

ALGUNAS IDEAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RETIRADA DE PASAPORTE DE CIUDADANOS EXTRANJEROS EN EL ART. 13.2 DE LA LEY ORGÁNICA 4/2015, DE 30 DE MARZO, DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA¹

Jose Miguel Sánchez Tomás
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)
Miembro del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE

I. SITUACIÓN NORMATIVA PREVIA AL 1 DE JULIO DE 2015

I.1. PRIVACIÓN DE PASAPORTE DE EXTRANJEROS POR AUTORIDAD JUDICIAL

1. El artículo 530 LECr establece, sin distinción de nacionalidad, que *“El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte”*.

Esta posibilidad de retención de pasaporte por parte del juez de instrucción como medida cautelar en el marco de un procedimiento penal fue introducida por la LO 13/2003, de 24 de octubre, con motivo de la STC 169/2001, de 16 de julio, que en el caso Scilingo consideró que carecía de cobertura legal suficiente la retención de pasaporte como medida cautelar penal en la investigación de delitos, ya que solo estaba prevista en el art. 8.3 de la Ley de extradición pasiva para los procedimientos de extradición (FJ 8).

2. El art. 8.3 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, establece que *“3. El Juez podrá, en cualquier momento y en atención a las circunstancias del caso, acordar la libertad del detenido, adoptando alguna o algunas de las medidas siguientes para evitar su fuga: vigilancia a domicilio, orden de no ausentarse de un lugar determinado sin la autorización del Juez, orden de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el Juez, retirada de pasaporte y prestación de una fianza. El incumplimiento de estas medidas dará lugar a la prisión provisional dentro del plazo establecido en el apartado anterior”*.

¹ Este informe se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449)

I.2 PRIVACIÓN DE PASAPORTE DE EXTRANJEROS POR AUTORIDAD GUBERNATIVA

1. El art 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC 1992) vigente hasta el 1 de julio de 2015 establece que *“Los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes. No podrán ser privados de esta documentación salvo en los mismos supuestos previstos para el Documento Nacional de Identidad”*

Desde una perspectiva interpretativa no puede afirmarse que en la última frase de este precepto se regule la posibilidad de privación del pasaporte de los ciudadanos extranjeros por la autoridad gubernativa o sus agente, más bien parece referirse, por la identidad de tratamiento que le da al DNI, a la Tarjeta de Identidad de Extranjero (TIE) mediante la que se acredita el hecho de hallarse legalmente en España. Esta es también la interpretación más plausible desde el punto de vista sistemático ya que no tendría mucho sentido remitir la regulación de la retirada de un pasaporte a un extranjero a los supuestos de privación del DNI, que conforme con el art. 9.2 LOPSC 1992, implica que nunca hubiera posibilidad de que fuera retirado por la autoridad gubernativa o sus agentes salvo en el caso de renovación, cuando por ser extranjero la renovación de pasaporte no compete a las autoridades españolas.

En efecto, como el art. 9.2 LOPSC 1992 establece que *“2. El Documento Nacional de Identidad será obligatorio a partir de los catorce años. Dicho documento es intransferible, correspondiendo a su titular la custodia y conservación, sin que pueda ser privado del mismo ni siquiera temporalmente salvo los supuestos en que, conforme a lo previsto por la Ley, haya de ser sustituido por otro documento”*, la interpretación más adecuada es entender que cuando el art. 11 LOPSC 1992 afirma que *“Los extranjeros (...) no podrán ser privados de esta documentación salvo en los mismos supuestos previstos para el Documento Nacional de Identidad”*, se refiere a los documentos que si pueden renovar las autoridades españolas, que es la TIE.

2. Por su parte, en la legislación de extranjería, el art. 61.1.c) LOEx establece como una de las medidas cautelares a adoptar por el instructor de una procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, la *“Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida”*. El art. 235.6.a) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RLOEX), en desarrollo de esa previsión legal establece que *“Cuando el instructor solicite el internamiento y la autoridad judicial lo deniegue, el instructor, con el fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas cautelares: a) Retirada del pasaporte o*

documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida”.

3. En conclusión, con la normativa vigente antes del 1 de julio de 2015, solo cabe considerar que (i) la LOPSC 1992 no regula expresamente los supuestos en que puede ser privado un extranjero de su pasaporte y (ii) la LOEx y el RLOEx permitirían esta retirada del pasaporte como medida cautelar en el expediente sancionador en materia de extranjería. Por tanto, no habría ninguna contradicción entre ambas.

II. SITUACIÓN NORMATIVA A PARTIR DEL 1 DE JULIO DE 2015

II.1. PRIVACIÓN DE PASAPORTE DE EXTRANJEROS POR ORDEN JUDICIAL

1. Sigue siendo la misma que antes del 1 de julio de 2015, esto es, solo cabe su adopción como medida cautelar en el ámbito del proceso penal (art. 530 LECr) o en el de extradición pasiva (art. 8.3 LEP).

II.2 PRIVACIÓN DE PASAPORTE DE EXTRANJEROS POR AUTORIDAD GUBERNATIVA

1. El art. 13.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC 2015), establece que “2. *Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal*”. La referencia a “documentación de origen” es inequívoca en cuanto a que se incluye al pasaporte y, por tanto, es manifiesto que con esta regulación solo cabe la privación de ese documento en aplicación de la LECr. Se da la paradoja que ahora lo que no se regula es la retirada del TIE que era la única regulación prevista en el art. 11 LOPSC 1992.

Por su parte, la LOEX y el RLOEx no han sido modificados en este aspecto por lo que se mantiene la posibilidad establecida en el art. 61.1.c) LOEx y el art. 235.6.a) RLOEx, de que el instructor de una procedimiento sancionador pueda acordar como medida cautelar la retirada del pasaporte.

De ese modo, se produce una aparente contradicción entre la nueva previsión del art. 13.2 LOPSC 2015, que solo permite la retirada del pasaporte por parte de un juez, y los arts. 61.1.c) LOEx y 235.6.a) RLOEx, que lo permiten por parte de la autoridad gubernativa o sus agentes en los casos de extranjería.

2. La resolución de esa aparente contradicción solo puede afrontarse de conformidad con dos principios pero que llevan a consecuencias distintas:

(i) principio de temporalidad: Cuando dos normas son contradictorias entre sí, la norma posterior en el tiempo deroga la anterior. A esos efectos, la disposición derogatoria única, apartado segundo, de la LOPSC establece que, “2. *Asimismo, quedan derogadas*

cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en esta Ley”. Por tanto, es prioritaria la aplicación del art. 13.2 LOPSC 2015 y ya no cabe en ninguna circunstancia que la autoridad gubernativa prive del pasaporte a un ciudadano extranjero.

(ii) principio de especialidad: Cuando dos normas son contradictorias entre sí, hay que indagar si una de ellas es norma especial que excepciona la aplicación de la general, ya que en tal caso pueden convivir ambas en una relación normativa de regla-excepción. A esos efectos, la LOPSC regularía con carácter general la identificación de las personas en territorio nacional y, en ese marco de exigencia de que las personas extranjeras estén identificadas, se establece la prohibición absoluta de que se prive a un ciudadano extranjero de esa documentación por parte de la autoridad gubernativa. Por el contrario, la LOEX regularía con carácter específico una competencia de la autoridad gubernativa en materia de inmigración estableciendo esta medida cautelar de retirada del pasaporte. Por tanto, resulta posible compatibilizar la aplicación del art. 61.1.c) LOEX -y del art. 235.6.a) RLOEX que lo desarrolla, que solo supondría una excepción por razón de especialidad a la regla general del art. 13.2 LOPSC 2015, prevista en una norma de igual rango. De ese modo, al ser posible una interpretación conforme al criterio de regla general-excepción ambas previsiones son perfectamente compatibles y están en vigor.

3. Ahora bien, todavía es posible indagar si, más allá de que en abstracto pudiera aplicarse la regla de especialidad, y tomando en consideración que el legislador que ha aprobado la LOPSC 2015 no desconocía la previsión de la LOEX y del RLOEX, su intención era derogarla conforme al ya citado apartado segundo de la disposición derogatoria LOPSC 2015. A esos efectos es importante tomar en consideración la tramitación administrativa previa a la aprobación como Proyecto de Ley de la LOPSC 2015 y destacar que

(i) en el Anteproyecto de Ley aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2013 estaba expresamente previsto en el art. 13.2 que “*2. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal, o en los supuestos y con los requisitos previstos en la presente ley y en la legislación de extranjería*”. Esto es, además de los casos de privación de pasaporte por decisión judicial en un proceso penal se incluían expresamente los supuestos recogidos en la propia normativa de seguridad ciudadana y en la de extranjería.

(ii) En el Proyecto de ley que aprobó el Consejo de Ministros y que se remitió al Congreso de los Diputados el art. 13.2 ya aparecía con la redacción con la que fue aprobada posteriormente por el Congreso, esto es, mencionado solo que “*2. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal*”.

4. Esta modificación, decidida por el Consejo de Ministros, como autor de la iniciativa legislativa, entre la redacción del Anteproyecto y del Proyecto, una vez leídos

los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado, parece que responde a una objeción del propio Consejo de Estado en su Dictamen 557/2014, de 26 de junio, en que se afirma que *“El artículo 13.2 del Anteproyecto debe ser reelaborado a la luz de una triple consideración. Es razonable que la Autoridad judicial, a causa de investigaciones penales en curso, pueda intervenir el pasaporte de ciudadanos extranjeros en España. Pero ni esa potestad puede extenderse a otros supuestos indeterminados, ni puede afectar a un documento que es propiedad de un Estado extranjero”*.

Si se acepta que, en última instancia, esta fue la causa final de que se modificara la inicial intención de incluir expresamente la excepción de la normativa de extranjería es porque, obviamente, se aceptaba esta sugerencia del Consejo de Estado y, por tanto, que la pretensión con esta iniciativa legislativa era que, en atención al principio de que el pasaporte de un extranjero es propiedad de un Estado extranjero y por virtud del principio de temporalidad, quedara derogada la posibilidad prevista en la LOEx y en la RLOEx de que la autoridad gubernativa retuviera como medida cautelar el pasaporte de un ciudadano extranjero.

5. Ciertamente, queda la situación paradójica de que también el art. 13.2 LOPSC 2015, al referirse solo a la posibilidad de retirar un pasaporte en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal, pudiera entenderse que deroga el art. 8.3 LEP, sin embargo en tal caso si resulta evidente que la LEP es una norma especial, máxime tomando en consideración que se trata de una potestad jurisdiccional.

II. CONCLUSIONES

1. El art. 13.2 LOPSC 2015 regula expresamente las posibilidades de retirar por parte de la autoridad gubernativa o sus agente de, entre otros “documentos de origen” de los ciudadanos extranjeros, el pasaporte, limitándola a los supuestos de “investigaciones judiciales de carácter penal”. En la medida en que las investigaciones judiciales están dirigidas por la autoridad judicial y que, conforme a lo establecido en la STC169/2001, de 16 de julio, debe existir una previsión legal expresa al respecto, solo cabe la retirada de pasaporte por la autoridad judicial en los casos previstos legalmente.

Por tanto, es contrario al art. 13.2 LOPSC 2015 la retirada del pasaporte por parte de la autoridad gubernativa o sus agentes en cualquiera circunstancia.

2. El art. 61.1.c) LOEx establece la posibilidad de que el instructor de una procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, acuerde la *“Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida”*, lo que ha sido desarrollado por el art. 235.6.s) RLOEx. Sin embargo, esta concreta posibilidad ha quedado derogada por la disposición derogatoria única, apartado segundo, de la LOPSC 2015, toda vez que, el Gobierno, como

autor de la iniciativa legislativa, siendo consciente de esta previsión legal, decidió, también conscientemente y siguiendo una sugerencia del Consejo de Estado sobre el particular, optar por no excepcionar esa posibilidad y establecer una prohibición absoluta de que la administración gubernativa o sus agente pudieran retirar el pasaporte, como documento público propiedad de un estado extranjero, a un ciudadano extranjero que esté en España, con independencia de su situación de regularidad migratoria.

3. Por tanto, a partir del 1 de julio de 2015, con la entrada en vigor de la LOPSC 2015, carece de cobertura legal la posibilidad de que ningún ciudadano extranjero se vea privado de la tenencia de su pasaporte por una decisión de la autoridad gubernativa o alguno de sus agentes, con independencia de su situación de migratoria o de que esté inmerso en un procedimiento en el que pueda proponerse la expulsión.

4. Los ciudadanos extranjeros a los que se haya retirado el pasaporte en aplicación del art. 61.1.c) LOEx y art. 235.6.a) RLOEx en los procedimientos sancionadores de que hayan sido objeto tiene la posibilidad de solicitar, si no se produce de oficio, la devolución, toda vez que su retirada trae causa de una medida cautelar que, por lo expuesto, se ha quedado sin cobertura legal al haber sido derogada.