

# CONTROLES DE IDENTIDAD, DETENCIONES Y USO DEL PERFIL ÉTNICO EN LA PERSECUCIÓN Y CASTIGO DEL INMIGRANTE “SIN PAPELES” : ILEGALIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DE DETERMINADAS PRÁCTICAS POLICIALES

**MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA**

Catedrática de Derecho Penal.

Universidad Complutense de Madrid

**JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS**

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

## INMIGRAPENAL (GRUPO INMIGRACIÓN Y SISTEMA PENAL)

### PRESENTACIÓN

Sin renunciar a describir brevemente la realidad abordada, éste es un texto eminentemente jurídico. En él incidimos en la conocida ilegalidad de la conducción a comisaría de aquellos ciudadanos extranjeros que, aun habiéndose identificado, no acreditan *in situ* su estancia regular en territorio español. Además, profundizamos en las razones jurídicas que permiten afirmar la inconstitucionalidad de la selección étnica en los controles de identidad, por vulnerar la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE. Esperamos que sobre estas bases pueda articularse una argumentación jurídica atendible por nuestros órganos judiciales, superar así la triste doctrina contenida en la STC 13/2001 y avanzar en el respeto de los derechos fundamentales de las personas migradas. Se agradece la difusión entre los operadores jurídicos que puedan incidir en este cambio.

### SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. ENCUADRE JURÍDICO GENERAL. III. LA MAL DENOMINADA “DETENCIÓN PREVENTIVA”. IV. LA SELECCIÓN ÉTNICA EN LOS CONTROLES DE IDENTIDAD: 1. Antecedentes jurídicos; 2. Análisis constitucional desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE; 3. La selección étnica desde la perspectiva de la razonabilidad y necesaria proporcionalidad de toda medida limitativa de derechos. V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Cuando un jurista se acerca a la realidad de la inmigración pronto se percata de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en muchas ocasiones hacen un uso incorrecto del poder coercitivo del Estado en la puesta en práctica de una política dirigida a la represión de la inmigración irregular. De esta política son claras manifestaciones los controles de identidad, las redadas y detenciones de personas en atención a su supuesta condición de inmigrante “sin papeles”, que son llevadas a cabo normalmente en lugares frecuentados por población migrada, a veces con un gran despliegue de efectivos y en otras ocasiones de forma más discreta, y que recaen sobre personas seleccionadas en atención principalmente a su perfil étnico. El análisis jurídico de estas prácticas policiales constituye el objeto del presente artículo.

Pero antes de empezar a transitar el árido camino de la argumentación jurídica, permítasenos presentar al lector una realidad que no suele ser muy conocida, pero que desde hace mucho tiempo viene siendo documentada por las asociaciones que intervienen en el ámbito de la inmigración y de los derechos humanos y que denuncian el hostigamiento al que se ve sometida la población migrante como consecuencias del actuar policial<sup>2</sup>. Por no ir demasiado lejos y a modo de ejemplo, en marzo de 2010 y como consecuencia de la Circular núm. 1/2010, de 25 de enero, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en que se dictan “Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la LO 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones”, 141 asociaciones presentaron públicamente una queja al Ministerio del Interior pidiendo el cese de las prácticas policiales denunciadas por su carácter racista y su ausencia de cobertura legal, queja de la que se dio traslado al Defensor del Pueblo<sup>3</sup>.

Llama poderosamente la atención el hecho de que, en más de una ocasión, sectores de la propia policía hayan reconocido y mostrado su disconformidad con esta política, que dedica ingentes esfuerzos a la persecución del inmigrante irregular, no cubriendo debidamente otros aspectos de más perentoria atención. Así, por poner un ejemplo, el 9 de febrero de 2010 el Sindicato Unificado de Policía emitió una durísima nota de prensa<sup>4</sup> admitiendo, y denunciando al mismo tiempo, que se estaba incitando “a los policías que cumplan esta Circular a cometer detenciones ilegales sancionadas con penas de cárcel y expulsión del cuerpo”.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “*Ius puniendi e inmigración irregular*” (DER 2011-26449), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. En breve se publicará en el *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2012.

<sup>2</sup> Vid. la documentación de episodios elaborada por MUGAK, titulada *Los controles policiales en la vía pública dirigidos a la identificación y detención de personas migrantes “irregulares”*.

<sup>3</sup> Puede consultarse la lista de asociaciones firmantes, así como el contenido de las quejas, las respuestas dadas y la propia Circular núm. 1/2010, en <http://www.inmigrapenal.com>, en el área de redadas y detenciones.

<sup>4</sup> Puede leerse la nota de prensa en [http://www.inmigrapenal.com/Areas/Detenciones/Documentos/NOTA\\_DE\\_PRENSAsup.pdf](http://www.inmigrapenal.com/Areas/Detenciones/Documentos/NOTA_DE_PRENSAsup.pdf).

También reconocía este sindicato la práctica policial de identificaciones en la vía pública con el fin de localizar inmigrantes indocumentados. Según sus palabras, se estaría avocando a la policía a tratar a los inmigrantes como delincuentes. Si nos remontamos un poco más atrás en el tiempo, podremos recordar otros sonados episodios como cuando en el primer trimestre de 2009 se filtraron a la prensa directrices dadas a la policía en el sentido de detener determinado número extranjeros indocumentados, variable en función de las comisarías, en aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LOEx)<sup>5</sup>. Recientemente, después que Cáritas en su informe “Situación social de los inmigrantes acompañados por Cáritas” (2010)<sup>6</sup>, mostrara su preocupación por las consecuencias que tienen las referidas prácticas policiales en las personas a las que atiende, el mencionado sindicato policial aseguró que los agentes reciben instrucciones verbales para entrar en cualquier centro o comedor social de cualquier entidad u ONG para identificar a extranjeros<sup>7</sup>. Asimismo, según representantes de este Sindicato “han recibido “instrucciones” por parte de sus superiores para que en las redadas se pida la documentación “también a ciudadanos españoles”. ¿El motivo? “Es la manera que tiene Interior de defenderse de posibles acusaciones de racismo”<sup>8</sup>.

Justamente la selección por razón del perfil étnico es una característica de estas prácticas policiales, lo que ha motivado la preocupación y quejas de organismos internacionales. Así, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en su extenso Tercer informe sobre España denunciaba en 2006 que los miembros de minorías étnicas son objeto en forma desproporcionada de paradas, requerimientos de identificación y cacheos, siendo los grupos más afectados los gitanos y los no ciudadanos, particularmente los marroquíes,

---

<sup>5</sup> La LO 4/2000 ha sido modificada por las LLOO 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre; 14/2003, de 20 de noviembre; 2/2009, de 11 de diciembre y 10/2011, de 27 de julio.

<sup>6</sup> El informe, hecho público el 17 de marzo de 2011, puede consultarse en [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/1a600f8046378d7b987fbbc4d090bb2e/Caritas\\_inmigrantes\\_crisis.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a600f8046378d7b987fbbc4d090bb2e](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/1a600f8046378d7b987fbbc4d090bb2e/Caritas_inmigrantes_crisis.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a600f8046378d7b987fbbc4d090bb2e)

<sup>7</sup> En palabras del portavoz de dicho sindicato y según noticia de 18 de marzo de 2011, "el único requisito es que se trate de lugares donde hay inmigrantes. O bien se les identifica conforme van entrando a los comedores sociales o bien, esos controles se practican dentro de los centros. Los policías entran y, en muchas ocasiones, ni siquiera llegan a cruzarse con responsables de los centros de acogida, sino que directamente identifican a los inmigrantes y, si no tienen la documentación, también se practican detenciones", explica José María Benito, portavoz del SUP. "Es una actuación muy grave que entendemos está fuera de las competencias legítimas de los policías. Nosotros estamos para detener a quienes cometen delitos, sean españoles o extranjeros, pero no para perseguir inmigrantes en comedores sociales". Además, el SUP muestra su preocupación por la falta de cobertura jurídica en la que podrían estar incurriendo los agentes que se ven obligados a practicar estas actuaciones. "De hecho, ya se están produciendo algunas denuncias por detención ilegal", explica Benito. (fuente: [http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/defensor-pueblo-investigara-controles-policiales-inmigrantes-centros-caritas/csrrpor/20110318csrrsoc\\_2/Tes/?print=1](http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/defensor-pueblo-investigara-controles-policiales-inmigrantes-centros-caritas/csrrpor/20110318csrrsoc_2/Tes/?print=1)).

<sup>8</sup> Noticia aparecida en El Mundo, el 11 de julio de 2011, con el titular “Sólo un 9% de los “sin papeles” detenidos es al final expulsado. El SUP denuncia que las redadas de Rubalcaba son “ineficaces y arriesgadas”.

suramericanos y personas del África subsahariana<sup>9</sup>. En el Cuarto informe sobre España en 2011, la ECRI volvió a insistir en la preocupación “por los reiterados informes acerca del constante aumento de los controles de identidad sin claro motivo que tienen lugar en los barrios en que existe una fuerte concentración de extranjeros” (§ 201) y exhortaba “a las autoridades españolas a que aseguren una prohibición efectiva de todas las prácticas en materia de perfiles étnicos por parte de las fuerzas policiales en todo el país” (§ 204)<sup>10</sup>. Por su parte, el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su informe 2004 reiteraba su preocupación por las actitudes racistas de parte de las fuerzas del orden, y su preocupación por las “denuncias recibidas sobre la mala conducta por parte de la policía hacia minorías étnicas o personas que no son de origen español, incluido el maltrato verbal, insultos, maltrato físico y violencia” (§ 11), y recomienda al Estado español la formación y entrenamiento de los agentes del orden público en la protección de los derechos humanos de todas las personas sin distinción de raza, color, nacionalidad u origen étnico, insistiendo en que los agentes reciban un entrenamiento intensivo para garantizar el respeto de la dignidad humana en el ejercicio de sus funciones<sup>11</sup>. Dicha recomendación ha sido reiterada recientemente por el Comité en el último examen del informe periódico correspondiente a España en el documento distribuido el 10 de marzo de 2011 (CERD/C/ESP/CO/18-20) en que manifiesta su inquietud por “las preocupantes informaciones recibidas acerca de los controles de identificación o redadas policiales, basados en perfiles étnicos y raciales, realizados en lugares públicos y barrios donde hay una alta concentración de extranjeros con la finalidad de detener a aquellos que se encuentran en situación irregular en el Estado parte (arts. 2, 5 y 7)”, e insta al España para erradicar tales prácticas (§ 10).

A pesar de las evidencias de todo tipo, las instancias oficiales niegan esta realidad<sup>12</sup>, olvidando el deber que les obliga, como responsables de Fuerzas y

---

<sup>9</sup> Tercer informe sobre España, § 18. Este informe fue adoptado el 14 de junio de 2005 y hecho público el 21 de febrero de 2006. En ese mismo informe la ECRI recomendaba “que las autoridades españolas estudien el alcance de la práctica de establecer perfiles étnicos entre las diferentes fuerzas oficiales...Por ejemplo, las autoridades españolas podrían considerar la posibilidad de establecer un sistema de registro en relación con los controles policiales que permita a las personas documentar la frecuencia con la que son objeto de control, con miras a identificar posibles patrones de discriminación racial directa o indirecta” (§ 20).

<sup>10</sup> El Cuarto informe sobre España fue adoptado el 7 de diciembre de 2010 y hecho público el 8 de febrero de 2011.

<sup>11</sup> Documento con las Observaciones finales (CERD/C/64/CO/6) publicado el 28 de abril de 2004.

<sup>12</sup> La queja de las 141 asociaciones a la que hacíamos referencia en el texto obtuvo respuesta el 23 de marzo de 2010, por don Gregorio Martínez Garrido, Director del Gabinete del entonces Ministro del Interior don Alfredo Pérez Rubalcaba, según la cual “... las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE) desempeñan sus funciones en el marco de un estricto cumplimiento de la ley y un preciso respeto de los derechos humanos, especialmente de los ciudadanos que residen en España, sea cual sea su nacionalidad o país de origen. [...] En todo caso, no se promueven ni se llevan a cabo controles de identidad selectivos”. Tanto los medios de comunicación como las asociaciones que intervienen en este ámbito siguen demostrando el día a día de lo los responsables políticos niegan. Recientemente, en la comparecencia de 20 de junio de 2001 ante la Comisión de

Cuerpos de Seguridad, de garantizar que sus miembros no rebasen los límites de la legalidad en el uso de las funciones que legalmente tienen conferidas en el ámbito de la extranjería, es decir, que respecto a la población de origen extranjero, y más en concreto respecto a los migrantes sin la documentación requerida, la policía no actúe al margen de la legalidad y con vulneración de derechos fundamentales.

Estas prácticas, pues, continúan e interesa poner de manifiesto sus dañinas consecuencias tanto en la esfera individual como social de la persona migrada<sup>13</sup>. Dichas intervenciones, que se verifican en lugares a los que acuden inmigrantes como determinadas salidas de metro, locutorios, comedores sociales, embajadas, incluso clases de español, etc.<sup>14</sup>, dificultan sobremanera una mínima integración, en cuanto el temor a ser parado por la policía hace que la persona limite el uso de los espacios públicos reduciendo sus salidas a lo imprescindible para ir al trabajo o cubrir sus necesidades básicas, dificultando la intervención social con este colectivo. No puede dejarse de señalar cómo esta caza del inmigrante irregular fortalece una imagen tan distorsionada como lamentablemente difundida, que asocia inmigración con delincuencia<sup>15</sup>, con las repercusiones que ello tiene en la emergencia de dinámicas racistas y xenófobas. Por otra parte, resulta fácil entender la desconfianza que estas personas terminan sintiendo hacia los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que puede traducirse en la falta de colaboración cuando su actuación va dirigida realmente a la salvaguarda de los derechos y libertades y al mantenimiento de la seguridad alterada por auténticos problemas de criminalidad, pudiendo incluso el inmigrante renunciar a denunciar los hechos delictivos de los que haya sido víctima por miedo a que su encuentro con la policía pueda derivar en negativas consecuencias por su condición de extranjero sin autorización de residencia. En modo alguno puede olvidarse que las prácticas objeto de este trabajo afectan, en primer lugar, a la dignidad de la persona que cada vez que sale a la calle lo hace con la angustia de ser parada por la policía, de ser conducida a comisaría, con el miedo incluso a ser ingresada en un Centro de Internamiento y ser finalmente deportada; la dignidad de aquel cuya persona e imagen se ve asociada con la criminalidad a través de la forma en que la policía les hace objeto de sus actuaciones, habiéndose denunciado asimismo que el acoso a la población migrante y a las minorías étnicas se lleva a cabo también por parte de los servicios de seguridad privada, sobre todo en transportes públicos como el Metro, con clara extralimitación de sus funciones.

---

Interior del Senado, el actual Ministro de Interior y entonces Secretario de Estado para Seguridad, Antonio Camacho Vizcaíno, calificó de mentira el Informe de Cáritas referido anteriormente, lo que ha dado lugar a una protesta formal de esta Asociación. En esa comparecencia, el Sr. Camacho negaba taxativamente que se hubiera producido ningún control selectivo (Diario de Sesiones del Senado núm. 541, de 20 de junio de 2011, págs. 29 y 30; puede consultarse en [http://www.senado.es/legis9/publicaciones/html/maestro/index\\_DS\\_C\\_09\\_541.html](http://www.senado.es/legis9/publicaciones/html/maestro/index_DS_C_09_541.html)).

<sup>13</sup> Vid. el documento *Controles de identidad racistas en Madrid*, Informe de las Brigadas Vecinales de Observación de los Derechos Humanos (2010/2011).

<sup>14</sup> Vid. Algunos ejemplos concretos en <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/04/19/espana/1240164962.htm>

<sup>15</sup> Un amplio e interesante estudio sobre la criminalización de las personas migradas es el que nos ofrece PALIDDA/BRANDARIZ GARCÍA (2010) o BRANDARIZ GARCÍA (2011).

Estas prácticas se sitúan en el marco de una política española y europea de gestión de la inmigración caracterizada por una voraz lucha frente a esa inmigración que nos llega al margen de los estrechos cauces establecidos por la legislación de extranjería. Una lucha que se libra, en primer lugar externalizando y blindando fronteras, para impedir que entren<sup>16</sup>. Pero si estas personas lo consiguen, el temor a no llegar se transforma en miedo a ser parado por la policía, a ser detenido, en miedo a la privación de libertad y a una posible deportación. Las fronteras siguen levantadas en cada calle, en cada esquina, fronteras invisibles que se interponen para quienes —cada vez menos— viajan a nuestro país con la intención de buscarse honestamente la vida y también para quienes desde hace tiempo viven entre nosotros y que a consecuencia de la crisis económica se han quedado sin trabajo y sin los necesarios permisos. Es en este momento del hecho migratorio donde vamos a concentrar nuestro análisis.

## II. ENCUADRE JURÍDICO GENERAL

En la lucha contra la inmigración irregular los Estados despliegan no solo ingentes medios materiales, sino también instrumentos jurídicos que les permitan tratar al inmigrante irregular cual si de un peligroso enemigo se tratara, excepcionando derechos básicos y amparando realidades que en algunos casos deberían avergonzarnos. A modo de ejemplo puede mencionarse la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE L 348/98, de 24 de diciembre de 2008), más conocida como *Directiva de la vergüenza*. Para entender este apelativo, baste mencionar que su art. 15.5 autoriza a los Estados miembros a privar de libertad a los extranjeros que sean objeto de procedimientos de expulsión durante un periodo que no podrá superar los seis meses, pero posibilitando el art. 15.6 la prolongación de esta privación de libertad doce meses más cuando la expulsión no se haya conseguido por falta de cooperación del extranjero o por

---

<sup>16</sup> En realidad el primer frente en el que se lleva a cabo esta lucha es impidiendo que se aproximen a nuestras fronteras, finalidad que se persigue mediante la “externalización” de fronteras, es decir, desplazando los controles más allá de nuestras fronteras, encargando a terceros países de tránsito, normalmente poco respetuosos con los derechos humanos, la contención de la inmigración que tiene como destino Europa [sobre esta pieza de la política migratoria europea, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009a)]. En el intento de impermeabilizar nuestras fronteras con el objetivo de que “no entren” no se repara en medios materiales y jurídicos y en este sentido cabe destacar el art. 318 bis del Código penal, en cuyo párrafo primero tipifica el que podríamos denominar delito de favorecimiento de la inmigración irregular, al castigar con penas de cuatro a ocho años de prisión a quien “de forma directa o indirecta, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”, sin que la conducta tipificada requiera lesión alguna de los derechos de los migrantes, sino tan sólo el favorecimiento de la inmigración irregular en sí misma considerada [sobre este delito, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M (2007)].

demoras en la obtención de la documentación necesaria. Es decir, hasta año y medio de privación de libertad por el fragante delito de buscar mejores condiciones para la vida lejos del lugar donde uno ha nacido.

Pero los problemas no proceden sólo del escuálido estatuto jurídico de la persona “sin papeles”, sino que, además, **los actores institucionales que operan en este ámbito en muchas ocasiones van más allá en la restricción de derechos de lo que establece la ley o bien no aplican las garantías con que la norma aún ampara a las personas sin permiso de residencia.** Parece que el discurso de mano dura y de tolerancia cero hubiera calado tan hondo que esté siendo asumido y ejecutado por el Ministerio de Interior, cuando lo cierto es que no es ésta la voluntad del legislador recientemente expresada mediante la reforma de la LOEx, operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre. Conviene, pues, recordar cómo la LOEx configura la estancia irregular.

En primer lugar, aunque sobradamente sabido, no está de más recordar que la estancia irregular en nuestro país **no es una infracción penal**, ni quien reside sin permiso es un delincuente, por mucho que en la práctica se le trate como tal. La estancia irregular está contemplada en art. 53.a) LOEx como una **infracción administrativa grave** (no muy grave) y como tal lleva aparejada la sanción de multa de 501 hasta 10.000 euros [art. 55 a) LOEx]. Sólo excepcionalmente procede en estos casos la expulsión (art. 57 LOEx), con la consiguiente prohibición de entrada de hasta cinco años (art. 58 LOEx)<sup>17</sup>. Este carácter excepcional de la expulsión ha sido acentuado por el legislador en la última reforma de la legislación de extranjería excluyendo determinados supuestos de la posibilidad de expulsión, como, por ejemplo, a los nacidos en España que hayan residido legalmente los últimos cinco años, a los residentes de larga duración, a los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España y otros supuestos contemplados en art. 57.5 LOEx. Asimismo la expulsión no puede ejecutarse cuando “ésta conculcase el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas si la medida pudiera suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre” (art. 57.6 LOEx).

Esto quiere decir que el legislador español no ha considerado, en contra de lo que a veces se proclama, que la expulsión administrativa sea una pieza clave en la lucha contra la estancia irregular. Esta conclusión tiene una gran importancia dado que **si para los supuestos de estancia irregular la expulsión es una sanción excepcional, necesariamente han de tener un carácter absolutamente excepcional las medidas cautelares tendentes a asegurar su ejecución**, como, por ejemplo, el

---

<sup>17</sup> El carácter general de la sanción pecuniaria y la excepcionalidad de sus sustitución por la expulsión ha sido reiterado por el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 9 de marzo de 2007, dictada en el recurso de casación núm. 9887/2003) y por el Tribunal Constitucional (STC 140/2009, de 15 de junio), poniendo de manifiesto, además, que la resolución administrativa debe motivar expresamente la decisión de la opción por la expulsión en detrimento de la multa.

internamiento de extranjeros<sup>18</sup> y también la detención cautelar adoptada en el marco del procedimiento sancionador, que sólo procedería en casos en que fuera necesaria para ejecutar una expulsión.

Sin embargo, la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en relación con la población migrada va más allá del marco legal que configura sus facultades y transgrede los principios jurídicos que han de inspirarla, de tal manera que frecuentemente los inmigrantes en situación irregular se ven inmersos en un verdadero “ciclo de la privación de libertad”. El primer escalón de este ciclo lo representan los controles de identificación sistemáticos que realiza la Policía en vías y espacios públicos con la finalidad exclusiva de localizar e identificar a ciudadanos extranjeros en situación irregular. El segundo escalón, inmediato al anterior, es la conducción a Comisaría de aquellos ciudadanos extranjeros que, en el marco de estos controles de identificación, no puedan acreditar su estancia regular en España. El último escalón lo representa el internamiento de estos ciudadanos en un Centro de Internamiento de Extranjeros. La regulación legal de cada una de estas medidas y su ejecución plantean problemas legales y constitucionales específicos que no cabe desdeñar, pero en este artículo nos ceñiremos a las controvertidas cuestiones del uso del perfil étnico en los controles de identidad y en las conducciones a comisaría.

### III. LA MAL DENOMINADA “DETENCIÓN PREVENTIVA”

A principios de 2010 se conoció a través de la prensa la ya citada Circular núm. 1/2010, de 25 de enero, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en la que se impartían instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la legislación de extranjería. En ella se ponía de manifiesto, entre otros aspectos, lo que había sido reiteradamente denunciado como una práctica habitual de la policía en los controles de identificación sistemáticos que se realizan en las vías y espacios públicos: **la conducción a comisaría de aquellos ciudadanos extranjeros que, aun habiéndose identificado, no acreditaban *in situ* su estancia regular en territorio español.**

En esta Circular dicha actuación policial se justificaba con el siguiente razonamiento: en primer lugar, el art. 53.1.a) LOEx establece que es una infracción grave no hallarse en situación regular en territorio español. En segundo lugar, el

---

<sup>18</sup> Aún incluso cuando la sanción propuesta sea la de expulsión y no la multa, la adopción de la medida cautelar de internamiento sigue siendo excepcional y su adopción no cabe en el procedimiento ordinario, sino tan sólo en el preferente, que tratándose de infracciones del art. 53.1.a) LOEx sólo procede cuando concurra riesgo de incomparecencia, existan indicios de que el sometido al procedimiento sancionador pueda dificultar o evitar la expulsión o suponga un riesgo para el orden público, la seguridad nacional o seguridad pública (art. 63.1 LOEx). Sobre el internamiento en el marco de la legislación de extranjería, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009b).



artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante LOSC), impone a los extranjeros la doble obligación de acreditar, por una parte, su identidad y, por otra, hallarse legalmente en España. Y, en tercer lugar, la LOSC posibilita, al objeto de sancionar una infracción, el traslado a comisaría para practicar la diligencia de identificación por el tiempo imprescindible. A partir de ello, en esta Circular se concluye que el traslado de un ciudadano extranjero en situación irregular a comisaría podría realizarse en una doble condición: la primera como detenido, afirmando que es una “detención preventiva” que, tras la iniciación del expediente de expulsión, se convertiría en una “detención cautelar”, tal como posibilita el art. 61.1.d) LOEx. La segunda, a “efectos de identificación”, afirmando que, posteriormente en comisaría, cuando se dicte el acuerdo de iniciación del expediente de expulsión, se acordaría la ya citada “detención cautelar” regulada en la LOEx.

Sin embargo, un análisis de la regulación establecida en la LOEx evidencia que **no existe una habilitación legal para practicar una “detención preventiva”** en este tipo de casos, como tampoco la posibilita la LOSC. Por tanto, dicha detención que ordena la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, carecería de cobertura legal y vulneraría el art. 17.1 CE. Así lo denunciaron más de ciento cuarenta asociaciones en la queja presentada al Ministerio del Interior y al Defensor del Pueblo el 1 de marzo de 2010 a la que nos referimos anteriormente. Esta queja iba acompañada de un informe jurídico firmado por el Grupo Inmigración y Sistema Penal (Inmigrapenal) y elaborado, entre otros, por los autores de este artículo, donde se desarrollaban los argumentos que sustentan la referida imputación de falta de cobertura legal. Para ello se comenzaba recordando tres ideas principales.

1. La primera idea es que si bien la Constitución española posibilita la restricción de la libertad en materia de extranjería, también impone que una medida de estas características esté prevista en la ley. Así se expresa con claridad en su art. 17.1, según el cual “nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”<sup>19</sup>. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (en adelante, PIDCP) dispone en su art. 9.1 que “nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Igualmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales recoge en su art. 5.1 que “nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) f) si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ampliamente, sobre las garantías constitucionales del derecho a la libertad, incluyendo la reserva de ley, GARCÍA MORILLO (1995), pp. 53-72.

<sup>20</sup> En general, sobre el alcance del derecho a la libertad en el CEDH, vid. ÁLVAREZ GARCÍA/QUERALT JIMÉNEZ, A (2005).

2. La segunda idea que conviene recordar es que el art. 17.1 CE protege a todas las personas que estén en territorio español con independencia de su nacionalidad y de si su estancia en dicho territorio es regular o irregular. En ese sentido, la STC 53/2002, de 27 de febrero, en relación con los extranjeros solicitantes de asilo, ya estableció que gozan de los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos españoles, concluyendo de ello que los extranjeros con independencia de su situación administrativa disfrutan del derecho a la libertad que el art. 17.1 CE reconoce a todas las personas (FJ 4)<sup>21</sup>.

3. La tercera es que la actuación policial consistente en la conducción de una persona a una comisaría a los efectos de identificación es una medida restrictiva de su libertad que afecta al art. 17 CE. Así lo estableció con claridad la STC 341/1993, de 18 de noviembre, afirmando que “la medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOE supone (...) una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad” (FJ 4)<sup>22</sup>.

Como poníamos de manifiesto en el referido informe, la conclusión a extraer de las ideas rectoras expuestas es que **cualquier situación de privación de libertad de un extranjero, incluyendo, desde luego, su conducción a comisaría a cualquier efecto, para contar con cobertura constitucional debe, al menos, estar prevista legalmente**. El problema reside, precisamente, en que la conducción a comisaría a aquellos ciudadanos extranjeros que, estando documentados, no acreditan en el control de identificación su estancia regular en España no está prevista en la ley.

En primer lugar, no puede justificarse acudiendo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni cabe denominar a esta práctica “detención preventiva”, tal y como lo hace la Circular 1/2010, pues la “detención preventiva”, a la que se refiere el art. 17.2 CE, sólo cabe adoptarse, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en supuestos de la comisión de ilícitos penales, lo que, evidentemente, no es el caso de la infracción del art. 53.1.a) LOE, que es un mero ilícito administrativo.

En segundo lugar, tampoco la LOE contempla la “detención preventiva” en relación con los infractores del art. 53.1.a). Ciertamente recoge la posibilidad de detención, como medida cautelar, en el art. 61.1.d) LOE. Esta medida, sin embargo, sólo puede adoptarse “desde el momento que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión” y por parte de instructor de dicho procedimiento. Ahora bien, en el momento en que se efectúa un control de identificación y el extranjero, indocumentado o no, no acredita su situación de estancia regular en territorio español, ni existe un procedimiento sancionador abierto ni, desde luego, el agente policial que, bajo su responsabilidad, acuerda la

---

<sup>21</sup> En general, sobre el derecho a la libertad de los extranjeros y su privación BANACLOCHE PALAO (1996), pp. 465-471; POMED SÁNCHEZ/ VELASCO CABALLERO (2004), pp. 152-168, y VILLAVERDE MENÉNDEZ (2004).

<sup>22</sup> Sobre el particular, SALIDO VALLE (1997), pp. 170-205; PEDRAZ PENALVA (1994); PORTILLA CONTRERAS (1993) o SANTAOLALLA LÓPEZ (1993).

detención, es el instructor de un procedimiento inexistente. Por tanto, no se dan los presupuestos necesarios para que esta “detención preventiva” sea la “detención cautelar” a la que se refiere el art. 61.1.d) LOEx.

Por último, tampoco la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana ofrece cobertura a dicha práctica. Su artículo 20.2, contempla la retención a “efectos de identificación”, pero establece como presupuesto necesario para la retención que la policía no haya logrado su identificación por cualquier medio de la persona en cuestión. Es más, este precepto determina que la conducción a Comisaría lo sea a los únicos efectos de la identificación. Esta lectura del precepto es inequívoca, como ya hiciera expreso la STC 341/1993, de 18 de noviembre, al afirmar que “la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no de otro modo cabe entender la expresión legal “para impedir la comisión de un delito o falta”) o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una “infracción” administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad” (FJ 5)<sup>23</sup>.

En atención a lo expuesto, por mucho que el art. 11 LOSC imponga a los ciudadanos extranjeros la obligación de disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legamente en España, **si el extranjero, aun estando en situación irregular en territorio nacional, está perfectamente identificado (pasaporte, cédula de inscripción consular...) y así lo acredita in situ, la ley no permite su retención y conducción a comisaría a los efectos de incoarle un procedimiento sancionador.**

Esta conclusión ha sido también asumida por el Defensor del Pueblo, quien en su Informe 2010 dedica un epígrafe a la criticada Circular 1/2010, afirmando taxativamente la ilegalidad de la conducción a comisaría en los casos examinados en este epígrafe<sup>24</sup>. La ilegalidad de esta práctica también ha sido expresamente

---

<sup>23</sup> Los comentarios doctrinales a que dio lugar esta sentencia fueron muy numerosos. Sólo por citar algunos, pueden verse, CASTILLO BLANCO (1994), QUERALT JIMÉNEZ, JJ (1993) o TOMÉ GARCÍA (1994).

<sup>24</sup> Textualmente en las páginas 319 y ss. del Informe se afirma que “a juicio de esta Institución, se mezclan aquí varios conceptos en un cierto desorden, lo que provoca cierta ambigüedad y podría favorecer la práctica de detenciones masivas. En efecto, el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana, obliga al extranjero a disponer de los documentos que acrediten su identidad y su legalidad, y el artículo 20 de la misma ley permite el traslado a comisaría para “identificación” (“retención para identificación”) en aquellos casos en los que no resulta posible dicha identificación. Por tanto, el traslado a comisaría sólo puede producirse por falta de la documentación que acredite su identidad y no de la que acredite la legalidad de la estancia. En este punto, la redacción de la circular es ambigua, pues podría interpretarse que cabe el traslado a comisaría aun cuando el ciudadano estuviese identificado, y esto no es conforme a Derecho. Confunde aún más que, a continuación, se señale que el traslado a comisaría puede producirse en calidad de detenido o bien a efectos de identificación, siendo aquella calidad la propia de la “detención preventiva”, es decir, la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es evidente que este traslado sólo puede producirse en caso de delito, pero al no decirse expresamente en la circular,

reconocida por la Asociación Profesional de Policías en su Informe 2/11 sobre “Aplicación operativa de la Ley de Extranjería. Situación actual desde el punto de vista jurídico-legal”. Por su parte el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en el ya citado último examen del informe periódico correspondiente a España de 2011 (CERD/C/ESP/CO/18-20), aconseja a España que “considere la revisión de aquellas disposiciones de la Circular 1/2010 y de la legislación relevante del Estado parte que dan lugar a interpretaciones que en la práctica se pueden traducir en la detención indiscriminada y en la restricción de los derechos de los ciudadanos extranjeros en España” (§ 10). A pesar de todo ello, la práctica ilegal analizada sigue produciéndose y el Ministerio del Interior no ha modificado la Circular 1/2010 que sigue siendo aplicable en los términos criticados.

#### **IV. LA SELECCIÓN ÉTNICA EN LOS CONTROLES DE IDENTIDAD**

Más allá de las conducciones a comisaría de inmigrantes identificados existe una constante en los requerimientos policiales que consiste en dirigirse a ciudadanos que por sus rasgos étnicos o raciales puedan hacer pensar que carecen de nacionalidad española para solicitarles su documentación. Quien en alguna ocasión ha presenciado tales controles, habrá observado que se dirigen a personas de color o con otros rasgos étnicos minoritarios hoy por hoy en nuestro país. Esta práctica, además de las negativas consecuencias en la esfera social y personal de los afectados a las que hacíamos mención en la introducción, plantea complejos problemas jurídicos que deseáramos analizar en el presente epígrafe.

##### **1. Antecedentes jurídicos**

La mejor forma de plantear en términos jurídicos esta realidad es de la mano de la polémica STC 13/2001, de 29 de enero, que recientemente ha vuelto a tomar actualidad como consecuencia del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 17 de agosto de 2009 (Comunicación núm. 1493/2006), que

---

podría interpretarse como una vía libre a detenciones preventivas sin fundamento. Y estas detenciones son a su vez diferentes a las “detenciones cautelares administrativas de la Ley de Extranjería” [artículo 61.1.d)] que se practican en el marco de un procedimiento de expulsión ya en curso y, por tanto, no son posibles antes de que se inicie dicho procedimiento de expulsión. Esta Institución considera que la manera en que determinadas expresiones de la Circular 1/2010 están redactadas, suscita serias dudas interpretativas que podrían conducir de hecho a una restricción indebida de los derechos de los inmigrantes. Si no se dan los presupuestos legales de la detención penal o de la retención para identificación de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana o, finalmente, de la detención cautelar a que se refiere la Ley Orgánica de Extranjería (que no es una “detención preventiva”, sino cautelar), no sería conforme a Derecho la conducción a comisaría ni ninguna otra restricción de la libertad”.

declara que la actuación policial denunciada y por la cual se reclamó el amparo constitucional, supone una violación del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe el trato discriminatorio, lo que contrasta con el fallo de la citada STC 13/2001 que en su día declaró que la actuación policial no supuso una vulneración del art. 14 CE.

Como recordatorio, ambas resoluciones enjuician, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación, el caso de la Sra. Williams Lecraft. El 6 de diciembre de 1992, cuando Rosalind Willians, junto con su marido y su hijo, descendió de un tren en la estación ferroviaria de Valladolid, un funcionario de policía requirió sólo a la Sra. Williams — única persona de color en aquel lugar— que se identificase. Ante la negativa de ésta y las protestas de su marido por la discriminación racial que suponía el requerimiento, fueron conducidos a las dependencias policiales existentes en la misma estación. Allí, tras comprobar que la Sra. Williams tenía nacionalidad española, la policía les pidió disculpas y les dejó marchar. La afectada, su marido e hijo presentaron una denuncia, que concluyó con el sobreseimiento definitivo de las diligencias previas por entender el órgano judicial que en la actuación policial no concurría delito alguno. Posteriormente, presentaron un escrito ante el Ministerio del Interior en el que incluían una doble solicitud: se recurría en alzada la orden del Ministerio del Interior de proceder a pedir la documentación a personas de color y, por otro lado, se formuló una solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado. La primera pretensión fue desestimada con el argumento de que no existía orden, circular o acto administrativo de ninguna clase que obligara a los funcionarios de los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a identificar a las personas en atención a su raza. La segunda solicitud fue tramitada conforme al procedimiento previsto para las reclamaciones de responsabilidad civil de la Administración Pública, interponiéndose recurso contencioso-administrativo ante su desestimación. Este recurso fue igualmente desestimado por Sentencia de la Audiencia Nacional. Agotada la jurisdicción ordinaria, fue interpuesto recurso de amparo por entender, básicamente, que la actuación policial supuso una discriminación por razón de la raza y, por lo tanto, una vulneración del art. 14 CE.

Estos son resumidamente los hechos y los antecedentes que dieron lugar a la citada STC 13/2001 que fue duramente criticada, a nuestro juicio con razón, por la doctrina científica<sup>25</sup> y el tejido social y acompañada de un voto particular en el que el magistrado discrepante, Julio González Campos, pone de manifiesto algunas de las deficiencias de dicha resolución. Efectivamente, en la resolución se desestima el amparo argumentando que “la actuación policial usó el criterio racial como meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española. Ninguna de las circunstancias acaecidas en dicha intervención indica que el comportamiento del funcionario de la Policía Nacional actuante fuese guiado por un prejuicio racista o por una especial prevención contra los integrantes de un

---

<sup>25</sup> Sólo por citar algunas de los comentarios doctrinales que provocó dicha resolución, pueden destacarse GONZALO QUIROGA (2001), LAFONT NUCUESA (2001), PÉREZ LISICIC (2004), SÁNCHEZ BARRILAO (2002).

determinado grupo étnico, como se alega en la demanda. Así, la actuación policial se produjo en un lugar de tránsito de viajeros, una estación de ferrocarril, en el que, de una parte, no es ilógico pensar que exista mayor probabilidad que en otros lugares de que las personas a las que selectivamente se solicita la identificación puedan ser extranjeras, y, de otro, las incomodidades que todo requerimiento de identificación genera son menores, así como razonablemente asumibles como cargas inherentes a la vida social. De hecho los requerimientos de identificación en función de las apariencias que permitían razonablemente presumir la condición de extranjeros de determinadas personas hicieron posible que la actividad de la Brigada Móvil de Valladolid diera lugar a la localización de 126 extranjeros en situación ilegal durante 1992 [...] Lo discriminatorio hubiera sido la utilización de un criterio (en este caso el racial) que careciese de toda relevancia en orden a la individualización de las personas para las que el Ordenamiento jurídico ha previsto la medida de intervención administrativa, en el caso de los ciudadanos extranjeros” (FJ 9), concluyendo dicha resolución la constitucionalidad de la actuación policial por ajustarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (FJ 10).

Basta la atenta lectura de la argumentación transcrita para comprender las razones de la crítica, así como las negativas consecuencias que dicha resolución tiene en los derechos no sólo de los ciudadanos extranjeros con o sin permiso de residencia, sino en general para todas aquellas personas que pertenezcan a grupos étnicos minoritarios normalmente de origen extranjero. Es decir, la STC 13/2001 ampara las prácticas policiales y las negativas consecuencias que describíamos en la introducción, contando con el discutible honor de ser conocida y continuamente citada por la policía como justificación de los controles de identidad étnicamente selectivos.

Pero antes de exponer dicha crítica hemos de mencionar otro de los hitos jurídicos en el tema debatido: el **Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 17 de agosto de 2009** (Comunicación núm. 1493/2006), en el cual se declara que la actuación policial denunciada es contraria al art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra el principio de no discriminación y condena al Estado español al pago de una indemnización a la Señora Williams. Ha de recordarse que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es el órgano encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el PIDCP e interpreta sus preceptos en la resolución de los conflictos interestatales o las quejas individuales sobre vulneraciones del Pacto. La importancia del mencionado Dictamen no sólo reside en el reconocimiento de la concreta pretensión esgrimida, sino que abre nuevos caminos en la estrategia jurídica para combatir las mencionadas prácticas<sup>26</sup>.

Ha de recordarse que según señala el 10.2 CE “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por

---

<sup>26</sup> Ampliamente, sobre los mecanismos de protección de Naciones Unidas en casos de discriminación, CASTRO SÁNCHEZ (2008).

España”, lo que, en palabras del Tribunal Constitucional, pone de manifiesto “nuestra voluntad como nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). Son numerosas las ocasiones en que el alto Tribunal ha acudido al mencionado Pacto u otros Tratados de Derechos Humanos siguiendo el art. 10.2 CE<sup>27 28</sup>, por lo que bien podría replantearse en un futuro amparo la doctrina recogida en la criticada sentencia a la luz, no sólo de la nueva realidad social, sino también teniendo en cuenta la interpretación sobre el artículo 26 PIDCP ofrecida por el Comité. Bien es cierto que, a diferencia de lo que ocurre con las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto al Comité el Tribunal Constitucional ha declarado en alguna ocasión que, dado que este organismo no tiene carácter jurisdiccional, sus interpretaciones del Pacto no han de ser necesariamente entendidas como definitorias del contenido de los derechos fundamentales, es decir, no tienen por qué ser entendidas como interpretaciones auténticas (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 6; 296/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 116/2006, de 24 de abril, FJ 4). Sin embargo, aunque nuestro Tribunal Constitucional no haya apostado por el carácter vinculante de las interpretaciones del Comité, no puede negarse su relevancia como importante referencia —que por otra parte el Tribunal Constitucional le reconoce— para la exégesis de los derechos fundamentales de la Constitución, habida cuenta de que —con independencia de que no posea naturaleza judicial— se trata del órgano encargado oficialmente de aplicar e interpretar el Convenio y sus resoluciones poseen efectos jurídicos<sup>29</sup>.

Es por ello que, en atención al nuevo contexto social y jurídico y a la condena al Estado español por parte del Comité, sería perfectamente pensable que el Tribunal Constitucional, e incluso la jurisdicción ordinaria, pudiera revisar la doctrina contenida en la referida sentencia.

## 2. Análisis constitucional desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE.

---

<sup>27</sup> Las STC 120/2009, de 18 de mayo, en relación con el derecho de toda persona declarada culpable a la revisión del fallo y la pena por un tribunal superior, consagrado en art. 14.5 PIDCP; la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en relación con la libertad de asociación (art. 22 PIDCP); la STC 140/2009, de 15 de junio, en relación con el derecho a la intimidad, o, más recientemente, las SSTC 73/2010, de 18 de octubre, 141/2010, de 21 de diciembre, o 37/2011, de 28 de marzo, en relación con los derechos a la libertad ambulatoria, a un proceso sin dilaciones indebidas y a la integridad física, respectivamente, son meros ejemplos de una larga lista.

<sup>28</sup> Sobre el empleo por el TC del Derecho internacional de los derechos humanos como elemento de interpretación de las normas que protegen los derechos y libertades de los extranjeros, *vid*, por ejemplo, JOVER GÓMEZ-FERRER/ORTEGA CARBALLO/RIPOL CARULLA (2010), pp. 111 y ss.

<sup>29</sup> Sobre el diferente peso concedido por el Tribunal Constitucional a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a las resoluciones del Comité, LEÓN BASTOS (2010), pag. 159.

Pasemos ahora a analizar la tesis básica de la resolución criticada: los controles de identidad guiados por el perfil étnico con el fin de detectar inmigrantes irregulares no son prácticas discriminatorias lesivas del art. 14 de la CE porque es razonable interpretar determinados rasgos raciales o étnicos como indicios de extranjería y de estancia irregular. Consideró entonces el Tribunal Constitucional que dirigir estas actuaciones policiales hacia personas con determinados rasgos distintivos no sería una práctica discriminatoria, por estar provista de una justificación objetiva y razonable.

Se trata de una tesis con muy negativas consecuencias para los derechos de todas aquellas personas con unos rasgos no coincidentes con los que se les supone a la población autóctona y cuya práctica imposibilita una política que promueva la pacífica convivencia en el seno de una sociedad cada vez –inevitablemente— más multiétnica y multicultural. Además, la selección étnica no sólo afecta a las personas migradas en situación irregular, sino a todo aquel con unos rasgos diferenciales que sugieren una posible extranjería pero que puede ser español, extranjero comunitario, nuestra pareja, nuestro hijo o simplemente nuestro vecino. Es una tesis de la que queremos advertir porque no parece percibir la facilidad para pasar de la selección étnica al racismo sin más. Concorre también la circunstancia de que se está amparando la selección étnica verificada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el uso del poder coactivo del Estado, lo que sin duda aconseja un cuidado muy especial.

Pero éste es un artículo jurídico por lo que la discrepancia ideológica no es suficiente, sino que hemos de analizar el criticado pronunciamiento desde una perspectiva normativa, proponiendo el tratamiento jurídico que a nuestro juicio estos supuestos merecen de acuerdo con la Constitución.

El razonamiento de la STC 13/2001 en torno a la constitucionalidad de la selección étnica en los controles parte de la siguiente premisa: de acuerdo con la ley, la policía está facultada para realizar controles generales de identificación con el fin de detectar personas extranjeras sin autorización de estancia. Sin embargo, a nuestro juicio está por ver que tal facultad pueda verificarse de acuerdo con la legislación vigente, y bien pudiera suceder que nos hallemos de nuevo ante una actuación policial sin la necesaria cobertura legal, no siendo a nuestro juicio una cobertura evidente el ambiguo artículo 20.1 LOSC. Sin embargo, la complejidad de esta cuestión nos obliga a posponer a otro lugar un abordaje mínimamente detenido y concluyente, limitándonos ahora a aceptar tal premisa **exclusivamente como hipótesis de trabajo**<sup>30</sup>.

El análisis jurídico de los requerimientos de identificación guiados por el perfil étnico se realizará desde la perspectiva del art. 14 CE, que consagra la prohibición de discriminación “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier

---

<sup>30</sup> En cualquier caso, para una panorámica sobre el particular, puede verse ANADÓN JIMÉNEZ (1995); CASAL HERNÁNDEZ (1998) o POMED SÁNCHEZ/ VELASCO CABALLERO (2004), pp. 135-152.



otra condición o circunstancia personal o social”, adentrándonos así en el terreno un tanto indefinido del derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado.

No es óbice a este análisis jurídico a través de la lente de la prohibición de discriminación el que el art. 14 CE se refiera únicamente a “los españoles”, ni tampoco que el art. 13 CE establezca 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”. Respecto a esto último, constituye consagrada jurisprudencia constitucional que “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienden); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio” (STC 107/1984, 23 de noviembre, FJ 4), si bien a lo largo de la jurisprudencia constitucional se ha ido matizando y concretando la conexión con la dignidad humana que es el criterio utilizado por el alto tribunal en la aplicación de la mencionada clasificación<sup>31</sup>. Por lo que respecta al principio de igualdad y no discriminación, éste es lógicamente uno de los derechos que emanan directamente de la dignidad y que, por ello, es de titularidad de todos los seres humanos y también será predicable de los derechos de configuración legal en la medida que la ley haya establecido idéntico disfrute para extranjeros y nacionales<sup>32</sup>.

Refiriendo esta doctrina a la constelación de casos que nos ocupa, pudiera pensarse, en un inicial y rápido enjuiciamiento, que el hecho diferencial de la extranjería quizá invalidara la invocación del artículo 14 CE, por cuanto es cierto que la legislación conoce específicas limitaciones de la libertad de los ciudadanos extranjeros, es decir, la libertad consagrada en el art. 17 CE es un derecho que – siempre con respeto al marco constitucional— puede ser limitado por la ley y el extranjero puede ver restringido este derecho en casos no contemplados para los españoles. Ahora bien, no estamos analizando en este artículo los controles de identidad étnicamente selectivos desde la perspectiva del artículo 17 CE, sino desde la óptica del trato discriminatorio en atención a los rasgos étnicos, que es algo que de lleno entronca con la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

También es preciso destacar que de la mano con el principio de igualdad, el artículo 14 CE consagra la prohibición de discriminación por razón de raza. Y aunque no igualdad y discriminación son realidades jurídicas obviamente relacionadas, no cabe desconocer su diferente configuración: **mientras la igualdad necesita un término de comparación, no ocurre así con la discriminación que se predica del acto en sí**, sin que su desvalor provenga de la diferencia de trato en relación con

---

<sup>31</sup> Vid. al respecto, JOVER GÓMEZ-FERRER/ORTEGA CARBALLO/RIPOL CARULLA (2010), pp. 69 y ss. Sobre la dignidad humana como criterio en la determinación de la extensión e intensidad de los derechos fundamentales de los extranjeros, VIDAL FUEYO (2009).

<sup>32</sup> Ampliamente, DÍAZ CREGO (2010).

otros individuos<sup>33</sup>. Así enmarcado, en el supuesto de la STC 13/2001 no sería relevante a los efectos de enjuiciar la lesión del art. 14 CE si Rosalind Williams era española, extranjera con permiso o persona migrada en situación irregular, pues lo que un solicitante de amparo en esa situación pediría no es el ser tratado igual que un nacional español –que puede ser también una persona de color—, sino simplemente que no se le discrimine por el color de su piel.

Como afirma Rey Martínez, no estaríamos ante cualquier tipo de discriminación, en el sentido de trato desigualitario, sino que cuando la desigualdad de trato radica en alguna de las causas que enumera el artículo 14 CE, la igualdad “se transforma en el juicio más riguroso en qué consiste la prohibición de discriminación”<sup>34</sup>, es decir, se trataría de una discriminación especialmente grave, pues “la discriminación no es sólo un problema de igualdad violada, sino también de libertad lesionada ya que quien discrimina obliga a formar asociaciones no voluntarias, “castas de las que las víctimas no pueden sustraerse”<sup>35</sup>.

La discriminación étnica, junto a la sexual o la que se dirige frente a quienes padecen un minusvalía es entendida por este autor como **una discriminación cualificada**, en atención a que es algo innato al individuo y el prejuicio que reside en el origen de la discriminación conduce a que sus miembros se consideren no ya diferentes, sino inferiores, lo cual “es muy común y especialmente odioso (dada la inmutabilidad y transparencia de estas diferencias)”, siendo la consecuencia jurídica de esta mayor gravedad **un mayor rigor en el enjuiciamiento** de presuntas vulneraciones del principio de no discriminación<sup>36</sup>. Esta consecuencia jurídica de la especial protección se plasmaría para el mencionado autor en la aplicación de “teoría de las clasificaciones sospechosas”, según la cual existiría una presunción de inconstitucionalidad contra las leyes que empleen dichos rasgos definitorios y los jueces deberían ser más exigentes en la constatación de constitucionalidad<sup>37</sup>. Veamos a continuación cómo habría que operar dicha constatación.

### **3. La selección étnica en los controles de identidad desde la perspectiva de la razonabilidad y necesaria proporcionalidad de toda medida limitativa de derechos**

Lógicamente la protección de los derechos fundamentales no es absoluta, y existen casos en que su limitación puede resultar razonable. La STC 13/2001 utiliza la

---

<sup>33</sup> Ampliamente para una delimitación entre los principios de igualdad y de prohibición de la discriminación, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE (2005) o ESTEVE GARCÍA (2009).

<sup>34</sup> REY MARTÍNEZ (1995), p. 56.

<sup>35</sup> REY MARTÍNEZ (1995), p. 42, con cita de M. Barbera.

<sup>36</sup> REY MARTÍNEZ (1995), p. 61. En relación con la carga de la prueba en los supuestos de discriminación, in extenso, ORMAZABAL SÁNCHEZ (2011).

<sup>37</sup> Para un análisis más detenido sobre el derecho a la no ser discriminado por razones étnicas ASIS ROIG (1988) o FIGUERUELO BURRIEZA (1995) y respecto de la jurisprudencia del TEDH sobre el particular REY MARTÍNEZ (2007).

razonabilidad como instrumento para enjuiciar la constitucionalidad de la denunciada discriminación, constituyendo *la ratio decideni* de su resolución, entendiendo la razonabilidad como una especie de lógica probabilística, en cuanto la selección étnica se justificaría en atención a la mayor probabilidad de que una persona con determinados rasgos carezca de nacionalidad española. La idea de la eficacia juega un papel fundamental en la decisión del alto tribunal, llegando a esgrimir el argumento —calificado de “poco oportuno” por el voto particular—, de que la selección étnica analizada hizo “posible que la actividad de la Brigada Móvil de Valladolid diera lugar a la localización de 126 extranjeros en situación ilegal durante 1992” (FJ 9).

Frente a la anterior argumentación ha de acentuarse la evidencia de que en un Estado social y democrático de derecho, **la eficacia no puede ser el criterio exclusivo que decida la constitucionalidad de la limitación de un derecho**, pues la lógica de la idoneidad es incapaz de poner límites a excesos de la razón de Estado sobre los derechos fundamentales, es decir, no puede justificarse cualquier medio en atención a su idoneidad para la obtención de un fin<sup>38</sup>. Por ello, la razonabilidad, idoneidad o adecuación de la limitación del derecho fundamental ha de ser completada con otros requisitos o límites. A tal fin sirve el **juicio de proporcionalidad**, que opera como canon de constitucionalidad tanto en el momento de aplicación de las normas, como en el de su creación<sup>39</sup>. “Como bien es sabido, el principio de proporcionalidad serviría para decidir si la restricción de un derecho fundamental está justificada, y, tal como viene articulándolo nuestro Tribunal Constitucional desde mediados de la década de los noventa, se desglosa en tres criterios: la **idoneidad o adecuación** de la limitación o medida restrictiva para la consecución del fin perseguido; la **necesidad** de la misma, es decir, la inexistencia de medidas menos drásticas e igualmente eficaces; y, por último, la **proporcionalidad en sentido estricto**, que exige que el fin perseguido justifique por su valor la concreta restricción del derecho fundamental en cuestión, de tal manera que no se produzca un desequilibrio patente y excesivo. La negación de alguno de estos requisitos supondría la inconstitucionalidad de una norma o una resolución por

---

<sup>38</sup> Concretamente a la STC 13/2001 se le reprocha haberse dejado “guiar por esa lógica imperante de la “razonabilidad” con olvido involuntario del mandato constitucional vinculado al derecho fundamental pretendidamente vulnerado y sobre el que se había construido la demanda de amparo: el derecho a no ser discriminado por razón de raza (art. 14 CE)” [CAAMAÑO DOMINGUEZ EN REQUEJO PAGÉS/DUQUE VILLANUEVA/ CAAMAÑO DOMINGUEZ/GÓMEZ MONTORO (2001), p. 294].

<sup>39</sup> La discriminación objeto de nuestro análisis no es una discriminación operada por la ley, pues no existe ninguna norma que prevea algo así como que los controles de identidad se efectuarán principalmente sobre personas con determinados rasgos étnicos o raciales. Se trata más bien de una discriminación en aplicación de la ley, pero una discriminación que lejos de producirse en casos esporádicos y aislados, constituye una constante en los controles de identificación practicados por la policía. Esta es otra de las razones por la que se estaría ante un caso bastante particular de discriminación en aplicación de ley. Por una parte, parece difícil aceptar que pudiera ser constitucional una norma que consagrara el perfil étnico como criterio de selección en los controles de identificación. Sin embargo en esta rechazable conclusión podría desembocarse si aceptamos, como proclama el Tribunal Constitucional, la constitucionalidad de la selección étnica como pauta general de actuación en los controles de identidad.

vulneración del derecho fundamental que ha sido limitado innecesaria o excesivamente”<sup>40</sup>; en el caso que nos ocupa el derecho a la igualdad y a la no discriminación recogido en el art. 14 CE.

A poco que uno se fije, la idea de razonabilidad utilizada por la STC 13/2001 coincide con el primer criterio del baremo de proporcionalidad, poniéndola algunos autores como ejemplo de un uso fragmentario y desordenado del principio de proporcionalidad<sup>41</sup>, si bien la asunción por la jurisprudencia constitucional de una formulación elaborada del mismo suele cifrarse alrededor de la mitad de los noventa<sup>42</sup>. Aunque la referida resolución afirma que las prácticas policiales son conformes al principio de razonabilidad y proporcionalidad, en realidad no llega someterlas a este segundo juicio, tal y como reprochaba en su voto discrepante el magistrado Julio González Campos.

De los tres criterios en los que se desglosa el juicio de proporcionalidad centrémonos en analizar las prácticas enjuiciadas desde la perspectiva del tercero: la proporcionalidad en sentido estricto, también denominada ponderación, criterio a través del cual se intentará constatar “que **las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general**”<sup>43</sup>. Se trata de comparar, de una parte, el derecho fundamental limitado —su importancia, la intensidad de la limitación y las consecuencias que acarrea— y, de otra, el derecho o principio constitucional que justificaría la intervención; comparación para la que la jurisprudencia y doctrina han desarrollado ciertas reglas argumentativas que si bien no dotan al juicio de proporcionalidad de la seguridad de una fórmula matemática, sí confieren racionalidad a la argumentación al respecto<sup>44</sup>.

En esta ponderación ha de atenderse a **la intensidad** con la que el derecho fundamental se ve afectado y a estos efectos hay autores que entienden que **cuando se trata de discriminación racial no cabrían intensidades de afectación constitucionalmente admisibles**. Así, Caamaño Domínguez —actual Ministro de Justicia— niega que pueda discriminarse constitucionalmente a nadie por razón de raza y afirma: “Claro que es razonable pensar que un español no es, en principio, persona de raza negra. Como razonable es también utilizar el “criterio racial como meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada fuera española” (FJ 9). El problema es que esa razonabilidad está expresamente prohibida por el artículo 14 de la Constitución. Hay probabilidades y razones que la

---

<sup>40</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA (2007), pp 160-161. Sobre el juicio de proporcionalidad, *vid*, entre otros muchos, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*; BARNÉS VÁZQUEZ (1994), BERNAL PULIDO (2007), GONZÁLEZ BEILFUSS (2003), LASCURAIN SÁNCHEZ (1998), MEDINA GUERRERO (1996), pp. 117 y ss.

<sup>41</sup> Por ejemplo, GONZÁLEZ BEILFUSS (2003), quien afirma que aunque la STC 13/2001 alude a los criterios de idoneidad y necesidad, se echa en falta un uso abierto y ordenado de los diversos elementos del test de proporcionalidad (p. 9, nota 10).

<sup>42</sup> Sobre la utilización fragmentaria del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, *vid*. MEDINA GUERRERO (1996), pp. 122 y ss.

<sup>43</sup> BERNAL PULIDO (2007), p. 764.

<sup>44</sup> Un desarrollo pormenorizado de dichas reglas en BERNAL PULIDO (2007), pp. 163 y ss.

Constitución prohíbe sencillamente porque son incompatibles con la dignidad humana”, como habría ocurrido en los hechos denunciados en amparo<sup>45</sup>.

No está de más aclarar que con la argumentación anterior no se niega que la raza o perfil étnico puedan ser considerados en determinados casos como indicio, siempre junto a otras circunstancias concurrentes, para requerir que una persona se identifique (por ejemplo, cuando la víctima del robo declara que el autor fue una persona con determinados rasgos étnicos)<sup>46</sup>, pero, como señala Sánchez Barrilao, otra cosa es que el fenotipo se convierta en “causa exclusiva para identificar legítimamente a individuos por la simple evidencia que supone la misma”, que se utilice “como criterio objetivo que permite practicar controles genéricos de extranjeros de manera selectiva y eficiente”<sup>47 48</sup>.

A mayor abundamiento, no está de más recordar que, según reputados autores alemanes y españoles, la conexión con la dignidad humana es otro de los criterios a tener en cuenta en la ponderación, de tal manera que **cuanto más relacionado esté con la dignidad el derecho fundamental en cuestión, mayor será su peso** en la balanza, habiendo aplicado el Tribunal Constitucional español esta regla en múltiples ocasiones<sup>49</sup>. En el caso del derecho a la no discriminación, la conexión con la dignidad no puede ser más evidente y en los supuestos que estamos analizando la lesión de la dignidad se deriva del mero hecho del uso de un perfil étnico, sin que sea necesario un especial ánimo racista, ni un trato inadecuado y humillante, tal y como parece entender la STC 13/2001<sup>50</sup>, pues, obviamente, los derechos fundamentales también se pueden lesionar con mucha educación.

**Pero la ponderación también ha de contemplar las consecuencias que –más allá de la incidencia directa en el derecho fundamental restringido— se derivan de la medida tanto en la esfera individual como colectiva.** Como ya poníamos de manifiesto en la introducción, las prácticas denunciadas dificultan sobremanera la

---

<sup>45</sup> CAAMAÑO DOMINGUEZ en REQUEJO PAGÉS/DUQUE VILLANUEVA/ CAAMAÑO DOMINGUEZ/GÓMEZ MONTORO (2001), p. 295. El carácter expresamente prohibido de la discriminación racial en el artículo 14 CE se acentúa también en el voto particular del Magistrado Julio González Campos.

<sup>46</sup> Sobre la pretensión de establecer pautas para la utilización legítima de las características raciales en el ámbito de la prevención y persecución de delitos GUILLÉN I LASIERRA (2003).

<sup>47</sup> SÁNCHEZ BARRILAO (2002), p. 234.

<sup>48</sup> Según la EUROPEAN NETWORK AGAINST RACISM/OPEN SOCIETY JUSTICE INICIATIVE (2009), “se define “el uso de perfiles étnicos” como el uso por parte de los agentes de la policía, seguridad, inmigración, o de aduanas de generalidades basadas en la raza, la etnia, religión, o procedencia –y no en comportamientos individuales y pruebas objetivas –como fundamento de sospecha para dirigir actuaciones policiales de manera discrecional. Este uso de perfiles étnicos se manifiesta a menudo en el criterio de la policía a la hora de decidir a quién parar para realizar identificaciones, interrogatorios, registros, y a veces detenciones...” (p. 3).

<sup>49</sup> Vid. referencias bibliográficas y jurisprudenciales en BERNAL PULIDO (2007) p. 779.

<sup>50</sup> Aunque no constituya *la ratio decidendi* sí se esgrime en la mencionada resolución la ausencia de un ánimo de discriminar, pues se incide en que “ninguna de las circunstancias acaecidas en dicha intervención indica que el comportamiento del funcionario de la Policía Nacional actuante fuese guiado por un prejuicio racista o por una especial prevención contra los integrantes de un determinado grupo étnico” (FJ 9).

integración, no sólo porque las personas afectadas terminan limitando a lo imprescindible el uso de los espacios públicos, sino también en cuanto fortalecen el estereotipo que relaciona no sólo inmigración, sino minorías étnicas con la criminalidad, estereotipo del que se alimentan dinámicas xenófobas y racistas; estereotipo que, por otra parte, dificulta la apuesta por el entendimiento en el marco de una sociedad —necesaria e inevitablemente— multirracial y multicultural en la que nos toca convivir. Por otra parte, existen investigaciones<sup>51</sup> que ponen de manifiesto que el uso de perfiles étnicos conlleva una desconfianza hacia la policía no sólo por parte de los individuos directamente implicados, sino también por parte de sus familiares, amigos, etc., con la consiguiente merma de la colaboración ciudadana e incluso hostilidad y el peligro de la formación de guetos en determinados barrios de nuestra ciudad<sup>52</sup>.

Para completar el juicio de proporcionalidad hemos de preguntarnos: semejantes costes, ¿para qué? ¿Cuál es la finalidad legalmente perseguida? Asimismo hemos de preguntarnos **si dicha finalidad, en atención a su importancia, urgencia y efectividad, permite justificar la lesividad de estas prácticas y las negativas consecuencias que conllevan**<sup>53</sup>. Como hemos visto, el uso del perfil étnico en los controles de identidad se justifica —así lo hace la STC 13/2001— por su pretendida eficacia para detectar y sancionar inmigrantes irregulares. Pero, como advertíamos en el epígrafe segundo de este artículo, la estancia indocumentada, según la voluntad del legislador recientemente expresada en la última reforma de la LOEx, no es una infracción penal, sino una infracción administrativa que ni siquiera alcanza la calificación de muy grave. Constituye una infracción simplemente grave que como regla general lleva aparejada la sanción de multa y frente a la cual sólo excepcionalmente procede la expulsión. Pareciera que el discurso de intolerancia, de miedo y deshumanización hacia el inmigrante “sin papeles” pesara más en el pensar y en el actuar de agentes públicos que la letra y el espíritu —bastante menos represivo en este aspecto— de la ley.

**¿Realmente el fin de castigar de una manera pretendidamente más eficiente<sup>54</sup> una infracción administrativa así conceptualizada y sancionada puede**

---

<sup>51</sup> Vid. las referencias ofrecidas por la EUROPEAN NETWORK AGAINST RACISM/OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (2009), p. 14.

<sup>52</sup> En este contexto hay que situar los episodios que recientemente han tenido lugar en el barrio madrileño de Lavapiés, en los que grupos de personas increpaban a la policía impidiéndoles la realización de determinadas actuaciones policiales. No se trata ni mucho menos de justificar la vía de hecho frente a determinadas actuaciones policiales. Se trata tan sólo de entender el contexto de estos episodios de hostilidad hacia las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

<sup>53</sup> Sobre los criterios que se aplican para establecer la relación entre el fin legislativo y el derecho fundamental en cuestión, vid. BERNAL PULIDO (2007), pp. 780 y ss.

<sup>54</sup> No ofrece este artículo espacio suficiente para cuestionar detenidamente esa supuesta eficacia esgrimida para afirmar la razonabilidad de estas prácticas. Según datos facilitados por el Ministerio del Interior, en su documento “Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2010”, las expulsiones en el año 2010 fueron 11.454, de las cuales 8.196 (71%) fueron cualificadas (por la comisión de un delito) y 3.258 (29%) fueron no cualificadas (sin delito). Además se dictaron 54.000 órdenes de expulsión por estancia irregular, de las que se ejecutaron 3.258 (6%). Puede consultarse este documento en [http://www.mir.es/DGRIS/Notas\\_Prensa/PDF\\_notas\\_de\\_prensa/2011/bal\\_inm\\_ilegal\\_2010\\_mir.pdf](http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/PDF_notas_de_prensa/2011/bal_inm_ilegal_2010_mir.pdf).

## **justificar el uso del perfil étnico como criterio de selección en los requerimientos de identificación con la consiguiente lesión del derecho a no ser discriminado y que tan negativas consecuencias tiene para la convivencia?**

La respuesta, a nuestro juicio, claramente es “no”. Pero no sólo desde lo ideológico, sino también desde lo jurídico, en cuanto **la selección étnica en los controles de identificación lesiona la prohibición de no discriminación al convertir el fenotipo en criterio determinante, así como porque las negativas consecuencias generadas no guardan proporción con la supuesta efectividad de la medida y el valor del fin legalmente perseguido.** Sobre estas bases podría articularse una

---

Asimismo pueden servir para cuestionar la supuesta eficacia de los requerimientos de identificación algunos fragmentos de la noticia aparecida en el diario el Mundo, el 11 de julio de 2011, con el titular “Sólo un 9% de los “sin papeles” detenidos es al final expulsado. El SUP denuncia que las redadas de Rubalcaba son “ineficaces y arriesgadas”: “Los policías nacionales están «muy preocupados» con los controles identificativos que siguen viéndose obligados a realizar para atrapar a inmigrantes sin papeles. Las redadas no sólo son «ineficaces», sostienen, sino que «ponen en riesgo» su propia «seguridad», ya que cada vez se encuentran con más oposición y denuncias por parte de los ciudadanos.

«Estamos trabajando a lo tonto», reconoce José María Benito, portavoz del Sindicato Unificado de la Policía (SUP). «Lo prueba el hecho de que, de todos los inmigrantes en situación irregular que son detenidos, sólo el 8% o el 9% acabe siendo expulsado a sus países de origen»...

«Imagínate cómo quedaríamos si se reconociese públicamente que trabajamos sin el resultado que sería deseable», apunta Benito, que asegura que las redadas, diga lo que diga el ministro, «siguen produciéndose». Pero con una novedad: el portavoz del SUP desvela que han recibido «instrucciones» por parte de sus superiores para que en las redadas se pida la documentación «también a ciudadanos españoles». ¿El motivo? «Es la manera que tiene Interior de defenderse de posibles acusaciones de racismo», responde Benito. «A un agente le mandan a realizar identificaciones en la boca de metro de Lavapiés y, una vez allí, identifica a unas 20 o 25 personas; entre ellas, algunos españoles. Así no se nos puede acusar de que paramos sólo a extranjeros»...

Las ONG no se cansan de decir que este tipo de controles son «ilegales» y las llamadas Brigadas Vecinales de Observación de Derechos Humanos se dedican a documentar estas actuaciones. Los agentes se están encontrando cada vez con más obstáculos en las detenciones. Primero fueron los vecinos brigadistas, luego los integrantes del Movimiento 15-M y ahora son ciudadanos corrientes. En el último mes y medio, afirma el SUP, tres actuaciones policiales en Madrid fueron impedidas por una multitud de indignados espontáneos...

La Unión Federal de Policía (UFP) también considera que cada vez se encuentran con más «dificultades» en las redadas. «Algunos se rebelan contra la Policía y muchas detenciones se producen por atentados contra la autoridad», indica Alfredo Perdiguero, secretario general de este sindicato en Madrid.

«Además, ha llegado un momento en que, por lo menos en Madrid, casi todos los inmigrantes en situación irregular están identificados ya. Te encuentras con personas con hasta tres o cuatro procedimientos de expulsión que no se han ejecutado», añade Perdiguero.

Son muchos los motivos por los que los sin papeles no son repatriados. En primer lugar, la mayoría de los detenidos es puesta en libertad poco después del arresto con un expediente de expulsión incoado. Cuando éste se resuelve y la Policía intenta hacer efectiva la repatriación, se encuentra con que el inmigrante está ilocalizable. Luego está el pequeño porcentaje que, tras ser detenido, acaba en un centro de internamiento de extranjeros (CIE). Según datos aportados esta semana por la Fiscalía de Barcelona, el 33% de los inmigrantes que ingresaron durante 2010 en el CIE de esta ciudad fue puesto en libertad...

Nos están obligando a hacer un trabajo, las identificaciones masivas, que al final no es productivo. Estamos empleando mucha gente, mucho dinero y mucho tiempo con el único objetivo de inflar la estadística policial», reflexiona Benito”.

argumentación jurídica atendible por nuestros órganos judiciales y así superar la triste doctrina contenida en la STC 13/2001.

## V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ GARCÍA, FJ y QUERALT JIMÉNEZ, A: “El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)”, en GARCIA ROCA, J y SANTAOLALLA MACHETI, P (Coords.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 151-230.
- ANADÓN JIMÉNEZ, MA: “La diligencia de cacheo e identificación ¿una privación de libertad?” en *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. III, 1995, pp. 237-252.
- ASIS ROIG, AE: “Discriminación por razón de la raza”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 1988, pp. 9-26.
- ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE POLICÍAS: *Aplicación operativa de la Ley de Extranjería. Situación actual desde el punto de vista jurídico-legal* (Informe 2/11), [https://www.asopol.org/publicaciones/2011/INFORME\\_2\\_11.pdf](https://www.asopol.org/publicaciones/2011/INFORME_2_11.pdf).
- BANACLOCHE PALAO, J: *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J: “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario” en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 495-535.
- BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3º ed., Madrid, 2007.
- BRANDARIZ GARCÍA, JA: *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011.
- BRIGADAS VECINALES DE OBSERVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: *Controles de identidad racistas en Madrid. Informe (2010-2011)*, [http://www.gugms.net/brigadasddhh/INFORME\\_BRIGADAS\\_2011.pdf](http://www.gugms.net/brigadasddhh/INFORME_BRIGADAS_2011.pdf)
- CASAL HERNÁNDEZ, JM: *Derecho a la libertad y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- CASTILLO BLANCO, FA: “Comentarios de urgencia sobre la polémica STC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana” en *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, pp. 307-335.
- CASTRO SÁNCHEZ, C, “Declaración Universal de los Derechos Humanos y principio de no-discriminación: Mecanismos de protección en el marco de la Organización de las Naciones Unidas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11, 2008, pp. 313-353.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, CM: “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 50-51, 2005, pp. 193-218.



- COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA: *Tercer Informe sobre España, adoptado el 14 de junio de 2005*, Strasbourg, 21 de febrero de 2006, <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CbC-III-2006-4-ESP.pdf>.
- COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA: *Cuarto Informe sobre España, adoptado el 7 de diciembre de 2010*, Strasbourg, 8 de febrero de 2011, <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ESP.pdf>.
- COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (CERD): Observaciones finales. España (CERD/C/64/CO/6, de 28 de abril de 2004), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/410/62/PDF/G0441062.pdf?OpenElement>.
- COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (CERD): Observaciones finales. España (CERD/C/ESP/CO/18-20, de 10 de marzo de 2011), [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/Spain\\_AUV\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/Spain_AUV_sp.pdf).
- DEFENSOR DEL PUEBLO: Informe anual 2010. <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/InformeAnualCortesGenerales2010.pdf>
- DÍAZ CREGO, M: “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, mayo-agosto 2010, pp. 115-155.
- ESTEVE GARCÍA, F: “Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbito de aplicación y efectos jurídicos”, en AJA, E (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, IDP-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 51-89.
- EUROPEAN NETWORK AGAINST RACISM y OPEN SOCIETY JUSTICE INICIATIVE: *El uso de perfiles étnicos*, Octubre del 2009, [http://www.soros.org/initiatives/justice/articles\\_publications/publications/ethnic\\_20100512/Factsheet-ethnic-profiling-20091001-SPA.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/articles_publications/publications/ethnic_20100512/Factsheet-ethnic-profiling-20091001-SPA.pdf).
- FIGUERUELO BURRIEZA, A: “Igualdad y no discriminación por razón de raza”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11, 2008, pp. 167-200.
- GARCÍA MORILLO, J, *El derecho a la libertad personal*, Titant lo Blanch-Universitat de València, Valencia, 1995.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- GONZALO QUIROGA, M: “Discriminación racial y control de identificación policial: valoración de la raza como indicio de extranjería y de nacionalidad”, en *Diario La Ley*, núm. 5291, de 19 de abril de 2001, pp. 2158 y ss.
- GUILLÉN I LASIERRA, F: “Policia, minories i discriminació: Paràmetres per a un ús adequat de les característiques racials en la investigació d’il·lícits”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, any CII, núm. 1, 2003, pp. 125-155.
- IMNIGRAPENAL (GRUPO INMIGRACIÓN Y SISTEMA PENAL): *Controles de identidad y detención de inmigrantes. Prácticas ilegales*, <http://www.inmigrapenal.com/Areas/Detenciones/Documentos/INFORMERED ADASDETENCIONES01032010.pdf>.

- JOVER GÓMEZ-FERRER, R; ORTEGA CARBALLO, C y RIPOL CARULLA, S: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- LAFONT NICUESA, L: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001, de 29-1 de 2001. El caso ‘Williams Lecraft’ y la discriminación por razón de la raza”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 61, 2001, pp. 359-383.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, JA: “La proporcionalidad de la norma penal” en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 159-189.
- LEÓN BASTOS, C: *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales de derechos humanos*, Reus, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M: *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona, 2007.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M: “Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, en *InDret Penal, Revista para el análisis del Derecho*, 3, 2009.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M: “Para que el derecho no se detenga en las puertas de los CIE: análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 62, fasc. 1, 2009, pp. 253-281.
- MEDINA GUERRERO, M: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- MUGAK (CENTRO DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACIÓN SOBRE RACISMO Y XENOFobia DE SOS RACISMO/SOS ARRAZAKERIA): *Los controles policiales en la vía pública dirigidos a la identificación y detención de personas migrantes “irregulares”*, <http://www.inmigrapenal.com/Areas/Detenciones/Documentos/DOCUMENTACIONEPIsODIOS.pdf>.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G: *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- PALIDDA, S y BRANDARIZ GARCÍA, JA (dirs.): *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Granada, 2010.
- PEDRAZ PENALVA, E: “detención de indocumentados”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 2, 1994, pp. 99-110.
- PÉREZ LISICIC, R: “Reflexiones en torno a la igualdad y discriminación: la STC 31/2001 como pretexto”, en VV.AA.: *Derecho Constitucional para el Siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. I. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 887-911.
- POMED SÁNCHEZ, L y VELASCO CABALLERO, F: “Inmigración y policía administrativa de seguridad”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7 (monográfico dedicado a Movimientos Migratorios y Derecho), Madrid, 2004, pp. 135-184.
- PORTILLA CONTRERAS, G: “Desprotección de la libertad y seguridad personal en la Ley sobre protección de la seguridad ciudadana”, en VV.AA., *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, Edt. Trotta, Madrid, 1993, pp. 79-116.
- QUERALT JIMÉNEZ, JJ: “La detención de indocumentados. El art. 20.2 LOPSC” en *Estudios de Jurisprudencia. Revista Colex*, núm. 8, 1993, pp. 119-134.

- REY MARTÍNEZ, F: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- REY MARTÍNEZ, F: “La discriminación racial en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, enero-abril 2007, pp. 279-307.
- SALIDO VALLE, C: *La detención policial*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- SÁNCHEZ BARRILAO, JF: “Identificación documental de nacionales y extranjeros”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, enero-abril 2002, pp. 217-238.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F: “Identificación del indocumentado. Cometario al artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 80, 1993, pp. 635 y ss.
- REQUEJO PAGÉS, JL; DUQUE VILLANUEVA, JC; CAAMAÑO DOMINGUEZ, F; GÓMEZ MONTORO, A: “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2001”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001, pp. 290 y ss.
- TOMÉ GARCÍA, JA: “Las diligencias de identificación en dependencias policiales del art. 20.2 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1994, pp. 733-759.
- VIDAL FUEYO, MC: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril 2009, pp. 353 y ss.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I: “El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión”, en PRESNO LINERA, MA (coord.): *Extranjería e Inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 147-197.