

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

Mercedes Salido
Universidad de Almería

Abstract: Exercising the right to religious freedom of foreigners detained in camps for migrants –basically, while their expulsion documents are being processed due to their illegal status in Spain or while the implementation of their expulsion is pending– this is a matter of particular interest due to the distinct plurality of the religious profile of those in internment and the necessity for positive action on the part of these camps to offer appropriate guarantees for their religious freedom. The legal regime to which they are subjected, the framework of current regulations and the present state of this situation are the essential object of this study.

Keywords: religious freedom, centres, internment, foreigners, basic rights, expulsion.

Resumen: El ejercicio del derecho de libertad religiosa de los extranjeros retenidos en centros de internamiento –fundamentalmente por estar tramitándose su expediente de expulsión por la ilegalidad de su estancia en España, o mientras esté pendiente de ejecución–, se reviste de un especial interés por el perceptible plural perfil religioso de los ingresados y la necesaria actuación positiva de los centros para su adecuada garantía. El régimen jurídico al que están sujetos, el marco normativo vigente y el actual estado de la cuestión serán el objeto esencial de este estudio.

Palabras clave: libertad religiosa, centros, internamiento, extranjeros, derechos, expulsión.

SUMARIO: 1. Delimitación del objeto de estudio.- 2. Consideraciones previas al internamiento.- 3. Los centros de internamiento de extranjeros.- 3.1. Concepto y naturaleza jurídica.- 3.2. Centros de internamiento de extranjeros existentes en España.- 3.3. El internamiento de menores extranjeros.- 4. Los derechos fundamentales de los internos: marco normativo constitucional, legal y comunitario.- 4.1. El derecho de libertad religiosa: configuración constitucional y legal.- 4.2. Contenido y alcance de la libertad religiosa.- 4.3. Límites

al ejercicio del derecho de libertad religiosa.- 5. Consideraciones finales y sugerencias de mejora.

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El contenido de este trabajo se circunscribe, fundamentalmente, *al ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en los centros de internamiento de extranjeros (CIE)*¹. Su específico objeto ha sido el estudio del marco jurídico vigente de garantía y alcance de dicho derecho en la ejecución de la medida cautelar de internamiento dictada por un Juez al extranjero incurso en un procedimiento administrativo sancionador. Con ello, se ha perseguido aportar algunas notas acerca del concepto y origen de dichos centros, la naturaleza del internamiento, los derechos de los internos y, en particular, cómo se ejecuta la concreta medida de privación de libertad de un extranjero en un centro de internamiento en relación con el derecho que nos ocupa, el de libertad religiosa.

La perspectiva adoptada, en los últimos tiempos ha cobrado una importancia práctica considerable, debido a la creciente inmigración que ha tenido lugar en la sociedad española², que incide directamente en el incremento de la diversidad religiosa³, y, por tanto, en el perfil religioso de los extranjeros ingresados en este tipo de centros. No obstante, quisiera dejar constancia la no necesaria correlación de las expresiones “extranjero” y “diversidad religiosa”, dado que, por un lado, ésta también se da entre las personas de nacionalidad española, y, por otro, no todos los extranjeros pertenecen a alguna confesión religiosa, ni sus creencias son diferentes en todos los casos a la mayoritaria en el territorio que sirve de referencia (en nuestro caso, el español). Lo que sí que se constata en los últimos años es el incremento de la demanda migratoria

¹ El estudio que aquí se presenta es profundización de una anterior investigación llevada a cabo sobre el derecho de libertad religiosa en los centros de internamiento en general, desarrollada en el marco del Proyecto de Investigación sobre la “Gestión del pluralismo religioso en Andalucía: dimensión autonómica y local”, financiado por el Centro de Estudios Andaluces, vid., SALIDO LÓPEZ, M., “Garantía y alcance del derecho de libertad religiosa en los centros de internamiento”, en MARTÍN GARCÍA, M^a. M., y RODRÍGUEZ BLANCO, M. (coords), *El pluralismo religioso y su gestión en el ámbito local autonómico. Especial referencia a Andalucía*, Comares, Granada, 2010, pp. 87-128.

² Sobre el tema puede consultarse, entre otras, las estadísticas elaboradas por el Observatorio Permanente de la Inmigración, que ofrecen una visión global del fenómeno de la inmigración en España. [Web en línea]. Disponible desde Internet en <http://extranjeros.mtin.es/es/InformacionEstadistica/>, [consulta el 25/10/2010].

³ A este respecto resulta de interés el actual estudio sobre el pluralismo religioso existente en la Comunidad autónoma de Andalucía, en la obra de MARTÍN GARCÍA, M^a. M., y RODRÍGUEZ BLANCO, M. (coords.), *El pluralismo religioso y...* ob. cit., fundamentalmente las pp. 155-335.

hacia Europa, que particularmente en España se ve reflejado en los datos oficiales existentes de personas ingresadas en centros de internamiento⁴, tanto obligatorio como asistencial o de protección, y que a su vez, se traduce en un aumento del pluralismo religioso en la sociedad española y, por consiguiente, en estos establecimientos. La articulación de la convivencia pacífica entre personas de diferentes culturas y creencias es uno de los desafíos más importantes a los que se enfrentan las sociedades occidentales actuales, máxime cuando aquéllas conviven en un entorno que les priva de su libertad ambulatoria.

En todo caso, el respeto a sus derechos fundamentales se convierte en exigencia, entre ellos, a su libertad religiosa. No es de olvidar que este derecho, por las características propias de los centros que se tratan, depende en gran medida de la actitud que adopten las autoridades directivas y los trabajadores del centro ante las reivindicaciones espirituales de los internos, así como de su cooperación con las particulares confesiones religiosas⁵. La forma en que se regule la actuación de las autoridades directivas de los establecimientos y las confesiones religiosas es determinante para la garantía y efectividad del derecho de libertad religiosa de los internos, cuestión que aquí se estudia. Es por ello que considero el estudio de la normativa existente en la materia una exigencia que permite medir el grado de reconocimiento que han alcanzado la libertad religiosa (art. 16.1 de la Constitución española, C.E.), la igualdad y no discriminación por motivos religiosos (art. 14 C.E.), y la neutralidad del Estado frente a las diversas creencias (art. 16.3 C.E.).

La metodología del trabajo, una vez encuadrada la cuestión con el análisis –breve– del concepto, naturaleza y centros de internamiento de extranjeros existentes en España, junto a la normativa a nivel estatal y comunitario reguladora de la materia (Ley Orgánica 4/2000 (LOEX) con sus posteriores modificaciones, Reglamento de desarrollo 2393/2004 y Directiva comunitaria de Retorno, principalmente), ha consistido en el estudio de los derechos fundamentales de los internos –particularmente la libertad religiosa y de culto–, para verificar si el sistema normativo diseñado garantiza dicha libertad en los extranjeros retenidos y responde a los principios constitucionales de laicidad,

⁴ Según el periódico digital de La Vanguardia (noticia fechada el 24/09/2010), más de 16.500 inmigrantes internaron en un CIE. No obstante, también se señala que los retenidos representan un 36,2% menos que en el año 2008, y que de todos ellos, casi la mitad no fueron finalmente expulsados, según los datos recogidos en la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado. [Web en línea]. Disponible desde Internet en <http://www.lavanguardia.es/ciudadanos/noticias/20100924/54011738360/mas-de-16.500-inmigrantes-pasaron-por-los-centros-de-internamiento-el-ano-pasado-y-la-mitad-no-fuero.htm>], [consulta el 22/10/2010].

⁵ Cfr., RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La libertad religiosa en centros penitenciarios*, Madrid, 2007, p. 11.

igualdad y cooperación. Así, se completa esta investigación con la atención al contenido y alcance de dicho derecho, y con unas valoraciones finales sobre el estado de la cuestión. No obstante, quisiera advertir que no se pretender abordar de forma sistemática la enorme variedad de situaciones y factores que rodean la reclusión de los extranjeros en estos centros de internamiento, sino únicamente mostrar una visión de conjunto del marco jurídico existente, habida cuenta de la actualidad y relevancia del tema, y aportar algunos puntos de reflexión para su mejora.

En consecuencia, el ejercicio del derecho de libertad religiosa y la posible problemática que presente en aquellas personas que, debido a concretas circunstancias se encuentran privadas de su libertad, será la materia en la que se centre el esfuerzo de la investigación. Dichas circunstancias se concretan, fundamentalmente, en extranjeros mayores de edad⁶ retenidos en centros de internamiento mientras está en transcurso la tramitación de un expediente sancionador contra ellos, o estando pendiente de ejecución.

En sentido propio, los establecimientos a los que se atenderá son los regulados por la *Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero* sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEX) –centros de internamiento de extranjeros o CIE–, previstos en el artículo 60.2 de la Ley y cuyo específico régimen jurídico viene establecido en el *R.D. 2393/2004 de 30 de diciembre*, por el que se aprueba su Reglamento, y en la *Orden de 22 de febrero de 1999*, por la que se establecen las normas de funcionamiento y régimen interior de estos centros. En consecuencia, han quedado fuera del ámbito de este trabajo los establecimientos penitenciarios –tanto civiles⁷ como militares⁸–, y los centros de internamiento de menores (centros de reforma)⁹.

⁶ En principio, los extranjeros menores de edad no serán internados en un CIE aún encontrándose en igual situación de irregularidad que los adultos, salvo que sean menores que acompañen a sus padres, y siempre que en los centros existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar. En un epígrafe posterior se tratará algo más detenidamente el tema de los menores y su internamiento.

⁷ Regulados por la *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General de Penitenciaria* y la normativa dictada en su desarrollo: inicialmente, el *R.D. 1202/1981*, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario; posteriormente, *R.D. 190/1996*, de 9 de febrero, que aprueba el nuevo Reglamento Penitenciario, derogando al anterior.

⁸ Regulados por el *R.D. 1396/1992*, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares y en el que se establece su marco jurídico básico.

⁹ Regulados por la *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero*, reguladora de la responsabilidad penal del menor (modificada por las *Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000*, ambas de 22 de diciembre, por la *Ley Orgánica 15/2003* de 25 de noviembre, B.O.E. 11 de 13/01/2000, y *Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre*, B.O.E. 290/2006, publicado el 05/12/2006) y por el *Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, por el que se aprueba su Reglamento.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS AL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

Una primera aproximación al estudio de los CIE exige una introducción al tema de análisis, dada la variedad de supuestos existentes en cierta manera similares aunque diferentes en sustancia. En este sentido y como se ha mencionado, la investigación ha versado sobre los centros donde se mantienen *retenidos*, como medida cautelar y durante un plazo temporal limitado (60 días como máximo), a extranjeros sujetos a un procedimiento de expulsión, mientras se tramita o está pendiente su ejecución. También habrá de atender a las causas de devolución (art. 60 LOEX)¹⁰ o retorno (art. 58.6 LOEX)¹¹, en la medida que conlleven el internamiento judicial del extranjero en un centro. Pese a las peculiaridades que ostentan cada una de estas figuras (expulsión, devolución y retorno), todas ellas coinciden en la posibilidad de internar al extranjero con la finalidad de asegurar su salida del territorio español. No obstante, quisiera aclarar que mayoritariamente me referiré al internamiento como medida adoptada en el marco de un procedimiento sancionador con el fin de asegurar la ejecución de una eventual sanción de expulsión, si bien la mayoría de las consideraciones que realice también resultan aplicables al internamiento como medida para asegurar la devolución o el retorno.

En este sentido, a tenor del art. 61.1 de la LOEX, desde el momento en el que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda decretarse la expulsión, el Juez de Instrucción, a propuesta del Instructor del procedimiento y a fin de asegurar la ejecución de la resolución que recaiga, puede adoptar la medida cautelar de internamiento preventivo en un CIE (apartado e). Las causas por las que se inicia el procedimiento administrativo de expulsión de un extranjero son numerosas y muy variadas, enumeradas en el art. 57.1 y 2 LOEX: desde las calificadas como muy graves (art. 54 LOEX) o graves previstas en los apartados a, b, c, d, y f del art. 53.1 LOEX, hasta la conducta dolosa, dentro o fuera de España, que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año (salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados, art. 53.2 LOEX). Igualmente

¹⁰ La devolución es una sanción que se puede imponer a los extranjeros que contravengan la prohibición de entrada en España habiendo sido expulsados con anterioridad, o a los que pretendan entrar de forma ilegal. En estos casos no es preciso tramitar el expediente de expulsión, sino que se les devuelve a su país de origen antes de efectuarse físicamente la entrada a España (art. 58 LOEX). La posible decisión de internamiento es meramente policial, y la intervención judicial se limita a determinar el lugar de internamiento.

¹¹ Los extranjeros a los que se intercepta en la frontera sin la documentación adecuada (falta de visado, caducidad de éste, etc.), no se les permite en ingreso en territorio Español y son retornados a su lugar de origen. Al igual que en los supuestos de devolución, en los casos de retorno la decisión de internamiento es meramente policial, y la intervención judicial se limita a determinar el lugar de internamiento.

y según la normativa penal, debe sustituirse o, en su caso, conmutarse la pena privativa de libertad impuesta a extranjeros no residentes legalmente en España por su expulsión del territorio español en determinados supuestos¹².

En particular, las únicas causas que provocan la incoación del proceso de expulsión por las que el Juez de Instrucción podrá decretar la concreta medida cautelar de internamiento han de ser, según lo dispuesto en el art. 62.1 LOEX : participar en actividades contrarias a la seguridad nacional u orden público previstas como muy graves (art. 54.1.a); inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro la inmigración clandestina, siempre que el hecho no constituya delito (art. 54.1.b); encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga, carecer de autorización de residencia o tenerla caducada desde más de tres meses, siempre que no haya solicitado la renovación de la misma en plazo (art. 53.1.a); incumplir las medidas impuestas por razón de seguridad pública de presentación periódica o de alejamiento de fronteras según la Ley de Extranjería (art. 53.1.d); participar en actividades contrarias al orden público previstas como graves (art. 53.1.f); y, por último, haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en España delito con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2).

Para las demás causas de expulsión previstas en el artículo 53.1, apartados b y c, parece no ser susceptible poderse acordar la medida cautelar de internamiento que nos ocupa. Sin embargo, el art. 64 de la LOEX, introducido tras la reforma operada por la *L.O. 8/2000*, dispone que notificada al extranjero la resolución de expulsión, deberá abandonar voluntariamente el territorio español en el plazo que se fije (entre siete y treinta días según el art. 63 bis 2 LOEX), y que, en caso de expiración de dicho plazo, se procederá a su detención y conducción al puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva. Si aún así, en 72 horas no se pudiera realizar la expulsión, el Instructor del procedimiento podrá solicitar al Juez de Instrucción el internamiento por no más de 60 días. De esta regulación cabe extraerse que, en última instancia,

¹² En este sentido, el art. 89.1 del vigente Código Penal establece que: "Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España".

cabe el internamiento por cualquier causa de expulsión, aunque en unos casos su solicitud y adopción tiene un carácter inicial o preferente y de medida cautelar, mientras que en otros se acuerda subsidiariamente –si el extranjero no ha abandonado el territorio español en el plazo señalado al efecto–, y como medida de ejecución coercitiva de la decisión administrativa ya tomada¹³.

Sin embargo, resulta esencial apuntar que en la práctica la mayoría de los procedimientos de expulsión se incoan a tenor de la causa regulada en el artículo 53.1.a), es decir, por encontrarse el extranjero en situación de “irregularidad” administrativa desde el punto de vista de la estancia¹⁴ en territorio español, al no estar en posesión de la documentación adecuada. En este sentido, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) documentó en un Informe presentado en diciembre de 2009¹⁵ –fruto de una investigación realizada en tres de los principales centros de internamiento para extranjeros que existen en España–, datos que desmienten que la mayor parte de los internos en este tipo de centros sean delincuentes, ya que “la mayoría son ciudadanos normales y corrientes que llevan mucho tiempo en España” (el 48,6%) y que han cometido una falta administrativa, y “sólo el 21,6% habría sufrido una detención anterior en España, el 14,9 por causa penal”. Este dato, al que atenderé detenidamente más adelante, deja entrever la esencial obligación de salvaguardar y garantizar el carácter no penitenciario de estos centros en los que provisionalmente se retienen a personas, por un relativo corto periodo de tiempo, que en la mayoría de los casos no han cometido falta o delito penal alguno.

Consecuentemente, y en particular, el motivo más común para la expulsión es encontrarse irregularmente en España: por haber entrado en territorio español de forma irregular; por entrar legalmente pero no haber obtenido o solicitado la prórroga de la estancia (en tres meses); por tener permiso de residencia sin renovar; o por estar trabajando en España sin haber obtenido previa autorización para ello. Una vez detectada alguna de estas irregularidades por la Policía, el extranjero puede ser detenido por un máximo de 72 horas (garantía constitucional del art. 17.2 C.E.), transcurridas las cuales sólo cabe dejarlo

¹³ Cfr., GARCÍA-PANASCO MORALES, G., “Medidas cautelares: especial referencia a los centros de internamiento de extranjeros”, [Documento en línea]. Disponible desde Internet en <<http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL63.pdf>>, 2204, p. 3008, [consulta el 12/10/2010].

¹⁴ Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 33... (art. 30.1 LOEX). Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia (art. 30.2 LOEX).

¹⁵ Noticia publicada en el periódico ABC, de fecha 09-12-09, [Web en línea]. Disponible desde Internet en <<http://www.abc.es/20091209/nacional-/centros-internamiento-extranjeros-espana-200912091400.html>>. [consulta el 1/10/2010].

en libertad o ponerlo a disposición judicial para que acuerde su ingreso en un CIE mientras se tramita el procedimiento sancionador que, en realidad, puede finalizar decretando su expulsión o con una mera sanción al pago de una multa. De hecho, a tenor del párrafo primero del art. 57 de la LOEX, la expulsión se contempla como la excepción al disponerse que *podrá aplicarse* en lugar de la sanción de la multa, en atención al principio de proporcionalidad, sólo por determinadas conductas y motivadamente¹⁶. Si finalmente es acordada la expulsión, la ejecución de ésta comporta la prohibición de entrada en España y en la mayoría de los países de la Unión Europea durante un período que puede variar, aunque como norma general no excederá de cinco años (art. 58.1 LOEX, tras la modificación llevada a cabo en 2009).

Los motivos que se prevén para que el Juez de Instrucción (del lugar donde se practique la detención, art. 62.6 LOEX) acuerde el ingreso del extranjero en un CIE son principalmente el riesgo de incomparecencia, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procedimientos penales o administrativos sancionadores pendientes (art. 62.1 LOEX)¹⁷. En todo caso, ha de considerarse tanto la excepcionalidad y racionalidad de la medida, como que el tiempo del internamiento será únicamente el necesario para finalizar el expediente, siendo su duración máxima de 60 días (art. 62.2 LOEX)¹⁸.

¹⁶ A este respecto conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 2007, que se extracta en lo esencial: "*Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio se sanciona con multa. (...) En el caso presente la Administración no tiene razones para imponer la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico*". En igual sentido la STS de 19 de julio de 2007, en la que se declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por tratarse de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impusiera la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico.

¹⁷ Esta última causa, a mi parecer, carece de sentido regularla de manera independiente, puesto que sólo podría tener relevancia en cuanto incrementara el riesgo de fuga, pero su mención autónoma podría propiciar el entendimiento y la aplicación del internamiento como una sanción en la que también se tienen en cuenta los antecedentes.

¹⁸ El *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOEX, en su art. 153 apartado 5 limita el internamiento a 40 días máximo, a diferencia del tiempo estipulado en la Ley. En redacción anterior, tanto la LOEX como su Reglamento coincidían en este plazo de 40 días como el máximo para la permanencia del extranjero en un centro de internamiento. No obstante, la aprobación por el Parlamento Europeo de la *Directiva de Retorno* sobre inmigración ilegal (18 de junio de 2008), propició la iniciativa y finalmente aprobación de la ampliación del plazo de retención a 60 días. Por supuesto, la previsión legal prima sobre la limitación reglamentaria de 40 días, dado el rango normativo superior de la LOEX.

Por último, el artículo 1 –apartado primero– de la LOEX considera extranjeros “a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de nacionalidad española”. No obstante, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario (fundamentalmente, los nacionales de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como los nacionales de terceros países que cuenten con las correspondientes autorizaciones¹⁹ por ser familiares de nacionales de países comunitarios), se regirán por las normas que lo regulan (apartado 3 del citado precepto legal). Por ello, los extranjeros a los que principalmente se hace referencia son originarios de países que no pertenecen a la Unión Europea²⁰, que se encuentran de manera irregular en territorio español y sobre los que se ha dictado una medida cautelar de internamiento mientras se tramita su expediente de expulsión, o bien un procedimiento de retorno o devolución.

3. CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

3.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Como se ha dicho, tanto la ya citada LOEX como su Reglamento de desarrollo establecen, como medida de carácter preventivo o cautelar, la posibilidad de acordar judicialmente el ingreso en un centro de internamiento de aquellos extranjeros que, bien se hallen incurso en determinadas causas de expulsión, mientras se tramita el correspondiente expediente, bien se les haya dictado acuerdo de devolución y éste no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, o para garantizar la efectividad de la resolución de retorno respecto de aquellos a los que en frontera se les hubiese denegado la entrada, e incluso, en los casos en que el extranjero no abandone el territorio español en el plazo estipulado en una resolución de expulsión ya acordada (arts. 58.6, 60.1, 62.1 y 64.1 LOEX, respectivamente; también art. 153.2 Reglamento).

En este sentido, los centros de internamiento de extranjeros (CIE) se configuran como dependencias públicas dependientes del Ministerio del Interior donde se retiene, de manera cautelar y preventiva, y a disposición de la autoridad judicial, a los extranjeros sin documentación (irregulares) en espera de su expulsión, devolución o retorno, durante un periodo no superior

¹⁹ Término aplicable conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Única de la *Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre*, que modifica, entre otras, la LOEX 4/2000 (anteriormente modificada por la *LO 8/2000*).

²⁰ Para conocer los grupos de nacionalidad de donde proceden mayoritariamente los extranjeros puede consultarse el Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística (INE), “Extranjeros en España”, 3/2004. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en http://www.ine.es/revistas/cifraine/cifine_ext0605.pdf, [consulta el 9/10/2010].

a 60 días. Consecuentemente, esta provisional privación de libertad se produce, fundamentalmente, por haber cometido una falta administrativa (no tener la documentación en regla), a excepción de quienes ya tengan resuelta su expulsión y ésta no haya podido efectuarse en el plazo acordado (art. 153.2.d) Reglamento). Estos centros son alojamientos diferentes a los establecimientos penitenciarios y a los centros de acogida o protección –no tienen carácter penitenciario, aunque tampoco asistencial. Son lugares vallados y vigilados por las Fuerzas de Seguridad del Estado y podría decirse que, actualmente, constituyen unos de los principales instrumentos de control de las actuales políticas migratorias del Gobierno español, y en general del panorama comunitario.

El ingreso de los extranjeros en estos centros debe producirse, en todo caso, por orden y bajo control judicial (como ya se ha dicho, llevada a cabo por el Juez de Instrucción de guardia del lugar donde se practique la detención, art. 62.6 LOEX), el cual no podrá entrar a conocer de la idoneidad de la medida acordada (en este caso, la expulsión), que corresponde al Subdelegado del Gobierno, o al Delegado en los casos de Comunidades Autónomas uniprovinciales (art. 55.2 LOEX). No obstante, según la jurisprudencia constitucional, el juez deberá atender, entre otras cuestiones, a la idoneidad de la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero y a la mayor o menor probabilidad de huída²¹. Sólo si la decisión judicial huye del automatismo y valora motivadamente la procedencia de la medida atendiendo a los aspectos mencionados podrá hablarse de una verdadera garantía judicial del derecho a la libertad personal del extranjero. La función y finalidad de la medida es, por tanto, la de garantizar la efectividad, tanto de la tramitación como de la ejecución de la expulsión, devolución o retorno que se pueda adoptar sobre los extranjeros, considerándose el internamiento, durante todo el tiempo de estancia en el centro, como medida cautelar y provisional. Tras las modificaciones a la LOEX introducidas en el año 2009, el concreto control en la ejecución de la medida (control de la estancia) es competencia del Juez de Instrucción del lugar donde esté ubicado el centro (art. 62.6 LOEX), facilitándose con ello su efectividad. Por tanto, será éste el que conocerá de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales, y podrá visitar los centros por conocimiento de algún incumplimiento grave o siempre que lo considere conveniente.

Asimismo, el internamiento se puede definir como aquella medida cautelar de carácter personal privativa de libertad, decretada judicialmente, que tiene como finalidad garantizar la ejecución de una decisión administrativa en

²¹ STC 115/1987 de 7 de julio (Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer). B.O.E. 29/07/1987, núm. 180. Número de registro 880/1985. Fundamento Jurídico 1º.

tramitación o ya acordada. Es manifiesta, pues, su finalidad preventiva²². El internamiento no es formalmente una sanción, ni penal ni administrativa, sino una medida *cautelar*²³, cuyo equivalente en la legislación penal sería la prisión preventiva. Por esta naturaleza cautelar deben extremarse las garantías en su ejecución, tales como la no procedencia del internamiento cuando resulte improbable que la expulsión pueda llevarse a efecto (por ejemplo, porque se trate de un nacional de un país que no colabora y que no reconoce a sus nacionales, o porque ya tiene una orden de expulsión que no pudo hacer efectiva, e incluso porque no se pueda averiguar su nacionalidad, etc.), y su carácter excepcional²⁴.

Dicha medida fue ya introducida en la *L.O. 7/1985 de 1 julio* (denominada comúnmente Ley de Extranjería), en su artículo 26.2, y aunque su constitucionalidad en los primeros años fue muy discutida, posteriormente quedó fuera de toda duda atendiendo a la doctrina sentada por el T.C. en su STC 115/1987 de 7 de julio. En dicha resolución constitucional, que resolvía el recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo sobre dicho precepto (art. 26.2), el T.C. consideró el internamiento provisional como una medida constitucional, pues cabía su interpretación conforme a Derecho. Dicha interpretación exigía respetar una serie de garantías, principalmente que la medida se configurase con un necesario carácter judicial (motivada), con un determinado límite temporal (hasta que termine el procedimiento y en todo caso, en su inicio, no más de 40 días), y que el carácter de los centros no fuese penitenciario. Sólo en este sentido cabría hablar de constitucionalidad de la norma. Igualmente, se constituyó como exigible que el internamiento debía regirse por el principio de excepcionalidad, lo que exigía y exige que el Juez aplique el criterio hermenéutico de *favor libertatis*: sólo en el caso de verdaderas razones de cautela o prevención cabe el internamiento del extranjero y su consiguiente pérdida de libertad mediante el internamiento.

En todo caso, en la actualidad y tras el desarrollo práctico de los internamientos sucedidos, la naturaleza de la medida es susceptible de cuestionarse por ser difícilmente compatible con las garantías de libertad derivadas de nuestro Estado de Derecho. Por de pronto, se trata, como ya se ha dicho, de

²² A tenor del art. 1.2 de la *Orden de 22 de febrero de 1999*, la medida está orientada “a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión”. Los CIE, por tanto, sirven como espacio para la detención y custodia del extranjero mientras se sustancia el expediente y se ejecuta la expulsión.

²³ Sin embargo, la *Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado* sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, entiende que en los casos de devolución y retorno el internamiento no debería conceptuarse como medida cautelar, sino más bien como “ejecución forzosa de una resolución administrativa”.

²⁴ STC 115/1987 de 7 de julio, anteriormente citada. Fundamento Jurídico 1º.

una medida cautelar por la cual se priva de libertad a personas que únicamente han cometido una infracción administrativa, sancionada en España con una multa y, sólo excepcionalmente y por causas motivadas, con la salida del territorio nacional. Por tanto, la eventual expulsión cuya ejecución se pretende asegurar puede no ser la respuesta finalmente decretada por la autoridad administrativa competente, cabiendo en última instancia ser sancionados una simple multa, y aún así habiéndose privado de libertad al individuo/extranjero²⁵. Igualmente, la excepcionalidad de la medida no es muy apreciable cuando se constata que la tónica general suele ser la del internamiento del extranjero que se encuentra desprovisto de la documentación adecuada para encontrarse en territorio español, pese a, en ocasiones, saberse que no va a poder ejecutarse la expulsión porque, a título de ejemplo, no existe forma de conocer su nacionalidad. Además, pese a que el período de internamiento ha de ajustarse al estrictamente necesario para la tramitación del proceso sancionador (art. 60.2 LOEX), y nunca superar el término de 60 días fijado, en la práctica totalidad de los internamientos se agota dicho plazo.

3.2. CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS EXISTENTES EN ESPAÑA

Los CIE se crean por primera vez en la citada *Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio*. En su art. 26.2 se establecía la posibilidad de acordar judicialmente, con carácter preventivo y cautelar, el ingreso de extranjeros incurso en determinadas causas de expulsión mientras se sustanciaba su expediente en centros que no tuvieran carácter penitenciario.

Por su parte, catorce años después, por la *Orden* del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999 se establecieron las normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, y, según su disposición adicional segunda, se crearon los CIE de Madrid, Barcelona, Valencia, Málaga, Las Palmas y Murcia²⁶.

²⁵ Debe recordarse que, en todo caso, la medida de internamiento que provoca la privación de libertad ha de ser necesariamente acordada por autoridad judicial (STC 115/1987), no cabiendo en nuestro ordenamiento constitucional la posibilidad de que la Administración civil pueda imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad (art. 25.3 C.E). En este sentido, la STC citada consideró que la voluntad de la ley (*Ley de Extranjería de 1985*, art. 26.2) era la de que, más allá de las 72 horas, correspondiera al órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la privación de libertad (FJ 1º).

²⁶ CIE Capuchinos (Málaga): capacidad máxima de 110 personas (85 hombres y 25 mujeres); CIE Sangonera La Verde (Murcia): posee plazas para 32 hombres y 28 mujeres, un total de 60 plazas; CIE Zapadores (Valencia): es un centro únicamente para hombres. Alberga una media de 100 internos; CIE Aluche-Carabanchel (Madrid): sustituto del antiguo centro de Moratalaz, fue el primero en el que las mujeres podían vivir con sus hijos menores; CIE Zona Franca (Barcelona): sustituyó al degradado del barrio de La Verneda. La renovación del año 2006 amplió de 80 a 226

Igualmente, tanto el artículo 132 del *R.D. 864/2001*, como el artículo 155 apartado 1 del vigente Reglamento aprobado por *R.D. 2393/2004*, de 30 de diciembre, que desarrolla la LOEX, dispusieron que la creación de centros de internamiento de extranjeros (CIE) se establecería por Orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros del Interior y de Administraciones Públicas. En este sentido, el auge que se ha producido de la inmigración ilegal en España desde la publicación de la citada Orden Ministerial en 1999, y las exigencias de cumplir con determinados requisitos en cuanto a instalaciones y servicios que han de tener dichos centros de internamiento ha conllevado, en unos casos, a la remodelación o reforma de los existentes o el cambio de ubicación, lo que, en definitiva, supuso una nueva construcción y, en otros, a la implantación o creación en determinadas ciudades de nuevos centros, con el cumplimiento de la exigencia normativa que establecía el citado artículo 155.1 del Reglamento. En su virtud, a propuesta de los Ministros del Interior y de Administraciones Públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 34.2 de la *Ley 6/1997*, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, y por la Orden *3483/2006*, de 13 de noviembre, se crearon los centros de internamiento de extranjeros de Santa Cruz de Tenerife, Algeciras y Fuerteventura²⁷.

Posteriormente, las diferentes leyes y disposiciones normativas reguladoras de la materia han ido elaborando y perfilando, en mayor medida, las causas y los determinados procedimientos de internamiento. En este sentido y como ya se ha dicho, entre otras modificaciones, se ampliaron las causas de internamiento a los supuestos de devolución y retorno (reforma llevada a cabo por la *Ley 8/2000*).

En la actualidad, según datos extraídos del Informe elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, de Octubre de 2008²⁸, existen en España 10 centros de internamiento de extranjeros “oficiales”; los nueve mencionados y la Terminal del aeropuerto de Lanzarote. En la Isla de

las plazas de internamiento; CIE Barranco Seco (Las Palmas de Gran Canaria): antigua cárcel provincial, con sus celdas y patio.

²⁷ CIE El Matorral (Fuerteventura): es el más grande de España, con capacidad para 1.070 personas (1.030 hombres y 40 mujeres). Fue creado en las instalaciones de un antiguo campamento militar; CIE La Piñera (Algeciras): se trata de la antigua cárcel de Algeciras; CIE Hoya Fría (Tenerife): a seis kilómetros de Tenerife. Tiene 238 plazas (180 hombres y 58 mujeres). Se amplió su capacidad con 20 puestos en cada uno de sus cuatro módulos. Los datos reseñados pueden consultarse en [Web en línea]. Disponible desde Internet en http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=548&Itemid=45, [consulta el 11/10/2010].

²⁸ Vid., [Web en línea]. Disponible desde Internet en http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=548&Itemid=45, [consulta el 11/10/2010].

las Palomas en Tarifa (Cádiz) existen también instalaciones policiales para inmigrantes, pero dependientes del CIE de Algeciras²⁹. Igualmente, el territorio español cuenta con 2 Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) en Melilla y Ceuta³⁰, además de diversos centros policiales de detención, situados fundamentalmente en Canarias³¹ y Almería, fruto de la exigencia o necesidad por la constante fluctuación de “irregulares”, dada su estratégica ubicación geográfica.

El continuo incremento como consecuencia de la política de inmigración gubernamental del número de personas internadas, ha ido agravando las precarias y deficientes condiciones iniciales de los CIE³². Al respecto, aunque el conjunto de centros de internamiento acumula, casi desde su creación, una larga lista de denuncias e irregularidades, hay algunos de ellos que han descollado por los abusos cometidos: comidas en mal estado, hacinamiento, falta de asistencia sanitaria, medicación suministrada por los policías ante la ausencia de personal sanitario, falta de intérpretes, gravísimos problemas de higiene, estado ruinoso de las instalaciones, y en general, vulneración de derechos fundamentales.

En definitiva, según lo expresado, los CIE se encuentran en funcionamiento desde 1985, y se gestan al hilo de un gran vacío legal que inicia su regulación en 1999 (aunque desprovista del rango normativo adecuado), y

²⁹ Las instalaciones policiales de la Isla de las Palomas se crearon en 2006, como anexo al CIE de Algeciras, para situaciones de emergencia aunque, finalmente, su funcionamiento es el de un verdadero centro de internamiento. Sin embargo, su origen ha provocado su carencia de regulación a través de la preceptiva orden ministerial, la indefinición de su estatuto jurídico y la insuficiencia de algunos servicios fundamentales (ej. servicio médico). Todo ello ha sido objeto de protesta por el Defensor del Pueblo, en su Informe Anual del 2009, en el que indica que la figura de un anexo no tiene encaje en la legislación reguladora de los centros de internamiento. [Web en línea]. Disponible desde Internet en <<http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/informe-anales/Informe2009.pdf>>, [consulta el 24/10/2010], pág. 442.

³⁰ Se trata de centros situados en las proximidades de las fronteras de Ceuta y Melilla que, a diferencia de los CIE son abiertos, y en los que los extranjeros ingresados pueden entrar y salir libremente durante el día y están a cargo del INSERSO (Ministerio de Asuntos Sociales). La atención interna está derivada a varias ONGS y su situación es sensiblemente mejor a la de los CIE oficiales. No obstante, aún pareciendo más bien acogidos que retenidos, los internos no tienen libertad para circular por territorio español, sino sólo por las respectivas Ciudades Autónomas.

³¹ Sobre éstos, puede consultarse: [Web en línea]. Disponible desde Internet en <http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=548&Itemid=45>, [consulta el 17/10/2010], pp. 12-13.

³² En 2003, los datos del Gobierno sitúan en 19.595 las personas que fueron internadas en los diez CIE oficiales existentes en el Estado, que sólo tenían capacidad para 2.105 extranjeros. Por su parte, en 2004, esa cifra se elevó a 24.490. No obstante, según el periódico digital de La Vanguardia (noticia fechada el 24/09/2010), más de 16.500 inmigrantes internaron en 2009 en un CIE (un 36,2% menos que en el año 2008), según los datos recogidos en la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado. [Web en línea], cit.

posteriormente, con la vigente Ley y el Reglamento de Extranjería (año 2000 y 2004 respectivamente). Durante esos primeros 14 años de vida, los CIE carecieron de una verdadera regulación jurídica y la normativa fue suplida por la actividad de la Jefatura Policial correspondiente. Hoy día, y pese a la normativa que los rige, persisten las continuas denuncias referidas fundamentalmente a la mala organización de horarios y actividades según cada centro, falta de asistencia social y programas de educación y tiempo libre, inexistencia de actividades deportivas, hacinamiento y falta de recursos³³.

3.3. EL INTERNAMIENTO DE MENORES EXTRANJEROS

Son varias las fuentes normativas que articulan los principios básicos del estatuto de protección del menor y a las que considero hay que atender. En este sentido, el principio rector de dicho estatuto se encuentra recogido en el art. 2 de la *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 (LOPJM)*, en el que se establece el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y el carácter educativo de las medidas que puedan adoptarse al amparo de la aplicación de las leyes.

Por su parte, el art. 39 de la C.E. establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Entre dichos acuerdos quisiera destacar la *Carta Europea de Derechos Fundamentales del año 2000*, en la que en su art. 24.2 se establece que en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. En igual sentido, la *Convención de Derechos del Niño de 1989*, en su art. 3 instaura el mismo principio rector del interés superior del niño. Con anterioridad, dicho texto normativo reconoce, en su art. 2, los derechos de los menores independientemente del origen nacional, y por tanto,

³³ Después de años sin ordenación jurídica alguna, o con fuentes de insuficiente rango normativo (Orden Ministerial), la regulación actual de los CIE (internamiento, forma en la que se ingresa en los centros, derechos y deberes de los internados, medidas de seguridad en los centros, funcionamiento y reglas básicas de régimen interior) se hace por Ley Orgánica, tal y como se ha venido exigiendo desde la creación de estos centros por parte de numerosos expertos, instituciones y organizaciones sociales, y en consonancia con el mandato constitucional, según el cual, las materias que afecten a derechos fundamentales deben ser reguladas por Ley Orgánica (art. 81 C.E.). No obstante, dado el carácter tan limitado de las previsiones de la Ley de Extranjería y su Reglamento de desarrollo, muchos aspectos esenciales del internamiento de extranjeros siguen sin estar regulados (horario; duración, vigilancia e interrupción de las visitas; control de correspondencia; entrega de efectos; criterios de actuación en caso de aislamiento en celda; régimen disciplinario; las horas de patio o las visitas médicas; las prácticas religiosas, etc.) o regulados por una norma de rango ministerial, a la que puede criticársele no haber sido consensuada por el Consejo de Ministros. La consecuencia lógica es que los CIE se convierten en terreno abonado para la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, donde los gestores –policías– tienen un amplísimo poder de discrecionalidad.

constata la preferencia por el estatuto de protección de los menores sobre su nacionalidad o la forma de entrada en el país de recepción, primando su condición de menor sobre la del origen nacional.

En igual sentido, tanto el art. 35 LOEX como el art. 92 de su Reglamento de desarrollo impiden la expulsión de los menores y obligan a que la repatriación se haga siempre en interés superior del menor. Particularmente, el artículo 62.4 LOEX se refiere a los menores extranjeros, y dispone como regla general la prohibición de ingreso de los menores no acompañados³⁴ que concurren en los supuestos previstos para el internamiento, previendo su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, conforme establece la LOPJM y de acuerdo con el art. 35 de la LOEX. No obstante, el art. 62 bis i), al enumerar los derechos de los extranjeros internos, establece la posibilidad de que tengan en compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente sobre dicho ingreso y existan módulos en el centro que garanticen la unidad e intimidad familiar³⁵. De igual manera se recoge en el art. 153.8 del Reglamento y en la *Instrucción 6/2004* de la Fiscalía General del Estado. Es por tanto necesaria la sujeción de la imposición de la medida de internamiento al interés superior del menor a la vida en familia, conforme a la normativa básica nacional e internacional antes citada.

En consecuencia, de lo expresado puede constatar que el ordenamiento nacional e internacional ha rodeado al menor de una serie de garantías para dotarlo de protección dada su mayor vulnerabilidad, que en el ámbito migratorio experimenta un notable incremento. Por ello, el internamiento relativo a menores no acompañados y familias con menores está previsto como último recurso y por el menor tiempo posible, y siempre con la salvaguarda de la intimidad familiar.

³⁴ Según la Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1996, se entiende por menores extranjeros no acompañados a los nacionales de terceros países de menos de dieciocho años de edad que entran en el territorio de los Estados miembros sin ir acompañados por un adulto responsable, por mandato legal o según la costumbre, y mientras ningún adulto se haga cargo de ellos (art. 1). Se suelen utilizar varias denominaciones para referirse a este colectivo, fundamentalmente: MINA (Menores Inmigrantes No Acompañados), MEINA (Menores Extranjeros Indocumentados No Acompañados), y MMNA (Menores Migrantes No Acompañados).

³⁵ Antes de la redacción otorgada al artículo 62 por la reforma operada en 2009, el apartado 3 del citado precepto disponía, en términos similares, la obligación de poner a disposición de los servicios competentes de protección de menores a aquéllos que concurrían en los supuestos previstos para el internamiento. No obstante, proseguía el precepto estableciendo que el *Juez de Menores*, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podría autorizar su ingreso en un centro cuando también lo estuviesen sus padres o tutores, lo solicitasen éstos y existiesen módulos que garantizaran la intimidad familiar. Es decir, se establecía el internamiento judicial (Juez de Menores), quedando así fortalecidas en mayor medida, a mi juicio, las garantías de protección del interés superior del menor.

No obstante, en 2008 fue aprobada por el Parlamento Europeo una Directiva de la Unión Europea sobre inmigración ilegal, la denominada *Directiva de Retorno*³⁶, en la que aparece la posibilidad de retornar a menores si existen instalaciones de recepción y si dichas instalaciones son adecuadas, sin especificarse su contenido ni la necesidad de un responsable del menor en el país de retorno. Igualmente, la Directiva prevé la posibilidad de expulsión de los menores de edad (art. 10), y de su internamiento (art. 17). Particularmente, este último precepto contempla la posibilidad de que los menores no acompañados y las familias con menores puedan ser internados, sin que el párrafo 4º impida que lo sean en centros penitenciarios. Pese a que el art. 17 de la Directiva hace mención a que el interés superior del menor debe ser una consideración de primer orden para valorar el internamiento y la expulsión, y que el internamiento sólo será el último recurso y por el menor tiempo posible, la propia admisión de la expulsión y el internamiento de los menores contraviene en gran medida la normativa vigente anteriormente descrita³⁷. La Directiva invierte toda esta regulación y trata a los menores como inmigrantes irregulares, priorizando su condición de extranjeros frente a su minoría de edad, precisamente en un momento en el que los menores se han convertido en protagonistas de las nuevas migraciones³⁸.

³⁶ Resolución legislativa del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 18 de junio de 2008. Concretamente la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Documento P6_TA-PROV(2008)0293. Sobre ésta pueden consultarse los siguientes estudios: ORELLANA CURILLO, J.P., "Análisis de la 'Directiva de Retorno' de la Unión Europea desde una perspectiva de los derechos humanos", AFESE, pp. 116-149. [Documento en línea]. Puede consultarse desde Internet en <http://www.afese.com/img/revistas/revista48/directivaretorno.pdf>, [consulta el 24/10/2010]; NIETO GARCÍA, L.C., "Derecho humanos e inmigración. Europa y la Directiva de Retorno", núm. 104, 2008/2009, pp. 39-56. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en http://biblioteca.hegoa.ehu.es/system/ebooks/17622/original/Derechos_humanos_e_inmigracion.pdf, [consulta el 24/10/2010].

³⁷ El Parlamento Europeo, medio año después de la aprobación de la Directiva (el 14 de enero de 2009), aprobó un Informe de opinión sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE, que exhortaba a los países miembros a que prestasen protección a los menores de edad y se evitase su detención e internamiento, expresándose taxativamente así: "la detención administrativa de los niños no debería existir" y los menores acompañados de su familia "no deberían estar detenidos más que en circunstancias excepcionales, por el plazo más limitado posible y solamente si la detención redundaba en su interés".

³⁸ Sobre el tema vid., JIMÉNEZ, M., "Menores inmigrantes o los vulnerables de la globalización", en CHECA y OLMOS, F., ARJONA, A., y CHECA y OLMOS, J.C., (eds.), *Menores tras la frontera*, ICARIA Ed., 2006.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS: MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y COMUNITARIO

El artículo 13 de la C.E., como marco básico constitucional de regulación de los derechos y deberes de los extranjeros en general, en su apartado primero dispone que “los extranjeros gozarán en España de las *libertades públicas* que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”³⁹. Junto a este precepto, el texto constitucional contiene una serie de prescripciones que tienen particular relevancia en esta materia, contenidas principalmente en el art. 10. Esta norma recoge unos derechos inherentes a la persona, en los que no cabe distinguir entre nacionales y extranjeros, al proclamar que 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. En su apartado 2 dispone, que 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 ratificados por España. Por tanto, existen ciertos derechos inherentes a la persona en cuanto tal, y no como ciudadanos, que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana y que, conforme al precepto mencionado, constituyen el fundamento del orden político español. Derechos como la vida, la integridad física y moral, la intimidad, la no discriminación o igualdad, o la libertad ideológica o religiosa formarán parte de este elenco⁴⁰.

En parecido sentido se expresa el art. 153.7 del *Reglamento 2393/2004 de Extranjería* al disponer que los extranjeros ingresados gozarán durante su internamiento de los derechos no afectados por la medida judicial adoptada y, en especial, de los recogidos en los arts. 62 bis y 62 quáter de la LOEX. Dichos preceptos –concretamente el art. 62 bis) en su apartado 1–, reconocen, de forma genérica, los *derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico*, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada. Por tanto, los extranjeros sometidos a la medida de internamiento cautelar son titulares de todos los derechos fundamentales que se recogen en nuestro texto constitucional (Título I), con la única limitación que la expresada de la privación de su libertad ambulatoria.

³⁹ Esta regla general tiene una excepción establecida en el apartado dos del mismo precepto, según el cual: “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

⁴⁰ En este sentido, STC 107/1984, de 23 de noviembre.

De manera más particularizada, prosigue el artículo 62 bis) reconociendo el derecho de los extranjeros internados a que *se les facilite el ejercicio* de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (apartado c). Como puede observarse, la salvaguarda de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico español para los extranjeros ingresados en un CIE (mediante la cláusula genérica expresada) junto al derecho de facilitar su ejercicio, impone a los directivos del centro la obligación de adoptar una actitud positiva y de colaboración ante las reivindicaciones de los internos, particularmente las espirituales que afecten al ejercicio del derecho de libertad religiosa. En este sentido, el artículo 62 sexies, relativo al funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento, establece la responsabilidad que posee el director del centro de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y convivencia entre los internos, y de *asegurar el cumplimiento de sus derechos*. Asimismo, corresponde al Ministerio del Interior, a través de la Comisaría General de Extranjería y Documentación, dependiente de la Dirección General de la Policía (ámbito del Cuerpo Nacional de Policía), la inspección, dirección, coordinación, gestión y control de los centros de internamiento de extranjeros (art. 154.1 y 4 Reglamento).

Entre los derechos enumerados específicamente en la LOEX para los extranjeros internados son destacables: el derecho a que se vele por el respeto a su vida, integridad física, salud, dignidad e intimidad, sin que puedan ser objeto de maltrato alguno; derecho a ser informados de su situación y a comunicar ésta a la persona que designen, a su abogado y a la representación consular; derecho a ser asistido de abogado de oficio, y a comunicarse reservadamente con él en el centro; derecho a ser asistido de intérprete gratuito, si fuera necesario. Igualmente, cabe citar el derecho que les asiste de recibir asistencia social, médica y sanitaria, tanto por los propios servicios del centro como por parte de organizaciones públicas o privadas, gubernamentales o no gubernamentales, nacionales o internacionales, sin ánimo de lucro, de protección de emigrantes (art. 62 bis 2) y 3), y art. 154.6 del Reglamento). Concretamente, el apartado 3 del artículo 62 bis de la LOEX, en la redacción dada por la reforma del año 2009, establece expresamente la posibilidad de visita a los centros de las organizaciones constituidas legalmente en España y los organismos internacionales pertinentes para la defensa de los inmigrantes, previéndose el desarrollo reglamentario de las necesarias condiciones para ello⁴¹. Dicha reforma operada en 2009 ha venido a destensar en cierta medida los ánimos y a

⁴¹ A este respecto, por *Real Decreto 167/2010 de 19 de febrero*, se ha regulado la concesión de una subvención a favor de la Cruz Roja Española, para el desarrollo de programas de asistencia integral en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid, durante el ejercicio 2010.

abrir un nuevo camino de no opacidad de los CIE, permitiendo el acceso a organizaciones y ONGS especializadas.

Analizada la normativa constitucional y legal existente en España, que configuran el internamiento sobre un cuerpo de derechos y garantías relativamente amplio aunque genérico, la normativa comunitaria, concentrada fundamentalmente en la citada *Directiva de Retorno* (relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio), parece constituir un retroceso en dicha configuración. En efecto y como se ha visto, el art. 62 de la LOEX establece la posibilidad de solicitar el internamiento de un extranjero en tanto se tramita su expediente sancionador o para asegurar la ejecución de la expulsión ya adoptada, siendo el Juez el que decidirá mediante auto motivado y previa audiencia del interesado sobre dicha medida. En todo caso, el tiempo de internamiento será el imprescindible para los fines del expediente, sin que pueda exceder del límite temporal legal previsto (60 días). El art. 17 de la C.E., como también se ha dicho, igualmente prevé que la detención preventiva sólo podrá durar el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, con un plazo máximo de 72 transcurridas las cuales deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. La reiterada STC 115/87 solo admite el internamiento superior a 72 horas si es sometido a control judicial (FJ 2º).

Sin embargo, la redacción de la citada Directiva, aprobada en 2008, presenta una inequívoca intencionalidad de imponer como norma el internamiento, y no configurarla como excepción, al establecer literalmente que “salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno a la ejecución del proceso de expulsión cuando hay riesgo de fuga o el destinatario evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión”. Como contraste, también dispone que “el internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras se lleven a cabo las gestiones para la expulsión”. Pero, en todo caso, la necesaria garantía del control judicial de la medida no queda completamente salvaguardada, cuando expresamente regula que en el caso de que la privación de libertad del inmigrante irregular sea ordenada por autoridad administrativa, los Estados miembros dispondrán que el control judicial tenga lugar *lo más rápidamente posible* desde el comienzo del internamiento, o en su caso, concederán el derecho a iniciar un procedimiento para el *sometimiento judicial rápido a la legalidad* de su internamiento. A mi

juicio, la utilización de expresiones tales como “lo más rápidamente posible” o “sometimiento judicial rápido” resultan insuficientes a la hora de ofrecer una verdadera garantía a la privación de libertad del extranjero irregular. Igualmente, el plazo de internamiento queda a disponibilidad de cada Estado, únicamente exigiéndose la imposición de un límite que no puede superar los 6 meses (prorrogable por 12 más).

No obstante, quizá la disposición más cuestionable, a mi parecer y en lo que a la materia de internamiento de extranjeros irregulares se refiere, es la posibilidad que se establece en la Directiva de permitir recurrir a centros penitenciarios cuando un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado (art. 16 Directiva de Retorno), aunque siempre de forma separada de los presos ordinarios.

En consecuencia, la Directiva de Retorno opta por el recurso al internamiento configurado con garantías limitadas, en cuanto permite la privación de libertad de un individuo sin garantía de un control judicial inmediato⁴² y autoriza su prórroga hasta 18 meses, al tiempo que prevé la posibilidad de un ingreso penitenciario, colisionando con la legislación nacional e incluso con el resto de normativa internacional existente.

4.1. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA: CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Junto a la normativa estatal que regula específicamente la materia, a la que se hará referencia a continuación, el marco normativo general del derecho de libertad religiosa viene establecido en el artículo 2.1.b) de la *Ley Orgánica de Libertad Religiosa 7/1980*, de 5 de julio, en el que se reconoce el *derecho a toda persona a recibir asistencia religiosa de su propia confesión y a no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales*. La propia ley complementa este reconocimiento en el apartado 3 del citado precepto legal, al atribuir a los poderes públicos *la obligación de adoptar las medidas necesarias para facilitar esta asistencia religiosa en los establecimientos públicos bajo su dependencia*. Este panorama

⁴² En este sentido, el art. 9 del *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966* establece que toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, y que el plazo habrá de ser proporcionado. En igual sentido, el art. 5 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Convenio Roma 1950) establece que toda persona detenida preventivamente o internada deberá ser conducida a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales. La interpretación de estos preceptos incide en la consideración del TEDH como garantista y en la afirmación de la libertad como la regla y su privación como la excepción, *cfr.*, NIETO GARCÍA, L.C., “Derecho humanos e inmigración... [Documento en línea], loc. cit.

ma jurídico descrito, como es sabido, constituye el desarrollo directo del artículo 16.1 de la Constitución española, en el que se reconoce el derecho fundamental de libertad ideológica, religiosa y de culto, puesto en relación con el artículo 9.2 del mencionado texto legal, por el cual corresponde a los poderes públicos promover las condiciones y remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Este reconocimiento constitucional de la libertad religiosa, junto a la proclamación del principio de laicidad en el artículo 16.3 de la Constitución, ha hecho necesario garantizar su ejercicio por parte de todos los internos, con independencia de las creencias que profesen.

La citada y ya derogada *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, establecía en su artículo 26.2 la posibilidad de acordar judicialmente, con carácter preventivo o cautelar, el ingreso, en centros que no tuvieran carácter penitenciario, de extranjeros incurso en determinadas causas de expulsión, mientras se tramitaba el expediente. Al amparo de esta disposición, interpretada conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio, y configurada con una garantía adicional para evitar que el extranjero se sometiese al tratamiento propio de los establecimientos penitenciarios, se pusieron en marcha diversos centros de internamiento de extranjeros que, reitero, adolecían de una falta de regulación que venía originando innumerables problemas jurídicos y materiales. Al cometido de regular diversos y esenciales aspectos relativos a la creación de un estatuto jurídico de los extranjeros sometidos a dicha medida cautelar, a la delimitación de competencias, al establecimiento de un adecuado control judicial sobre los ingresos autorizados, o a la articulación de un mecanismo que permitiera gestionar y resolver las peticiones y quejas de tales extranjeros, se orientó el *Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985*, aprobado por el *Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero*, dedicando una sección específica a los aspectos principales de estos centros (arts. 108-113) y habilitando al Ministro de Justicia e Interior, hoy Ministro del Interior, en su artículo 113, para que dictase las normas precisas de funcionamiento interno de los centros de internamiento de extranjeros. A dicho objetivo se dirigió la ya citada y vigente *Orden de 22 de febrero de 1999* sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (B.O.E. 24-2-1999).

En fecha 11 de mayo de 2005, el Tribunal Supremo revocó algunos aspectos de dicha Orden Ministerial⁴³ al considerar ilegal, entre otros aspectos,

⁴³ El T.S. declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto en nombre y representación de las entidades Federación Andalucía Acoge, Asociación Andaluza por la Solidaridad y la Paz (Aspa) y Asociación de Mujeres Progresistas "La Mitad del Cielo", contra la sentencia que dictó la Sala

emplear fuerza física con el fin de restablecer la “normalidad”; la separación preventiva; y la limitación y restricción en las comunicaciones. En este sentido, señaló que no podía limitarse al extranjero internado el acceso directo al juez para quejarse y formular peticiones sobre el trato recibido, limitándolo como hacía la norma impugnada, al tener que presentarse directamente ante el director del centro. En la actualidad y a tenor del art. 62.6 LOEX, de las quejas que afecten a los derechos fundamentales de los internos conocerá el Juez que ejerce el control en la ejecución de la medida de internamiento (el Juez de Instrucción del partido judicial donde esté ubicado el CIE) y, en todo caso, las peticiones o quejas sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento podrán formularse, verbalmente o por escrito, ante el director o ante la autoridad competente.

Junto a la normativa ministerial, la legislación básica unilateral específica sobre los extranjeros y los centros de internamiento de extranjeros viene configurada, fundamentalmente, por la mencionada *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social* –reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre, y 2/2009 de 11 de diciembre–, donde en sus artículos 62 a 62 sexies, se atiende, de forma poco detallada, al funcionamiento, las medidas de seguridad y régimen interior de estos centros, así como los derechos, los deberes, la información y las reclamaciones de los extranjeros internados.

Estas previsiones legales dispuestas en la LOEX son desarrolladas, a su vez, por el *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*⁴⁴, por el que se aprueba su Reglamento, dedicando el Capítulo VI, del Título XI, a los centros de internamiento de extranjeros (arts. 153 a 155), y reconociendo a los internos en el art. 153.7 los *derechos no afectados por la medida judicial de internamiento*, en concordancia con lo ya establecido en el art. 62.bis de la LOEX.

de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de fecha 24 de enero de 2001 –recaída en los autos 495/99–, que casó y anuló, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento. En consecuencia anuló los artículos 30, apartados 1, 2, 3, 6, 8 y 9; el artículo 34 y el apartado 5 de artículo 33.

⁴⁴ Dicho Reglamento derogó el *Real Decreto 864/01* que regulaba el Reglamento para la ejecución de la LO 4/00 (reformada por la LO 8/00). Ya el Tribunal Supremo, anuló en Sentencia dictada el 20 de marzo de 2003, a instancia de Andalucía Acoge y de la Red Acoge, varios apartados de dicho Reglamento, al considerar que se limitaban derechos ajenos al derecho ambulatorio. En este sentido, declaró improcedentes las sanciones y el establecimiento de la periodicidad en las comunicaciones, estableciendo a los internos la única obligación de seguir las normas de convivencia, régimen interior, sanidad e higiene, así como conservar las instalaciones y mobiliario del centro.

4.2. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

Una vez detallada la normativa vigente, analizaré lo referido en ella al derecho de libertad religiosa. En este sentido, en la Orden de 1999, el art. 32 (capítulo V) regula lo concerniente a las prácticas religiosas, estableciendo que “la dirección del centro garantizará y respetará la libertad religiosa de los extranjeros ingresados, facilitando, dentro de las posibilidades económicas del centro, los medios para su *práctica*. Asimismo, facilitará que los extranjeros puedan respetar *la alimentación, los ritos y los días de fiesta* de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y las actividades del centro y los derechos fundamentales de los restantes extranjeros ingresados”.

A su vez, el ya derogado *Real Decreto 155/1996*, de 2 de febrero, de desarrollo de la Ley de Extranjería de 1985, regulaba la cuestión del derecho de libertad religiosa, en los siguientes términos: “se adoptarán las medidas necesarias para impedir restricciones del ejercicio de la *libertad religiosa* por parte de los internos”, (art. 111.5).

Actualmente, aunque la actual LOEX no hace un reconocimiento expreso del derecho a la libertad religiosa en favor de los extranjeros, su art. 23 contiene una clausula antidiscriminatoria que señala los tratamientos desiguales basados en la convicción religiosa como potencialmente discriminatorios, y en tal medida los prohíbe. Por tanto, según el citado precepto, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, *las convicciones y prácticas religiosas*, y que tenga como fin destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En todo caso, como ha quedado dicho con anterioridad, los internos son sujetos de derechos y titulares de los derechos fundamentales reconocidos en la C.E., a la vez que la Administración debe actuar sometida al principio de legalidad y, por tanto, puede restringir estos derechos únicamente cuando así lo prescriban las leyes o lo exijan las condiciones del centro y la prohibición ambulatoria a la que están sometidos, y siempre de manera proporcional. Consecuentemente, la libertad religiosa es uno de los derechos fundamentales que les asiste, cuyo alcance viene delimitado en la normativa citada, particularmente, en el art. 32 de la *Orden de 22 de febrero de 1999* sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los CIE; los arts. 23 y 62 bis de LOEX; y los arts. 2.1.b) y 2.3 de la L.O.L.R. de 1980.

De la interpretación conjunta de estos preceptos puede desprenderse el contenido y alcance otorgado al derecho de libertad religiosa de los extranje-

ros internados, tanto en su vertiente positiva como negativa. De un lado, expresamente se recoge el derecho a que la autoridad competente facilite a los internos el respeto a la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del centro, y los derechos fundamentales de los demás internos. La garantía de dicho derecho obliga a una actitud positiva por parte del centro de respetar las especificidades propias de cada creencia religiosa en lo que a alimentación, ritos y días festivos se refiere, proporcionando los medios necesarios para ello.

Igualmente, la dimensión subjetiva del derecho de libertad religiosa establece el derecho a profesar cualquier religión o a no profesar ninguna, sin que pueda existir discriminación alguna por la opción personal escogida. Dicho contenido queda expresamente recogido en la mención al derecho a la igualdad y eliminación de cualquier forma de discriminación por razón de las creencias religiosas.

También, la cláusula genérica de garantía y respeto, por parte de la dirección del centro, de la libertad religiosa, facilitando, dentro de las posibilidades económicas del centro, los medios para su ejercicio o práctica, a mi juicio, garantiza el derecho a dirigirse a una confesión religiosa para solicitar su asistencia religiosa⁴⁵, y el derecho a poder comunicarse con un ministro de culto acreditado, previa solicitud del interno por el conducto adecuado según el centro, para la realización de sus funciones propias, y en un espacio apropiado.

De otro, sin embargo, dadas las características propias del internamiento, fundamentalmente su provisionalidad y corta duración, no se prevé expresamente una vertiente negativa del ejercicio del derecho de libertad religiosa, referida al derecho a no ser obligados a practicar una religión, a no recibir a

⁴⁵ En este sentido, tanto la Iglesia Católica como las demás confesiones religiosas que poseen inscritos Acuerdos con el Estado español (FEREDE, FCI y CIE) poseen convenios de colaboración en los que se especifica qué actividades comprende la asistencia religiosa, aunque referidos concretamente al ámbito penitenciario. Al respecto, el art. 2 del Acuerdo sobre asistencia religiosa en centros penitenciarios entre la I.C y el Estado español establece que “La asistencia religiosa católica comprenderá las siguientes actividades: Celebración de la Santa Misa los domingos y festividades religiosas y potestativamente cualquier otro día. Visita a los internos así como recepción en su despacho, por parte del Sacerdote encargado de la asistencia religiosa, atención a los que deseen hacer alguna consulta o plantear sus dudas o problemas religiosos. Instrucción y formación religiosa y asesoramiento en cuestiones religiosas y morales. Celebración de los actos de culto y administración de los sacramentos. Aquellas otras actividades directamente relacionadas con el desarrollo religioso del interno. Colaboración en la humanización de la vida penitenciaria”. Igualmente, el art. 2 del *Real Decreto 710/2006* de desarrollo de los Acuerdos de cooperación firmados entre el Estado español y la FEREDE, FCI y CIE en el ámbito de la asistencia penitenciaria dispone que “Se considerarán funciones de asistencia religiosa las dirigidas al ejercicio del culto, la prestación de servicios rituales, la instrucción y el asesoramiento moral y religioso así como, en su caso, las honras fúnebres en el correspondiente rito”.

representantes religiosos contra su voluntad, o a rehusar enseñanza, asesoramiento o adoctrinamiento religioso. El respeto a esta dimensión negativa viene explícitamente reconocido en el art. 39 de la *Ley Orgánica de Reforma Penal del Menor*, al igual que en la L.O.L.R. y en la normativa internacional, y se traduce en que todo acto de naturaleza religiosa que se organice en un centro de este tipo tendrá carácter voluntario, y en que las actividades propias de las confesiones religiosas no pueden formar parte del régimen disciplinario del establecimiento. El hecho de no estar expresamente regulada esta vertiente negativa en la normativa estatal específica reguladora de la materia, entiendo no se debe a su no reconocimiento, sino a las peculiaridades propias de la permanencia de los extranjeros en estos centros, en los que por norma general no suelen organizarse ni preverse actividades propias de las confesiones religiosas. En todo caso, en el supuesto de la organización por parte del centro de actividades religiosas, evidentemente cobra toda su virtualidad el citado derecho en su vertiente negativa, y por tanto, los internos no pueden ser obligados a practicar una religión, ni a recibir a representantes religiosos contra su voluntad, y pueden rehusar la enseñanza, el asesoramiento o el adoctrinamiento religioso.

Por último, en lo que a los menores y la normativa internacional se refiere, resulta útil poner de manifiesto las *Reglas de las Naciones Unidas* para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su *resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990*⁴⁶. Dichas Reglas se aplican a todos los centros y establecimientos de detención de cualquier clase o tipo donde haya menores privados de libertad (parte II, apartado 15), y establecen, en particular, la obligación de los centros de garantizar una alimentación que satisfaga, “en la medida de lo posible”, las exigencias religiosas y culturales (parte IV, apartado D, número 37), y la autorización a todo menor ingresado a cumplir con sus obligaciones religiosas y satisfacer sus necesidades espirituales, permitiéndosele participar en los servicios o reuniones organizados en el establecimiento, o celebrar sus propios servicios y *tener en su poder libros u objetos de culto y de instrucción religiosa de su confesión*, e incluso, cuando exista un número suficiente de menores que profesen una determinada religión, previa solicitud de ellos, permitir nombrar o admitir a uno o más representantes autorizados de ese culto (parte IV, apartado G, número 48). Igualmente, en sentido negativo, tendrán derecho los menores a no participar en servicios religiosos y rehusar la enseñanza, asesoramiento y adoctrinamiento religioso (*idem*).

De esta normativa internacional se desprende un aspecto no reflejado expresamente en la legislación interna, aunque no por ello no aplicable: dere-

⁴⁶ Junto a la Convención de los Derechos del Niño, adoptada en *resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/25 de 20 de noviembre de 1989*.

cho de los internos a tener en su poder libros u objetos de culto y de instrucción religiosa propia de su confesión. La garantía general de facilitar el ejercicio de los derechos de los internos (recogida en el citado artículo 62 bis) de la LOEX), entre ellos la libertad religiosa, unida al principio de la interpretación de las normas en el sentido más favorable al reconocimiento de los derechos fundamentales, permite afirmar que los internos tienen derecho a contar con publicaciones de carácter religioso, u objetos de culto.

Por tanto, del alcance otorgado al derecho de libertad religiosa de los internos por la normativa detallada se desprende una vertiente positiva –derecho a practicar la propia religión o convicciones, a respetar los dogmas y a recibir visitas– que plantea determinadas dificultades, pues exige establecer un cauce de comunicación entre los internos y sus confesiones para hacerles llegar las demandas de auxilio espiritual, y diseñar un procedimiento de acceso de las confesiones al centro y de desarrollo de actividades religiosas de forma compatible con la seguridad y su régimen de organización y funcionamiento. Su vertiente negativa, en cambio, plantea menores problemas, por la propia condición del internamiento acordado (de corta duración).

Para concluir, quisiera referirme a un último aspecto, recogido en el art. 16.2 de la C.E., del que se extrae que ningún interno puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. No obstante, en los centros que tratamos, dada la peculiaridad de la relación jurídica que se establece, se encuentra la necesidad de que la dirección del centro conozca las creencias religiosas de los internos para así poder respetar sus necesidades de alimentación y días festivos, y programar y organizar las prácticas y servicios religiosos al respecto. Esta intromisión en la esfera íntima de las creencias de las personas es legítima en la medida en que resulte proporcionada para el efectivo reconocimiento y el ejercicio de concretos derechos, y siempre que se entienda que nunca podrá conllevar el interrogatorio directo a los internos acerca de sus creencias⁴⁷.

4.3. LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

Es sabido que el ejercicio de ninguna libertad o derecho fundamental es de por sí absolutamente ilimitado. De hecho, sólo cabe admitirlo como legítimo siempre y cuando se realice dentro de sus límites específicos. En este sentido, el T.C. entiende que la limitación de derechos fundamentales en una democracia sólo se justifica en aras a la defensa de los propios derechos fundamentales, cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos, y por otra, ponen en peligro el ordena-

⁴⁷ *Cfr.*, RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La libertad religiosa en...*, ob. cit., p. 67.

miento objetivo de la comunidad nacional (STC 6/1981 de 14 de julio).

Con la limitación de los derechos fundamentales se alude a toda acción jurídica que haga posible una restricción de las facultades que constituyen parte del contenido de los citados derechos. Debe aclararse que los límites a la libertad religiosa sólo son posibles respeto de su ejercicio o manifestaciones, por lo que el tener o no unas creencias religiosas, así como el declararlas o abstenerse de hacerlo, no puede ser objeto de límite alguno⁴⁸. En todo caso, si no cabe considerar a los derechos como absolutos, con mayor medida podrá atribuirse dicho carácter a los límites a los que puede someterse su ejercicio, pues se configuran como excepciones ante el reconocimiento constitucional del derecho. Por ello, la imposición de límites a un derecho fundamental siempre ha de respetar unos principios o reglas, reducidas básicamente a la necesidad, la justificación y la proporcionalidad, y a que en ningún caso podrán afectar a su contenido esencial (art. 53 C.E.).

En el caso de la libertad religiosa, ésta ha de armonizarse con el igual derecho de todos los demás a su propia libertad y con las demás libertades o derechos. El art. 16 de la C.E. señala a la libertad religiosa el límite genérico que se deriva del mantenimiento del orden público protegido por la ley. También, de su art. 10.1 se desprende como límite el respeto a los derechos de los demás⁴⁹, fundamento del orden político y de la paz social, y límite general del ejercicio de todo derecho fundamental. En igual sentido, la L.O.L.R. de 1980 señala, junto a la protección de los derechos de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, los límites del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática, cuyos elementos constitutivos los especifica en la salvaguarda de la seguridad, la salud y la moralidad pública (art. 3.1).

Por tanto, la cuestión de los límites al ejercicio de la libertad religiosa parece girar en torno a la noción de orden público, que por otro lado resulta difícil de configurar. El T.S. entiende que dicha noción está integrada por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada (STS 5/4/1966). La doctrina insiste en la necesidad de poner en relación el concepto de orden público con lo establecido en el art. 10.1 C.E., y por ello, considera el orden público como

⁴⁸ En igual sentido, CONTRERAS MAZARÍO, J.M^a., "La Igualdad y la Libertad Religiosas en las Relaciones de Trabajo", en *Documentación jurídica*, 70, 1991, p. 293.

⁴⁹ En este sentido, la libertad religiosa no puede ejercitarse para agraviar las restantes creencias, y no comporta el derecho a la prohibición de la propaganda contraria a las propias creencias. De hecho, según la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el proselitismo es un derecho inherente a la libertad religiosa e ideológica, sin el cual éstas no tendrían sentido (Sentencia TEDH, 25 mayo de 1993).

una institución dirigida a la protección de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, y no simplemente a limitar el ejercicio de los derechos⁵⁰.

En todo caso, el orden público no es el único límite existente al ejercicio de la libertad religiosa, como ha podido comprobarse. De hecho, también la normativa internacional ha ido formulando límites al mencionado derecho, estableciéndolos en torno a los derechos y libertades de los demás, las justas exigencias de la moral y el bienestar general (art. 29.2 de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*); la seguridad pública, la protección del orden, la salud y la moral pública, o la protección de los derechos y libertades de los demás (art. 9.2 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, Convenio de Roma de 1950); y en términos análogos el art. 18 del *Pacto internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, que los configura en la seguridad, el orden y la salud o moralidad pública.

En consecuencia, los límites al ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto en el ordenamiento jurídico español, con carácter general, son el orden público –integrado por tres diferentes elementos concretados en la seguridad⁵¹, la salud⁵² y la moralidad pública⁵³–, y el ejercicio de los derechos de los demás.

⁵⁰ Vid., MARTÍN SÁNCHEZ, I., “La libertad religiosa e ideológica”, p. 15. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1248355663_isidoro_martin.pdf, [consulta el 20/10/2010].

⁵¹ Pese a que la noción de orden público y seguridad pública se encuentran muy próximas, el T.C. ha considerado que son distintas, entendiendo que la seguridad presenta un alcance mucho más preciso y delimitado que el orden público y que ha de considerarse como incluida en ésta noción. Así, la expresión seguridad pública se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y de bienes, y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano (STC 18/1981 de 8 de junio, STC 33/1982 de 8 de junio FJ 3º).

⁵² Según la STC 154/2002 de 18 de julio en su FJ 3º, la salud mencionada en la L.O.L.R. se refiere a la salud pública. Dicho límite imposibilita ejercitar la libertad religiosa para la difusión de doctrinas o la realización de actividades contrarias a la salud pública, y negarse a tratamientos sanitarios sin los cuales existiría un riesgo para la misma. La mayor dificultad viene configurada por la cuestión de si la salud propia constituye un límite a la libertad religiosa. En el tema que nos ocupa, el planteamiento haría referencia a cuando un extranjero retenido hace huelga de hambre por cuestiones religiosas, o se niega a recibir asistencia médica. El T.C., en el ámbito penitenciario, resolvió en sentencia 120/1990 de 27 de junio (FJ 6º) que la Administración está obligada a velar por la vida de los reclusos. No obstante, posteriormente, en STC 27 junio 1997, estableció la necesidad de respetar la decisión del retenido adulto mientras no vulnere otros derechos, ni lesione la salud pública u otros bienes que exijan especial protección, vid., MARTÍN SÁNCHEZ, I., “La libertad religiosa...”, loc. cit., p. 19. [Documento en línea], cit.

⁵³ Esta noción fue duramente criticada pues su origen se encuentra en la *Ley de Libertad Religiosa de 1967* donde hacía referencia a una moralidad particular, la católica. Actualmente, tras la jurisprudencia sentada por el T.C., ha de entenderse por “moralidad pública” el respeto “al mínimo ético acogido por el derecho” y no como el concepto que de ella tenga una concreta confesión religiosa (STC 62/1982 de 15 de octubre), en GARCÍA COSTA, F.M., “Los límites de la libertad

No obstante, el ejercicio de la libertad religiosa en los determinados centros que se estudian (CIE), a su vez, debe ajustarse a las características peculiares de la relación jurídica que se establece entre el extranjero interno (retenido) y la dirección y trabajadores del centro o, en su caso, cualquier otra autoridad competente en la ejecución de la medida, lo que conlleva unas mayores restricciones, recogidas en los citados arts. 62 bis 1. c) de la LOEX, y 32 de la Orden de 1999, y constituidas específicamente por el contenido y la finalidad de la medida judicial de ingreso acordada, los derechos fundamentales de los demás internos, las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y la vida del centro y, fundamentalmente, por las derivadas de su situación de internamiento y establecidas a su libertad ambulatoria. Por tanto, la estructura y organización del centro y el régimen de vida establecido será condicionante del ejercicio de esa libertad religiosa, pero nunca otorga a la autoridad competente una potestad discrecional de restricción, pues, como se dijo, ésta se encuentra sujeta al principio de legalidad, ha de ser lo menos restrictiva posible y debe siempre responder al criterio de proporcionalidad. Las mayores limitaciones al ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito que nos ocupa sólo serán admisibles en tanto resulten indispensables para el cumplimiento de la medida cautelar impuesta (STC 21/1981, FJ 15°).

En definitiva, el extranjero, por el hecho de serlo, no deja de ser un ser persona titular de unos derechos que son fundamento del orden político y de la paz social, y que forman un mínimo que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, como afirma el Tribunal Constitucional, “sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.” (STC 120/1990, FJ 4°).

5. CONSIDERACIONES FINALES Y SUGERENCIAS DE MEJORA

Tras lo detallado, el tema de los extranjeros internados en los denominados CIE plantea ciertas dificultades a la hora de verificar la garantía de los derechos fundamentales, entre ellos la libertad religiosa, y su efectivo ejercicio. De inicio, ya resulta opinable la imposición, de hecho, a personas que únicamente han cometido una falta administrativa, de la sanción más severa que nuestro ordenamiento contempla, la pena privativa de libertad, establecida en la Constitución como excepción al derecho a la libertad (art. 17). Sin embargo, no hay que olvidar que estamos ante una medida *cautelar* y de carácter judicial que aunque afecta a un derecho fundamental de la persona, trata de religiosa en el derecho español”, en *Dikaion*, noviembre, vol. 21, núm. 016, Colombia, 2007, pp. 204-205.

garantizar la ejecución de una decisión administrativa adoptada por la autoridad gubernativa competente cuya legalidad no va a ser discutida ante el juez que acuerda el internamiento, sino ante la jurisdicción contenciosa-administrativa. La propia constitucionalidad de la medida, puesta en entredicho ante el T.C., fue confirmada con base en la necesidad de su carácter judicial motivado, su límite temporal y su necesario cumplimiento en centros de carácter no penitenciario, y sin menoscabo de su configuración como medida cautelar, a valorar por el órgano judicial. Su posible aplicación como una verdadera sanción, ignorando en gran medida este carácter de medida cautelar, constituye uno de los principales problemas a solucionar. Ha de recordarse que la sanción principal frente a la irregularidad de estancia en el territorio español es la multa, requiriendo la expulsión una motivación específica más allá de la permanencia irregular del extranjero. Por ello, es altamente relevante atender al arraigo, la existencia de vínculos familiares, o de hijos con nacionalidad española o con residencia legal, al igual como importante es considerar la posibilidad de la inviable ejecución de la expulsión, en caso de acordarse.

Pese a ello, la falta de garantías constitucionales en comparación con las previstas por la normativa penitenciaria para las personas privadas de libertad por la comisión de un delito tipificado en el Código Penal, es perceptible. En la práctica, son muchas las organizaciones públicas y privadas que denuncian el tratamiento que reciben las personas retenidas en estos centros por la carencia de un régimen interno de organización y funcionamiento desarrollado en una norma con rango adecuado. Las citadas lagunas legales los convierten en un campo abierto para la arbitrariedad, y en la práctica provocan que la monitorización de los derechos de los extranjeros recaiga exclusivamente sobre la Dirección General de la Policía, lo que da lugar a posibles situaciones de arbitrariedad, abusos o desamparo.

El internamiento del extranjero irregular en un CIE se realiza a la espera de una orden de expulsión que en algunos casos no llega a dictarse (se impone una multa en su lugar) y que en otros muchos no podrá ejecutarse. No obstante, se le ingresa en un centro privándole de su libertad ambulatoria y sin que la legislación vigente garantice convenientemente un verdadero control judicial, ni establezca con claridad cómo han de resolverse las diferentes cuestiones que surgen durante el internamiento, y ello teniendo en cuenta que con el internamiento no se pretende combatir la criminalidad sino reprimir la inmigración irregular (en el caso de los supuestos de expulsión) o restituir la legalidad (en los supuestos de internamiento por devolución o retorno).

Considero necesario plantearse la necesidad de un mayor y mejor desarrollo normativo relativo a la organización y funcionamiento de estos centros, similar al establecido para los centros penitenciarios –al menos en cuanto a lo

que a las garantías legales de respeto y ejercicio de derechos fundamentales en dichos establecimientos se refiere–, y en una norma de rango superior –dado que se trata de la restricción de un derecho fundamental–, aunque sin soslayar el carácter cautelar o preventivo de la medida de internamiento adoptada para los extranjeros y la correspondiente brevedad de la estancia en el centro (en todo caso, nunca superior a 60 días), lo que quizá haga excesivo instaurar un sistema de cooperación entre la Comunidad Autónoma y las confesiones religiosas similar al existente para los centros penitenciarios.