

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

Professor titular de dret administratiu de la Universitat Autònoma de Madrid
Director de l'Institut de Dret Local

1. INTRODUCCIÓ

Avui dia, l'opinió pública espanyola fa una identificació atàvica i difusa entre immigració i inseguretat ciutadana. Així ho mostren les enquestes i els mostreigs.² Tanmateix, aquesta connexió entre inseguretat i immigració no està fonamentada amb dades objectives determinants. Primer perquè el nombre d'immigrants a Espanya encara és relativament baix (si es compara amb altres països de la Unió Europea). I segon, perquè els fets que normalment desencadenen la percepció d'inseguretat no justifiquen per ells mateixos aquella conclusió.³ Ens referirem a algunes dades sobre delinqüència i seguretat referits principalment a Catalunya i Madrid, com a exemples de comunitats autònomes amb un grau alt —relatiu— de població immigrant.

Comencem per la comissió de *delictes i faltes*. D'una banda, la delinqüència lligada als estrangers normalment consisteix en delictes patrimonials menors i faltes lligats a estats de mancança (de cultura, de diners, de relacions socials o d'integració)⁴ i duts a terme per un grup determinat d'estrangers: els irregulars o els regulars

1. Aquest treball té el seu origen en un altre de més ampli realitzat amb Luis Pomed Sánchez i publicat a l'*Anuari de la facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Madrid* núm. 7 (2003), pp. 135 i ss.

2. Segons l'enquesta «Opina» per a *El País* (dilluns, 3 de febrer de 2003), el 56,8 per 100 dels enquestats consideren que la immigració ha contribuït decisivament a l'augment de la delinqüència. Segons l'enquesta del CIS de maig de 2003, el 58,1 per 100 dels espanyols vincula inseguretat ciutadana i immigració (vegeu extracte a *El País*, de 27 de juny de 2003, p. 23). Més recentment, en el baròmetre del CIS de novembre de 2005, un 40 per 100 dels enquestats consideren que la immigració és el segon problema d'Espanya (a molta distància, per davant, de l'atur o l'habitatge). Vegeu aquestes dades a www.cis.es

3. Pel que fa a les dades estadístiques del Ministeri de l'Interior, referits a l'any 2001, vegeu també l'anàlisi crítica de J. DE LUCAS, «Sobre los presupuestos de una política de inmigración: entre el prejuicio y el beneficio», ponència presentada a Seminari d'Economia de la Fundación Duques de Sòria, Universitat de Salamanca, 25 de novembre de 2002 (inèdit), pp. 20 i ss.

4. «Memoria elevada al Gobierno de Su Majestad presentada al inicio del año judicial por el Fiscal

amb treball discontinu (com ara els treballadors temporers de Girona).⁵ Els delictes greus, sovint, estan vinculats a «grups organitzats que operen circumstancialment a Espanya, que tenen poc o res a veure amb la immigració».⁶ A més, els delictes contra les persones (en especial, homicidis i assassinats) no els cometien els estrangers, majoritàriament, ans al contrari, el nombre d'estrangers agredit per espanyols (en delictes d'homicidi o assassinat) és superior al nombre d'espanyols agredits per estrangers; cal destacar aquí, a més, que un altíssim percentatge dels homicidis i dels assassinats (el 82%) té lloc entre espanyol i espanyol i entre estranger i estranger.⁷ D'altra banda, dades que amb freqüència s'aboquen a l'opinió pública, com el nombre total d'interns en centres penitenciaris,⁸ només es poden valorar correctament en funció del sistema espanyol de presó provisional, que penalitza a qui no té cap arrelament amb Espanya (així doncs, l'estranger).

Les dades sobre *detencions* d'estrangers també són molt rellevants. Les xifres globals són elevades, i, els mitjans de comunicació sovint se'n fan ressò. Però aquí la precisió en la interpretació de les dades resulta primordial. L'any 2003, a Catalunya, es van dur a terme més de tres-centes mil detencions, de les quals, un 54% corresponien a estrangers (davant d'un 46% d'espanyols). Però aquí la dada rellevant és que la meitat dels estrangers que van estar detinguts va ser per infraccions de la Llei d'Estrangeria, no per contravencions penals.⁹ En els últims anys, les memòries del Ministeri Fiscal mostren un augment progressiu de les detencions d'estrangers (al voltant del 3%, per al període 2002-2003). Però aquest nombre més elevat de detencions es dona, principalment, en zones o ciutats on el creixement de la població immigrant és fins i tot superior a l'increment de les detencions (per exemple, Màlaga, Madrid, o Girona). Una dada singular i rellevant és el de les detencions per tràfic de drogues. El 2004 es van fer 12.244 detencions d'espanyols davant de 4.793 detencions d'estrangers. En perspectiva diacrònica, des de 2000 fins a 2004 el nombre de detencions d'espanyols s'ha reduït en un 25%, mentre que les detencions d'estrangers per tràfic de drogues han augmentat un 0,9%.¹⁰ No es pot negar l'increment de les detencions d'estrangers, però cal adonar-se que la reducció de les detencions d'espanyols té molt a veure amb l'envelliment (i creixement vegetatiu gairebé inexistent) de la població espanyola. I també cal adonar-se que el creixement de la població immigrant (sobretot, del segment d'edat juvenil, més en contacte amb el consum de drogues) no va aparellat, de la mateixa manera, amb un creixement de les detencions per tràfic d'estupefaents.

General del Estado Excmo. Sr. D. Jesús Cardenal Fernández, Madrid, 2002, p. 174. En termes similars vegeu la *Memoria del Ministerio Fiscal* de 2004 (referida a 2003), p. 533

5. *Memoria del Ministerio Fiscal* (2004), p. 532

6. *Memoria del Ministerio Fiscal* (2003), p. 174; i *Memoria del Ministerio Fiscal* (2004), p. 534

7. *Memoria del Ministerio Fiscal* (2003), p. 170.

8. Vegeu, per exemple, el diari *La Vanguardia* de 15 de gener de 2003: els estrangers constitueixen el 50 per 100 dels 1.800 reclusos en presons de Catalunya.

9. Ressalta aquesta dada, L. PARADELL, a L. PARADELL, R. NÉGRE i T. CARRASCO, *Inmigración y seguridad, una visión desde la policía*. Documents CIDOB, Serie Migraciones, núm. 4 (2005), pp. 10 i ss (p. 12). Document arxivat a www.cidob.es. En el mateix sentit: B. DEL ROSAL, «Mitos y realidades sobre la relación entre inmigración y delincuencia», a *Derechos ciudadanos*, núm. 0 (2005), pp. 119 i ss (p. 120)

10. *Memoria del Ministerio Fiscal* (2005), p. 46 (arxiu gravat a www.fiscal.es).

Per tant, en termes absoluts, amb més població immigrant es practiquen, comparativament, menys detencions per tràfic de drogues. Finalment, quedaria sempre pendent d'analitzar si les detencions d'estrangers es deuen a una major eficàcia policial en relació amb aquest grup de persones, a la seva major indefensió (afavoridora de la delació) o, simplement, a la major fixació policial en les activitats d'aquest grup.

Per acabar, les dades sobre immigrants «irregulars» a Espanya i sobre les repatriacions, també objecte d'inquietud en l'opinió pública espanyola, són rellevants tant pel que fa a l'activitat econòmica a Espanya com a la seguretat ciutadana, i, tanmateix, la inquietud social que reflecteixen les enquestes només s'expressen a través d'aquest segon aspecte. En suma, la percepció certa d'inseguretat ciutadana no respon fidelment a dades objectives. La por atàvica al que és forani magnifica la rellevància real de les dades referides a immigració i seguretat ciutadana. Aportem aquí una dada final que pot mostrar la falta de correspondència entre els problemes reals (derivats de la immigració) i la percepció social d'aquests problemes: el novembre de 2005 el 59% dels espanyols opina que hi ha massa immigrants en el país; en canvi només un 13% dels espanyols considera que la immigració sigui un problema que li afecta directament. Com es veu, no hi ha correspondència entre l'extensió real dels problemes i la percepció social de la seva importància.

Tant si aquesta connexió entre immigració i inseguretat ciutadana està fonamentada com si no, el cert és que les polítiques públiques (i els programes polítics) han connectat nítidament ambdós fenòmens. D'aquesta manera es retroalimenta la mateixa connexió social entre immigració i inseguretat. De poc serveixen aquí les advertències del Fiscal General de l'Estat davant la manipulació de les dades sobre delinqüència.¹¹ S'arriba així al que —parafraçant una expressió ja arrelada en la dogmàtica penal—¹² podem denominar política pública «d'enemic», dirigida enfront de l'immigrant «irregular». Aquesta política pública s'expressa tant en iniciatives legislatives com en l'actuació administrativa.

a) Les iniciatives legislatives no són noves. Si deixem de banda la LOEx de 1985 (més motivada per l'adhesió d'Espanya a les Comunitats Europees que per una política pública de control de la immigració) la reacció legislativa davant de la immigració irregular ve determinada per la Llei 9/1994, de 19 de maig, que modifica parcialment la Llei 5/1984, de 26 de març, reguladora del dret d'asil i de la condició de refugiat; pels arts. 89 i 108 del Codi penal de 1995; i per la LOEx de 2000. Totes aquestes Lleis distingeixen, per principi, l'immigrant legal o regular (el que

11. «Sembla exigible als responsables polítics, i a tot aquell amb capacitat de creació d'opinió, un mínim de cautela i molta serietat en examinar les causes del delictes: no és tolerable atribuir a la immigració en general el que és predicable de la marginació que afecta alguns immigrants; predicar de la immigració el que es deu a la marginació resulta un disbarat sociològic, una injustícia des del punt de vista jurídic i un gravíssim error polític, amb conseqüències inimaginables» (*Memoria del Ministerio Fiscal* 2003, p. 175).

12. Així: M. CANCIO MALIÀ «"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo», a *Jueces para la Democracia*, núm. 44 (2002), pp. 19 i ss.

entra a Espanya de la manera establerta a la Llei i i s'hi queda aportant un títol d'estada o de residència vàlid) i l'immigrant il·legal o irregular (que entra clandestinament a Espanya, sense cap títol vàlid que autoritzi la seva permanència a Espanya o que comet infraccions administratives castigades amb l'expulsió). L'«immigrant legal» és, en termes jurídics, titular de drets de llibertat, participació i prestació adequats per afavorir la seva integració real a Espanya; en termes polítics l'«immigrant legal» és destinatari de polítiques públiques (es formalitzin o no en dret) encaminades a la seva integració social. L'«immigrant il·legal» queda al marge del dret i polítiques d'integració. Aquí l'objectiu del dret i polítiques d'immigració és la seva sortida o allunyament d'Espanya. A aquest fi es disposen mitjans jurídics —i administratius— que, d'una banda, impedeixin les entrades il·legals a Espanya i que, d'altra banda, evitin les estades sense títol jurídic típic. Davant de l'«immigrant il·legal» es desplega la policia administrativa, tant preventiva com repressiva. En aquesta línia de repressió de la immigració irregular s'endinsa la reforma de l'art. 57.7 LOEx per mitjà de l'art. 2.2 de Llei Orgànica 11/2003, de 29 setembre. En el nou art. 57.7 es generalitza l'expulsió de l'immigrant irregular processat o inculpat per delictes castigats amb penes de fins a sis anys de privació de llibertat.¹³

b) L'actuació administrativa davant de la immigració irregular és, en gran manera, activitat policial: per tal d'impedir l'entrada irregular de l'estranger; per identificar i detenir l'estranger que es troba il·legalment a Espanya, i per executar forçosament els deures de sortida que —imposats judicialment o per la pròpia Administració— pesen sobre l'estranger en situació irregular. L'eix d'aquesta policia administrativa de seguretat és la frontera, ja que només a dins de les fronteres —avui, de la Unió Europea— es pot parlar d'immigració legal o il·legal. Això no significa que la policia administrativa d'immigració sigui, solament, policia «de control de fronteres». Les formes de la policia administrativa d'immigració, tant espanyola com europea, estan àmpliament descrites en l'anomenat «Catàleg Schengen», denominació apocopada del «Catàleg de recomanacions i de millors pràctiques per a la correcta aplicació del patrimoni Schengen».¹⁴ El que en el «Catàleg Schengen» es defineix com a «Model integrat de policia de fronteres» comprèn

13. Art. 2.2 del Projecte de reforma de la Llei Orgànica 4/2000: L'apartat 7 de l'article 57 tindrà la redacció següent:

«a) Quan l'estranger es trobi processat o inculpat en un procediment judicial per delictes o falta per al qual la llei prevegi una pena privativa de llibertat inferior a sis anys o una pena de diferent naturalesa, i consti aquest fet acreditat a l'expedient administratiu d'expulsió, l'autoritat governativa sotmetrà el Jutge que, prèvia audiència del Ministeri Fiscal, autoritzi, en el termini més breu possible i en tot cas no superior a tres dies, la seva expulsió, llevat que, de manera motivada, apreciï l'existència de circumstàncies excepcionals que justifiquin la seva denegació. En cas que l'estranger es trobi subjecte a diversos processos penals tramitats en diversos Jutjats, l'autoritat governativa n'instarà l'autorització a què es refereix el paràgraf anterior.

b) No obstant el que s'ha assenyalat a la lletra anterior, el Jutge podrà autoritzar, a instàncies de l'interessat i prèvia audiència del Ministeri Fiscal, la sortida de l'estranger del territori espanyol en la forma que determina la Llei d'Enjudiciament Criminal.

c) No seran d'aplicació les previsions contingudes a les lletres anteriors quan es tracti de delictes tipificats en els articles 312; 318 bis; 515. 6ª; 517; i 518 del Codi penal»

14. Presentat el 28 de febrer de 2002 pel Consell de la Unió Europea.

quatre nivells o filtres: actuació en països d'origen o trànsit de la immigració (fonamentalment, mitjançant l'expedició de visats a l'estranger); cooperació bilateral o internacional amb els països on s'originen o per on circulen els fluxos migratoris, cooperació policial que es concreta en l'ajuda per a la protecció de fronteres alienes i en la readmissió de l'immigrant il·legal; control de llocs fronterers i vigilància de fronteres; i, per acabar, policia de seguretat a l'interior. De totes les formes descrites de «policia de fronteres», en aquest estudi només prestarem atenció a diversos aspectes rellevants i problemàtics dels dos últims nivells o filtres: en els llocs fronterers i a l'interior. I en aquests dos àmbits tractarem dues qüestions referides a la llibertat personal de l'estranger (art. 17.1 CE) davant de l'actuació administrativa: la identificació policial de l'estranger i les privacions de llibertat a la frontera.

2. POLICIA DE SEGURETAT I LLIBERTAT

L'estranger, qualsevol estranger, té el dret a la llibertat davant dels poders públics d'Espanya. I per tant, davant de l'actuació de la policia espanyola de seguretat. Així resulta tant de l'art. 5.1 del Conveni Europeu de Drets Humans de 1950 (CEDH) com de l'art. 17.1 CE. Aquí cal distingir amb claredat entre el dret a entrar o residir lliurement a Espanya (art. 19 CE), del qual només en gaudeix qui compleix tots els requisits fixats per la Llei,¹⁵ i el dret a la llibertat personal (art. 17 CE), del que en tot cas en gaudeix l'estranger; fins i tot quan la seva entrada o estada és il·legal. Cal subratllar aquí, d'altra banda, que el dret a la llibertat no està condicionada pel lloc on es trobi l'estranger. Com a dret reaccional, la llibertat empara l'estranger allí on l'Estat espanyol impedeixi el seu gaudi lícit. Això és el que resulta tant de l'art. 1 CEDH¹⁶ com de la jurisprudència constitucional espanyola.¹⁷ El rellevant no és, per tant, on es troba l'estranger: si està en aquest cantó o a l'altre del lloc fronterer; si està a l'espai aeri espanyol, en zona de trànsit aeroportuària o sobrevolant qualsevol país; o si és a terra ferma, en el mar territorial espanyol o a alta mar.¹⁸

Però la llibertat personal de l'estranger és susceptible de limitació legal. Així ho preveuen tant l'art. 5.1 CEDH com l'art. 17.1 CE. Només en aquests termes resulta lícita l'actuació policial que sovint imposa limitacions, privacions o restriccions en la llibertat personal de l'estranger. L'art. 5.1 f) CEDH expressament preveu la privació de llibertat de l'estranger «Si es tracta de la detenció preventiva o de l'internament, conforme a dret, d'una persona per impedir que entri il·legalment

15. SSTC 94/1993, FJ 3; 242/1994, FJ 4; 86/1996, FJ 2; 174/1999, FJ 4; 52/2002, FJ 4; vegeu també M.C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 205 i ss. El dret fonamental a «entrar» a Espanya ha quedat definit de manera molt estricta a la STC 75/2005, FF JJ 5 i 6.

16. STDH de 26 de juny de 1992, cas Drozd i Janousek c. França i Espanya, § 91.

17. En especial: SSTC 21/1997, FJ 2; 53/2002, FJ 4 b); i 75/2005, FJ 8.

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

en el territori o contra la qual estigui en curs un procediment d'expulsió o extradició». Es tracta, a més, d'una privació de llibertat diferent de la detenció criminal preventiva, que és molt rellevant per identificar els límits màxims de la privació de llibertat: no regeix aquí el límit exigent del «termini raonable» de l'art. 5.3 CEDH [que és el límit temporal exigible a la detenció criminal preventiva prevista a l'art. 5.1 c) CEDH] sinó un canon més lax de «diligència exigible» en l'actuació administrativa que se serveix de la privació de llibertat de l'estranger per impedir la seva entrada il·legal o per executar forçosament una ordre de sortida.¹⁹ D'altra banda, l'art. 17.1 CE expressament autoritza a la Llei perquè estableixi els casos i formes en què qualsevol persona (també l'estranger) pot ser privat de llibertat. No estem aquí davant d'un «desenvolupament» o «configuració» legal del dret fonamental a la llibertat personal sinó justament davant la possibilitat que la Llei limiti el gaudi d'aquest dret. Com que es tracta d'una limitació en el gaudi d'un dret fonamental regeixen aquí els canons constitucionals de certesa i proporcionalitat.²⁰

A continuació analitzarem dos supòsits on la policia de seguretat (per al control de la immigració) amb freqüència comporta sacrificis o limitacions en la llibertat personal de l'estranger. Es tracta de dos supòsits molt presents en la realitat actual. D'una banda, els controls policials d'identitat dels qui presenten signes externs d'estrangeria; i de l'altra, les «retencions» a la frontera (en «dependències» dels llocs fronterers, en «zones de trànsit» o en «zones d'espera») dels qui no tenen el dret d'entrar a Espanya o dels qui han de complir amb un deure de sortida imposat per l'Administració.

3. IDENTIFICACIÓ DE L'ESTRANGER

Ja hem dit que la policia de seguretat, a la frontera i a l'interior, està dirigida a impedir l'entrada o imposar la sortida de l'«immigrant il·legal», la qual cosa exigeix controls policials encaminats a la identificació de l'estranger en qui no concorren els requisits legals d'entrada o permanència. En la doctrina ja s'ha expressat, amb caràcter general, un criteri contrari a les identificacions policials sistemàtiques.²¹ Ara es tracta de precisar en quins casos, i sota quines condicions, són acceptables aquelles identificacions policials. El punt de partida consisteix a destacar que sovint —encara que no sempre— els controls policials d'identitat poden dur aparellades limitacions més o menys lleus en la llibertat personal. Comencem per precisar on els controls policials d'identitat estan mancats d'eficàcia limitativa sobre la llibertat personal. Més endavant ens detindrem en els controls d'identitat limitatius de la llibertat.

19. 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 i ss (p. 157).

20. STC 53/2002, FJ 5.

21. J.M. CASAL HERNÁNDEZ, *Derecho a la llibertat 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 i ss (p. 223).

3.1 Controls d'identitat no limitatius de la llibertat

Algunes vegades els controls policials per a la identificació de l'estranger no tenen cap mena d'efecte limitatiu sobre la llibertat personal. Són els casos en què la identificació és aportada per l'interessat —directament o a requeriment policial— per a l'obtenció d'una prestació estatal o, en general, un efecte jurídic favorable. El simple fet que la identificació sigui reclamada per un agent de policia no diu res de la seva caracterització constitucional. Allò que és rellevant és considerar l'acreditació d'identitat com un requisit necessari per a l'atorgament del que s'ha demanat i no com una actuació d'intervenció *ex officio* de la policia de seguretat.

D'acord amb el que s'ha dit, no hi ha restricció policial de la llibertat en l'exigència d'identificació (o submissió a comprovació de la identitat aportada) en el lloc fronterer; qui pretén beneficiar-se d'un possible dret d'entrada ha d'acreditar que hi concorren els requisits legals, per a la qual cosa és necessària una identificació completa del subjecte. Aquí no hi ha pròpiament un requeriment policial d'identificació que imposi un fer o suportar l'estranger. Hi ha una aportació de les dades que permeten el reconeixement d'un dret pregat. Òbviament, el que s'ha dit es refereix únicament a l'acreditació d'identitat i a la seva possible verificació. No diu res sobre intervencions corporals desvinculades de la identificació del sol·licitant d'entrada. Resten al marge del que s'ha dit, per tant, els escorcolls i inspeccions corporals en los llocs fronterers dirigits a la prevenció de certs delictes, com el tràfic de drogues. Aquí sí que ens trobem davant mesures coactives que afecten la llibertat deambulatória²² i on, per tant, regeixen els límits constitucionals davant les restriccions de llibertat. Tampoc no hi ha limitació en la llibertat allí on l'estranger està obligat a acreditar la seva identitat a fi d'obtenir una autorització administrativa que justifiqui la seva estada o residència a Espanya.

3.2 Controls d'identitat limitatius de la llibertat personal

Sí que hi ha limitació de la llibertat allí on la intervenció policial per al control d'identitat té lloc d'ofici, al marge de tota sol·licitud de l'estranger. Aquesta limitació de llibertat existeix, per descomptat, en els supòsits en què el control d'identitat es realitza *quan es du a terme trasllat i permanència* a dependències policials. Bé com a detenció *sensu stricto*, és a dir, en el marc de la persecució policial de sospitosos de participació en delictes; o bé com a actuació preventiva de la policia de seguretat. En ambdós casos hi ha privació de llibertat,²³ per bé que autoritzada per la Llei conforme al que s'exigeix a l'art. 17.1 CE. La detenció criminal està ben emparada en l'art. 492.4 LECrim.²⁴ També la conducció preventiva a de-

22. ATS-Penal, de 2 de novembre de 1999 (Ar.8380).

23. Amb relació a la conducció forçosa a dependències policials a efectes d'identificació: STC 341/1993, FJ 4.

24. STS-Penal, de 23 de febrer de 1994 (Ar. 1597).

pendències policials —per a l'únic fi del control d'identitat— està autoritzada, encara que aquesta vegada de manera més restringida, per l'art. 20.2 LOPSC:²⁵ per «impedir la comissió d'un delictes o falta», o «amb l'objectiu de sancionar una infracció», entenent-se en aquest últim cas que es tracta d'una infracció administrativa ja comesa.²⁶ Precisament la segona de les causes d'identificació per mitjà de conducció coactiva de l'art. 20.2 LOPSC («amb l'objectiu de sancionar una infracció») guarda una relació estreta amb la persecució policial de la immigració il·legal, atès que l'estada o permanència a Espanya sense títol jurídic suficient es tipifica directament com a infracció administrativa [art. 53 a) LOEx].

També es pot afirmar que el simple requeriment d'identificació en la via pública (i subsegüents comprovacions policials *in situ*) contenen una privació de llibertat sotmesa a la reserva de Llei de l'art. 17.1 CE. Aquest tipus de controls policials està orfe de jurisprudència, ja que els litigis solen presentar-se davant dels jutges i tribunals de manera impura: bé perquè al control d'identitat a la via pública segueix la detenció o conducció a comissaria; bé perquè al control d'identitat l'acompanya una mesura d'intervenció més intensa, com és ara l'anomenada «diligència d'escorcoll», el caràcter limitatiu de la llibertat de la qual s'afirma només veladament sota la qualificació de «breu mesura coactiva que afecta la llibertat ambulatoria».²⁷ Amb tot, hi ha prou arguments per sostenir que estem davant de privacions de llibertat de l'art. 17.1 CE, però no de detencions de l'art. 17.2 CE. Fins al moment actual, en la jurisprudència constitucional no s'ha plantejat obertament si el requeriment policial d'identificació afecta limitativament la llibertat de l'individu. Sovint s'invoca —fins i tot per la jurisprudència penal—²⁸ una providència d'inadmissió del Tribunal Constitucional (de 26 de novembre de 1990);²⁹ però difícilment es pot entendre que a través de providències d'inadmissió el Tribunal Constitucional hagi establert algun criteri sobre l'abast de la llibertat personal. La jurisprudència constitucional s'ha ocupat, això sí, dels controls d'alcoholèmia (SSTC 107/1985 i 22/1988); i ha negat que aquests controls siguin contraris a l'art. 17 CE. Però el que es va declarar en aquelles dues Sentències només es pot entendre en el context concret dels seus processos d'empara,³⁰ sense que es pugui induir un criteri general projectable sobre els controls policials d'identitat que ara ens ocupen. Per descomp-

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

26. STC 341/1993, FJ 5.

27. SSTs-Penal de 7 de juliol de 1995 (Ar. 5389); i de 2 de febrer de 1996 (Ar. 789).

28. ATs-Penal de 4 de juny de 1997 (Ar.4564).

29. El text d'aquesta providència està reproduït a 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», a *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4 [1999], pp. 93 i ss (p. 121).

30. A la STC 107/1985 el Tribunal es va limitar a negar que el sotmès a una prova d'alcoholèmia estigués «detingut», en el sentit estricte de l'art. 17.2 CE. No deia el Tribunal que no hi hagués limitació o restricció en el gaudi de la llibertat personal; deia, tan sols, que no hi havia detenció. Després, a la STC 22/1988 es prescindeix d'aquella precisió rellevant i es conclou, amb aparent seguiment de la STC 107/1985, que la submissió a la prova d'alcoholèmia no conté una «privació» de llibertat (de l'art. 17.1 CE). Però en l'argumentació d'aquesta Sentència es posa l'accent en el fet que el recurrent havia accedit voluntàriament a sotmetre's al test alcoholomètric. I precisament perquè hi havia voluntarietat conclou la Sala que —en aquell cas concret— no hi va haver privació de llibertat.

tat, la «doctrina constitucional» que es conté a la STC 341/1993, FFJJ 4 i 5, del Ple del Tribunal, no permet aquella conclusió. A les STC 341/1993 les «retencions» identificatives (es jutjava en concret l'art. 20.2 LOPSC) són considerades com a «privacions» de llibertat autoritzables per la Llei segons l'art. 17.1 CE. D'acord amb el nostre judici, tant l'estructura interna del nostre sistema constitucional com una mostra selectiva de dret comparat ens duen a concloure que els controls policials d'identitat, practicats d'ofici, contenen per ells mateixos una limitació (per menor que pugui semblar) en la llibertat personal garantida per l'art. 17.1 CE.³¹

a) A la jurisprudència constitucional preval, amb caràcter general, una comprensió *a priori* àmplia del contingut de cada dret.³² Això sí, el contingut del dret fonamental és després limitable pel legislador (*ex art.* 53.1 CE) com a resultat de la concurrència i ponderació dels béns constitucionals en joc. Així està exposat amb claredat i precisió, entre moltes, a la STC 52/1995, FF JJ 4 i 5. Això és el que, des d'un punt de vista teòric, s'ha descrit com la conversió de «drets fonamentals *prima facie*» (els que enuncia la Constitució) en «drets fonamentals definitius» (els que resulten de la labor limitadora i delimitadora del legislador).³³ És la reserva de Llei en matèria de drets fonamentals el que força tant a una comprensió *ex ante* extensa de cada dret fonamental, com al reconeixement d'un ampli poder de limitació a favor del legislador dels drets fonamentals.³⁴ Si portem aquest plantejament de principi a l'àmbit de l'art. 17.1 CE resulta que la llibertat personal és, en principi, àmplia ja que rebutja qualsevol direcció de la conducta aliena a la pròpia determinació de cada individu. Una qüestió diferent és que la Llei pugui, conforme a l'art. 53.1 CE, imposar deures de fer, no fer o suportar els ciutadans, i amb això limitar la llibertat *prima facie* àmplia que enuncia l'art. 17.1 CE. D'aquesta manera, no es pot negar que els controls d'identitat limiten la llibertat de cada individu, garantida per l'art. 17.1 CE. Qüestió diferent és que la Llei legítimament pugui imposar aquells límits (arts. 17.1 i 53.1 CE) i que, per tant, el dret fonamental a la llibertat personal no sigui ja resistent davant de controls policials d'identitat.

b) Si parem esment a la utilització que la jurisprudència constitucional ha fet del principi de proporcionalitat en relació als controls policials d'identitat, s'arriba a

31. Una altra opinió: J.M CASAL, *Diligencias policiales...*, p. 315; I. VILLVERDE, *Detención e internamiento...*, p. 19. Dubtós: M. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *La detención...*, p. 115 (diu l'autora que la identificació sense retenció «constitueix un supòsit típic de restricció de llibertat, atès que la limitació de l'exercici del dret és de tal entitat que pot ser enquadrada dins de les privacions de llibertat, però sí que afecta d'alguna manera l'exercici del dret, ja que durant el tràmit de requeriment d'identificació i acreditació d'aquestes, el subjecte es troba privat de la possibilitat d'autodeterminar la seva conducta»). Segons el nostre parer, no té cap utilitat constitucional afirmar l'existència d'una limitació o restricció en el gaudi d'un dret (encara que sigui menor) i no reconduir aquesta limitació al sistema de límits i garanties que estableix la Constitució.

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

33. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 267 i ss.

34. M. BACIGALUPO, a M. BACIGALUPO i F. VELASCO CABALLERO, «Límites inmanentes de los derechos fundamentales y reserva de Ley», *REDA* 85 [1995], pp. 112 i ss.

un resultat similar (així, a la STC 13/2001, FJ 8). L'aplicació del principi de proporcionalitat només s'explica si prèviament hem identificat una intervenció limitativa en un dret fonamental, limitació davant la qual precisament s'alçaria aquest principi constitucional.³⁵ Així doncs, sense dret fonamental previ no és possible cap «test» de proporcionalitat. Des d'aquesta perspectiva podem identificar a la STC 13/2001 —almenys de manera implícita— el reconeixement que els controls policials d'identitat restringeixen el gaudi de la llibertat personal. La STC 13/2001 declara que «tot i comptant amb cobertura legal i exercitant-se el requeriment per al compliment de la finalitat prevista normativament, l'exercici de les facultats d'identificació s'ha de dur a terme de forma proporcionada, respectuosa, cortesa, en definitiva, de la manera que generi menys incidència en l'esfera de l'individu». Atès que «l'esfera de l'individu» no és objecte directe de cap norma constitucional, hem de concloure que amb aquesta expressió s'està fent referència —en aquest cas— a la llibertat personal.

c) També el dret comparat presenta els controls policials d'identitat com a restriccions o límits a la llibertat de l'individu; límits que només són legítims si els fixa la Llei. La jurisprudència constitucional francesa entén que, en principi, els controls policials d'identitat afecten el dret a la llibertat de l'art. 66 CRF;³⁶ fins i tot quan aquests controls es limiten a la policia judicial. Una altra cosa és que la Llei que preveu aquests controls pugui ser legítima, en atenció als fins que persegueix i a la vista del tipus i forma de controls concretament previstos. També els Drets de policia dels Länder alemanys parteixen clarament de la premissa que els controls policials d'identitat limiten o restringeixen (*greifen ein*) la llibertat personal (en aquest cas, de l'art. 2 I GG). Aquesta premissa es plasma, per exemple, en la Llei de Policia del Sarre,³⁷ que expressament declara en el seu art. 7 (per exigència del mandat de determinació de l'art. 19 I 2 GG) que els controls d'identitat previstos en l'art. 9 limiten la llibertat personal. També a la jurisprudència constitucional alemanya es recull aquesta connexió elemental entre llibertat personal i requeriments policials d'identificació. En una Sentència de 7 de març de 1995³⁸ el Tribunal Constitucional Federal va atorgar l'empara demanada per un manifestant que havia estat sancionat per oposar-se a un control policial d'identitat. En el que ara importa, el Tribunal alemany estableix clarament que un requeriment policial d'identificació restringeix el gaudi del «dret general de llibertat» (de l'art. 2 I GG); i si bé és cert que aquella restricció es concreta en el sacrifici de l'anomenada «autodeterminació informativa», el cert és que en dret públic alemany aquesta autodeterminació informativa és una faceta o vessant més del «dret general de llibertat» de l'art. 2 I GG.

35. Per tots, J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 105 i ss.

36. Décision 93-323 DC, de 5 d'agost de 1993, respecte de la llei relativa als controls i comprovacions d'identitat (Llei de 24 d'agost de 1993).

37. Llei núm. 1252, de 8 de novembre de 1989, modificada per última vegada per Llei de 7 de novembre de 2001.

38. Reproduïda a text íntegre a *EuGRZ* 1995, pp. 258 i ss.

Una altra cosa sembla deduir-se de la jurisprudència del TEDH, en la seva distinció entre «restriccions» i «privacions» de llibertat. Las primeres quedarien, en principi, al marge de l'àmbit de protecció del dret a la llibertat de l'art. 5.1 CEDH; només quan les restriccions presentessin una intensitat especial es podria parlar pròpiament de privacions de llibertat prohibides per l'art. 5.1 CEDH.³⁹ Encara que el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) no s'ha ocupat de manera especial dels controls d'identitat, semblaria que, a partir de la distinció jurisprudencial entre «restriccions» i «privacions» de llibertat, els controls policials d'identitat —entesos com a restriccions a la llibertat de baixa intensitat, no qualificades— no afectarien al dret a la llibertat. Diverses precisions impedeixen arribar a aquesta conclusió. En primer lloc, la jurisprudència del TEDH se serveix dels conceptes de «restricció» i «privació de llibertat» només de forma tendencial o indicària; que una limitació a la llibertat sigui o no «privació» (de l'art. 5 CEDH) depèn de les característiques de cada cas, tenint en compte el tipus de mesura, la seva durada, efectes i forma d'execució.⁴⁰ Per tant, cap mesura restrictiva de la llibertat es pot considerar, per principi, aliena a l'àmbit de protecció de l'art. 5.1 CEDH. A més, la distinció entre «restricció» i «privació» de la llibertat cal entendre-la únicament en el context del CEDH, que fixa estàndards de drets humans per a molt diversos països europeus, però de cap manera exclou estàndards de drets fonamentals més elevats en cadascun dels Estats que formen part en el Conveni; d'aquí que el mateix art. 53 CEDH expressament prohibeixi qualsevol interpretació del Conveni encaminada a limitar o perjudicar drets humans o llibertats fonamentals reconegudes en els Drets nacionals. Fora de l'estàndard mínim de llibertat que assegura l'art. 5.1 CEDH (davant de les «privacions de llibertat»), en Protocols annexos al Conveni es contenen estàndards més elevats de llibertat. És el cas del Protocol núm. 4,⁴¹ que en el seu art. 2.1 garanteix els drets «a circular lliurement» a tota persona que es trobi legalment en el territori d'un Estat.

Hem dit que certs controls policials d'identitat en la via pública limiten la llibertat personal garantida per l'art. 17 CE. Això implica que aquests controls només seran possibles en els termes autoritzats per la Llei; i sempre que en la seva execució no es vulnerin altres normes constitucionals. L'art. 20.1 LOPSC conté una autorització legal àmplia per tal que els agents de les forces i cossos de seguretat de l'Estat demanin i comprovin *in situ* la identitat de qualsevol persona; en principi n'hi ha prou que el control d'identitat s'emmarqui en les «funcions de protecció de la seguretat que aquesta Llei i la LOFCS encarrega als agents». Ara bé, l'amplitud d'aquesta autorització legal d'intervenció no impedeix la vigència de certs drets constitucionals que marquen els límits de l'activitat policial d'identificació autoritzada per la Llei. I això és especialment rellevant per a la identificació dels estrangers, sobretot quan a l'estrangeria l'acompanyen trets físics distintius.

39. SSTEDH de 6 de novembre de 1980, caso Guzzardi c. Italia, § 92; i de 25 de juny de 1996, caso Amuur c. Francia, § 42.

40. J. SOHIER, *Les privacions de liberté...*, p. 147.

41. De 16 de setembre de 1963, firmat per Espanya el 23 de febrer de 1978, però encara no ratificat.

3.3 Dret a la igualtat i identificació policial d'estrangers

Un control policial d'identitat, encara que estigui autoritzat en abstracte per la Llei, pot ser il·lícit si en la seva execució vulnera el dret fonamental a la igualtat (art. 14 CE), dret invocable per l'estranger.⁴² La pràctica policial i judicial mostra que no és infreqüent la invocació de l'art. 14 CE amb relació a les diligències policials d'identificació on té lloc una detenció o «acompanyament forçós» a comissaria. Se sol argumentar que la raça, i no necessitats concretes de seguretat, és el que porta al control d'identitat. Les respostes de la jurisprudència són de dues classes: o bé es nega que hagués estat la raça l'element que va provocar el control d'identitat; o bé es reconeix que la raça va determinar el requeriment d'identificació, però simultàniament es considera que aquest tipus de requeriment basat en la raça no és contrari a l'art. 14 CE.

a) Identificació policial amb connexió objectiva diferent de la raça

Vegem un cas del primer grup.⁴³ Un estranger, de raça negra, recorre en casació una condemna penal (per tràfic de drogues) al·legant que la prova va ser obtinguda il·lícitament (art. 11.1 LOPJ), ja que provenia d'un control d'identitat i escorcoll policial dirigit contra ell amb ànim discriminatori, precisament per raó de la seva raça. Diu aquí la Sala que «l'acusat no va ser conduït a comissaria per ser negre, sinó perquè com que es trobava en una zona de la ciutat en la qual es produeixen constantment transaccions de drogues en què intervenen habitualment persones de color, l'acusat no va poder identificar-se quan li ho van demanar els funcionaris policials que desenvolupaven en el lloc un control preventiu de tràfic d'estupefaents; reiterant després que «la mesura, en resum, no va obeir a l'arbitrarietat ni al caprici dels funcionaris policials, i molt menys a les motivacions racistes (...) ja que essent radicalment cert que el color (o la religió, el sexe, l'opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social —art. 14 CE—) no pot ser motiu de discriminació entre les persones, també ho és que no pot convertir-se en excusa per eximir-se del compliment de la Llei o en cuirassa d'impunitat». En suma, la Sala centra la licitud del control d'identitat (l'autorització legal de la qual localitza als arts. 19 i 20 LOPSC) en què parteix d'un *punt de connexió objectiu*: presència de diverses persones en una zona on sovint es trafica amb estupefaents. I és precisament aquesta justificació objectiva del control d'identitat el que exclou qualsevol mena de caràcter discriminatori a la mesura.

Tal com es veu, la STS comentada enjudicia la possible orientació racista del control policial únicament des de la perspectiva constitucional de l'art. 14 CE. Però de seguida cal matisar que a vegades l'orientació racista en un control policial ha d'enfocar-se com una possible lesió del dret a la llibertat personal (a no patir priva-

42. Amb claredat, STC 130/1995, que diu que porta causa de la doctrina iniciada en el STC 107/1984. Una argumentació possible per a aquesta conclusió, a M.C. VIDAL, *Constitución y extranjería*, p. 163.

43. STS-Penal de 9 d'abril (Ar. 3111).

ció de llibertat per raons de raça), no del dret a la igualtat.⁴⁴ En efecte, allí on el control policial (més conducció a comissaria i escorcoll) no tingués cap mena de fi preventiu o indagatori (a què es refereix l'art. 20.1 i 2 LOPSC) i únicament presentés una motivació racista, caldria concloure que el dret fonamental en qüestió és la llibertat personal (art. 17.1 CE) i no el dret a la igualtat. En efecte, atès que el control policial d'identitat (quan es practica d'ofici) només és legítim en els casos que autoritza la Llei, quan l'actuació administrativa es desvia dels supòsits concrets d'autorització legal estariem no solament davant d'una vulneració de la Llei (en aquest cas, de l'art. 20.1 i 2 LOPSC) sinó davant d'una vulneració del dret fonamental de fons: la llibertat personal. La invocació del dret a no patir discriminació (art. 14 CE) procederà, en canvi, en aquells supòsits en què l'actuació policial està encaminada a la prevenció o a la indagació, i, en la seva aplicació, es considera la raça com un element individualitzador del subjecte passiu del control. Més endavant veurem el possible abast d'aquesta invocació de l'art. 14 CE.

b) Identificació policial fonamentada en la raça

Ens referim ara, como a cas paradigmàtic, a la STC 13/2001.⁴⁵ En aquell cas, la demandant d'empara (espanyola de pell negra) havia estat sotmesa a un control d'identitat (amb diligència d'«acompanyament» a dependències policials) a l'estació ferroviària de Valladolid, intervenció policial que la recurrent titllava de discriminatòria per basar-se, precisament, en la raça. El Tribunal Constitucional considera, en síntesi, que la presa en consideració de la raça (en realitat, del color de la pell com a tret físic extern caracteritzador de la raça) no suposa, per ell mateix, que l'actuació policial d'identificació resulti discriminatòria. Diu la STC 13/2001 que «determinades característiques físiques o ètniques poden ser-hi preses en consideració [en els controls d'identitat] com raonablement indiciaires de l'origen no nacional de la persona que les té» (FJ 8); i afegeix després que «allò discriminatori hagués estat la utilització d'un criteri (en aquest cas el racial) que no tingués cap mena de rellevància envers la individualització de les persones per a les quals l'Ordenament jurídic ha previst la mesura d'intervenció administrativa, en aquest cas els ciutadans estrangers» (FJ 9). En la fonamentació de la sentència cobra certa rellevància el lloc i moment en què es realitza el control d'identitat (en una estació ferroviària, en baixar d'un tren). Aquesta dada s'utilitza amb un doble fi: al servei d'un test velat de proporcionalitat, afirmant-se així el caràcter escassament feixuc del control d'identitat, ja que en tals circumstàncies «és usual que [la perso-

44. En termes de Dret comparat, vegeu la distinció de la jurisprudència dels Estats Units entre la protecció de la llibertat i de la igualtat davant de mesures d'identificació de «perfil racial». Sobre això, F. GUILLÉN i LASIERRA, «Policia, minories i discriminació: paràmetres per a un ús adequat de les característiques racials en la investigació d'il·lícits», a *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 102, núm. 4 (2003), pp. 1089-1119 (pp. 1105 i ss).

45. Sobre aquesta sentència, vegeu: L. LAFONT NICUESA, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001, de 29.1.2001. El caso "Williams Lecraft" y la discriminación por razón de raza», a *RVAP* 61 (I), 2001, pp. 370 i ss; i F. GUILLÉN i LASIERRA, *Policia, minories i discriminació...*, pp. 1089 i ss.

na sotmesa a control] porti la documentació acreditativa de la seva identitat» (FJ 8); i com a indicatiu objectiu d'estrangeria: «l'actuació policial es va produir en un lloc de trànsit de viatgers, una estació de ferrocarril, en què, d'una banda, no és il·lògic pensar que hi hagi major probabilitat que en altres llocs que les persones a qui selectivament se sol·licita la identificació puguin ser estrangeres...» (FJ 9).

Hi ha diversos comentaris que suscita la STC 13/2001, que s'acaba de descriure. El primer és, òbviament, l'acceptació de la raça com a criteri d'intervenció policial. La sentència constitucional restringeix la possibilitat de discriminació racial (en els controls policials d'identitat) als casos de «mòbil racista o xenòfob» (FJ 8); i quan no es dóna aquesta intencionalitat desviada considera lícit servir-se de la raça com a indicatiu raonable d'estrangeria. Però de seguida cal adonar-se que allí on hi ha «mòbil racista o xenòfob» —no de prevenció o indagació policial, que és el que autoritza l'art. 20.1 i 2 LOPSC— estariem davant d'una restricció policial de la llibertat no autoritzada per la Llei; estariem, per tant, davant d'una infracció de l'art. 17.1 CE, abans que davant d'una discriminació prohibida per l'art. 14 CE. Dit això, cal tornar sobre la lícita presa en consideració de la raça com a criteri legitimador de l'actuació policial. Encara que s'hi llegeix, la STC 13/2001 no lliga el control policial directament a la raça, sinó a l'estrangeria; no estariem, llavors, davant d'un control policial de persones de raça negra, sinó davant d'un control d'identitat de possibles estrangers, i la caracterització racial de la persona seria, doncs, criteri indicatiu i raonable d'estrangeria. Vegem-ho.

En l'actualitat —i a Espanya— no es pot excloure que les característiques racials siguin indicis raonables d'estrangeria. Però la simple raonabilitat no investe de licitud la presa en consideració de la raça. Precisem, abans que res, que del que aquí es parla és de la raonabilitat d'una inferència lògica en l'aplicació de la Llei; no s'està valorant, per tant, la hipotètica raonabilitat —com a element del judici constitucional d'igualtat— d'una norma que se servís de la raça com a criteri distintiu entre persones. Per això, perquè aquí no s'està tractant de la raonabilitat d'una hipotètica Llei diferenciadora, sinó de la raonabilitat d'una inferència lògica, no hi ha raó per aplicar els cànons de «raonabilitat» formulats per a l'enjudiciament de la Llei des de la perspectiva de la igualtat constitucional. Aquests cànons de «raonabilitat» només s'expliquen en el context de les relacions Constitució-Llei, àmbit presidit per la deferència constitucional respecte de la selecció de criteris diferenciadors per part del poder legislatiu. Però aquest canon de «raonabilitat» respecte del legislador no té perquè regir respecte de l'Administració aplicadora de la Llei. Ni tan sols admetent que aquí podria regir un canon de raonabilitat extrem (per tractar-se la raça d'un «criteri sospitos») és comparable al judici de «raonabilitat» a la Llei amb el judici de licitud sobre l'actuació de l'Administració policial.⁴⁶

Centrant-nos ja en la raonabilitat de l'actuació administrativa (la inferència d'estrangeria a partir del color de la pell) cal apuntar, d'entrada, que una conclusió lògica no és necessàriament lícita. És lògic concloure que qui en una conversa

46. Coincideix en el resultat, encara que en relació amb l'estrangeria (no la raça): M.C. VIDAL, *Constitución y extranjería*, p. 173.

telefònica privada es va declarar culpable d'un delictu va ser autor d'aquest mateix acte delictiu; però si la interceptació de la conversa no va ser autoritzada judicialment, la conclusió fàctica lògica no té cap rellevància jurídica (art. 11.1 LOPJ). O és lògic concloure que qui ha robat deu vegades alguna cosa a algú és també autor de l'onzè robatori del mateix objecte a la mateixa persona; però l'art. 24.2 CE (presumpció d'innocència) impedeix que aquesta inferència lògica tingui cap mena de rellevància jurídica. Tornant al que ens ocupa, no es pot atacar com il·lògica la inferència que una persona de raça negra és estrangera; el que sí que es pot qüestionar és que l'art. 14 CE toleri la inclusió de la raça en una inferència lògica realitzada per un agent de policia.⁴⁷

Ja hem advertit més a munt que la STC 13/2001 desplaça el judici de discriminació des del criteri de la raça (de la que se serveix com un mer fet de la realitat) al criteri de l'estrangeria. El que en termes de retret seria tant com substituir el racisme per la xenofòbia. Quan el Tribunal accepta que la raça és «raonablement indiciària» d'estrangeria està assumint —de manera implícita— que els agents policials sí que poden sotmetre l'estranger, sense cap altre motiu, al control policial d'identitat. Aquest punt de partida implícit es mereix algunes precisions.

a) En primer lloc, la fugida cap al criteri d'estrangeria (com a forma d'eludir el criteri de la raça) és tautològica: com que l'estrangeria és una dada jurídica, només és possible qualificar a una persona com a estrangera una vegada ha estat identificada;⁴⁸ i per això no és lògicament possible que una llei autoritzi la policia a exigir la identificació dels estrangers, perquè abans de la identificació no se sap qui és estranger excepte si el que s'està autoritzant és la identificació de qui és «sospitós» de ser estranger; però llavors l'autorització per al control d'identitat no reposaria sobre la condició d'estranger sinó sobre certs indicis que normalment duen a la conclusió d'estrangeria: l'idioma, el color. I tornem a començar.

b) D'altra banda, més enllà de les aparences (i davant del que es fonamenta a la STC 13/2001, FJ 8), cap llei no autoritza a Espanya els controls d'identitat específicament referits als estrangers. S'evita així, almenys, tot retret de tautologia a la llei, com el que en dret francès s'ha vessat sobre l'art. 8 de l'Ordenança de 1945 (vegeu *infra*). L'art. 11 LOPSC imposa a l'estranger, és cert, l'obligació de «disposar de documentació que acrediti la seva identitat i el fet de trobar-se legalment a Espanya»; però això és una obligació per a l'estranger, no una autorització legal específica per a la restricció de la llibertat per mitjà de controls d'identitat a la via pública. No hi ha cap dubte que aquesta documentació obligatòria serà la que haurà d'aportar l'estranger en els controls d'identitat que l'art. 20.1 LOPSC autoritza per a totes les persones —nacionals o estrangeres—. Però això no equival a

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

48. Observació similar, en dret francès, E. PICARD, «Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux», *Revue Française de Droit Administratif*, núm 19 [1994], p. 973.

concloure —com fa la STC 13/2001 (FJ 8)— que l'obligació de disposar de documentació conté implícitament el deure de sotmetre's als controls d'identitat de què disposin els agents de policia. A la mateixa STC 13/2001 també s'hi fa referència, com a previsió d'una autorització general per a la identificació policial dels estrangers, a l'art. 72.1 de l'anterior Reglament d'Estrangeria (R.D. 119/1986), previsió normativa avui continguda a l'art. 100.1 i 2 REx vigent. Aquí s'imposa als estrangers tant l'obligació de conservar els documents acreditatius de la seva entrada i permanència legal a Espanya com el deure d'exhibir aquests documents «quan siguin demanats per les autoritats o els seus agents». Respecte a això, cal avisar que estem davant d'una norma reglamentària —no legal— gens idònia per imposar un deure de conducta limitatiu de la llibertat personal (art. 17.1 CE). A més, no es tracta pròpiament d'una norma a la qual li calguin els supòsits en què procedeix el control d'identitat d'un individu, sinó que estableix —cosa ben diferent— que allí on s'estigui practicant un control d'identitat (per qualsevol agent de policia) l'estranger està obligat a acreditar-la per mitjà de la documentació específica d'estrangeria (regulada en els arts. 101 i 102 REx); s'inclouen aquí tant els controls policials en la via pública (que, com hem dit, restringeixen el ple gaudi de la llibertat personal) com els controls d'identitat vinculats a la sol·licitud i reconeixement d'autoritzacions i prestacions administratives. Finalment, cal reiterar la impossibilitat lògica d'una autorització policial per a la identificació dels estrangers, ja que la dada de l'estrangeria no és fàctica, sinó justament el resultat del control d'identitat. En suma, l'actual art. 100 REx no conté —ni pot contenir— una autorització policial general per sotmetre els estrangers a controls aleatoris d'identitat. Del que hem dit es conclou que la nostra jurisprudència constitucional considera lícit el control d'identitat policial basat en la raça com a signe indicatiu d'estrangeria. Aquest resultat contrasta obertament amb el que resulta del dret francès, al qual es fa referència a continuació.

c) La qüestió en dret francès

El dret francès mostra, de manera constant i clara, el rebuig als controls d'identitat generals i aleatoris. Durant la dècada dels anys vuitanta, i fins avui, hi ha hagut diversos projectes legislatius que pretenien instaurar un sistema de control policial ampli, sense necessitat de lligar-se a la persecució penal de sospitosos o a la prevenció policial davant d'esdeveniments o circumstàncies de perill concretes i justificades. Però darrere de cada reforma legislativa hi ha hagut sentències civils i penals o decisions del Consell Constitucional que han impedit aquesta ampliació del poder policial. El punt de partida inqüestionable en dret francès és que els controls policials d'identitat afectin la llibertat dels individus, i d'aquí ve el seu possible control de constitucionalitat conforme a l'art. 66 CRF. La limitació de la llibertat s'observa no solament quan el control va aparellat amb la detenció, sinó fins i tot en el simple control a la via pública o en llocs públics. Per això és necessari que la Llei expressament prevegi aquests controls policials d'identitat.

Tradicionalment la Llei francesa ha autoritzat controls de policia (judicial) vinculats a la persecució de delictes (art. 78.2 del Codi de procediment penal). Més

recentment s'han autoritzat també controls policials preventius, mitjançant l'addició de nous paràgrafs a l'art. 78.3 del Codi de procediment penal per tal de prevenir un atemptat a l'ordre públic «sigui quin sigui el comportament de la persona» sotmesa al control d'identitat (art. 78.2.7 del Codi). Tot i acceptar-se la constitucionalitat d'aquesta norma, el *Conseil Constitutionnel* francès ha recalcat que només són lícits aquells controls policials d'identitat quan estiguin lligats a causes objectives que expressament ha de motivar l'autoritat policial: «la pràctica de controls d'identitat generals i discrecionals és incompatible amb el respecte a la llibertat individual»;⁴⁹ i afegeix que «l'autoritat actuant ha de justificar, en tot cas, quina situació concreta de risc per a l'ordre públic ha motivat el control [d'identitat]». Al marge queden, per tant, controls basats en els signes externs de la persona com la raça o l'idioma.⁵⁰ També la jurisprudència francesa, *civil i penal*, ha contribuït a limitar la *vis* expansiva dels controls policials d'identitat autoritzats per l'art. 78.2 del Codi de procediment penal.⁵¹ D'aquesta doctrina judicial és expressiva una Sentència de la Cort de Cassació de 1995.⁵² S'hi afirma que hi ha una vulneració de la llibertat del demandant (ciutadà argelí) en ser sotmès a control d'identitat a la via pública sense prou circumstàncies objectives que ho justifiquessin; la Cort aprecia que la motivació aportada per l'autoritat policial (que en el mes anterior s'havien comès fins a nou delictes a la mateixa zona) no és suficient per identificar un risc d'atemptat a l'ordre públic que, conforme a l'art. 78.2 del Codi de procediment penal, justifiqués un control preventiu d'identitat.

Juntament amb els supòsits de control d'identitat ja descrits, que estan referits a qualsevol persona, les lleis franceses també preveuen dues formes de control d'identitat especialment referides als estrangers. I també en aquests casos el *Conseil Constitutionnel* francès i la doctrina exigeixen una aplicació objectiva dels controls d'identitat:

a) D'acord amb l'actual art. 78.2.4 de l'Ordenança de 1945 és possible el control policial d'identitat sobre tota persona que es trobi a la zona fronterera amb un altre Estat de l'espai Schengen (franja territorial de 20 quilòmetres, comptats des de la frontera de França), o sobre qui es trobi a les zones d'accés públic de ports, aeroports o estacions internacionals de tren i autobusos que específicament indiqui l'Administració. A la seva versió primigènia l'actual art. 78.2.4 de l'Ordenança de 1945 preveia també l'ampliació, per decisió administrativa, de la franja territorial de possible control fins a 40 quilòmetres des de la frontera; aquesta previsió va ser declarada inconstitucional per contenir una delegació il·legítima de poder legis-

49. Décision 93-323 DC, p. 815.

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

51. Vegeu E. PICARD, *Les contrôles d'identité...*, p. 965.

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

latiu.⁵³ En el que ara fa al cas, el Consell Constitucional francès va considerar que la previsió genèrica de controls d'identitat a les àrees descrites (zones de transport internacional i àrees pròximes a les fronteres Schengen) eren, per principi, objectius; perquè «a les zones descrites, definides amb precisió tant en la seva naturalesa com en la seva extensió, hi ha un alt risc d'infraccions d'ordre públic lligades al transport internacional de persones». En aquests casos el risc d'infracció d'ordre públic (que és un supòsit de possible control d'identitat, conforme a l'art. 78.2.3 del Codi de procediment penal) el fixa en abstracte la pròpia llei, i ja no ha de ser motivat cas a cas per l'Administració.⁵⁴ D'aquesta manera, en existir una motivació objectiva i abstracta (la de la llei), es dificulta el possible retret d'arbitrarietat o discriminació en cada control d'identitat concret. En suma, generalitzant la sospita amb un criteri objectiu territorial es difumina la discriminació en el cas concret.

b) L'art. 8 de l'Ordenança núm. 45-2658 estableix que tot estranger està obligat a aportar, a requeriment de la policia judicial, els documents que justifiquen la seva estada a França. Òbviament, aquella exigència de documentació porta implícita la identificació de l'estranger. Qüestionat aquest precepte (per limitatiu de la llibertat i per discriminatori) el Consell Constitucional va declarar la seva conformitat amb la Constitució; això sí, amb una fonamentació que clarament limita la seva possible aplicació arbitrària o discriminatòria. El Consell Constitucional accepta que, per principi, els francesos i els estrangers no estan en estricta posició d'igualtat: els estrangers necessiten un títol administratiu individual que legitimi la seva estada a França. I justament de l'exigibilitat d'una autorització administrativa específica deriva un règim especial de policia en què s'inserten els controls especials d'identitat de l'art. 8 de l'Ordenança de 1945.⁵⁵ Ara bé, la previsió de controls policials específics per als estrangers ha de ser aplicada objectivament. El Consell Constitucional francès diu que «l'exercici dels controls autoritzats per la llei a les autoritats de policia judicial ha de descansar necessàriament sobre criteris objectius; s'exclou així, per exigència dels principis constitucionals, qualsevol discriminació entre persones (...). Només sota aquestes reserves d'interpretació es pot considerar que el precepte qüestionat és conforme amb la Constitució». La crida als «criteris objectius» en l'aplicació de art. 8 de l'Ordenança presenta, més enllà de la seva aparent simplicitat, notòries dificultats pràctiques.⁵⁶ És més, l'aplicació de l'art. 8 de l'Ordenança d'acord amb «criteris objectius» acaba per confondre's amb la realització de controls generals d'identitat conforme a l'art. 78.2 del Codi de procediment penal. Descartat tot control d'identitat sobre indicis subjectius d'estrangeria (el color de la pell o l'idioma) tan sols els criteris geogràfics poden considerar-se pròpiament indicis d'estrangeria: presència en terminals de transport

53. Décision núm. 93-323, de 5 de agost de 1993 (sobre la llei de 24 d'agost de 1993, relativa als controls i verificacions d'identitat).

54. E. PICARD, *Les contrôles d'identité...*, p. 989.

55. Décision núm. 93-325, du 13 août 1993, p. 3.

56. E. PICARD, *Les contrôles d'identité...*, p. 973.

internacional o a les immediacions de la frontera.⁵⁷ Amb això es confonen els criteris per al control preventiu d'identitat de l'art. 78.2.4 del Codi de procediment penal amb els controls especials sobre estrangers de l'art. 8 de l'Ordenança.

4. LLIBERTAT A LA FRONTERA

4.1 Plantejament

En les dues últimes dècades, els països de la Unió Europea estan definint polítiques públiques d'«acollida limitada»⁵⁸ d'immigrants. També la mateixa Unió Europea ha optat per la política d'«acollida limitada». Aquestes polítiques es mostren, entre altres coses, en controls fronterers severos. Controls que, en l'espai de lliure circulació «Schengen» se centren en les anomenades «fronteres exteriors», tant si són marítimes, aèries o terrestres. La severitat pretesa als controls fronterers comporta, sovint, la «retenció», «espera» o «permanència» obligada de l'estranger en un espai tancat del lloc fronterer («zona de rebutjats», «zona internacional», «zona de trànsit» «dependències del lloc fronterer»), o en un espai connex al lloc de control, com les «zones d'espera» (*zones d'attente*) del dret francès. Aquella situació de retenció o permanència obligada a la frontera algunes vegades és regular (està expressament prevista en l'ordenament jurídic) i altres vegades és atípica, és el resultat imprevisit d'una impossibilitat real o jurídica de repatriació d'un estranger sense dret a entrar o residir a Espanya.⁵⁹

La retenció o permanència dels estrangers en els llocs fronterers és un problema compartit pels diferents Estats europeus. I encara que les solucions legislatives (i judicials) no són sempre coincidents, una nota és *prima facie* comuna als Drets europeus: la consideració d'aquelles retencions a la frontera com a limitacions a la llibertat personal de l'estranger. D'aquí en resulta una tríada de garanties: exigència de Llei que autoritzi la retenció a la frontera; existència de límits constitucionals —temporals i modals— a la llei que autoritzi la retenció; i existència necessària d'un control judicial efectiu a favor de l'estranger. Això és el que en resulta, com després veurem, de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans i de la de diversos Tribunals constitucionals europeus: el *Conseil Constitutionnel* francès, la *Cour d'arbitrage* de Bèlgica i, molt clarament, el Tribunal Constitucional espanyol.

57. E. PICARD, *Les contrôles d'identité...*, p. 989.

58. Vegeu, en aquest sentit les conclusions dels Consells Europeus dels últims anys, en especial el de Sevilla de 21 i 22 de juny de 2002. En aquest Consell Europeu s'enuncia expressament, com a principi rector de la política europea d'immigració, l'adequació dels fluxos migratoris a la «capacitat d'acollida de la Unió» (apartat 29.1).

59. Vegeu, en aquest sentit, la discussió acadèmica després de la ponència de I. BORRAJO que s'inclou a P. BIGLINO, *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y derecho comparado*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pp. 103 i ss; també: 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 i ss (p. 95).

4.2 Dret a la llibertat a la frontera

El punt de partida per precisar el règim de les retencions o permanències obligades de l'estranger a la frontera està en afirmar que l'estranger gaudeix, en tot cas, del dret a la llibertat personal. Tant del que li reconeix l'art. 5.1 CEDH com del que proclama l'art. 17 CE. Qüestió diferent és que la Llei limiti, restringeixi o moduli el règim de gaudi d'aquest dret. A això últim es farà referència més endavant.

a) El dret a la llibertat de l'art. 5 CEDH

236

Proclama l'art. 5.1 CEDH que «tota persona té dret a la llibertat i a la seguretat», i que «ningú no pot ser privat de la seva llibertat, excepte en els casos següents i d'acord amb el procediment establert per la Llei». Amb caràcter general, el TEDH està acollint una interpretació no expansiva d'aquest dret, acceptant que certes «restriccions» de la llibertat no són pròpiament «privacions» de llibertat, que seria allò prohibit per l'art. 5.1 CEDH; i acceptant amb generositat les limitacions a la llibertat que provenen de la Llei. Això no obstant, en els supòsits de restriccions a la llibertat en llocs fronterers la jurisprudència del TEDH s'orienta, més aviat, vers una comprensió àmplia de l'àmbit intuïtiu del dret. La referència fonamental o «leading case» és aquí la STEDH de 25 de juny de 1996, cas *Amuur c. França*.⁶⁰ Els postulats bàsics d'aquesta sentència, determinants —com després es veurà— per a la mateixa jurisprudència constitucional espanyola són tres:

- i) En primer lloc, s'afirma amb claredat l'eficàcia del dret a la llibertat a les zones de trànsit o internacionals vinculades al control de fronteres. La dada rellevant no és la ubicació física concreta de la zona de trànsit, ni el règim jurídic territorial d'aquest espai fronterer. Allò rellevant és, per al TEDH, que les autoritats d'un país efectivament imposen una restricció a la llibertat d'un subjecte; i amb això n'hi ha prou perquè un assumpte caigui *a priori* en l'àmbit de protecció de l'art. 5.1 CEDH.⁶¹
- ii) En segon lloc, el TEDH expressa un concepte flexible de «privació» de llibertat. Tot i que parteix de la distinció jurisprudencial tradicional entre «restricció» i «privació» de llibertat, el TEDH precisa que la frontera entre amdós conceptes és porosa: el que en principi podria ser una simple restricció a la llibertat ha de tractar-se com una veritable privació quan el mode o durada de la restricció la fa especialment feixuga. De manera que l'aplicació de

60. En el cas, una família somalí procedent de Damasc havia arribat a l'aeroport francès de París-Orly el 9 de març de 1992. En el lloc de control fronterer van demanar asil al·legant persecució en el seu país d'origen (Somàlia). Però com que portaven passaport falsos no els va ser autoritzada l'entrada a França i fins al 29 de març (data en què el Ministeri de l'Interior va rebutjar la seva petició d'asil) van estar retinguts a la zona de trànsit de l'aeroport. Finalment, van ser retornats a Síria.

61. STEDH de 25 de juny de 1996, cas *Amuur c. França*, § 52: «Malgrat que els demandants no es trobaven a França en el sentit de l'Ordonnance de 2 de novembre de 1945, el fet que fossin retinguts a la zona internacional de l'aeroport de París-Orly els feia també subjectes passius del Dret francès. Tot i el seu nom, la zona internacional no té un veritable estatus extraterritorial».

l'art. 5.1 CEDH no depèn d'una qualificació primària del supòsit de fet (com a restricció o privació de llibertat) sinó d'una indagació sobre el grau de sacrifici real que cada persona i en cada cas pateix en la seva llibertat.⁶²⁻⁶³

- iii) El concepte flexible de privació de llibertat es concreta —entre altres coses— en el fet que existeix aquella privació prohibida per l'art. 5.1 CEDH fins i tot quan l'estranger té la possibilitat de sortida lliure del país. Per tant, la privació de llibertat es qualifica per la subjecció o limitació intensa de moviments per part d'una autoritat pública, per molt que aquella situació de subjecció es pugui eludir amb la sortida del país. Allò rellevant per al TEDH no és si l'estranger pot o no eludir la privació de la seva llibertat, sinó si l'Estat en qüestió està o no limitant decisivament aquella llibertat.⁶⁴

b) *El dret a la llibertat de l'art. 17.1 CE*

A la frontera també regeix el dret a la llibertat personal que proclama l'art. 17.1 CE. Ja hem dit més a munt que els estrangers gaudeixen plenament del dret fonamental a la llibertat personal, en la mesura que aquest dret és expressió de la dignitat que —per principi— correspon de la mateixa manera a totes les persones.⁶⁵ A això cal afegir ara que aquest dret no troba cap limitació intrínseca quan el seu gaudi s'invoca en un lloc fronterer.⁶⁶ A aquest resultat s'hi arriba en dos esglaons:

- i) A l'ATC 55/1996⁶⁷ va declarar el Tribunal (si bé és cert que en una interlocutòria d'inadmissió de recurs d'empara) que la zona de trànsit aeroportuària (és a dir, l'espai que antecedeix el control policial d'entrada) no té estatut d'extraterritorialitat i que, en tot cas, l'art. 17 CE prohibeix que els poders públics espanyols limitin il·lícitament la llibertat de les persones que s'hi troben, pel fet de no complir els requisits per a l'entrada. Diu textual-

62. STEDH de 25 de juny de 1996, cas *Amuur c. França*, § 42: «A l'hora de decidir si algú ha estat "privat de la seva llibertat", en el sentit de l'art. 5, el punt de partida ha de ser la situació concreta en què es troba, i aquesta s'ha de valorar tenint en compte un conjunt ampli de criteris com és ara el tipus, durada, efectes i forma d'aplicació de la mesura en qüestió. La diferència entre privació i restricció de llibertat és només de grau o intensitat, no qualitativa».

63. Aquesta comprensió de la STEDH difereix notòriament de la que s'expressa en el Vot Particular del Magistral Vives Antón a la STC 53/2002.

64. STEDH de 25 de juny de 1996, cas *Amuur c. França*, § 43: «El manteniment d'estrangers a la zona internacional suposa, sens dubte, una restricció en la seva llibertat, per poc comparable que sigui amb la que pateixen els estrangers en centres d'internament a l'espera de deportació (...). La retenció no pot, amb tot, prolongar-se excessivament, ja que llavors la simple restricció a la llibertat (inevitable per a l'organització pràctica de la repatriació o, en el cas que l'estranger hagués demanat asil, perquè recaigui la corresponent decisió) es pot convertir en una privació de llibertat».

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

66. Igual: I. VILLAVARDE, *Detención e internamiento...*, p. 18.

67. En el cas, dos ciutadans nigerians havien arribat a l'aeroport de Barajas el 17 de gener de 1996, procedents de Sofia (Bulgària); en no complir tots els requisits per a l'entrada a Espanya, van haver de quedar-se a la «zona de rebutjats» de l'aeroport. Des d'allí van sol·licitar asil a Espanya, que els va ser denegat tres dies després. El 7 de febrer de 1996 (vint-i-un dies després de l'arribada) encara seguien a la «zona de rebutjats» de l'aeroport.

ment el Tribunal que «...no és possible, tanmateix, deduir que l'anomenada «zona internacional» de l'aeroport, on es trobaven els demandants, no sigui territori espanyol. Tant l'espai aeri com els aeroports estan sotmesos a la sobirania espanyola, tal com declaren els art. 1, 3, 42 i 47 de la Llei sobre Navegació Aèria, de 1960, i els art. 1, 2, 10 i 13 del Conveni sobre Aviació Civil Internacional, firmat a Xicago el 1944, i ratificat per Espanya el 1969. Precisament, els funcionaris del servei de control de fronteres actuen en exercici de les potestats públiques inherents a la sobirania plena i exclusiva de l'Estat sobre l'espai aeri i els aeroports duaners» (FJ 3).⁶⁸ Queda clar, a partir de l'ATC 55/1996, que les «zones internacionals», «de trànsit» o «de rebutjats» no són *ficcions* d'extraterritorialitat.⁶⁹ Ara bé, en aquesta mateixa interlocutòria el Tribunal rebutja, com a premisa d'enjudiciament, que qui pot sortir de la «zona de rebutjats» amb destinació a un altre país vegi vulnerat el seu dret a la llibertat de l'art. 17.1 CE, d'aquí la inadmissió del recurs d'empara. Diu la Sala Primera del Tribunal que «mentre la situació dels demandants d'empara depengui de la disponibilitat d'un vol aeri que els permeti tornar al país d'origen del seu viatge, i no d'una decisió o via de fet dels poders públics (art. 41.2 LOTC), és una situació aliena a les garanties establertes per l'art. 17 CE» (FJ 5).

- ii) A la STC 174/1999⁷⁰ el Tribunal completa el criteri inicial de l'ATC 55/1996 i —tenint ja a la vista la doctrina del TEDH en el cas *Amuur c. França*— declara amb caràcter general que la possibilitat de sortida de l'estranger (cap al país de procedència, o cap a un tercer país) no obsta perquè la situació de l'estranger a la «zona de rebutjats» d'un aeroport sigui qualificada com a «detenció» (de l'art. 17.2 CE). Diu el Tribunal Constitucional que «la llibertat de sortida a altres països des de la «zona de rebutjats» (ATC 55/1996, fonament jurídic 5), de la qual, sens dubte gaudeix l'estranger, no evita l'existència d'una veritable «situació fàctica» de detenció preventiva respecte a la resta del territori espanyol. Així doncs, el que és rellevant aquí és la limitació de moviments de l'estranger, sense cap títol jurídic que el legitimi, a un únic espai limitat i tancat de territori espanyol» (FJ 4). I a això afegeix més endavant que «el fet que en Liji Chun tingués la possibilitat de sortir voluntàriament d'Espanya (possibilitat d'altra banda remota, pels impediments econòmics i per requisits d'entrada de tercers països) no entela la qualificació jurídica de detenció. A part d'aquesta hipotètica llibertat de sortida, el cert és que en Liji Chun es trobava confinat en un espai limitat i

68. Aquest criteri es mantindrà després a les SSTC 174/1999, FJ 4; 179/2000, FJ 2; i 53/2002, FJ 4 a).

69. P. SANTOLAYA, *El derecho de asilo...*, p. 70.

70. Un ciutadà xinès, Liji Chun, havia entrat a Espanya il·legalment (transgredint una prohibició d'entrada derivada d'una expulsió anterior). Una vegada identificat per la policia, va romandre fins al límit de les 72 hores en una comissaria; i just abans que es vencés aquest termini màxim de detenció —i quan encara no s'havia dictat ordre de devolució— va ser conduït a la «zona de rebutjats» de l'aeroport de Las Palmas, on encara va romandre un dia més custodiat per la policia. Només transcorregut aquell dia es va dictar, i notificar, l'ordre de devolució del ciutadà xinès al seu país. Des d'aquell moment encara va romandre cinc dies més a la «zona de rebutjats», a l'espera d'una connexió aèria (que mai no es va arribar a aconseguir).

tancat de terra espanyola, sense cap títol jurídic que ho justifiqués» (FJ 5). La jurisprudència acabada d'enunciar es manté en la posterior STC 179/2000.⁷¹

4.3 Limitacions legals a la llibertat personal a la frontera, en general

a) Tipologia de supòsits

Ja hem dit que, per principi, els estrangers que es trobin a les nostres fronteres gaudeixen del dret a la llibertat personal, tant del que reconeix l'art. 5.1 CEDH com del que proclama l'art. 17.1 CE. Això no impedeix que, d'acord amb el previst en ambdós preceptes, la Llei pugui limitar o excloure, en circumstàncies especials i taxades, el ple gaudi de la llibertat personal. En l'ordre intern, les lleis que autoritzen la detenció o retenció policial de l'estranger (amb possibilitat de sortida cap a un altre Estat) en el lloc fronterer són diverses. Aquestes autoritzacions legals es poden explicar, amb caràcter general, com el punt d'equilibri entre el deure de sortida que incumbeix l'estranger que incompleix els requisits d'entrada, d'estada o de residència (art. 28.3 c) LOEx), i la vigència d'un principi general de dret humanitari que impedeix que de la sortida forçada de l'estranger en resultin situacions contràries a la seva integritat o dignitat personal (art. 33.1 de la Convenció de Ginebra sobre l'Estatut dels Refugiats, de 28 de juny de 1951; arts. 3 i 8 CEDH; art. 19 de la Carta dels Drets fonamentals de la Unió Europea, de 7 de desembre de 2000).

Dintre dels supòsits en què la Llei autoritza la privació de llibertat a la frontera cal començar per diferenciar entre les «detencions» vinculades al control administratiu d'entrada i aquelles altres «detencions» que tenen lloc amb motiu de la sortida obligada de l'estranger. Aquestes últimes també denominades «asseguratives».⁷² La distinció descrita ha estat acollida fins i tot en la jurisprudència constitucional. Així, a la STC 174/1999, FJ 3, en la qual clarament es marquen distàncies amb el previ ATC 55/1996, no es pot identificar cap altra distinció rellevant entre els casos tractats que la que prové del fet que en l'ATC 55/1996 la permanència a la zona de trànsit seguia a un control d'entrada, mentre que a la STC 174/1999 la permanència a la «zona de rebutjats» tenia lloc després de la detenció de l'estranger i la seva conducció al lloc fronterer per a l'expulsió. La pròpia STC 174/1999 declara amb rotunditat que la «zona de rebutjats» de l'aeroport no presenta un únic estatus jurídic: «les circumstàncies de les persones que es troben a la «sala de rebutjats» pot ser molt diversa i pot respondre a situacions jurídiques molt diferents, ja que l'espai físic a la «zona de rebutjats» per si mateix no les defineix» (FJ 3). En això el nostre dret s'aproxima al belga i se separa, en canvi, del dret francès. Vegem-ho breument.

71. En aquell cas, un ciutadà senegalès havia arribat a l'aeroport de Barajas i allí havia demanat asil, mentre s'esperava a la «zona de rebutjats»; una vegada denegada la petició d'asil, i mentre l'Administració procurava una connexió aèria amb Dakar, el ciutadà senegalès encara romanía a la «zona de rebutjats».

72. D. MOYA, *Devolución...*, p. 239.

b) Comparació amb els drets francès i belga

La legislació belga d'estrangeria distingeix dos tipus de «detencions» dels estrangers a la frontera.⁷³ Aquelles que serveixen al control d'entrada (en especial, art. 74.5 de la llei de 15 de desembre de 1980) i aquelles altres la finalitat de les quals és assegurar la sortida com cal de l'estranger (art. 7 de la llei de 1980). En tot cas, darrere del control de constitucionalitat exercit per la *Cour d'arbitrage* en 1998⁷⁴ amb relació a diversos preceptes de la llei d'estrangeria (modificats parcialment per la Llei de 15 de juliol de 1996), i després de la reforma legislativa de 9 de març de 1998, el règim de privació de llibertat és, en ambdós casos, molt similar (encara que no idèntic). Després hi tornarem, sobre la qüestió d'aquestes regulacions.

240

La llibertat de l'estranger a la frontera ha estat objecte de regulació específica en dret francès. S'ha optat en aquest dret per la definició d'un estatut jurídic especial i uniforme de l'estranger quan —per diverses raons— accedeix a una «zona d'espera» fronterera. L'actual art. 35 *quater* de l'Ordenança 45-2658 preveu expressament la permanència obligada de l'estranger en una «zona d'espera» (*zone d'attente*), annexa a una estació de transport internacional, en dos casos: quan l'estranger no compleixi els requisits per a l'entrada lliure a França; i quan l'estranger sol·liciti asil a França (art. 35 *quater* l.1 de l'Ordenança de 1945). En ambdós casos, la retenció impedeix la lliure circulació per França, però no la sortida de l'estranger a un altre país (art. 35 *quater* l.5 de l'Ordenança). Encara que el règim de permanència de l'estranger és idèntic en els dos casos, el cert és que el sentit de la retenció o espera és ben diferent. En el primer cas la retenció serveix per aconseguir la repatriació efectiva de l'estranger. En el segon, l'espera serveix per a l'examen de la petició d'asil, assegurant a l'estranger que durant el temps de la tramitació de la sol·licitud no patirà la persecució que denuncia a la seva sol·licitud. Aquests dos casos, regulats en dret francès de forma unívoca, es corresponen, en dret espanyol, amb allò regulat a la LOEx (detenció per a la devolució —art. 58.5— o per a retorn —art. 60—) i en l'actual art. 5.7.3 de la Llei 5/1984, de 26 de març, reguladora del dret d'asil i de la condició de refugiat (LRDA) modificada per la Llei 9/1994, de 19 de maig («permanència» obligada del sol·licitant d'asil en el lloc fronterer). A continuació descrivim breument l'estatut de les «zones d'espera» franceses, i també la situació jurídica de l'estranger que s'hi troba.

a) La «zona de espera» no es limita estrictament al lloc fronterer, ni a l'anomenada «zona internacional» d'un aeroport. La «zona d'espera» es delimita espacialment per l'Administració⁷⁵ i pot incloure en el seu interior fins i tot hotels o altres hostalatsges. La «zona d'espera» és, clarament, territori francès; una altra cosa és que en el seu perímetre regeixi un règim especial per als estrangers. No hi ha res

73. J. SOHIER, *Les privations*, p. 160.

74. Arrêt núm. 43/98 de 22 abril 1998.

75. Amb relació a les estacions ferroviàries: Resolució del Ministre de l'Interior de 28 de febrer de 1996.

aquí de ficció d'extraterritorialitat; hi ha, simplement, un règim juridicoadministratiu singular per a certes persones (estrangers). Les «zones d'espera» són especialment eficaces pel que fa al trànsit aeri, i amb menor mesura amb el ferroviari o el portuari. Davant dels estrangers embarcats actua, *de facto*, la prohibició de desembarcament com a mesura d'execució d'una denegació d'entrada, la qual cosa esterilitza l'eficàcia de les «zones d'espera» portuàries.⁷⁶

b) A la «zona d'espera» pot ser retingut l'estranger —per decisió de l'Administració fronterera— per un lapse de quaranta vuit hores ampliable a quaranta vuit hores més (art. 35 *quater* II de l'Ordenança de 1945). Més enllà d'aquests quatre dies, la retenció només és possible per resolució judicial, que es pot estendre, amb caràcter ordinari, fins vuit dies més (art. 35 *quater* III de l'Ordonnance); només en supòsits extraordinaris el jutge pot autoritzar una retenció addicional d'uns altres vuit dies (art. 35 *quater* IV de l'Ordenança). La intervenció judicial per prolongar la detenció té lloc, conforme a l'art. 35 *quater* III.1 de l'Ordenança, en dependències del centre de transports (estació de ferrocarril, aeroport o port). Pel que fa a la regulació de les retencions a les «zones d'espera», en la seva formulació original de 1992, es va pronunciar el *Conseil Constitutionnel* francès el 1992.⁷⁷ El *Conseil Constitutionnel* parteix del fet que la retenció de l'estranger en una «zona d'espera» és una privació de llibertat que, conforme a l'art. 66 de la Constitució, està sotmesa al control judicial. El Consell constitucional francès diu el següent: «el manteniment d'un estranger a la «zona de trànsit» (...) no conté una subjecció personal comparable a la que resulta de l'internament en un centre de retenció (...) però de l'efecte combinat del nivell de subjecció i de la durada de la retenció [20 dies] en resulta una veritable afectació a la llibertat personal protegida per l'art. 66 de la Constitució». Aquest punt de partida li serveix, al Tribunal, per considerar il·legítima la retenció de l'estranger a la «zona de trànsit» en la mesura que no es preveu la intervenció judicial per al control (i si s'escau, prolongació) de la retenció limitativa de la llibertat.⁷⁸

4.4 Detencions a la frontera com a mesura de control d'entrada

a) *Permanència del sol·licitant d'asil a la frontera*

L'art. 5.7.3 LRDA, després de la seva modificació per la llei 9/1994, va incloure la previsió que l'estranger sol·licitant d'asil a la frontera ha de «romandre» en el lloc fronterer a l'espera que l'Administració adopti una primera decisió d'admissió o no a tràmit de la sol·licitud d'asil. Si la decisió és d'inadmissió, és procedent el «rebuig» a la frontera (art. 17.1 LRDA) i la seva possible execució forçosa en forma de «devo-

76. F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, PUF, Paris, 2000, p. 66.

77. Decisión núm. 92-307, DC de 25 febrer 1992.

78. Vegeu F. MODERNE, a P. BIGLINO, *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y derecho comparado*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pp. 5 i ss (pp. 12 y 13).

lució» (art. 58.3 LOEx). En cas d'admissió a tràmit procederia l'entrada —amb certes cauteles— de l'estranger, a l'espera que finalment es resolgués la seva sol·licitud d'asil (art. 4.2 LRDA). L'art. 5.7.3 LRDA, en què es contempla la «permanència» del sol·licitant d'asil en el lloc fronterer, va ser impugnat pel Defensor del Pueblo davant del Tribunal Constitucional i a favor de la seva anul·lació es van oferir arguments diversos en la doctrina; fonamentalment, pel que fa al lapse de quatre dies de permanència a la frontera, que excedia del de setanta dues hores fixat a l'art. 17.2 CE.⁷⁹ Finalment, el Tribunal va desestimar el recurs per mitjà del seu STC 53/2002. Més que la resolució final desestimatòria, allò veritablement rellevant d'aquella Sentència és la seva fonamentació i el seu valor com a «doctrina constitucional» en sentit estricte, no alterable ja per mitjà de la «jurisprudència» que a partir d'ara puguin dictar les Sales del Tribunal.⁸⁰

- i) Es parteix, en primer lloc, de la vigència del dret a la llibertat també a la frontera, tal com anunciava la STC 174/1999. Es parteix, també, d'un concepte ampli de «privació de llibertat», que inclou aquelles situacions en què l'estranger podria —en hipòtesi— tornar al seu país o a un tercer Estat.⁸¹ Aquestes són les dues premisses lògiques que justifiquen un judici de fons per part del Tribunal.
- ii) A més, a la STC 53/2002 es tracen els llindars entre el dret a la llibertat de l'art. 17.1 CE i el dret a entrar lliurement a Espanya (de l'art. 19 CE). Davant del criteri de l'ATC 55/1996 (amb què guarda clara connexió el Vot Particular del Magistrat Vives Antón a la STC 53/2002), el Tribunal considera que l'art. 5.7.3 LRDA preveu una entrada lícita de l'estranger (precisament perquè l'autoritza la Llei) i que en aquesta entrada legal segueix una permanència no voluntària en el lloc fronterer.⁸² El Tribunal nega, com a premissa de la seva fonamentació, que la falta de gaudi del dret fonamental a entrar a Espanya (art. 19 CE)⁸³ condicioni l'eficàcia del dret fonamental a no ser sotmès a privació de llibertat pels poders públics espanyols (art. 17.1 CE).
- iii) L'últim grup de qüestions rellevants està en la definició de les relacions entre el dret fonamental de l'art. 17.1 CE i la llei. Els enunciats que, com a doctrina constitucional, el Tribunal formula són dos. Primer, que respecte a l'art. 17.1 CE la llei no compleix pròpiament una funció de «desenvolupament» o de «configuració» del dret, sinó una funció de limitació o modulació de l'exercici del dret fonamental.⁸⁴ L'afirmació és rellevant perquè fins aquest moment el Tribunal considerava que fins i tot la Llei Orgànica del Codi Penal era una llei de «desenvolupament» (en el sentit de l'art. 81 CE)

79. Una exposició d'aquests arguments, encara que no tots subscrits per l'autor, a P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo...*, pp. 71 i ss.

80. Sobre això, J. SANTOS VIJANDE, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Comares, Granada, 1995, pp. 7 i 19 i ss.

81. STC 53/2002, FJ 7 b).

82. STC 53/2002, FJ 4 a).

83. Avui reiterada, amb rotunditat, a la STC 75/2005, FJ 5.

84. STC 53/2002, FJ 5.

del dret fonamental a la llibertat. El Tribunal es desprèn aquí d'aquesta mena de «desenvolupament» tan deformada o obertament identifica en la Llei una funció de «limitació» en el gaudi del dret. D'altra banda, i pel que fa a l'exigència de forma «orgànica» en la Llei que regula la llibertat, el Tribunal aprofundeix en una doctrina nova que havia enunciat prèviament a la STC 292/2002, FJ 11. Es tracta de la distinció entre una «restricció directa» del dret fonamental en qüestió i una simple «restricció a la manera, temps o lloc de la seva execució». Només la primera, i no la segona forma de restricció legal, portaria aparellada l'exigència de forma orgànica.

b) *Detenció per a la devolució des de la frontera i retorn*

La LOEx també considera la «detenció» a la frontera com una forma de control d'entrada. I ho fa en la seva regulació de la devolució dels qui «pretenguin entrar il·legalment en el país» [art. 58.2 b) LOEx] i del retorn dels estrangers «als quals a la frontera no se'ls permeti l'ingrés en el país» (arts. 60.1 LOEx i 156 REx). Expressament es refereix l'art. 60.4 LOEx a la «detenció d'un estranger a efectes de retorn». I encara que l'art. 58.2 b) LOEx no parla expressament de «detenció», aquesta forma de privació de llibertat és inherent a la «devolució» des de la frontera.⁸⁵ Amb la STS de 20 de març de 2003 (FJ 18), que va anul·lar parcialment l'anterior art. 138.1 b) REx surt reforçada la idea que l'estranger en el moment de devolució és un subjecte «interceptat» a la frontera i des d'aquell moment sotmès a subjecció policial fins a la seva repatriació efectiva.

En ambdós casos [la devolució de l'art. 58.2 b) LOEx i el retorn de l'art. 60 LOEx] l'estranger es troba a Espanya i, el que és més rellevant, en ambdós casos es troba sotmès als dictats d'un poder públic espanyol, l'Administració de fronteres. A simple vista, el «retorn» no seria una forma de sortida d'Espanya sinó, simplement, un impediment de pas a la frontera. Però les coses no són així. Ni la regulació del retorn a la LOEx, ni la realitat actual dels moviments migratoris a Espanya permeten afirmar que estem davant d'un simple impediment de pas. La imatge del lloc fronterer com a paret mitjancera entre dos Estats, fidel al concepte clàssic de «frontera-línia»,⁸⁶ només val —i de manera molt limitada— per a les fronteres amb llocs policials de control que encara manté Espanya: Andorra, Gibraltar, Ceuta i Melilla. Però no descriu amb precisió, ni real ni jurídicament, els llocs fronterers portuaris i aeroportuaris. I aquests són els més rellevants per a Espanya. Dels 11.698 retorns executats el 2002, únicament 315 es van realitzar en un lloc fronterer terrestre: 4 a Melilla i 311 a Ceuta.⁸⁷ L'aixecament dels controls fronterers terrestres a l'espai Schengen (pel que fa a Espanya, respecte de Portugal i França) comporta que els retorns es plantegin avui, majoritàriament, en els llocs fronterers

85. Una altra opinió, D. MOYA, *Devolución...*, p. 226.

86. A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Les fronteres de la Unió. El model europeu de fronteres», a *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12 (2002), pp. 299 i ss (pp. 303 i ss).

87. CEAR-Euskadi: «Retornados en fronteras exteriores, año 2002» (informació obtinguda a través del lloc Web del Col·legi d'Advocats de Saragossa (www.extranjeria.info/inicio/index.htm)).

aeris o marítims. I això és tant com dir que l'estranger retornat ja és a Espanya (perquè es troba en un port o un aeroport espanyol). Per molt que el port o l'aeroport compleixin funcions frontereres, no es pot parlar aquí d'«espai extraterritorial».⁸⁸ L'estranger es troba a Espanya (en instal·lacions o espais on s'exerceixen controls fronterers) i, lògicament, se sotmet a la jurisdicció territorial espanyola, per molt que als efectes de l'art. 25 LOEx encara no hagi «entrat legalment» a Espanya. No es tracta d'una «ficció legal» d'entrada⁸⁹ sinó d'una entrada real per a la qual l'ordenament jurídic disposa d'un règim jurídic peculiar; en concret, la seva possible privació de llibertat a l'espera de repatriació.

Les «detencions» per a l'execució del retorn o la devolució són, sens dubte, privacions de llibertat sotmeses a l'art. 17.1 CE. I per això estan expressament autoritzades per la Llei. Però no són «detencions» de l'art. 17.2 CE, és a dir, no són mesures cutelars en el marc de la indagació criminal, que és al que es circumscriu l'art. 17.2 CE.⁹⁰ D'aquesta qualificació inicial de la «detenció» a la frontera en resulten diferències notables respecte del règim jurídic de la «detenció» criminal.

- i) En primer lloc, pel que fa al termini màxim de «detenció a la frontera». Per al cas del *retorn*, l'art. 60.1 LOEx preveu expressament un termini màxim de setanta dues hores en el lloc fronterer. Aquesta és una decisió legal, no constitucional; i això a diferència del termini màxim de setanta dues hores que per a la detenció preventiva criminal preveu l'art. 17.2 CE. És cert que tota privació de llibertat rellevant ex art. 17.1 CE (per tant, no només la detenció criminal de l'art. 17.2 CE) està sotmesa a límit temporal.⁹¹ Però també és cert que aquest límit temporal no té per què ser precisament de setanta dues hores;⁹² és possible aquí, per tant, que el legislador espanyol determini, a semblança del que va passar a França o a Bèlgica, un lapse més extens per a la detenció a la frontera; el límit constitucional serà aquí, fonamentalment, la proporcionalitat del lapse legal.⁹³ Pel que fa a la detenció per *devolució* [prevista a l'art. 58.2 b) LOEx] la Llei no fixa, en la seva redacció actual, cap límit temporal concret. Només per al supòsit de devolució de l'art. 58.2 a) LOEx: (devolució per trencament d'una expulsió prèvia) està previst expressament un termini màxim de setanta dues hores de detenció policial (art. 58.5 LOEx). A falta d'un màxim legal per a la detenció en cas d'intent frustrat d'entrada il·legal a Espanya [art. 58.2 b) LOEx] regeix únicament el principi de limitació temporal de tota privació de llibertat que s'indueix de l'art. 17.2 CE. I en la valoració constitucional de la durada

88. En aquest sentit, A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza», a *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 9 (2005), p. 10 (en: [http://www.reei.org/reei9/A.del%20Valle\(reei9\).pdf](http://www.reei.org/reei9/A.del%20Valle(reei9).pdf))

89. Una altra opinió, J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 468.

90. STC 341/1993, FJ 6 a).

91. STC 341/1993, FJ 6 a).

92. SSTC 174/1999, FJ 4; 179/2000, FJ 2; 53/2002, FJ 6.

93. STC 53/2002, FJ 8.

d'una detenció (per a la devolució per entrada il·legal frustrada) es pot tenir en compte tant la conducta de l'estranger sotmès a devolució com la diligència de la mateixa Administració.⁹⁴ Justament el cànon de «diligència» en l'actuació policial és el que es té en compte pel TEDH pel que fa a les privacions de llibertat diferents de la detenció criminal (per aquestes regiria el canó més estricte del «termini raonable»⁹⁵

- ii) En segon lloc, els drets que l'art. 17.3 CE lliga a la detenció criminal tampoc no són d'aplicació al cas de la detenció *assegurativa*. Tal com ha dit la jurisprudència constitucional, els drets de l'art. 17.3 CE només regeixen respecte de la detenció preventiva criminal.⁹⁶ Només s'exceptua, el «dret a ser informat de les raons de la detenció», que la jurisprudència constitucional no limita a la «detenció preventiva» criminal de l'art. 17.2 CE.⁹⁷ Tenim, doncs, que el dret fonamental a l'assistència lletrada (art. 17.3 CE) no regeix, en principi, en el procediment d'execució forçosa d'una resolució d'expulsió. Una qüestió diferent és que el Reglament d'Estrangeria (arts. 156.1 a) i 157.3 REx) estableixi tant un dret a l'assistència jurídica gratuïta com a l'assistència d'un intèrpret de llengües. No estem aquí davant la configuració prestacional d'un dret fonamental, sinó davant d'un dret subjectiu infraconstitucional.

El règim de detenció policial per a retorn (de l'art. 60 LOEx) o devolució [de l'art. 58.2 b) LOEx] és —en termes comparats— clarament favorable per a l'estranger. Més a munt s'ha fet referència, amb caràcter general, al règim francès de les retencions a les «zones d'espera». Ara ens podem detenir en la regulació del dret belga. D'acord amb l'art. 74.5 de la Llei belga de 15 de desembre de 1980, la detenció a la zona de trànsit es destina precisament a impedir l'entrada lliure de qui no compleix els requisits legals. La Llei preveu tres supòsits específics: prohibició d'entrada perquè l'estranger ha incorregut en un dels possibles supòsits de sortida obligatòria previst en la pròpia Llei; falta d'acreditació dels requisits que, d'acord amb l'art. 2 de la Llei, permeten l'entrada; i sol·licitud d'asil en el lloc fronterer. Per a tots aquests casos la Llei preveu la possibilitat o necessitat d'un cert

94. STC 179/2000, FJ 4.

95. Vegeu J. SOHIER, *Privacions...*, p. 157. A la STEDH de 24 de setembre de 1992, assumpte *Kolompar c. Bèlgica*, § 40, el Tribunal va considerar que no s'havia infringit el dret a la llibertat de l'art. 5.1 CEDH perquè la privació de llibertat de l'estranger (a l'espera de repatriació efectiva) l'havia originat el mateix estranger amb la seva conducta obstruccionista, no l'Administració.

96. STC 107/1985, FJ 3: «els drets declarats a l'art. 17.3 de la norma fonamental corresponen al "detingut", és a dir, a qui ha estat privat provisionalment de la seva llibertat per raó de la presumpta comissió d'un il·lícit penal i per a la seva posada a disposició de l'autoritat judicial en el termini màxim de setanta dues hores, si no s'ha cessat abans la detenció mateixa, segons prescriu el núm 2. del mateix article. Les garanties exigides per l'art. 17.3 —informació al detingut dels seus drets i de les raons de la detenció, inexistència de qualsevol obligació de declarar i assistència lletrada— troben, doncs, el seu sentit en assegurar la situació de qui, privat de la seva llibertat, es troba davant l'eventualitat de quedar sotmès a un procediment penal, i així la norma constitucional ha de procurar que aquella situació de subjecció no esdevengui en cap cas productora de la indefensió de l'afectat».

97. STC 341/1993, FJ 6 B. En aquest sentit, M. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *La detención...*, p. 119.

temps d'espera de l'estranger a la frontera, espera en tot cas per raó de la prohibició de circulació de l'estranger per qualsevol altra part del territori belga. El règim d'aquesta privació de llibertat a la frontera es concreta així: el termini màxim ordinari de detenció és de dos mesos; només es pot prolongar la detenció per terminis de dos mesos (i fins un màxim acumulat de cinc mesos) en el cas que ja hagi estat dictada una decisió executòria que impedeixi l'entrada de l'estranger i sempre que els tràmits per a la repatriació s'hagin iniciat en els set primers dies des que es va dictar la denegació d'entrada i si, a més, l'actuació administrativa se segueix diligentment i encara existeix una possibilitat efectiva de repatriació. Expressament l'art. 74.5.4 de la Llei preveu que allí on se superen els terminis màxims de detenció (o no s'acordi la prolongació) ha d'autoritzar-se l'entrada de l'estranger.

4.5 «Detenció» per a l'execució d'expulsions

La Llei d'estrangeria també considera, juntament amb les detencions en el lloc fronterer per impedir l'entrada lliure de l'estranger a Espanya, altres casos de detenció o retenció a la frontera per assegurar el compliment de deures de sortida de l'estranger; deures de sortida que provenen de resolucions d'expulsió respecte d'estrangers que ja es trobaven a Espanya. Els supòsits que preveu la Llei són dos:

a) En primer lloc, l'art. 64.1 LOEx expressament preveu que transcorregut el termini de compliment voluntari d'una resolució d'expulsió procedeix la compulsió policial. Aquesta consisteix en la «detenció i conducció fins al lloc de sortida pel qual s'hagi de fer efectiva l'expulsió». I que aquesta detenció es pot prolongar a les dependències del lloc fronterer (per exemple, a la «zona de rebutjats») es dedueix directament del mateix art. 64.1 LOEx en determinar que «si l'expulsió no es pogués executar en el termini de setanta dues hores, es podrà sol·licitar la mesura d'internament...». De manera que l'art. 64.1 LOEx distingeix entre un supòsit de detenció «assegurativa» a la frontera (fins a un màxim de setanta dues hores) i un «internament» al marge del lloc fronterer, que només pot ser acordat pel Jutge (art. 62 LOEx).

b) Hi ha, en segon lloc, el cas de l'estranger que, havent estat expulsat d'Espanya (o d'un altre país de l'espai Schengen) trenqui la prohibició d'entrada a Espanya que va annexa a la resolució d'expulsió. Per a aquest cas l'art. 58. 2 a) LOEx preveu la *devolució* de l'estranger. Encara que la Llei d'Estrangeria no parla aquí expressament de detenció i conducció de l'estranger fins al lloc fronterer (a diferència, per tant, de l'art. 64.1 LOEx) aquesta activitat policial és precisament el que es descriu amb el terme «devolució».⁹⁸ Cal tenir en compte, en aquest sentit, que la «devolució» de l'art. 58.2 a) LOEx és —d'acord amb la nostra jurisprudència— la «reexecució» forçosa d'un deure previ de sortida de l'estranger, el que li va

98. Aquest punt de partida, implícitament, a G. ARANDA Y ANTÓN, «Comentario a la STC 174/1999», a *Tribunales de Justicia*, núm. 3 (2001), pp. 78 i ss (pp. 85-86).

ser imposat a la resolució d'expulsió.⁹⁹ La devolució podrà comportar la retenció de l'estranger en el lloc fronterer (a l'espera de repatriació), si bé no il·limitadament. Així resulta de l'art. 58.5 LOEx en establir que «quan la devolució no es pogués executar en el termini de setanta dues hores, l'autoritat governativa sol·licitarà de l'autoritat judicial la mesura d'internament prevista per als expedients d'expulsió».

En els dos supòsits descrits —l'expulsió de l'art. 64.1 LOEx i la devolució de l'art. 58.2 a) LOEx— la detenció de l'estranger en el lloc fronterer té caràcter executiu. És la forma de compliment forçós d'una resolució d'expulsió.¹⁰⁰ És activitat policial de coacció que respon a la reserva legal de Llei imposada per l'art. 100 LRJ-PAC. Així ho declara amb claredat la STC 174/1999, sent encara vigent la LOEx de 1985. El Tribunal diu primer que «no tota compulsió personal constitueix detenció preventiva, ja que al marge d'aquesta situació es troben altres situacions jurídiques de subjecció o compulsió personal» (FJ 4); i després afegeix que «les Lleis administratives consideren la compulsió personal com una forma d'execució forçosa de resolucions administratives (així, amb caràcter general, art. 100.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre). És clar que l'execució forçosa d'una “ordre de devolució” (...) només pot tenir lloc mitjançant la subjecció i conducció física del subjecte fins a la seva sortida del territori nacional (art. 33.1 de la Llei Orgànica 7/1985)». Aquesta caracterització de la detenció per a l'expulsió o devolució com a mesura d'execució forçosa (per tant, no com a detenció preventiva penal) és determinant del règim de la detenció a la frontera. El fet que la detenció «assegurativa» dels arts. 58.2 a) i 64.1 LOEx sigui diferent de la detenció preventiva penal comporta conseqüències rellevants. De la mateixa manera que s'ha dit més a munt, pel que fa a la detenció com a mesura de control d'entrada a la frontera, el termini màxim de detenció de setanta dues hores (art. 58.4 LOEx, per als casos de devolució per trencament d'una ordre d'expulsió; i art. 64.1 LOEx, per a la primera execució d'una ordre d'expulsió) és una decisió legal, no constitucional. I això a diferència del termini màxim de setanta dues hores que per a la detenció preventiva criminal preveu l'art. 17.2 CE. A més, i com també s'ha dit més a munt, no regeix aquí el dret fonamental (art. 17.3 CE) a l'assistència lletrada, que només està prevista per a la detenció cautelar penal.

Aquí té interès comparar el règim espanyol de les detencions executives a la frontera (per a la repatriació de l'estranger) amb la regulació específica de les detencions executives en dret belga. Tant amb el seu dret positiu com amb el seu enjudiciament constitucional, des de la perspectiva del dret a la llibertat personal.

a) L'art. 7 de la Llei belga de 15 de desembre de 1980 regula diversos supòsits en què l'autoritat administrativa dicta una ordre de sortida (*ordre de quitter le territoire*) i hi afegeix una ordre de conducció a frontera a fi de materialitzar l'allunyament de l'estranger. Allí, a la frontera, l'estranger pot ser retingut per un *termini*

99. STS de 14 de novembre de 2001 (Ar. 2002/659). Vegeu D. MOYA, *Devolució...*, p. 199.

100. Similar: I. VILLAVERDE, *Detención e internamiento...*, p. 30.

màxim ordinari de dos mesos. Perquè es pugui prorrogar aquella detenció (per terminis successius màxims de dos mesos) és necessari que l'Administració hagi iniciat els tràmits per a la repatriació dins dels set primers dies hàbils després de la detenció; és necessari, a més, que l'Administració actuï amb la «diligència deguda» i que encara existeixi una «possibilitat real» de repatriar l'estranger en un període de temps raonable. En tot cas, el màxim de pròrrogues de la detenció en zona de trànsit no pot excedir d'un màxim acumulat de vuit mesos.

b) Precisament contra aquesta regulació de l'art. 7 de la Llei belga de 15 de desembre de 1980 (modificat parcialment el 1996) es va interposar recurs de nul·litat constitucional, que va ser rebutjat; això sí, la Sentència de la *Cour d'arbitrage* estableix amb claredat els límits que en cap cas podria ultrapassar el legislador (ni l'Administració, en l'aplicació de la Llei). La *Cour d'arbitrage* parteix del fet que allò regulat en el nou art. 7 de la Llei belga de 15 de desembre de 1980 és una veritable «privació de llibertat» que només és admissible —a la llum de l'art. 12 de la Constitució belga i de l'art. 5.1 CEDH— si és proporcionada i si respecta les garanties que assisteixen el qui es veu privat de llibertat.¹⁰¹ Destaca la Cort que la privació de llibertat ressenyada «no és pròpiament una pena sinó una mesura administrativa destinada a aconseguir l'allunyament efectiu dels qui són destinataris d'una ordre de sortida».¹⁰² Si partim implícitament de la legitimitat constitucional del fi pretès amb la privació de llibertat, la Cort considera no desproporcionat que el termini de detenció es prolongui més enllà de dos mesos, tenint en compte les dificultats que amb freqüència presenta la repatriació efectiva dels estrangers. Finalment, la *Cour d'arbitrage* constata també que en tot cas està garantit el control judicial de les mesures de privació de llibertat, i tot plegat fonamenta el seu rebuig al recurs d'anul·lació constitucional.

c) Comparat amb el sistema espanyol s'observa com el dret belga autoritza lapsos de detenció a la frontera (acordats per l'Administració) molt més dilatats que els que autoritza el dret espanyol. A més, la clau del sistema no està en l'existència de màxims temporals fixos sinó en la diligència de l'Administració en l'execució de l'ordre de sortida i en la possibilitat real que per mitjà de la detenció efectivament es pugui aconseguir l'allunyament de l'estranger. En última instància, ambdós criteris són reconduïbles a la idea de proporcionalitat: es prohibeixen les detencions inidònies (perquè la repatriació no és possible, per molt que l'estranger segueixi en el lloc fronterer) i aquelles que, tot i ser idònies (encara és possible la repatriació) resulten innecessàriament feixugues com a conseqüència de la falta de diligència de l'Administració en la iniciació dels tràmits de repatriació. Aquests cànons oberts també connecten amb la jurisprudència del TEDH en la seva exigència de «diligència deguda» a l'Administració que aplica una mesura privativa de llibertat diferent de la detenció cautelar penal.

101. Arrêt núm. 43/98 de 22 d'abril 1998, B 17-22.

102. Arrêt núm. 43/98 de 22 d'abril 1998, B 19.