted?

- a) Mediante su abogado: **10**
b) Mediante sus familiares: **17**
c) Otros: **0**

22. ¿Tiene constancia de si la autoridad gubernativa comunica al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado la incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente (art. 64.4 LO)?

- a) Sí, lo hace: **4⁴**
b) No, no lo sé: **23**
c) A veces, lo hace: **0**

23. ¿Considera que el extranjero sometido a medida de internamiento está a disposición judicial y, por tanto, que usted es el responsable en cuanto al respeto de sus derechos?

- a) Sí, pero no me puedo ocupar de él como si fuera un juez de vigilancia penitenciaria: **10**
b) Sí, y velo por la no vulneración de sus derechos: **4**
c) No, ya que se trata de un internamiento administrativo, aunque requiera autorización judicial: **12**

24. ¿Ha visitado usted alguna vez el centro de internamiento de La Verneda?

- a) Sí, una vez: **3** b) No, nunca: **24** c) Más de una vez: **0**

25. En caso afirmativo, ¿considera que cumple las mínimas condiciones de habitabilidad?

- a) Sí: **0** b) No, tiene muchas carencias: **3⁵**

4. Un juez indica que también comunica el auto a la embajada.

5. Dos de estos jueces consideran que el CIE de La Verneda tiene muchas carencias.

26. En caso que haya visitado el centro, ¿se ha entrevistado con los extranjeros detenidos?

- a) Sí: **0** b) No: **3** c) A veces: **0**

27. Después de autorizar el internamiento, ¿la autoridad gubernativa le mantiene informado del trámite de expulsión?

- a) Sí, siempre: **16** b) Nunca: **4** c) A veces: **7⁶**

28. En caso de que no le informen del desarrollo del trámite de expulsión, ¿qué hace usted?

- a) Decreto la puesta en libertad del extranjero internado: **2**
b) Solicito los informes correspondientes: **12**
c) No hago nada, porque el trámite de expulsión excede de mis competencias: **9**

29. ¿En qué momento la autoridad gubernativa le solicita la entrega definitiva del detenido para llevar a cabo la expulsión, en caso que proceda?

- a) Antes de que se produzca la expulsión: **21**
b) Una vez se ha producido la expulsión: **4**

30. ¿Ha tenido quejas sobre el trato que los funcionarios dispensan a los extranjeros internados?

- a) No, nunca: **26** b) Sí, varias quejas: **1⁷**

31. ¿Considera que el procedimiento administrativo de internamiento y expulsión de extranjeros garantiza suficientemente los derechos de tutela judicial efectiva?

- a) Sí: **13** b) No: **12**

32. En caso de haber respondido negativamente a la pregunta anterior, indique cuáles son, en su opinión, los principales problemas que plantea el procedimiento administrativo de internamiento y expulsión de extranjeros.

6. Tres de estos jueces dan los siguientes porcentajes: 40%, 80% y 90%.

7. Este juez manifiesta que ha recibido quejas en una o dos ocasiones

- **Juez 1:** "Posible notificación por edictos de la resolución de expulsión".
 - **Juez 2:** "El trámite de entrega a su país de origen".
 - **Juez 3:** "Debería unificarse el control en una única instancia, la contencioso-administrativa".
 - **Juez 4:** "La privación de libertad. Las condiciones de los centros, sobre todo en Canarias".
 - **Juez 5:** "Falta comunicación organismo administrativo - organismo judicial. Disfuncionalidad en la existencia de dos procesos paralelos. Falta regulación expresa de recursos contra resolución. Analogía con medida cautelar de prisión,. Sujeción a solicitud o no por el Ministerio Fiscal".
 - **Juez 6:** "Falta de claridad de supuestos y de información a los extranjeros. Falta de coordinación entre autoridad administrativa y judicial".
 - **Juez 7:** "La autoridad judicial interviene únicamente en el momento final del procedimiento de internamiento y sin haberse garantizado judicialmente la instrucción del expediente de expulsión y la decisión se adopta en base a una actuación de investigación puramente administrativa para la ejecución de una medida que responde a criterios gubernativos".
 - **Juez 8:** "Con mínimas garantías de que la expulsión se lleve a efecto se solicita el internamiento. Lo que implica que tras el plazo que se fije en el auto se deje en libertad al extranjero que, por tanto, ha estado internado (privación de libertad) para nada".
 - **Juez 9:** "La falta de coordinación entre el procedimiento gubernativo y la autorización judicial, así como la ineficacia (en algunos casos) de la expulsión autorizada.
 - **Juez 10:** "Derecho del extranjero a acreditar la no concurrencia de los presupuestos legales: insuficientes medios y previsión legal para que articule su defensa, dada la celeridad del trámite".
 - **Juez 11:** "Falta de control a posteriori. Presentación de detenidos fuera del plazo legal porque fueron detenidos por ley de extranjería después de salir libre y a punto de finalizar el plazo".
 - **Juez 12:** "Insuficiencia de recursos humanos para la gestión acorde con las garantías".
33. ¿Qué opinión le merece la STC 115/1987 en la que declara la constitucionalidad de los Centros de Internamiento para extranjeros con el argumento de que "la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma"?

- a) Me parece una interpretación correcta: **21**
 - b) Creo que vulnera la CE, en los artículos (...): **3⁸**
 - c) Creo que (...): **1⁹**
34. ¿Está de acuerdo con que se prive de la libertad a una persona para asegurar un acto administrativo?
- a) Sí, porque hay un límite de 40 días: **15¹⁰**
 - b) Sólo en caso que el extranjero tenga antecedentes penales: **3**
 - c) No, en ningún caso **6**
 - d) Sólo en caso que el extranjero esté imputado por un delito: **7**
35. ¿Estaría de acuerdo con que la inmigración irregular fuese tipificada como delito en el Código Penal?
- a) Sí, porque (...): **4¹¹**
 - b) No, porque no hay vulneración de ningún bien jurídico: **20**
36. Algunos autores han calificado a la expulsión como una sanción penal encubierta que, además, no tiene las garantías del derecho penal, ¿está usted de acuerdo con esta interpretación?
- a) Sí, realmente constituye un "mal" equiparable a algunas penas privativas de libertad: **7**
 - b) No, la expulsión no se puede decir que produzca un "mal" en quien la sufre: **4**
 - c) No, si bien la expulsión es un "mal", no es equiparable al "mal" de las sanciones penales: **13**
37. La última reforma del gobierno determina la expulsión del extranjero penado con una pena inferior a seis años. Según usted, ¿quebranta la Constitución?
- 8. Uno de estos jueces considera "que vulnera los artículos 1, 10, 14 y 17 de la Carta Magna" y otro que "se deberían regular perfectamente las competencias de cada autoridad y que la ejecución de la expulsión pudiera ser controlada directamente por el Juez que autoriza el internamiento".
 - 9. Este juez opina que debería: "regularse perfectamente las competencias de cada autoridad y que la ejecución de la expulsión pudiera ser controlada directamente por el Juez que autoriza el internamiento".
 - 10. Un juez añade "y cuando sea imprescindible".
 - 11. Uno de los jueces considera que se debería castigar a los organizadores.

a) Sí, porque (...): **5**

- **Juez 1:** “La reforma vulnera el derecho de igualdad y hace de peor condición al delincuente, por su procedencia”.
- **Juez 2:** “Infringe el derecho al trato igualitario al resultar más beneficioso que el ingreso en prisión”.
- **Juez 3:** “Supone un trato discriminatorio respecto los nacionales, cuando esta expulsión es automática”.
- **Juez 4:** “Es contrario al art. 13 de la Constitución”.
- **Juez 5:** “Vulnera el principio de igualdad”.

b) No, porque (...): **14**

- **Juez 1:** “Supone una medida alternativa al cumplimiento de la pena que, en principio, beneficia al penado”.
- **Juez 2:** “Es una opción más de política criminal lícita en el marco constitucional”.
- **Juez 3:** “Adoptar tal medida entra dentro de los márgenes de la política criminal y penal, siempre que se establezca un procedimiento adecuado para su adopción, con respeto de todas las garantías constitucionales que amparan a cualquier ciudadano, sea extranjero o nacional”.
- **Juez 4:** “Está penado sí si lo es durante la instrucción”.
- **Juez 5:** “Se ve una manifestación del sistema penal, como así ocurre en otros países”.

Anexo 2:

Cuestionario dirigido a los abogados*

1. ¿Cuántos casos de extranjería relacionados con procedimientos de expulsión por estar el extranjero indocumentado ha llevado (incluso los actuales)?
 - a) De 1 a 5: 0
 - b) De 5 a 10: 0
 - c) De 10a 20: 3
 - d) Más de 20: 17

2. ¿Cuántos han acabado con la expulsión del extranjero del territorio español?
 - a) De 1 a 5: 4
 - b) De 5 a 10: 3
 - c) De 10a 20: 4
 - d) Más de 20: 6
 - e) De 1 a 3: 1

3. A pesar de tener una orden de expulsión, ¿cuántos han acabado con la puesta en libertad del extranjero?
 - a) De 1 a 5: 3
 - b) De 5 a 10: 6
 - c) De 10a 20: 3
 - d) Más de 20: 5
 - e) De 2 a 3: 1

4. Si lleva la defensa penal de un extranjero “sin papeles”, ¿se ocupa también del procedimiento administrativo en el caso de que le incoen un expediente de expulsión?
 - a) Sí, me ocupo: 3
 - b) No, sólo del tema penal: 5
 - c) No, porque el tema administrativo excede de las competencias del Turno de oficio penal: 14
 - d) Sólo me ocupo del tema administrativo cuando no tiene abogado designado para ello: 2

* En negrita se resaltan el número de respuestas obtenidas.

5. ¿En qué consiste su asistencia letrada en el caso de asignación de extranjeros por el Turno de oficio de extranjería? (marque con una x todas las respuestas que correspondan)

- a) Asistencia al detenido en la comisaría: **20**
- b) Asistencia en el juzgado: **19**
- c) Interponer recurso frente al auto de internamiento: **16**
- d) Hacer alegaciones frente a la incoación del expediente de expulsión: **20**
- e) Recurrir la resolución de expulsión: **13**

6. ¿Qué tipo de documento suele aportar la autoridad gubernamental cuando solicita el internamiento del extranjero?

- a) Documento que acredita que no tiene los papeles en regla: **2¹²**
- b) El expediente de expulsión: **14**
- c) Otros: **1** (cuáles: atestado/denuncia e incoación del expediente de expulsión por medio de documentos)

7. ¿La autoridad gubernamental suele solicitar el internamiento sin haber incoado el expediente de expulsión?

- a) Sí: **2**
- b) No, nunca: **14**
- c) A veces sí: **4** (cuántas veces)¹³

8. Durante la comparecencia ante el juez que debe decidir el internamiento, ¿cree que el extranjero detenido entiende con claridad lo que le está pasando?

- a) Sí: **3**
- b) No: **5**
- c) No del todo: **12¹⁴**
- d) Opino que:

– **Abogado 1:** "No del todo porque depende si entiende el idioma. Sólo hay intérprete para la policía y el juzgado."

– **Abogado 2:** "No lo tiene claro ni el juez"

9. En el momento de la comparecencia ante el juez que debe decidir sobre el internamiento, ¿el extranjero era consciente que usted estaba presente y que era su abogado?

12. Un abogado opina: "la policía se limita a solicitar al extranjero su documentación, si no tiene permiso de Trabajo o Residencia o no lo tiene solicitado, la policía incoa el expediente administrativo haciendo constar que está indocumentado, y si no hay espacio en comisaría acuerda su internamiento".

13. Un abogado responde: "4 veces".

14. Un abogado responde: "Depende de cada uno. El extranjero siempre desconfia".

- a) Sí, siempre: **14**
- b) No: **1**
- c) A veces: **4¹⁵**

10. ¿El juez notifica el auto de internamiento al extranjero?

- Sí: **17¹⁶**
- b) No: **1**
- c) Casi siempre: **1**
- d) No lo sé: **1**

11. ¿El juez suele incorporar el auto de internamiento al expediente gubernativo?

- a) Sí: **5**
- b) No: **1**
- c) A veces: **3**
- d) No sé: **9**

12. ¿El juez motiva suficientemente el auto de internamiento?

- a) Sí: **0**
- b) No: **3**
- c) A veces: **12**
- d) No, utiliza un impreso tipo: **4**

13. ¿Por cuántos días el juez suele autorizar el internamiento?

- a) No fija los días: **3**
- b) De 10 a 20: **2**
- c) De 20 a 30: **1**
- d) De 30 a 40: **12**
- e) Depende: **1**

14. Autorizado el internamiento, ¿los jueces exigen la comunicación previa de la expulsión?

- a) Sí: **3**
- b) No: **1**
- c) A veces: **6**
- d) No lo sé: **8¹⁷**

15. ¿El extranjero suele pedir al abogado o a la administración la comunicación del internamiento a sus familiares?

- a) Sí: **4**
- b) No, nunca lo hace: **6**
- c) A veces lo hace: **9**

16. ¿Suele usted interponer recurso ante las medidas cautelares (retirada del pasaporte, internamiento preventivo)?

- a) Sí, siempre: **12**
- b) No: **2**

15. Uno de estos abogados opina: "no siempre hay intérpretes de todas las lenguas o dialectos, o tienen poco nivel cultural y sólo conocen su dialecto."

16. Uno de estos abogados opina: "a pesar de que se le notifique el extranjero no sabe qué es."

17. Uno de estos abogados opina: "no sé si lo exigen pero habitualmente se hace".

c) Sólo en algunos casos (diga en cuáles): **5**¹⁸

17. En los procedimientos preferentes ¿suele interponer recurso ante la incoación del expediente de expulsión (en el plazo de 48 h)?

- a) Sí: **17**¹⁹
- b) No: **0**
- c) Sólo cuando hay posibilidades de que prosperen: **2**

18. Una vez recae resolución de expulsión del extranjero, ¿la recurre usted?

- a) Siempre: **8**
- b) No la suelo recurrir: **4**
- c) Sólo en caso que haya posibilidades de que prospere el recurso: **8**²⁰
- d) Sólo cuando el extranjero permanece en España por no poder realizarse la expulsión: **1**
- e) Casi siempre: **1**

19. En casos de que el extranjero tenga una orden de expulsión y quede en libertad, ¿continúa ocupándose de su defensa?

- a) Sí: **7**²¹
- b) No: **6**
- c) En algunos casos (diga en cuáles): **7**²²

20. Una vez recae resolución de expulsión del extranjero, ¿la recurre en el caso de que el extranjero sea expulsado inmediatamente del país?

- a) No: **4**
- b) Sí, siempre: **4**
- c) Sólo en caso que haya posibilidades de que prospere el recurso: **12**

18. De estos 5, tres abogados responden: Abogado 1: "Cuando se lo piden"; Abogado 2: "Si en la declaración o documentación se advierten motivos suficientes"; Abogado 3: "Sólo en el caso del internamiento.

19. Uno de estos abogados comenta: "nunca hay posibilidades de que prosperen"

20. Uno de estos abogados comenta: "y que me lo pida el extranjero también"

21. Uno de estos abogados comenta: "pero nunca sé de ellos"

22. De estos siete abogados: cuatro comentan: "siempre que me lo pida", uno dice "cuando vuelve a mí" y otro: "cuando está localizable".

21. ¿La autoridad gubernativa le comunica a usted la orden de expulsión?

- a) Sí, siempre: **2**
- b) No, nunca: **9**
- c) A veces: **8** (cuántas)²³

22. ¿La autoridad gubernativa le comunica la causa de la expulsión?

- a) Sí: **9**²⁴
- b) No, nunca: **5**
- c) A veces lo hace: **5** (cuántas veces) ²⁵

23. ¿Ha recibido alguna comunicación de que se ha realizado la expulsión?

- a) Sí: **0**
- b) No, nunca: **18**
- c) A veces: **2** (cuántas veces)²⁶

24. ¿Tiene constancia de si la autoridad gubernativa comunica al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado correspondiente la incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente (art. 64.4 LO)?

- a) Sí, lo hace: **0**
- b) No, no lo sé :**19**
- c) A veces lo hace: **0**
- d) Depende del país: **0**
- e) No siempre: **1**

25. ¿Se respeta que la expulsión no se efectúe antes de las 72, excepto en los procedimientos preferentes (art. 64)?

- a) Sí, siempre: **6**
- b) A veces, no: **1** (cuántas veces: 1 de 3)
- c) No sé: **13**

23. De estos ocho abogados, dos contestan: "Últimamente sí, antes nunca"; uno dice "3 o 4 veces (de más de 20 casos de los que se ha encargado)"; otro escribe: "1/2"; otro señala: "60 %" y otro escribe: "las acaban publicando en el BOP".

24. Uno de estos abogados comenta: "comunica sólo las causas por las que se inicia el expediente.

25. De éstos, uno responde "ahora sí" y otro "3 o 4 veces"

26. Un abogado puntualiza que "más de 10 veces".

26. ¿Cuántas veces ha visto al extranjero desde su detención?

- a) Sólo en el momento de la detención: **3**
- b) En el momento de la detención y una vez en La Verneda: **7**
- c) En el momento de la detención y más de una vez en la Verneda: **6**²⁷
- d) En el momento de la detención y una vez en mi despacho: **3**
- e) En el momento de la detención y más de una vez en mi despacho: **4**²⁸
- f) Diferentes veces en diferentes lugares según los casos. A veces ha sido expulsado sin que lo pudiera ver: **1**

27. ¿Qué medios o vías de comunicación tiene el extranjero internado con usted?

- a) Telefónica: **11**
- b) Mediante la administración: **1**
- c) Mediante el Turno de oficio: **3**
- d) Familiares: **13**
- e) Otras vías (cuáles): **4**²⁹

28. ¿Ha entrado en contacto en algún momento con los familiares del detenido?

- a) Sí: **17** (en cuántos casos)³⁰
- b) No, nunca: **3**

29. ¿Mantiene usted contacto con los extranjeros que ya han sido expulsados del país?

- a) Sí: **0**
- b) No: **17**
- c) En algunos casos: **3**

30. ¿Tiene usted quejas del trato que los funcionarios de La Verneda dispensan a los abogados de los extranjeros internados?

- a) No, el trato es correcto: **18**
- b) Sí, varias quejas (especificar): **2**³¹

27. Uno de estos abogados comenta: "depende del tiempo que tardan en ejecutar la expulsión".

28. Uno de estos abogados comenta: "siempre que acuda y pueda comunicarme con él".

29. De estos cuatro abogados, tres responden: "personándome en La Verneda" y otro: "en el despacho del abogado".

30. 9 abogados responden que "en pocas ocasiones", 2 abogados "la mitad de las veces", otros 2 "la mayoría de las veces", uno lo ha hecho "siempre que se lo han pedido" y otros 2 responden "que a menudo el extranjero no tiene familiares en España".

31. Un abogado se queja de "dificultades en el acceso e impedimentos varios" y otro de: "cuando hay interés en algo del expediente que no sea la declaración inicial".

31. ¿La administración pone a su disposición intérpretes para facilitar la comunicación con el detenido?

- a) Sí, en el horario de visitas de los abogados hay a disposición intérpretes de las lenguas más comunes de los internados: **8**
- b) No, nunca hay intérpretes en el centro de internamiento de La Verneda: **2**³²
- c) A veces: **5** (en qué tipos de casos)³³

32. ¿Considera que el procedimiento administrativo de internamiento y expulsión de extranjeros garantiza suficientemente los derechos de defensa y tutela judicial efectiva de los afectados?

- a) Sí: **2**
- b) No: **14**
- c) Parcialmente: **4**

33. En caso de haber respondido negativamente a la pregunta anterior, indique cuáles son, en su opinión, los principales problemas que plantea el procedimiento administrativo de internamiento y expulsión de extranjeros.

- a) El hecho de ser urgente en la mayoría de los casos provoca una gran dificultad para preparar los escritos de alegaciones, o preparación de pruebas, o recursos o obtención de documentos: **4**
- b) Las comunicaciones con el extranjero (por falta o escasez de intérpretes): **4**
- c) El carácter urgente también provoca omisión de la prueba. La suspensión de la orden de expulsión se da después de la propia expulsión: **1**
- d) Lentitud de la Administración: **1**
- e) La privación de libertad por una falta administrativa: **1**
- f) Falta de motivación de las resoluciones: **1**
- g) Ambigüedad de los criterios a la hora de decretar la expulsión: **1**
- h) Indefensión: **1**

34. -Edad: Media: 37,8 años

Hasta 35 años: 8 Entre 35-45 años: 8 Más de 45 años: 2

-Género: Femenino: 3 Masculino: 15

32. Un abogado comenta: "sólo intérprete en la declaración policial. Con el abogado te has de espabilar".

33. De éstos, dos abogados responden: "a veces otro interno"; y otro "que sólo hay intérprete en los casos que se ha solicitado y se ha concertado día y hora".

–¿Cuántos años lleva ejerciendo la profesión de abogado/a?

Media: 11.4 años

Hasta 5 años: 3

Entre 10-20 años: 6

Entre 5-10 años: 10

Más de 20 años: 1

–¿Y en la defensa de inmigrantes? *Media:* 9.18 años

Hasta 5 años: 6

Entre 5-10 años: 9

Más de 10 años: 3

35. ¿Cuál es su especialidad en el campo del Derecho?

a) Penal: 17

b) Civil/Mercantil: 13

c) Laboral: 2

d) Administrativo: 2

e) Extranjería: 10

f) Otros (especificar): *Penitenciario 1*

Menores 1

Matrimonial 1

36. ¿Se dedica usted frecuentemente a la defensa de inmigrantes o sólo a los que le entran por Turno de oficio?

a) Frecuentemente: 6

b) Sólo por Turno de oficio: 14

37. ¿En qué listas del Turno de oficio está usted anotado/a?

a) Penal: 17

b) Extranjería: 16

c) Civil/Mercantil: 1

d) Laboral:

e) Administrativo: 0

f) Otros (especificar): *Menores 2*

Matrimonial 2

38. Otras observaciones personales:

–**Abogado 1:** “En todas las áreas se deberían realizar este tipo de encuestas”.

–**Abogado 2:** “No existe apenas margen de actuación en el ordenamiento gubernativo. Si surge alguna cuestión en esa fase es imposible prácticamente cualquier actuación de defensa. El

director de La Verneda me dijo que el embarazo de una interna no impedía un viaje de más de 11 horas de avión. Cuando llegó la suspensión del contencioso la extranjera ya había sido expulsada sin informe facultativo que avalase el riesgo. Es tan taxativa esta materia que conseguir que no se vulnera un derecho del extranjero es un verdadero alarde de imaginación”.

–**Abogado 3:** “El problema de estos extranjeros que nos tocan por el Turno de oficio es que poca cosa se puede hacer por ellos, por no decir nada, ya que no tienen ningún tipo de documento en regla. Por otra parte, muchas veces no podemos entendernos con ellos por problema de idioma y por esto no se enteras de lo que les está pasando y de lo que les puede pasar. Teniendo en cuenta que en mi caso hablo corrientemente el francés y el inglés, pero la mayoría de ellos no. El extranjero debería disponer en todo momento de intérprete, pero soy consciente de que esto resultaría muy costoso y además, no hay intérpretes para todos los idiomas y dialectos.”

–**Abogado 4:** “De todos los procedimientos de extranjería una vez recibida la propuesta de expulsión, con el transcurso de varios meses, no recibo casi nunca más documentación ni resoluciones de la Administración por lo que el procedimiento muchas veces caduca.”

–**Abogado 5:** “Con el tiempo ves que habría que echar a la mayoría y de forma más rápida. En Barcelona es cuestión de mala suerte que te expulsen hagas lo que hagas. Ellos desde que entran en el país saben que son ilegales, y ya están resignados a que los expulsen.”

–**Abogado 6:** Los jueces, sobre todo fuera de Barcelona, no saben de extranjería y decretan el internamiento sin motivación y de forma mecánica.”

–**Abogado 7:** “Sería necesario otorgar más tiempo al extranjero para que pueda aportar pruebas y defenderse. Sólo debería expulsarse al verdaderamente indocumentado, no al que viene a pasar unos días o en calidad de turista.”

**Anexo 3. Estadística de expulsiones*
(Estado Español)**

AÑO	DETENIDOS POR ESTANCIA IRREGULAR	EXTRANJEROS INTERNADOS EN CIES	EXTRANJEROS EXPULSADOS CON DETENCIÓN
1995	15.950	6.269	4.646
1996	16.718	6.043	4.523
1997	15.188	3.599	4.750
1998	17.985	4.836	5.525
1999	19.458	4.449	5.232
2000	—	2.727	1.226
2001	15.439	4.359	3.817

* Fuente: Subdirección General de Inmigración, Ministerio del Interior.

