

INMIGRACIÓN Y POLICÍA ADMINISTRATIVA DE SEGURIDAD

Luis POMED SÁNCHEZ
y
Francisco VELASCO CABALLERO

SUMARIO: I. Introducción.–II. Policía de seguridad y libertad.–III. Identificación del extranjero: 1. Controles de identidad no limitativos de la libertad. 2. Controles de identidad limitativos de la libertad personal. 3. Derecho a la igualdad e identificación policial de extranjeros: *a)* Identificación policial con conexión objetiva distinta de la raza; *b)* Identificación policial fundada en la raza; *c)* La cuestión en Derecho francés.–IV. Libertad en frontera: 1. Planteamiento. 2. Derecho a la libertad en frontera: *a)* El derecho a la libertad del artículo 5 CEDH; *b)* El derecho a la libertad del artículo 17.1 CE. 3. Limitaciones legales a la libertad personal en frontera, en general: *a)* Tipología de supuestos; *b)* Comparación con los Derechos francés y belga. 4. Detenciones en frontera como medida de control de entrada: *a)* Permanencia del solicitante de asilo en la frontera; *b)* Detención para devolución desde la frontera y retorno. 5. «Detención» para la ejecución de expulsiones.–V. La efectividad de la tutela judicial: 1. Acceso a la jurisdicción. Planteamiento general: *a)* El reexamen de las solicitudes de asilo; *b)* Algunos problemas que plantea la interposición de recursos a través de Embajadas y Consulados; *c)* El derecho a la asistencia letrada; la reciente STC 95/2003. 2. Fiscalización judicial de los controles administrativos de entrada y salida: *a)* La motivación de la denegación de visados; *b)* El régimen de salidas obligadas. 3. Sucinta referencia a la justicia cautelar

I. INTRODUCCIÓN

EN la opinión pública española es identificable, hoy, una conexión atávica y difusa entre inmigración e inseguridad ciudadana. Así lo muestran encuestas y muestreos (1). El fundamento de aquella conexión entre inseguridad e inmigración no viene, sin embargo, arropado con datos objetivos determinantes. Primero, porque el número de inmigrantes en España es aún relativamente bajo (si se compara con otros países de la Unión Europea). Y segundo, porque los hechos que normal-

AFDUAM 7 (2003), pp. 135-184

(1) Según la encuesta «Opina» para *El País* (lunes, 3 de febrero de 2003), el 56,8 por 100 de los encuestados consideran que la inmigración ha contribuido decisivamente al aumento de la delincuencia. Según la encuesta del CIS de mayo de 2003, el 58,1 por 100 de los españoles vincula inseguridad ciudadana e inmigración (véase extracto en *El País*, de 27 de junio de 2003, p. 23).

mente desencadenan la percepción de inseguridad no justifican por sí aquella conclusión (2). Tomemos los datos de delincuencia referidos a Madrid como ejemplo de Comunidad Autónoma con un alto grado –relativo– de población inmigrante (3). Tenemos, de un lado, que la delincuencia ligada a los extranjeros normalmente consiste en delitos patrimoniales menores y faltas ligados a estados carenciales (de cultura, de dinero, de relaciones sociales o de integración) (4). Los delitos graves con frecuencia están vinculados a «grupos organizados que operan circunstancialmente en España», que poco o nada tienen que ver con la inmigración (5). Además, los delitos contra las personas (en especial, homicidios y asesinatos) no son cometidos mayoritariamente por extranjeros (6); más aún, el número de extranjeros agredido por españoles (en delitos de homicidio o asesinato) es superior al número de españoles agredidos por extranjeros; hay que destacar aquí, además, que un altísimo porcentaje de los homicidios y los asesinatos (el 82 por 100) tiene lugar entre español y español o entre extranjero y extranjero (7). De otro lado, datos con frecuencia vertidos a la opinión pública, como el número total de internos en centros penitenciarios (8), sólo pueden ser correctamente valorados en función del sistema español de prisión provisional, que penaliza a quien carece de arraigo en España (así, normalmente, al extranjero). Por último, los datos sobre inmigrantes «irregulares» en España, también objeto de inquietud en la opinión pública española, tanto dicen de la actividad económica en España como de la seguridad ciudadana y, sin embargo, la inquietud social que reflejan las encuestas sólo se expresan a través de este segundo aspecto. En suma, la percepción cierta de inseguridad ciudadana no responde fielmente a datos objetivos. El miedo atávico a lo foráneo magnifica la relevancia real de los datos referidos a inmigración y seguridad ciudadana.

Esté fundada o no la conexión entre inmigración e inseguridad ciudadana, lo cierto es que las políticas públicas (y los programas políticos) han conectado nítidamente ambos fenómenos. Con ello se retroalimenta la propia conexión social entre inmigración e inseguridad. De poco valen aquí las advertencias del Fiscal General del Estado frente a la manipulación de los datos sobre delincuencia (9).

(2) En relación con los datos estadísticos del Ministerio del Interior, referidos al año 2001, véase también el análisis crítico de J. DE LUCAS, «Sobre los presupuestos de una política de inmigración: entre el prejuicio y el beneficio», ponencia presentada en Seminario de Economía de la Fundación Duques de Soria, Universidad de Salamanca, 25 de noviembre de 2002 (inédito), pp. 20 y ss.

(3) Conforme al «Balance 2002» de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, en la Comunidad de Madrid habitan 222.969 extranjeros (no comunitarios) con permiso de residencia; los comunitarios son 68.897.

(4) «Memoria elevada al Gobierno de Su Majestad presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Jesús Cardenal Fernández», Madrid, 2002, p. 174.

(5) *Memoria...*, p. 174.

(6) En el año 2001, de un total de 81 agresores (para 96 delitos), 41 tenían nacionalidad española, 28 eran extranjeros y 12 eran de nacionalidad desconocida (*Memoria...*, p. 170).

(7) *Memoria...*, p. 170.

(8) Véase, por ejemplo, el diario *La Vanguardia* de 15 de enero de 2003: los extranjeros constituyen el 50 por 100 de los 1.800 reclusos en cárceles de Cataluña.

(9) «Parece exigible a los responsables políticos, y a todo aquel con capacidad de creación de opinión, un mínimo de cautela y un mucho de seriedad al examinar las causas del delito: no es tolerable atribuir a la inmigración en general lo que es predicable de la marginación que a algunos inmi-

Se llega así a lo que –parafraseando una expresión ya enraizada en la dogmática penal (10)– podemos denominar política pública «de enemigo», dirigida frente al inmigrante «irregular». Esta política pública se expresa tanto en iniciativas legislativas como en la actuación administrativa.

a) Las iniciativas legislativas no son nuevas. Si descontamos la LOEx de 1985 (más motivada por la adhesión de España a las Comunidades Europeas que por una política pública de control de la inmigración), la reacción legislativa frente a la inmigración irregular viene jalonada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que modifica parcialmente la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado; por los artículos 89 y 108 del Código Penal de 1995, y por la LOEx de 2000. Todas estas Leyes distinguen, por principio, entre el inmigrante legal o regular (el que *entra* en España en la forma establecida en la Ley y permanece mediando un título de *estancia* o de *residencia* válido) y el inmigrante ilegal o irregular (quien entra clandestinamente en España, carece de un título válido que autorice su permanencia en España o comete infracciones administrativas castigadas con la expulsión). El «inmigrante legal» es, en términos jurídicos, titular de derechos de libertad, participación y prestación adecuados para favorecer su integración real en España; en términos políticos el «inmigrante legal» es destinatario de políticas públicas (se formalicen o no en Derecho) encaminadas a su integración social. El «inmigrante ilegal» queda al margen del Derecho y de las políticas de integración. Aquí el objetivo del Derecho y de las políticas de inmigración es su salida o alejamiento de España. A tal fin se disponen medios jurídicos –y administrativos– que, de un lado, impidan las entradas ilegales en España y que, de otro lado, eviten las estancias sin título jurídico típico. Frente al «inmigrante ilegal» se despliega la policía administrativa, tanto preventiva como represiva. En esta línea de represión de la inmigración irregular ahonda la proyectada reforma de la LOEx; en ella se generaliza la expulsión del inmigrante irregular procesado o inculcado por delitos castigados con penas de hasta seis años de privación de libertad (11).

grantes afecta; predicar de la inmigración lo que debe a la marginación resulta un disparate sociológico, una injusticia desde el punto de vista jurídico y un gravísimo error político, con consecuencias inimaginables» (*Memoria...*, p. 175).

(10) Así, M. CANCIO MELIÁ, «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo», en *Jueces para la Democracia*, núm. 44 (2002), pp. 19 y ss.

(11) Artículo 2.2 del Proyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000: El apartado 7 del artículo 57 tendrá la siguiente redacción:

«a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos Juzgados, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en la letra anterior, el Juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en las letras anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515. 6.ª; 517 y 518 del Código penal.».

b) La actuación administrativa frente a la inmigración irregular es, en gran medida, actividad policial: para impedir la entrada irregular del extranjero, para identificar y aprehender al extranjero que se encuentra ilegalmente en España y para ejecutar forzosamente los deberes de salida que –impuestos judicialmente o por la propia Administración– pesan sobre el extranjero en situación irregular. El eje de esa policía administrativa de seguridad es la frontera. Pues sólo dentro de las fronteras –hoy, de la Unión Europea– se puede hablar de inmigración legal o ilegal. Ello no significa que la policía administrativa de inmigración sea, únicamente, policía «de control de fronteras». Las formas de la policía administrativa de inmigración, tanto española como europea, están ampliamente descritas en el denominado «Catálogo Schengen», denominación apocopada del «Catálogo de recomendaciones y de mejores prácticas para la correcta aplicación del acervo Schengen» (12). Lo que en el «Catálogo Schengen» se define como «Modelo integrado de policía de fronteras» comprende cuatro niveles o filtros: actuación en países de origen o tránsito de la inmigración (fundamentalmente, mediante la expedición de visados en el extranjero); cooperación bilateral o internacional con los países donde se originan o por donde circulan los flujos migratorios, cooperación policial que se concreta en la ayuda para la protección de fronteras ajenas y en la readmisión del inmigrante ilegal; control de puestos fronterizos y vigilancia de fronteras, y, por último, policía de seguridad en el interior. De todas las formas descritas de «policía de fronteras», en este estudio sólo vamos a prestar atención a varios aspectos relevantes y problemáticos de los dos últimos niveles o filtros: en los puestos fronterizos y en el interior. Y en estos dos ámbitos vamos a abordar varias cuestiones referidas a la libertad personal (art. 17.1 CE) y al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del extranjero frente a la actuación administrativa. Desde la perspectiva del derecho a la libertad vamos a considerar dos cuestiones: la identificación policial del extranjero y las privaciones de libertad en la frontera. En relación con el derecho a la tutela judicial, formularemos algunas reflexiones en torno a su efectividad, aspecto que nos remite inexorablemente a la ejecución de los actos administrativos y su envés, las medidas cautelares.

II. POLICÍA DE SEGURIDAD Y LIBERTAD

El extranjero, todo extranjero, disfruta del derecho a la libertad frente a los poderes públicos de España. Y, por tanto, frente a la actuación de la policía española de seguridad. Así resulta tanto del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) como del artículo 17.1 CE. Aquí hay que distinguir con claridad entre el derecho a entrar o residir libremente en España (art. 19 CE), del que sólo disfruta quien cumple con todos los requisitos fijados por la Ley, (13), y el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), del que, en todo caso, disfruta el extranjero; incluso cuando su entrada o estancia es ilegal. Hay que

(12) Presentado el 28 de febrero de 2002 por el Consejo de la Unión Europea.

(13) SSTC 94/1993, FJ 3; 242/1994, FJ 4; 86/1996, FJ 2; 174/1999, FJ 4; 52/2002, FJ 4; véase también M. C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 205 y ss.

subrayar aquí, de otro lado, que el derecho a la libertad no está condicionado por el lugar donde se encuentre el extranjero. En tanto derecho reaccional, la libertad ampara al extranjero allí donde el Estado español impida su disfrute lícito. Esto es lo que resulta tanto del artículo 1 CEDH (14) como de la jurisprudencia constitucional española (15). Lo relevante no es, por tanto, dónde se halle el extranjero: si está aquende o allén del puesto fronterizo; si está en el espacio aéreo español, en zona de tránsito aeroportuaria o sobrevolando cualquier país; o si está en tierra firme, en el mar territorial español o en alta mar (16).

Pero la libertad personal del extranjero es susceptible de limitación legal. Así lo prevén tanto el artículo 5.1 CEDH como el artículo 17.1 CE. Sólo en estos términos resulta lícita la actuación policial que con frecuencia impone limitaciones, privaciones o restricciones en la libertad personal del extranjero. El artículo 5.1.f) CEDH expresamente prevé la privación de libertad del extranjero «Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición». Se trata, además, de una privación de libertad distinta de la detención criminal preventiva, lo cual es muy relevante para identificar los límites máximos de la privación de libertad: no rige aquí el límite exigente del «plazo razonable» del artículo 5.3 CEDH [que es el límite temporal exigible a la detención criminal preventiva prevista en el artículo 5.1.c) CEDH], sino un canon más laxo de «diligencia exigible» en la actuación administrativa que se sirve de la privación de libertad del extranjero para impedir su entrada ilegal o para ejecutar forzosamente una orden de salida (17). De otro lado, el artículo 17.1 CE expresamente autoriza a la Ley para que establezca los casos y formas en que cualquier persona (también el extranjero) puede ser privado de libertad. No estamos aquí ante un «desarrollo» o «configuración» legal del derecho fundamental a la libertad personal, sino justamente ante la posibilidad de que la Ley limite el disfrute de ese derecho. Tratándose de una limitación en el disfrute de un derecho fundamental rigen aquí los cánones constitucionales de certidumbre y proporcionalidad (18).

En lo que sigue vamos a analizar dos supuestos donde la policía de seguridad (para el control de la inmigración) con frecuencia lleva consigo sacrificios o limitaciones en la libertad personal del extranjero. Se trata de dos supuestos muy presentes en la realidad actual. De un lado, los controles policiales de identidad de quienes presentan signos externos de extranjería; y de otro lado, las «retenciones» en frontera (en «dependencias» de los puestos fronterizos, en «zonas de tránsito» o

(14) STDH de 26 de junio de 1992, *caso Drozd y Janousek c. Francia y España*, § 91.

(15) En especial: SSTC 21/1997, FJ 2; 53/2002, FJ 4 b).

(16) Similar: P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 70; también: I. VILLAVERDE, «El régimen jurídico de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado», de próxima publicación en PRESNO LINERA (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 3.

(17) J. SOHIER, «Les privations de liberté de l'étranger, en droit belge, au regard de l'article 5 de la Convention Européenne», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 37 (1999), pp. 147 y ss. (p. 157).

(18) STC 53/2002, FJ 5.

en «zonas de espera») de quienes carecen del derecho a entrar en España o de quienes deben cumplir con un deber de salida impuesto por la Administración.

III. IDENTIFICACIÓN DEL EXTRANJERO

Ya hemos dicho que la policía de seguridad, en frontera y en el interior, está dirigida a impedir la entrada o imponer la salida del «inmigrante ilegal». Ello exige controles policiales encaminados a la identificación del extranjero en quien no concurren los requisitos legales de entrada o permanencia. En la doctrina ya se ha expresado, con carácter general, un criterio contrario a las identificaciones policiales sistemáticas (19). Ahora se trata de precisar en qué casos, y bajo qué condiciones, son aceptables aquellas identificaciones policiales. El punto de partida consiste en destacar que con frecuencia –aunque no siempre– los controles policiales de identidad pueden llevar aparejadas limitaciones más o menos leves en la libertad personal. Empecemos por precisar dónde los controles policiales de identidad carecen de eficacia limitativa sobre la libertad personal. Más adelante nos detendremos en los controles de identidad limitativos de la libertad.

1. Controles de identidad no limitativos de la libertad

En ocasiones los controles policiales para la identificación del extranjero carecen de todo efecto limitativo sobre la libertad personal. Son los casos en que la identificación se aporta por el interesado –directamente o a requerimiento policial– para la obtención de una prestación estatal o, en general, un efecto jurídico favorable. El simple hecho de que la identificación sea reclamada por un agente de policía nada dice de su caracterización constitucional. Lo relevante es considerar la acreditación de identidad como un requisito necesario para el otorgamiento de lo pedido y no como una actuación de intervención *ex officio* de la policía de seguridad.

Conforme a lo dicho, no hay restricción policial de la libertad en la exigencia de identificación (o sometimiento a comprobación de la identidad aportada) en el puesto fronterizo; quien pretende beneficiarse de un posible derecho de entrada ha de acreditar que en él concurren los requisitos legales, y para ello es necesaria una identificación completa del sujeto. Aquí no hay propiamente un requerimiento policial de identificación que imponga un hacer o soportar al extranjero. Hay una aportación de los datos que permiten el reconocimiento de un derecho rogado. Obviamente lo dicho se refiere únicamente a la acreditación de identidad y a su posible verificación. Nada dice de intervenciones corporales desvinculadas de la identificación del solicitante de entrada. Quedan al margen de lo dicho, por tanto,

(19) J. M. CASAL HERNÁNDEZ, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, CEPC, Madrid, 1998, p. 343; D. MOYA MALAPEIRA, «La devolución de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 62 [2002], pp. 189 y ss. (p. 223).

los «cacheos» e inspecciones corporales en los puestos fronterizos dirigidos a la prevención de ciertos delitos, como el tráfico de drogas. Aquí sí estamos ante medidas coactivas que afectan a la libertad deambulatoria (20) y donde, por tanto, rigen los límites constitucionales frente a las restricciones de libertad. Tampoco hay limitación en la libertad allí donde el extranjero está obligado a acreditar su identidad a fin de obtener una autorización administrativa que justifique su estancia o residencia en España.

2. Controles de identidad limitativos de la libertad personal

Sí hay limitación de la libertad allí donde la intervención policial para el control de identidad tiene lugar de oficio, al margen de toda solicitud del extranjero. Esa limitación de libertad existe, desde luego, en los supuestos en los que el control de identidad se realiza *mediando traslado y permanencia* en dependencias policiales. Bien como detención *sensu stricto*, esto es, en el marco de la persecución policial de sospechosos de participación en delitos; bien como actuación preventiva de la policía de seguridad. En ambos casos hay privación de libertad (21), si bien autorizada por la Ley conforme a lo exigido por el artículo 17.1 CE. La detención criminal tiene amplio amparo en el artículo 492.4 LECrim (22). También la conducción preventiva a dependencias policiales –para el único fin del control de identidad– está autorizada, aunque esta vez de forma más restringida, por el artículo 20.2 LOPSC (23): para «impedir la comisión de un delito o falta», o «al objeto de sancionar una infracción», entendiéndose en este último caso que se trata de una infracción administrativa ya cometida (24). Precisamente la segunda de las causas de identificación por medio de conducción coactiva del artículo 20.2 LOPSC («al objeto de sancionar una sanción») guarda estrecha relación con la persecución policial de la inmigración ilegal, dado que la estancia o permanencia en España sin título jurídico suficiente se tipifica directamente como infracción administrativa [art. 53.a) LOEx].

También se puede afirmar que el simple requerimiento de identificación en la vía pública (y subsiguientes comprobaciones policiales *in situ*) contienen una privación de libertad sometida a la reserva de Ley del artículo 17.1 CE. Este tipo de controles policiales está huérfano de jurisprudencia, pues los litigios suelen presentarse ante los Jueces y Tribunales de forma impura: bien porque al control de identidad en la vía pública sigue la detención o conducción a comisaría; bien porque al control de identidad acompaña una medida de intervención más intensa, como es la llamada «diligencia de cacheo», cuyo carácter limitativo de la libertad se afirma sólo veladamente bajo la calificación de «breve medida coactiva que afecta a la libertad ambulatoria» (25). Con todo, hay argumentos bastantes para

(20) ATS-Penal, de 2 de noviembre de 1999 (Ar. 8380).

(21) En relación con la conducción forzosa a dependencias policiales a efectos de identificación: STC 341/1993, FJ 4.

(22) STS-Penal, de 23 de febrero de 1994 (Ar. 1597).

(23) STC 341/1993, FJ 5; STS-Penal de 9 de abril de 1994 (Ar. 3111).

(24) STC 341/1993, FJ 5.

(25) SSTS-Penal de 7 de julio de 1995 (Ar. 5389) y de 2 de febrero de 1996 (Ar. 789).

sostener que estamos ante privaciones de libertad del artículo 17.1 CE, si bien no de detenciones del artículo 17.2 CE. Hasta la fecha, en la jurisprudencia constitucional no se ha planteado abiertamente si el requerimiento policial de identificación afecta limitativamente a la libertad del individuo. Con frecuencia se invoca –incluso por la jurisprudencia penal (26)– una providencia de inadmisión del Tribunal Constitucional (de 26 de noviembre de 1990) (27); pero difícilmente puede entenderse que a través de providencias de inadmisión el Tribunal Constitucional haya establecido criterio alguno sobre el alcance de la libertad personal. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado, eso sí, de los controles de alcoholemia (SSTC 107/1985 y 22/1988); y ha negado que dichos controles sean contrarios al artículo 17 CE. Pero lo declarado en aquellas dos Sentencias sólo puede entenderse en el concreto contexto de sus procesos de amparo (28), sin que se pueda inducir un criterio general proyectable sobre los controles policiales de identidad que ahora nos ocupan. Desde luego, la «doctrina constitucional», que se contiene en la STC 341/1993, FF. JJ. 4 y 5, del Pleno del Tribunal, no permite aquella conclusión. En la STC 341/1993 las «retenciones» identificativas (se enjuiciaba en concreto el art. 20.2 LOPSC) son consideradas como «privaciones» de libertad autorizables por la Ley conforme al artículo 17.1 CE. A nuestro juicio, tanto la estructura interna de nuestro sistema constitucional como una muestra selectiva de Derecho comparado llevan a concluir que los controles policiales de identidad, practicados de oficio, contienen en sí una limitación (por menor que pueda parecer) en la libertad personal garantizada por el artículo 17.1 CE (29).

a) En la jurisprudencia constitucional prima, con carácter general, una comprensión *a priori* amplia del contenido de cada derecho (30). Eso sí, el contenido del derecho fundamental es luego limitable por el legislador (*ex art.* 53.1 CE) como

(26) ATS-Penal de 4 de junio de 1997 (Ar. 4564).

(27) El texto de esta providencia está reproducido en M. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, «La detención y otras formas de privación de libertad practicadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad. Doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4 [1999], pp. 93 y ss. (p. 121).

(28) En la STC 107/1985 el Tribunal se limitó a negar que el sometido a una prueba de alcoholemia estuviera «detenido», en el sentido estricto del artículo 17.2 CE. No decía el Tribunal que no hubiera limitación o restricción en el disfrute de la libertad personal; decía tan sólo que no había detención. Luego, en la STC 22/1988 se prescinde de aquella relevante precisión y se concluye, con aparente seguimiento de la STC 107/1985, que el sometimiento a la prueba de alcoholemia no contiene una «privación» de libertad (del art. 17.1 CE). Pero en la argumentación de esta Sentencia se hace hincapié en que el recurrente había accedido voluntariamente a someterse al test alcoholométrico. Y precisamente porque había voluntariedad concluye la Sala que —en aquel concreto caso— no hubo privación de libertad.

(29) Otra opinión: J. M. CASAL, *Diligencias policiales...*, p. 315; I. VILLAVERDE, *Detención e internamiento...*, p. 19. Dudosos: M. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *La detención...*, p. 115 (dice la autora que la identificación sin retención «constituye un supuesto típico de restricción de libertad, puesto que la limitación del ejercicio del derecho es de tal entidad que puede ser encuadrada dentro de las privaciones de libertad, pero sí que afecta en cierta medida al ejercicio del derecho, puesto que durante el trámite de requerimiento de identificación y acreditación de la misma el sujeto se encuentra privado de la posibilidad de autodeterminar su conducta»). A nuestro juicio, carece de toda utilidad constitucional afirmar la existencia de una limitación o restricción en el disfrute de un derecho (aunque sea menor) y no reconducir esa limitación al sistema de límites y garantías que establece la Constitución.

(30) M. MEDINA, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, p. 93.

resultado de la concurrencia y ponderación de los bienes constitucionales en juego. Así está expuesto con claridad y precisión, entre muchas, en la STC 52/1995, FF. JJ. 4 y 5. Esto es lo que, desde un punto de vista teórico, se ha descrito como la conversión de «derechos fundamentales *prima facie*» (los que enuncia la Constitución) en «derechos fundamentales definitivos» (los que resultan de la labor limitadora y delimitadora del legislador) (31). Es la reserva de Ley en materia de derechos fundamentales lo que fuerza tanto a una comprensión *ex ante* extensa de cada derecho fundamental, como al reconocimiento de un amplio poder de limitación a favor del legislador de los derechos fundamentales (32). Llevado este planteamiento de principio al ámbito del artículo 17.1 CE resulta que la libertad personal es, en principio, amplia: rechaza cualquier dirección de la conducta ajena a la propia determinación de cada individuo. Cuestión distinta es que la Ley pueda, conforme al artículo 53.1 CE, imponer deberes de hacer, no hacer o soportar a los ciudadanos, y con ello limitar la libertad *prima facie* amplia que enuncia el artículo 17.1 CE. De esta manera, no se puede negar que los controles de identidad limitan la libertad de cada individuo, garantizada por el artículo 17.1 CE. Cuestión distinta es que la Ley legítimamente pueda imponer aquellos límites (arts. 17.1 y 53.1 CE) y que, por tanto, el derecho fundamental a la libertad personal no sea ya resistente frente a controles policiales de identidad.

b) A un resultado similar se llega prestando atención a la utilización que la jurisprudencia constitucional ha hecho del principio de proporcionalidad en relación con los controles policiales de identidad (así, en la STC 13/2001, FJ 8). La aplicación del principio de proporcionalidad sólo se explica si previamente hemos identificado una intervención limitativa en un derecho fundamental, limitación ésta frente a la que precisamente se alzaría dicho principio constitucional (33). Así que sin previo derecho fundamental no es posible «test» alguno de proporcionalidad. Desde esta perspectiva podemos identificar en la STC 13/2001 –al menos de forma implícita– el reconocimiento de que los controles policiales de identidad restringen el disfrute de la libertad personal. La STC 13/2001 declara que «aun contando con cobertura legal y ejercitándose el requerimiento para el cumplimiento del fin previsto normativamente, el ejercicio de las facultades de identificación ha de llevarse a cabo de forma proporcionada, respetuosa, cortés y, en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo». Dado que «la esfera del individuo» no es objeto directo de ninguna norma constitucional, hemos de concluir que con esa expresión se está haciendo referencia –en este caso– a la libertad personal.

c) También el Derecho comparado presenta a los controles policiales de identidad como restricciones o límites a la libertad del individuo; límites que sólo son legítimos si los fija la Ley. La jurisprudencia constitucional francesa viene entendiendo que, en principio, los controles policiales de identidad afectan al derecho a la libertad del artículo 66 CRF (34); incluso cuando esos controles se limitan

(31) R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 267 y ss.

(32) M. BACIGALUPO, en M. BACIGALUPO y F. VELASCO CABALLERO, «Límites inmanentes de los derechos fundamentales y reserva de Ley», *REDA*, 85 [1995], pp. 112 y ss.

(33) Por todos, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 105 y ss.

(34) Décision 93-323 DC, de 5 agosto de 1993, respecto de la Ley relativa a los controles y comprobaciones de identidad (Ley de 24 de agosto de 1993).

a la policía judicial. Otra cosa es que la Ley que prevé esos controles pueda ser legítima, en atención a los fines que persigue y a la vista del tipo y forma de controles concretamente previstos. También los Derechos de policía de los Länder alemanes parten claramente de la premisa de que los controles policiales de identidad limitan o restringen (*greifen ein*) la libertad personal (en este caso, del art. 2 I GG). Esa premisa se plasma en la Ley de Policía del Sarre (35), que expresamente declara en su artículo 7 (por exigencia del mandato de determinación del art. 19 I 2 GG) que los controles de identidad previstos en el artículo 9 limitan la libertad personal. También en la jurisprudencia constitucional alemana se recoge esta conexión elemental entre libertad personal y requerimientos policiales de identificación. En una Sentencia de 7 de marzo de 1995 (36) el Tribunal Constitucional Federal otorgó el amparo pedido por un manifestante que había sido sancionado por oponerse a un control policial de identidad. En lo que ahora importa, el Tribunal alemán claramente establece que un requerimiento policial de identificación restringe el disfrute del «derecho general de libertad» (del art. 2 I GG); y si bien es cierto que aquella restricción se concreta en el sacrificio de la llamada «autodeterminación informativa», lo cierto es que en Derecho público alemán dicha autodeterminación informativa es una faceta o vertiente más del «derecho general de libertad» del artículo 2 I GG.

Otra cosa parece deducirse de la jurisprudencia del TEDH, en su distinción entre «restricciones» y «privaciones» de libertad. Las primeras quedarían, en principio, al margen del ámbito de protección del derecho a la libertad del artículo 5.1 CEDH; sólo cuando las restricciones presentaran una especial intensidad podría hablarse propiamente de privaciones de libertad prohibidas por el artículo 5.1 CEDH (37). Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no se ha ocupado en especial de los controles de identidad, parecería que, a partir de su distinción jurisprudencial entre «restricciones» y «privaciones» de libertad, los controles policiales de identidad –en tanto restricciones a la libertad de baja intensidad, no cualificadas– no afectarían al derecho a la libertad. Varias precisiones impiden llegar a esta conclusión. En primer lugar, la jurisprudencia del TEDH se sirve de los conceptos de «restricción» y «privación de libertad» sólo de forma tendencial o indiciaria; que una limitación a la libertad sea o no «privación» (del art. 5 CEDH) depende de las características de cada caso, teniendo en cuenta el tipo de medida, su duración, efectos y forma de ejecución (38). Por tanto, ninguna medida restrictiva de la libertad puede considerarse, por principio, ajena al ámbito de protección del artículo 5.1 CEDH. Además, la distinción entre «restricción» y «privación» de la libertad hay que entenderla únicamente en el contexto del CEDH, que fija estándares de derechos humanos para muy diversos países europeos, pero en modo alguno excluye estándares de derechos fundamentales más elevados en cada uno de los Estados parte en el Convenio; de ahí que el propio artículo 53 CEDH

(35) Ley núm. 1252, de 8 de noviembre de 1989, modificada por última vez por Ley de 7 de noviembre de 2001.

(36) Reproducida a texto íntegro en *EuGRZ*, 1995, pp. 258 y ss.

(37) SSTEDH de 6 de noviembre de 1980, *caso Guzzardi c. Italia*, § 92; y de 25 de junio de 1996, *caso Amuur c. Francia*, § 42.

(38) J. SOHIER, *Les privations de liberté...*, p. 147.

expresamente prohíba toda interpretación del Convenio encaminada a limitar o perjudicar derechos humanos o libertades fundamentales reconocidas en los Derechos nacionales. Fuera del estándar mínimo de libertad que asegura el artículo 5.1 CEDH (frente a las «privaciones de libertad»), en Protocolos anejos al Convenio se contienen estándares más elevados de libertad. Es el caso del Protocolo núm. 4 (39), que en su artículo 2.1 garantiza el derecho «a circular libremente» a toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado.

Hemos dicho que ciertos controles policiales de identidad en la vía pública limitan la libertad personal garantizada por el artículo 17 CE. Ello implica que tales controles sólo serán posibles en los términos autorizados por la Ley; y siempre que en su ejecución no se vulneren otras normas constitucionales. El artículo 20.1 LOPSC contiene una autorización legal amplia para que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado requieran y comprueben *in situ* la identidad de cualquier persona; en principio basta con que el control de identidad se enmarque en las «funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». Ahora bien, la amplitud de esta autorización legal de intervención no impide la vigencia de ciertos derechos constitucionales que marcan los límites de la actividad policial de identificación autorizada por la Ley. Y ello es especialmente relevante para la identificación de los extranjeros, sobre todo cuando a la extranjería acompañan rasgos físicos distintivos.

3. Derecho a la igualdad e identificación policial de extranjeros

Un control policial de identidad, aun autorizado en abstracto por la Ley, puede ser ilícito si en su ejecución vulnera el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), derecho invocable por el extranjero (40). La práctica policial y judicial muestra que no es infrecuente la invocación del artículo 14 CE en relación con diligencias policiales de identificación donde media una detención o «acompañamiento forzoso» a comisaría. Se suele argumentar que la raza, y no necesidades concretas de seguridad, es lo que lleva al control de identidad. Las respuestas de la jurisprudencia son de dos clases: o bien se niega que hubiera sido la raza el elemento conducente al control de identidad; o bien se reconoce que la raza determinó el requerimiento de identificación pero simultáneamente se considera que ese tipo de requerimiento basado en la raza no es contrario al artículo 14 CE.

a) *Identificación policial con conexión objetiva distinta de la raza*

Veamos un caso del primer grupo (41). Un extranjero, de raza negra, recurre en casación una condena penal (por tráfico de drogas) alegando que la prueba fue

(39) De 16 de septiembre de 1963, firmado por España el 23 de febrero de 1978, pero aún no ratificado.

(40) Con claridad, STC 130/1995, que dice traer causa de la doctrina iniciada en el STC 107/1984. Una argumentación posible para esa conclusión, en M. C. VIDAL, *Constitución y extranjería*, p.163.

(41) STS-Penal de 9 de abril (Ar. 3111).

obtenida ilícitamente (art. 11.1 LOPJ), ya que provenía de un control de identidad y cacheo policial dirigido contra él con ánimo discriminatorio, precisamente en razón de su raza. Dice aquí la Sala que «el acusado no fue conducido a Comisaría por ser de raza negra, sino porque encontrándose en una zona de la ciudad en la que se producen constantemente transacciones de drogas en las que intervienen habitualmente personas de color, el acusado no pudo identificarse cuando fue requerido para ello por los funcionarios policiales que desarrollaban en el lugar un control preventivo de tráfico de estupefacientes»; reiterando luego que «la medida, en resumen, no obedeció a la arbitrariedad ni al capricho de los funcionarios policiales, y mucho menos a las motivaciones racistas [...] puesto que siendo radicalmente cierto que la raza (o la religión, el sexo, la opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social –art. 14 CE–) no puede ser fuente de discriminación entre las personas, también lo es que no puede convertirse en excusa para eximirse del cumplimiento de la ley o en coraza de impunidad». En suma, la Sala centra la licitud del control de identidad (cuya autorización legal localiza en los arts. 19 y 20 LOPSC) en que parte de un *punto de conexión objetivo*: presencia de varias personas en una zona donde con frecuencia se trafica con estupefacientes. Y es precisamente esa justificación objetiva del control de identidad lo que excluye todo carácter discriminatorio a la medida.

Según se ve, la STS comentada enjuicia la posible orientación racista del control policial únicamente desde la perspectiva constitucional del artículo 14 CE. Pero en seguida hay que matizar que en ocasiones la orientación racista en un control policial ha de enfocarse como una posible lesión del derecho a la libertad personal (a no sufrir privación de libertad por razones de raza), no del derecho a la igualdad. En efecto, allí donde el control policial (más conducción a comisaría y cacheo) careciera de todo fin preventivo o indagatorio (a los que se refiere el art. 20.1 y 2 LOPSC) y únicamente presentara una motivación racista, habría que concluir que el derecho fundamental en cuestión es la libertad personal (art. 17.1 CE) y no el derecho a la igualdad. En efecto, dado que el control policial de identidad (cuando se practica de oficio) sólo es legítimo en los casos que autoriza la Ley, cuando la actuación administrativa se desvía de los concretos supuestos de autorización legal estaríamos no sólo ante una vulneración de la Ley (en este caso, del art. 20.1 y 2 LOPSC) sino ante una vulneración del derecho fundamental de fondo: la libertad personal. La invocación del derecho a no sufrir discriminación (art. 14 CE) procederá, en cambio, en aquellos supuestos en los que estando la actuación policial encaminada a la prevención o la indagación, en su aplicación se toma la raza como elemento individualizador del sujeto pasivo del control. Más adelante veremos el posible alcance de esta invocación del artículo 14 CE.

b) *Identificación policial fundada en la raza*

Nos referimos ahora, como caso paradigmático, a la STC 13/2001. En aquel caso, la demandante de amparo (española de raza negra) había sido sometida a un control de identidad (con diligencia de «acompañamiento» a dependencias policiales) en la estación ferroviaria de Valladolid, intervención policial que la recurrente tildaba de discriminatoria por basarse, precisamente, en la raza. El Tribunal Constitucional considera, en síntesis, que la toma en consideración de la raza (en reali-

dad, del color de la piel como rasgo físico externo caracterizador de la raza) no supone, por sí, que la actuación policial de identificación resulte discriminatoria. Dice la STC 13/2001 que «determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos [en los controles de identidad] como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne» (FJ 8); y añade después que «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 este caso los ciudadanos extranjeros» (FJ 9). En la fundamentación de la Sentencia cobra cierta relevancia el lugar y momento en que se realiza el control de identidad (en estación ferroviaria, al descender de un tren). Este dato se utiliza con un doble fin: al servicio de un velado test de proporcionalidad, afirmándose así el carácter escasamente gravoso del control de identidad, pues en tales circunstancias «es usual que [la persona sometida a control] lleve consigo la documentación acreditativa de su identidad» (FJ 8); y como indicio objetivo de extranjería: «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...» (FJ 9).

Varios son los comentarios que suscita la STC 13/2001, recién descrita. El primero es, obviamente, la aceptación de la raza como criterio de intervención policial. La Sentencia constitucional restringe la posibilidad de discriminación racial (en los controles policiales de identidad) a los casos de «móvil racista o xenófobo» (FJ 8); y cuando no se da esa intencionalidad desviada considera lícito servirse de la raza como indicio razonable de extranjería. Pero en seguida hay que reparar en que allí donde hay «móvil racista o xenófobo» –no de prevención o indagación policial, que es lo que autoriza el art. 20.1 y 2 LOPSC– estaríamos ante una restricción policial de la libertad no autorizada por la Ley; estaríamos, por tanto, ante una infracción del artículo 17.1 CE, antes que frente a una discriminación prohibida por el artículo 14 CE. Dicho esto hay que volver sobre la lícita toma en consideración de la raza como criterio legitimador de la actuación policial. Si bien se lee, la STC 13/2001 no liga el control policial directamente a la raza, sino a la extranjería; no estaríamos, entonces, ante un control policial de personas de raza negra, sino ante un control de identidad de posibles extranjeros, siendo criterio indiciario y razonable de extranjería la caracterización racial de la persona. Veamos.

En la actualidad –y en España– no se puede excluir que las características raciales sean indicios razonables de extranjería. Pero la simple razonabilidad no inviste de licitud a la toma en consideración de la raza. Precisemos, antes que nada, que de lo que aquí se habla es de la razonabilidad de una inferencia lógica en la aplicación de la Ley; no se está valorando, por tanto, la hipotética razonabilidad –como elemento del juicio constitucional de igualdad– de una norma que se sirviera de la raza como criterio distintivo entre personas. Por eso, porque aquí no se está tratando de la razonabilidad de una hipotética Ley diferenciadora, sino de la razonabilidad de una inferencia lógica, no hay razón para aplicar los cánones de «razonabilidad» formulados para el enjuiciamiento de la Ley desde la perspectiva de la igualdad constitucional. Esos cánones de «razonabilidad» sólo se explican en el contexto de las relaciones Constitución-Ley, ámbito éste presidido por la deferen-

cia constitucional respecto de la selección de criterios diferenciadores por el poder legislativo. Pero ese canon de «razonabilidad» respecto del legislador no tiene por qué regir respecto de la Administración aplicadora de la Ley. Ni siquiera admitiendo que aquí podría regir un canon de razonabilidad extremo (por tratarse la raza de un «criterio sospechoso») es comparable el juicio de «razonabilidad» a la Ley con el juicio de licitud sobre la actuación de la Administración policial (42).

Centrándonos ya en la razonabilidad de la actuación administrativa (la inferencia de extranjería a partir del color de la piel) hay que apuntar, de entrada, que una conclusión lógica no es necesariamente lícita. Es lógico concluir que quien en una conversación telefónica privada se declaró culpable de un delito fue autor de ese mismo acto delictivo; pero si la interceptación de la conversación no fue autorizada judicialmente, la conclusión fáctica lógica carece de toda relevancia jurídica (art. 11.1 LOPJ). O es lógico concluir que quien diez veces ha hurtado algo a alguien es también autor del undécimo hurto del mismo objeto a la misma persona; pero el artículo 24.2 CE (presunción de inocencia) impide que esa inferencia lógica goce de relevancia jurídica alguna. Volviendo a lo que nos ocupa, no puede atacarse como ilógica la inferencia de que una persona de raza negra es extranjera; lo que sí puede cuestionarse es que el artículo 14 CE tolere la inclusión de la raza en una inferencia lógica realizada por un agente de policía (43).

Ya advertimos más arriba que la STC 13/2001 desplaza el juicio de discriminación desde el criterio de la raza (de la que se sirve como un mero hecho de la realidad) al criterio de la extranjería. Lo que en términos de reproche sería tanto como sustituir el racismo por la xenofobia. Cuando el Tribunal acepta que la raza es «razonablemente indiciaria» de extranjería está asumiendo –de forma implícita– que los agentes policiales sí pueden someter al extranjero, sin más motivos, al control policial de identidad. Varias precisiones merece este punto de partida implícito.

a) En primer lugar, la huida hacia el criterio de la extranjería (como forma de eludir el criterio de la raza) es tautológica: siendo la extranjería un dato jurídico, sólo es posible calificar a una persona como extranjero una vez que ha sido identificado (44); y por eso no es lógicamente posible que una Ley autorice a la policía a exigir la identificación de los extranjeros, porque antes de la identificación no se sabe quién es extranjero. A no ser que lo que se esté autorizando sea la identificación de quien fuera «sospechoso» de ser extranjero; pero entonces la autorización para el control de identidad no reposaría sobre la condición de extranjero sino sobre ciertos indicios que normalmente llevan a la conclusión de extranjería: el idioma, la raza, el color. Y vuelta a empezar.

b) De otro lado, más allá de las apariencias (y frente a lo que se fundamenta en la STC 13/2001, FJ 8), ninguna Ley autoriza en España los controles de identidad específicamente referidos a los extranjeros. Se evita así, al menos, todo repro-

(42) Coincide en el resultado, aunque en relación con la extranjería (no la raza): M. C. VIDAL, *Constitución y extranjería*, p. 173.

(43) F. CAAMAÑO, «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2001», *REDC*, núm. 62 [2001], p. 295.

(44) Observación similar, en Derecho francés, E. PICARD, «Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux», *Revue Française de Droit Administratif*, núm 19 [1994], p. 973.

che de tautología a la ley, como el que en Derecho francés se ha vertido sobre el artículo 8 de la *Ordonnance* de 1945 (véase *infra*). El artículo 11 LOPSC impone al extranjero, cierto es, la obligación de «disponer de documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España»; pero esto es una obligación para el extranjero, no una autorización legal específica para la restricción de la libertad por medio de controles de identidad en la vía pública. Ninguna duda hay de que esa documentación obligatoria será la que deberá aportar el extranjero en los controles de identidad que, respecto de todas las personas –nacionales o extranjeras– autoriza el artículo 20.1 LOPSC. Pero eso no equivale a concluir –cual hace la STC 13/2001 (FJ 8)– que la obligación de disponer de documentación comprende implícitamente el deber de someterse a los controles de identidad que dispongan los agentes de policía. En la misma STC 13/2001 también se hace referencia, como previsión de una autorización general para la identificación policial de los extranjeros, al artículo 72.1 del anterior Reglamento de Extranjería (RD 119/1986), previsión normativa hoy contenida en el vigente artículo 59.3 REx. Aquí se impone a los extranjeros tanto la obligación de conservar los documentos acreditativos de su entrada y permanencia legal en España como el deber de exhibir esos documentos «cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes». Al respecto hay que avisar de que estamos ante una norma reglamentaria –no legal– inidónea para imponer un deber de conducta limitativo de la libertad personal (art. 17.1 CE). Además, no se trata propiamente de una norma que precise los supuestos en que procede el control de identidad de un individuo, establece –lo cual es bien distinto– que allí donde se esté practicando un control de identidad (por cualesquiera agentes de policía) el extranjero está obligado a acreditarla por medio de la documentación específica de extranjería (regulada en los arts. 58 y 59 REx); se comprenden aquí tanto los controles policiales en la vía pública (que, como hemos dicho, restringen el pleno disfrute de la libertad personal) como los controles de identidad vinculados a la solicitud y reconocimiento de autorizaciones y prestaciones administrativas. Por último hay que reiterar la imposibilidad lógica de una autorización policial para la identificación de los extranjeros, pues el dato de la extranjería no es un *a priori* fáctico, sino justamente el resultado del control de identidad. En suma, el actual artículo 59.3 REx no contiene –ni puede contener– una autorización policial general para someter a los extranjeros a controles aleatorios de identidad. De lo dicho se concluye que nuestra jurisprudencia constitucional considera lícito el control de identidad policial basado en la raza como signo indiciario de extranjería. Este resultado contrasta abiertamente con lo que resulta del Derecho francés, al que a continuación se alude.

c) *La cuestión en Derecho francés*

El Derecho francés muestra, de forma constante y clara, el rechazo a los controles de identidad generales y aleatorios. Durante la década de los años ochenta, y hasta hoy, varios han sido los proyectos legislativos que pretendían instaurar un sistema de control policial amplio, sin necesidad de ligarse a la persecución penal de sospechosos o a la prevención policial ante eventos o circunstancias de peligro concretas y justificadas. Pero detrás de cada reforma legislativa ha habido Sentencias civiles y penales o Decisiones del Consejo Constitucional que han impedido

esa ampliación del poder policial. El punto de partida incuestionable en Derecho francés es que los controles policiales de identidad afectan a la libertad de los individuos, de ahí su posible control de constitucionalidad conforme al artículo 66 CRF. La limitación de la libertad se observa no sólo cuando el control lleva aparejada detención, sino incluso en el simple control en la vía pública o en lugares públicos. Por eso es necesario que la Ley expresamente prevea dichos controles policiales de identidad.

Tradicionalmente la Ley francesa viene autorizando controles de policía (judicial) vinculados a la persecución de delitos (art. 78.2 del Código de procedimiento penal). Más recientemente se han autorizado también controles policiales preventivos, mediante adición de nuevos párrafos al artículo 78.3 del Código de procedimiento penal. Así, para prevenir un atentado al orden público «cualquiera que sea el comportamiento de la persona» sometida al control de identidad (art. 78.2.7 del Código). Aun aceptándose la constitucionalidad de esta norma, el *Consejo Constitucional* francés ha hecho hincapié en que sólo son lícitos aquellos controles policiales de identidad cuando estén ligados a causas objetivas que expresamente ha de motivar la autoridad policial: «la práctica de controles de identidad generales y discrecionales es incompatible con el respeto a la libertad individual» (45); añadiéndose que «la autoridad actuante debe justificar, en todo caso, qué concreta situación de riesgo para el orden público ha motivado el control [de identidad]». Al margen quedan, por tanto, controles basados en los signos externos de la persona como la raza o en el idioma (46). También la jurisprudencia francesa, *civil y penal*, ha contribuido a limitar la *vis* expansiva de los controles policiales de identidad autorizados por el artículo 78.2 del Código de procedimiento penal (47). De esta doctrina judicial es expresiva una Sentencia de la Corte de Casación de 1995 (48). En ella se afirma que hay una vulneración de la libertad del demandante (ciudadano argelino) al ser sometido a control de identidad en la vía pública sin circunstancias objetivas suficientes que lo justificaran; la Corte aprecia que la motivación aportada por la autoridad policial (que en el mes anterior se habían cometido hasta nueve delitos en la misma zona) no es suficiente para identificar un riesgo de atentado al orden público que, conforme al artículo 78.2 del Código de procedimiento penal, justificara un control preventivo de identidad.

Junto a los supuestos de control de identidad ya descritos, que están referidos a cualesquiera personas, las leyes francesas también prevén dos formas de control de identidad especialmente referidas a los extranjeros. Y también en estos casos el Consejo Constitucional francés y la doctrina exigen una aplicación objetiva de los controles de identidad:

a) Conforme al actual artículo 78.2.4 de la *Ordonnance* de 1945 es posible el control policial de identidad sobre toda persona que se encuentre en la zona fronte-

(45) Décision 93-323 DC, p. 815.

(46) P. WACHSMANN, «Note sous Décision du Conseil Constitutionnel núm. 93-323», *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1993, pp. 815 y ss. (p. 818); véase también E. PICARD, *Les contrôles d'identité...*, p. 972.

(47) Véase E. PICARD, *Les contrôles d'identité...*, p. 965.

(48) Arrêt núm. 1263 P, de la Cour de Cassation (2. Chambre, civil) du 28 juin 1995, note A. LEGRAND, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1996, 72 y ss.

riza con otro Estado del espacio Schengen (franja territorial de 20 kilómetros, contados desde la frontera de Francia), o sobre quien se encuentre en las zonas de acceso público de puertos, aeropuertos o estaciones internacionales de tren y autobuses que específicamente señale la Administración. En su versión primigenia el actual artículo 78.2.4 de la *Ordonnance* de 1945 preveía también la ampliación, por decisión administrativa, de la franja territorial de posible control hasta 40 kilómetros desde la frontera; esta previsión fue declarada inconstitucional por contener una delegación ilegítima de poder legislativo (49). En lo que ahora importa, el Consejo Constitucional francés consideró que la previsión genérica de controles de identidad en las áreas descritas (zonas de transporte internacional y áreas próximas a la fronteras Schengen) eran, por principio, objetivos; porque «en las zonas descritas, definidas con precisión tanto en su naturaleza como en su extensión, se da un alto riesgo de infracciones de orden público ligadas al transporte internacional de personas». En estos casos el riesgo de infracción de orden público (que es un supuesto de posible control de identidad, conforme al artículo 78.2.3 del Código de procedimiento penal) lo fija en abstracto la propia Ley, ya no tiene que ser motivado caso a caso por la Administración (50). De esta manera, al existir una motivación objetiva y abstracta (dada por la Ley), se dificulta el posible reproche de arbitrariedad o discriminación en cada concreto control de identidad. En suma, generalizando la sospecha con un criterio objetivo-territorial se difumina la discriminación en el caso concreto.

b) El artículo 8 de la *Ordonnance* núm. 45-2658 establece que todo extranjero está obligado a aportar, a requerimiento de la policía judicial, los documentos que justifican su estancia en Francia. Obviamente, aquella exigencia de documentación lleva implícita la identificación del extranjero. Cuestionado este precepto (por limitativo de la libertad y por discriminatorio) el Consejo Constitucional declaró su conformidad con la Constitución; eso sí, con una fundamentación que claramente limita su posible aplicación arbitraria o discriminatoria. Acepta el Consejo Constitucional que, por principio, los franceses y los extranjeros no están en estricta posición de igualdad: los extranjeros necesitan de un título administrativo individual que legitime su estancia en Francia. Y justamente de la exigibilidad de una autorización administrativa específica deriva un régimen especial de policía en el que se insertan los controles especiales de identidad del artículo 8 de la *Ordonnance* de 1945 (51). Ahora bien, la previsión de controles policiales específicos para los extranjeros ha de ser aplicada objetivamente. Dice así el Consejo Constitucional francés que «el ejercicio de los controles autorizados por la ley a las autoridades de policía judicial ha de descansar necesariamente sobre criterios objetivos; se excluye así, por exigencia de los principios constitucionales, toda discriminación entre personas [...]. Sólo bajo estas reservas de interpretación se puede considerar que el precepto cuestionado es conforme con la Constitución». La llamada a los «criterios objetivos» en la aplicación del artículo 8 de la *Ordonnance* presenta, más allá de su aparente simplicidad, notorias dificultades prácti-

(49) Décision núm. 93-323, de 5 de agosto de 1993 (sobre la Ley de 24 de agosto de 1993, relativa a los controles y verificaciones de identidad).

(50) E. PICARD, *Les contrôles d'identité...*, p. 989.

(51) Décision núm. 93-325, du 13 août 1993, p. 3.

cas (52). Es más, la aplicación del artículo 8 de la *Ordonnance* conforme a «criterios objetivos» acaba por confundirse con la realización de controles generales de identidad conforme al artículo 78.2 del Código de procedimiento penal. Descartado todo control de identidad sobre indicios subjetivos de extranjería (el color de la piel o el idioma) tan sólo los criterios geográficos pueden considerarse propiamente indiciarios de extranjería: presencia en terminales de transporte internacional o en las inmediaciones de la frontera (53). Con ello se confunden los criterios para el control preventivo de identidad del artículo 78.2.4 del Código de procedimiento penal con los controles especiales sobre extranjeros del artículo 8 de la *Ordonnance*.

IV. LIBERTAD EN FRONTERA

1. Planteamiento

En las dos últimas décadas, los países de la Unión Europea vienen definiendo políticas públicas de «acogida limitada» de inmigrantes. También la propia Unión Europea ha optado por la política de «acogida limitada» (54). Esas políticas se muestran, entre otras cosas, en controles fronterizos severos. Controles que, en el espacio de libre circulación «Schengen» se centran en las llamadas «fronteras exteriores», sean éstas marítimas, aéreas o terrestres. La severidad pretendida en los controles fronterizos lleva consigo, con frecuencia, la «retención», «espera» o «permanencia» obligada del extranjero en un espacio cerrado del puesto fronterizo («zona de rechazados», «zona internacional», «zona de tránsito» «dependencias del puesto fronterizo»), o en un espacio conexo al puesto de control, como las «zonas de espera» (*zones d'attente*) del Derecho francés. Aquella situación de retención o permanencia obligada en frontera unas veces es regular (está expresamente prevista en el ordenamiento jurídico) y otras veces es atípica, es el resultado imprevisto de una imposibilidad real o jurídica de repatriación de un extranjero sin derecho a entrar o residir en España (55).

La retención o permanencia de los extranjeros en los puestos fronterizos es un problema compartido por los distintos Estados europeos. Y aunque las soluciones legislativas (y judiciales) no son siempre coincidentes, una nota es *prima facie* común a los Derechos europeos: la consideración de aquellas retenciones en fron-

(52) E. PICARD, *Les contrôles d'identité...*, p. 973.

(53) E. PICARD, *Les contrôles d'identité...*, p. 989.

(54) Véanse, en este sentido las conclusiones de los Consejos Europeos de los últimos años, en especial el de Sevilla de 21 y 22 de junio de 2002. En ese Consejo Europeo se enuncia expresamente, como principio rector de la política europea de inmigración, la adecuación de los flujos migratorios a la «capacidad de acogida de la Unión» (apartado 29.1).

(55) Véase, en este sentido, la discusión académica tras la ponencia de I. BORRAJO que se incluye en P. BIGLINO, *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y derecho comparado*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pp. 103 y ss.; también: E. SAGARRA I TRIAS, «Un nuevo “status” de extranjero en España (el inmigrante irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)», en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 1 (2002), pp. 89 y ss. (p. 95).

tera como limitaciones a la libertad personal del extranjero. De ahí resulta una tríada de garantías: exigencia de Ley que autorice la retención en frontera; existencia de límites constitucionales –temporales y modales– a la Ley que autorice la retención; y necesaria existencia de un control judicial efectivo a favor del extranjero. Esto es lo que resulta, como luego veremos, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la de varios Tribunales constitucionales europeos: el *Conseil Constitutionnel* francés, la *Cour d'arbitrage* de Bélgica y, muy claramente, el Tribunal Constitucional español.

2. Derecho a la libertad en frontera

El punto de partida para precisar el régimen de las retenciones o permanencias obligadas del extranjero en la frontera está en afirmar que el extranjero disfruta, en todo caso, del derecho a la libertad personal. Tanto del que le reconoce el artículo 5.1 CEDH como del que proclama el artículo 17 CE. Cuestión distinta es que la Ley limite, restrinja o module el régimen de disfrute de ese derecho. A esto último se hará referencia más adelante.

a) *El derecho a la libertad del artículo 5 CEDH*

Proclama el artículo 5.1 CEDH que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», y que «nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley». Con carácter general, el TEDH viene acogiendo una interpretación no expansiva de este derecho, aceptando que ciertas «restricciones» de la libertad no son propiamente «privaciones» de libertad, que sería lo amparado por el artículo 5.1 CEDH; y aceptando con generosidad las limitaciones a la libertad que provienen de la Ley. Ello no obstante, en los supuestos de restricciones a la libertad en puestos fronterizos la jurisprudencia del TEDH se orienta, más bien, hacia una comprensión amplia del ámbito tuitivo del derecho. La referencia fundamental o «leading case» es aquí la STEDH de 25 de junio de 1996, caso *Amuur c. Francia* (56). Tres son los postulados básicos de esta Sentencia, determinantes –como luego se verá– para la propia jurisprudencia constitucional española:

i) En primer lugar, se afirma con claridad la eficacia del derecho a la libertad en las zonas de tránsito o internacionales vinculadas al control de fronteras. El dato relevante no es la concreta ubicación física de la zona de tránsito, ni el régimen jurídico territorial de ese espacio fronterizo. Lo relevante es, para el TEDH, que las autoridades de un país efectivamente imponen una restricción a la libertad

(56) En el caso, una familia somalí procedente de Damasco había llegado al aeropuerto francés de París-Orly el 9 de marzo de 1992. En el puesto de control fronterizo pidieron asilo alegando persecución en su país de origen (Somalia). Pero dado que portaban pasaportes falsos no les fue autorizada la entrada en Francia y hasta el 29 de marzo (fecha en que el Ministerio del Interior rechazó su petición de asilo) estuvieron retenidos en la zona de tránsito del aeropuerto. Finalmente fueron devueltos a Siria.

de un sujeto; y esto es bastante para que asunto caiga *a priori* en el ámbito de protección del artículo 5.1 CEDH (57).

ii) En segundo lugar, el TEDH expresa un concepto flexible de «privación» de libertad. Aun partiendo de la distinción jurisprudencial tradicional entre «restricción» y «privación» de libertad, el TEDH precisa que la frontera entre ambos conceptos es porosa: lo que en principio pudiera ser una simple restricción a la libertad ha de tratarse como verdadera privación cuando el modo o duración de la restricción hace a ésta especialmente gravosa. De manera que la aplicación del artículo 5.1 CEDH no depende de una calificación primaria del supuesto de hecho (como restricción o privación de libertad) sino de una indagación sobre el grado de sacrificio real que cada persona y en cada caso sufre en su libertad (58) (59).

iii) El concepto flexible de privación de libertad se concreta –entre otras cosas– en que existe aquella privación prohibida por el artículo 5.1 CEDH incluso cuando al extranjero le cabe la posibilidad de salida libre del país. De manera que la privación de libertad se califica por la sujeción o limitación intensa de movimientos por parte de una autoridad pública, por más que aquella situación de sujeción pueda eludirse con la salida del país. Lo relevante para el TEDH no es si el extranjero puede o no eludir la privación de su libertad, sino si el Estado en cuestión está o no limitando decisivamente aquella libertad (60).

b) *El derecho a la libertad del artículo 17.1 CE*

En la frontera también rige el derecho a la libertad personal que proclama el artículo 17.1 CE. Ya quedó dicho más arriba que los extranjeros disfrutan plenamente del derecho fundamental a la libertad personal, en la medida en que ese derecho es expresión de la dignidad que –por principio– corresponde por igual a todas las personas (61). A ello hay que añadir ahora que ese derecho no encuentra ninguna limitación intrínseca cuando su disfrute se invoca en un puesto fronterizo (62). A este resultado se llega en dos escalones:

(57) STEDH de 25 de junio de 1996, caso *Amuur c. Francia*, § 52: «A pesar de que los demandantes no se encontraban en Francia en el sentido de la *Ordonnance* de 2 de noviembre de 1945, el hecho de que fueran retenidos en la zona internacional del aeropuerto de París-Orly los hacía también sujetos pasivos del Derecho francés. A pesar de su nombre, la zona internacional carece de un verdadero estatus extraterritorial».

(58) STEDH de 25 de junio de 1996, caso *Amuur c. Francia*, § 42: «A la hora de decidir si alguien ha sido “privado de su libertad”, en el sentido del artículo 5, el punto de partida ha de ser la concreta situación en que se encuentra, y ésta se ha de valorar teniendo en cuenta un conjunto amplio de criterios como son el tipo, duración, efectos y forma de aplicación de la medida en cuestión. La diferencia entre privación y restricción de libertad es sólo de grado o intensidad, no cualitativa».

(59) Esta comprensión de la STEDH difiere notoriamente de la que se expresa en el Voto Particular del Magistrado Vives Antón a la STC 53/2002.

(60) STEDH de 25 de junio de 1996, caso *Amuur c. Francia*, § 43: «El mantenimiento de extranjeros en la zona internacional supone, sin lugar a dudas, una restricción en su libertad, por mucho que no sea comparable con la que sufren los extranjeros en centros de internamiento a la espera de deportación (...). La retención no puede, con todo, prolongarse excesivamente pues entonces la simple restricción a la libertad (inevitable para la organización práctica de la repatriación o, en el caso de que el extranjero hubiera pedido asilo, para que recaiga la correspondiente decisión) puede convertirse en una privación de libertad».

(61) SSTC 115/1987, FJ 1; 53/2002, FJ 4.b).

(62) Igual: I. VILLAVERDE, *Detención e internamiento...*, p. 18.

i) En el ATC 55/1996 (63) declaró el Tribunal (si bien en un Auto de inadmisión de recurso de amparo) que la zona de tránsito aeroportuaria (esto es, el espacio que antecede el control policial de entrada) carece de estatuto de extraterritorialidad y que, en todo caso, el artículo 17 CE prohíbe que los poderes públicos españoles limiten ilícitamente la libertad de las personas que, por no cumplir los requisitos para la entrada, allí se hallen. Dice textualmente el Tribunal que «...no cabe, sin embargo, deducir que la llamada «zona internacional» del aeropuerto, donde se encontraban los demandantes, no sea territorio español. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española, tal y como declaran los artículos 1, 3, 42 y 47 de la Ley sobre Navegación Aérea, de 1960, y los artículos 1, 2, 10 y 13 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago en 1944, y ratificado por España en 1969. Precisamente, los funcionarios del servicio de control de fronteras actúan en ejercicio de las potestades públicas inherentes a la soberanía plena y exclusiva del Estado sobre el espacio aéreo y los aeropuertos aduaneros» (FJ 3) (64). Queda claro, a partir del ATC 55/1996, que las «zonas internacionales», «de tránsito» o «de rechazados» no son *ficciones* de extraterritorialidad (65). Ahora bien, en este mismo Auto el Tribunal rechaza, como premisa de enjuiciamiento, que quien puede salir de la «zona de rechazados» con destino a otro país vea vulnerado su derecho a la libertad del artículo 17.1 CE, de ahí la inadmisión del recurso de amparo. Dice la Sala Primera del Tribunal que «en tanto en cuanto la situación de los demandantes de amparo depende de la disponibilidad de un vuelo aéreo que les permita regresar al país de origen de su viaje, y no de una decisión o vía de hecho de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC), es una situación ajena a las garantías establecidas por el artículo 17 CE» (FJ 5).

ii) En la STC 174/1999 (66) el Tribunal completa el criterio inicial del ATC 55/1996 y –teniendo ya a la vista la doctrina del TEDH en el caso *Amuur c. Francia*– declara con carácter general que la posibilidad de salida del extranjero (hacia el país de procedencia, o hacia un tercer país) no obsta para calificar la situación del extranjero en la «zona de rechazados» de un aeropuerto como «detención» (del art. 17.2 CE). Dice el Tribunal Constitucional que «la libertad de salida a otros países desde la «zona de rechazados» (ATC 55/1996, fundamento jurídico 5),

(63) En el caso, dos ciudadanos nigerianos habían llegado al aeropuerto de Barajas el 17 de enero de 1996, procedentes de Sofía (Bulgaria); al no cumplir todos los requisitos para la entrada en España, hubieron de permanecer en la «zona de rechazados» del aeropuerto. Desde allí solicitaron asilo en España, que les fue denegado tres días después. El 7 de febrero de 1996 (veintiún días después de su llegada) aún seguían en la «zona de rechazados» del aeropuerto.

(64) Este criterio se mantendrá luego en las SSTC 174/1999, FJ 4; 179/2000, FJ 2; y 53/2002, FJ 4.a).

(65) P. SANTOLAYA, *El derecho de asilo...*, p. 70.

(66) Un ciudadano chino, Liji Chun, había entrado en España ilegalmente (quebrantando una prohibición de entrada derivada de una expulsión anterior). Una vez identificado por la policía, permaneció hasta el límite de las 72 horas en una comisaría; y justo antes de vencerse ese plazo máximo de detención –y cuando aún no se había dictado orden de devolución– fue conducido a la «zona de rechazados» del aeropuerto de Las Palmas, donde aún permaneció un día más custodiado por la policía. Sólo transcurrido ese día se dictó, y notificó, la orden de devolución del ciudadano chino a su país. Desde ese momento aún permaneció cinco días más en la «zona de rechazados», a la espera de una conexión aérea (que nunca se llegó a conseguir).

de la que sin duda disfruta el extranjero, no evita la existencia de una verdadera «situación fáctica» de detención preventiva con respecto al resto del territorio español. Pues lo relevante aquí es la limitación de movimientos del extranjero, sin ningún título jurídico que lo legitime, a un único espacio limitado y cerrado de territorio español» (FJ 4). Y a ello añade más adelante que «el hecho de que a don Liji Chun le cupiera la posibilidad de salida voluntaria de España (posibilidad por lo demás remota, por los impedimentos económicos y por requisitos de entrada de terceros países) no empaña la calificación jurídica de detención. Pues aparte de esa hipotética libertad de salida, lo cierto es que don Liji Chun se encontraba confinado en un espacio limitado y cerrado de suelo español, sin título jurídico alguno que lo justificase» (FJ 5). La jurisprudencia recién enunciada se mantiene en la posterior STC 179/2000 (67).

3. Limitaciones legales a la libertad personal en frontera, en general

a) *Tipología de supuestos*

Ya hemos dicho que, por principio, los extranjeros que se hallen en nuestras fronteras disfrutan del derecho a la libertad personal, tanto del que reconoce el artículo 5.1 CEDH como del que proclama el artículo 17.1 CE. Esto no impide que, de acuerdo con lo previsto en ambos preceptos, la Ley pueda limitar o excluir, en circunstancias especiales y tasadas, el pleno disfrute de la libertad personal. En el orden interno varias son las leyes que autorizan la detención o retención policial del extranjero (con posibilidad de salida hacia otro Estado) en el puesto fronterizo. Estas autorizaciones legales se pueden explicar, con carácter general, como el punto de equilibrio entre el deber de salida que incumbe al extranjero que incumple los requisitos de entrada, de estancia o de residencia [art. 28.3.c) LOEx], y la vigencia de un principio general de Derecho humanitario que impide que de la salida forzada del extranjero resulten situaciones contrarias a su integridad o dignidad personal (art. 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de junio de 1951; artículos 3 y 8 CEDH; art. 19 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000).

Dentro de los supuestos en que la Ley autoriza la privación de libertad en frontera hay que empezar por diferenciar entre las «detenciones» vinculadas al control administrativo de entrada y aquellas otras «detenciones» que tienen lugar con motivo de la salida obligada del extranjero. Estas últimas también denominadas «asegurativas» (68). La distinción descrita ha sido acogida incluso en la jurisprudencia constitucional. Así, en la STC 174/1999, FJ 3, en la que claramente se marcan distancias con el previo ATC 55/1996, no se puede identificar otra distinción relevante entre los casos tratados que la que proviene de que en el ATC 55/1996 la permanencia en la zona de tránsito seguía a un control de entrada, mientras que en

(67) En aquel caso, un ciudadano senegalés había llegado al aeropuerto de Barajas, y allí había pedido asilo, mientras permanecía en la «zona de rechazados»; una vez denegada la petición de asilo, y mientras la Administración procuraba una conexión aérea con Dakar, el ciudadano senegalés aún permanecía en la «zona de rechazados».

(68) D. MOYA, *Devolución...*, p. 239.

la STC 174/1999 la permanencia en la «zona de rechazados» tenía lugar tras la detención del extranjero y su conducción al puesto fronterizo para expulsión. La propia STC 174/1999 declara con rotundidad que la «zona de rechazados» del aeropuerto no presenta un único estatus jurídico: «las circunstancias de las personas que se hallan en la “sala de rechazados” puede ser muy diversa y responder a situaciones jurídicas muy distintas, ya que el espacio físico de la “zona de rechazados” por sí solo no las define» (FJ 3). En esto nuestro Derecho se aproxima al belga y se separa, en cambio, del Derecho francés. Veámoslo brevemente.

b) *Comparación con los Derechos francés y belga*

La legislación belga de extranjería viene distinguiendo dos tipos de «detenciones» de los extranjeros en frontera (69). Aquellas que sirven al control de entrada (en especial, art. 74.5 de la Ley de 15 de diciembre de 1980) y aquellas otras cuyo fin es asegurar la salida debida del extranjero (art. 7 de la Ley de 1980). En todo caso, tras el control de constitucionalidad ejercido por la *Cour d'arbitrage* en 1998 (70) en relación con varios preceptos de la Ley de extranjería (modificados parcialmente por la Ley de 15 de julio de 1996), y tras la reforma legislativa de 9 de marzo de 1998, el régimen de privación de libertad es, en ambos casos, muy similar (aunque no idéntico). Luego volveremos sobre esas regulaciones.

La libertad del extranjero en frontera ha sido objeto de regulación específica en Derecho francés. Se ha optado en este Derecho por la definición de un estatuto jurídico especial y uniforme del extranjero cuando —por diversas razones— accede a una «zona de espera» fronteriza. El actual artículo 35 *quater* de la *Ordonnance* 45-2658 prevé expresamente la permanencia obligada del extranjero en una «zona de espera» (*zone d'attente*), aneja a una estación de transporte internacional, en dos casos: cuando el extranjero no cumpla los requisitos para la entrada libre en Francia; y cuando el extranjero solicite asilo en Francia (art. 35 *quater* I.1 de la *Ordonnance* de 1945). En ambos casos la retención impide la libre circulación por Francia, pero no la salida del extranjero a otro país (art. 35 *quater* I.5 de la *Ordonnance*). Aunque el régimen de permanencia del extranjero es idéntico en los dos casos, lo cierto es que el sentido de la retención o espera es bien distinto. En el primer caso la retención sirve para conseguir la repatriación efectiva del extranjero. En el segundo, la espera sirve para el examen de la petición de asilo, asegurándose al extranjero que durante el tiempo de la tramitación de la solicitud no va a sufrir la persecución que denuncia en su solicitud. Estos dos casos, regulados en Derecho francés de forma unívoca, se corresponden, en Derecho español, con lo regulado en la LOEx (detención para devolución —art. 58.5— o para retorno —art. 60) y en el actual artículo 5.7.3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (LRDA) modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo («permanencia» obligada del solicitante de asilo en el puesto fronterizo). A continuación describimos brevemente el estatuto de las «zonas de espera» francesas, y con ello la situación jurídica del extranjero que en ellas se encuentra.

(69) J. SOHIER, *Les privations*, p. 160.

(70) Arrêt n.º 43/98, du 22 avril 1998.

a) La «zona de espera» no se constriñe estrictamente al puesto fronterizo, ni a la llamada «zona internacional» de un aeropuerto. La «zona de espera» se delimita espacialmente por la Administración (71) y puede incluir en su interior incluso hoteles u otros hospedajes. La «zona de espera» es, claramente, territorio francés; otra cosa es que en su perímetro rija un régimen especial para los extranjeros. Nada hay aquí de ficción de extraterritorialidad; hay, simplemente, un régimen jurídico-administrativo singular para ciertas personas (extranjeros). Las «zonas de espera» son especialmente eficaces en relación con el tráfico aéreo, y en menor medida con el ferroviario o el portuario. Frente a los extranjeros embarcados actúa, *de facto*, la prohibición de desembarco como medida de ejecución de una denegación de entrada, lo que esteriliza la eficacia de las «zonas de espera» portuarias (72).

b) En la «zona de espera» puede ser retenido el extranjero –por decisión de la Administración fronteriza– por un lapso de cuarenta y ocho horas ampliable por otras cuarenta y ocho horas más (art. 35 *quater* II de la *Ordonnance* de 1945). Más allá de estos cuatro días la retención sólo es posible por resolución judicial, que puede extenderse, con carácter ordinario, hasta ocho días más (art. 35 *quater* III de la *Ordonnance*); sólo en supuestos extraordinarios puede el juez autorizar una retención adicional de otros ocho días (art. 35 *quater* IV de la *Ordonnance*). La intervención judicial para prolongar la detención tiene lugar, conforme al artículo 35 *quater* III.1 de la *Ordonnance*, en dependencias del centro de transportes (estación de ferrocarril, aeropuerto o puerto). En relación con la regulación de las retenciones en las «zonas de espera», en su formulación original, se pronunció el *Conseil Constitutionnel* francés en 1992 (73). Parte el *Conseil Constitutionnel* de que la retención del extranjero en una «zona de espera» es una privación de libertad que, conforme al artículo 66 de la Constitución, está sometida al control judicial. Dice así el Consejo constitucional francés: «el mantenimiento de un extranjero en la «zona de tránsito» [...] no contiene una sujeción personal comparable a la que resulta del internamiento en un centro de retención [...] pero del efecto combinado del nivel de sujeción y de la duración de la retención [20 días] resulta una verdadera afectación a la libertad personal protegida por el artículo 66 de la Constitución». Este punto de partida le sirve al Tribunal para considerar ilegítima la retención del extranjero en la «zona de tránsito» en la medida en que no se prevé la intervención judicial para el control (y en su caso prolongación) de la retención limitativa de la libertad (74).

4. Detenciones en frontera como medida de control de entrada

a) *Permanencia del solicitante de asilo en la frontera*

El artículo 5.7.3 LRDA, tras su modificación por la Ley 9/1994, incluyó la previsión de que el extranjero solicitante de asilo en frontera debe «permanecer»

(71) En relación con las estaciones ferroviarias: Resolución del Ministro del Interior de 28 de febrero de 1996.

(72) F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, PUF, París, 2000, p. 66.

(73) Decisión num. 92-307, DC du 25 février 1992.

(74) Véase F. MODERNE, en P. BIGLINO, *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y derecho comparado*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pp. 5 y ss. (pp. 12 y 13).

en el puesto fronterizo a la espera de que la Administración adopte una primera decisión de admisión o no a trámite de la solicitud de asilo. Si la decisión es de inadmisión, procede el «rechazo» en frontera (art. 17.1 LRDA) y su posible ejecución forzosa en forma de «devolución» (art. 58.3 LOEx). En caso de admisión a trámite procedería la entrada –con ciertas cautelas– del extranjero, a la espera de que finalmente se resolviese su solicitud de asilo (art. 4.2 LRDA). El artículo 5.7.3 LRDA, en el que se contempla la «permanencia» del solicitante de asilo en el puesto fronterizo, fue impugnado por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional y a favor de su anulación se ofrecieron diversos argumentos en la doctrina; fundamentalmente, por lo que hace al lapso de cuatro días de permanencia en frontera, que excedía del de setenta y dos horas fijado en el artículo 17.2 CE (75). Finalmente el Tribunal desestimó el recurso por medio de su STC 53/2002. Más que la resolución final desestimatoria, lo verdaderamente relevante de aquella Sentencia es su fundamentación y su valor como «doctrina constitucional» en sentido estricto, no alterable ya por medio de la «jurisprudencia» que a partir de ahora puedan dictar las Salas del Tribunal (76).

i) Se parte, en primer lugar, de la vigencia del derecho a la libertad también en la frontera, tal y como venía anunciado la STC 174/1999. Se parte, también, de un concepto amplio de «privación de libertad», que incluye aquellas situaciones en las que el extranjero podría –en hipótesis– volver a su país o a un tercer Estado (77). Estas son las dos premisas lógicas que justifican un juicio de fondo por parte del Tribunal.

ii) Además, en la STC 53/2002 se trazan los linderos entre el derecho a la libertad del artículo 17.1 CE y el derecho a entrar libremente en España (del art. 19 CE). Frente al criterio del ATC 55/1996 (con el que guarda clara conexión el Voto Particular del Magistrado Vives Antón a la STC 53/2002), el Tribunal considera que el artículo 5.7.3 LRDA prevé una entrada lícita del extranjero (precisamente porque la autoriza la Ley) y que a esa entrada legal sigue una permanencia no voluntaria en el puesto fronterizo (78). El Tribunal viene a negar, como premisa de su fundamentación, que la falta de disfrute del derecho fundamental a entrar en España (art. 19 CE) condicione la eficacia del derecho fundamental a no ser sometido a privación de libertad por los poderes públicos españoles (art. 17.1 CE).

iii) El último grupo de cuestiones relevantes está en la definición de las relaciones entre el derecho fundamental del artículo 17.1 CE y la Ley. Dos son aquí los enunciados que como doctrina constitucional formula el Tribunal. Primero, que en relación con el artículo 17.1 CE la Ley no cumple propiamente una función de «desarrollo» o de «configuración» del derecho, sino una función de limitación o modulación del ejercicio del derecho fundamental (79). La afirmación es relevante porque hasta este momento el Tribunal venía considerando que incluso la Ley

(75) Una exposición de estos argumentos, aunque no todos suscritos por el autor, en P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo...*, pp. 71 y ss.

(76) Sobre ello, J. SANTOS VIJANDE, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Comares, Granada, 1995, pp. 7 y 19 y ss.

(77) STC 53/2002, FJ 7.b).

(78) STC 53/2002, FJ 4.a).

(79) STC 53/2002, FJ 5.

Orgánica del Código Penal era una Ley de «desarrollo» (en el sentido de art. 81 CE) del derecho fundamental a la libertad. El Tribunal se desprende aquí de esa suerte tan deformada de «desarrollo» y abiertamente identifica en la Ley una función de «limitación» en el disfrute del derecho. De otro lado, y en lo que hace a la exigencia de forma «orgánica» en la Ley que regula la libertad, el Tribunal ahonda en una doctrina novedosa que había enunciado previamente en la STC 292/2002, FJ 11. Se trata de la distinción entre una «restricción directa» del derecho fundamental en cuestión y una simple «restricción al modo, tiempo o lugar de su ejecución». Sólo la primera, y no la segunda forma de restricción legal, llevaría aparejada la exigencia de forma orgánica.

b) *Detención para devolución desde la frontera y retorno*

La LOEx también contempla la «detención» en frontera como forma de control de entrada. Y lo hace en su regulación de la devolución de quienes «pretendan entrar ilegalmente en el país» [art. 58.2.b) LOEx] y del retorno de los extranjeros «a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país» (arts. 60.1 LOEx y 137 REx). Expresamente se refiere el artículo 60.4 LOEx a la «detención de un extranjero a efectos de retorno». Y aunque el artículo 58.2.b) LOEx no habla expresamente de «detención», esa forma de privación de libertad es inherente a la «devolución» desde la frontera (80). Por de pronto –y aunque este argumento sea menor– el término «detención» sí aparece ya en el desarrollo reglamentario de la devolución desde frontera [art. 138.1.b) REx]. Además, tras la anulación parcial de ese precepto reglamentario por el Tribunal Supremo (81) sale reforzada la idea de que el extranjero en trance de devolución es un sujeto «interceptado» en la frontera y desde ese momento sometido a sujeción policial hasta su efectiva repatriación. El artículo 138.1.b) REx ya no incluye –como hacía antes de su anulación parcial– a extranjeros que han cruzado la frontera (por puesto fronterizo o no) y que transitan por el interior del país. La devolución de los artículos 58.2.b) LOEx y 138.1.b) REx está únicamente referida, ahora, a sujetos detenidos en la misma frontera, y que en ella permanecen hasta su repatriación.

En ambos casos [la devolución del art. 58.2.b) LOEx y el retorno del art. 60 LOEx] el extranjero se encuentra en España y, lo que es más relevante, en ambos casos se encuentra sometido a los dictados de un poder público español, la Administración de fronteras. A simple vista, el «retorno» no sería una forma de salida de España sino, simplemente, un impedimento de paso en frontera. Pero las cosas no son así. Ni la regulación del retorno en la LOEx, ni la realidad actual de los movimientos migratorios en España permiten afirmar que estamos ante un simple impedimento de paso. La imagen del puesto fronterizo como pared medianera entre dos Estados, fiel al concepto clásico de «frontera-línea» (82), sólo vale –y de forma muy limitada– para las fronteras con puestos policiales de control que aún mantiene España: Andorra, Gibraltar, Ceuta y Melilla. Pero no describe con precisión,

(80) Otra opinión, D. MOYA, *Devolución...*, p. 226.

(81) STS de 20 de marzo de 2003, FJ 18.

(82) A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12 (2002), pp. 299 y ss. (pp. 303 y ss).

ni real ni jurídicamente, los puestos fronterizos portuarios y aeroportuarios. Y estos son los más relevantes para España. De los 11.698 retornos ejecutados en 2002, únicamente 315 se realizaron en un puesto fronterizo terrestre: 4 en Melilla y 311 en Ceuta (83). El levantamiento de los controles fronterizos terrestres en el espacio Schengen (en lo que hace a España, respecto de Portugal y Francia) lleva consigo que los retornos se planteen hoy, mayoritariamente, en los puestos fronterizos aéreos o marítimos. Y ello es tanto como decir que el extranjero retornado ya está en España (porque se encuentra en un puerto o un aeropuerto español) y se somete a la jurisdicción territorial española, por mucho que a los efectos del artículo 25 LOEx aún no haya «entrada legalmente» en España. No se trata de una «ficción legal» de entrada (84) sino de una entrada real para la que el ordenamiento jurídico dispone un régimen jurídico peculiar; en concreto, su posible privación de libertad a la espera de repatriación.

Las «detenciones» para la ejecución del retorno o la devolución son, sin duda, privaciones de libertad sometidas al artículo 17.1 CE. Y por eso están expresamente autorizadas por la Ley. Pero no son «detenciones» del artículo 17.2 CE. Esto es, no son medidas cautelares en el marco de la indagación criminal, que es a lo que se circunscribe el artículo 17.2 CE (85). De esta calificación inicial de la «detención» en frontera resultan notables diferencias respecto del régimen jurídico de la «detención» criminal.

i) En primer lugar, en cuanto al plazo máximo de «detención en frontera». Para el caso del *retorno* el artículo 60.1 LOEx prevé expresamente un plazo máximo de setenta y dos horas en el puesto fronterizo. Esta es una decisión legal, no constitucional; y ello a diferencia del plazo máximo de setenta y dos horas que para la detención preventiva criminal prevé el artículo 17.2 CE. Cierto es que toda privación de libertad relevante *ex* artículo 17.1 CE (por tanto, no sólo la detención criminal del art. 17.2 CE) está sometida a límite temporal (86). Pero también es cierto que ese límite temporal no tiene por qué ser precisamente de setenta y dos horas (87); es posible aquí, por tanto, que el legislador español determine, a semejanza de lo ocurrido en Francia o en Bélgica, un lapso más extenso para la detención en frontera; el límite constitucional será aquí, fundamentalmente, la proporcionalidad del lapso legal (88). En lo que hace a la detención para *devolución* [prevista en el art. 58.2.b) LOEx] la Ley no fija, en su redacción actual, ningún límite temporal concreto. Sólo para el supuesto de devolución del artículo 58.2.a) LOEx (devolución por quebrantamiento de una expulsión previa) está expresamente previsto un plazo máximo de setenta y dos horas de detención policial (art. 58.5 LOEx). A falta de un máximo legal para la detención en caso de intento frustrado de entrada ilegal en España [art. 58.2.b) LOEx] rige únicamente el prin-

(83) CEAR-Euskadi, «Retornados en fronteras exteriores, año 2002» (información obtenida a través del sitio *web* del Colegio de Abogados de Zaragoza (www.extranjeria.info/inicio/index.htm)).

(84) Otra opinión, J. M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 468.

(85) STC 341/1993, FJ 6.a).

(86) STC 341/1993, FJ 6.a).

(87) SSTC 174/1999, FJ 4 ; 179/2000, FJ 2 ; 53/2002, FJ 6.

(88) STC 53/2002, FJ 8.

cipio de limitación temporal de toda privación de libertad que se induce del artículo 17.2 CE. Y en la valoración constitucional de la duración de una detención (para devolución por entrada ilegal frustrada) puede tenerse en cuenta tanto la conducta del extranjero sometido a devolución como la diligencia de la propia Administración (89). Justamente el canon de «diligencia» en la actuación policial es el tenido en cuenta por el TEDH en relación con las privaciones de libertad distintas de la detención criminal (para éstas regiría el canon más estricto del «plazo razonable») (90).

ii) En segundo lugar, los derechos que el artículo 17.3 CE liga a la detención criminal tampoco son de aplicación al caso de la detención *asegurativa*. Tal y como tiene dicho la jurisprudencia constitucional, los derechos del artículo 17.3 CE sólo rigen respecto de la detención preventiva criminal (91). Sólo se exceptúa, el «derecho a ser informado de las razones de la detención», que la jurisprudencia constitucional no limita a la «detención preventiva» criminal del artículo 17.2 CE (92). Tenemos, así, que el derecho fundamental a la asistencia letrada (art. 17.3 CE) no rige, en principio, en el procedimiento de ejecución forzosa de una resolución de expulsión. Cuestión distinta es que —al menos para los casos de devolución— el artículo 138.2 REx establezca tanto un derecho a la asistencia jurídica gratuita como a la asistencia de un intérprete de lenguas. No estamos aquí ante la configuración prestacional de un derecho fundamental, sino ante un derecho subjetivo infraconstitucional.

El régimen de detención policial para retorno (del art. 60 LOEx) o devolución [del art. 58.2.b) LOEx] es —en términos comparados— claramente favorable para el extranjero. Ya más arriba se hizo referencia, con carácter general, al régimen francés de las retenciones en las «zonas de espera». Ahora nos podemos detener en la regulación del Derecho belga. Conforme al artículo 74.5 de la Ley belga de 15 de diciembre de 1980, la detención en la zona de tránsito se destina precisamente a impedir la entrada libre de quien no cumple los requisitos legales. Tres son los supuestos específicos que prevé la Ley: prohibición de entrada por incurrir el extranjero en uno de los posibles supuestos de salida obligatoria previsto en la propia Ley; falta de acreditación de los requisitos que, conforme al artículo 2 de la Ley, permiten la entrada; y solicitud de asilo en el puesto fronterizo. Para todos

(89) STC 179/2000, FJ 4.

(90) Véase J. SOHIER, *Privations...*, p. 157. En la STEDH de 24 de septiembre de 1992, asunto *Kolompar c. Bélgica*, § 40, el Tribunal consideró que no se había infringido el derecho a la libertad del artículo 5.1 CEDH porque la privación de libertad del extranjero (a la espera de repatriación efectiva) la había originado el propio extranjero con su conducta obstruccionista, no la Administración.

(91) STC 107/1985, FJ 3: «los derechos declarados en el artículo 17.3 de la norma fundamental corresponden al “detenido”, esto es, a quien ha sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma, según prescribe el núm 2. del mismo artículo. Las garantías exigidas por el artículo 17.3 —información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada— hallan, pues, su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado.

(92) STC 341/1993, FJ 6 B. En este sentido, M. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *La detención...*, p. 119.

estos casos la Ley prevé la posibilidad o necesidad de un cierto tiempo de espera del extranjero en la frontera, espera en todo caso debida, porque se prohíbe la circulación del extranjero por cualquier otra parte del territorio belga. El régimen de esta privación de libertad en frontera se concreta así: el plazo máximo ordinario de detención es de dos meses; sólo se puede prolongar la detención por plazos de dos meses (y hasta un máximo acumulado de cinco meses) en el caso de que ya haya sido dictada una decisión ejecutoria que impida la entrada del extranjero y siempre que los trámites para la repatriación se hayan iniciado en los siete primeros días desde que se dictó la denegación de entrada y si, además, la actuación administrativa se sigue diligentemente y aún existe una posibilidad efectiva de repatriación. Expresamente prevé el artículo 74.5.4 de la Ley que allí donde se superen los plazos máximos de detención (o no se acuerde la prolongación) ha de autorizarse la entrada del extranjero.

5. «Detención» para la ejecución de expulsiones

La Ley de Extranjería también contempla, junto a las detenciones en el puesto fronterizo para impedir la entrada libre del extranjero en España, otros casos de detención o retención en frontera para asegurar el cumplimiento de deberes de salida del extranjero; deberes de salida que provienen de resoluciones de expulsión respecto de extranjeros que ya se encontraban en España. Dos son los supuestos que prevé la Ley:

a) En primer lugar, el artículo 64.1 LOEx expresamente prevé que transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario de una resolución de expulsión procede la compulsión policial. Ésta consiste en la «detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión». Y que esa detención puede prolongarse en las dependencias del puesto fronterizo (así, en la «zona de rechazados») se deduce directamente del propio artículo 64.1 LOEx al determinar que «si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento...». De manera que el artículo 64.1 LOEx distingue entre un supuesto de detención «asegurativa» en frontera (hasta un máximo de setenta y dos horas) y un «internamiento» al margen del puesto fronterizo, que sólo puede ser acordado por el Juez (art. 62 LOEx).

b) Está, en segundo lugar, el caso del extranjero que, habiendo sido expulsado de España (o de otro país del espacio Schengen) quebrante la prohibición de entrada en España que va aneja a la resolución de expulsión. Para este caso el artículo 58.2.a) LOEx prevé la *devolución* del extranjero. Aunque la Ley de Extranjería no habla aquí expresamente de detención y conducción del extranjero hasta el puesto fronterizo (a diferencia, por tanto, del art. 64.1 LOEx) esa actividad policial es precisamente lo que se describe con el término «devolución» (93). Hay que tener en cuenta, en este sentido, que la «devolución» del artículo 58.2.a) LOEx es –conforme a nuestra jurisprudencia– la «reejecución» forzosa de un previo

(93) Este punto de partida, implícitamente, en G. ARANDA Y ANTÓN, «Comentario a la STC 174/1999», en *Tribunales de Justicia*, núm. 3 (2001), pp. 78 y ss. (pp. 85-86).

deber de salida del extranjero, el que le fue impuesto en la resolución de expulsión (94). La devolución podrá comportar la retención del extranjero en el puesto fronterizo (a la espera de repatriación), si bien no ilimitadamente. Así resulta del artículo 58.5 LOEx al establecer que «cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión».

En los dos supuestos descritos –la expulsión el art. 64.1 LOEx y la devolución del art. 58.2.a) LOEx– la detención del extranjero en el puesto fronterizo tiene carácter ejecutivo. Es la forma de cumplimiento forzoso de una resolución de expulsión (95). Es actividad policial de coacción que responde a la reserva legal de Ley impuesta en el artículo 100 LRJ-PAC. Así lo declara con claridad la STC 174/1999, estando aún vigente la LOEx de 1985. Dice primero el Tribunal que «no toda compulsión personal constituye detención preventiva, pues al margen de esta situación se encuentran otras situaciones jurídicas de sujeción o compulsión personal» (FJ 4); y luego añade que «las Leyes administrativas contemplan la compulsión personal como una forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas (así, con carácter general, art. 100.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Es claro que la ejecución forzosa de una “orden de devolución” [...] sólo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional (art. 33.1 de la Ley Orgánica 7/1985)». Esta caracterización de la detención para expulsión o devolución como medida de ejecución forzosa (por tanto, no como detención preventiva penal) es determinante del régimen de la detención en frontera. Que la detención «asegurativa» de los artículos 58.2.a) y 64.1 LOEx sea distinta de la detención preventiva penal trae consigo consecuencias relevantes. Al igual que se dijo ya más arriba, en relación con la detención como medida de control de entrada en la frontera, el plazo máximo de detención de setenta y dos horas (art. 58.4 LOEx, para los casos de devolución por quebrantamiento de una orden de expulsión; y artículo 64.1 LOEx, para la primera ejecución de una orden de expulsión) es una decisión legal, no constitucional. Y ello a diferencia del plazo máximo de setenta y dos horas que para la detención preventiva criminal prevé el artículo 17.2 CE. Además, y como se dijo también más arriba, no rige aquí el derecho fundamental (art. 17.3 CE) a la asistencia letrada, que sólo está prevista para la detención cautelar penal.

Tiene interés comparar aquí el régimen español de las detenciones ejecutivas en frontera (para la repatriación del extranjero) con la regulación específica de las detenciones ejecutivas en Derecho belga. Tanto con su Derecho positivo como con su enjuiciamiento constitucional desde la perspectiva del derecho a la libertad personal.

a) El artículo 7 de la Ley de 15 de diciembre 1980 regula varios supuestos en los que la autoridad administrativa dicta una orden de salida (*ordre de quitter le territoire*) y a ella añade una orden de conducción a frontera a fin de materializar el alejamiento del extranjero. Allí, en la frontera, el extranjero puede ser retenido por

(94) STS de 14 de noviembre de 2001 (Ar. 2002/659). Véase D. MOYA, *Devolución...*, p. 199.

(95) Similar: I. VILLAVERDE, *Detención e internamiento...*, p. 30.

un *plazo máximo ordinario de dos meses*. Para que se pueda prorrogar aquella detención (por plazos sucesivos máximos de dos meses) es necesario que la Administración haya iniciado los trámites para la repatriación dentro de los siete primeros días hábiles tras la detención; es necesario, además, que la Administración actúe con la «diligencia debida» y que aún exista una «posibilidad real» de repatriar al extranjero en un período de tiempo razonable. En todo caso, el máximo de prórrogas de la detención en zona de tránsito no puede exceder de un máximo acumulado de ocho meses.

b) Precisamente contra esta regulación del artículo 7 de la Ley belga de 15 de diciembre de 1980 (modificado parcialmente en 1996) se interpuso recurso de nulidad constitucional, que fue rechazado; eso sí, la Sentencia de la *Cour d'arbitrage* sienta con claridad los límites que en ningún caso podría rebasar el legislador (ni la Administración, en la aplicación de la Ley). Parte la *Cour d'arbitrage* de que lo regulado en el nuevo artículo 7 de la Ley belga de 15 de diciembre de 1980 es una verdadera «privación de libertad» que sólo es admisible –a la luz del art. 12 de la Constitución belga y del art. 5.1 CEDH– si resulta proporcionada y si respeta las garantías que asisten a quien se ve privado de libertad (96). Destaca la Corte que la privación de libertad reseñada «no es propiamente una pena sino una medida administrativa destinada a conseguir el alejamiento efectivo de quienes son destinatarios de una orden de salida» (97). Partiendo implícitamente de la legitimidad constitucional del fin pretendido con la privación de libertad, la Corte considera no desproporcionado que el plazo de detención se prolongue más allá de dos meses, habida cuenta de las dificultades que con frecuencia presenta la repatriación efectiva de los extranjeros. Finalmente la *Cour d'arbitrage* constata también que en todo caso está garantizado el control judicial de las medidas de privación de libertad, todo lo cual fundamenta su rechazo al recurso de anulación constitucional.

c) Comparado con el sistema español se observa cómo el Derecho belga autoriza lapsos de detención en frontera (acordados por la Administración) mucho más dilatados que los que autoriza el Derecho español. Además, la clave del sistema no esta en la existencia de máximos temporales fijos sino en la diligencia de la Administración en la ejecución de la orden de salida y en la posibilidad real de que por medio de la detención efectivamente se pueda conseguir el alejamiento del extranjero. En última instancia ambos criterios son reconducibles a la idea de proporcionalidad: se prohíben las detenciones inidóneas (porque la repatriación no es posible, por mucho que el extranjero siga en el puesto fronterizo) y aquellas que, aun siendo idóneas (aún es posible la repatriación) resultan innecesariamente gravosas como consecuencia de la falta de diligencia de la Administración en la iniciación de los trámites de repatriación. Estos cánones abiertos conectan también con la jurisprudencia del TEDH en su exigencia de «diligencia debida» a la Administración que aplica una medida privativa de libertad distinta de la detención cautelar penal.

(96) Arrêt n.º 43/98 du 22 de avril 1998, B 17-22.

(97) Arrêt n.º 43/98 du 22 de avril 1998, B 19.

V. LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL

En lo que antecede nos hemos ocupado de diversos supuestos en los que las exigencias de seguridad afectan o pueden afectar a la libertad del extranjero. Ahora nos detenemos en otros casos en los que lo que está en juego es el disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE. Para abordar esta cuestión vamos a empezar por precisar, siquiera brevemente, de qué forma los extranjeros disfrutan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en torno al «estatuto fundamental» de los extranjeros en España ha situado el centro de gravedad de la cuestión no tanto en la titularidad cuanto en las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Ello ha servido para superar la posición sostenida por la primera literatura constitucional, que auspició una interpretación de lo dispuesto en el artículo 13.1 CE como auténtica «desconstitucionalización» de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, potenciando la libertad de configuración del legislador en esta materia, siempre, claro es, de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales (arts. 13.1 y 96.1 CE) (98).

Para comprender esta evolución resulta de suma utilidad recordar la clasificación tripartita que ha hecho fortuna entre nosotros (99). Hallamos así, en primer lugar, los *derechos comunes* a nacionales y extranjeros, esto es, aquellos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano [...] que son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político español» (STC 107/1984, FJ 3; en este mismo sentido SSTC 130/1995 y 95/2000). En segundo lugar, los *derechos condicionados a la configuración legal*, noción para cuya adecuada comprensión es precisa la lectura detenida de la STC 115/1987, en la cual la mayoría del Tribunal se decantó por una interpretación restrictiva de los poderes del legislador ordinario, frente a la tesis del «estándar mínimo» postulada en el Voto Particular. Quedan por último los *derechos vinculados a la nacionalidad*, en esta categoría cobran un singular protagonismo, por mor de la excepción contenida en el artículo 13.2 CE, los derechos de participación política y de acceso a las funciones y cargos públicos proclamados en el artículo 23 CE (100).

(98) Acerca de la primera interpretación de la reserva de ley del artículo 13.1 CE y la posterior evolución, véase M. C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, pp. 40 y ss.

(99) Véase P. CRUZ VILLALÓN, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas», recogido en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999 pp. 198 y ss. Asimismo, I. BORRAJO INIESTA, «El status constitucional de los extranjeros», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, tomo II, pp. 697 y ss. y, en términos críticos, M. C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*.

(100) En este tercer grupo hallamos una de las paradojas tan habituales en la legislación de extranjería, pues si bien el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) se reserva constitucionalmente en exclusiva a los ciudadanos españoles, la legislación ordinaria muestra una paulatina «erosión» de esta regla. Véanse, si no, la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, por la que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea, o la Ley 32/2002, de 5 de julio, que permite el acceso de algunos extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería. La primera se explica por el impacto del Derecho comunitario europeo, en especial la libertad de circulación de trabajadores, en

En el caso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), su inserción en el primero de los grupos mencionados se produjo tempranamente. Concretamente, en la STC 99/1985, FJ 2, pasaje cuya lectura resulta muy ilustrativa:

«Es verdad, como afirma el representante del querellado, que nuestra Constitución “es obra de españoles”, pero ya no lo es afirmar que es sólo “para españoles”. El párrafo 1 del artículo 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes, como parece entender la mencionada representación procesal. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los artículos 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art. 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos” (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, Sala Segunda, fundamento jurídico cuarto); así sucede con aquellos derechos fundamentales “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” o, dicho de otro modo, con “aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español” (*ibidem*, fundamento jurídico tercero).

Pues bien, uno de estos derechos es el que “todas las personas tienen... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales”, según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo (“todas las personas...”), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la C.E., de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a “toda persona” o a “todas las personas”, sin atención a su nacionalidad. Por consiguiente, en el caso que examinamos, la nacionalidad alemana o española de quien nos pide amparo es irrelevante para otorgarlo o denegarlo» (101).

tanto que con la aprobación de la segunda se ha tratado de hacer frente a las carencias de solicitudes para las Fuerzas Armadas profesionales. Ni que decir tiene que la milicia ha sido uno de los medios usados en otros países para integrar a los extranjeros, lo que representa un aliciente de no poca importancia para los demandantes de estos empleos.

(101) La exclusión de los derechos fundamentales del artículo 19 CE ha de matizarse a la vista del cambio de doctrina operado por la STC 94/1993. Tras este pronunciamiento, dichos derechos fundamentales no pueden entenderse integrados en el tercer grupo (derechos vinculados a la nacionalidad) sino en el segundo (derechos condicionados a su configuración legal), según se aprecia en la STC 53/2002, FJ 4 a).

En cuanto a la mención al artículo 29 CE, baste recordar que, según el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, «Toda persona natural o

Esta misma doctrina ha sido luego reiterada en las SSTC 115/1987, FJ 4 y 94/1993, FJ 4, que confirman la aplicabilidad del derecho fundamental que nos ocupa y de las garantías procedimentales y procesales del artículo 24 CE a los procedimientos de expulsión.

De este modo, y según se ha avanzado con anterioridad, cuando del derecho a la tutela judicial de los extranjeros se trata, el verdadero *punctum dolens* radica en su efectividad. Una efectividad que, en este caso, no sólo remite a las garantías de intangibilidad y ejecutividad de las resoluciones judiciales firmes, sino incluso a un momento anterior, al contenido «más genuino» (STC 238/2002, FJ 4) del derecho fundamental que nos ocupa: el acceso a la jurisdicción. Conscientes de la imposibilidad de abordar todos los problemas que la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial de los extranjeros –aquí, esencialmente de los inmigrantes (102)– plantea, en las próximas páginas abordaremos muy sumariamente algunas de las dificultades existentes para el acceso de los extranjeros a la jurisdicción, en especial cuando se trata de fiscalizar resoluciones dictadas en materia de control de fronteras, y concluiremos con una muy breve referencia a la justicia cautelar.

1. Acceso a la jurisdicción. Planteamiento general

La unidad temática de este trabajo aconseja centrar nuestra atención en la efectividad del control judicial sobre las actuaciones administrativas que impiden la entrada de extranjeros en España o que imponen la obligación de salida. Consiguientemente, a esta tarea nos dedicaremos, no sin perjuicio de avanzar un sucinto

jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición, individual o colectivamente, en los términos y con los efectos establecidos por la presente Ley y sin que de su ejercicio pueda derivarse perjuicio alguno para el peticionario». Se trata, ciertamente, de una decisión del legislador orgánico, pero la ausencia de recursos de amparo formulados por extranjeros que reclamen el ejercicio de este derecho fundamental impide ofrecer ninguna aportación de la doctrina constitucional.

(102) El término extranjero sólo ofrece claridad conceptual por oposición al ciudadano o nacional, como se aprecia en el artículo 1.1 LOEx [y aún, en este caso, habría que recordar que nuestro Derecho presenta la singularidad de distinguir entre nacionalidad originaria y derivativa; al respecto, E. CANO BAZAGA, «El acceso de los extranjeros a la nacionalidad española», en J. A. CARRILLO SALCEDO (coord.), *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos humanos*, Akal, Madrid, 2002, p. 64]. Más allá de esta dualidad primigenia, la extranjería no es en nuestro ordenamiento jurídico un bloque regulador uniforme al que se sujeta a todos aquellos que no disfrutan de la nacionalidad española, sino más bien el mosaico resultante de los distintos regímenes, de entre los cuales aquí interesa examinar –siempre por referencia al disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva– tan sólo los aplicables a los refugiados y a los inmigrantes, es decir, a aquellos cuya presencia en el territorio nacional se legitima por razones humanitarias y laborales. Ciertamente, entre unos y otros hay notables diferencias (piénsese, sin ir más lejos, en las distinciones que entre inmigrantes puede representar la graduación del tiempo de residencia exigido por el art. 22 CC para el acceso a la nacionalidad española). Pero no es menos cierto que ambos grupos enfrentan a la sociedad española con el reto de construir un «espacio hospitalario». En tal sentido, véase D. INNERARITY, *Ética de la hospitalidad*, Ediciones Península, Barcelona, 2001, en cuya página 199 se formula una advertencia que convendrá tener presente: «la compasión sólo es justa tras la experiencia de la incapacidad, tras el fracaso del intento de realizar plenamente la justicia en el mundo; pero es injustificable como programa para sustituir el combate contra la injusticia o para atemperar la conflictividad resultante de las desigualdades».

tratamiento general del ejercicio por los extranjeros del derecho fundamental proclamado en el artículo 24.1 CE.

La proclamación de la plena disponibilidad para los extranjeros del derecho a la tutela judicial efectiva, llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en los términos antes reseñados, responde a la atribución de este derecho fundamental a los seres humanos en cuanto tales, con abstracción de su nacionalidad, de su pertenencia a la comunidad política ordenada por la Constitución de 1978. A este respecto, interesa precisar el sentido de la utilización de la *dignidad humana* como sustento ideológico de la doctrina constitucional. En efecto, no debe verse en esta decisión una postergación de los restantes fundamentos del orden político y de la paz social enunciados en el artículo 10.1 CE, ni la minusvaloración de la «comparación en el ámbito de los derechos fundamentales» como método de interpretación de la Constitución, plasmado en el artículo 10.2 CE (103). Antes bien, la *dignidad humana* es el compendio incontrovertible de los derechos humanos proclamados en los textos internacionales. Por decirlo en palabras del Tribunal Constitucional, el «*minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar» (STC 91/2000, FJ 7) (104).

Ahora bien, cuando ese *minimum invulnerable* ha de garantizarse respecto de un derecho prestacional, como lo es el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, STC 217/2002, FJ 3), no basta con proclamar la titularidad del mismo, y ni tan siquiera la igualdad en el ejercicio del derecho. Teniendo siempre presente que se trata de asegurar la efectividad de la tutela judicial, importa ponderar adecuadamente la situación en que se encuentre el extranjero sujeto a las decisiones de los poderes públicos españoles. Y ello no sólo en el momento de aplicación de las normas procesales, habida cuenta que en el acceso a la jurisdicción despliega su máxima potencialidad el principio *pro actione* (105), sino antes incluso, en la labor del legislador, a quien le corresponde «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» (art. 9.2 CE).

(103) En relación con este criterio o método de interpretación, *vide* J. JIMENEZ CAMPO, «Interpretación de la Constitución», Enciclopedia Jurídica Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 3689 y s., y A. SAIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. Ambos autores ponen el acento en que este método obliga a una labor interpretativa del contenido constitucional de los derechos fundamentales ausente de contradicciones con su homónimo en los textos internacionales de referencia.

(104) Esta Sentencia reviste especial interés a los efectos de la presente reflexión, pues en relación con el «contenido absoluto» o con proyección *ad extra* (léase, universal) de los derechos fundamentales –aquí, del derecho a un proceso justo, como precipitado de las garantías procesales del artículo 24 CE–, el Tribunal subraya la importancia de «la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales» (FJ 7).

(105) Teniendo en cuenta que el principio «pro actione» no implica, al decir del Tribunal Constitucional, la selección de la interpretación de las normas procesales más favorable a la admisión de la acción sino que únicamente implica la «interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelan una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2), parece indudable que dicho principio opera como elemento del juicio de proporcionalidad.

La desatención de este mandato no se traducirá, por lo común, en una declaración de inconstitucionalidad, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional viene reiterando que el artículo 14 CE, ámbito al que se ha reconducido el juicio de igualdad, no permite un reproche de discriminación por indiferenciación (STC 164/1995, FJ 7). Pero ello no impide para apuntar la conveniencia de examinar con especial rigor los tratamientos normativos formalmente neutrales, pero que, en su neutralidad, ignoran las diferencias subyacentes entre grupos e individuos, en especial cuando, como sucede en el caso de los extranjeros, pueden ser *invisibles* para el legislador, quien no ha de responder a sus demandas porque no forman parte de la comunidad política a la que aquél representa.

Entrando ya en el examen de la vigente legislación de extranjería, tres son los supuestos a los que interesa hacer referencia, siquiera sea a vuelapluma: la figura del reexamen de las solicitudes de asilo, el recurso a través de las representaciones diplomáticas y consulares y el derecho a la asistencia jurídica gratuita. La proximidad temporal de la STC 95/2003, aconseja detenerse algo más en el tratamiento de este último aspecto.

a) *El reexamen de las solicitudes de asilo*

Como es sabido, el texto originario de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo, partía de la distinción entre asilo y refugio. En lo que ahora estrictamente interesa, las resoluciones del Ministro del Interior en materia de asilo eran susceptibles de recurso de alzada ante el Consejo de Ministros, en tanto que las de este órgano podían ser combatidas mediante un peculiar «recurso de súplica ante el mismo» (art. 21) (106). Por el contrario, cuando se trataba de reconocer al peticionario la condición de refugiado, el artículo 24 de la Ley establecía que las resoluciones del Ministro del Interior ponían fin a la vía administrativa, quedando expedita la contencioso-administrativa. Las diferencias en punto a la recurribilidad de uno y otro supuesto se explicaban, en la arquitectura de la Ley 5/1984, por la distinta naturaleza de los actos administrativos –declarativo en el caso del refugio, constitutivo para el asilo– y la consiguiente mayor amplitud del margen de discrecionalidad de que gozaba la Administración en el segundo supuesto.

Sea como fuere, lo cierto es que la dualidad de regímenes fue abandonada con la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que se decantó por la generalización del mecanismo de revisión hasta entonces reservado para la declaración de refugiado, con la consiguiente supresión de recursos en vía administrativa. La declaración de urgencia de los recursos contencioso-administrativos, operada por ministerio de la ley (art. 21.1, *in fine*) cerraba la decisión uniformizadora en la materia (107). Sin

(106) Conforme al artículo 7 de la Ley, correspondía al Ministro del Interior dictar la resolución definitiva si era conforme con la propuesta elaborada por la Comisión Interministerial creada por el artículo 6, elevándose al Consejo de Ministros en caso de desacuerdo entre ambos órganos.

(107) Con la excepción de la denegación en frontera, el régimen de recursos administrativos de la Ley reguladora del Derecho Asilo era acorde con los criterios que informaban la LPC en su redacción originaria (resultante de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), que suprimió los recursos de reposición. Sin embargo, queda la duda de la adecuación de dicho régimen a la norma de cabecera en materia de procedimiento administrativo común, una vez que la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha reintroducido, bien que con carácter potestativo, este remedio en vía administrativa.

embargo, más importante que esta unificación de regímenes fue la introducción de una nueva o modalidad en el procedimiento de reconocimiento del derecho, la inadmisión a trámite, que representa una desestimación anticipada de la solicitud. Particularmente polémica resulta la inadmisión a trámite *en frontera* (art. 5.7), hasta el punto de haberse introducido la figura del *reexamen*, cuyo conocimiento se atribuye al Ministro del Interior, con audiencia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (108). De este modo, a propuesta del propio ACNUR, el legislador atenuó la intensidad de la reforma en cuanto introducía esta inadmisión liminar de las solicitudes (109).

b) *Algunos problemas que plantea la interposición de recursos a través de Embajadas y Consulados*

La posibilidad de interponer recursos en vía administrativa y judicial ante las representaciones diplomáticas y oficinas consulares ya se preveía en el artículo 35 de la Ley Orgánica 7/1985, contemplándose actualmente en el artículo 65.2 LOEx (110). Cuando de recursos administrativos se trata, hay que recordar que este cauce de presentación de escritos se corresponde con lo dispuesto en el artículo 48.4.d) LRJ-PAC.

Mayores problemas plantea la efectividad de este cauce en vía judicial. Una vía que ha de concretarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que es el competente para conocer de los recursos a los que se refiere el mencionado artículo 65.2 LOEx, en la medida en que tengan por objeto resoluciones que hayan conllevado la salida del territorio nacional del demandante. Los órganos competentes en la materia que nos ocupa son las Salas de dicho orden de los Tribunales Superiores de Justicia, en virtud de la doctrina elaborada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (111). Pues bien, según dispo-

(108) En relación con la relevancia reconocida por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al informe del ACNUR en esta inadmisión liminar, véase SSTs de 27 de junio de 2002 (Ar. 6143) y de 15 de julio de 2002 (Ar. 8386). Una relevancia que se corresponde con los efectos suspensivos que el informe favorable del ACNUR tiene en vía contencioso-administrativa *ex* artículo 21.2 de la Ley.

(109) La referencia al papel que representó el ACNUR en ese momento se toma de C. RUEDA FERNÁNDEZ, «Refugiado y asilado: legislación española y compromisos internacionales», en J. A. Carrillo Salcedo (coord.), *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos humanos*, pp. 200 y s.

(110) Con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, el entonces artículo 59.2 permitía igualmente que los recursos se interpusieran a través «de organizaciones de asistencia a la emigración debidamente apoderadas, quienes lo remitirán al organismo competente», en evidente confusión de la legitimación por sustitución con los registros públicos habilitados para dar fe de la fecha de presentación de escritos. Especialmente crítico con la viabilidad efectiva de esta forma de presentación de escritos se muestra D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, p. 249.

(111) Al respecto, véase el Auto de la Sección Primera de dicha Sala de 20 de octubre de 2000 (Ar. 9813), en cuyo fundamento de Derecho tercero se dice que «la Sala entiende que los actos emanados de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada, como indudablemente son los de autos (denegación de visados y permisos, con obligación de salida del territorio nacional), deben recibir el mismo tratamiento competencial que el establecido para los de cuantía superior a 10 millones de pesetas. Esto significa que el conocimiento de los recursos deducidos contra esos actos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 29/1998, no está atribuido a los Juzgados –art. 8.3, párrafo segundo– sino a los Tribunales Superiores de Justicia –art. 10.1.j)– y por ende que la sentencia que el

ne el artículo 23.2 LJCA, «en sus actuaciones ante los órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por un Abogado».

La interpretación conjunta de ambos preceptos no resulta una tarea sencilla, en particular si paramos mientes en la vocación de generalidad de la regla que sobre postulación procesal se contiene en el artículo 23.2 LJCA (112). Sin embargo, cabe apuntar tres formas de salvar la antinomia resultante. En primer lugar, no sería descabellado sostener que el artículo 65.2 LOEx contiene una excepción a la regla general de postulación procesal tanto *ratione personae* como en atención al lugar de residencia del recurrente. Pero también podría pensarse que el precepto legal en cuestión habilita a las representaciones diplomáticas y a las oficinas consulares como lugares idóneos para la presentación de escritos procesales, por lo que, amén de su eficacia para la determinación del cómputo de los plazos, en todos aquellos casos en los que fuera precisa la intervención personal del recurrente, éste no precisaría comparecer en la sede del propio órgano jurisdiccional. Finalmente, también sería plausible entender que el artículo que nos ocupa permite, cuando menos, efectuar en los lugares indicados la designación de Letrado y Procurador, en términos equivalentes, por tanto, al apoderamiento *apud acta*.

c) *El derecho a la asistencia letrada; la reciente STC 95/2003*

Para concluir este epígrafe, resta hacerse eco de la reciente STC 95/2003, de 22 de mayo. En esta resolución el Pleno del Tribunal conoce del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra el inciso «que residan legalmente en España» del artículo 2.a) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante, LAJG), pues a juicio del recurrente este precepto impide a los extranjeros que se hallen ilegalmente en nuestro país impugnar las resoluciones administrativas referentes a su estatus de extranjero, en especial las que decreten su expulsión (113).

En lo que ahora estrictamente interesa, el Tribunal comienza recordando la conexión instrumental existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es decir, entre los artículos 119 y 24.1 CE (FJ 3), para, a continuación, precisar el contenido indisponible del primero de los derechos citados, que se concreta en el deber de sufragar los gastos

Abogado del Estado pretende recurrir debe entenderse dictada en única instancia. Y, además, como la propia cuantía indeterminada del asunto litigioso excluye a aquella de la excepción prevista en la letra b) del apartado 2 del artículo 86, según viene entendiendo reiteradamente esta Sala, la conclusión es que la sentencia dictada por el Tribunal a quo es recurrible en casación.

(112) Acerca de dicha vocación de generalidad, véase el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de 25 de febrero de 2002 (Ar. 120).

(113) Recuérdesse que, conforme al artículo 2.a) LAJG, «tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Entre la interposición del recurso y su resolución ha transcurrido el tiempo más que suficiente para alterar el marco legislativo en el que se situaba el precepto impugnado. En primer lugar, porque en tanto la Ley Orgánica 7/1985 sólo reconocía el derecho a la asistencia letrada de oficio e intérprete a los extranjeros sujetos a prisión preventiva, la LOEx amplía este derecho a los extranjeros que carezcan de recursos «en todos los procedimientos administrativos o judiciales que puedan

procesales «a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar» (FJ 4) (114). Dicho esto, se advierte que si bien el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración para delimitar el alcance del concepto jurídico indeterminado consistente en la carencia de «recursos suficientes para litigar» (115), lo que no le es dado es privar del derecho «a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho», pues ello implicaría «una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del artículo 119 CE, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad» (FJ 4, *in fine*).

La *ratio decidendi* de la estimación, luego se precisará su alcance, del recurso, se desarrolla en el FJ 6.

«[...] a tenor de la norma impugnada, a los extranjeros que, sin tener la condición de residentes legalmente en España, pretendan impugnar alguna de las resoluciones administrativas a las que se refiere el Defensor del Pueblo en su recurso no puede reconocérseles el derecho a la asistencia jurídica gratuita pese a que reúnan las condiciones económicas que, en otro caso, les permitirían acceder a tal beneficio. De otra parte, el artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (al igual que el art. 33 de la anterior Ley de 1956), exige para la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones a las que se refiere el Defensor del Pueblo que las partes se encuentren representadas por Procurador y defendidas por Letrado. El incumplimiento de este requisito afecta a la validez de la comparecencia y, tras el correspondiente requerimiento de subsanación, desemboca, según el artículo 45.3 de la indicada Ley, en el archivo de las actuaciones, sin posibilidad de obtener, por tanto, una resolución sobre el fondo de las pretensiones que se intenten deducir ante la jurisdicción ordinaria. De ahí que, si el extranjero no residente legalmente en España no dispone de recursos suficientes para procurarse Abogado que le defienda y Procurador que le represente, verá cerrado su acceso a la jurisdicción y no podrá someter al control de ésta la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) en un aspecto que le concierne directamente, como es su estatus de extranjero (permisos de residencia, trabajo, exenciones de visado, etc.),

llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo». Por otro lado, recuérdese que, conforme al artículo 2.f) LAJG, «en el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, *aun cuando no residan legalmente en territorio español*, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo».

(114) Como se consigna en la propia Sentencia analizada, este «contenido indisponible», que no «contenido esencial», se identificó en la STC 16/1994, FJ 3.

(115) En ese mismo pasaje se reitera, nuevamente con invocación de la STC 16/1994, que el legislador «puede, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los Jueces o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el Juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etc.)».

y que puede desembocar en su expulsión del territorio nacional. Ello supone, sin duda, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, del que, como se dijo, son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España), vulneración que, al resultar de la propia norma legal, hace que ésta incida en el vicio de inconstitucionalidad.»

A precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad se dedican los FF JJ 7 y 8. En el primero de ellos se señala que «la expresión “que residan [en España]” habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el artículo 13.1.b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el artículo 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad que debemos realizar». Esto se traduce en un fallo interpretativo del término «residan», que excluye en todo caso del disfrute del derecho a los extranjeros que no se hallen en territorio español. Es el caso de los expulsados, devueltos o rechazados que hayan abandonado el territorio nacional antes de interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, o de quienes hayan visto denegada su solicitud de visado para entrar en España.

Si la primera precisión puede considerarse de carácter «territorial», la segunda es de naturaleza «temporal», al extender los efectos de la STC a los extranjeros que se encuentren actualmente en España y reúnan las condiciones legalmente exigidas para acceder a la asistencia jurídica gratuita «en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación» (FJ 8).

2. Fiscalización judicial de los controles administrativos de entrada y salida

En este apartado interesa hacer mención de los problemas que para la efectividad de la tutela judicial plantean tanto el régimen actual de visados como la regulación de la expulsión y devolución en la vigente Ley de Extranjería. Sin perjuicio, claro es, de mencionar las modificaciones que pueden materializarse en un futuro próximo (116).

(116) Resultantes de los Proyectos de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (texto del Proyecto en *BOCG*, Congreso de los Diputados, núm. 136-1, de 21 de marzo de 2003; actualmente, este texto se encuentra pendiente de deliberación en el Pleno de la Cámara) y de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOCG*, Congreso de los Diputados, núm. 160-1, de 20 de junio de 2003).

a) *La motivación de la denegación de visados*

Respecto del primero de los aspectos indicados, parece pertinente recordar que mediante la exigencia de visado se traslada el control de los flujos migratorios desde la frontera al país de origen (117). Según es sobradamente conocido, en la Ley Orgánica 4/2000 la regulación del procedimiento de ejercicio de la potestad discrecional que nos ocupa presentaba, como novedad más destacada, la exigencia de motivación de su denegación en todos los casos (118). Esta novedad ha desaparecido, al menos en cuanto a la vocación de generalidad que la informaba, con la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, tras la cual la denegación del visado precisará de motivación sólo en dos supuestos: «cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena» (art. 27.5), disponiéndose asimismo en este precepto que si la denegación trae causa de que el solicitante está incluido en la lista de no admisibles del Convenio Schengen, «se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio» (119).

Este cambio de criterio ha suscitado diversas críticas, que apuntan a un doble orden de consideraciones. Desde una perspectiva formal, se ha cuestionado la excepción que representa al deber de motivación de los actos administrativos, en los términos del artículo 54 LRJ-PAC. Una crítica a la que parece querer salir al paso la nueva reforma de la LOEx mediante la introducción de una disposición adicional, la decimonovena, en la LRJ-PAC, conforme a la cual los procedimientos en materia de extranjería «se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la presente Ley». Esta solución salva, al menos, la coherencia sistemática de la LRJ-PAC y el papel que representa en el ejercicio de las competencias horizontales del artículo 149.1.18.^a CE.

Por otro lado, se ha sostenido, ya desde un punto de vista sustantivo, que la exención de la carga de motivación coloca al peticionario en una situación de indefensión por cuanto ignora las razones por las que se le impide la entrada en el territorio nacional, con lo que le resulta de todo punto imposible discutir las en vía judicial (120). En ocasiones, la crítica se acompaña de un reproche a la regulación del procedimiento de otorgamiento del visado por la discrecionalidad que se otorga a

(117) Al respecto, M.^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La entrada y salida de los extranjeros del territorio español», en A. Rodríguez Benot y C. Hornero Méndez (coords.), *El nuevo Derecho de extranjería*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 194 y ss.; de la misma autora, «La entrada y salida de extranjeros en territorio español», en J. A. CARRILLO SALCEDO, *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos humanos*, pp. 44 y ss., donde se hace eco de la definición que del visado ofrece J. M.^a ESPINAR VICENTE: «documento por el que se autoriza el acceso a un determinado país y que es expedido con carácter previo a la entrada del extranjero en dicho territorio».

(118) Conforme al artículo 25.3, «la denegación deberá ser expresa y motivada e indicar los recursos que procedan». El régimen de visados ha de conocer una profunda modificación si prospera la reforma de la LOEx actualmente en tramitación y que se ha mencionado en la nota 116.

(119) En coherencia con esta reforma, el nuevo artículo 20.2, «Derecho a la tutela judicial efectiva», excepciona del deber general de motivación de las resoluciones administrativas las de otorgamiento o denegación del visado.

(120) M.^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La entrada y salida de los extranjeros del territorio español», nota 29 en p. 199, apunta que esta exención del deber de motivación ignoraría «una vasta jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha afirmado que dicha solución no podía ser de recibo ya que suponía un atentado al derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, STS de 24 de septiembre de 1991, Ar. 6865, y de 1 de octubre de 1992, Ar. 7742)». Sin embargo, esta jurisprudencia no parece

la Administración. Reproche que no se alcanza a comprender muy bien, pues la discusión de la exención habrá de partir, insoslayablemente, bien de la afirmación de un derecho subjetivo –o interés legítimo– a la concesión del visado, que queda limitado por la denegación [art. 54.1.a) LPC], bien de que se trata de una resolución dictada «en el ejercicio de potestades discrecionales» [art. 54.1.f) LPC]. Como lo primero no se apunta en ningún caso, sólo cabe exigir la motivación en atención al segundo supuesto.

Sea como fuere, lo cierto es que la no motivación de los visados dista de ser una cuestión pacífica, por más que responda a la práctica habitual en otros ordenamientos (121). La formulación de un juicio de validez del precepto legal en cuestión ha de efectuarse de conformidad con el único canon posible –el texto constitucional– pues no existe relación jerárquica ni de ningún otro tipo entre la LRJ-PAC y la LOEx en virtud de la cual la segunda pueda resultar anulada por contradecir lo dispuesto en la primera o, como aquí sucede, excepcionar sus previsiones para un sector material específico. De manera más específica, debemos descartar que el

absolutamente pacífica si se lee con atención la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) de 14 de abril de 1997 (Ar. 3309), en cuyo fundamento sexto hallamos los siguientes pasajes: «Limitándonos estrictamente a la hipotética vulneración del artículo 24 de la CE por falta de motivación del acto administrativo, dado el contenido posible del proceso especial en que nos hallamos, debe rechazarse la tesis de la sentencia recurrida, que en realidad se asienta en una sola Sentencia de este Tribunal, la de 12 noviembre 1992, de la Sección cuarta de esta Sala, y en la que la tesis de la violación del derecho fundamental de tutela judicial efectiva por falta de motivación del acto administrativo, es en realidad un *obiter dicta*, que no puede prevalecer frente a una doctrina reiterada de sentido contrario, que viene proclamando, como indica el Abogado del Estado en su recurso, que el artículo 24 de la CE tiene como referente el proceso, y no es aplicable a la actuación administrativa, salvo en el procedimiento sancionador, o cuando por ellas se cierra el paso a una posible intervención revisora de la jurisdicción (Sentencias de esta Sección, entre otras, de 1 febrero, 2 abril y 7 junio 1993 y 24 febrero 1996). Como decíamos en la Sentencia de 24 febrero 1996 antes traída a colación: “debe rechazarse la pretendida infracción del artículo 24.1 de la Constitución, pues, aparte de que no se está en presencia de un procedimiento sancionador, ni se ha impedido a los recurrentes el acceso a la jurisdicción, carece de fundamento la indefensión que se dice provocada por la falta de motivación de las resoluciones administrativas impugnadas, pues éstas indican expresamente que en la documentación aportada por los peticionarios no se acredita la concurrencia de razones excepcionales y que la dispensa solicitada se deniega en uso de las facultades atribuidas en el artículo 5.4 del Real Decreto 1119/1986, de 26 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio”».

(121) Así, en el dictamen del Consejo de Estado de 28 de julio de 2000, sobre el entonces Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (luego Ley Orgánica 8/2000), puede leerse que «[...] se legaliza el supuesto de la no motivación de la resolución denegatoria de visados (art. 18.2 en relación con el art. 25.5). La conveniencia de reconocer tal supuesto, deducida, por ejemplo, del mismo sistema Schengen y avalada por numerosos ejemplos del derecho comparado más solvente (v. gr. art. 2.2 de la ley belga de 15 de diciembre de 1980; art. 33 de la ley alemana de 1 de enero de 1991 y art. 1 de la ley francesa de 11 de mayo de 1998, entre otros), era tan evidente que se recogió ya en la vigente Ley 4/2000 (art. 25.3), pero dejando su establecimiento por vía de excepcionalidad a la potestad discrecional del Gobierno sin limitación alguna. Dados los términos del artículo 25.3 de la Ley vigente, el sistema raya en la previsión legal de la derogabilidad singular (“... para los nacionales de un determinado país o procedentes de una zona geográfica...”) de las normas, lo cual parece abrir la vía a la arbitrariedad expresamente excluida en el artículo 9.3 CE. La fórmula que se propone y que parece más correcta a este Consejo es prever ya en la propia Ley –nuevo art. 25.5– cuándo la denegación del visado deberá ser motivada, a saber en el 80 por 100 de los casos de visados de residencia según los datos de la Memoria que acompaña al anteproyecto consultado».

canon venga constituido por el artículo 24 CE, pues no estamos aquí ante un procedimiento administrativo sancionador. En este punto, resulta de suma utilidad recordar lo afirmado en la STC 7/1998: «frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 ó 128/1997, entre otras); también en relación con actos administrativos que impongan sanciones» (FJ 6).

Pues bien, lo afirmado en este pronunciamiento del Tribunal Constitucional nos enfrenta abiertamente con otra perspectiva: la posible limitación o retricción del ejercicio de un derecho fundamental. Según se ha reiterado en la STC 53/2002, los extranjeros sólo disfrutaban del derecho fundamental a entrar y circular libremente por España en los términos que disponen los Tratados y la Ley [FJ 4.a)]. Prescindiendo ahora de la peculiar posición en la que se encuentran los ciudadanos de la Unión Europea, habremos de acudir a dos textos de Derecho internacional universal, que integran la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Declaración, «toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado» y, también «a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país». Por su parte, conforme al artículo 12 PIDCP, «toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia», así como a «salir libremente de cualquier país, incluso del propio»; para concluir, en el artículo 12.4 PIDCP se proclama que «nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

Según se observa, las normas reseñadas reconocen el derecho a salir de cualquier país, así como a circular libremente por aquel en el cual una persona se «halle legalmente», pero nada se dice del derecho a entrar en un país que no sea el propio. Esto significa que no hay un estándar común internacional en la materia, pues no se reconoce un derecho a la entrada, obviamente, siempre a salvo lo dispuesto por el Derecho internacional humanitario. Ahora bien, el hecho de que no exista un Tratado internacional que haya de servir a los efectos del artículo 10.2 CE como canon de interpretación no resuelve la cuestión. En tanto, puede apuntarse que si bien es cierto que no preexiste un derecho a la entrada en el territorio español, no lo es menos que el otorgamiento del visado hace nacer ese derecho. Por consiguiente, cabría preguntarse si, en supuestos como el que nos ocupa, puede el legislador establecer un procedimiento de autorización de entrada, de levantamiento de los obstáculos para el ejercicio del derecho, sin incluir la exigencia de motivación, puesto que, en términos de la STC 7/1998, es evidente que de la denegación del visado no es ya que limite o restrinja el derecho, sino más claramente que lo niega.

b) *El régimen de salidas obligadas*

Por lo que se refiere a los controles de salida, o más precisamente a las salidas obligadas del territorio nacional, parece pertinente aludir a tres aspectos: el proce-

dimiento preferente de expulsión, las devoluciones y la ejecución de expulsiones dictadas por otro Estado miembro de la Unión Europea.

En cuanto al procedimiento preferente de expulsión previsto en el artículo 63 LOEx, llama la atención la extraordinaria «generosidad» con la que el legislador ha concebido lo «preferente» cuando de la expulsión de extranjeros se trata. Así, en primer lugar, de la redacción del apartado primero de este artículo se desprende con meridiana claridad que éste es el único procedimiento para la tramitación de los expedientes de expulsión en los supuestos allí previstos. En segundo lugar, la enumeración de estos supuestos invita a pensar que el procedimiento «ordinario» (por lo demás, innominado en la LOEx) se convertirá en la práctica en excepcional (122).

Según el artículo 63.1 LOEx, «la tramitación de los expedientes de expulsión, en los supuestos de las letras *a)* y *b)* del apartado 1 del artículo 54, así como las *a)*, *d)* y *f)* del artículo 53, tendrá carácter preferente». Pues bien, si comparamos este precepto con el artículo 57.1 LOEx, donde se especifican los casos en los que la sanción pecuniaria puede sustituirse por la expulsión, convendremos en que en los supuestos más frecuentes el procedimiento que se seguirá será el denominado «preferente». En efecto, según el artículo 57.1, cabe acudir a la expulsión como sanción en todas las infracciones muy graves y en las graves de los apartados *a)*, *b)*, *c)*, *d)* y *f)* del artículo 53. Comenzando por las muy graves, notamos que únicamente siguen el procedimiento ordinario aquellas conductas que no es frecuente que realicen los inmigrantes, pues versan, bien sobre contratación ilegal de trabajadores inmigrantes, bien sobre el incumplimiento de obligaciones de transportistas (123). Por lo que se refiere a las infracciones graves, siguen el procedimiento preferente la permanencia irregular en territorio español [art. 53.a)], el incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública [art. 53.d)] y la participación de infracciones graves de la LOPSC [art. 53.f)] (124) y quedan para el ordinario sólo el encontrarse trabajando sin permiso [art. 53.b)] y la falta de comunicación al Ministerio del Interior de los «cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio» [art. 53.c)]. La excepcionalidad del procedimiento «ordinario» se refuerza más si cabe si pensamos que la acreditación de que un extranjero está realizando una actividad remunerada por cuenta propia o ajena [art. 53.b)] es más compleja que la demostración de que se encuentra irregularmente en territorio español [art. 53.a)], por lo que en general será ésta la

(122) De este mismo parecer se muestra E. CALVO ROJAS, «El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares», en J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 199 y s.

(123) Acaso la principal excepción es el supuesto del artículo 54.1.c), «la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito». Parece oportuno advertir que en la reforma actualmente en fase de tramitación parlamentaria se prevé extender a todas las infracciones muy graves el procedimiento preferente, ahondando por tanto en la línea de la Ley Orgánica 8/2000.

(124) Este tipo y el recogido en el artículo 54.a) LOEx coinciden con el artículo 28.3 LOPSC, conforme al cual, «en casos de infracciones graves o muy graves, las sanciones que correspondan podrán sustituirse por la expulsión del territorio español, cuando los infractores sean extranjeros, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España».

infracción que se achaque, habida cuenta, además, que lleva aparejada la misma sanción (125).

Una de las consecuencias de la tramitación del expediente por el procedimiento preferente consiste en que, de conformidad con el artículo 63.4 LOEx, «la ejecución de la orden de expulsión en éstos se efectuará de forma inmediata». Esto supone una excepción al régimen de suspensión de las resoluciones administrativas sancionadoras del artículo 138.3 LPC. Pero no cabe llevar dicha excepción al extremo de impedir la posible suspensión en vía contencioso-administrativa, puesto que, como dijera la STC 115/1987, también en materia de extranjería (entonces, el art. 34 de la Ley Orgánica 7/1985, que excluía *a radice* toda posibilidad de suspensión), «la efectividad de la tutela judicial que el artículo 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales. Sin embargo, ello no quiere decir que cuando la legislación ha establecido esa posibilidad para la protección de los derechos fundamentales, esta decisión legislativa no incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva, como ocurre en el presente caso, de forma que la supresión de esa posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte a este derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución» (FJ 4).

La figura de la «devolución» se regula en el artículo 58 (apartados 2 a 5) LOEx (126). De acuerdo con este precepto, no es precisa la tramitación de expediente de expulsión para los extranjeros «que habiendo sido expulsados contravenían la prohibición de entrada en España» o «que pretendan entrar ilegalmente en el país». El carácter inmediato y universal de la devolución conoce dos excepciones por motivos estrictamente humanitarios, a saber: la presentación de una solicitud de asilo, en cuyo caso hay que aguardar a la decisión sobre su admisión a trámite, y las mujeres embarazadas «cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre». Interesa recordar, finalmente, que de acuerdo con el artículo 58.5, la devolución «conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada».

Como es sabido, el artículo 138.1.b) del Reglamento de ejecución de la LOEx, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, amplió notablemente los

(125) Lo que pone en cuestión el respeto al principio de proporcionalidad, pues cabe pensar que en algún caso el extranjero que permanezca irregularmente puede proceder a su regularización, y porque los bienes jurídicos que se trata de preservar no son equivalentes. En general, acerca de la acentuación extrema de los aspectos estrictamente formales en la legislación de extranjería, véase J. LOZANO IBÁÑEZ, «Suspensión a la jurisprudencia que no suspende. Examen crítico de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de suspensión de órdenes administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional», en *Jueces para la Democracia*, núm. 35 (1999), pp. 10 y ss. Por cierto, que en punto a la falta de proporcionalidad, no se acaba de comprender muy bien por qué merece el mismo castigo la falta de comunicación del cambio de estado civil –se supone que por parte de quien reside legalmente en España– que la promoción de actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o la realización de actividades discriminatorias.

(126) Acerca de la naturaleza jurídica de la devolución, véase el exhaustivo trabajo de D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, pp. 203 y ss.

supuestos en los que era posible acudir a la devolución –o expulsión sin procedimiento–, al señalar que entre quienes pretendan entrar ilegalmente se consideraban incluidos «los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada». Sin embargo, esta interpretación del precepto legal ha sido anulada en la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 (127), por las siguientes razones:

«El precepto legal de referencia no ofrece duda de que se está refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión “pretender entrar” es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar, ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse “en el interior”, es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero.

El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal, ampliándolo a un supuesto no previsto en éste. Estamos por tanto ante una interpretación contra ley, que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón, el precepto debe ser anulado.» (Fundamento de Derecho decimotercero.)

Como puede apreciarse, el Alto Tribunal ha rechazado contundentemente la interpretación *contra legem* efectuada por el Reglamento, una interpretación expansiva de los supuestos en los que procedía la devolución y que tendía a reducir más si cabe el ámbito del procedimiento ordinario de expulsión.

Esta sedicente «interpretación» del texto legal había merecido numerosas críticas. Sin embargo, apenas se ha reparado en otro efecto de la devolución: el reinicio del cómputo del plazo de la expulsión. Conforme al actual artículo 58.5 LOEx, la devolución de quienes hayan contravenido una prohibición de entrada en España «conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada». Se trata, acaso no esté de más recordarlo, de una novedad introducida por la Ley Orgánica 4/2000 (art. 54.4).

En efecto, la figura de la devolución se introduce como tal en nuestro Derecho de extranjería en la Ley Orgánica 7/1985 (128), cuyo artículo 36.2 disponía que no era preciso expediente de expulsión «para la devolución, por orden del Gobernador civil de la provincia, de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravenían la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país», con excepción, en este segundo supuesto, del caso contemplado en el artículo 4.1 de la Ley reguladora del Derecho de Asilo. Esta regulación de la

(127) Ar. 2422.

(128) D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, p. 200.

devolución resultaba plenamente acorde con su consideración como una medida de ejecución de una resolución administrativa firme (129).

La Ley Orgánica 4/2000 modificó el régimen de la figura en dos extremos, el más relevante de los cuales ha hecho –a lo que parece– fortuna. Así, en primer lugar, se cambió su denominación por la de «retorno» y se estableció que «conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada» (art. 54.4) (130). Salvo en la vuelta a la denominación que a esta figura se había dado en la Ley Orgánica 7/1985, la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000 mantuvo incólume su regulación.

Se ha apuntado que la fórmula ha hecho fortuna pues en el Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se lleva al Código Penal. Concretamente, y caso de salir adelante este Proyecto de Ley, se introduciría un nuevo artículo 89.3, por el que se habilita a la autoridad gubernativa a devolver al extranjero que intente quebrantar una expulsión dictada como sustitutiva de la pena privativa de libertad o como pena adicional, «empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad». Idéntica previsión se contemplaría en el nuevo artículo 108.3 CP, en este caso para el quebrantamiento de la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad (131). Se prescinde con ello de la regulación de los delitos de desobediencia o de quebrantamiento de condena y, lo que es más importante, la ejecución de la pena (en particular cuando la expulsión sigue a la privación de libertad) queda extramuros del conocimiento del juez penal, para encomendarse a la Administración pública.

Estamos ante una medida que pretende tener efecto disuasorio, pero cuya configuración legal suscita algunas dudas. En especial por cuanto que el reinicio del cómputo del plazo parece transformar su naturaleza pues resulta discutible que se encuentre «en línea directa de continuación del acto» que se trata de actualizar, según la feliz expresión de García de Enterría. Así sucederá, en especial, cuando el extranjero que contravenga la prohibición de entrada en España sea interceptado en frontera (v. gr. en aeropuertos internacionales o tras cruzar el estrecho de Gibraltar). En tales casos nos hallamos ante una innovación respecto del contenido de la resolución que se trata de actualizar, que difícilmente superaría el juicio de proporcionalidad al no ser necesaria para la satisfacción de la finalidad pública perseguida (como en general sucede con el reinicio del cómputo de los plazos), sino que, además, puede tildarse de irrazonable.

(129) Así, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1998 (Ar. 10307) y de 14 de noviembre de 2001 (Ar. 659).

(130) Recuérdese que, conforme al artículo 58.1 LOEx, la expulsión «llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez». Como bien ha apuntado E. CALVO ROJAS, *El procedimiento administrativo sancionador...*, p. 204, la graduación del alcance de la prohibición de reingreso en España da entrada al juicio de proporcionalidad en este ámbito sancionador.

(131) El texto del Proyecto de Ley Orgánica remitido por el Gobierno no ha sido alterado en el Informe de la Ponencia (*BOCG*, Congreso de los Diputados, núm. 136-11, de 11 de junio de 2003). Debe añadirse que la expulsión conlleva, en estos casos, la prohibición de entrada durante diez años «y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena» (proyecto de nuevo art. 89.2, *in fine*).

La reforma de la LOEx actualmente en curso incorpora dos novedades dignas de mención en esta materia. De una parte, se introduce un nuevo apartado sexto en el artículo 58, por el cual, en lo que ahora interesa, la devolución acordada para quienes pretendan entrar ilegalmente en el país «llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo mínimo de tres años y máximo de diez», con lo que se les aplica una de las consecuencias resultantes de los expedientes sancionadores a quienes no disfrutaban de sus garantías, con incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, mientras que para la ejecución de la expulsión el artículo 64.1 LOEx concede al extranjero un plazo mínimo de setenta y dos horas para su salida voluntaria, tiempo durante el cual puede interponer recurso contencioso-administrativo, solicitando las pertinentes medidas provisionales del artículo 135 LJCA, en el caso de la devolución el plazo de setenta y dos horas es el límite máximo fijado por el legislador para su ejecución, tras el cual se solicita de la autoridad judicial una medida de internamiento para el aseguramiento de la efectividad de la resolución (art. 58.5, *in fine*, LOEx).

La segunda novedad destacable consiste en la introducción de un artículo 64.3 en la LOEx, de acuerdo con el cual, «cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión». Esta previsión legislativa trae causa de la Directiva del Consejo 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. Desde la perspectiva que ahora interesa, debe reseñarse que dicha Directiva contiene un artículo 4 de eminente vocación garantista, cuyas prescripciones no parecen haber sido atendidas en la redacción del nuevo artículo 64.3 LOEx.

Según el mencionado artículo 4, «los Estados miembros se cerciorarán de que el nacional de un tercer país podrá recurrir contra toda medida contemplada en el apartado 2 del artículo 1, según la legislación del Estado miembro de ejecución». La ejecución inmediata, sin brindar tan siquiera al extranjero sujeto a la orden de expulsión la posibilidad de su salida voluntaria, ciertamente no impide la impugnación de la resolución que la decreta. Sin embargo, no es menos cierto que en estos casos la garantía se torna en puramente formal, en particular si se entiende que la no necesidad de «incoar un nuevo expediente de expulsión» excluye la aplicación del artículo 22.1 LOEx, por virtud del cual los extranjeros sujetos a este tipo de expedientes gozan del derecho a la asistencia letrada. De tal suerte que la única vía impugnatoria es la del recurso ante las Embajadas y Consulados (art. 65.2), y sin gozar en ningún caso del derecho a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 7).

La dicción del artículo 4 de la Directiva resulta por lo demás llamativa. Nótese que dicho precepto encomienda a los Estados que se cercioren de que el extranjero pueda recurrir contra toda medida del artículo 1.2 «según la legislación del Estado miembro de ejecución». A su vez, el párrafo segundo del artículo 1 remite al párrafo inmediatamente anterior, donde se precisa el objeto de la Directiva: «permitir el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro, denominado en lo sucesivo “Estado miembro autor”»,

contra un nacional de un tercer país que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, denominado en lo sucesivo “Estado miembro de ejecución”».

A la vista de esa doble remisión, no se alcanza a comprender muy bien el significado del artículo 4, pues su dicción no garantiza que el «Estado de miembro de ejecución» se cerciore de que el extranjero que ha de ser expulsado ha tenido la oportunidad de impugnar la orden de expulsión. En efecto, ni por el objeto «toda medida contemplada en el apartado 2 del artículo 1», ni por la referencia a la «legislación del Estado miembro de ejecución» es posible llegar a esta conclusión. Ahora bien, tampoco se entiende qué significado tenga esa labor de «cerciorarse» desempeñada por los Estados miembros, ¿supone el ejercicio de alguna facultad de control o supervisión al margen de los mecanismos específicos del Derecho comunitario y con entera independencia de las reglas establecidas en los Tratados fundacionales?, ¿qué sentido tiene encomendar esta tarea a los Estados en una materia «comunitarizada»? (132). Finalmente, si son los propios Estados de ejecución los que han de «cerciorarse», queda la duda de cómo se hará tal cosa y, sobre todo, cuáles serán las consecuencias de una conclusión negativa, respecto de un extranjero que ha sido expulsado del territorio nacional en aplicación de una resolución de un tercer Estado, que sigue siendo eficaz y ejecutiva, ¿será preciso retornarlo al Estado miembro de ejecución para volver a ejecutar la expulsión?

3. Sucinta referencia a la justicia cautelar

En aras de la brevedad que aconseja la ya excesiva extensión del presente trabajo, parece conveniente limitar el examen de las medidas cautelares en materia de extranjería a una simple exposición telegráfica de algunas reflexiones. No resulta particularmente gravosa la adopción de esta solución, pues existen magníficas exposiciones de la doctrina jurisprudencial en la materia (133).

Así, en primer lugar, ha de reconocerse que en la materia que nos ocupa el legislador se muestra de continuo preocupado por la eficacia de las medidas adoptadas en los controles de entrada y salida de extranjeros. Esa preocupación llevó a excluir toda posibilidad de suspender las órdenes de expulsión en el artículo 34.2 de la Ley Orgánica 7/1985, que fuera declarado inconstitucional por la STC 115/1985 (FJ 4).

Esta preocupación parece loable, pero insuficiente. En efecto, la eficacia no es un valor que sólo haya de procurarse en la acción administrativa. Es más, si el texto constitucional únicamente se refiere a esta vertiente (art. 103.1 CE), acaso sea por la tradicional ineficacia de nuestras Administraciones públicas, pero también para garantizar que esa eficacia se logre «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», esto es, con atención a los diversos valores e intereses que estén en

(132) En la Directiva se menciona, como base jurídica, el artículo 63.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

(133) En especial, J. TORNOS MAS, «La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público: extranjería, materia tributaria, función pública», en *Nuevas perspectivas del régimen local (estudios en homenaje al profesor José María Boquera Oliver)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, y J. E. PECES MORATE, «Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso», en J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, pp. 213 y ss.

juego en cada decisión administrativa. Sea como fuere, lo cierto es que la eficacia es un valor que igualmente está presente –bien que de manera implícita– en el derecho a la tutela judicial *sub specie* efectividad de la misma. Pues bien, no deja de resultar significativo que ninguno de los numerosos legisladores que se han sucedido en la regulación del régimen de la extranjería, más específicamente de la inmigración, haya prestado la mínima atención a la eficacia de las resoluciones judiciales cuando puedan anular una orden de salida obligatoria del territorio nacional. En vano buscaremos la previsión de un retorno con cargo a la Administración pública, en evitación de que el reconocimiento judicial del derecho a permanecer entre nosotros no pase de ser un mero *flatus vocis*.

Una segunda línea de reflexión tiene que ver con las consecuencias de la adopción de medidas cautelares en la materia. Salvada ya la limitación de éstas a las meramente negativas, por mor del artículo 129.1 LJCA, parecería llegado el momento de que los órganos judiciales apuraran, cuando así convenga, la definición del estatuto del extranjero «en espera de expulsión». Ésta ha venido siendo una de las grandes incógnitas de nuestro Derecho de la inmigración, pues no son pocos los extranjeros que se encuentran en España con una orden de expulsión cuya ejecutividad se suspende judicialmente. La prolongación de los procesos judiciales ha llevado en ocasiones a enquistar el problema, sin que acudir al expediente de las regularizaciones extraordinarias pueda servir como remedio.

Finalmente, cabe preguntarse por la eficacia de las medidas cautelares en supuestos específicos. Particularmente, en el caso de que nos hallemos ante un recurso contra la denegación del visado, la hipotética adopción de medidas cautelares que permitan al recurrente entrar en España bien pudiera plantear problemas en el espacio Schengen, salvo, claro es, que la medida cautelar consista en la imposición a la Administración de la obligación de otorgar el visado. Hipótesis que no hará sino anticipar el resultado del proceso si se trata de un visado de corta duración y que parece que únicamente podría materializarse en aquellos casos en los que la preponderancia del *periculum in mora* sea incontestable, pero que no cabe rechazar cuando se trata de visados de larga duración (134).

(134) Que son, por otro lado, los visados que carecen de un tratamiento específico y adecuado en el marco del Convenio Schengen y su acervo.