

INFORME SOBRE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE DIVERSOS PRECEPTOS DE LA LEY ORGÁNICA 14/2003.*

ARTÍCULO PRIMERO. PUNTO TREINTA Y OCHO. QUE INTRODUCE UNA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA A LA LEY 4/2000, MODIFICADA POR LA 8/2000. Lugares de presentación de solicitudes y exigencia de comparecencia personal.

El artículo 4 de la nueva Ley Orgánica 14/2003, cumple con el objetivo de amparar la regulación que en sus tres artículos precedentes realiza de los procedimientos administrativos en materia de extranjería y que suponen la introducción de variantes en la regulación común del procedimiento administrativo. Así modifica la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, introduciendo una nueva Disposición Adicional decimonovena por la que se establece una excepción a su aplicación general, estableciendo que los procedimientos regulados en la LO 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la 8/2000, se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la Ley 30/1992.

El Art. 1º de la nueva Ley introduce una nueva Disposición adicional Tercera de la LO 4/2000, que contiene dos importantes alteraciones al régimen común establecido por la Ley 30/92. **Por un lado se modifica el régimen de representación en el Derecho administrativo y, por otro, cambia la tradicional regulación de los lugares de presentación de solicitudes a la Administración.**

1. Respecto a los lugares de presentación de solicitudes, la nueva regulación establece que cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a autorizaciones de residencia y trabajo **en los registros de los órganos competentes para su tramitación.**

Con esta nueva regulación desaparece la posibilidad de presentación de solicitudes establecida en la LRJAP-PAC (art. 38.4), aplicable a la generalidad de administrados cuando se encuentran en territorio español en desarrollo de ese carácter instrumental de la Administración que consagró la Constitución, **no siendo ahora posible la presentación de solicitudes relativas a autorizaciones de residencia y trabajo, en los registros administrativos de cualquier órgano administrativo** ya sea

* Los tres primeros puntos de este informe están basados en la Ponencia presentada por el Profesor Estanislao Arana García, “Huida de las garantías procedimentales ‘comunes’ en la reforma de la Ley de extranjería (Ley 14/2003)”. Jornadas de la RED ACOGE, sobre inmigración y derechos en la reforma de la Ley 14/2003, Alcalá de Henares, 16 de diciembre de 2003.

de la Administración del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Administración Local, en caso de convenio; tampoco sería posible la presentación en las oficinas de correos, ni la presentación telemática (la Orden del Ministerio del Interior de 13 de noviembre de 2003, establece una relación de los procedimientos y actuaciones competencia de este Ministerio que podrán utilizar el Registro telemático creado expresamente en el mismo, entre los que no se encuentran los procedimientos en materia de extranjería).

Con esta regulación más que sustancial, entendemos que se limitan o se hace desaparecer algunas de las más importantes garantías procedimentales de nuestro Derecho Administrativo, en aras a una pretendida mejora de la gestión, como se recoge en la exposición de motivos de la nueva ley. El principio de eficacia se convierte así en la justificación de una pérdida importante de garantías para el administrado, sin un correlato de beneficios para el mismo. No habría un equilibrio entre los privilegios y las garantías del poder público, vulnerándose la esencia del Derecho administrativo.

La LPAC de acuerdo con su exposición de motivos, trata de vincular al mismo legislador estatal o autonómico para que sea cuál sea la regulación específica o sectorial que realicen del procedimiento administrativo, se respeten las garantías establecidas en la misma, para garantizar que todos los administrados tengan un tratamiento común ante todas las administraciones públicas:

“La Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos *ratione materiae* que deberán respetar, en todo caso, estas garantías.”

Criterio mantenido igualmente por al Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre.

La nueva regulación que del procedimiento administrativo en materia de extranjería se realiza, tiene lugar mediante una norma con rango de Ley Orgánica, pero en todo caso esta regulación debe respetar los principios constitucionales que tienen una operatividad directa o indirecta sobre el procedimiento, positivizados en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

La misma exposición de motivos de la LPAC, hace referencia a que con la regulación contenida en la LPAC en esta materia: “cobran especial relevancia los principios de cooperación, coordinación y colaboración, posibilitando el que los ciudadanos puedan presentar las solicitudes, escritos y comunicaciones que dirijan a las Administraciones Públicas en los registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado o a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, al margen de las restantes posibilidades ya establecidas o que se establezcan. A tal efecto se prevé que, mediante convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas, se implanten sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen la compatibilidad informática y la transmisión telemática de los asientos”.

Así, entendemos que la regulación se ha realizado en la nueva Ley 14/2003, sobre el lugar de presentación de solicitudes, **estaría vulnerando los principios de cooperación, coordinación y colaboración entre las Administraciones Públicas, que**

se encuentran reconocidos en el art. 103.1 de la Constitución. La jurisprudencia en línea con la exposición de motivos, ha interpretado de manera amplia este precepto, así STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 16 de octubre de 2003 (Ar 120292); SSTSJ (Sala de lo Social) de Castilla y León de 19 de octubre de 1993 (Ar. 4493) y de 24 de mayo de 1995.

También esta limitación para la presentación de solicitudes ante la Administración, puede **vulnerar el “derecho del extranjero al procedimiento administrativo”, del art. 105.c) CE, derecho que a su vez forma parte, según la jurisprudencia del derecho constitucional, a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24 de la CE.** Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991 (Ar 5286) y de 1 de octubre de 2002 (Ar 7742).

Como nos recuerda el profesor Arana, “Se trata de una extensión del principio o garantía a la tutela judicial al proceso que se concreta en el derecho a ser parte en el proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (entre otras, véase STC 115/1984, de 3 de diciembre

Con la limitación en cuanto a los lugares de entrega de las solicitudes se puede estar dificultando el derecho a que se tramite un procedimiento administrativo que termine en una resolución que, en caso de ser negativa o denegatoria, podría terminar con un recurso ante los Tribunales”.

También cabría considerar que las restricciones sobre el lugar de presentación de las solicitudes están vulnerando **el principio constitucional pro actione o favor actionis**, que también forma parte de la tutela judicial efectiva, que exige siempre una interpretación de las normas que rigen el acceso a los Tribunales y a la Administración del modo más favorable para la acción y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquellas normas procesales (SSTC 78/1991, de 15 e abril; 120/1993, de 19 de abril; 132/1997, de 15 de julio y 207/1998, de 2 de diciembre).

2. Sobre la exigencia de comparecencia personal en las solicitudes

Como hemos comentado, el Art. 1º de la nueva Ley introduce a través de una nueva Disposición Adicional Tercera de la LO 4/2000, una segunda alteración al régimen común establecido por la Ley 30/92, **modificando el régimen de representación en el derecho administrativo en los procedimientos de extranjería.** Esta norma diferencia entre las solicitadas en territorio español y fuera de territorio español:

“1. Respecto a los lugares de presentación de solicitudes, la nueva regulación establece que cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a autorizaciones de residencia y trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.

*2. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, **la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación aquél resida.** Excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficina o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá acordarse de que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de presentación de solicitudes y recogida de visado de estancia, tránsito de residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites podrán realizarse mediante representante debidamente acreditado.

En cualquier caso, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal.

3. Asimismo, no se requerirá la comparecencia personal en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos contemplados en un convenio o acuerdo internacional, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el mismo.”

De acuerdo con esta nueva redacción, tanto en los órganos administrativos situados en nuestro país, como en los situados en el extranjero, la actuación administrativa mediante representante se convierte en regla excepcional, exigiéndose como regla general la comparecencia personal en la presentación de solicitudes de autorizaciones de residencia o trabajo.

Así, cuando el sujeto legitimado se encuentra en territorio español, ya sea el trabajador o el empleador, deberá realizar la solicitud personalmente, salvo que en este último caso esté constituido legalmente como empresa o persona jurídica, y por impedir su propia naturaleza la personación, se deba realizar por quien ostente la representación legal empresarial, para lo que habrá que estar a lo establecido en la legislación mercantil con relación a la misma, o de asociaciones o fundaciones en su caso.

Desaparece la posibilidad de actuar mediante representante en las solicitudes de estos procedimientos administrativos, donde lo realizado por el representante tiene los mismos efectos que si hubiese sido realizado por el representado, tal y como se recoge en el art. 32 de la LPAC, que permite la representación del interesado por cualquier persona con capacidad de obrar sin ninguna limitación, debiéndose acreditar la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado, en el caso concreto de formulación de solicitudes . Es de acuerdo con el principio constitucional a favor de la acción, que el art. 32.4 de la LPAC establece una serie de consideraciones para el caso de ausencia o insuficiencia de la acreditación, conforme a la que no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo o de un plazo superior cuando las circunstancias así lo requieran.

Sólo se permitirá por tanto la actuación por representante en los procedimientos ante órganos administrativos españoles situados en el extranjero, de forma excepcional, cuando el interesado no resida en la población que tenga oficinas consulares o diplomáticas y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento hasta las localidades donde se encuentren éstas. Pero como se ve, esto no será automático, es decir, no se reconoce el derecho a actuar a través de representante tal y como se recoge en la LPAC, antes expuesto, sino que en todo caso, tendrá que solicitar el interesado, que se le exima de esa presentación personal. No puede entenderse este nuevo requisito que dificulta enormemente el acceso al procedimiento cuando, además aún habiendo sido autorizada la presentación a través de representante, la Disposición Adicional Tercera habilita a la misión diplomática u oficina consular para requerir si lo estima necesario la comparecencia personal del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal. Entendemos que se otorga un poder discrecional a la misión diplomática u oficina consular para que aún habiendo autorizado la presentación a través de representante, pueda “no fiarse de la representación” solicitando la comparecencia personal para mantener una entrevista personal.

Pero esta nueva regulación no sólo reduce o limita el derecho común de representación, sino que además, supone una derogación tácita del art. 20.3 de la LO 4/2000, modificada por la 8/2000, modificando el criterio mantenido en este artículo, en el que se establecía una presunción de representación a favor de las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos, que aunque se les pudiera seguir considerando como interesados en el procedimiento, no podrán actuar como representantes del extranjero en estos procedimientos.

Al igual que hemos expuesto en el caso del lugar de presentación de solicitudes, entendemos que la limitación al derecho de representación administrativa, en un procedimiento ya suficientemente gravoso para el interesado, vulnera el principio de tutela judicial efectiva ya que se impide o dificulta enormemente el ejercicio del derecho al procedimiento administrativo, olvidando la doble finalidad de todo procedimiento administrativo, de dar satisfacción a las necesidades públicas, sin olvidar las garantías debidas al administrado.

ARTICULO PRIMERO. PUNTO TREINTA Y NUEVE. QUE INTRODUCE UNA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA A LA LEY 4/2000, MODIFICADA POR LA 8/2000. Inadmisión a trámite de solicitudes. Referido a los supuestos 1, 3,4,7 y 8.

Como ya se ha comentado anteriormente el artículo 4 de la nueva Ley Orgánica 14/2003, cumple con el objetivo de amparar la regulación que en sus tres artículos precedentes realiza de los procedimientos administrativos en materia de extranjería y que suponen la introducción de variantes en la regulación común del procedimiento administrativo. Así tras la STS de 20 de marzo que había declarado ilegales algunos por contravenir la LPAC, quedan ahora elevados a rango de Ley y con este artículo 4 que establece el carácter supletorio de esta ley, esta contradicción ha quedado salvada.

El art. 1 de la Ley 14/2003 introduce una nueva disposición adicional cuarta en la LO 4/2000, modificada por la 8/2000, que tiene por finalidad habilitar al órgano encargado de resolver las solicitudes en el ámbito del procedimiento administrativo de extranjería para inadmitir a trámite solicitudes cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

1. Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación.
2. Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido.
3. Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado.
4. Cuando conste en un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa.
5. Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España.
6. Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento.
7. Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del art. 31, apartado 3.
8. Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por ley.

En nuestro derecho positivo como nos recuerda la doctrina, son muy pocos los procedimientos administrativos en los que se introduce el filtro previo de la inadmisión a trámite. El perjuicio que supone la inadmisión a trámite, puesto de manifiesto por la jurisprudencia, es considerado razón suficiente como para tratar con suma cautela este supuesto. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1988 (Ar 9264) ha señalado que la inadmisión a trámite de las solicitudes administrativas causa indefensión, en cuanto cierra el paso a una resolución administrativa expresa sobre lo que una cuestión de fondo, o íntimamente ligada con ella, **violando así el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE)**.

Pero además en los casos en que el derecho positivo introduce la posibilidad de inadmisión a trámite, como por ejemplo en el caso de otro procedimiento administrativo relacionado con extranjeros como es el asilo, ésta contiene muchas más garantías que las que se recogen en la nueva regulación de extranjería, como es en ese caso la posibilidad de reexamen, que suspenderá los efectos de la inadmisión a trámite y estableciendo la figura del silencio positivo en caso de no resolución del reexamen en plazo.

Entendemos que además de que la inadmisión a trámite de solicitudes puede, por sí misma, suponer una **vulneración de la tutela judicial efectiva** tal y como lo ha declarado el Tribunal Supremo, se ha realizado una muy deficiente regulación de dudosa constitucionalidad en los supuestos 1, 3,4,7 y 8, que supone una pérdida importantísima de las garantías para el acceso al procedimiento, como la posibilidad de subsanación (art. 71)LPAC; el no haber previsto situaciones excepcionales en los que la presentación personal sea imposible; así como **la vulneración del art. 24.2 CE con la posibilidad regulada en el punto 4**, de inadmisión por constar en un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión, sin necesidad incluso de que haya recaído resolución, que entendemos iría en

contra del principio **de presunción de inocencia y del principio de imparcialidad recogido en el art. 103.3 de la CE**

STS de 3 de julio (Ar 5431); STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 10 de noviembre de 1998 (Ar 4255); STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2002.

ARTÍCULO UNO, APARTADO TREINTA Y TRES DE LA LEY 14/2003, que modifica los apartados 2 y 3 del art. 63 de la Ley 4/2000, modificada por la 8/2000, respecto a su párrafo **tercero del apartado 2.**

El Artículo uno, apartado treinta y tres, modifica los apartados 2 y 3 del art. 63 de la Ley de 4/2000, relativos al procedimiento preferente de expulsión, quedando redactado de la siguiente forma:

“Si el interesado, o su representante, no efectuase alegaciones sobre el contenido de la propuesta o si no se admitiesen, por improcedentes o innecesarias, de forma motivada, por el instructor las pruebas propuestas, sin cambiar la calificación de los hechos, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver”.

En este nuevo párrafo se introduce la posibilidad de que la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador en materia de extranjería pueda convertirse, directamente, en propuesta de resolución. Previsión ya contenida en el art. 102.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería, pero ahora lo eleva a rango legal.

Esta posibilidad de que el acuerdo de iniciación de los procedimientos sancionadores administrativos se conviertan en propuestas de resolución, se contiene con carácter general, en el Art. 13.2 del RD 1398/1993 por el que se regula el procedimiento común de ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Sin embargo la nueva regulación es más restrictiva pues permite este procedimiento no sólo cuando el interesado o su representante no haga alegaciones sobre el contenido de la propuesta, sino también cuando éstas no sean admitidas por improcedentes o innecesarias.

Pero respecto a la constitucionalidad del precepto, que ahora no atañe, entendemos que con esta forma de proceder en los caso de procedimientos sancionadores de extranjería, **se vulneraría el derecho de todo procedimiento sancionador como es el deber de notificación de la resolución por la que se rechacen las pruebas propuestas por los administrados** (STC 116/1997 y STS de 26 de octubre de 1997 – Ar. 6902-). Notificación de la resolución denegatoria de la prueba propuesta que permite la impugnación de este acto de trámite de acuerdo con el art. 107.1 LPAC . En este caso evidentemente tratándose de la posibilidad de expulsión del territorio español, se trataría de un acto de trámite que puede provocar indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, **contraviniendo por tanto, el art. 24.1 CE.**

De la misma forma, **si la nueva redacción del art. 63.2, se interpreta como que la propuesta de resolución no se notifica al inculpado sino que directamente se remite a la autoridad competente para resolver,** entendemos que de acuerdo con la

Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1989, **la no notificación de la propuesta de resolución al inculpado supone una vulneración del derecho de defensa y a conocer la acusación, del art. 24.2 CE**, vulneración no susceptible de sanación en el contencioso posterior, como se establece en el art. 19 del RD 1398/1993. (STC 160/1994).

ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY 14/2003:

PUNTO TREINTA Y CINCO. POR EL QUE SE MODIFICA EL ART. 66 DE LA LEY 4/2000, MODIFICADA POR LA 8/2000. En concreto el ahora art. 66.1; El Párrafo 2º del 66.2; Relativos a la cesión de datos de pasajeros por las compañías de transporte.

PUNTO CUARENTA. POR LA QUE SE INTRODUCE UNA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA A LA LEY 4/2000, MODIFICADA POR LA 8/2000. Referido a su apartado 2º. Relativa al acceso a los datos del padrón por parte de la Administración General del Estado.

ARTÍCULO TERCERO. PUNTO 3. Que modifica el Art. 16.3 de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del régimen Local;

RELATIVAS A LA CESIÓN DE DATOS A LA AUTORIDAD GUBERNATIVA POR LAS COMPAÑÍAS DE TRANSPORTE Y EL ACCESO A LOS DATOS DEL PADRÓN, SIN CONSENTIMIENTO PREVIO DE LOS INTERESADOS.

Todos estos preceptos van referidos a la cesión y acceso vía telemática, sin consentimiento previo del interesado, de datos de carácter personal, bien por parte de las compañías aéreas, bien por las administraciones públicas, y en especial el padrón municipal, con la finalidad todas ellas, según viene reflejado, de control y permanencia de los extranjeros en España, y para el ejercicio de las competencias propias de las administraciones públicas y en especial las derivadas de la aplicación de la normativa de extranjería. En este sentido nuestro tribunal Constitucional, en su sentencia de 30 de Noviembre de 2000, que declara inconstitucional algunos preceptos de la ley de protección de datos, establece unos límites que a continuación recogemos y que creemos justifica sobradamente la inconstitucionalidad de algunos incisos de esos preceptos a los que al final nos referiremos.

El artículo 18.4 de la CE. según tiene declarado la STC 254/1993 es un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor. La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático ("habeas data") y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, FJ 5, 94/1998, FJ 4). El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos e impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información, no reduciéndose esta protección solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier dato de carácter personal, sea o no íntimo, alcanzando incluso a los que sean públicos.

El derecho fundamental a la protección de datos posee una peculiaridad al conferir a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 89/1987, de 3 de junio, FJ 3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo), el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: **garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos;** en definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, FJ 7). Estas prescripciones son aplicables tanto a la protección frente al Estado o frente a los particulares.

Evidentemente este derecho no es absoluto, y como otros está sometido a unos límites, y aquí es donde debemos analizar si la normativa introducida por la LO 14/2003 respecta o no esos límites, ya que de no respetarlos, sería tanto como negar el contenido esencial del derecho, pudiendo ser los incisos que señalaremos inconstitucionales.

La propia Constitución menciona en el art. 105 b) que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos "salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas" (en relación con el art. 8.1 y 18.1 y 4 CE), y en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que **la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional**, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana. Bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE (por citar las más recientes, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.a; ATC 155/1999, de 14 de junio). El convenio Europeo de 1981 para la Protección de personas respecto al Tratamiento Automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de Enero, en su artículo 9 tiene en cuenta esas exigencias, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien refiriéndose a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH, aplicable también al tráfico de datos de carácter personal, reconociendo que pudiera tener límites como la seguridad del Estado (STEDH caso Leander, de 26 de marzo de 1987, ññ 47 y sigs.), o la persecución de infracciones penales ("mutatis mutandis", SSTEDH, casos Z, de 25 de febrero de 1997, y Funke, de 25 de febrero de 1993), ha exigido que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, así como esos límites respondan a una necesidad social imperiosa y adecuados y proporcionados para el logro de su propósito, (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; "mutatis mutandis", caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997).

Si esos límites son tan amplios, como lo son en los preceptos cuya

impugnación postulamos, "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección" STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8).

Por ello lo importante será analizar si cuando el art. 66 en su apartado 1º dice "**... a efectos de combatir la inmigración ilegal...**", o en el párrafo 2º del apartado 2º, dice "**...a los efectos indicados en el apartado anterior...**" en lo referido a combatir la inmigración ilegal, o en la Disposición adicional 5ª apartado 2º cuando dice "**para la exclusiva finalidad de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración General del estado competentes en los procedimientos regulados en esta ley orgánica y sus normas de desarrollo tienen encomendadas...**" o lo regulado en la modificación al art. 16.3 de la ley 7/85 de bases de régimen local, cuando dice "**los datos del padrón municipal se cederán a otras Administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo al afectado solamente cuando sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes...**" o por último en la disposición Adicional 7ª cuando dice "**Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España, la dirección General de la policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática...**" si se ha superado el límite constitucionalmente admisible, o si por el contrario lo habremos vaciado de su contenido esencial, siendo por tanto inconstitucional esta regulación.

Esas limitaciones para que superen el tamiz constitucional han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8 y las allí citadas) y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas (SSTC 11/1981, FJ 5, y 196/1987, FJ 6). Pues en otro caso incurrirían en la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE. La restricción de este derecho no puede estar basada, por sí sola, en la actividad de la Administración Pública. Ni es suficiente que la Ley apodere a ésta para que precise en cada caso sus límites, limitándose a indicar que deberá hacer tal precisión cuando concurra algún derecho o bien constitucionalmente protegido. Es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, es él quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias. Pues en otro caso el legislador habría trasladado a la Administración el desempeño de una función que sólo a él compete en materia de derechos fundamentales en virtud de la reserva de Ley del art. 53.1 CE, esto es, establecer claramente el límite y su regulación. Por ello entendemos que la posibilidad de acceso o cesión de datos, basadas en el ejercicio de las competencias de una ley administrativa, que no penal, así como a los efectos de combatir la inmigración ilegal, que es una mera infracción administrativa, por lo que al extranjero se refiere, no puede suponer la restricción del derecho del art. 18.4 de la C.E., debiendo quedar este límite exclusivamente para la persecución de las infracciones penales relacionadas con la inmigración clandestina, arts. 318 bis y 313 del Código Penal, donde precisamente el extranjero es el sujeto pasivo o víctima, y no responsable de las mismas. En este sentido se pronunció el informe a

estos preceptos de la Agencia de protección de Datos, donde la posibilidad de acceso y cesión sin autorización del interesado se circunscribe a la prevención y persecución de infracciones penales y garantía de seguridad pública. Los incisos antes señalados van mucho más allá, permitiendo la infracción del art. 18.4 por la simple persecución de una infracción administrativa o para resolver un expediente administrativo que no afecta ni a la seguridad ni al orden público ni a otros derechos constitucionales protegibles.

En este sentido la STC que nos sirve de pie a este informe de 30/11/2000, ya declaró inconstitucional el inciso “administrativas” del art. 24.1 de la LPDP, ya que vulnerar el art. 18.4 de la CE para la persecución de una infracción administrativa era no respetar el contenido esencial del derecho, lo mismo que pretenden ahora los preceptos comentados.

En otro orden de cosas y para poder permitir a otras administraciones el poder para transmitir, ceder y acceder a los datos sin autorización del interesado, es que las limitaciones a esos derechos constitucionales establecidas por una Ley (STC 178/1985), no adolezcan de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. Conclusión que se corrobora en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido citada. Ha de señalarse, asimismo, que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7). De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe. Por eso, no puede estar basado ese límite al derecho constitucional, por sí solo, en la actividad de la Administración Pública, como pretende los preceptos impugnados. Ni es suficiente que la Ley apodere a ésta para que precise en cada caso sus límites, limitándose a indicar que deberá hacer tal precisión cuando concurra algún derecho o bien constitucionalmente protegido. Es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, es él quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias. Pues en otro caso el legislador habría trasladado a la Administración el desempeño de una función que sólo a él compete en materia de derechos fundamentales en virtud de la reserva de Ley del art. 53.1 CE, esto es, establecer claramente el límite y su regulación.

Los preceptos cuya impugnación pretendemos son claramente inciertos, abiertos y genéricos, que en el fondo permitirían cualquier limitación al derecho contenido en el art. 18.1 y 4 de la C.E. , vaciándoles de su contenido esencial. Basta leer detenidamente estos incisos antes referidos “cuando así lo determinen las autoridades...” a efectos de combatir la inmigración

ilegal...” “en el cumplimiento de los fines que tienen encomendadas...” “...cuando sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias...” o “Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la LO...” Es decir, y en conclusión, en cualquier caso, lo que supone infringir el contenido esencial del derecho.

**ARTÍCULO PRIMERO LEY 14/2003:
PUNTO TREINTA Y UNO, POR EL QUE SE MODIFICA EL ART. 58 DE LA LEY 4/2000, MODIFICADA POR LA 8/2000. Y EN SU PUNTO TREINTA Y CUATRO, POR EL QUE SE INTRODUCE UN NUEVO APARTADO 3 EN EL ART. 64 DE LA MISMA LEY.**

REFERIDOS A LA MODIFICACIÓN DE LA FIGURA DE LA DEVOLUCIÓN.

Artículo 58, apartado 5

Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará a la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

Artículo 58, apartado 6

La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 2 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

Artículo 64 apartado 3

Cuando el extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él sea dictada una resolución de expulsión por un estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar un nuevo expediente de expulsión.

La actual reforma de la LOEXIS en cuanto a la medida objeto de estudio, la **DEVOLUCIÓN (tentativa de entrada)** de los que pretenden entrar ilegalmente en nuestro país, ha modificado sustancialmente esta figura en cuanto a sus efectos jurídicos y materiales. Además de la salida obligatoria del extranjero del territorio español, se le impone la **PROHIBICIÓN DE ENTRADA** en España por un plazo máximo de tres años, pudiendo adoptarse como medida cautelar su internamiento. La primera consecuencia que se deriva de la nueva redacción de este artículo, es la similitud de la devolución con la medida de expulsión en cuanto a sus efectos jurídicos y materiales. La única diferencia formal que subyace entre ambas actuaciones administrativas incide en el procedimiento a seguir, que en el supuesto de la devolución se adopta al margen de la instrucción del correspondiente expediente sancionador, desde luego más garantista, que en el supuesto de que el extranjero sea detenido dentro del territorio nacional en situación de ilegalidad (orden de expulsión).

Esta identidad en ambas figuras con excepción del procedimiento a seguir en cada caso (¿procedimiento? sumario en la devolución mientras que en la expulsión se respeta el derecho de defensa, dándose audiencia al interesado antes de acordar su

expulsión), nos obliga a analizar la propia naturaleza de los efectos que despliega la orden de devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en nuestro país, en cuanto a determinar si nos encontramos ante una verdadera sanción administrativa, como en el caso de las órdenes de expulsión.

Según la teoría general del derecho, son sanciones administrativas todas aquellas consecuencias que se derivan del incumplimiento de normas de derecho administrativo, y en donde hay un ejercicio o manifestación del *ius puniendi* del Estado (STC 76/1990 de 19 de diciembre de 1991). Desempeñan por tanto una función de castigo, como consecuencia asociada a la realización de una infracción administrativa, cualquiera que sea su clase. Requisito necesario es que su contenido sea perjudicial para el destinatario, que cumpla una función represiva o punitiva, pues ha de tener una incidencia negativa que ha de entrañar una privación o restricción de derechos, bienes, valores, o cualquier ventaja o el surgimiento de nuevos deberes, para restablecer el orden jurídico vulnerado.

Como ha señalado el TS en la sentencia de 27 de marzo de 1998, la sanción representa a su vez el reproche de haber incurrido en una conducta ilícita o incriminable, reproche que sólo es posible predicar del sujeto sancionado y únicamente respecto a él ha de producir efecto.

Aplicada esta argumentación teórica a la nueva regulación de la devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en territorio nacional, la reforma de la LO 14/2003 con respecto a esta medida, encubre una verdadera sanción dada su finalidad y su función, que pretende ejecutarse sin garantías para el extranjero.

Debemos considerarla como así por varios motivos. Aunque esta medida no está incluida en el catálogo de sanciones del artículo 55 de la LOEXIS, si está comprendida dentro del Título III de la ley, denominado *De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*, al igual que la expulsión (artículos 57 y 58 del mismo texto). En segundo lugar, la reforma de la ley dota a esta medida específicamente de una serie de efectos que en la anterior regulación no se contemplaban, pues únicamente se procedía a determinar la salida obligatoria del extranjero del territorio español. Sin embargo en el nuevo articulado, el legislador introduce expresamente el término jurídico prohibición, lo cual es muy significativo, pues el verdadero contenido de la sanción es la prohibición, que en este caso lleva aparejada un efecto punitivo, como es la imposibilidad de entrar en territorio nacional durante un plazo predeterminado. No cabe duda que esta prohibición es restrictiva del derecho genérico a la libertad, pues limita la libertad ambulatoria del extranjero por un periodo máximo de tres años, impidiendo durante un cierto tiempo realizar una actividad que de no existir la sanción podría acometer el sujeto. Por ello la adopción de este acto administrativo debería ajustarse a los principios tanto sustantivos (exigencia de culpabilidad del sancionado), como procedimentales (instrucción de un verdadero procedimiento sancionador con trámite de audiencia del extranjero), en tanto que la prohibición de entrada en territorio nacional supone una medida restrictiva de derechos que se impone como consecuencia de una infracción de la Ley.

En definitiva, si como tiene ampliamente reconocida la jurisprudencia, la expulsión del extranjero irregular ha de considerarse una sanción (sentencias del Tribunal Constitucional, 116/1993 de 29 de marzo, 24/2000 de 31 de enero, STC 94/1993 de 22 de marzo), no es de recibo aplicar un tratamiento jurídico diferente a la

devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en nuestro país, pues en ambos casos las dos medidas despliegan los mismos efectos jurídicos sobre el imputado, discriminándose sin ningún tipo de justificación material entre el procedimiento a seguir en los supuestos de irregularidad sobrevenida (los que habiendo entrado legalmente en territorio nacional, incurrir luego en situación o estancia irregular) y la tentativa de entrada de manera ilegal.

Por lo tanto la imposición de una sanción, como es la prohibición de entrada en España durante tres años, requerirá un acuerdo administrativo motivado, que sólo puede acordarse en el seno de un procedimiento administrativo (STC 18 de diciembre de 2000: *La imposición de toda sanción exige la declaración de culpabilidad en un procedimiento sancionador, en donde el afectado pueda alegar lo que a su defensa considere conveniente, sin que en ningún caso se produzca vulneración del art. 24.2 CE.*). De una parte como garantía de los derechos del extranjero incurso en una infracción administrativa, y de otra como instrumento de control de la actuación administrativa.

Este ejercicio de la potestad sancionadora está ligado a la exigencia constitucional del respeto a los principios contenidos en los artículos 24 (principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia) y 25 de la CE (reconoce la potestad administrativa de sancionar, manifestación del ius puniendi del estado tanto por vía penal como por vía administrativa) sin que en ningún caso se produzca indefensión. Así lo ha declarado la STC de 8 de junio de 1981, desde la que ya quedó afirmada y asentada la identidad de principios entre las sanciones administrativas y las sanciones penales. Por lo que es lícito la aplicación de las garantías materiales y procesales que se deducen de estos dos artículos (STC 23/05/2002).

Lo contrario, aceptar la imposición de una sanción administrativa por razones de orden público, sin observar procedimiento alguno, sin hacerse oír, y por tanto sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión, a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en el país, supuestos en los que la ley no prevé la incoación del correspondiente procedimiento administrativo, sino que la devolución se lleva a efecto por procedimiento sumario, sería admitir las sanciones de plano, que han sido negadas expresamente por el TC en su sentencia 18/1981 de 8 de junio. Lo que conduce a la conclusión inequívoca de que la administración no puede imponer sanciones con ocasión de su ejercicio sin observar las garantías de procedimiento antes expuestas (respeto a los valores constitucionales recogidos en los artículos 24 y 25 de la CE). En este sentido el procedimiento de la devolución debe de realizarse con las mismas garantías jurídicas que la expulsión, al desplegar los mismos efectos jurídicos sobre el imputado.

De existir ese procedimiento, dado que estamos ante una sanción, deben regir los principios inspiradores de la potestad sancionadora de la administración:

-Proporcionalidad (art. 13.3 LRJAP y PAC) que se concreta en la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada; la reiteración o intencionalidad; los perjuicios causados; la reincidencia. En la Ley de Extranjería esta proporcionalidad supone: graduar las infracciones y sanciones, aplicar la multa como principal sanción y la expulsión solo para supuestos que exijan una

respuesta contundente (evidentemente siempre con procedimiento aunque sea preferente, dando oportunidad de defenderse).

-Legalidad (art. 127.1 LRJAP y PAC y art. 25 C.E.), es decir que la potestad sancionadora se ejercerá cuando lo prevea una norma con rango de ley con aplicación del procedimiento previsto.

-Non bis in idem (art. 25.1 C.E. y art. 133 LRJAP y PAC).

-Responsabilidad y presunción de inocencia (art. 130 LRJAP y PAC y art. 24 C.E.).

Todos ellos apuntan a la existencia de audiencia del interesado.

La ausencia de procedimiento prevista por la LOEXIS puede vulnerar el artículo 105 c de la CE que, interpretado por el Tribunal Constitucional, exige el trámite de audiencia para el caso de actos administrativos sancionadores, ya que no cabe duda de que nos encontramos ante actos administrativos de gravamen o restrictivos de derechos, que representan una consecuencia negativa para el extranjero.

Antes de dictar un acto, la administración debe de cumplir una serie de trámites impuestos por la propia constitución o por la legislación ordinaria, que se corresponden estrictamente con derechos de los particulares, como el **derecho de audiencia** de los interesados (artículo 105 de la CE), en este sentido se pronuncia la **STC 31/01/2000**.

A mayor abundamiento, este trámite de audiencia está previsto en el artículo 25 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Asilo aprobado por Real Decreto 203/95 de 10 de febrero y en la orden europea de detención y entrega, Ley 3/2003, de 14 de Marzo, BOE 65/2003 de 17 de Marzo, en su artículo 14.

Por ello proceder a la devolución con prohibición de entrada y medida cautelar de internamiento, sí como ejecutar una resolución de expulsión de otro estado miembro de la Unión Europea sin posibilitar ni, tan siquiera, la audiencia del interesado, es manifiestamente inconstitucional.

Igualmente la falta de procedimiento y de audiencia podría constituir una vulneración de los arts. 24 y 14 de la C.E. El primero porque consagra el derecho a la defensa efectiva y el derecho a la presunción de inocencia; el segundo porque estaría discriminando a los extranjeros por razón de la forma de entrada en nuestro país y del momento es que es sorprendido en nuestro territorio.

La STC 01/04/1982, declara que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata, y debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos.

ARTÍCULO PRIMERO LEY 14/2003. PUNTO TREINTA Y DOS. RESPECTO A LA INTRODUCCIÓN EN LA LEY 4/2000, MODIFICADA POR LA 8/2000, DE UN NUEVO ART. 62 quinquies, APARTADO 2, REFERIDO A LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS.

Con relación a la regulación establecida en la nueva Ley Orgánica 14/2003 en materia de internamiento de los extranjeros, se trata de una regulación escasa y demasiado general que puede plantear numerosos problemas de interpretación o situaciones de vacío legal en la práctica. Todo esto generaría una gran inseguridad jurídica en torno al internamiento de extranjeros como consecuencia de un expediente de expulsión, medida esta que afecta a la libertad y la seguridad de las personas, este derecho fundamental se encuentra consagrado en el art. 17 de la C.E, primordial y máximo exponente como valor superior del ordenamiento jurídico.

Así, concretamente, el nuevo art. 62 quinquies, relativo a las medidas de seguridad, en su apartado 2º establece que se podrán utilizar medios de contención física personal o separación preventiva del agresor en habitación individual. Se trata de sanciones que afectan a derechos fundamentales más allá de la restricción del derecho a la libertad deambulatoria que conlleva la medida de internamiento, por lo que se hace necesario su minuciosa regulación a través de una ley orgánica, tal y como se contiene en la Ley Orgánica General Penitenciaria en sus arts. 41 y 42 1 y 2., dando así debido cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art. 25.1 CE.

Efectivamente, el precitado art. 62 quinquies establece determinados supuestos en los que podría hacerse uso de medidas de seguridad, concretamente medios de contención física y separación preventiva, pero no establece qué gravedad deben tener las actuaciones de los extranjeros internados para la aplicación de tales medidas. Por el contrario, encontramos como en la LOGP se encuentra minuciosamente regulada la sanción de aislamiento, a la que se refieren los arts. 42.4 y 43, en los que expresamente se establece:

Art. 42. 4. La sanción de aislamiento en celda sólo será de aplicación en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia en el centro. En todo caso, la celda en que se cumple la sanción deberá ser de análogas características que las restantes del establecimiento.

Art. 43. 1. La sanción de aislamiento se cumplirá con informe del Médico del establecimiento, quien vigilará diariamente al interno mientras permanezca en esa situación, informando al Director sobre su estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta.

2. En los casos de enfermedad del sancionado, y siempre que las circunstancias lo aconsejen, se suspenderá la efectividad de la sanción que consista en internamiento en celda de aislamiento, hasta que el interno sea

dado de alta o el correspondiente órgano colegiado lo estime oportuno, respectivamente.

3. No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.

4. El aislamiento se cumplirá en el compartimiento que habitualmente ocupe el interno, y en los supuestos de que lo comparta con otros o por su propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones.

Igualmente, se establece un **plazo máximo de aislamiento de 14 días**, en la letra a) del número 2 del art. 42. Este plazo podrá incrementarse en la mitad de su máximo en los casos de repetición de la infracción (Art. 42.3 de la LOGP). En el supuesto de que el interno cometiese dos o más faltas el límite máximo, en caso de aislamiento en celda será de 42 días consecutivos, según establece el Art. 42.5. El art. 62 quinquies, sin embargo, no hace referencia al plazo máximo que se podría mantener la separación preventiva en habitación individual.

Del mismo modo, tampoco se regula en la Ley Orgánica 14/2003 el régimen de recursos o quejas posibles respecto a las sanciones impuestas a los internos. Esto se encuentra en la LOGP en su art. 44, relativo a órganos, información, defensa de los internos y recursos. En este artículo se establece como norma general el efecto suspensivo de los recursos contra resoluciones sancionadoras salvo que se trate de indisciplina grave y la corrección no pueda demorarse; así como el carácter preferente y sumario de los recursos interpuestos en caso de aislamiento. Lo expuesto supone una clara vulneración del art. 24 de la CE.

Este mismo artículo en su apartado 2º garantiza que ningún interno podrá ser sancionado sin ser informado previamente de la infracción que se le atribuye y sin permitírsele presentar su defensa verbalmente o por escrito. El artículo 62 quinquies no hace referencia alguna al derecho de audiencia ni a la existencia de un procedimiento administrativo sancionador. Esto atentaría contra el artículo 105.c) de la CE, en tanto en cuanto establece que la ley debe garantizar cuando proceda la audiencia del interesado, al hablar de los procedimientos administrativos. Según jurisprudencia reiterada del TC, la audiencia al interesado sería preceptiva cuando estemos ante un procedimiento administrativo sancionador del que se deriven sanciones restrictivas de derechos individuales. La LOGP en su Art. 42.4 al referirse al aislamiento en celda lo denomina sanción y es obvio que limita el derecho a la libertad más allá de la medida de internamiento, que limita únicamente la libertad deambulatoria.

El TC en su sentencia 115/87 deja claro que el extranjero no puede tener limitado otro derecho que no sea de los ya limitados por su situación de detención (libertad deambulatoria), aislándolos de los demás internos sin que por ley orgánica se establezca de forma clara las situaciones en que el aislamiento es posible, los derechos de los aislados, las garantías, condiciones y plazos del aislamiento, los recursos, la autoridad competente para revisar los acuerdos, etc. Nos encontramos con una regulación menos garantista y más parca que la prevista en la LOGP.

Entendemos conforme a lo anterior, que la nueva redacción dada por la Ley, deja en situación de desamparo a los internos, ante la limitación de uno de los derechos primordiales y máximo exponente como valor superior del ordenamiento jurídico como lo es la libertad y la seguridad de las personas, consagrado en el art. 17 de la C.E., considerando conculcados los derechos fundamentales en el sentido que a continuación se exponen:

-Art. 9.3 C.E., en cuanto consagra, entre otros, la seguridad jurídica, así como la responsabilidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, en el sentido que la casi ausente regulación hace quebrar estos derechos por su imprecisión y falta de determinación de acciones concretas.

-Art. 15 C.E., en relación con el derecho a la integridad física y moral, de cara a las medidas de seguridad contenidas en la ley, en conexión con los amplios poderes de intervención dados a los funcionarios de la policía, y ello sin establecer los procedimientos adecuados en garantía de los derechos de los internos.

-Art. 17 en relación con el **25.3 de la C.E.**, en cuanto la parca regulación deja la puerta abierta a situaciones que pueden incurrir con amplitud en la vulneración de los derechos a la libertad y a la seguridad, con ausencia absoluta de los procedimientos adecuados para la adopción y regulación de las consecuencias que la limitación de la libertad conlleva consigo.

-Art. 106 C.E., en cuanto sometimiento al control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa.

-Art. 24 C.E., derecho a una tutela judicial efectiva, pues consideramos que según la regulación dada a los centros de internamiento en la nueva ley, los internos se encuentran claramente en una situación de indefensión permanente, pues están a cada momento en manos de las decisiones adoptadas por los funcionarios de la policía sin que en ningún momento se regule adecuadamente el derecho a un procedimiento con todas las garantías, de forma análoga al proceso penal, con las consecuencias y perjuicios que ello conlleva.

-Art. 105 C.E., en tanto en cuanto la Ley debe establecer cuando proceda la audiencia al interesado en los procedimientos administrativos.