

ESPECÍFICAS LIMITACIONES DE LA LIBERTAD PERMITIDAS POR LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA

Esteban Sola Reche
Universidad de La Laguna

RESUMEN

La nueva Ley de Extranjería ha reforzado la apuesta por medidas limitativas de la libertad de persona extranjera como medio de lucha contra la inmigración irregular. Este trabajo pretende poner de manifiesto cómo en una cuestión tan importante como ésta se han incrementado los factores de confusión entre las diferentes medidas aplicables.

PALABRAS CLAVE: extranjería, inmigración irregular, limitaciones de la libertad.

ABSTRACT

The recent Status of Alien Law had increased measures to limitate the aliens freedom, as a method against irregular inmigration. This paper pretend to express the confusion of this measures.

KEY WORDS: status of alien, illegal inmigration, freedom's limitations.

I. INTRODUCCIÓN

1. El agravamiento de las diferencias de las condiciones de bienestar entre los denominados países desarrollados y los que, o bien ni siquiera han podido iniciar un proceso suficientemente generalizado de desarrollo de las condiciones mínimas de supervivencia, o bien vienen padeciendo la limitación de ese bienestar debida a la irrupción de procesos políticos o económicos distantes de una legitimación democrática homologable, ha creado un nuevo escenario para el flujo de personas entre los diferentes Estados. En particular, por esos motivos el Estado español ha pasado, en no muchos años, de ser un país de emigración a ser el destino de numerosos contingentes de ciudadanos de procedencia diversa.

2. Este cambio de polaridad y las dimensiones actuales y predecibles del fenómeno de la emigración vienen provocando respuestas legales tendentes a su regulación y control. Por una parte porque la concepción social y democrática del Estado impone la remoción de las diferencias entre derechos y libertades de los ciudadanos sea cual sea su origen nacional; pero por otra, se ha hecho inaplazable la

necesidad de garantizar el mantenimiento de las condiciones de convivencia mediante procesos ordenados de inmigración e integración. En nuestro país constituyó un hito principal la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, con la que, entre otras importantes cuestiones, se perfilaron los criterios diferenciadores de la legalidad e ilegalidad de la entrada y permanencia en España de ciudadanos extranjeros, adquiriendo carta de naturaleza la categoría inmigración ilegal.

3. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es la vigente norma básica reguladora de la condición jurídica de extranjero en nuestro Ordenamiento, en la versión resultante tras la importante reforma por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Los avatares políticos de su aprobación en el final de la legislatura que inmediatamente antecedía a la celebración de elecciones generales fueron la causa de que no incluyera una asunción expresa de los motivos (en la correspondiente Exposición o Preámbulo) por los que se elaboraba una nueva Ley de Extranjería que derogaba la de 1985. Así fue que, fruto de la descoordinación entre los diferentes departamentos ministeriales que más directamente les afecta una concreta política de extranjería, llega al Parlamento un Proyecto en el que en el último momento el grupo que sustentaba al Gobierno, sin la mayoría suficiente, quiere introducir importantes y graves enmiendas que fueron rechazadas por el resto de las fuerzas políticas. Tras las elecciones y la obtención de la mayoría absoluta, ese mismo grupo parlamentario, sumados otros apoyos entonces innecesarios, saca adelante la referida reforma, ahora sí con la correspondiente Exposición de Motivos. Ésta y el Preámbulo de la antecedente Ley de 1985 son las únicas referencias que, acompañando los textos legales, hacen expresa asunción de unas concretas orientaciones en política de inmigración.

4. a) Con la Ley de 1985 se culminaba la acometida de un texto legal que había de dar contenido al artículo 13 de la Constitución, relativo a los derechos de los extranjeros en España, y a su vez se satisface el propósito de compilar la dispersa normativa sobre Extranjería. Como se ha dicho, un aspecto capital de aquella Ley fue la regulación de las situaciones de legalidad de la estancia de extranjeros en España, perfilando, por consiguiente, las de ilegalidad. La urgencia de esta distinción se justificó en su necesidad para garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades (de los extranjeros que se hallen legalmente en España)¹. Y todavía hoy esta justificación sigue siendo la más recurrida por quienes ahora con la nueva Ley tienen la responsabilidad política de hacerla efectiva.

b) La reforma de la nueva Ley, a la que se somete en el mismo año de su aprobación, motiva su oportunidad en la detección de «aspectos en los que la reali-

¹ Preámbulo de la LO 7/1985.

dad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma» (hechas apenas un año antes), y en la adecuación a «los compromisos asumidos por España, concretamente con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere» que, según ha querido justificarse, fueron consolidados cuando el Proyecto de la nueva Ley estaba en una fase muy avanzada de su tramitación². Sin embargo, la propia Exposición de Motivos de la reforma delata otras razones cuando en ella se explican las modificaciones introducidas en el título II respecto a la entrada, régimen de expedición de visados y prórroga de estancia, en la necesidad de tomar en cuenta las previsiones del Acuerdo de Schengen, al parecer olvidadas en la LO 4/2000, a pesar de haber sido ratificado por instrumento de 28 de febrero de 1997, de ser España parte desde 1994, de haber sido publicado para su aplicación provisional en el Boletín Oficial del Estado de 30 de julio de 1991, y cuyo origen es de 14 de junio de 1990.

5. Con esas orientaciones la nueva Ley de Extranjería se convierte también (si no sobre todo) en el principal instrumento normativo para la lucha contra la inmigración ilegal, de la que hay que destacar un nuevo régimen de situaciones y permisos «que incentiven a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular» (del título II). Y que lleva aparejado un sistema de infracciones y sanciones que alcanza, respectivamente, a la permanencia de forma ilegal en el territorio español y a la expulsión, precisamente como medida aplicable a dicha infracción «pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal, al nivel de otros Estados miembros de la Unión Europea», siendo éste «un criterio que se refleja en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere» (título III).

6. Así es que para controlar la inmigración se persevera en el tipo de respuestas limitadoras del derecho a entrar o permanecer en España, que se hacen efectivas, primero, con diversas modalidades de prohibición de entrada, que una vez infringida coloca al inmigrante en situación de estancia irregular, y contra la que se arbitran entonces otra serie de medidas para que abandone el país, de las que a su vez se pretende el efecto disuasorio para otros interesados en venir sin reunir (las más de las veces por no resultarles posible) las condiciones impuestas para su ingreso y permanencia conforme a la Ley. Pero la expulsión y cuantas otras de esas medidas que constriñen la manifestación más primaria y personal de la libertad humana, la libertad deambulatoria, limitándola e incluso privando de ella, sean de aplicación únicamente a personas extranjeras, requiere la habilitación legal específica de una serie de facultades de las autoridades competentes.

² Exposición de Motivos de la LO 8/2000.

Teniendo en cuenta la importancia que como derecho humano fundamental tiene la libertad, tal clase de actuaciones se hace acreedora de una exquisita regulación, clara y respetuosa con las garantías propias de un Estado de Derecho³. La revisión que a continuación se hace pondrá de manifiesto en qué medida eso ha sido así, y los riesgos, incluso de generar responsabilidad penal, que corren quienes tienen el cometido de ponerlas en práctica.

II. LAS CONCRETAS PRIVACIONES Y RESTRICCIONES DE LA LIBERTAD QUE PERMITE LA LEY DE EXTRANJERÍA

1. El artículo 17.1 de la CE proclama como derecho fundamental de toda persona, entre otros, el de su libertad, y que su privación sólo podrá legítimamente llevarse a cabo en los casos y en la forma previstos en la Ley. Por la entidad que como bien jurídico tiene la manifestación deambulatoria de la libertad, el CP prevé en su artículo 167 como delito de detención ilegal las conductas de encerrar o detener a alguien cometidas por autoridad o funcionario público *fuera de los casos permitidos por la Ley*⁴; del mismo modo protegiendo la más genérica libertad de actuación, el artículo 172 del CP castiga como delito de coacciones la conducta de impedir a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, *sin estar legítimamente autorizado*.

Así pues, la legalidad de cualquier detención, entendiendo por ésta cualquier privación de libertad deambulatoria, acaso momentánea, o coacción, precisa de su justificación y amparo en la correspondiente disposición legal.

2. La nueva Ley de Extranjería prevé toda una serie de casos que permiten a la autoridad o funcionario público con la correspondiente competencia actuaciones limitativas de dicha libertad de personas extranjeras que infrinjan específicas prohibiciones, o hayan cometido ciertas infracciones, y que en lo sustancial se mantiene en la línea que en su día marcó la Ley de 1985⁵.

³ En ello va la comprometida decisión de «hasta dónde llega el contenido esencial y los límites del derecho y las garantías a la libertad ambulatoria, de circulación y residencia y seguridad jurídica de todas las personas, en función del poder punitivo de los estados»; así PÉREZ ALONSO, E.J.: *La expulsión de extranjeros: algunas consideraciones en torno al régimen de detención preventiva e internamiento de extranjeros (Comentario a la sentencia núm. 115/1987, de 7 de julio)*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada 13 (Homenaje al profesor José Antonio Sainz Cantero II), 1987, p. 73.

⁴ Estas disposiciones están previstas para los casos en los que no medie causa por delito; cuando media causa por delito adquiere mayor relevancia el atentado a las garantías constitucionales y resultarían de aplicación los artículos 530 y ss. del CP.

⁵ En relación con aquella Ley ya se manifestaba contrario a la privación de libertad por la realización de simples ilícitos administrativos PÉREZ ALONSO, E.J.: *ob. cit.* en nota 3, pp. 86-9.

A éstos se suman los que con carácter general permite la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana, para la identificación de personas y averiguación de infracciones, que se convierte en instrumento necesario para la aplicación de la Ley de Extranjería.

3. Sin duda todas esas posibilidades de incidir en la libertad de las personas extranjeras que de forma irregular pretenden entrar o permanecer en territorio español, incumplen alguna obligación o son responsables de alguna infracción que la Ley prevé, constituyen la principal arma que ésta ofrece para la lucha contra la inmigración ilegal.

Es curioso que la Ley, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, se convierta así en el instrumento jurídico básico para legitimar la limitación del ejercicio de algunos derechos humanos por el motivo de ser extranjeros, y que de su reforma se diga, no sin razón, que «se dirige, básicamente, a reducir los derechos de los que están dentro, y especialmente de aquellos que se encuentren en situación de irregularidad, los llamados ‘sin papeles’»⁶.

4. En lo que sigue se tratará de analizar los problemas que plantean las más importantes de esas medidas, advirtiendo como descargo del incompleto resultado que la elaboración de una relación sistematizada de todos esos supuestos que ampara esta LO no es tarea fácil. Su complejidad se debe en buena parte a cómo el legislador ha recogido estas figuras en las disposiciones legales:

a) En primer lugar, por haber rehuido esta perspectiva, cuando precisamente sería del todo oportuna en un texto legal que se ocupa de derechos y de libertades de las personas. Parece que lo lógico hubiera sido que las disposiciones habilitantes de la limitación de los derechos y libertades más básicas de esas personas se hubieran sistematizado, en lugar de diseminarlas en el articulado de la Ley con sospechoso disimulo. Así, mientras en el título I se hace una proclama vistosa del reconocimiento de los derechos y libertades de los extranjeros con la detallada expresión —seguramente innecesaria— de una tendencia equiparadora a los extranjeros con los españoles, en el título III se confecciona un régimen sancionador en el que a veces no queda claro cuáles y en qué condiciones pueden adoptarse las diferentes medidas previstas para aplicar al extranjero en situación irregular (detención, internamiento, devolución, retorno, repatriación y expulsión), así como la naturaleza de las mismas (de sanción o de medida cautelar).

En efecto, y por ejemplo, que los extranjeros gozarán en España de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución era principio ya dado en el artículo 13 de la misma. Su reiteración en el número 1 del artículo 3 de la LO habría de resultar superflua de no ser porque en esos términos, por la reformadora

⁶ MASSÓ GARROTE, M.F.: *Presentación de la Ley de Reforma de la Ley de Extranjería*, en La Ley, avance mensual de enero de 2001, p. 2.

LO 8/2000 de 22 de diciembre, se modifica significativamente su redacción original, así como la intitulación de todo el artículo 3 (antes: igualdad con los españoles e interpretación de las normas; ahora: derechos de los extranjeros e interpretación de las normas). Obsérvese que en uno y otro lugar el término igualdad desaparece. No se puede negar que esto mantiene cierta coherencia con que, tanto antes como ahora, la LO 4/2000 partía de que el disfrute de algunos derechos y algunas libertades del título I de la Constitución se limitaba precisamente cuando se trataba de extranjeros: nuevamente, y siempre sólo como ejemplo, ciertas detenciones, el internamiento, la expulsión, previstas en la LE no son medidas para aplicar a los españoles. Pero en definitiva, el marco general de derechos y libertades de los extranjeros en España ya estaba suficientemente diseñado con preceptos de la Constitución como los artículos 9.2⁷, 10⁸ y 13.1⁹, cuya interpretación rebaja el umbral de equivocidad sólo con el Capítulo I del título I de la LO 4/2000, ¡sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social!

En cambio, se soslaya que la operatividad de esta LE, sin duda orientada a combatir la inmigración irregular, depende en buena medida del uso del instrumento de la detención, que no deja de ser una grave medida de limitación de la libertad.

b) Y en segundo lugar, porque la confusión terminológica con que se redacta acaba complicando la propia comprensión de sus disposiciones, y sin duda complicará su aplicación. A veces no queda claro, por ejemplo, si el retorno y la devolución son figuras distintas, integradas, solapadas o son formas distintas de llamar a la misma medida¹⁰.

A. LA DETENCIÓN POLICIAL PARA LA IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS (ARTÍCULO 20 LSC)

1. El artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana, permite la actuación limitativa de la libertad de las personas en orden a su identificación por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

⁷ *Artículo 9.* (...) 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

⁸ *Artículo 10.* 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁹ *Artículo 13.* 1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

¹⁰ Cfr. *infra* II. C., D., E.

Dicha actuación, para que sea de las que la Ley permite conforme al artículo 167 CP¹¹, habrá de venir motivada por el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad, para impedir la comisión de un delito o falta, o con el objeto de sancionar una infracción (núms. 1 y 2 del artículo 20 de la LSC)¹².

2. Tomando como referencia las personas a las que es de aplicación la nueva Ley de Extranjería (artículo 1), hay que contar, en primer lugar, que su artículo 4.1 establece (también como derecho) la obligación de los extranjeros de conservar la documentación que acredite su identidad (...) así como la que acredite su situación en España¹³. Evidentemente, sólo tras la averiguación de tales extremos será posible, por ejemplo, constatar que se encuentran irregularmente en territorio español, siendo éste un hecho que está tipificado en la misma Ley como infracción grave [artículo 53, a)], susceptible de ser sancionada con la expulsión.

Es lo cierto que algunas actuaciones de identificación pueden ser constitutivas de una detención¹⁴. De ellas suele depender la posibilidad de activar adecuadamente otras medidas directamente encaminadas a combatir la inmigración ilegal. Se comprenderá así que los límites generales de toda detención se convierten en cuestión capital para la identificación de personas a las que puedan aplicarse las disposiciones de la LE. Resumidamente puede decirse que tales límites vienen dados por los principios de motivación y proporcionalidad de la detención. Las notables circunstancias por las que España se ha convertido en destino de un importante número de extranjeros que pretenden entrar o permanecer irregularmente en el país, ya es motivo suficiente para que a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad les esté permitido proceder a la identificación de quien fundadamente se sospeche que contraviene la LE. Una vez que se haya determinado la condición de extranjero, identificado o no, encontrándose en territorio español regular o irregularmente, a esta clase de detención puede seguirle otra serie de medidas que, entonces sí, son específicamente autorizadas por la LE.

Por eso, y por exigencias del principio de proporcionalidad de las condiciones de la detención y las garantías que deben observarse, resulta de difícil compren-

¹¹ Cfr. *infra* III.

¹² V. JUANES PECES, *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, Manuales de Formación Continuada 5, CGPJ, 1999, pp. 29-30.

¹³ No obstante para asegurar la eficacia de resolución de expulsión que pudiera recaer del correspondiente expediente está prevista en la LE la medida cautelar de retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega de resguardo acreditativo de tal medida [artículo 56.1 c)].

¹⁴ Sobre el alcance del concepto de detención basado en la privación de libertad deambulatoria, siquiera momentánea, v. las SsTC 98/1986, de 10 de junio, 341/93, de 18 de noviembre, y 22/1988, de 18 de febrero, donde también se establece el criterio diferenciador de las garantías aplicables en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad que se trate. Específicamente en relación con la distinción entre la detención de la LECr (y a la que más concretamente se referiría el artículo 17 de la CE) ordenada a la averiguación y persecución de delitos, y la detención preventiva, v. STS de 20 de diciembre de 1990.



sión, quizás por impreciso, el inciso contenido en la Memoria del Fiscal General del Estado correspondiente al año 1999, donde se dice que «para casos extremos, la Fiscalía ha dado orden al Comisario Jefe para que no sea puesto a disposición judicial ningún detenido que no sea susceptible de ser identificado debidamente dentro del plazo legal». A falta de otras aclaraciones, como podría ser que la actuación pertinente fuese la del retorno o la devolución del extranjero dentro de ese plazo legal, o la de cesar en la detención dejándolo en libertad, tal instrucción podría ser propiciatoria de detenciones ilegales, pues en las condiciones que parece que se apuntan la prolongación de la privación de libertad no estaría permitida por la Ley.

3. Con todo, conviene aclarar que a pesar de la referida obligación del artículo 4 de la LE, el solo hecho de no tener la documentación o no facilitar la identificación tratándose de un ciudadano extranjero no está previsto como infracción de sus artículos 52 a 54. Para estos hechos serían de aplicación las previsiones de la LSC, que en nada diferencian hasta ese punto el que sean cometidos por extranjero, se encuentre regularmente o no en territorio nacional, o por nacional. Si bien, cuando del proceso de identificación se deduzca que se trata de extranjero en situación irregular, o responsable de alguna de las demás infracciones previstas en la LE, le serán de aplicación las correspondientes disposiciones de la misma, pudiendo dar lugar a más graves limitaciones de su libertad.

4. Precisamente la identificación que ha de suponer la determinación del origen del inmigrante en situación irregular se ha convertido en uno de los más importantes problemas para la aplicación de las otras medidas. A ello contribuyen factores como la desaparición voluntaria de documentos de identificación del inmigrante, con el objetivo de dificultar la devolución al no proporcionar la información sobre su origen nacional; la utilización de nombres ficticios, a veces diferentes, por la misma persona, que una vez devuelta a su origen intenta nuevamente entrar en España. Estos problemas alcanzan incluso a casos en los que media propuesta de expulsión desde Centros penitenciarios, o tratándose de extranjeros puestos a disposición judicial, las medidas oportunas no pueden llevarse a cabo por no poder ser correctamente practicada la identificación. No se olvide que para la aplicación de las medidas y sanciones previstas en la LE previamente tendrá que haberse acreditado la condición de extranjero, y en su caso el punto de procedencia antes de la entrada (o el intento de entrada) en España, y su nacionalidad.

Para aminorar estos problemas se han articulado mecanismos por la Dirección General de la Policía, como el Sistema Automatizado de Identificación Decadactilar, que permite desde una primera identificación reconocer en todo momento a la misma persona¹⁵, que, sin embargo, no pueden llegar a ser su completa solución.

¹⁵ Sobre todos estos extremos v. la Memoria del año 1999 del Fiscal General del Estado, 2000, pp. 353-5.

B. DETENCIÓN CAUTELAR PARA ASEGURAR LA POSIBLE EXPULSIÓN [ARTÍCULO 61.1 c)]

1. El artículo 61.1 c) de la LE permite, entre otras posibles medidas cautelares, la detención del extranjero encartado en expediente sancionador en el que se formule propuesta de expulsión, acordada por la autoridad gubernativa que haya de resolverlo, a instancia del instructor y a fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. Por tratarse (con el internamiento preventivo) de la medida cautelar más gravosa de cuantas tienen esa misma finalidad (presentación periódica ante las autoridades competentes, o residencia obligatoria en determinado lugar), parece lógico que deba exigirse la correspondiente motivación a pesar de que nada se diga expresamente¹⁶.

2. Esta detención tampoco podrá exceder de las setenta y dos horas, de modo que la previsión de que no pueda resolverse en dicho plazo la expulsión, requerirá la solicitud de internamiento, previsto para la misma finalidad¹⁷. Puede entonces tener su continuación con el internamiento, pero antes de ello (también) se priva a la persona de su libertad deambulatoria.

C. LA DENEGACIÓN DE ENTRADA EN ESPAÑA (ARTÍCULO 26 LE)

1. Otra de las actuaciones limitativas de la libertad de los extranjeros permitidas por la LE es la de la denegación de su entrada en España. Esta figura que parece estar llamada a ser una de las medidas más recurridas para la lucha contra la inmigración ilegal, por ser de las más expeditivas y necesitada de menos trámites, sin embargo, ha sido recogida en la LE de tal manera que habrá de dar muchos problemas para su aplicación.

2. a) Por de pronto, con defectuosa técnica legislativa, su mención se hace al referirse a otra figura, la de prohibición de entrada en España que en realidad no es más que uno de los motivos de la denegación: a las personas sobre las que pese dicha prohibición, les será denegada (artículo 26.1), pero también a quienes sin ser sujetos de tal prohibición no cumplan los requisitos para la entrada (artículo 26.2)¹⁸.

¹⁶ V. en tal sentido la Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de la extranjería del Grupo de Estudios de Política Criminal, en *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería* (documento 4), 1998, pp. 41-2, si bien planteada sobre el artículo 26 de la Ley de Extranjería de 1985.

¹⁷ Cfr. *infra* G.

¹⁸ V. artículo 25 LE. Requisitos para la entrada en territorio español. 1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas.



En cambio, tiene cierta lógica que la denegación de entrada quede al margen del catálogo de sanciones que la Ley establece, como los supuestos de hecho a los que cabe aplicar tal denegación también quedan fuera de la relación de infracciones: en realidad podría entenderse que el sujeto a quien se imputan se encuentra fuera del alcance de la potestad sancionadora del Estado ¡en el que se le ha denegado la entrada! Siendo, sin embargo, discutible desde el momento que se intenta buscar su naturaleza jurídica a la medida, no lo es que según a la conclusión que se llegue ésta podría participar de la observación de que en la elaboración de esta Ley se ha puesto poco cuidado para ordenar la estructura del sistema sancionador; baste el ejemplo del transportista que por la correspondiente infracción puede ser sancionado con la suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas, avales o la inmovilización del medio de transporte utilizado, según se recoge en el núm. 2 del artículo 61, en principio dedicado a las medidas cautelares que pueden aplicarse al inmigrante ilegal.

b) Luego, para la aplicación de esta denegación hay que contar con el presupuesto de que no se ha producido la entrada en territorio español, esto es, que el extranjero no ha pasado a la situación de estancia (o permanencia), de la que ahora sólo nos interesa la que se produce de forma irregular, por corta que sea su duración. Así pues, la denegación de entrada se correspondería con la figura más gráfica del denominado «rechazo en frontera», que con una interpretación gramatical estricta nos lleva a la conclusión de que sólo será de aplicación a aquellos casos en los que el extranjero «intente» [o «pretenda», como dicen los artículos 25.1 y 58.2 b)] entrar en España¹⁹. Consumada la entrada sólo queda denegar la continuación de la estancia irregular, y expulsarlo, devolverlo o retornarlo²⁰.

Pero precisamente la relación con estas otras medidas es la que mayores dificultades puede plantear: ¿cuándo deja de ser aplicable la denegación de entrada por haberse producido ya ésta?, y, desde ese momento ¿hay que empezar a hablar de

Asimismo, deberán presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. 2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español. 3. Lo dispuesto en los párrafos no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica. 4. Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.

¹⁹ Con arreglo a la LE de 1985, distingúan entre rechazo en frontera y devolución RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y GARCÍA ESPAÑA, *La devolución del extranjero*, en *La Ley*, 1996-5, p. 2.

²⁰ Sobre esta confusión de medidas v. GISBERT CASASEMPERE, *La entrada ilegal de inmigrantes, ¿retorno o expulsión?*, en *Tapia*, septiembre-octubre 2000, pp. 63-4.

una situación de estancia (o permanencia)?, ¿pueden fijarse unos concretos valores para los parámetros espacio y tiempo que determinen que una persona aún no ha entrado en territorio español pudiendo serle denegada la entrada? Para llevar estas cuestiones a sus justos límites, entiendo que no puede ponerse en duda que rebasando el puesto fronterizo aéreo, marítimo o terrestre ya se ha producido la entrada y no cabe su denegación. Del mismo modo cabría pensar que habiendo accedido al espacio terrestre español, aun por puesto no habilitado, no cabe ya la medida de denegación de entrada. Contra toda lógica se quiere concluir que no se ha producido la entrada cuando se le detiene antes del ingreso al espacio terrestre (y no el aéreo o marítimo) español si lo pretende por vía marítima o aérea, o no ha traspasado la zona de control de pasaportes si se trata de puestos habilitados²¹. Por ejemplo: a quien a bordo de una embarcación es encontrado en el mar intentando alcanzar las costas españolas, o a quien procedente de un vuelo internacional llega al puesto fronterizo de un aeropuerto, cabe aplicar la medida de denegación de entrada²²; no en cambio a quien ya alcanzó momentos o días antes la costa.

Es evidente que ha sido la propia Ley la que ha querido que esta cuestión sea decisiva: al establecer una amplia gama de medidas, con el propósito de poder articular procedimientos impositivos de permanencia en España de inmigrantes que no sigan los conductos legales establecidos, se ha visto atrapada en una compleja maraña cuya comprensión requiere el establecimiento de diferencias entre las diversas medidas, a veces poco claras, a veces insustanciales, pero que traen consigo consecuencias cuya distinción puede no ser tan insignificante²³.

c) A estas cuestiones se anuda el problema de qué hacer con quien encontrándose en el puesto fronterizo le es denegada la entrada. Si a esta situación se llega por causa del incumplimiento de las obligaciones que la propia LE impone al transportista (artículo 66), el legislador parece querer desentenderse dejando la suerte de la persona extranjera en manos de quien indebidamente le transportó²⁴. Esta dejación entiendo que podría ser por lo menos problemática si supone la completa ausencia de tutela y garantías que sólo un Estado puede ofrecer para el adecuado cumplimiento de la obligación impuesta a un particular (el transportista).

²¹ V. al respecto, acertadamente RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y GARCÍA ESPAÑA, *ob. cit.* en nota 19, p. 3; en sentido similar Grupo de Estudios de Política Criminal, *ob. cit.* en nota 16, pp. 44-5, proponiendo incluso que expresamente se considere acceso al territorio español la estancia en zona internacional de puertos y aeropuertos.

²² Argumento que conduce a la absurda conclusión de que entre países fronterizos aún no habría salido del país de origen.

²³ Cfr. así las diferencias resultantes de considerar que el inmigrante ha de ser expulsado o simplemente se le ha de denegar la entrada.

²⁴ En la letra c) de su artículo 66, la LE le impone la obligación de transportarlo bien al Estado a partir del que le haya transportado, bien hasta el Estado que haya expedido el documento de viaje con el que haya viajado, o bien a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.



Considero necesaria la deducción de que la falta de culpa por parte del transportista (por ejemplo, porque el extranjero viajara como polizón, o con documentación falsificada, o suplantando la personalidad de otro), podrá eximirle de las obligaciones de hacerse cargo y de transportar al extranjero de las letras b) y c) de ese artículo. Siéndole denegada la entrada y quedando al cargo de la autoridad española procedería su detención con el objetivo de aplicar alguna de las otras medidas previstas en la LE.

d) Y, por fin, no acaba de quedar claro si la denegación de entrada es en sí ya una medida, o es la causa de las medidas de devolución (artículo 58.2) o de retorno (artículo 60.1), cuya distinción de contenidos y ámbito de aplicación tampoco queda clara.

Podrá ocurrir que tras la medida ninguna otra actuación limitativa quede por realizar a la autoridad española: si la denegación de entrada se produce en la misma frontera con otro Estado, el extranjero habrá de permanecer allí; si deriva del incumplimiento de las obligaciones que al transportista se imponen en el artículo 66, se espera que éste se haga cargo.

Pero en el resto de los casos (la mayoría) y quedando al cargo de las autoridades españolas, a éstas compete la adopción de otras medidas más allá de la simple denegación de entrada, que seguramente habrán de suponer la autorización de entrada en el país: el retorno, la devolución o la expulsión, presuponen la entrada en España; y la misma lógica cabe aplicar respecto a su posible internamiento en los Centros correspondientes, pues sería paradójico mantener la ficción de que no se la ha permitido la entrada y sin embargo está internado. En efecto, el artículo 60.1 parece enlazar con la denegación de entrada (y con la autorización de entrada para aplicar la medida de retorno): «los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados en el plazo más breve posible», pudiendo ser internados si esta medida fuera a retrasarse más de setenta y dos horas.

3. En resumen: en sí, la denegación de entrada en España a extranjeros que la LE permite, requiere que sobre ellos pese la correspondiente prohibición o no cumpla los requisitos establecidos, y que, por supuesto, (al menos formalmente) no hayan entrado ya en España.

D. EL RETORNO (ARTÍCULO 60)

1. Como acabamos de ver, con los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país, la LE permite adoptar la medida de retorno, consistente en su traslado al punto de origen en el plazo más breve posible. Como también ocurre en las otras actuaciones específicas limitativas de la libertad del extranjero que pretende entrar o ha entrado de forma irregular en España, es presupuesto del retorno su detención. En este caso expresamente se menciona en el núm. 4 del artículo 60 al exigir que sea comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado del país del inmigrante.



En realidad, el retorno se convierte así en el habitual siguiente trámite de la denegación de entrada²⁵; ahora bien, siempre y cuando pueda determinarse cuál es su punto de origen (extranjero), y a su vez no aparezcan otros problemas para hacerlo llegar hasta allí. Problemas éstos que pueden consistir en su identificación, en la acreditación de su nacionalidad —que puede ser o no la del país en el que esté el punto de origen al que habría de ser retornado—, y finalmente que dicho país no ponga reparos para admitir el retorno.

2. La correcta práctica de esta medida es en principio responsabilidad de la autoridad gubernativa; pero pudiendo derivar en una medida de internamiento cuando el retorno vaya a retrasarse más de setenta y dos horas, está prevista en ese caso la intervención del Juez de Instrucción para que autorice y determine su internamiento²⁶, y quedando a disposición. Y su significado sigue siendo, formal y absurdamente, que en ningún caso, ni siquiera con el internamiento, el extranjero está en situación de estancia en España; de no ser así deja de ser procedente la medida de retorno, siendo posible la expulsión por encontrarse ilegalmente en el país, precisamente como consecuencia de la intervención de las autoridades españolas, lo cual es aún más absurdo.

La taxatividad de este protocolo de actuación, expresamente establecido en el núm. 1 del artículo 60, parece indicar que la sola previsión de que el retorno puede retrasarse más de setenta y dos horas ya es suficiente para que la autoridad gubernativa se vea obligada a poner al extranjero a disposición de la autoridad judicial, y ésta, a su vez, a acordar la medida de internamiento²⁷. Si esto fuera así, y parece que la Ley así quiere que sea²⁸, y por otra parte se admite que con la nueva Ley el legislador ha procurado facilitar la ejecución de las medidas que como ésta puedan resultar más expeditivas contra la inmigración ilegal, habría que pensar que también con su reforma se han cometido graves (según se mire) descuidos.

Concretamente, la STC de 26 de junio de 2000, refiriéndose, sin duda, a un caso que ya hoy habría que identificar de retorno (a pesar de que mezcla las menciones de devolución, rechazo y expulsión), admitió que a la medida de detención de un extranjero en la zona de rechazados por carecer de los requisitos legales para entrar en España «no le resulta necesariamente de aplicación el límite temporal

²⁵ Sobre el problema de la identificación de figuras a partir de esos términos, v. HUERTAS GONZÁLEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, 2000, p. 291, ya antes de la reforma.

²⁶ Las condiciones de este internamiento se establecen en el núm. 2 del artículo 60: el lugar (y, por tanto, el propio internamiento) no tendrá carácter penitenciario, y estará dotado de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, si bien el extranjero quedará privado de su derecho (de)ambulatorio.

²⁷ V. en sentido similar ya en relación con la LE de 1985, PÉREZ ALONSO, E.J.: *ob. cit.* en nota 3, p. 93, siguiendo a MOYA ESCUDERO. Sin embargo, que el Juez puede (tiene que) *decidir* en un sentido u otro es doctrina consolidada del TC, esto es: no puede quedar en manos de la autoridad gubernativa la decisión del internamiento; v. *infra* G.

²⁸ No obstante, no es ésa la línea apuntada en la STC 115/1987, de 7 de julio.





de setenta y dos horas al que se refiere el artículo 17.2 CE», si bien ello no puede «entenderse como una habilitación al legislador para prever privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada». En el supuesto que conoce esta Sentencia, un extranjero al que se le deniega la entrada en el país a su llegada al aeropuerto por carecer de los requisitos legales, se le detiene hasta que se hace efectivo su «retorno» al punto de origen. Esta detención se practica en la zona de tránsito del aeropuerto con el «objeto de garantizar la ejecución del acto administrativo» consistente en «el rechazo en frontera del extranjero», y se prolonga «el tiempo que requiera adoptar las medidas necesarias que permitan ejecutar este acto administrativo, lo que determina que no pueda tener una duración mayor que la estrictamente necesaria para proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia, ni tampoco tener una duración que en sí misma puede considerarse que es muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto». Así fue que la detención se continuó desde el día 9 de diciembre de 1999, cuando se desestimó la petición de reexamen de la solicitud de asilo, hasta el día 15 del mismo mes, después de que el día 10 de diciembre de 1999, dicha persona se negara a embarcar en un vuelo con destino a su lugar de procedencia, y tampoco lo hiciera en el mismo vuelo del día 13 al solicitar que se iniciara un procedimiento de *habeas corpus*, que por el Juzgado de Instrucción le fue denegado en el mismo día, pudiendo ser devuelta a su punto de origen dos días más tarde.

En cambio, con la Ley reformada, para un caso idéntico resulta obligada la intervención judicial, lo cual no deja de ser conveniente, a pesar de que con la Sentencia reseñada el Tribunal Constitucional admitía que no era necesaria; por los mismos motivos cabría pensar lo propio del internamiento, por ejemplo porque no sea posible determinar el punto de origen, o aparece alguna otra de las referidas dificultades para el retorno. En todo momento ha sido considerado inadmisibles el internamiento indefinido, hasta el punto que con frecuencia la autoridad judicial ni siquiera venía acordando el internamiento, produciéndose entonces la situación de permanencia irregular en tanto no se retorna, devuelve o expulsa al extranjero, o (por qué no) voluntariamente sale del país.

E. LA DEVOLUCIÓN (ARTÍCULO 58)

1. La LE también permite la devolución de persona extranjera. Pero no explica en qué consiste exactamente esta medida: su exacto significado, lugar concreto al que ha de devolverse al extranjero, y efectos de la misma. Esto dificulta su distinción de otras figuras similares, que hay que buscarla en relación con los casos para los que está prevista su aplicación, y acaso en diferencias procedimentales y de competencia²⁹.

²⁹ Por ejemplo HUERTAS GONZÁLEZ, *ob. cit.* en nota 25, p. 274, llega a decir que con la nueva Ley a la devolución ahora se le llama retorno.

2. a) En relación con el retorno, se observa que de la devolución no se dice que suponga regresar al extranjero al concreto punto de origen (último lugar desde el que intenta entrar ilegalmente en España), y si bien ése sería un sentido lógico de la medida, también lo es el de devolverlo al país del que sea nacional, o al último en el que estuvo en situación regular; no obstante el artículo 28.3 a) se limita a indicar que supone la salida obligatoria del país. Como el retorno, la devolución tampoco está tipificada como sanción, se acuerda por la autoridad gubernativa competente para la expulsión, y resulta también de aplicación a quienes pretendan entrar ilegalmente en el país (artículo 58.2), si bien parece que el retorno está pensado para ser aplicado a quienes, sin reunir los requisitos de entrada, pretenden hacerlo por puestos habilitados para ello³⁰, y la devolución en todo caso (se pretenda la entrada ilegalmente por puesto habilitado o no).

En cambio la aplicación de la devolución se prevé también para quienes hayan rebasado la frontera pero habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España [artículo 58.3 a)]³¹. Así, es lógico que se hable de salida (obligatoria) cuando se acuerda la devolución [artículo 28.3 b)]. Recuérdese que el retorno supone, al menos al principio, la denegación de entrada en el país³².

Se diferencia también del retorno porque expresamente se excluye la posible inmediatez de su aplicación en dos casos: cuando el extranjero susceptible de devolución solicita asilo, en tanto no se resuelva inadmitiendo a trámite la petición, y cuando se trate de mujeres embarazadas si la medida puede suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre (artículo 58.3). No obstante, esto no quiere decir que tales cautelas no deban también observarse, aun no estando expresamente previstas, en los casos de retorno.

Como, a diferencia del retorno, está prevista la medida de devolución para quienes habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España (esto es: hayan entrado), el artículo 58.5 atribuye a esos casos el efecto reflejo de reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada. En ese mismo lugar, se prevé la intervención judicial para que el extranjero sea internado cuando su devolución no pueda ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas. Pero no quedan claros dos aspectos muy importantes de la misma: primero, si tal posibilidad sólo está prevista únicamente para las devoluciones por causa de contravención de la prohibición de entrada, ya que el precepto se refiere a «este supuesto»; y segundo, si para la devolución la

³⁰ Obsérvese que el artículo 60.1 ubica la denegación de entrada para el retorno «en frontera».

³¹ Pero sólo en esos casos; en los demás ya habría permanencia y procedería, en su caso, la expulsión. Porque el otro motivo de devolución es *aún no haber entrado en el país* (formalmente) y pretenderlo hacerlo ilegalmente [artículo 58.2 b)]. Cfr. respecto al significado que dan a la figura de la devolución conforme a la LE de 1985 RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y GARCÍA ESPAÑA, *ob. cit.* en nota 19, pp. 1-3.

³² Cfr. *supra* C.



solicitud de internamiento debe *necesariamente* ser atendida por el juez, como sí lo es para el retorno, según se infiere de la diferente redacción del último inciso del artículo 58.5 y del artículo 60.1.

De esta equívocidad podría resultar un uso interesado de las opciones que la LE ofrece: cuando la autoridad gubernativa quiera asegurar el internamiento del extranjero preferirá instar el retorno a la devolución, siendo esto facilitado por la discutible decisión de si cabe la denegación de entrada por haber entrado o no en el país³³.

b) En relación con la expulsión, existe coincidencia en que ambas obligan al extranjero a la salida del país [artículo 28.3 a)].

Sin embargo, la relación entre una y otra queda oscurecida con expresiones como la del artículo 58.2 de que «no será preciso el expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros» en determinados casos; hace parecer a la devolución como la medida que hace efectiva la expulsión, cuando eso no es así. Y más aún cuando el CP en su artículo 89.3 dice que será *expulsado* el extranjero que intenta quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuera sorprendido en la frontera, cuando conforme a la LE se trata de un supuesto para el que está prevista la *devolución*.

La expulsión, en cambio, sí está claramente prevista como sanción, derivada de concretas infracciones³⁴, si bien en el caso de extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español puede solaparse con la devolución al ser ambas aplicables, resultando que la devolución puede ser más expeditiva al no requerir las mayores complejidades propias del expediente (sancionador) de la expulsión³⁵.

F. LA EXPULSIÓN (ARTÍCULO 57)

1. La LE permite también la expulsión de (algunas)³⁶ personas extranjeras. A falta de una definición exacta de la misma, la concreción de su significado resulta de la interpretación conjunta de diferentes preceptos de la Ley. Así, el artículo 64 permite identificarla con un abandono obligado del territorio español³⁷; el artículo 57.4, añade que comporta la extinción de cualquier autorización para permanecer en España; el artículo 58.1 la recoge como medida que lleva aparejada la prohibi-

³³ Cfr. *supra* C.

³⁴ V. *infra* F.

³⁵ Con arreglo a la LE de 1985 y su desarrollo reglamentario, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y GARCÍA ESPAÑA, *ob. cit.* en nota 19, pp. 3-5, entienden que la devolución también tiene naturaleza de sanción; precisando que sólo en el caso de tratarse de la devolución derivada de la infracción de la prohibición de entrada, alternativamente podría considerarse como coacción administrativa directa; v. también las referencias sobre tal discusión allí contenidas.

³⁶ V. las limitaciones de los núms. 5 y 6 del artículo 57.

³⁷ V. también el artículo 28.3, que habla de salida obligatoria.

ción de entrada en España por un período de entre tres y diez años; y se le atribuye la naturaleza de sanción, si bien no está recogida como tal en el catálogo general de sanciones del artículo 55.

Como sanción de la LE, puede ser alternativa a otras imponibles con arreglo a la misma Ley (artículo 57.1)³⁸, sustitutiva de penas (artículo 57.7, en relación con el artículo 89 del CP), o cumulativa a las penas impuestas por algunos delitos (artículo 57.8). En el CP está prevista como medida de seguridad, no privativa de libertad, para extranjeros no residentes legalmente en España (artículo 96.5^a)³⁹, y que podrá a su vez ser sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables, llevando aparejada la prohibición de entrada en el país por un período de hasta diez años (artículo 108).

En la LE, en su artículo 57.2, también se recoge 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 una año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados⁴⁰. Previsión ésta que podría entrar en conflicto con las disposiciones penales que no contemplan semejante medida cumulativa a la condena.

2. A mi juicio dos son los factores propiciatorios que, concatenados, harán de la expulsión la medida que, en un futuro inmediato, más frecuentemente las autoridades competentes se verán obligadas a aplicar en su lucha contra la inmigración ilegal⁴¹.

³⁸ No obstante, considero que no puede hablarse de una alternatividad pura: como principio, con reconocimiento constitucional, habría que estimar que la expulsión tendría que aplicarse preferentemente en todos aquellos casos de situación no regularizable, quedando la alternativa de la sanción de multa para aquellos casos susceptibles de regularización.

³⁹ Lo cual suscita nuevamente dudas de si la expulsión regulada en la LE puede ser tratada como la figura igualmente denominada en el CP: por de pronto piénsese que la expulsión de la LE es de aplicación también a extranjeros residentes legalmente en España. Sobre el doble carácter de medida administrativa salvaguardadora de los intereses públicos del Estado y de consecuencia jurídica (que no de pena) por la realización de un ilícito penal, v. PÉREZ ALONSO, E.J.: *ob. cit.* en nota 3, pp. 74-83.

⁴⁰ Entiendo que, a pesar de no decirse en este artículo, habría que interpretar que la salvedad también alcanza a los antecedentes penales que hubieran podido ser cancelados, para mantener la concordancia con la regulación básica de la cancelación de los antecedentes penales del artículo 136 del CP.

⁴¹ Lo cual aparentemente supondría un notable cambio de tendencia. Así es que, en Santa Cruz de Tenerife, mientras el número de devoluciones se ha incrementado en tendencia constante desde 17 en el año 1995 hasta 62 en 1999, las resoluciones de expulsión (no necesariamente ejecutadas) disminuyeron entre 1995 y 1996, de 593 a 305, para cambiar la tendencia e incrementar hasta 473 en el año 1999 (fuente: Memoria del año 1999 de la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife). En efecto, la estadística provisional del año 2000 contempla 29 devoluciones o retornos, por 251 acuerdos de expulsión. No obstante, en la interpretación de estos datos y la proyección de los mismos a los siguientes ejercicios habrá de tenerse en cuenta que ambas figuras, devolución y expulsión, han sufrido sustanciales cambios en su regulación con la LO 4/2000 y su reforma por LO 8/2000.



a) En primer lugar los tozudos datos de aumento del número de inmigrantes ilegales. Si bien es cierto que los mayores esfuerzos en controles fronterizos vienen teniendo como resultado la interceptación de un mayor número de personas en momento y lugar que permiten cualquiera de las otras medidas (retorno y devolución), no lo es menos que ello es también indicativo de que son muchas más las personas que intentan y bastantes consiguen entrar ilegalmente en el país, alcanzando la situación de estancia irregular.

b) Y en segundo lugar, que precisamente es la expulsión la medida a aplicar, como alternativa a la de multa, a la infracción (grave) de encontrarse irregularmente en territorio español de la letra a) del artículo 53, que habrá de ser la situación más frecuente.

3. Por eso resulta especialmente preocupante el poco cuidado empleado en su regulación. A la referida falta de concreción de su concepto hay que añadir, en ese mismo sentido, las siguientes observaciones:

a) Al estar prevista como sanción (alternativa a la de multa) a la vez para infracciones graves⁴² y muy graves⁴³ (artículo 57.1), ya pone en tela de juicio el respeto al principio de proporcionalidad entre infracción y sanción⁴⁴. Anotación que es trasladable a los períodos de prescripción del artículo 56.2, distintos según que la (misma) sanción de expulsión derive de una infracción grave o muy grave.

b) Tampoco se respeta la adecuada proporcionalidad al sancionar de la misma manera infracciones que aun tipificadas por la LE en el mismo grupo, su gravedad real no es equiparable: puede ser adecuada como sanción de todas las infracciones muy graves, pero desmesurada para muchos de los casos que podrían subsumirse

⁴² Del artículo 53, las siguientes: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, las autorizaciones de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente. b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio. d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley. f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LO 1/1992.

⁴³ Todas las del artículo 54 (núms. 1 y 2).

⁴⁴ Más allá de esto el Grupo de Estudios de Política Criminal, *ob. cit.* en nota 16, pp. 42-3; se pronunció a favor de no rebasar más que muy excepcionalmente la limitación de la sanción de expulsión para hechos delictivos.

dentro de las infracciones graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53; por ejemplo, al no diferenciar entre quienes encontrándose irregularmente en España nunca han solicitado permiso de estancia de quienes lo tienen caducado o tienen una situación de arraigo⁴⁵.

c) De entre las infracciones que pueden ser sancionadas con la expulsión, se ha asumido que la de la letra a) del artículo 53 comprende todos los casos en los que el extranjero se encuentra irregularmente en territorio español⁴⁶, pero su defectuosa redacción puede dar a entender que sólo sería infracción grave cuando se deba a los motivos que a continuación menciona.

En relación con esto, también contribuye al desconcierto el intento de comprender, a través de la comparación con la Ley precedente, de 1985, el exacto sentido de algunas disposiciones de la nueva LE, más aún cuando cabe esperar alguna importante novedad ante anuncios como el del apartado VI de la Exposición de Motivos de la LO 8/2000, que se atribuye haber «introducido como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español», asociando a ello una serie de ventajas que ahora no voy a discutir pero que merecen ser puestas en tela de juicio. Pues bien, en realidad lo que con ello se está haciendo es asumir (implícitamente) como error que la LO 4/2000 dejara de sancionar dicha infracción [pues no puede ser otra que la de la letra a) del artículo 53] con la expulsión, como ya se hacía con el artículo 26.1 a) de la Ley de 1985, y que ha amparado muchas de las expulsiones practicadas antes de la entrada en vigor de la nueva Ley.

d) Aunque en menor medida que para el retorno o la devolución, la practicabilidad de la expulsión puede depender de las básicas informaciones de la identificación del extranjero. Teóricamente para ejecutar la expulsión basta con hacerle abandonar el país, lo cual puede ser menos exigente que retornarlo o devolverlo al origen, por ser mayores las posibilidades. Pero salir del país significa entrar en otro, del que el expulsado puede no ser nacional, o aun siéndolo que ello resulte conocido o no, y pueden además darse los mismos problemas que antes referimos para que el país acepte su entrada⁴⁷.

e) Y por último queda la cuestión de base: si la expulsión está prevista como posible sanción alternativa a la de multa y en ningún caso podrán imponerse con-

⁴⁵ V., de esa opinión, MASSÓ GARROTE, M.F.: *ob. cit.* en nota 6, pp. 8-9.

⁴⁶ V. así el apartado VI de la Exposición de Motivos de la LO 8/2000.

⁴⁷ Así lo denuncia la Memoria de 1999 del Fiscal General del Estado, pp. 359-60, refiriendo que concretamente con personas argelinas es frecuente que su país se niegue a admitirlos como súbditos, dando lugar a que muchas órdenes de expulsión no lleguen a materializarse. Se citan allí como causas detectadas del mismo problema con la expulsión de extranjeros, la falta de documentación, la negativa de las autoridades consulares a documentarles, desconocimiento de la identidad o nacionalidad, estar en paradero desconocido, y no querer ir a un país distinto del suyo cuando no se les acepta.





juntamente ambas sanciones, ¿qué ocurre con el extranjero que irregularmente se encuentra en España y se le sanciona con multa?, o, en el mismo sentido, ¿cómo debe interpretarse la prescripción respecto a la infracción de estancia irregular? Es fácil adivinar que la solución querida por el legislador es que tras esos momentos sigue encontrándose en situación irregular, porque de otro modo los objetivos de la LE se verían comprometidos, y que ambos hechos, la ejecución de la sanción de multa y la prescripción de la infracción, se convertirían en causas de regularización de la estancia⁴⁸, o al menos de situaciones de alegalidad o fuera de ordenación, que no de ilegalidad. Pero que esos deseos del legislador puedan realizarse ajustándose a los principios generales del Derecho administrativo sancionador, y se legitime la expulsión sucesiva (ya no conjunta) por entender que también después la estancia sigue siendo irregular, es algo sobre lo que la Jurisprudencia tiene bastante que decir.

Por de pronto ya es problemático el cómputo de los plazos de prescripción para las infracciones llamadas permanentes. Mientras el CP prevé en su artículo 132 para la análoga clase de delitos la regla especial por la que el cómputo se iniciará desde que se eliminó la situación ilícita, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece como regla general que el plazo de prescripción de las infracciones empezará a contar desde el día que se hubiera cometido. Teniendo en cuenta que la estricta aplicación de dicho criterio sería inaceptable al hacer que el mantenimiento de la situación ilegal, para nuestro caso la permanencia irregular, corriera la suerte de la infracción computada desde su inicio llevando a la prescripción situaciones incluso muy recientes, el Tribunal Supremo ha venido exceptuándolo en el sentido de iniciar el cómputo desde el día que la Administración tuvo conocimiento de la infracción, o en su defecto, desde que cesa la infracción⁴⁹.

G. EL INTERNAMIENTO (ARTÍCULOS 58, 60, 61, 62 Y 64)

1. También permite la Ley de Extranjería la medida cautelar de internamiento de personas extranjeras, como hemos visto, para hacer efectivas la de retorno (artículo 60), o la de devolución (artículo 58.5 último inciso), y además para la de expulsión [artículo 61.1. e) y 64.1]⁵⁰.

⁴⁸ Tímidamente apunta esta posibilidad en relación con la prescripción de la sanción de expulsión HUERTAS GONZÁLEZ, *ob. cit.* en nota 25, p. 272: «transcurrido el plazo de prescripción (...) la sanción estaría prescrita y no sería obstáculo para una eventual documentación del infractor». Por las mismas razones habría que pensar que cabría esa solución a los casos de prescripción de la infracción.

⁴⁹ V., con las correspondientes referencias HUERTAS GONZÁLEZ, *ob. cit.* en nota 25, pp. 270-1.

⁵⁰ Si bien aquí excepcionalmente se habla de internamiento *preventivo*, para el aseguramiento de la expulsión. Crítica que el internamiento sea la medida generalizada para la expulsión por infracciones graves y muy graves, MASSÓ GARROTE, M.F.: *ob. cit.* en nota 6, p. 10. Por lo mismo

Es precisamente cuando se regula como medida cautelar para asegurar la eficacia de la posible expulsión de la persona extranjera cuando más nos dice la LE del internamiento (artículo 62)⁵¹. Con lo cual pueden aparecer dudas sobre si estamos hablando de la misma clase de internamiento en todos los posibles casos en los que la LE autoriza su aplicación.

2. Sabíamos de lo dicho para el retorno y la devolución que cuando estas medidas no puedan hacerse efectivas en el plazo de setenta y dos horas el internamiento *podrá* seguir a la detención⁵². Que requiere autorización judicial⁵³, y que se practicará en Centros que no tendrán carácter penitenciario, dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios⁵⁴.

Sin embargo, sólo en relación con la expulsión se dice expresamente que la resolución judicial en relación con la solicitud de internamiento pendiente de (su aún incierta) expulsión deberá adoptarse en Auto (motivado, obviamente), previa audiencia del interesado. No obstante, también es cierto que para la devolución se dice que la medida de internamiento aplicable es la prevista para los expedientes de expulsión (artículo 58.5); en cambio, para el retorno nada de esto se menciona, por lo que cabe deducir que, dados los presupuestos del mismo, el Juez determinará el lugar de internamiento, sin necesidad de resolver en Auto, ni teniendo que oír previamente al interesado (artículo 60).

Otras diferencias sustanciales son: que la medida de internamiento para asegurar la eficacia de la resolución del expediente de expulsión podrá proponerla la autoridad gubernativa al Juez de Instrucción competente en cualquier momento de su tramitación; y que puede solicitarse para un extranjero que se encuentre o no en situación irregular, ya que la sanción de expulsión también puede aplicarse por motivos distintos al de estancia irregular⁵⁵.

podría añadirse que igual valoración merece que sea también de aplicación a los casos de denegación de entrada, retorno y devolución.

⁵¹ Podría pensarse que en este precepto se hace una regulación general de la medida de internamiento (bajo la rúbrica de *ingreso en Centros de internamiento*); pero esto se desmiente al observar que su redacción viene orientada por la vinculación al expediente de expulsión.

⁵² No obstante permanecen las dudas acerca de si la LE ha querido que el Juez no pueda negarse a acordar en el internamiento previo a la devolución, como ya se observó *supra* E.

⁵³ THOMAS ANDREU, «La intervención del Juez penal en el internamiento preventivo de extranjeros», en Cuadernos de Derecho Judicial 37 (Extranjeros), 1994, p. 90, recuerda que «la potestad de determinar una privación de libertad lleva implícita no sólo la facultad de denegar la medida, sino también la de establecer restricciones intermedias que se ajusten proporcionalmente a las circunstancias del caso».

⁵⁴ Si bien, esto se dice en la LE cuando se regula la medida de retorno (artículo 60), después de haber previsto la medida de internamiento previa a la devolución (artículo 58), y antes de hacer lo mismo en relación con la expulsión (artículo 61).

⁵⁵ Cfr. artículo 57, y especialmente en relación con el artículos 54 y 53 b), c), d) y f).



El internamiento preventivo del artículo 61 1 e) se diferencia de cualquier otro en que tiene una más concreta finalidad, precisamente por entender que de no ser acordado pueda no poder practicarse con éxito la expulsión. Puede incluso referirse a extranjeros cuya estancia no sea irregular pero que han sido expedientados para su expulsión por infracción sancionable con la misma⁵⁶. En cambio los demás internamientos no dejan de ser procesos intermedios anteriores a la medida que retorno o devolución, que si bien pueden tener como causa el aseguramiento de la medida no hay que descartar las de protección o acogimiento.

3. De lo establecido para el internamiento acordado durante la tramitación del expediente de expulsión, parece lógico deducir que es también aplicable al internamiento derivado de otras causas el límite de cuarenta días de duración; y del mismo modo que dejará de ser motivo de un nuevo internamiento el mismo o los mismos que lo propiciaron (artículo 62.2)⁵⁷.

Igualmente que lo previsto para menores extranjeros en el núm. 3 del mismo artículo, que quedarán a disposición de los servicios de protección de menores si no es posible internarlos con su familia, porque si bien se parte de que en los menores concurren los supuestos [*sic*] previstos para el internamiento detrás, o mejor, previo a ello, está la concurrencia de causas de retorno, devolución o expulsión.

Y nada se opone a interpretar que, como ocurre con la incoación y resolución del expediente de expulsión y las medidas acordadas en virtud del mismo, todo internamiento, aunque tenga otras causas (previo al retorno o a la devolución), también habrá de ser comunicado al Ministerio Fiscal y a la embajada o consulado del país del que sea nacional el extranjero (cuando esto llegue a ser conocido).

4. En relación con la precedente LE de 1985, esta medida empezó a sufrir ya entonces un cambio de etiqueta (aunque no sólo): en cierto modo es equivalente a aquella detención preventiva de su artículo 26.2, y aunque también hablaba de internamiento a todos los supuestos se les atribuía la naturaleza de la prisión provisional⁵⁸. Y ya entonces se criticó por habilitar una medida privativa de libertad que no se motiva (al menos no siempre) en la persecución de hechos delictivos, apuntando incluso su ilegalidad por conculcar preceptos constitucionales⁵⁹.

⁵⁶ En contra de cualquier privación de libertad previa a la expulsión por considerarla inconstitucional, con arreglo a la LE de 1985, MOYA ESCUDERO, *La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos constitucionales*, en *La Ley*, 1986-1. en nota, pp. 1.028-9. Sin embargo, v. entre otras la STC de 17 de enero de 1994.

⁵⁷ Lo cual quiere decir que podrá acordarse otro internamiento por causas distintas, si bien la autoridad judicial competente podrá acordar una duración máxima inferior a los cuarenta días.

⁵⁸ V. PÉREZ ALONSO, E.J.: *ob. cit.* en nota 3, p. 91.

⁵⁹ Así, significadamente, MOYA ESCUDERO, *ob. cit.*, en nota 56, p. 1.031; PÉREZ ALONSO, E.J.: *ob. cit.*, en nota 3, p. 88; PORTILLA CONTRERAS, G.: *El delito de práctica de ilegal detención por funcionario público*, 1990, pp. 277-80.



No obstante, consolidada la medida de internamiento de extranjeros en nuestro Ordenamiento Jurídico⁶⁰, no ha dejado de plantear importantes problemas: ¿qué hacer cuando se agota el plazo legal de cuarenta días sin que se haya producido la expulsión (o el retorno o la devolución)?; ¿qué valoración merece la medida privativa de libertad en inaceptables condiciones que suponen el incumplimiento de la LE, desde materiales y sanitarias, hasta forzando la convivencia entre verdaderos delincuentes y simples indocumentados? Y aun así, consta que se pide y acuerda la medida de internamiento cuando, en ocasiones, es innecesario por tener el extranjero domicilio conocido o vinculaciones familiares⁶¹. Resulta inevitable recordar que el mantenimiento ilegal de limitaciones de libertad de una persona puede dar lugar al delito de detenciones ilegales, al de coacciones, y que según en las condiciones en que ello ocurra se puede menoscabar gravemente su integridad moral, para lo que también está prevista su sanción como infracción penal, a menos que la integridad moral deje de ser uno de los derechos que la LE reconoce a los extranjeros.

III. LA HABILITACIÓN DE LAS ESPECÍFICAS LIMITACIONES DE LA LIBERTAD QUE PERMITE LA LEY DE EXTRANJERÍA

1. Ya vimos que el artículo 167 del CP tipifica como detención ilegal (agravada) la que practiquen la autoridad o funcionario público *fuera de los casos permitidos por la Ley*; y que el 172 castiga como coacción impedir a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o compelerle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, *sin estar legítimamente autorizado*.

Así pues, sólo si están permitidas o autorizadas tales conductas dejarían de ser constitutivas de infracción penal.

2. Una primera cuestión general a resolver para analizar el alcance de este principio es el de la naturaleza que tienen tales permisiones. A mi juicio lo correcto es reconocer en ellas la concreta referencia del posible amparo por una causa de justificación de las conductas limitativas de la libertad personal (deambulatoria por tratarse de una detención; de actuación en general, si consiste en compeler a hacer lo que otro no quiere) que de concurrir con todos sus elementos daría lugar a su licitud⁶².

⁶⁰ La base fue puesta por la STC 115/1987, de 7 de julio; no obstante, v. la crítica de PÉREZ ALONSO, E.J.: *ob. cit.* en nota 3, pp. 99-102.

⁶¹ V. Memoria de 1999 del Fiscal General del Estado, 2000, pp. 355-6.

⁶² V. CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, Parte Especial, 1999, p. 200; CEREZO MIR, J.: Parte General II, 1998, pp. 298-300; DÍAZ MAROTO y VILLAREJO, Parte Especial II, 1997, pp. 80-1; DÍEZ RIPOLLÉS, Comentarios al Código Penal (Parte Especial), 1997, pp. 739, 743-5 y 836-7; JORGE BARREIRO, A.: *Comentarios al Código Penal*, 1997, pp. 467-9; MUÑOZ SÁNCHEZ, El delito de detención, pp. 193-4; PRATS CANUT, J.M.: *Comentarios al Código Penal*, 1996, p. 813. Consideran que



El siguiente paso que es necesario dar después es el de subsumir la actuación de la autoridad o del funcionario en alguna de las causas de justificación previstas en el CP. En los casos que aquí consideramos, este problema creo que se puede resolver, a través de las de obrar en cumplimiento del deber y en cumplimiento legítimo del cargo⁶³, ambas del artículo 20.7º. De otro modo la tarea resultaría difícil si no imposible, al impedir el artículo 4º del CP la apreciación de causas de justificación por analogía, a pesar de que ello no sería contrario al principio de legalidad por basarse en la analogía *in bonam partem*⁶⁴.

En efecto, cuantas actuaciones limitativas de la libertad de la persona extranjera (detención, denegación de entrada, retorno, devolución o expulsión), se realicen con escrupuloso respeto de las previsiones de la LSC y, sobre todo, de la LE, resultan del deber que el funcionario público tiene de cumplir y hacer cumplir la Ley siguiendo, en su caso, las instrucciones que deriven de sus superiores, y/o del ejercicio legítimo del cargo que ostenta.

3. Esta legitimación tiene el engarce superior en la propia CE, en su artículo 17 (y 19), y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en cuyo artículo 5.1 se declara:

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: (...) f) Si se trata de la detención preventiva o el internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

4. Vemos pues que, en definitiva, la justificación de las actuaciones limitativas de la libertad personal referidas depende de su autorización por la LE. Pero no son pocas las incertidumbres que, con el panorama descrito, pueden suscitarse. Lo grave es que está en juego un derecho fundamental tan importante como es la libertad personal, y que por lo mismo, para llamar a las cosas por su nombre, la falta de efectivo amparo legal convierte la medida en ilícita, esto es aquí, en delictiva. Considérense así, como ejemplo, las siguientes observaciones:

a) En la Memoria del Fiscal General del Estado, del año 1999, se hacía mención a «los problemas que se pueden generar cuando las detenciones por infrac-

tales cláusulas determinan la atipicidad de la conducta POLAINO NAVARRETE, Parte Especial I, 1996, p. 227, y en esa dirección ya PORTILLA CONTRERAS, G.: *ob. cit.* en nota 59, 1990, pp. 213-5 y 357; y TORIO LÓPEZ, «La estructura típica del delito de coacciones», en ADPCP, 1977, pp. 23-7 y 32-4.

⁶³ V. por ejemplo, Díez RIPOLLÉS, *ob. cit.* en nota 62, pp. 744-5.

⁶⁴ V. así, CEREZO MIR, J.: «Parte General II», *ob. cit.* en nota 62, p. 191. A favor de una aceptación limitada de causas de justificación por analogía, v. HIRSCH, «Causas de justificación y prohibición de la analogía», en Obras Completas II, 2000, pp. 316-32.

ciones de la LE son practicadas por otra fuerza o cuerpo de seguridad distinto de la Policía Nacional, ya que sólo ésta es competente para practicarlas»⁶⁵.

b) Se apunta la dudosa legitimación constitucional de la medida de detención más allá de lo necesario para practicar las diligencias de identificación, y el internamiento, como medida indiscriminada para hacer efectivas (o mejor, asegurar) las de ¡denegación de entrada!, retorno, devolución y expulsión⁶⁶.

c) A pesar de lo resuelto en la citada STC de 26 de junio de 2000⁶⁷, la LE ha dejado claro que las detenciones preventivas, distintas del internamiento, no pueden prolongarse más allá de las setenta y dos horas. Conforme a la nueva Ley aquella detención, en las circunstancias y por el tiempo en que se practicó, hoy sería ilegal.

d) Esas mismas detenciones preventivas, nunca de duración superior a las setenta y dos horas, deberán ser inferiores incluso a ese plazo máximo desde que se prevea que la medida consiguiente no podrá hacerse efectiva dentro del mismo, teniendo que poner al detenido a disposición judicial para que, en su caso, acuerde el internamiento.

e) Igualmente tampoco será legal el mantenimiento de la detención sin poner a disposición judicial a quien siendo extranjero ha proporcionado la información necesaria que desvirtúa los concretos motivos de su detención.

f) Es reiterada la Jurisprudencia del TC que mantiene que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, a favor de su libertad salvo cuando resulte indispensable privarle de ella por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial⁶⁸.

g) Incluso de las órdenes de expulsión puede suspenderse su ejecución cuando se acredite que ésta podrá ocasionar daños o perjuicios de reparación difícil o imposible (STS de 12 de julio de 1994), como pueden ser la desvinculación familiar (STS de 28 de septiembre de 1993), el desarraigo laboral (STS de 25 de octubre de 1993), o tratándose de un ciudadano de la UE que carece de los permisos necesarios para su permanencia en España, la acreditación de la posibilidad de obtenerlos (Auto del TS de 20 de enero de 1997)⁶⁹. Esta doctrina se ha consolidado recientemente en

⁶⁵ P. 356.

⁶⁶ V. ALONSO PÉREZ, «Detención ‘gubernativa’ de extranjeros», en *La Ley*, 1999-6, p. 2.

⁶⁷ Cfr. *supra* II. D.

⁶⁸ V. ALONSO PÉREZ, *ob. cit.* en nota 66, p. 2, citando las SsTC 66/1996, de 16 de abril, 115/1987, 144/1990, 12/1994.

⁶⁹ Supuesto todos ellos citados por ALONSO PÉREZ, *ob. cit.* en nota 66, p. 4.



STS de 20 de octubre de 1999, para cuando se aprecia que la expulsión puede suponer para el extranjero la ruptura de la situación de arraigo en España por el quebranto de la unidad familiar o de lazos de tipo social, laboral o económico⁷⁰.

Evidentemente no son descartables todas las razones para determinar la improcedencia de dicha suspensión cuando se vea afectado gravemente el interés público, como estima para la denegación de la solicitud del extranjero responsable de conductas contrarias al orden público la STS de 14 de marzo de 2000.

5. En mi opinión, este escenario tan complicado es indeseable para garantizar la taxatividad necesaria de la ley penal. No olvidemos que la LE marca en este ámbito el límite entre lo lícito y lo ilícito, la frontera (también en este caso) de la posible causa de justificación de conductas que pueden ser gravemente lesivas de la libertad de las personas. A la poca claridad de la política española y europea en materia de inmigración, donde no acaba de definirse si lo que realmente se quiere es potenciar la venida de contingentes de extranjeros que puedan mantener el nivel productivo que garantice el bienestar futuro, o limitar tales flujos, cuando se proclama que las condiciones vienen impuestas por el seguimiento de unos cauces legales que en un buen número de casos obstruyen o impiden la regularización⁷¹, hay que añadir una regulación que contiene severos mecanismos de limitación de la libertad personal, tan numerosos como parecidos, y que así acaban por obscurecer las, por otra parte legítimas, posibilidades de control del creciente fenómeno de la inmigración, y por lo que esto significa el exacto alcance de la justificación de conductas penalmente típicas.

⁷⁰ Resultado también de la transposición del derecho a la tutela judicial efectiva, al que recientemente se refiere, por ejemplo, TOLOSA TRIVIÑO, «El principio de igualdad ante la ley y los extranjeros en España», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (430) 16 de marzo de 2000, pp. 2-3. Derecho éste que muy especialmente se ve amenazado por el llamado procedimiento preferente de expulsión del artículo 63 de la LE; v. así MASSÓ GARROTE, M.F.: *ob. cit.* en nota 6, p. 9.

⁷¹ Aún está por desvirtuar la idea de que la mejor manera de controlar la inmigración sea, precisamente, la de facilitar la regularización de la entrada y estancia en el país.