

FRANCISCO VELASCO CABALLERO
Profesor titular de Derecho administrativo
Universidad Autónoma de Madrid
Director del Instituto de Derecho Local

1. INTRODUCCIÓN

En la opinión pública española es identificable, hoy, una conexión atávica y difusa entre inmigración e inseguridad ciudadana. Así lo muestran encuestas y muestreos.² El fundamento de aquella conexión entre inseguridad e inmigración no viene, sin embargo, arropado con datos objetivos determinantes. Primero porque el número de inmigrantes en España es aún relativamente bajo (si se compara con otros países de la Unión Europea). Y segundo, porque los hechos que normalmente desencadenan la percepción de inseguridad no justifican por sí aquella conclusión.³ Tomemos algunos datos sobre delincuencia y seguridad referidos principalmente Cataluña y Madrid, como ejemplos de Comunidades Autónomas con un alto grado —relativo— de población inmigrante.

Empecemos por la comisión de *delitos y faltas*. Tenemos, de un lado, que la delincuencia ligada a los extranjeros normalmente consiste en delitos patrimoniales menores y faltas ligados a estados carenciales (de cultura, de dinero, de rela-

1. Este trabajo tiene su origen en otro más amplio realizado con Luis Pomed Sánchez y publicado en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7 (2003), pp. 135 y ss.

2. Según la encuesta «Opina» para *El País* (lunes, 3 de febrero de 2003), el 56'8 por 100 de los encuestados consideran que la inmigración ha contribuido decisivamente al aumento de la delincuencia. Según la encuesta del CIS de mayo de 2003, el 58'1 por 100 de los españoles vincula inseguridad ciudadana e inmigración (véase extracto en *El País*, de 27 de junio de 2003, p. 23). Más recientemente, en el barómetro del CIS de noviembre de 2005, un 40 por 100 de los encuestados consideran que la inmigración es el segundo problema de España (a mucha distancia, por delante, del paro o la vivienda). Véanse estos datos en www.cis.es

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

ciones sociales o de integración)⁴ y realizados por un grupo muy acotado de extranjeros: los irregulares o los regulares con trabajo discontinuo (como los trabajadores temporeros de Girona).⁵ Los delitos graves con frecuencia están vinculados a «grupos organizados que operan circunstancialmente en España», que poco o nada tienen que ver con la inmigración.⁶ Además, los delitos contra las personas (en especial, homicidios y asesinatos) no son cometidos mayoritariamente por extranjeros; más aún, el número de extranjeros agredido por españoles (en delitos de homicidio o asesinato) es superior al número de españoles agredidos por extranjeros; hay que destacar aquí, además, que un altísimo porcentaje de los homicidios y los asesinatos (el 82 por 100) tiene lugar entre español y español o entre extranjero y extranjero.⁷ De otro lado, datos con frecuencia vertidos a la opinión pública, como el número total de internos en centros penitenciarios,⁸ sólo pueden ser correctamente valorados en función del sistema español de prisión provisional, que penaliza a quien carece de arraigo en España (así, normalmente, al extranjero).

Muy relevantes son también los datos sobre *detenciones* de extranjeros. Las cifras globales son elevadas. Y de ello se hacen eco con frecuencia los medios de comunicación. Pero aquí la precisión en la interpretación de los datos resulta primordial. En 2003, en Cataluña, se practicaron más de 300.000 detenciones. De ellas, un 54 por 100 correspondían a extranjeros (frente a un 46 por 100 de españoles). Pero aquí el dato relevante es que la mitad de los detenidos extranjeros lo fue por infracciones de la Ley de Extranjería, no por contravenciones penales.⁹ En los últimos años, las memorias del Ministerio Fiscal muestran un aumento progresivo de las detenciones de extranjeros (en torno al 3 por 100, para el período 2002-2003). Pero ese mayor número de detenciones se da, principalmente, en zonas o ciudades donde el crecimiento de la población inmigrante es incluso superior al incremento de las detenciones (así: Málaga, Madrid, o Girona). Un dato singular y relevante es el de las detenciones por tráfico de drogas. En 2004 se practicaron 12.244 detenciones de españoles frente a 4.793 detenciones de extranjeros. En perspectiva diacrónica, desde 2000 a 2004 el número de detenciones de españoles se ha reducido en un 25 por 100, mientras que las detenciones de extranjeros por tráfico de drogas han aumentado un 0.9 por 100.¹⁰ No se puede negar el incremento de las detenciones de extranjeros. Pero repárese en que la reducción de las detenciones de españoles tiene mucho que ver con el envejecimiento (y crecimen-

4. «Memoria elevada al Gobierno de Su Majestad presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Jesús Cardenal Fernández», Madrid, 2002, p. 174. En términos similares véase 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; y *Memoria del Ministerio Fiscal* (2004), p. 534.

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

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

9. Resalta este dato, L. PARADELL, en L. PARADELL, R. NEGRE y T. CARRASCO, *Inmigración y seguridad, una visión desde la policía*. Documentos CIDOB, Serie Migraciones, núm. 4 (2005), pp. 10 y ss (p. 12). Documento archivado en www.cidob.es. En el mismo sentido: B. DEL ROSAL, «Mitos y realidades sobre la relación entre inmigración y delincuencia», en *Derechos ciudadanos*, núm. 0 (2005), pp. 119 y ss (p. 120)

10. *Memoria del Ministerio Fiscal* (2005), p. 46 (archivo grabado en www.fiscal.es).

to vegetativo casi inexistente) de la población española. Y repárese también en que el crecimiento de la población inmigrante (sobre todo, del segmento de edad juvenil, más en contacto con el consumo de drogas) no lleva aparejado, en la misma medida, un crecimiento de las detenciones por tráfico de estupefacientes. De manera que, en términos absolutos, con más población inmigrante se practican, comparativamente, menos detenciones por tráfico de drogas. Por último, quedaría siempre pendiente de analizar si las detenciones de extranjeros se deben a una mayor eficacia policial en relación con este grupo de personas, a su mayor indefensión (favorecedora de la delación) o, simplemente, a la mayor fijación policial en las actividades de este grupo.

Por último, los datos sobre inmigrantes «irregulares» en España y sobre las repatriaciones, también objeto de inquietud en la opinión pública española, tanto dicen de la actividad económica en España como de la seguridad ciudadana, y sin embargo la inquietud social que reflejan las encuestas sólo se expresan a través de este segundo aspecto. En suma, la percepción cierta de inseguridad ciudadana no responde fielmente a datos objetivos. El miedo atávico a lo foráneo magnifica la relevancia real de los datos referidos a inmigración y seguridad ciudadana. Aporto aquí un dato final que bien puede mostrar la falta de correspondencia entre los problemas reales (derivados de la inmigración) y la percepción social de esos problemas: en noviembre de 2005 el 59 por 100 de los españoles opina que ya hay demasiados inmigrantes en el país; en cambio sólo un 13 por 100 de los españoles considera que la inmigración sea un problema que le afecta directamente. Como se ve, no hay correspondencia entre la extensión real de los problemas y la percepción social de su importancia.

Esté fundada o no la conexión entre inmigración e inseguridad ciudadana, lo cierto es que las políticas públicas (y los programas políticos) han conectado nítidamente ambos fenómenos. Con ello se retroalimenta la propia conexión social entre inmigración e inseguridad. De poco valen aquí las advertencias del Fiscal General del Estado frente a la manipulación de los datos sobre delincuencia.¹¹ Se llega así a lo que —parafraseando una expresión ya enraizada en la dogmática penal—¹² podemos denominar política pública «de enemigo», dirigida frente al inmigrante «irregular». Esta política pública se expresa tanto en iniciativas legislativas como en la actuación administrativa.

a) Las iniciativas legislativas no son nuevas. Si descontamos la LOEx de 1985 (más motivada por la adhesión de España a las Comunidades Europeas que por

11. «Parece exigible a los responsables políticos, y a todo aquel con capacidad de creación de opinión, un mínimo de cautela y un mucho de seriedad al examinar las causas del delito: no es tolerable atribuir a la inmigración en general lo que es predicable de la marginación que a algunos inmigrantes afecta; predicar de la inmigración lo que debe a la marginación resulta un disparate sociológico, una injusticia desde el punto de vista jurídico y un gravísimo error político, con consecuencias inimaginables» (*Memoria del Ministerio Fiscal 2003*, p. 175).

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

una política pública de control de la inmigración) la reacción legislativa frente a la inmigración irregular viene jalonada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que modifica parcialmente la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado; por los arts. 89 y 108 del Código penal de 1995; y por la LOEx de 2000. Todas estas Leyes distinguen, por principio, entre el inmigrante legal o regular (el que *entra* en España en la forma establecida en la Ley y permanece mediando un título de *estancia* o de *residencia* válido) y el inmigrante ilegal o irregular (quien entra clandestinamente en España, carece de un título válido que autorice su permanencia en España o comete infracciones administrativas castigadas con la expulsión). El «inmigrante legal» es, en términos jurídicos, titular de derechos de libertad, participación y prestación adecuados para favorecer su integración real en España; en términos políticos el «inmigrante legal» es destinatario de políticas públicas (se formalicen o no en Derecho) encaminadas a su integración social. El «inmigrante ilegal» queda al margen del Derecho y políticas de integración. Aquí el objetivo del Derecho y políticas de inmigración es su salida o alejamiento de España. A tal fin se disponen medios jurídicos —y administrativos— que, de un lado, impidan las entradas ilegales en España y que, de otro lado, eviten las estancias sin título jurídico típico. Frente al «inmigrante ilegal» se despliega la policía administrativa, tanto preventiva como represiva. En esta línea de represión de la inmigración irregular ahonda la reforma del art. 57.7 LOEx por medio del art. 2.2 de Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre. En el nuevo art. 57.7 se generaliza la expulsión del inmigrante irregular procesado o inculcado por delitos castigados con penas de hasta seis años de privación de libertad.¹³

b) La actuación administrativa frente a la inmigración irregular es, en gran medida, actividad policial: para impedir la entrada irregular del extranjero; para identificar y aprehender al extranjero que se encuentra ilegalmente en España, y para ejecutar forzosamente los deberes de salida que —impuestos judicialmente o por la propia Administración— pesan sobre el extranjero en situación irregular. El eje de esa policía administrativa de seguridad es la frontera. Pues sólo dentro de las fronteras —hoy, de la Unión Europea— se puede hablar de inmigración legal o

13. Art. 2.2 del Proyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000: El apartado 7 del artículo 57 tendrá la siguiente redacción:

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

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

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

ilegal. Ello no significa que la policía administrativa de inmigración sea, únicamente, policía «de control de fronteras». Las formas de la policía administrativa de inmigración, tanto española como europea, están ampliamente descritas en el denominado «Catálogo Schengen», denominación apocopada del «Catálogo de recomendaciones y de mejores prácticas para la correcta aplicación del acervo Schengen».¹⁴ Lo que en el «Catálogo Schengen» se define como «Modelo integrado de policía de fronteras» comprende cuatro niveles o filtros: actuación en países de origen o tránsito de la inmigración (fundamentalmente, mediante la expedición de visados en el extranjero); cooperación bilateral o internacional con los países donde se originan o por donde circulan los flujos migratorios, cooperación policial que se concreta en la ayuda para la protección de fronteras ajenas y en la readmisión del inmigrante ilegal; control de puestos fronterizos y vigilancia de fronteras; y, por último, policía de seguridad en el interior. De todas las formas descritas de «policía de fronteras», en este estudio sólo vamos a prestar atención a varios aspectos relevantes y problemáticos de los dos últimos niveles o filtros: en los puestos fronterizos y en el interior. Y en estos dos ámbitos vamos a abordar dos cuestiones referidas a la libertad personal del extranjero (art. 17.1 CE) frente a la actuación administrativa: la identificación policial del extranjero y las privaciones de libertad en la frontera.

2. POLICÍA DE SEGURIDAD Y LIBERTAD

El extranjero, todo extranjero, disfruta del derecho a la libertad frente a los poderes públicos de España. Y por tanto frente a la actuación de la policía española de seguridad. Así resulta tanto del art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) como del art. 17.1 CE. Aquí hay que distinguir con claridad entre el derecho a entrar o residir libremente en España (art. 19 CE), del que sólo disfruta quien cumple con todos los requisitos fijado por la Ley,¹⁵ y el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), del que en todo caso disfruta el extranjero; incluso cuando su entrada o estancia es ilegal. Hay que subrayar aquí, de otro lado, que el derecho a la libertad no está condicionado por el lugar donde se encuentre el extranjero. En tanto derecho reaccional, la libertad ampara al extranjero allí donde el Estado español impida su disfrute lícito. Esto es lo que resulta tanto del art. 1 CEDH¹⁶ como de la jurisprudencia constitucional española.¹⁷ Lo relevante no es, por tanto, dónde se halle el extranjero: si está aquende o allén del puesto fronterizo; si está en el espacio aéreo español, en zona de tránsito aeroportuaria o

14. Presentado el 28 de febrero de 2002 por el Consejo de la Unión Europea.

15. SSTC 94/1993, FJ 3; 242/1994, FJ 4; 86/1996, FJ 2; 174/1999, FJ 4; 52/2002, FJ 4; véase también M. C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 205 y ss. El derecho fundamental a «entrar» en España ha quedado definido de forma muy estricta en la STC 75/2005, FF JJ 5 y 6.

16. STDH de 26 de junio de 1992, caso Drozd y Janousek c. Francia y España, § 91.

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

sobrevolando cualquier país; o si está en tierra firme, en el mar territorial español o en alta mar.¹⁸

Pero la libertad personal del extranjero es susceptible de limitación legal. Así lo prevén tanto el art. 5.1 CEDH como el art. 17.1 CE. Sólo en estos términos resulta lícita la actuación policial que con frecuencia impone limitaciones, privaciones o restricciones en la libertad personal del extranjero. El art. 5.1 f) CEDH expresamente prevé la privación de libertad del extranjero «Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición». Se trata, además, de una privación de libertad distinta de la detención criminal preventiva, lo cual es muy relevante para identificar los límites máximos de la privación de libertad: no rige aquí el límite exigente del «plazo razonable» del art. 5.3 CEDH [que es el límite temporal exigible a la detención criminal preventiva prevista en el art. 5.1 c) CEDH] sino un canon más laxo de «diligencia exigible» en la actuación administrativa que se sirve de la privación de libertad del extranjero para impedir su entrada ilegal o para ejecutar forzosamente una orden de salida.¹⁹ De otro lado, el art. 17.1 CE expresamente autoriza a la Ley para que establezca los casos y formas en que cualquier persona (también el extranjero) puede ser privado de libertad. No estamos aquí ante un «desarrollo» o «configuración» legal del derecho fundamental a la libertad personal sino justamente ante la posibilidad de que la Ley limite el disfrute de ese derecho. Tratándose de una limitación en el disfrute de un derecho fundamental rigen aquí los cánones constitucionales de certidumbre y proporcionalidad.²⁰

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

3. IDENTIFICACIÓN DEL EXTRANJERO

Ya hemos dicho que la policía de seguridad, en frontera y en el interior, está dirigida a impedir la entrada o imponer la salida del «inmigrante ilegal». Ello exige

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

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 y ss (p. 157).

20. STC 53/2002, FJ 5.

controles policiales encaminados a la identificación del extranjero en quien no concurren los requisitos legales de entrada o permanencia. En la doctrina ya se ha expresado, con carácter general, un criterio contrario a las identificaciones policiales sistemáticas.²¹ Ahora se trata de precisar en qué casos, y bajo qué condiciones, son aceptables aquellas identificaciones policiales. El punto de partida consiste en destacar que con frecuencia —aunque no siempre— los controles policiales de identidad pueden llevar aparejadas limitaciones más o menos leves en la libertad personal. Empecemos por precisar dónde los controles policiales de identidad carecen de eficacia limitativa sobre la libertad personal. Más adelante nos detendremos en los controles de identidad limitativos de la libertad.

3.1. Controles de identidad no limitativos de la libertad

233

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

Conforme a lo dicho, no hay restricción policial de la libertad en la exigencia de identificación (o sometimiento a comprobación de la identidad aportada) en el puesto fronterizo; quien pretende beneficiarse de un posible derecho de entrada ha de acreditar que en él concurren los requisitos legales, y para ello es necesaria una identificación completa del sujeto. Aquí no hay propiamente un requerimiento policial de identificación que imponga un hacer o soportar al extranjero. Hay una aportación de los datos que permiten el reconocimiento de un derecho rogado. Obviamente lo dicho se refiere únicamente a la acreditación de identidad y a su posible verificación. Nada dice de intervenciones corporales desvinculadas de la identificación del solicitante de entrada. Quedan al margen de lo dicho, por tanto, los «cacheos» e inspecciones corporales en los puestos fronterizos dirigidos a la prevención de ciertos delitos, como el tráfico de drogas. Aquí sí estamos ante medidas coactivas que afectan a la libertad deambulatoria²² y donde, por tanto, rigen los límites constitucionales frente a las restricciones de libertad. Tampoco hay limitación en la libertad allí donde el extranjero está obligado a acreditar su identidad a fin de obtener una autorización administrativa que justifique su estancia o residencia en España.

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

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

3.2. Controles de identidad limitativos de la libertad personal

Sí hay limitación de la libertad allí donde la intervención policial para el control de identidad tiene lugar de oficio, al margen de toda solicitud del extranjero. Esa limitación de libertad existe, desde luego, en los supuestos en los que el control de identidad se realiza *mediando traslado y permanencia* en dependencias policiales. Bien como detención *sensu stricto*, esto es, en el marco de la persecución policial de sospechosos de participación en delitos; bien como actuación preventiva de la policía de seguridad. En ambos casos hay privación de libertad,²³ si bien autorizada por la Ley conforme a lo exigido por el art. 17.1 CE. La detención criminal tiene amplio amparo en el art. 492.4 LECrim.²⁴ También la conducción preventiva a dependencias policiales —para el único fin del control de identidad— está autorizada, aunque esta vez de forma más restringida, por el art. 20.2 LOPSC:²⁵ para «impedir la comisión de un delito o falta», o «al objeto de sancionar una infracción», entendiéndose en este último caso que se trata de una infracción administrativa ya cometida.²⁶ Precisamente la segunda de las causas de identificación por medio de conducción coactiva del art. 20.2 LOPSC («al objeto de sancionar una infracción») guarda estrecha relación con la persecución policial de la inmigración ilegal, dado que la estancia o permanencia en España sin título jurídico suficiente se tipifica directamente como infracción administrativa [art. 53 a) LOEx].

También se puede afirmar que el simple requerimiento de identificación en la vía pública (y subsiguientes comprobaciones policiales «in situ») contienen una privación de libertad sometida a la reserva de Ley del art. 17.1 CE. Este tipo de controles policiales está huérfano de jurisprudencia, pues los litigios suelen presentarse ante los Jueces y Tribunales de forma impura: bien porque al control de identidad en la vía pública sigue la detención o conducción a comisaría; bien porque al control de identidad acompaña una medida de intervención más intensa, como es la llamada «diligencia de cacheo», cuyo carácter limitativo de la libertad se afirma sólo veladamente bajo la calificación de «breve medida coactiva que afecta a la libertad ambulatoria».²⁷ Con todo, hay argumentos bastantes para sostener que estamos ante privaciones de libertad del art. 17.1 CE, si bien no de detenciones del art. 17.2 CE. Hasta la fecha, en la jurisprudencia constitucional no se ha planteado abiertamente si el requerimiento policial de identificación afecta limitativamente a la libertad del individuo. Con frecuencia se invoca —incluso por la jurisprudencia penal—²⁸ una providencia de inadmisión del Tribunal Constitucional (de 26 de noviembre de 1990);²⁹ pero difícilmente

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

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

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

26. STC 341/1993, FJ 5.

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

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

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

puede entenderse que a través de providencias de inadmisión el Tribunal Constitucional haya establecido criterio alguno sobre el alcance de la libertad personal. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado, eso sí, de los controles de alcoholemia (SSTC 107/1985 y 22/1988); y ha negado que dichos controles sean contrarios al art. 17 CE. Pero lo declarado en aquellas dos Sentencias sólo puede entenderse en el concreto contexto de sus procesos de amparo,³⁰ sin que se pueda inducir un criterio general proyectable sobre los controles policiales de identidad que ahora nos ocupan. Desde luego, la «doctrina constitucional» que se contiene en la STC 341/1993, FFJJ 4 y 5, del Pleno del Tribunal, no permite aquella conclusión. En las STC 341/1993 las «retenciones» identificativas (se enjuiciaba en concreto el art. 20.2 LOPSC) son consideradas como «privaciones» de libertad autorizables por la Ley conforme al art. 17.1 CE. A nuestro juicio, tanto la estructura interna de nuestro sistema constitucional como una muestra selectiva de Derecho comparado llevan a concluir que los controles policiales de identidad, practicados de oficio, contienen en sí una limitación (por menor que pueda parecer) en la libertad personal garantizada por el art. 17.1 CE.³¹

a) En la jurisprudencia constitucional prima, con carácter general, una comprensión *a priori* amplia del contenido de cada derecho.³² Eso sí, el contenido del derecho fundamental es luego limitable por el legislador (*ex art.* 53.1 CE) como resultado de la concurrencia y ponderación de los bienes constitucionales en juego. Así está expuesto con claridad y precisión, entre muchas, en la STC 52/1995, FF JJ 4 y 5. Esto es lo que, desde un punto de vista teórico, se ha descrito como la conversión de «derechos fundamentales *prima facie*» (los que enuncia la Constitución) en «derechos fundamentales definitivos» (los que resultan de la labor limitadora y delimitadora del legislador).³³ Es la reserva de Ley en materia de derechos fundamentales lo que fuerza tanto a una comprensión *ex ante* extensa

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

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

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 y ss.

de cada derecho fundamental, como al reconocimiento de un amplio poder de limitación a favor del legislador de los derechos fundamentales.³⁴ Llevado este planteamiento de principio al ámbito del art. 17.1 CE resulta que la libertad personal es, en principio, amplia: rechaza cualquier dirección de la conducta ajena a la propia determinación de cada individuo. Cuestión distinta es que la Ley pueda, conforme al art. 53.1 CE, imponer deberes de hacer, no hacer o soportar a los ciudadanos, y con ello limitar la libertad *prima facie* amplia que enuncia el art. 17.1 CE. De esta manera, no se puede negar que los controles de identidad limitan la libertad de cada individuo, garantizada por el art. 17.1 CE. Cuestión distinta es que la Ley legítimamente pueda imponer aquellos límites (arts. 17.1 y 53.1 CE) y que, por tanto, el derecho fundamental a la libertad personal no sea ya resistente frente a controles policiales de identidad.

b) A un resultado similar se llega prestando atención a la utilización que la jurisprudencia constitucional ha hecho del principio de proporcionalidad en relación con los controles policiales de identidad (así, en la STC 13/2001, FJ 8). La aplicación del principio de proporcionalidad sólo se explica si previamente hemos identificado una intervención limitativa en un derecho fundamental, limitación ésta frente a la que precisamente se alzaría dicho principio constitucional.³⁵ Así que sin previo derecho fundamental no es posible «test» alguno de proporcionalidad. Desde esta perspectiva podemos identificar en la STC 13/2001 —al menos de forma implícita— el reconocimiento de que los controles policiales de identidad restringen el disfrute de la libertad personal. La STC 13/2001 declara que «aun contando con cobertura legal y ejercitándose el requerimiento para el cumplimiento del fin previsto normativamente, el ejercicio de las facultades de identificación ha de llevarse a cabo de forma proporcionada, respetuosa, cortés y, en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo». Dado que «la esfera del individuo» no es objeto directo de ninguna norma constitucional, hemos de concluir que con esa expresión se está haciendo referencia —en este caso— a la libertad personal.

c) También el Derecho comparado presenta a los controles policiales de identidad como restricciones o límites a la libertad del individuo; límites que sólo son legítimos si los fija la Ley. La jurisprudencia constitucional francesa viene entendiendo que, en principio, los controles policiales de identidad afectan al derecho a la libertad del art. 66 CRF;³⁶ incluso cuando esos controles se limitan a la policía judicial. Otra cosa es que la Ley que prevé esos controles pueda ser legítima, en atención a los fines que persigue y a la vista del tipo y forma de controles concre-

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

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

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

tamente previstos. También los Derechos de policía de los Länder alemanes parten claramente de la premisa de que los controles policiales de identidad limitan o restringen (*greifen ein*) la libertad personal (en este caso, del art. 2 I GG). Esa premisa se plasma, por ejemplo, en la Ley de Policía del Sarre,³⁷ que expresamente declara en su art. 7 (por exigencia del mandato de determinación del art. 19 I 2 GG) que los controles de identidad previstos en el art. 9 limitan la libertad personal. También en la jurisprudencia constitucional alemana se recoge esta conexión elemental entre libertad personal y requerimientos policiales de identificación. En una Sentencia de 7 de marzo de 1995³⁸ el Tribunal Constitucional Federal otorgó el amparo pedido por un manifestante que había sido sancionado por oponerse a un control policial de identidad. En lo que ahora importa, el Tribunal alemán claramente establece que un requerimiento policial de identificación restringe el disfrute del «derecho general de libertad» (del art. 2 I GG); y si bien es cierto que aquella restricción se concreta en el sacrificio de la llamada «autodeterminación informativa», lo cierto es que en Derecho público alemán dicha autodeterminación informativa es una faceta o vertiente más del «derecho general de libertad» del art. 2 I GG.

Otra cosa parece deducirse de la jurisprudencia del TEDH, en su distinción entre «restricciones» y «privaciones» de libertad. Las primeras quedarían, en principio, al margen del ámbito de protección del derecho a la libertad del art. 5.1 CEDH; sólo cuando las restricciones presentaran una especial intensidad podría hablarse propiamente de privaciones de libertad prohibidas por el art. 5.1 CEDH.³⁹ Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no se ha ocupado en especial de los controles de identidad, parecería que, a partir de su distinción jurisprudencial entre «restricciones» y «privaciones» de libertad, los controles policiales de identidad —en tanto restricciones a la libertad de baja intensidad, no cualificadas— no afectarían al derecho a la libertad. Varias precisiones impiden llegar a esta conclusión. En primer lugar, la jurisprudencia del TEDH se sirve de los conceptos de «restricción» y «privación de libertad» sólo de forma tendencial o indicaria; que una limitación a la libertad sea o no «privación» (del art. 5 CEDH) depende de las características de cada caso, teniendo en cuenta el tipo de medida, su duración, efectos y forma de ejecución.⁴⁰ Por tanto, ninguna medida restrictiva de la libertad puede considerarse, por principio, ajena al ámbito de protección del art. 5.1 CEDH. Además, la distinción entre «restricción» y «privación» de la libertad hay que entenderla únicamente en el contexto del CEDH, que fija estándares de derechos humanos para muy diversos países europeos, pero en modo alguno excluye estándares de derechos fundamentales más elevados en cada uno de los Estados parte en el Convenio; de ahí que el propio art. 53 CEDH expresamente prohíba toda interpretación del Convenio encaminada a limitar o perjudicar derechos

37. Ley núm. 1252, de 8 de noviembre de 1989, modificada por última vez por Ley de 7 de noviembre de 2001.

38. Reproducida a texto íntegro en *EuGRZ* 1995, pp. 258 y ss.

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

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

humanos o libertades fundamentales reconocidas en los Derechos nacionales. Fuera del estándar mínimo de libertad que asegura el art. 5.1 CEDH (frente a las «privaciones de libertad»), en Protocolos anejos al Convenio se contienen estándares más elevados de libertad. Es el caso del Protocolo núm. 4,⁴¹ que en su art. 2.1 garantiza el derecho «a circular libremente» a toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado.

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

3.3. Derecho a la igualdad e identificación policial de extranjeros

Un control policial de identidad, aun autorizado en abstracto por la Ley, puede ser ilícito si en su ejecución vulnera el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), derecho invocable por el extranjero.⁴² La práctica policial y judicial muestra que no es infrecuente la invocación del art. 14 CE en relación con diligencias policiales de identificación donde media una detención o «acompañamiento forzoso» a comisaría. Se suele argumentar que la raza, y no necesidades concretas de seguridad, es lo que lleva al control de identidad. La respuestas de la jurisprudencia son de dos clases: o bien se niega que hubiera sido la raza el elemento conducente al control de identidad; o bien se reconoce que la raza determinó el requerimiento de identificación pero simultáneamente se considera que ese tipo de requerimiento basado en la raza no es contrario al art. 14 CE.

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

Veamos un caso del primer grupo.⁴³ Un extranjero, de raza negra, recurre en casación una condena penal (por tráfico de drogas) alegando que la prueba fue

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

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

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

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

Según se ve, la STS comentada enjuicia la posible orientación racista del control policial únicamente desde la perspectiva constitucional del art. 14 CE. Pero en seguida hay que matizar que en ocasiones la orientación racista en un control policial ha de enfocarse como una posible lesión del derecho a la libertad personal (a no sufrir privación de libertad por razones de raza), no del derecho a la igualdad.⁴⁴ En efecto, allí donde el control policial (más conducción a comisaría y cacheo) careciera de todo fin preventivo o indagatorio (a los que se refiere el art. 20.1 y 2 LOPSC) y únicamente presentara una motivación racista, habría que concluir que el derecho fundamental en cuestión es la libertad personal (art. 17.1 CE) y no el derecho a la igualdad. En efecto, dado que el control policial de identidad (cuando se practica de oficio) sólo es legítimo en los casos que autoriza la Ley, cuando la actuación administrativa se desvía de los concretos supuestos de autorización legal estaríamos no sólo ante una vulneración de la Ley (en este caso, del art. 20.1 y 2 LOPSC) sino ante una vulneración del derecho fundamental de fondo: la libertad personal. La invocación del derecho a no sufrir discriminación (art. 14 CE) procederá, en cambio, en aquellos supuestos en los que estando la actuación policial encaminada a la prevención o la indagación, en su aplicación se toma la raza como elemento individualizador del sujeto pasivo del control. Más adelante veremos el posible alcance de esta invocación del art. 14 CE.

44. En términos de Derecho comparado, véase la distinción de la jurisprudencia estadounidense entre la protección de la libertad y de la igualdad frente a medidas de identificación de «perfil racial». Sobre ello, F. GUILLÉN I LASIERRA, «Policía, minorías y discriminación: parámetros per a un ús adequat de les característiques racials en la investigació d'il·lícits», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 102, núm. 4 (2003), pp. 1089-1119 (pp. 1105 y ss).

b) Identificación policial fundada en la raza

Nos referimos ahora, como caso paradigmático, a la STC 13/2001.⁴⁵ En aquel caso, la demandante de amparo (española de raza negra) había sido sometida a un control de identidad (con diligencia de «acompañamiento» a dependencias policiales) en la estación ferroviaria de Valladolid, intervención policial que la recurrente tildaba de discriminatoria por basarse, precisamente, en la raza. El Tribunal Constitucional considera, en síntesis, que la toma en consideración de la raza (en realidad, del color de la piel como rasgo físico externo caracterizador de la raza) no supone, por sí, que la actuación policial de identificación resulte discriminatoria. Dice la STC 13/2001 que «determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos [en los controles de identidad] como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne» (FJ 8); y añade después que «lo discriminatorio hubiera sido la utilización de un criterio (en este caso el racial) que careciese de toda relevancia en orden a la individualización de las personas para las que el Ordenamiento jurídico ha previsto la medida de intervención administrativa, en este caso los ciudadanos extranjeros» (FJ 9). En la fundamentación de la Sentencia cobra cierta relevancia el lugar y momento en que se realiza el control de identidad (en estación ferroviaria, al descender de un tren). Este dato se utiliza con un doble fin: al servicio de un velado test de proporcionalidad, afirmándose así el carácter escasamente gravoso del control de identidad, pues en tales circunstancias «es usual que [la persona sometida a control] lleve consigo la documentación acreditativa de su identidad» (FJ 8); y como indicio objetivo de extranjería: «la actuación policial se produjo en un lugar de tránsito de viajeros, una estación de ferrocarril, en el que, de una parte, no es ilógico pensar que exista mayor probabilidad que en otros lugares de que las personas a las que selectivamente se solicita la identificación puedan ser extranjeras...» (FJ 9).

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

45. Sobre esta Sentencia, véase: 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», en RVAP 61 (I), 2001, pp. 370 y ss; y F. GUILLÉN I LASIERRA, *Policía, minorías y discriminación...*, pp. 1089 y ss.

estaríamos, entonces, ante un control policial de personas de raza negra, sino ante un control de identidad de posibles extranjeros, siendo criterio indiciario y razonable de extranjería la caracterización racial de la persona. Veamos.

En la actualidad —y en España— no se puede excluir que las características raciales sean indicios razonables de extranjería. Pero la simple razonabilidad no inviste de licitud a la toma en consideración de la raza. Precisemos, antes que nada, que de lo que aquí se habla es de la razonabilidad de una inferencia lógica en la aplicación de la Ley; no se está valorando, por tanto, la hipotética razonabilidad —como elemento del juicio constitucional de igualdad— de una norma que se sirviera de la raza como criterio distintivo entre personas. Por eso, porque aquí no se está tratando de la razonabilidad de una hipotética Ley diferenciadora, sino de la razonabilidad de una inferencia lógica, no hay razón para aplicar los cánones de «razonabilidad» formulados para el enjuiciamiento de la Ley desde la perspectiva de la igualdad constitucional. Esos cánones de «razonabilidad» sólo se explican en el contexto de las relaciones Constitución-Ley, ámbito éste presidido por la deferencia constitucional respecto de la selección de criterios diferenciadores por el poder legislativo. Pero ese canon de «razonabilidad» respecto del legislador no tiene por qué regir respecto de la Administración aplicadora de la Ley. Ni siquiera admitiendo que aquí podría regir un canon de razonabilidad extremo (por tratarse la raza de un «criterio sospechoso») es comparable el juicio de «razonabilidad» a la Ley con el juicio de licitud sobre la actuación de la Administración policial.⁴⁶

Centrándonos ya en la razonabilidad de la actuación administrativa (la inferencia de extranjería a partir del color de la piel) hay que apuntar, de entrada, que una conclusión lógica no es necesariamente lícita. Es lógico concluir que quien en una conversación telefónica privada se declaró culpable de un delito fue autor de ese mismo acto delictivo; pero si la interceptación de la conversación no fue autorizada judicialmente, la conclusión fáctica lógica carece de toda relevancia jurídica (art. 11.1 LOPJ). O es lógico concluir que quien diez veces ha hurtado algo a alguien es también autor del undécimo hurto del mismo objeto a la misma persona; pero el art. 24.2 CE (presunción de inocencia) impide que esa inferencia lógica goce de relevancia jurídica alguna. Volviendo a lo que nos ocupa, no puede atacarse como ilógica la inferencia de que una persona de raza negra es extranjera; lo que sí puede cuestionarse es que el art. 14 CE tolere la inclusión de la raza en una inferencia lógica realizada por un agente de policía.⁴⁷

Ya advertimos más arriba que la STC 13/2001 desplaza el juicio de discriminación desde el criterio de la raza (de la que se sirve como un mero hecho de la realidad) al criterio de la extranjería. Lo que en términos de reproche sería tanto como sustituir el racismo por la xenofobia. Cuando el Tribunal acepta que la raza es «razonablemente indiciaria» de extranjería está asumiendo —de forma implícita—

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

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

que los agentes policiales sí pueden someter al extranjero, sin más motivos, al control policial de identidad. Varias precisiones merece este punto de partida implícito.

a) En primer lugar, la huida hacia el criterio de la extranjería (como forma de eludir el criterio de la raza) es tautológica: siendo la extranjería un dato jurídico, sólo es posible calificar a una persona como extranjero una vez que ha sido identificado;⁴⁸ y por eso no es lógicamente posible que una Ley autorice a la policía a exigir la identificación de los extranjeros, porque antes de la identificación no se sabe quién es extranjero. A no ser que lo que se esté autorizando sea la identificación de quien fuera «sospechoso» de ser extranjero; pero entonces la autorización para el control de identidad no reposaría sobre la condición de extranjero sino sobre ciertos indicios que normalmente llevan a la conclusión de extranjería: el idioma, la raza, el olor. Y vuelta a empezar.

b) De otro lado, más allá de las apariencias (y frente a lo que se fundamenta en la STC 13/2001, FJ 8), ninguna Ley autoriza en España los controles de identidad específicamente referidos a los extranjeros. Se evita así, al menos, todo reproche de tautología a la ley, como el que en Derecho francés se ha vertido sobre el art. 8 de la Ordonnance de 1945 (véase *infra*). El art. 11 LOPSC impone al extranjero, cierto es, la obligación de «disponer de documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España»; pero esto es una obligación para el extranjero, no una autorización legal específica para la restricción de la libertad por medio de controles de identidad en la vía pública. Ninguna duda hay de que esa documentación obligatoria será la que deberá aportar el extranjero en los controles de identidad que, respecto de todas las personas —nacionales o extranjeras— autoriza el art. 20.1 LOPSC. Pero eso no equivale a concluir —cual hace la STC 13/2001 (FJ 8)— que la obligación de disponer de documentación comprende implícitamente el deber de someterse a los controles de identidad que dispongan los agentes de policía. En la misma STC 13/2001 también se hace referencia, como previsión de una autorización general para la identificación policial de los extranjeros, al art. 72.1 del anterior Reglamento de Extranjería (R.D. 119/1986), previsión normativa hoy contenida en el vigente art. 100.1 y 2 REx. Aquí se impone a los extranjeros tanto la obligación de conservar los documentos acreditativos de su entrada y permanencia legal en España como el deber de exhibir esos documentos «cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes». Al respecto hay que avisar de que estamos ante una norma reglamentaria —no legal— inidónea para imponer un deber de conducta limitativo de la libertad personal (art. 17.1 CE). Además, no se trata propiamente de una norma que precise los supuestos en que procede el control de identidad de un individuo, establece —lo cual es bien distinto— que allí donde se esté practicando un control de identidad (por cualesquiera agentes de policía) el extranjero está obligado a acreditarla por medio de la docu-

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

mentación específica de extranjería (regulada en los arts. 101 y 102 REx); se comprenden aquí tanto los controles policiales en la vía pública (que, como hemos dicho, restringen el pleno disfrute de la libertad personal) como los controles de identidad vinculados a la solicitud y reconocimiento de autorizaciones y prestaciones administrativas. Por último hay que reiterar la imposibilidad lógica de una autorización policial para la identificación de los extranjeros, pues el dato de la extranjería no es fáctico, sino justamente el resultado del control de identidad. En suma, el actual art. 100 REx no contiene —ni puede contener— una autorización policial general para someter a los extranjeros a controles aleatorios de identidad. De lo dicho se concluye que nuestra jurisprudencia constitucional considera lícito el control de identidad policial basado en la raza como signo indiciario de extranjería. Este resultado contrasta abiertamente con lo que resulta del Derecho francés, al que a continuación se alude.

c) *La cuestión en Derecho francés*

El Derecho francés muestra, de forma constante y clara, el rechazo a los controles de identidad generales y aleatorios. Durante la década de los años ochenta, y hasta hoy, varios han sido los proyectos legislativos que pretendían instaurar un sistema de control policial amplio, sin necesidad de ligarse a la persecución penal de sospechosos o a la prevención policial ante eventos o circunstancias de peligro concretas y justificadas. Pero detrás de cada reforma legislativa ha habido sentencias civiles y penales o Decisiones del Consejo Constitucional que han impedido esa ampliación del poder policial. El punto de partida incuestionable en Derecho francés es que los controles policiales de identidad afectan a la libertad de los individuos, de ahí su posible control de constitucionalidad conforme al art. 66 CRF. La limitación de la libertad se observa no sólo cuando el control lleva aparejada detención, sino incluso en el simple control en la vía pública o en lugares públicos. Por eso es necesario que la Ley expresamente prevea dichos controles policiales de identidad.

Tradicionalmente la Ley francesa viene autorizando controles de policía (judicial) vinculados a la persecución de delitos (art. 78.2 del Código de procedimiento penal). Más recientemente se han autorizado también controles policiales preventivos, mediante adición de nuevos párrafos al art. 78.3 del Código de procedimiento penal. Así, para prevenir un atentado al orden público «cualquiera que sea el comportamiento de la persona» sometida al control de identidad (art. 78.2.7 del Código). Aun aceptándose la constitucionalidad de esta norma, el *Consejo Constitucional* francés ha hecho hincapié en que sólo son lícitos aquellos controles policiales de identidad cuando estén ligados a causas objetivas que expresamente ha de motivar la autoridad policial: «la práctica de controles de identidad generales y discrecionales es incompatible con el respeto a la libertad individual»;⁴⁹ añadiéndose que «la autoridad actuante debe justificar, en todo caso, qué concreta situa-

49. Décision 93-323 DC, p. 815.

ción de riesgo para el orden público ha motivado el control [de identidad]». Al margen quedan, por tanto, controles basados en los signos externos de la persona como la raza o el idioma.⁵⁰ También la jurisprudencia francesa, *civil y penal*, ha contribuido a limitar la *vis* expansiva de los controles policiales de identidad autorizados por el art. 78.2 del Código de procedimiento penal.⁵¹ De esta doctrina judicial es expresiva una Sentencia de la Corte de Casación de 1995.⁵² En ella se afirma que hay una vulneración de la libertad del demandante (ciudadano argelino) al ser sometido a control de identidad en la vía pública sin circunstancias objetivas suficientes que lo justificaran; la Corte aprecia que la motivación aportada por la autoridad policial (que en el mes anterior se habían cometido hasta nueve delitos en la misma zona) no es suficiente para identificar un riesgo de atentado al orden público que, conforme al art. 78.2 del Código de procedimiento penal, justificara un control preventivo de identidad.

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

a) Conforme al actual art. 78.2.4 de la Ordonnance de 1945 es posible el control policial de identidad sobre toda persona que se encuentre en la zona fronteriza con otro Estado del espacio Schengen (franja territorial de 20 kilómetros, contados desde la frontera de Francia), o sobre quien se encuentre en las zonas de acceso público de puertos, aeropuertos o estaciones internacionales de tren y autobuses que específicamente señale la Administración. En su versión primigenia el actual art. 78.2.4 de la Ordonnance de 1945 preveía también la ampliación, por decisión administrativa, de la franja territorial de posible control hasta 40 kilómetros desde la frontera; esta previsión fue declarada inconstitucional por contener una delegación ilegítima de poder legislativo.⁵³ En lo que ahora importa, el Consejo Constitucional francés consideró que la previsión genérica de controles de identidad en las áreas descritas (zonas de transporte internacional y áreas próximas a la fronteras Schengen) eran, por principio, objetivos; porque «en las zonas descritas, definidas con precisión tanto en su naturaleza como en su extensión, se da un alto riesgo de infracciones de orden público ligadas al transporte internacional de personas». En estos casos el riesgo de infracción de orden público (que es un supuesto de posible control de identidad, conforme al art. 78.2.3 del

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

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

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

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

Código de procedimiento penal) lo fija en abstracto la propia Ley, ya no tiene que ser motivado caso a caso por la Administración.⁵⁴ De esta manera, al existir una motivación objetiva y abstracta (la da la Ley), se dificulta el posible reproche de arbitrariedad o discriminación en cada concreto control de identidad. En suma, generalizando la sospecha con un criterio objetivo-territorial se difumina la discriminación en el caso concreto.

b) El art. 8 de la Ordonnance núm. 45-2658 establece que todo extranjero está obligado a aportar, a requerimiento de la policía judicial, los documentos que justifican su estancia en Francia. Obviamente, aquella exigencia de documentación lleva implícita la identificación del extranjero. Cuestionado este precepto (por limitativo de la libertad y por discriminatorio) el Consejo Constitucional declaró su conformidad con la Constitución; eso sí, con una fundamentación que claramente limita su posible aplicación arbitraria o discriminatoria. Acepta el Consejo Constitucional que, por principio, los franceses y los extranjeros no están en estricta posición de igualdad: los extranjeros necesitan de un título administrativo individual que legitime su estancia en Francia. Y justamente de la exigibilidad de una autorización administrativa específica deriva un régimen especial de policía en el que se insertan los controles especiales de identidad del art. 8 de la Ordonnance de 1945.⁵⁵ Ahora bien, la previsión de controles policiales específicos para los extranjeros ha de ser aplicada objetivamente. Dice así el Consejo Constitucional francés que «el ejercicio de los controles autorizados por la ley a los autoridades de policía judicial ha de descansar necesariamente sobre criterios objetivos; se excluye así, por exigencia de los principios constitucionales, toda discriminación entre personas (...). Sólo bajo estas reservas de interpretación se puede considerar que el precepto cuestionado es conforme con la Constitución». La llamada a los «criterios objetivos» en la aplicación del art. 8 de la Ordonnance presenta, más allá de su aparente simplicidad, notorias dificultades prácticas.⁵⁶ Es más, la aplicación del art. 8 de la Ordonnance conforme a «criterios objetivos» acaba por confundirse con la realización de controles generales de identidad conforme al art. 78.2 del Código de procedimiento penal. Descartado todo control de identidad sobre indicios subjetivos de extranjería (el color de la piel o el idioma) tan sólo los criterios geográficos pueden considerarse propiamente indiciarios de extranjería: presencia en terminales de transporte internacional o en las inmediaciones de la frontera.⁵⁷ Con ello se confunden los criterios para el control preventivo de identidad del art. 78.2.4 del Código de procedimiento penal con los controles especiales sobre extranjeros del art. 8 de la Ordonnance.

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.

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

4. LIBERTAD EN FRONTERA

4.1. Planteamiento

En las dos últimas décadas, los países de la Unión Europea vienen definiendo políticas públicas de «acogida limitada» de inmigrantes. También la propia Unión Europea ha optado por la política de «acogida limitada».⁵⁸ Esas políticas se muestran, entre otras cosas, en controles fronterizos severos. Controles que, en el espacio de libre circulación «Schengen» se centran en las llamadas «fronteras exteriores», sean éstas marítimas, aéreas o terrestres. La severidad pretendida en los controles fronterizos lleva consigo, con frecuencia, la «retención», «espera» o «permanencia» obligada del extranjero en un espacio cerrado del puesto fronterizo («zona de rechazados», «zona internacional», «zona de tránsito» «dependencias del puesto fronterizo»), o en un espacio conexo al puesto de control, como las «zonas de espera» (*zones d'attente*) del Derecho francés. Aquella situación de retención o permanencia obligada en frontera unas veces es regular (está expresamente prevista en el ordenamiento jurídico) y otras veces es atípica, es el resultado imprevisto de una imposibilidad real o jurídica de repatriación de un extranjero sin derecho a entrar o residir en España.⁵⁹

La retención o permanencia de los extranjeros en los puestos fronterizos es un problema compartido por los distintos Estados europeos. Y aunque las soluciones legislativas (y judiciales) no son siempre coincidentes, una nota es *prima facie* común a los Derechos europeos: la consideración de aquellas retenciones en frontera como limitaciones a la libertad personal del extranjero. De ahí resulta una tríada de garantías: exigencia de Ley que autorice la retención en frontera; existencia de límites constitucionales —temporales y modales— a la Ley que autorice la retención; y necesaria existencia de un control judicial efectivo a favor del extranjero. Esto es lo que resulta, como luego veremos, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la de varios Tribunales constitucionales europeos: el *Conseil Constitutionnel* francés, la *Cour d'arbitrage* de Bélgica y, muy claramente, el Tribunal Constitucional español.

4.2. Derecho a la libertad en frontera

El punto de partida para precisar el régimen de las retenciones o permanencias obligadas del extranjero en la frontera está en afirmar que el extranjero disfru-

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

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

ta, en todo caso, del derecho a la libertad personal. Tanto del que le reconoce el art. 5.1 CEDH como del que proclama el art. 17 CE. Cuestión distinta es que la Ley limite, restrinja o module el régimen de disfrute de ese derecho. A esto último se hará referencia más adelante.

a) *El derecho a la libertad del art. 5 CEDH*

Proclama el art. 5.1 CEDH que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», y que «nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley». Con carácter general, el TEDH viene acogiendo una interpretación no expansiva de este derecho, aceptando que ciertas «restricciones» de la libertad no son propiamente «privaciones» de libertad, que sería lo prohibido por el art. 5.1 CEDH; y aceptando con generosidad las limitaciones a la libertad que provienen de la Ley. Ello no obstante, en lo supuestos de restricciones a la libertad en puestos fronterizos la jurisprudencia del TEDH se orienta, más bien, hacia una comprensión amplia del ámbito tuitivo del derecho. La referencia fundamental o «leading case» es aquí la STEDH de 25 de junio de 1996, caso *Amuur c. Francia*.⁶⁰ Tres son los postulados básicos de esta Sentencia, determinantes —como luego se verá— para la propia jurisprudencia constitucional española:

247

- i) En primer lugar, se afirma con claridad la eficacia del derecho a la libertad en las zonas de tránsito o internacionales vinculadas al control de fronteras. El dato relevante no es la concreta ubicación física de la zona de tránsito, ni el régimen jurídico territorial de ese espacio fronterizo. Lo relevante es, para el TEDH, que las autoridades de un país efectivamente imponen una restricción a la libertad de un sujeto; y esto es bastante para que asunto caiga a priori en el ámbito de protección del art. 5.1 CEDH.⁶¹
- ii) En segundo lugar, el TEDH expresa un concepto flexible de «privación» de libertad. Aun partiendo de la distinción jurisprudencial tradicional entre «restricción» y «privación» de libertad, el TEDH precisa que la frontera entre ambos conceptos es porosa: lo que en principio pudiera ser una simple restricción a la libertad ha de tratarse como verdadera privación cuando el modo o duración de la restricción hace a ésta especialmente gravosa. De manera que la aplicación del art. 5.1 CEDH no depende de una calificación primaria

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

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

del supuesto de hecho (como restricción o privación de libertad) sino de una indagación sobre el grado de sacrificio real que cada persona y en cada caso sufre en su libertad.⁶²⁻⁶³

- iii) El concepto flexible de privación de libertad se concreta —entre otras cosas— en que existe aquella privación prohibida por el art. 5.1 CEDH incluso cuando al extranjero le cabe la posibilidad de salida libre del país. De manera que la privación de libertad se califica por la sujeción o limitación intensa de movimientos por parte de una autoridad pública, por más que aquella situación de sujeción pueda eludirse con la salida del país. Lo relevante para el TEDH no es si el extranjero puede o no eludir la privación de su libertad, sino si el Estado en cuestión está o no limitando decisivamente aquella libertad.⁶⁴

b) *El derecho a la libertad del art. 17.1 CE*

En la frontera también rige el derecho a la libertad personal que proclama el art. 17.1 CE. Ya quedó dicho más arriba que los extranjeros disfrutan plenamente del derecho fundamental a la libertad personal, en la medida en que ese derecho es expresión de la dignidad que —por principio— corresponde por igual a todas las personas.⁶⁵ A ello hay que añadir ahora que ese derecho no encuentra ninguna limitación intrínseca cuando su disfrute se invoca en un puesto fronterizo.⁶⁶ A este resultado se llega en dos escalones:

- i) En el ATC 55/1996⁶⁷ declaró el Tribunal (si bien en un Auto de inadmisión de recurso de amparo) que la zona de tránsito aeroportuaria (esto es, el espacio que antecede el control policial de entrada) carece de estatuto de extraterritorialidad y que, en todo caso, el art. 17 CE prohíbe que los poderes

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

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

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

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

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

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

públicos españoles limiten ilícitamente la libertad de las personas que, por no cumplir los requisitos para la entrada, allí se hallen. Dice textualmente el Tribunal que «...no cabe, sin embargo, deducir que la llamada «zona internacional» del aeropuerto, donde se encontraban los demandantes, no sea territorio español. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española, tal y como declaran los arts. 1, 3, 42 y 47 de la Ley sobre Navegación Aérea, de 1960, y los arts. 1, 2, 10 y 13 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago en 1944, y ratificado por España en 1969. Precisamente, los funcionarios del servicio de control de fronteras actúan en ejercicio de las potestades públicas inherentes a la soberanía plena y exclusiva del Estado sobre el espacio aéreo y los aeropuertos aduaneros» (FJ 3).⁶⁸ Queda claro, a partir del ATC 55/1996, que las «zonas internacionales», «de tránsito» o «de rechazados» no son *ficciones* de extraterritorialidad.⁶⁹ Ahora bien, en este mismo Auto el Tribunal rechaza, como premisa de enjuiciamiento, que quien puede salir de la «zona de rechazados» con destino a otro país vea vulnerado su derecho a la libertad del art. 17.1 CE, de ahí la inadmisión del recurso de amparo. Dice la Sala Primera del Tribunal que «en tanto en cuanto la situación de los demandantes de amparo depende de la disponibilidad de un vuelo aéreo que les permita regresar al país de origen de su viaje, y no de una decisión o vía de hecho de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC), es una situación ajena a las garantías establecidas por el art. 17 CE» (FJ 5).

- ii) En la STC 174/1999⁷⁰ el Tribunal completa el criterio inicial del ATC 55/1996 y —teniendo ya a la vista la doctrina del TEDH en el caso *Amuur c. Francia*— declara con carácter general que la posibilidad de salida del extranjero (hacia el país de proveniencia, o hacia un tercer país) no obsta para calificar la situación del extranjero en la «zona de rechazados» de un aeropuerto como «detención» (del art. 17.2 CE). Dice el Tribunal Constitucional que «la libertad de salida a otros países desde la «zona de rechazados» (ATC 55/1996, fundamento jurídico 5), de la que sin duda disfruta el extranjero, no evita la existencia de una verdadera «situación fáctica» de detención preventiva con respecto al resto del territorio español. Pues lo relevante aquí es la limitación de movimientos del extranjero, sin ningún título jurídico que lo legitime, a un único espacio limitado y cerrado de territorio español» (FJ 4). Y a ello añade más adelante que «el hecho de que a

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

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

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

don Liji Chun le cupiera la posibilidad de salida voluntaria de España (posibilidad por lo demás remota, por los impedimentos económicos y por requisitos de entrada de terceros países) no empaña la calificación jurídica de detención. Pues aparte de esa hipotética libertad de salida, lo cierto es que don Liji Chun se encontraba confinado en un espacio limitado y cerrado de suelo español, sin título jurídico alguno que lo justificase» (FJ 5). La jurisprudencia recién enunciada se mantiene en la posterior STC 179/2000.⁷¹

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

a) Tipología de supuestos

250

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

Dentro de los supuestos en que la Ley autoriza la privación de libertad en frontera hay que empezar por diferenciar entre las «detenciones» vinculadas al control administrativo de entrada y aquellas otras «detenciones» que tienen lugar con motivo de la salida obligada del extranjero. Estas últimas también denominadas «asegurativas».⁷² La distinción descrita ha sido acogida incluso en la jurisprudencia constitucional. Así, en la STC 174/1999, FJ 3, en la que claramente se marcan distancias con el previo ATC 55/1996, no se puede identificar otra distinción relevante entre los casos tratados que la que proviene de que en el ATC 55/1996 la permanencia en la zona de tránsito seguía a un control de entrada, mientras que en la STC 174/1999 la permanencia en la «zona de rechazados» tenía lugar tras la detención del extranjero y su conducción al puesto fronterizo para expulsión. La propia STC 174/1999 declara con rotundidad que la «zona de rechazados» del aeropuerto

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

72. D. MOYA, *Devolución...*, p. 239.

no presenta un único estatus jurídico: «las circunstancias de las personas que se hallan en la “sala de rechazados” puede ser muy diversa y responder a situaciones jurídicas muy distintas, ya que el espacio físico de la “zona de rechazados” por sí solo no las define» (FJ 3). En esto nuestro Derecho se aproxima al belga y se separa, en cambio, del Derecho francés. Veámoslo brevemente.

b) Comparación con los Derechos francés y belga

La legislación belga de extranjería viene distinguiendo dos tipos de «detenciones» de los extranjeros en frontera.⁷³ Aquellas que sirven al control de entrada (en especial, art. 74.5 de la Ley de 15 de diciembre de 1980) y aquellas otras cuyo fin es asegurar la salida debida del extranjero (art. 7 de la Ley de 1980). En todo caso, tras el control de constitucionalidad ejercido por la *Cour d'arbitrage* en 1998⁷⁴ en relación con varios preceptos de la Ley de extranjería (modificados parcialmente por la Ley de 15 de julio de 1996), y tras la reforma legislativa de 9 de marzo de 1998, el régimen de privación de libertad es, en ambos casos, muy similar (aunque no idéntico). Luego volveremos sobre esas regulaciones.

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

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

74. Arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998.

a) La «zona de espera» no se constriñe estrictamente al puesto fronterizo, ni a la llamada «zona internacional» de un aeropuerto. La «zona de espera» se delimita espacialmente por la Administración⁷⁵ y puede incluir en su interior incluso hoteles u otros hospedajes. La «zona de espera» es, claramente, territorio francés; otra cosa es que en su perímetro rijan un régimen especial para los extranjeros. Nada hay aquí de ficción de extraterritorialidad; hay, simplemente, un régimen jurídico-administrativo singular para ciertas personas (extranjeros). Las «zonas de espera» son especialmente eficaces en relación con el tráfico aéreo, y en menor medida con el ferroviario o el portuario. Frente a los extranjeros embarcados actúa, *de facto*, la prohibición de desembarco como medida de ejecución de una denegación de entrada, lo que esteriliza la eficacia de las «zonas de espera» portuarias.⁷⁶

b) En la «zona de espera» puede ser retenido el extranjero —por decisión de la Administración fronteriza— por un lapso de cuarenta y ocho horas ampliable por otras cuarenta y ocho horas más (art. 35 *quater* II de la Ordonnance de 1945). Más allá de estos cuatro días la retención sólo es posible por resolución judicial, que puede extenderse, con carácter ordinario, hasta ocho días más (art. 35 *quater* III de la Ordonnance); sólo en supuestos extraordinarios puede el juez autorizar una retención adicional de otros ocho días (art. 35 *quater* IV de la Ordonnance). La intervención judicial para prolongar la detención tiene lugar, conforme al art. 35 *quater* III.1 de la Ordonnance, en dependencias del centro de transportes (estación de ferrocarril, aeropuerto o puerto). En relación con la regulación de las retenciones en las «zonas de espera», en su formulación original de 1992, se pronunció el *Conseil Constitutionnel* francés en 1992.⁷⁷ Parte el *Conseil Constitutionnel* de que la retención del extranjero en una «zona de espera» es una privación de libertad que, conforme al art. 66 de la Constitución, está sometida al control judicial. Dice así el Consejo constitucional francés: «el mantenimiento de un extranjero en la «zona de tránsito» (...) no contiene una sujeción personal comparable a la que resulta del internamiento en un centro de retención (...) pero del efecto combinado del nivel de sujeción y de la duración de la retención [20 días] resulta una verdadera afectación a la libertad personal protegida por el art. 66 de la Constitución». Este punto de partida le sirve al Tribunal para considerar ilegítima la retención del extranjero en la «zona de tránsito» en la medida en que no se prevé la intervención judicial para el control (y en su caso prolongación) de la retención limitativa de la libertad.⁷⁸

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

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

77. Decisión num. 92-307, DC du 25 février 1992.

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

4.4. Detenciones en frontera como medida de control de entrada

a) Permanencia del solicitante de asilo en la frontera

El art. 5.7.3 LRDA, tras su modificación por la Ley 9/1994, incluyó la previsión de que el extranjero solicitante de asilo en frontera debe «permanecer» en el puesto fronterizo a la espera de que la Administración adopte una primera decisión de admisión o no a trámite de la solicitud de asilo. Si la decisión es de inadmisión, procede el «rechazo» en frontera (art. 17.1 LRDA) y su posible ejecución forzosa en forma de «devolución» (art. 58.3 LOEx). En caso de admisión a trámite procedería la entrada —con ciertas cautelas— del extranjero, a la espera de que finalmente se resolviese su solicitud de asilo (art. 4.2 LRDA). El art. 5.7.3 LRDA, en el que se contempla la «permanencia» del solicitante de asilo en el puesto fronterizo, fue impugnado por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional y a favor de su anulación se ofrecieron argumentos diversos en la doctrina; fundamentalmente, por lo que hace al lapso de cuatro días de permanencia en frontera, que excedía del de setenta y dos horas fijado en el art. 17.2 CE.⁷⁹ Finalmente el Tribunal desestimó el recurso por medio de su STC 53/2002. Más que la resolución final desestimatoria, lo verdaderamente relevante de aquella Sentencia es su fundamentación y su valor como «doctrina constitucional» en sentido estricto, no alterable ya por medio de la «jurisprudencia» que a partir de ahora puedan dictar las Salas del Tribunal.⁸⁰

253

- i) Se parte, en primer lugar, de la vigencia del derecho a la libertad también en la frontera, tal y como venía anunciado la STC 174/1999. Se parte, también, de un concepto amplio de «privación de libertad», que incluye aquellas situaciones en las que el extranjero podría —en hipótesis— volver a su país o a un tercer Estado.⁸¹ Estas son las dos premisas lógicas que justifican un juicio de fondo por parte del Tribunal.
- ii) Además, en la STC 53/2002 se trazan los linderos entre el derecho a la libertad del art. 17.1 CE y el derecho a entrar libremente en España (del art. 19 CE). Frente al criterio del ATC 55/1996 (con el que guarda clara conexión el Voto Particular del Magistrado Vives Antón a la STC 53/2002), el Tribunal considera que el art. 5.7.3 LRDA prevé una entrada lícita del extranjero (precisamente porque la autoriza la Ley) y que a esa entrada legal sigue una permanencia no voluntaria en el puesto fronterizo.⁸² El Tribunal viene a negar, como premisa de su fundamentación, que la falta de disfrute del derecho fundamental a entrar en España (art. 19 CE)⁸³ condi-

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

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

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

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

83. Hoy reiterada, con rotundidad, en la STC 75/2005, FJ 5

cione la eficacia del derecho fundamental a no ser sometido a privación de libertad por los poderes públicos españoles (art. 17.1 CE).

- iii) El último grupo de cuestiones relevantes está en la definición de las relaciones entre el derecho fundamental del art. 17.1 CE y la Ley. Dos son aquí los enunciados que como doctrina constitucional formula el Tribunal. Primero, que en relación con el art. 17.1 CE la Ley no cumple propiamente una función de «desarrollo» o de «configuración» del derecho, sino una función de limitación o modulación del ejercicio del derecho fundamental.⁸⁴ La afirmación es relevante porque hasta este momento el Tribunal venía considerando que incluso la Ley Orgánica del Código Penal era una Ley de «desarrollo» (en el sentido del art. 81 CE) del derecho fundamental a la libertad. El Tribunal se desprende aquí de esa suerte tan deformada de «desarrollo» y abiertamente identifica en la Ley una función de «limitación» en el disfrute del derecho. De otro lado, y en lo que hace a la exigencia de forma «orgánica» en la Ley que regula la libertad, el Tribunal ahonda en una doctrina novedosa que había enunciado previamente en la STC 292/2002, FJ 11. Se trata de la distinción entre una «restricción directa» del derecho fundamental en cuestión y una simple «restricción al modo, tiempo o lugar de su ejecución». Sólo la primera, y no la segunda forma de restricción legal, llevaría aparejada la exigencia de forma orgánica.

b) Detención para devolución desde la frontera y retorno

La LOEx también contempla la «detención» en frontera como forma de control de entrada. Y lo hace en su regulación de la devolución de quienes «pretendan entrar ilegalmente en el país» [art. 58.2 b) LOEx] y del retorno de los extranjeros «a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país» (arts. 60.1 LOEx y 156 REx). Expresamente se refiere el art. 60.4 LOEx a la «detención de un extranjero a efectos de retorno». Y aunque el art. 58.2 b) LOEx no habla expresamente de «detención», esa forma de privación de libertad es inherente a la «devolución» desde la frontera.⁸⁵ Con la STS de 20 de marzo de 2003 (FJ 18), que anuló parcialmente el anterior art. 138.1 b) REx sale reforzada la idea de que el extranjero en trance de devolución es un sujeto «interceptado» en la frontera y desde ese momento sometido a sujeción policial hasta su efectiva repatriación.

En ambos casos [la devolución del art. 58.2 b) LOEx y el retorno del art. 60 LOEx] el extranjero se encuentra en España y, lo que es más relevante, en ambos casos se encuentra sometido a los dictados de un poder público español, la Administración de fronteras. A simple vista, el «retorno» no sería una forma de salida de España sino, simplemente, un impedimento de paso en frontera. Pero las cosas no son así. Ni la regulación del retorno en la LOEx, ni la realidad actual de los movimientos migratorios en España permiten afirmar que estamos ante un simple

84. STC 53/2002, FJ 5.

85. Otra opinión, D. MOYA, *Devolución...*, p. 226.

impedimento de paso. La imagen del puesto fronterizo como pared medianera entre dos Estados, fiel al concepto clásico de «frontera-línea»,⁸⁶ sólo vale —y de forma muy limitada— para las fronteras con puestos policiales de control que aún mantiene España: Andorra, Gibraltar, Ceuta y Melilla. Pero no describe con precisión, ni real ni jurídicamente, los puestos fronterizos portuarios y aeroportuarios. Y estos son los más relevantes para España. De los 11.698 retornos ejecutados en 2002, únicamente 315 se realizaron en un puesto fronterizo terrestre: 4 en Melilla y 311 en Ceuta.⁸⁷ El levantamiento de los controles fronterizos terrestres en el espacio Schengen (en lo que hace a España, respecto de Portugal y Francia) lleva consigo que los retornos se planteen hoy, mayoritariamente, en los puestos fronterizos aéreos o marítimos. Y ello es tanto como decir que el extranjero retornado ya está en España (porque se encuentra en un puerto o un aeropuerto español). Por mucho que el puerto o el aeropuerto cumplan funciones fronterizas, no se puede hablar aquí de «espacio extraterritorial».⁸⁸ El extranjero se encuentra en España (en instalaciones o espacios donde se ejercen controles fronterizos) y, lógicamente, se somete a la jurisdicción territorial española, por mucho que a los efectos del art. 25 LOEx aún no haya «entrado legalmente» en España. No se trata de una «ficción legal» de entrada⁸⁹ sino de una entrada real para la que el ordenamiento jurídico dispone un régimen jurídico peculiar; en concreto, su posible privación de libertad a la espera de repatriación.

Las «detenciones» para la ejecución del retorno o la devolución son, sin duda, privaciones de libertad sometidas al art. 17.1 CE. Y por eso están expresamente autorizadas por la Ley. Pero no son «detenciones» del art. 17.2 CE. Esto es, no son medidas cautelares en el marco de la indagación criminal, que es a lo que se circunscribe el art. 17.2 CE.⁹⁰ De esta calificación inicial de la «detención» en frontera resultan notables diferencias respecto del régimen jurídico de la «detención» criminal.

- i) En primer lugar, en cuanto al plazo máximo de «detención en frontera». Para el caso del *retorno* el art. 60.1 LOEx prevé expresamente un plazo máximo de setenta y dos horas en el puesto fronterizo. Esta es una decisión legal, no constitucional; y ello a diferencia del plazo máximo de setenta y dos horas que para la detención preventiva criminal prevé el art. 17.2 CE. Ciertamente es que toda privación de libertad relevante ex art. 17.1 CE (por tanto, no sólo la detención criminal del art. 17.2 CE) está sometida a límite

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

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

88. En este sentido, A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza», en *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. Otra opinión, 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).

temporal.⁹¹ Pero también es cierto que ese límite temporal no tiene por qué ser precisamente de setenta y dos horas;⁹² es posible aquí, por tanto, que el legislador español determine, a semejanza de lo ocurrido en Francia o en Bélgica, un lapso más extenso para la detención en frontera; el límite constitucional será aquí, fundamentalmente, la proporcionalidad del lapso legal.⁹³ En lo que hace a la detención para *devolución* [prevista en el art. 58.2 b) LOEx] la Ley no fija, en su redacción actual, ningún límite temporal concreto. Sólo para el supuesto de devolución del art. 58.2 a) LOEx: (devolución por quebrantamiento de una expulsión previa) está expresamente previsto un plazo máximo de setenta y dos horas de detención policial (art. 58.5 LOEx). A falta de un máximo legal para la detención en caso de intento frustrado de entrada ilegal en España [art. 58.2 b) LOEx] rige únicamente el principio de limitación temporal de toda privación de libertad que se induce del art. 17.2 CE. Y en la valoración constitucional de la duración de una detención (para devolución por entrada ilegal frustrada) puede tenerse en cuenta tanto la conducta del extranjero sometido a devolución como la diligencia de la propia Administración.⁹⁴ Justamente el canon de «diligencia» en la actuación policial es el tenido en cuenta por el TEDH en relación con las privaciones de libertad distintas de la detención criminal (para éstas regiría el canon más estricto del «plazo razonable»);⁹⁵

- ii) En segundo lugar, los derechos que el art. 17.3 CE liga a la detención criminal tampoco son de aplicación al caso de la detención *asegurativa*. Tal y como tiene dicho la jurisprudencia constitucional, los derechos del art. 17.3 CE sólo rigen respecto de la detención preventiva criminal.⁹⁶ Sólo se exceptúa, el «derecho a ser informado de las razones de la detención», que la jurisprudencia constitucional no limita a la «detención preventiva» criminal del art. 17.2 CE.⁹⁷ Tenemos, así, que el derecho fundamental a la asistencia letrada (art. 17.3 CE) no rige, en principio, en el procedimiento de ejecución forzosa de una resolución de expulsión. Cuestión distinta es que

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.

94. STC 179/2000, FJ 4.

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

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

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

el Reglamento de Extranjería (arts. 156.1 a) y 157.3 REx) establezca tanto un derecho a la asistencia jurídica gratuita como a la asistencia de un intérprete de lenguas. No estamos aquí ante la configuración prestacional de un derecho fundamental, sino ante un derecho subjetivo infraconstitucional.

El régimen de detención policial para retorno (del art. 60 LOEx) o devolución [del art. 58.2 b) LOEx] es —en términos comparados— claramente favorable para el extranjero. Ya más arriba se hizo referencia, con carácter general, al régimen francés de las retenciones en las «zonas de espera». Ahora nos podemos detener en la regulación del Derecho belga. Conforme al art. 74.5 de la Ley belga de 15 de diciembre de 1980, la detención en la zona de tránsito se destina precisamente a impedir la entrada libre de quien no cumple los requisitos legales. Tres son los supuestos específicos que prevé la Ley: prohibición de entrada por incurrir el extranjero en uno de los posibles supuestos de salida obligatoria previsto en la propia Ley; falta de acreditación de los requisitos que, conforme al art. 2 de la Ley, permiten la entrada; y solicitud de asilo en el puesto fronterizo. Para todos estos casos la Ley prevé la posibilidad o necesidad de un cierto tiempo de espera del extranjero en la frontera, espera en todo caso debida, porque se prohíbe la circulación del extranjero por cualquier otra parte del territorio belga. El régimen de esta privación de libertad en frontera se concreta así: el plazo máximo ordinario de detención es de dos meses; sólo se puede prolongar la detención por plazos de dos meses (y hasta un máximo acumulado de cinco meses) en el caso de que ya haya sido dictada una decisión ejecutoria que impida la entrada del extranjero y siempre que los trámites para la repatriación se hayan iniciado en los siete primeros días desde que se dictó la denegación de entrada y si, además, la actuación administrativa se sigue diligentemente y aún existe una posibilidad efectiva de repatriación. Expresamente prevé el art. 74.5.4 de la Ley que allí donde se superen los plazos máximos de detención (o no se acuerde la prolongación) ha de autorizarse la entrada del extranjero.

4.5. «Detención» para la ejecución de expulsiones

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

a) En primer lugar, el art. 64.1 LOEx expresamente prevé que transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario de una resolución de expulsión procede la compulsión policial. Ésta consiste en la «detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión». Y que esa detención puede prolongarse en las dependencias del puesto fronterizo (así, en la «zona de rechazados») se deduce directamente del propio art. 64.1 LOEx al determinar que

«si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento...». De manera que el art. 64.1 LOEx distingue entre un supuesto de detención «asegurativa» en frontera (hasta un máximo de setenta y dos horas) y un «internamiento» al margen del puesto fronterizo, que sólo puede ser acordado por el Juez (art. 62 LOEx).

b) Está, en segundo lugar, el caso del extranjero que, habiendo sido expulsado de España (o de otro país del espacio Schengen) quebrante la prohibición de entrada en España que va aneja a la resolución de expulsión. Para este caso el art. 58. 2 a) LOEx prevé la *devolución* del extranjero. Aunque la Ley de Extranjería no habla aquí expresamente de detención y conducción del extranjero hasta el puesto fronterizo (a diferencia, por tanto, del art. 64.1 LOEx) esa actividad policial es precisamente lo que se describe con el término «devolución».⁹⁸ Hay que tener en cuenta, en este sentido, que la «devolución» del art. 58.2 a) LOEx es —conforme a nuestra jurisprudencia— la «reejecución» forzosa de un previo deber de salida del extranjero, el que le fue impuesto en la resolución de expulsión.⁹⁹ La devolución podrá comportar la retención del extranjero en el puesto fronterizo (a la espera de repatriación), si bien no ilimitadamente. Así resulta del art. 58.5 LOEx al establecer que «cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expediente de expulsión».

En los dos supuestos descritos —la expulsión el art. 64.1 LOEx y la devolución del art. 58.2 a) LOEx— la detención del extranjero en el puesto fronterizo tiene carácter ejecutivo. Es la forma de cumplimiento forzoso de una resolución de expulsión.¹⁰⁰ Es actividad policial de coacción que responde a la reserva legal de Ley impuesta por el art. 100 LRJ-PAC. Así lo declara con claridad la STC 174/1999, estando aún vigente la LOEx de 1985. Dice primero el Tribunal que «no toda compulsión personal constituye detención preventiva, pues al margen de esta situación se encuentran otras situaciones jurídicas de sujeción o compulsión personal» (FJ 4); y luego añade que «las Leyes administrativas contemplan la compulsión personal como una forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas (así, con carácter general, art. 100.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Es claro que la ejecución forzosa de una “orden de devolución” (...) sólo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional (art. 33.1 de la Ley Orgánica 7/1985)». Esta caracterización de la detención para expulsión o devolución como medida de ejecución forzosa (por tanto, no como detención preventiva penal) es determinante del régimen de la detención en frontera. Que la detención «asegurativa» de los arts. 58.2 a) y 64.1 LOEx sea distinta de la detención preventiva penal trae consigo consecuencias relevantes. Al igual que

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

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

se dijo ya más arriba, en relación con la detención como medida de control de entrada en la frontera, el plazo máximo de detención de setenta y dos horas (art. 58.4 LOEx, para los casos de devolución por quebrantamiento de una orden de expulsión; y art. 64.1 LOEx, para la primera ejecución de una orden de expulsión) es una decisión legal, no constitucional. Y ello a diferencia del plazo máximo de setenta y dos horas que para la detención preventiva criminal prevé el art. 17.2 CE. Además, y como se dijo también más arriba, no rige aquí el derecho fundamental (art. 17.3 CE) a la asistencia letrada, que sólo está prevista para la detención cautelar penal.

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

a) El art. 7 de la Ley belga de 15 de diciembre 1980 regula varios supuestos en los que la autoridad administrativa dicta una orden de salida (*ordre de quitter le territoire*) y a ella añade una orden de conducción a frontera a fin de materializar el alejamiento del extranjero. Allí, en la frontera, el extranjero puede ser retenido por un *plazo máximo ordinario de dos meses*. Para que se pueda prorrogar aquella detención (por plazos sucesivos máximos de dos meses) es necesario que la Administración haya iniciado los trámites para la repatriación dentro de los siete primeros días hábiles tras la detención; es necesario, además, que la Administración actúe con la «diligencia debida» y que aún exista una «posibilidad real» de repatriar al extranjero en un período de tiempo razonable. En todo caso, el máximo de prórrogas de la detención en zona de tránsito no puede exceder de un máximo acumulado de ocho meses.

b) Precisamente contra esta regulación del art. 7 de la Ley belga de 15 de diciembre de 1980 (modificado parcialmente en 1996) se interpuso recurso de nulidad constitucional, que fue rechazado; eso sí, la Sentencia de la *Cour d'arbitrage* sienta con claridad los límites que en ningún caso podría rebasar el legislador (ni la Administración, en la aplicación de la Ley). Parte la *Cour d'arbitrage* de que lo regulado en el nuevo art. 7 de la Ley belga de 15 de diciembre de 1980 es una verdadera «privación de libertad» que sólo es admisible —a la luz del art. 12 de la Constitución belga y del art. 5.1 CEDH— si resulta proporcionada y si respeta las garantías que asisten a quien se ve privado de libertad.¹⁰¹ Destaca la Corte que la privación de libertad reseñada «no es propiamente una pena sino una medida administrativa destinada a conseguir el alejamiento efectivo de quienes son destinatarios de una orden de salida».¹⁰² Partiendo implícitamente de la legitimidad

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

101. Arrêt n° 43/98 du 22 de avril 1998, B 17-22.

102. Arrêt n° 43/98 du 22 de avril 1998, B 19.

constitucional del fin pretendido con la privación de libertad, la Corte considera no desproporcionado que el plazo de detención se prolongue más allá de dos meses, habida cuenta de las dificultades que con frecuencia presenta la repatriación efectiva de los extranjeros. Finalmente la *Cour d'arbitrage* constata también que en todo caso está garantizado el control judicial de las medidas de privación de libertad, todo lo cual fundamenta su rechazo al recurso de anulación constitucional.

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