



DERECHO DE EXTRANJERÍA

La identificación y detención de extranjeros en situación irregular por parte de las unidades de Seguridad Ciudadana

Gerard MOLINA FEBRERO

Inspector de la Policía Nacional

El 8 de noviembre de 2022 se publicó este artículo en la web jurídica de IJESPOL y en ella concluíamos, tras un análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales, doctrinales y de la legislación vigente que la detención para la incoación de un expediente de expulsión **solamente podría ser acordada por orden del instructor del expediente sancionador**.

Más de un año después, nuestro criterio se ha visto reflejado en la Instrucción 1/2024, de 16 de enero, de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que aprueba el "Procedimiento integral de la detención policial". En esta Instrucción, que entra en vigor en el día de hoy, prevé la posible detención de extranjeros que hayan cometido alguna infracción susceptible de expulsión prevista en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o concurra en la persona extranjera otra causa legal de expulsión prevista en la normativa de extranjería. La Secretaría de Estado de Seguridad señala que, en estos supuestos, se pueden presentar dos situaciones:

i. que el procedimiento administrativo haya concluido con la resolución gubernativa de expulsión y esta no se haya ejecutado.

ii. **que, en los casos previstos en la ley, el procedimiento administrativo no se haya iniciado o no haya concluido.**

Para a continuación concluir que, **en el supuesto del apartado 3º ii)**, para que los o las agentes actuantes puedan proceder a la detención **será necesario que esta, como medida cautelar, sea ordenada por la persona responsable de la instrucción del procedimiento administrativo** que deberá ser un o una agente de la Policía Nacional.

Es decir, que para que los agentes actuantes puedan proceder a la detención de un extranjero para, por ejemplo, incoar un expediente de expulsión por estancia irregular (53.1 a) LOEx.) **es obligatorio que dicha medida cautelar sea ordenada por el instructor del expediente**, no pudiendo, por lo tanto, ser acordada directamente por los actuantes. El "Procedimiento integral de la detención policial" no establece en estos casos - detenciones en procedimientos sancionadores no iniciados - ninguna otra forma de detención, básicamente, porque ni hay ni ha habido ninguna otra forma distinta de detención cautelar que la contemplada en el artículo 61.1 d) LOEx., la cual, solamente puede ser acordada, como ya dijimos, **por el instructor del expediente**.

Recuperamos seguidamente el análisis efectuado a este respecto sobre la identificación y detención de extranjeros en situación irregular por las Unidades de Seguridad Ciudadana.





¿Estamos habilitados legalmente para solicitar la identificación de un extranjero a los solos efectos de comprobar su situación de regularidad en España? ¿Existe habilitación legal para que las unidades de Seguridad Ciudadana detengan directamente a un ciudadano extranjero una vez hayan acreditado que se encuentra en situación irregular en Territorio Nacional o, por el contrario, es necesario que la detención de dichos extranjeros sea acordada por el instructor del expediente?

A través de este artículo se pretende dar una respuesta al frecuente debate que en el seno de muchas plantillas policiales surge entre aquellos que defienden que un indicativo de Seguridad Ciudadana, una vez comprobada la situación de irregularidad del extranjero en la vía pública, pueden proceder directamente a su detención y los que son contrarios a ese planteamiento aduciendo que la detención debe de ser ordenada por el instructor del expediente sancionador.

Antes de acometer el asunto relativo a la posibilidad o no de detención por parte de las unidades de Seguridad Ciudadana, debemos abordar la primera de las cuestiones planteadas, es decir, la existencia o no de habilitación legal para requerir la identificación a un ciudadano extranjero a los solos efectos de comprobar su situación administrativa.

La Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana aprobada por Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, en adelante, LOPSC, establece en su artículo 13, apartado primero que *“los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar y portar consigo la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación regular en España”* y en su apartado tercero que *“los extranjeros estarán obligados a exhibir la documentación mencionada en el apartado 1 de este artículo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad de la misma, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes de conformidad con lo dispuesto en la ley, y por el tiempo imprescindible para dicha comprobación”*, resultando, por lo tanto, que la documentación que acredita la identidad del extranjero cuando este se halla en Territorio Nacional, así como la que acredita su situación regular en España, se configura no solo como un derecho del mismo, sino también como un deber que alcanza a su conservación y a su porte consigo para que, en el caso de que fueran requeridos por parte de las autoridades o sus agentes de conformidad a lo dispuesto en las leyes, estos pudieran exhibirla para acreditar su identidad, su lugar de origen y su situación administrativa en España.

Cuando procedemos a identificar a un extranjero en la vía pública para poder comprobar su situación administrativa en España, ¿lo estamos haciendo al amparo legal del artículo 16.1 de la LOPSC, es decir, al amparo del artículo que regula las identificaciones realizadas por la Policía a fin de proteger la Seguridad Ciudadana?

Las identificaciones realizadas al amparo del artículo 16.1 de la LOPSC solamente serán válidas cuando la petición de la identificación de un ciudadano, nacional o extranjero, sea realizada, o bien en el cumplimiento de las funciones de indagación y prevención delictiva, o bien cuando sea necesario para sancionar una infracción, penal o administrativa, **no estando permitida la solicitud de identificación para prevenir la comisión de infracciones administrativas**. Ello es así porque, aunque esta última facultad aparecía recogida en el Anteproyecto de LOPSC (la resaltada en negrita), fue retirada del texto definitivo a raíz del Informe al Anteproyecto de la LOPSC del Consejo

El informe del CGPJ de 26 de marzo de 2014 al Anteproyecto de LOPSC con respecto a los supuestos en los que una persona podía ser requerida para su identificación, concluyó que lo que se viene a establecer es la posibilidad legal de identificar, en el marco de funciones de prevención de una infracción, a personas que indiciariamente hayan podido participar en una infracción (penal o administrativa).

Tratándose obviamente de una infracción distinta y previa de la que se trata de prevenir.

En otras palabras, el hecho de ser un presunto partícipe de una infracción se erige en supuesto de la obligación de identificarse –y en su caso, de privación de libertad–.

Lo que no cumple los cánones de constitucionalidad: ni está justificado, ni responde a una finalidad de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos, ni es proporcional.





General del Poder Judicial (CGPJ) de 27 de marzo de 2014, al no adecuarse a la doctrina constitucional, ni al artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en adelante, LOFCS. A este respecto, PUIGSERVER MARTÍNEZ, J. A. señala que no caben identificaciones para evitar meras infracciones administrativas.

Entonces, ¿tiene cobertura legal la actuación consistente en solicitar la identificación de un ciudadano extranjero a los solos efectos de comprobar si se encuentra en situación regular en Territorio Nacional, lo que, técnicamente, sería una solicitud de identificación al objeto de prevenir la comisión de una infracción administrativa, cual sería la estancia irregular prevista en el artículo 53.1 a) de la Ley de Extranjería?

La respuesta es que sí. El Tribunal Constitucional en su STC nº 86/1996, de 21 mayo, estableció que, entre las funciones con cobertura legal, en concreto, dada por la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, estaba la de comprobar por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que los extranjeros que se encontraban en territorio español disponían de la documentación obligatoria, es decir, la que acreditara su identidad y la que acreditara el hecho de encontrarse legalmente en España.

Sin embargo, hemos de advertir que esta sentencia se refiere al antiguo artículo 20.1 de la LOPSC que tenía una redacción sustancialmente diferente al actual 16.1 LOPSC, pues en aquel se facultaba a la Policía para identificar a las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomendaba la LOPSC y la LOFCS, es decir, la identificación en estos supuestos encontraba amparo legal en el amplio concepto de las funciones de protección de la seguridad, entre las que se encontraba el interés público de mantener una migración controlada y ordenada como manifestación del cumplimiento por España de los compromisos internacionales derivados de su integración en el espacio Schengen y, por lo tanto, de la asunción por el Estado español de todo el acervo comunitario en esta materia.

Diariamente son realizadas por la Policía multitud de identificaciones al amparo del artículo 16.1 de la LOPSC, esto es, para prevenir delitos o sancionar infracciones, pero ello no quiere decir que únicamente sean estos los supuestos en los que la Policía esté legitimada para requerir a una persona su identificación, pues entenderlo de otra manera supondría que no se podría comprobar si un ciudadano de un tercer Estado ha superado el periodo de estancia en Territorio Schengen y, por lo tanto, se encuentra en situación irregular; si un ciudadano es poseedor de un permiso de conducir o de una licencia de armas; si está habilitado para acceder a un edificio protegido, etcétera, lo cual resultaría contrario a toda lógica.

Estas otras identificaciones que son realizadas por la Policía tienen su cobertura legal en otras disposiciones normativas. Así, la LOFCS, atribuye como competencia exclusiva de la Policía Nacional, entre otras, las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración, estando previsto en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen), en adelante, CFS, los requisitos para la entrada y permanencia en Territorio Schengen de los nacionales de terceros Estados que crucen las fronteras exteriores.

Dentro de los requisitos que se exigen a un ciudadano para entrar en territorio Schengen (artículo 6 del CFS) está, entre otros, que su estancia no exceda de 90 días dentro de cualquier periodo de 180 días, lo que implica tener en cuenta el periodo de 180 días que precede a cada día de estancia. Este requisito es de aplicación para calcular los días de estancia de un nacional de un tercer país, tanto a la entrada por un puesto fronterizo exterior como en un control que se efectúe dentro del territorio de los Estados miembros una vez se haya cruzado la frontera, pues





debemos recordar que los requisitos de entrada no solamente han de cumplirse al momento de franquear la frontera exterior, sino que también han de ser cumplidos durante todo el periodo de estancia y esto únicamente se podrá comprobar solicitando la identificación al ciudadano extranjero y visualizando tanto la documentación que acredite su identidad como la que acredite su situación de regularidad en España (pasaporte, visado, tarjeta de identidad de extranjero, etcétera).

Es más, el artículo 24 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería*, prevé la posibilidad de acordar una resolución de salida obligatoria de aquellos nacionales de terceros Estados que hayan dejado de cumplir los requisitos de entrada en Schengen, lo que solamente podría ser comprobado, una vez más, solicitando la identificación al ciudadano extranjero.

Ahora bien, dichas identificaciones, aun gozando de cobertura legal, no presupone que la Policía tenga *patente de corso* para realizar identificaciones de forma indiscriminada, debiendo, por ello, realizarlas siempre de forma proporcionada, respetuosa, cortés y de la forma en que menos incida en la esfera del individuo, estando vedadas aquellas que pudieran ser consideradas innecesarias, arbitrarias, abusivas y que supongan una extralimitación a las facultades que el ordenamiento jurídico atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tal y como se señala en la Circular 2/2012, de 16 de mayo, de la Dirección General de la Policía *sobre identificación de ciudadanos*.

En conclusión, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, más concretamente, la Policía Nacional, en el cumplimiento de su competencia exclusiva en materia de extranjería, está facultada para requerir a los ciudadanos extranjeros para que se identifiquen y acrediten su situación de irregularidad en España, pues entenderlo de otra manera, limitando dicha facultad única y exclusivamente al momento del cruce de fronteras exteriores supondría que un ciudadano de un tercer Estado, una vez haya cruzado la frontera exterior, va a poder mantenerse en el espacio Schengen sin control alguno, lo que, obviamente, sería una falta de control del Estado español, contrario a los compromisos internacionales adquiridos por España y derivados de su integración en el Espacio Schengen.

Visto lo anterior, abordamos ahora la siguiente cuestión: si prestando servicio en una unidad de Seguridad Ciudadana identifico a un ciudadano de un tercer Estado y resulta que este se encuentra en situación irregular, ¿puedo proceder a su detención?

Muchos de los que se posicionan a favor de la posibilidad de detención directa por parte de las unidades de Seguridad Ciudadana, asientan su idea en que, si el ciudadano está irregular y, por tanto, comete una infracción grave a la LOEx., es posible su detención por este motivo, sin embargo, no debemos olvidar que para proceder a la detención de una persona la adopción de dicha medida cautelar debe estar prevista legalmente. Así, por ejemplo, cuando un indicativo de Seguridad Ciudadana sorprende a una persona robando en un establecimiento, la detención se practica porque existe una ley que no solo habilita, sino que obliga a ello, en concreto, el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante, LECrim., que obliga a los agentes de la autoridad, entre otros supuestos, a detener al autor en el caso de comisión de delitos flagrantes.

Pero, ¿existe en la legislación de extranjería una habilitación para la detención igual que la prevista en nuestra LECrim.? Como señalan MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., la Constitución Española posibilita la restricción de la libertad en materia de extranjería, **pero impone que una medida de estas características esté prevista en la ley.**

Nuestra Carta Magna consagra en su art. 17.1 que *"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"*. En el mismo sentido, 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"*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 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 esta"*.

Por lo tanto, la detención de extranjeros que se encuentren en situación irregular en Territorio Nacional está avalada constitucional y legamente, **siempre que la adopción de dicha medida cautelar se practique en el marco del procedimiento establecido en una ley.**

La detención de extranjeros está prevista en la nuestra Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en adelante, LOEx., concretamente, en el artículo 61.1 d) en el que se prevé la posibilidad de acordar, **por acuerdo del instructor del expediente**, la detención de los ciudadanos extranjeros en situación irregular una vez se haya incoado un expediente que pueda conducir a su expulsión, **no estando prevista en nuestra legislación ninguna otra forma de acordar y practicar la detención de un ciudadano extranjero en situación irregular para la incoación de un expediente.**

Por lo tanto, **hemos de concluir que la detención de extranjeros que se encuentren en situación irregular tan solo se podrá acordar por parte del Instructor del expediente y en el marco de un procedimiento administrativo sancionador que pueda conducir a su expulsión.** En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia nº 877/2017, de 22 de diciembre, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, señala que **el trámite en que debe acordarse la detención preventiva no es la propuesta de resolución, como sostiene el apelante, sino el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador.**

Visto lo anterior, ¿cuál sería la actuación que debería seguir una unidad de Seguridad Ciudadana que identifica a un ciudadano extranjero y comprueba que se encuentra en situación irregular en territorio nacional?

Hemos asentado la idea de que una unidad de Seguridad Ciudadana no puede proceder directamente a la detención cautelar de un ciudadano extranjero en situación irregular, **salvo que la medida haya sido acordada por el Instructor del expediente en el seno de un procedimiento sancionador abierto**, pero ello no es óbice para que, en el caso de que se encuentre indocumentado y no pueda ser identificado por ningún otro medio, pueda ser "retenido a efectos de identificación" y, por tanto, trasladado a las dependencias policiales más próximas y con medios adecuados para su identificación.

Si bien, las unidades de Seguridad Ciudadana no están habilitadas por sí mismas para acordar la detención cautelar prevista en el artículo 17 de la Constitución Española, sí que están habilitados para acordar la "retención a efectos de identificación", modalidad de privación de libertad que está regulada en el artículo 16.2 de la LOPSC y que sí permite el traslado a efectos de identificación de ese ciudadano extranjero indocumentado y que no puede acreditar ni su identidad ni su situación de regularidad en Territorio Nacional por ningún medio al ser, *a priori*, responsable de una infracción administrativa: la estancia irregular. Una vez identificado o, al menos, una vez realizadas las diligencias de identificación tratando de acreditar su identidad, será cuando, en el caso de encontrarse en situación irregular, **por acuerdo del instructor del expediente sancionador** se acuerde su detención cautelar con todas las garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución Española.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en STSJM Nº 877/2017, de 22 de diciembre, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, señala en su FJ 3º que es cierto que la detención en la vía pública con anterioridad a la iniciación





del procedimiento no se halla regulada en la normativa sobre extranjería, pero sí, además de en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el caso de la comisión de infracciones penales, lo que obviamente no es el caso, también en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, siendo esta doctrina de igual aplicación con la vigente LOPSC (FJ 3º). Ahora bien, también la medida de "retención a efectos de identificación" tiene su límite y no es otro, como señalan MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., 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. Y es que la retención a efectos de identificación para que sea legal solo 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 o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una infracción administrativa (STC 341/1993, de 18 de noviembre).

Como señalan MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., por mucho que el art. 11 LOSC (actual artículo 13 de la LOPSC) 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. Así lo entendió también el Defensor del Pueblo en un informe del año 2010 cuando concluyó que el traslado a comisaría solo podía producirse por falta de la documentación que acreditara su identidad y no por falta de la que acreditara la legalidad de la estancia. En este sentido, la Circular 2/2012, antes mencionada, resalta la improcedencia de trasladar a ciudadanos extranjeros a dependencias policiales a efectos de identificación por el mero hecho de constatar en el proceso de identificación su estancia irregular en España, siempre que haya acreditado su identidad mediante un documento oficial o documento que se considere válido y suficiente y aporte domicilio susceptible de ser comprobado en el momento de la identificación.

El informe del anual del Defensor del Pueblo del año 2010 se decía lo siguiente: *"En efecto, el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana, (actualmente el artículo 13 de la LOPSC) obliga al extranjero a disponer de los documentos que acrediten su identidad y su legalidad, y el artículo 20 (actual artículo 16) 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".*

- CONCLUSIONES -

1. Las unidades de Seguridad Ciudadana están facultadas, en sus funciones de vigilancia y control, a requerir a un ciudadano extranjero para que se identifique al objeto de verificar su identidad y su situación de regularidad en España (STSJM N° 877/2017, de 22 de diciembre).
2. Las unidades de Seguridad Ciudadana están facultadas para trasladar a dependencias policiales a efectos de identificación a un ciudadano extranjero indocumentado y que no pueda identificarse por ningún medio en el lugar del requerimiento (Artículo 16.2 LOPSC).
3. Es improcedente trasladar a un ciudadano extranjero a dependencias policiales por el mero hecho de no poder acreditar su situación de irregularidad cuando esté identificado (Circular 2/2012, de la Dirección General de la Policía).
4. **La detención cautelar con todas las garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución Española, solamente puede ser acordada por el Instructor del expediente administrativo sancionador conforme a los requisitos previstos en el artículo 61.1 d) de la LOEx.**

