

## LAS LIMITACIONES AL DERECHO A LA LIBERTAD EN EL ÁMBITO DE LA EXTRANJERÍA Y LA OPERATIVIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS\*

NICOLÁS PÉREZ SOLA

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Jaén

**Resumen:** Se abordan en este artículo las limitaciones al derecho a la libertad en el ámbito de extranjería y más concretamente la institución del habeas corpus.

**Palabras clave:** Libertad, Habeas Corpus.

**Abstract:** They are approached in this article the limitations to the right to the freedom in the alienage environment and more concretely the institution of the habeas corpus.

**Key words:** Freedom, Habeas Corpus

**Sumario.** I.- Introducción. II.- La casuística que presenta en el ámbito de la extranjería la incoación del Habeas Corpus

---

\* El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2005-05368 El estatuto jurídico y los derechos de los inmigrantes.

## I. INTRODUCCIÓN

Aun cuando la privación temporal de la libertad puede tener origen en una diversidad de situaciones, el control judicial de la misma constituye un imperativo constitucional (art. 17 CE) y convencional (art. 5.1 CEDH<sup>1</sup>) que no puede ser obviado. Dicho control corresponde al juez ordinario a través del conocimiento del procedimiento de habeas corpus interpuesto por los sujetos legalmente legitimados para ello. La operatividad de este procedimiento puede ser constatada a través del estudio de los recursos de amparo fundamentados en la vulneración del derecho a la libertad como consecuencia de la inadmisión de la solicitud de habeas corpus<sup>2</sup>. En efecto, esta jurisprudencia constituye un material de investigación de interés para conocer la respuesta de la jurisdicción ordinaria al mandato constitucional relativo al control judicial de la privación de la libertad. Ahora bien, aun cuando las limitaciones a la libertad presentan una amplia casuística, nos vamos a centrar aquí en los pronunciamientos que sobre el habeas corpus ha realizado el Tribunal Constitucional al hilo de la resolución de recursos de amparo en los que se ha invocado la vulneración del artículo 17 CE en el ámbito del derecho de extranjería. Los diversos perfiles que presenta el tratamiento legal de la extranjería obligan a plantearnos inicialmente el necesario equilibrio, de un lado, entre el privilegio de autotutela y la ejecutividad de los actos de la Administración y, de otro, la justicia cautelar como clara derivación del derecho a la tutela judicial efectiva y la protección frente a la privación de libertad.

Será pues relevante para la resolución del recurso de amparo la constatación de la privación de libertad y, en ese sentido, hemos de reiterar la conocida jurisprudencia en torno al correcto entendimiento de la detención, esto es, «cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita», concluyendo el Tribunal Constitu-

---

<sup>1</sup> «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (...). Toda persona privada de su libertad mediante detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal».

<sup>2</sup> Aunque se discute si este procedimiento tiene una naturaleza bien cautelar, bien de amparo ordinario, bien de remedio interdictal destinado a la protección de la libertad, lo relevante en clave sistemática es que el constituyente quiso que la libertad del art.17 CE fuera el único derecho fundamental que contuviera una garantía adicional, única y específica en el marco de los derechos fundamentales» (STC 209/2000).

cional que ante esta «situación fáctica» no tienen cabida «zonas intermedias entre detención y libertad». Es por esta razón que nuestro Alto Tribunal ha desestimado el recurso de amparo cuando no se ha constatado «una privación de libertad actual», sin que la libertad personal se viese restringida como consecuencia de una resolución judicial recurrida en amparo (STC 98/1986). Pero como habrá ocasión de constatar más adelante, a veces la situación de privación de libertad se antoja harto complicada de determinar y, a juzgar por la evolución jurisprudencial en la materia y la proliferación de fórmulas intermedias entre la libertad y la privación de la misma, especialmente tras la STC 341/1993.

Con objeto de precisar la interpretación constitucional relevante respecto del objeto de protección del procedimiento de habeas corpus, recordemos que la pretensión del constituyente no fue otra que la de propiciar «un medio de defensa» del derecho a la libertad, al objeto de poner fin con celeridad a situaciones que constituyesen privaciones «irregulares» de libertad, con la consiguiente puesta a disposición judicial de quien hubiese sufrido dicha privación (STC 98/1986). Por tanto, debe considerarse el habeas corpus como una «garantía fundamental del derecho a la libertad» y un instrumento orientado a determinar en «qué medida puede verse vulnerado el derecho (a la libertad) por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de habeas corpus» (SSTC 94/2003 y 23/2004).

Conviene no olvidar que en este procedimiento ocupa una importancia considerable el ejercicio de la libertad o, en su defecto, la privación de la misma y, por ello, el Tribunal Constitucional ha otorgado relevancia a la «recta identificación del concepto de «privación de libertad»» del artículo 17.1 CE. Es jurisprudencia reiterada que no resulta «constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad (...) queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean». En este contexto, nuestro Alto Tribunal ha señalado su ámbito de conocimiento. Por tanto y, al objeto de llevar a cabo un enjuiciamiento de los hechos en los que se sustente un recurso de amparo por desestimación del procedimiento de habeas corpus el Tribunal «podrá revisar la calificación constitucional dada a los hechos que consideró probados el juzgador a quo cuando en la demanda de amparo se alegue que dicha calificación fue incorrecta y que, por serlo, se procedió por el Juez a una equivocada subsunción de los hechos». En suma la labor del Tribunal Constitucional se limitará a constatar que no se haya producido una valoración errónea de la situación de

supuesta privación de libertad por parte del Juez que ha conocido del procedimiento de habeas corpus y pueda ratificar «una situación de privación de libertad, efectiva al tiempo de dictarse la resolución judicial» por considerarla conforme a derecho a tenor del artículo 8.1 de la Ley Orgánica 6/1984 reguladora del Habeas Corpus (en adelante LOHC).

Nos encontramos pues ante «una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE» al objeto de hacer posible «el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad» que se han producido sin intervención judicial para la puesta a disposición judicial de quien entienda que ha sido privado de libertad de forma ilegal (SSTC 94/2003 y 23/2004).

De la jurisprudencia constitucional cabe resumir, al objeto de caracterizar el procedimiento de habeas corpus, que aun cuando se trata de un proceso de «cognición limitada», ello no impide que estemos ante la necesidad de un control judicial de la privación de libertad «plenamente efectivo», que en ningún caso suponga «un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad» (STC 122/2004).

En todo caso, no cabe entender de forma lineal el desarrollo material del procedimiento de habeas corpus. Reviste enorme importancia la diferenciación de las fases del mismo al objeto de anticipar las consecuencias que se pudieran derivar de la denegación de la solicitud de habeas corpus. Así, al objeto de clarificar las sucesivas fases del procedimiento, primero el legislador orgánico y posteriormente nuestro Alto Tribunal han recalcado «la distinción» recogida en los artículos 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. El elemento determinante de esta diferencia descansa en el hecho de que en el trámite de admisión no tiene lugar la puesta a disposición judicial de la persona «cuya privación de libertad se reputa ilegal». La comparecencia ante el órgano jurisdiccional sólo tiene lugar tras la decisión de admisión a trámite acordada en el auto de incoación del procedimiento (art. 7.1 LOHC). Para nuestro Alto Tribunal la «decisión no puede adoptarse en el trámite de admisión, ya que la esencia de un procedimiento de habeas corpus consiste precisamente en que, siempre que la persona se encuentra efectivamente detenida, el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial» (SSTC 66/1996, 86/1996, 174/1999, y 232/1999), para

que el detenido, una vez puesto en presencia del Juez, «pueda formular las alegaciones y pruebas que estime conveniente en relación con la legitimidad de la situación de privación que padece».

Por tanto, cuando conste una situación de privación de libertad real corresponderá llevar a cabo el «enjuiciamiento de su legalidad» a través de un análisis, «previa comparecencia y audiencia del solicitante de habeas corpus» (STC 174/1999), y no en el trámite de admisibilidad. La garantía del habeas corpus tiene lugar en suma cuando el pronunciamiento del Juez a cerca de la legalidad de la situación de privación de libertad, se lleva a cabo con la materialización de la presencia ante el Juez del detenido y éste ha sido oído (SSTC 174/1999 y 232/1999). Es el enjuiciamiento de fondo el que satisface la garantía del habeas corpus siempre que tiene lugar «una privación de libertad no acordada por el Juez» (SSTC 21/1996, 86/1996, 174/1999, 232/1999).

El énfasis del Tribunal Constitucional recae sobre la necesidad de examinar «la legalidad de las circunstancias» de la situación de privación de libertad, aun cuando dicha privación haya sido acordada en resolución administrativa por órgano competente (SSTC 86/1996, 224/1998 y 174/1999). El alcance del enjuiciamiento a realizar por el juez del habeas corpus no debe ofrecer dudas, las circunstancias que han de ser objeto de examen son las relativas a la detención preventiva, y en ningún caso analizar «la procedencia de la expulsión» (STC 21/1996, 86/1996 y 174/1999<sup>3</sup>), siempre susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En los términos en los que se ha manifestado nuestro Alto Tribunal cuando ha otorgado el amparo frente al auto denegatorio de la admisión del procedimiento de habeas corpus, cabe decir que tal inadmisión a limine litis constituiría «una desvirtuación del procedimiento de habeas corpus» ya que la finalidad del mismo no es

<sup>3</sup> En esta ocasión el juez inadmitió a trámite la solicitud de habeas corpus por un doble motivo, en primer lugar por considerar que del retraso en la expulsión era responsable el solicitante de habeas corpus que había intentado la admisión de la solicitud de asilo para evitar la expulsión y, en segundo lugar porque la privación de libertad se había acordado «en cumplimiento de una resolución fundada y en el ejercicio del poder de policía que tienen atribuidas las autoridades administrativas y en cumplimiento de la legislación vigente». El Tribunal Constitucional entendió sin embargo que el Juez, «en el trámite previo de admisibilidad, y, por tanto, sin que el que instó este procedimiento fuera puesto en su presencia, efectuó un enjuiciamiento de fondo de la legalidad de la situación de privación de libertad padecida por el que instaba ese procedimiento, que, a tenor de la doctrina expuesta, debe considerarse lesivo del derecho que consagra el art. 17.4 CE.».

otra que posibilitar al detenido «la oportunidad de hacerse oír, y ofrecer sus alegaciones y sus pruebas» (STC 86/1986).

Por tanto, solo procederá la inadmisión inicial del procedimiento cuando no concurren los requisitos formales «tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud» recogidos en el art. 4 LOHC. Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad «real y efectiva», se solicita la incoación del procedimiento y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del habeas corpus».

La cautela sin embargo debe prevalecer cuando se suscite alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias que concurren en la privación de libertad. Parece en este supuesto más respetuoso con el mandato constitucional no acordar la inadmisión, sino examinar las circunstancias concurrentes, a través de un enjuiciamiento de fondo respecto de la legalidad de la privación de libertad, con la comparecencia y audiencia del solicitante y la posibilidad de proponer pruebas a tenor de lo preceptuado en el artículo 7 LOHC. Otro proceder constituiría una desvirtuación del procedimiento de habeas corpus «porque el contenido propio de la pretensión formulada en el habeas corpus es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación».

En cambio, cuando no existe una efectiva privación de libertad o se ha considerado incompetente el órgano judicial para conocer del procedimiento de conformidad con lo dispuesto en la propia LOHC y se ha declarado la inadmisión inicial, cabe concluir que el órgano jurisdiccional se ha pronunciado de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si existe la privación de libertad pero ésta ha sido acordada judicialmente, la inadmisión liminar de la solicitud de apertura del procedimiento de habeas corpus estaría plenamente justificada. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que no cabe el rechazo inicial de la petición de habeas corpus ante aquellas situaciones de privación de libertad que no han sido acordadas por el órgano judicial, «con independencia de su legalidad como las detenciones policiales, las detenciones impuestas en materia de extranjería o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares» y, por tanto, no pueden ser rechazadas de forma liminar (STC 122/2004).

## II. LA CASUÍSTICA QUE PRESENTA EN EL ÁMBITO DE LA EXTRANJERÍA LA INCOACIÓN DEL HABEAS CORPUS

### 1. *CONSIDERACIONES GENERALES*

Respecto de la invocación del procedimiento de habeas corpus en el ámbito del derecho de extranjería cabe decir que las situaciones en que se puede cuestionar la privación de libertad, como consecuencia de resoluciones administrativas en aplicación de las previsiones contenidas en la legislación de extranjería, son variadas y, por ello, los supuestos en los que se ha instado dicho procedimiento han sido diversos. Sin embargo, hemos de avanzar la imposibilidad de concretar en un tratamiento unitario diferentes supuestos de limitación de la libertad del extranjero que puede acontecer en frontera o en una zona de tránsito o, bien dentro del territorio nacional. Además esta limitación a la libertad puede tener su origen en la estricta aplicación de la legislación de asilo y refugio o en la más genérica de extranjería, que puede obedecer a una situación fáctica o traer su causa de una resolución administrativa en el contexto de un previo expediente administrativo.

En efecto, en algún caso, como consecuencia de la inadmisión a trámite de la solicitud de refugio se ha podido poner en marcha el mecanismo pertinente previsto al objeto de la expulsión del país. En otras ocasiones, es la permanencia de forma ilegal en el territorio nacional la que puede iniciar el proceso de habeas corpus por privación de la libertad ante la inminencia de la ejecución de la resolución administrativa que acuerda la expulsión. Finalmente y sin ánimo de acotar los supuestos, existe uno cada vez más frecuente, el de quienes son interceptados en patera e instan dicho expediente ante la inminencia de su internamiento en un centro destinado a este fin o para evitar una situación de devolución. En todo caso y aún cuando parezca una obviedad, conviene recordar que pese a que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (SSTC 94/1993 y 86/1996), ello no justifica su detención preventiva contraviniendo el artículo 17.2 CE. Como habrá ocasión más adelante de señalar, la jurisprudencia constitucional ha recogido nítidamente la titularidad de los extranjeros de la garantía del habeas corpus (STC 115/1987).

Ahora bien, no es nuestra intención abordar los procedimientos sobre la entrada o salida del territorio nacional de los extranjeros en situación irregular, ni de la regulación específica de los mismos, sino re-

flexionar en torno a la eficacia que despliega el procedimiento de habeas corpus en conexión con la aplicación a los extranjeros de medidas de privación de libertad conectadas con su situación de presencia irregular en el mismo. Es cierto que en los últimos años se ha incrementado de forma notoria el planteamiento de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional por hipotética vulneración del derecho a la libertad, con ocasión de la denegación judicial de la solicitud de habeas corpus de los extranjeros llegados en patera a las costas españolas. Esta referencia estadística puede dar pie a una breve reflexión sobre las garantías de la libertad de los extranjeros en un contexto normativo de prolongada provisionalidad, a la espera de una resolución de nuestro Alto Tribunal sobre la constitucionalidad de la regulación de la extranjería contenida en la Ley Orgánica 8/2000. Dos son al menos las cuestiones previas a dilucidar brevemente, de un lado la titularidad del derecho a la libertad por los extranjeros y otro, la persistencia de las zonas grises o intermedias entre la libertad y la privación de la misma, a tenor de la jurisprudencia constitucional.

La interpretación de la titularidad por los extranjeros de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos quedó abierta a un amplio margen de apreciación por parte del Tribunal Constitucional, que pasaba inicialmente por una aproximación a los términos del artículo 13 de nuestra Norma Fundamental. Como ya destacara la doctrina, el enunciado literal del artículo 13 CE permitió entonces al Tribunal Constitucional formular una gradación en las condiciones de ejercicio de los derechos por los extranjeros a partir de su configuración legal por voluntad del constituyente. En esta «configuración legal» el Tribunal Constitucional fundamentó, en su temprana STC 107/1984, un primer intento de sistematización, a través de una clasificación tripartita de los derechos fundamentales, probablemente muy oportuna y clarificadora en su momento, pero a todas luces insuficiente en la actualidad. Así, el Alto Tribunal, lejos de extraer una conclusión homogénea, afirmaba en dicha sentencia que «la igualdad en el ejercicio de los derechos, (...) depende, pues, del derecho afectado», por lo que el propio Tribunal reconocía la existencia de derechos que corresponden «por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos», otros de los que estarían excluidos los extranjeros y, finalmente «aquéllos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

Recordemos que en el primer grupo, en el de los derechos que pertenecen a la persona como tal, expresamente el Alto Tribunal incluyó



inicialmente el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica, puesto que estos derechos «corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles». Pero para el objeto que aquí nos interesa hemos de hacer hincapié en que esta enumeración no exhaustiva se ha incrementado posteriormente con el reconocimiento a los extranjeros, entre otros, del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985) y el derecho a la libertad (STC 115/1987).

Como ya se apuntó, la inicial y nítida afirmación de la inexistencia de zonas intermedias entre detención y libertad (STC 98/1986) ha operado por vía jurisprudencial hacia el reconocimiento de «otros casos de privación de libertad distintos de la detención preventiva» (STC 341/1993) a los que se puede incorporar el arresto del quebrado (STC 178/1985) o el control de alcoholemia (STC 22/1988). Cabe decir en todo caso que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejó abierta esta posibilidad en el asunto Guzzardi, ya que afirmó en aquella ocasión que «la privación de libertad puede adoptar diferentes formas. Su variedad, además crece con la evolución de las normas jurídicas y las actitudes», continuada después entre otras en la resolución del caso Amuur contra Francia en la que se distingue entre la restricción de libertad del extranjero en la zona internacional de un aeropuerto y la privación de libertad. El interés en la proliferación de estas zonas intermedias se amplía a la indeterminación inicial de su duración. En suma, asistimos en materia de extranjería a la existencia de compulsión personal (STC 147/1999) y otras formas de limitación o restricción de libertad sobre las que en principio no rige una estricta sujeción al plazo constitucional de setenta y dos horas, ya que las actuaciones pertinentes «deben practicarse sin dilación, pero no necesariamente» con éste límite máximo (STC 147/1999), sino que se deben «adoptar medidas necesarias para ejecutar» actuaciones «de forma inmediata» (STC 179/2000). Por ello es de vital importancia determinar la licitud de la privación de la facultad de autodisposición sobre todo en el ámbito de la extranjería. Continuando con este orden de consideraciones no debemos olvidar como la jurisprudencia constitucional ha reiterado, que los límites al ejercicio de los derechos fundamentales se deben ponderar en cada caso, «pues en cuanto restringen derechos fundamentales, han de ser interpretados a su vez restrictivamente» (STC85/1983) y además, «en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos» (STC254/1988).

## 2. *LEGISLACIÓN DE ASILO*

Aunque aparentemente superada la controversia jurídica en torno a la adecuación constitucional de la legislación de asilo, debemos volver sobre la vigente regulación y la respuesta de nuestro Alto Tribunal a la permanencia en frontera del solicitante de asilo. En efecto, por su especial incidencia en la limitación de libertad interesa detenerse en las previsiones de la ley de Asilo y Refugio (en adelante LAyR) respecto del solicitante de asilo en frontera. El solicitante de asilo, que hubiese presentado la petición en frontera, no podrá ser expulsado en tanto no sea resuelto el trámite de admisión, debiendo permanecer en el puesto fronterizo, «habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello». Por su parte, el Reglamento de desarrollo de la LAyR ha especificado que la permanencia en las dependencias fronterizas se realizará «exclusivamente al efecto de que se le notifique la resolución recaída sobre su solicitud», no debiendo prolongarse esta estancia más de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud. La fase de admisión a trámite contiene plazos perentorios respecto al pronunciamiento sobre su admisión o inadmisión a trámite. Así, la Oficina de Asilo y Refugio debe comunicar «de inmediato» al representante en España del ACNUR, la concurrencia de causas de inadmisión de la solicitud y copia de la documentación aportada por el solicitante, para que por parte de éste, se efectúe, si así lo desea, una entrevista con el peticionario y emita en el plazo de veinticuatro horas un informe motivado. Se debe notificar la inadmisión a trámite al solicitante en un plazo que no deberá exceder de los cuatro días a contar desde su presentación.

Sin embargo, el entendimiento del plazo legal no ha resultado pacífico, de tal modo que en diversas ocasiones la Audiencia Nacional ha tenido que reiterar que dicho computo corresponde a días naturales, e incluso debe realizarse en horas por la «cortedad de sus plazos», que están justificados, toda vez que la permanencia en las dependencias de la frontera implican «una petición para el peticionario que humana y jurídicamente exige una pronta decisión»<sup>4</sup>. Como no puede ignorar la Audiencia Nacional la situación limitativa de libertad es evidente y por ello procede la interpretación normativa «favor libertatis», de tal modo que si la notificación se produce rebasado este plazo se procederá a la admisión a trámite de la solicitud y la autorización de la entrada del solicitante en el territorio nacional.

<sup>4</sup> Entre otras SSAN 25.2.2000, 24.11.2000 y 26.6.2001.

Recordemos que tras la comunicación al solicitante de asilo formulada en frontera de la inadmisión a trámite de su petición, podrá éste (dentro de las veinticuatro horas desde la notificación) formular petición de reexamen de su solicitud, quedando en suspenso los efectos de la resolución denegatoria. Nada indica el Reglamento de desarrollo respecto a la situación en la que queda el solicitante de asilo que formula el reexamen, aunque por aplicación del artículo 7 de la LAyR se debe entender que hasta tanto no se resuelva el reexamen, debe igualmente permanecer en las dependencias fronterizas, si bien solo a los efectos de notificación de la resolución que recaiga sobre la petición de reexamen. En todo caso, el plazo total para la resolución del trámite de inadmisión de solicitud de asilo presentada en la frontera y, en su caso, la que recaiga sobre la petición de reexamen, no debe exceder de siete días.

Previamente a la resolución por el Ministerio del Interior de la petición de reexamen, tendrá lugar el trámite de audiencia al representante en España del ACNUR, éste (en el plazo de veinticuatro horas desde su presentación) deberá formular informe motivado si fuere favorable a la admisión a trámite de la solicitud a la vista del reexamen. La resolución será notificada al demandante de reexamen en el plazo de dos días desde su presentación.

Sin embargo, el mero transcurso del plazo previsto para dictar la resolución de la petición de reexamen, sin notificación de la misma al interesado, «determinará» la admisión a trámite de su solicitud, que conllevará la autorización de entrada del solicitante en nuestro territorio.

Con carácter general, la resolución que decida la petición de reexamen pone fin a la vía administrativa y puede ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa; la interposición de éste recurso producirá efectos suspensivos del acto administrativo, siempre que el interesado manifieste su intención de interponer el recurso contencioso-administrativo y la representación en España del ACNUR hubiera formulado informe favorable a la admisión a trámite de la solicitud. Se autorizará su entrada en el territorio nacional y su permanencia en él hasta que por el órgano jurisdiccional se resuelva sobre la suspensión del acto administrativo. Si transcurren dos meses, sin que se haya formalizado la interposición del recurso contencioso-administrativo, se aplicarán al demandante de asilo los efectos generales previstos en la LAyR.

La inadmisión producirá el rechazo del extranjero en la frontera si el solicitante de asilo carece de los requisitos para su entrada en Es-

paña, de conformidad con la legislación de extranjería. Ahora bien, como expresamente establece el artículo 17.2 de la LAR, por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse la permanencia en España pese a la inadmisión a trámite o la denegación de la solicitud.

Por último, si la inadmisión se fundamenta en el hecho de que corresponde a otro Estado el examen de la solicitud, el Ministerio del Interior permitirá la entrada en territorio español si transcurrido el plazo de setenta y dos horas, desde la presentación de la solicitud, no han concluido las gestiones con el Estado correspondiente, por lo que el procedimiento queda en suspenso hasta que no se obtenga respuesta de aquél.

Las sucesivas resolución denegatoria de admisión a trámite y resolución denegatoria del reexamen, conllevan «el rechazo del extranjero en frontera», cuando no concurren en el solicitante los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 8/2000 para entrar en España. Como causa de la inadmisión en frontera se recuerda conforme al artículo 5.6 de la LAR y el artículo 22 del reglamento de desarrollo que, «salvo la posibilidad de que se autorice la entrada en España por entender que existe causa para otorgar la protección subsidiaria prevista en el 31.3 del citado reglamento o por las razones humanitarias del apartado 4 de este precepto<sup>5</sup>, la inadmisión a trámite determinará el rechazo en frontera del interesado y su retorno al punto de origen. Ahora bien, cuando no se pueda llevar a cabo la «devolución inmediata» por insuficiencia de documentación o por la no disponibilidad de medios de transporte adecuados, se podrá acordar también la entrada en territorio nacional sin perjuicio de la adopción de aquellas medidas cautelares que se consideren adecuadas al caso. En el mismo sentido, pese a la inadmisión de la solicitud de asilo, se podrá acordar por el Ministerio del Interior la entrada en el territorio nacional y su permanencia en él por «motivos humanitarios» por un período no inferior a seis meses.

Cuando proceda el rechazo en la frontera el Estado español no podrá incurrir en incumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, ni enviar a las personas afectadas por el rechazo a un tercer país en el que no se goce de protección «contra la devolución al país perseguidor».

---

<sup>5</sup> En este sentido la reforma operada por el Real Decreto 2939/2004, de 30 de diciembre, que modifica el contenido del artículo 31 del RAR.

La situación de precariedad jurídica en la que se encuentra el solicitante de asilo en el puesto fronterizo, en tanto se resuelve la admisión o el reexamen es evidente, ya que su posición jurídica es aún más débil que la prevista en la legislación de extranjería para el extranjero incurso en un procedimiento de denegación de entrada, pues en este supuesto el legislador ha previsto un control judicial de dicha situación.

La cuestión especialmente controvertida de la situación de limitación de libertad del solicitante de asilo en frontera fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo y resuelto por el Tribunal Constitucional en STC 53/2002, en la que se establecía la constitucionalidad del artículo 5.7.3 de la LAR. En dicha resolución el Tribunal Constitucional estimó que el solicitante de asilo goza del derecho a la libertad reconocida a todas las personas pero lo determinante es «la existencia de una situación legal de sometimiento de los solicitantes de asilo a un poder público español». Por tanto, para el Alto Tribunal estaríamos «ante modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutaban, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal». La conclusión que entonces alcanzó el Tribunal Constitucional fue que la restricción a la libertad derivada del art. 5.7.3 de la Ley 9/1994 tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación sobre entrada de los extranjeros en España y resulta compatible con la Constitución en la medida en que se trata de una restricción cierta, limitada respecto de los sujetos afectados, circunscrita en el tiempo y el espacio y «plenamente controlada en vía administrativa como judicial».

Para comprender las consecuencias de aquella interpretación constitucional y abordar la dimensión real del fallo del citado recurso de inconstitucionalidad, téngase en cuenta que a tenor de la información suministrada por CEAR (Informes de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, La situación de los refugiados en España 2006 y 2007) en el año 2005 fueron 1.445 y en 2006 2.140 personas las solicitantes de asilo en puestos fronterizos. Más allá de las dificultades en su caso para obtener una adecuada asistencia jurídica y el ejercicio pleno de la tutela judicial efectiva, consideramos que la limitación de la libertad sigue ausente de un mecanismo de control judicial suficiente. Como ya tuvimos ocasión de manifestar<sup>6</sup>, la ausencia de intervención judicial constituye un elemento de re-

---

<sup>6</sup> PÉREZ SOLA, N., La regulación del derecho de asilo y refugio en España, Universidad de Jaén-Adhara ediciones, Granada 1997, pág. 160.

levancia en este análisis, toda vez que de la misma se pueden derivar consecuencias negativas para las garantías en que se desarrolle la permanencia del demandante de asilo en las dependencias en la frontera, limitada su libertad ambulatoria. Entendemos que pese a la resolución recaída en la STC 53/2002 la permanencia debiera ser objeto de comunicación y conocimiento por parte del órgano judicial para salvaguardar en todo momento, la legalidad de la situación.

### **3. LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA**

No cabe analizar las peticiones de habeas corpus formuladas por los extranjeros en un contexto aislado del marco jurídico general, sino a tenor de la legislación de extranjería y los supuestos en ella contemplados que prevén limitaciones a la libertad individual. Como habrá ocasión de analizar, las sucesivas regulaciones de la extranjería llevadas a cabo por el legislador se han hecho eco de la jurisprudencia constitucional en la materia precisando el estatuto jurídico de los extranjeros en nuestro país. Habrá pues que analizar la legislación de extranjería y su interpretación por el Tribunal Constitucional al objeto de precisar la eficacia del procedimiento de habeas corpus ante limitaciones de libertad sufridas por los extranjeros en aplicación de la misma. Además la potencialidad del procedimiento de habeas corpus se concreta, como ya se anticipó, en que la resolución del órgano judicial que recae sobre la solicitud del mismo agota la vía judicial previa para dejar expedita la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La propia jurisprudencia constitucional se ha hecho eco de la conexión entre tutela y libertad que a veces es muy estrecha al reconocer que el artículo 17.4 CE «no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes». Es en este sentido que nos interesa reflexionar también, aunque de modo breve, en torno a las consecuencias que se derivan de la valoración negativa que realice el órgano jurisdiccional ante la invocación del procedimiento de habeas corpus por supuesta privación indebida de la libertad. Así el auto judicial desestimatorio en el procedimiento de habeas corpus, que «careciera de motivación suficiente o resultase infundado, podría ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva». El Tribunal Constitucional ha indicado en este sentido el ámbito de enjuiciamiento que le corresponde cuando en un recurso de amparo se invoca la vulne-

ración de ambos derechos. Entiende el Alto Tribunal que debe limitarse a analizar, «la suficiencia y corrección constitucional de la fundamentación de dicho fallo denegatorio -no de los hechos que estuvieron a la base del procedimiento resuelto-». Ahora bien, esta jurisprudencia recientemente se ha centrado en el examen de la libertad, «puesto que, estando en juego ese derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, (...) sino propiamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de habeas corpus (...) forma parte de la propia garantía». En suma, considera el Tribunal que en estos supuestos invocar la vulneración de la tutela judicial efectiva «resulta redundante con la del art. 17, apartados 1 y 4 CE» (STC 122/2004).

Por tanto, ante hipotéticas situaciones de privación de libertad de extranjeros en aplicación de la normativa específica de extranjería y una vez instado el procedimiento de habeas corpus, cabe señalar que compete al juzgador llevar a cabo un juicio de proporcionalidad para dictar una resolución basada en la razonabilidad, que le permita colegir si la situación de privación de libertad del solicitante de habeas corpus está prevista en la ley. A tal objeto, comentaremos inicialmente la resolución del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 7/1985, para apreciar después algunos de los fallos de aquél en torno a las limitaciones de la libertad del extranjero en supuestos regulados en dicha norma, para finalizar con alguna consideración en torno a la vigente ley de extranjería.

Los términos en los que quedó redactada la Ley Orgánica 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, no contribuyeron inicialmente a clarificar mucho más el estatuto jurídico de los extranjeros. Incluso la regulación contenida en diversos preceptos de aquélla planteaba un indudable debilitamiento de la eficacia del control judicial de las actuaciones administrativas previas, que pudiera desdibujar la eficacia de la tutela judicial efectiva y del procedimiento de habeas corpus, con riesgo de generar supuestos de indefensión. En este sentido, merece la pena recordar como con ocasión de la resolución del recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la misma, el Tribunal Constitucional concluyó, en primer lugar, la inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley Orgánica 7/1985, que establecía que «en ningún caso puede acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformi-

dad con lo establecido en la presente Ley<sup>7</sup>». En segundo lugar, y respecto de la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley Orgánica 7/1985, relativo al internamiento de extranjeros tras interesarlo del Juez de instrucción la autoridad gubernativa, nuestro Alto Tribunal resolvió que aquel precepto respetaba «el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de *habeas corpus* del art. 17.4 de la Constitución, tanto en lo que se refiere a la fase gubernativa previa, dentro de las setenta y dos horas, como también respecto a esa prolongación del internamiento en caso necesario, más allá de las setenta y dos horas, en virtud de una resolución judicial». Sin duda, la mayor aportación de esta sentencia fue la afirmación también en el ámbito del derecho de extranjería de que «la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma».

La interpretación y aplicación del artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985 permitió así una primera aproximación a la distinta competencia de administración y órgano jurisdiccional al objeto de decidir sobre la legalidad de la privación de la libertad del extranjero. En efecto, en este precepto se recogía la posibilidad de llevar a cabo la devolución de los extranjeros que hubiesen entrado ilegalmente en nuestro país sin necesidad de incoar expediente de expulsión. Pues bien la consideración por parte del Juez de guardia, ante el que se formuló la petición de *habeas corpus*, de que correspondía únicamente decidir en torno a la situación del peticionario de *habeas corpus* privado de libertad a la autoridad administrativa, sería considerada negativamente por el Alto Tribunal. Por tanto, concluiría aquél declarando que competirá al órgano juzgador determinar si la resolución administrativa estaba incurso en alguno de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico posibilita la privación de libertad.

Claro que para constatar las circunstancias que hubiesen rodeado la privación de libertad sufrida por el peticionario de *habeas corpus*, el propio Tribunal, ante la necesidad de dictar una resolución en el recurso de amparo planteado contra la resolución judicial de inadmisión del *habeas corpus*, deberá siempre constatar si la privación de libertad se ha producido de conformidad con la previsión legal y si el juzgador a través de la decisión judicial correspondiente garan-

<sup>7</sup> «Esta comprensión de los derechos de los extranjeros, que debe ser interpretada restrictivamente, debe producir la mínima perturbación posible en el derecho afectado, y sólo ha de producirse en los casos y por las circunstancias» previstas por la Ley (STC115/1987).



tizó en modo suficiente el derecho a la libertad. Por el contrario, «una inadecuada ponderación del Juez acerca de la situación de privación de libertad sólo sería relevante si, por esta causa, al desestimar la solicitud de habeas corpus, se hubiese confirmado una situación ilegal de privación de libertad equivocadamente tomada conforme a derecho».

Ocurre que el órgano jurisdiccional encargado de discernir la solicitud de habeas corpus en numerosas ocasiones no se siente concernido por dicho procedimiento, en la medida en que entiende que es incompetente para enjuiciar situaciones que traen su causa de resoluciones administrativas adoptadas en el marco del derecho de extranjería, que están en el origen de dicha petición de habeas corpus.

Una vez que se formula la petición de habeas corpus, parece que procedería por parte del Juez llevar a cabo una adecuada ponderación de la protección del derecho fundamental a la libertad personal. Si por parte del juzgador se inadmitió el procedimiento de habeas corpus parece evidente que «no pudo entrar a controlar la legalidad material de la detención administrativa». Ante dicha constatación el Tribunal Constitucional entendió que parecía «necesario» que hubiesen sido «ponderadas» por el órgano jurisdiccional las circunstancias concurrentes en torno a la privación de libertad del extranjero tras la admisión de la petición de habeas corpus. Al no acordar el juzgador la admisión, se estimó en este caso el recurso de amparo interpuesto (STC 21/1996).

A una conclusión semejante llegó el Tribunal Constitucional al no acordarse la admisión de la solicitud de habeas corpus para analizar las circunstancias relativas a la compulsión personal del extranjero, tras la denegación del reexamen de la solicitud de asilo, que conllevó la permanencia en la zona de tránsito del aeropuerto más de 72 horas en espera de su expulsión, situación que a todos los efectos el Tribunal Constitucional entiende que se trata de «una privación de libertad» (STC 179/2000<sup>8</sup>).

Especial consideración precisa la privación de libertad en el ámbito del derecho de extranjería cuando se produce en «la zona de rechazados» de un aeropuerto, al objeto de proceder a la ejecución de un acto administrativo relativo a la devolución o la expulsión del extranjero. No cabe duda que esta medida de compulsión personal so-

---

<sup>8</sup> Expresamente se sostiene en el auto por el Juez que «no procede el hábeas corpus cuando la detención administrativa se produce en cumplimiento de una resolución administrativa y de la legalidad vigente».

bre el extranjero constituye una privación de libertad, pero debe ser observada a la luz de la Constitución y del resto de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que la privación de libertad en «la zona de rechazados» de un aeropuerto para propiciar la ejecución forzosa de una «orden de devolución», por la que se actualiza la prohibición de entrada en territorio español, impuesta a un extranjero mediante una previa resolución administrativa, «no le resulta necesariamente de aplicación el límite temporal de setenta y dos horas al que se refiere el art. 17.2 CE (STC 174/1999). La razón de ser de esta compulsión «lícita», es evitar que entre de forma ilegal en el territorio nacional. Ahora bien, como antes se apuntó, aquí se encuentra un elemento relevante de la cuestión, pues considera el Alto Tribunal que aun cuando «no es necesario que respete el plazo máximo de setenta y dos horas» (art. 17.2 CE), añade a continuación que «no puede, sin embargo ni durar más que el tiempo que requiera adoptar las medidas necesarias que permitan ejecutar este acto administrativo, lo que determina que no pueda tener una duración mayor que la estrictamente necesaria para proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia, ni tampoco tener una duración que en sí misma puede considerarse que es muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto a la Administración» (STC 179/2000).

Es cierto que desde el punto de vista técnico la permanencia en la zona de rechazados del aeropuerto, al objeto de llevar a cabo la devolución y la consiguiente situación de privación ha sido considerada como «situación de sujeción para devolución» (STC 174/1999). Así, cuando no se llegó a producir la entrada en el territorio nacional al no concurrir los requisitos legales para su autorización, a juicio del Alto Tribunal no constituiría la permanencia en esta sala un supuesto de detención, «sino de impedimento de entrada en territorio español», ya que no se había producido la detención en España por impedírsele la entrada al descender del avión en el que viajaban (ATC 55/1996). Si bien este razonamiento no está exento de crítica.

En otras ocasiones la razón de la permanencia en la sala de rechazados puede obedecer a una detención previa motivada por la entrada y estancia en nuestro territorio de forma ilegal. La permanencia en dicha sala tendría por objeto la espera para, en el momento adecuado, proceder a su devolución por vía aérea. El propio Tribunal Constitucional entiende que no es reconducible a un único «régimen jurídico» la permanencia en la sala de rechazados de un aeropuerto. Por tanto, será preciso realizar en cada caso un análisis de las circunstancias que concurren en la permanencia obligatoria de la

persona en este espacio habilitado en el aeropuerto (zona de tránsito o zona de rechazados). A nuestro entender el Alto Tribunal deja abierta la posibilidad de una pluralidad de situaciones ante las que las garantías pueden diluirse, dejando el terreno abonado a la discrecionalidad administrativa y desdibujando un estatuto jurídico único.

El interés de determinar con precisión la situación concurrente descansa en la justa valoración de la privación de libertad que puede sufrir el extranjero. Así la detención preventiva y la subsiguiente notificación de una orden de devolución pondría fin a la situación de detención preventiva para dar paso a la ejecución forzosa de la resolución administrativa de devolución. Sin embargo, aun cuando la ejecución forzosa de la resolución administrativa de expulsión justifica la compulsión del extranjero en la zona de rechazados, entiende el Tribunal Constitucional que «no excluye por sí y a limine litis el procedimiento de habeas corpus», como quedó acreditado en relación las órdenes de devolución (STC 12/1994) como a las órdenes de expulsión (STC 21/1996). Ahora bien, si la limitación de movimientos del extranjero en la zona de rechazados, no viene precedida de una orden de expulsión o devolución, nos encontramos ante una detención preventiva sujeta al límite máximo de setenta y dos horas.

Por tanto, ya que el procedimiento de habeas corpus constituye una «garantía procesal aplicable a todos los supuestos de privación de la libertad no acordada por el Juez» (SSTC 31/1995, 341/1993 y 21/1997), ante la privación de libertad del extranjero en la zona de rechazados del aeropuerto compete al Juez «comprobar si existe propiamente una orden de devolución o si, por no concurrir aquella resolución administrativa se trata de una situación de detención preventiva», ya que como se ha apuntado con anterioridad, el objeto de este procedimiento es «el juicio sobre la legitimidad de la situación de privación de libertad (STC 21/1996), el control de la legalidad material de la detención administrativa (STC 66/1996)».

Parece que el marco legal inducía a algún error por parte del juzgador ya que a tenor del artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985 para la ejecución de la devolución no había previsión legal de intervención judicial, sin embargo como ha señalado el Tribunal Constitucional cuando se solicitaba la apertura del procedimiento de habeas corpus por el extranjero privado de libertad por resolución administrativa, correspondía al juzgador «dar respuesta»<sup>9</sup> a

---

<sup>9</sup> En este sentido en el auto de inadmisión que dio lugar a la STC 12/1994 recordamos la argumentación del juez de guardia respecto de la aplicación del art. 36.2 de

dicha privación de libertad y, por ello, entiende el Alto Tribunal que «no puede inadmitirse a limine litis con el único argumento de que concurre una causa de expulsión legalmente prevista» (STC 179/2000).

En cuanto a la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, (en adelante Ley Orgánica 8/2000), cabe precisar que la actual regulación contiene determinadas prescripciones que contribuyen a debilitar la protección de los derechos de los extranjeros en situación irregular. Pues bien, un análisis de la citada norma nos llevará a apuntar algunas consideraciones sobre las condiciones de ejercicio de la tutela judicial efectiva como de la libertad ambulatoria, que en la redacción de la Ley Orgánica 8/2000, nos hace dudar sobre la efectividad del ejercicio de estos derechos para los extranjeros que se encuentran ilegalmente en España o en la frontera de nuestro territorio, en alguna de las diversas situaciones administrativas recogidas por el legislador.

La aplicación literal de algunos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 conllevan un elevado riesgo de debilitamiento del control judicial sobre actos administrativos de los que son destinatarios los extranjeros, con graves consecuencias para ellos. Aun cuando una primera afirmación sobre la titularidad de la tutela judicial efectiva se contiene en el artículo 20 de la vigente Ley Orgánica 8/2000, hemos de hacer hincapié en el riesgo de indefensión del extranjero que se encuentre de modo irregular en el interior o en la frontera de nuestro territorio. No hablamos ya de las garantías de acceso al recurso judicial contra la resolución administrativa, emanada en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración en materia de extranjería, cuanto de las condiciones reales en las que se puede ejercitar con eficacia el control judicial sobre la privación de la libertad del extranjero. Es evidente que estamos ante un ámbito, el de el derecho de extranjería, en el que las actuaciones administrativas deben sujetarse al control judicial. En especial en aquellos procedimientos administra-

---

la Ley de Extranjería al entender que «correspondía a la autoridad administrativa acordar lo procedente, sin que pudiera el Juez de Guardia a través del procedimiento de habeas corpus revisar una resolución administrativa aparezca o no ajustada a Derecho». No es tampoco muy diferente la argumentación que sustenta el auto de inadmisión del habeas corpus que origina la STC 21/1996: «Este Juzgado no es competente para manifestarse sobre la ausencia o falta de motivación de la resolución por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional, lo que está reservado por la LOPJ a la jurisdicción contencioso-administrativo».

tivos sancionatorios que pueden conllevar la expulsión del territorio nacional o la limitación de la libertad para el extranjero que se encuentra en una situación irregular. Por ello, en este ámbito se debe conectar la tutela judicial efectiva junto al derecho a la tutela cautelar a través, en su caso, de la adopción de medidas cautelares de carácter provisional orientadas a garantizar la situación del extranjero que carece de residencia legal, en tanto recae una resolución judicial definitiva, como sucede con la oportunidad de la admisión a trámite del habeas corpus en aquellas situaciones en las que no haya operado control judicial sobre la privación de libertad.

Ocurre que situaciones como la contemplada en la Ley Orgánica 8/2000 relativa a la ejecución preferente de la orden de expulsión (arts. 21.2 y 63.4), puede ser polémica desde la perspectiva de la privación de libertad del extranjero y su control judicial. Así, el elemento central de los procedimientos de expulsión administrativa, más allá de su ejecutividad inmediata, no es otro que la viabilidad de un control de legalidad por parte de los órganos jurisdiccionales vía recurso del afectado que, en su caso, pueda conllevar la suspensión de la misma. Debemos pues tener en cuenta las consecuencias reales que se derivan de las disposiciones analizadas para el extranjero que debe abandonar el territorio nacional, especialmente si pensamos en la eficacia que desplegarían las sucesivas resoluciones administrativas o judiciales sobre quien ya se ha alejado de nuestra frontera, así como la privación de la libertad y la necesidad de la existencia de un control judicial sobre la misma.

De otro lado, como antes se apuntó, el hecho de que «la ejecución de la orden de expulsión» en estos supuestos se efectúe de forma inmediata, aunque no se haya agotado la vía administrativa, constituye una nota de extremado rigor en esta regulación, que excepciona el régimen general según el que la ejecutividad recaerá en las resoluciones que agotan la vía administrativa. En suma, la ejecutividad inmediata sólo podrá evitarse a través de la petición y, en su caso, adopción de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional o por la formalización de la petición de asilo.

Por tanto, hay una serie de previsiones legales que implican limitaciones a la libertad y hacen necesario el subsiguiente control jurisdiccional de la detención (arts. 60.1, 61.1, 62). Debemos recordar aquí nuevamente la jurisprudencia constitucional contenida en la STC 115/1987 respecto del derecho a la libertad y sus limitaciones, pues «la voluntad del mandato constitucional es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión so-

bre el mantenimiento o no de la limitación de libertad»<sup>10</sup>. Aun cuando en aquella ocasión el Tribunal Constitucional entendió que podía interpretarse a la luz de la Constitución el término «interesar», en dicha sentencia el Tribunal afirmó que «el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, (...) lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de la libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial». Dicha valoración se concretará en el correspondiente auto judicial una vez constatada la concurrencia de alguna de las circunstancias recogidas en la Ley Orgánica 8/2000 (art. 53 a,d, f y art. 54.1 a y b).

En este sentido, al menos dos parecen ser los supuestos en los que de un modo directo el legislador ha previsto en la Ley Orgánica 8/2000 la limitación de la libertad de los extranjeros a través de la «detención cautelar» y su «internamiento preventivo» en un centro ad hoc más allá del ámbito penal. De un lado, como medida para asegurar los procedimientos de retorno (art. 60.1) y de otro el de expulsión (art. 62). Si bien entre las medidas cautelares se recoge la posibilidad de adoptar la limitación de la libertad del extranjero afectado por dichos procedimientos (art. 61), a nuestro juicio resulta insuficiente la regulación de los internamientos y de los lugares en los que se concreta su ingreso, sobre los que la propia norma parece denominar de modo diverso. Desde el punto de vista de las garantías que doten de eficacia el control judicial de la situación de quienes se encuentran privados de libertad, debemos señalar que la insuficiencia de éstas para los extranjeros que permanecen en ellos internados es evidente, puesto que no puede ser operativo el control judicial sobre las condiciones en las que se encuentran los extranjeros con limitación expresa del derecho a la libertad.

En el primer supuesto indicado, el procedimiento de retorno, los extranjeros incurso en este precepto están privados del derecho de libertad, pero la norma sólo hace referencia a la comunicación de la Autoridad gubernativa que acuerde el retorno al Juez de Instrucción cuando el retorno «fuera a retrasarse más de setenta y dos horas», a los efectos de que por el Juzgado de Instrucción se «determine el lugar donde hayan de ser internados». Pero de este precepto parece derivarse con toda claridad la obligación de la autoridad gubernativa, ya

<sup>10</sup> «La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez (...) en el plazo de setenta y dos horas (art. 26 Ley Orgánica 7/1985).

que expresamente el legislador indica que ésta «se dirigirá», sin cuestionar la necesidad de que el control judicial opere sobre la situación personal del extranjero en frontera.

El segundo supuesto en el que se prevé como medida cautelar la detención y el internamiento preventivo con carácter general es en el procedimiento de expulsión (art. 62.1). Ahora bien, cuando se concreta el alcance del procedimiento de expulsión en alguna de las causas previstas en los artículos 54.1 a) y b) y 53 a),d), y f) los términos del precepto varían sustancialmente, pues la autoridad gubernativa en estos casos «podrá proponer al Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador» (art. 62.1). Para caracterizar adecuadamente este precepto habrá que insistir en su finalidad, pues se «podrá proponer al Juez» que por éste se disponga el ingreso en un centro de internamiento cuando en el expediente administrativo correspondiente «se vaya a proponer la expulsión». Entendemos criticable la redacción de este precepto en la medida en que omite la exigencia constitucional de la puesta a disposición judicial del extranjero en el plazo de las setenta y dos horas, a tenor del carácter restringido que la jurisprudencia constitucional ha dado a la interpretación del artículo 17 CE. De los términos de este precepto no parece derivarse una obligación concreta para la autoridad gubernativa como sucedía en los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica 8/2000 y a salvo de una interpretación conjunta de ambos preceptos (arts. 61 y 62), la duda de inconstitucionalidad de este último estaría justificada. Debemos insistir en este aspecto de control judicial efectivo de las privaciones de libertad porque se trata de supuestos de verdadera limitación temporal de la misma, en la que se debe postular la garantía del control judicial de la libertad, ya que el propio artículo 17.4 CE así lo recoge<sup>11</sup>.

Pero la previsión contenida en el artículo 62 de la Ley Orgánica 8/2000, pese a sus limitaciones ya indicadas, ha posibilitado una interpretación constitucional con manifiestas repercusiones en la operatividad de instar el procedimiento de habeas corpus. Por ello, aun-

---

<sup>11</sup> «La voluntad de la ley, y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad. No deja de ser relevante al respecto la previsión contenida en el artículo 117.4 de la Constitución que permite la atribución por ley de funciones no juzgadoras a los órganos judiciales en garantía de cualquier derecho, y, en el presente caso, para la garantía de la libertad del extranjero afectado»(STC 115/1987).

que deben ser saludadas favorablemente las cautelas que acompañan este precepto, ya que se prevé un procedimiento específico de control judicial de la privación de libertad del extranjero a través de previa audiencia, que debe concretarse en auto motivado, no se nos oculta la previsible duplicidad de instrumentos de control judicial de la privación de libertad que se puede derivar de esta previsión normativa. La efectividad de dicha duplicidad o el carácter innecesario del habeas corpus en aplicación de procedimiento previsto en el artículo 62 de la Ley Orgánica 8/2000 plantea, en nuestra opinión, la necesidad de reformas en su caso en el procedimiento actual de habeas corpus, en el sentido de su conversión en una medida cautelar quizá para asegurar la presencia del afectado en la tramitación del expediente administrativo y posterior desarrollo del recurso contencioso administrativo, aunque por razones de extensión no podemos detenernos en esta cuestión.

Pero no se trata sólo de un supuesto teórico abierto al debate académico, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre este procedimiento y su compatibilidad o redundancia con el de habeas corpus al invocarse este último procedimiento por el afectado por la limitación de libertad y la aplicación de la normativa de extranjería. En efecto con la STC 303/2005 comienza una serie de sentencias relativas a la inadmisión o admisión a trámite de la solicitud de habeas corpus formuladas por ocupantes de pateras, tras haber sido interceptados cuando arribaban a las costas españolas, en la que se impetra ante el Alto Tribunal la supuesta vulneración de los derechos de libertad personal y del habeas corpus por inadmisión del mismo acordado en auto judicial. A partir de aquí y, en función de la valoración de las secuencias temporales del procedimiento seguido para el control judicial de la limitación de la libertad, se derivará la formulación de votos particulares en sucesivas sentencias<sup>12</sup>.

Hemos de recordar, para la mejor comprensión de esta posible duplicidad de instrumentos de control judicial de la libertad que, res-

---

<sup>12</sup> La conclusión que se alcanza es que «aun cuando la autoridad judicial prevé que, en virtud de la legislación de extranjería, va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento del extranjero solicitante de habeas corpus, esta institución está configurada en nuestro ordenamiento jurídico de manera absolutamente independiente de cualquier otro mecanismo de garantía de la libertad personal y únicamente en los casos en los que por mera coincidencia temporal, se ha llevado a cabo el control judicial de la situación del detenido con anterioridad a la decisión de admisión o no del procedimiento de habeas corpus podrá entenderse constitucionalmente legítima la decisión de inadmisión de plano de dicho procedimiento».



pecto al supuesto legalmente previsto de ingreso en un centro de internamiento a tenor del artículo 62.1 y 2, de la Ley Orgánica 8/2000, se requiere con carácter previo la audiencia del interesado, que por parte del órgano judicial competente se «disponga [el] ingreso en un centro de internamiento» a través de auto motivado susceptible de recurso (art. 216 y ss. LECrim), cuya duración máxima debe ser de cuarenta días «atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso». Hacemos hincapié en la relevancia del plazo máximo, ya que si bien puede ser fijado por un tiempo inferior, si se prolongase por más tiempo del referido en el Auto judicial correspondiente, nos encontraríamos ante una privación de libertad falta de «fundamento judicial» y, por tanto, susceptible de ser impetrada ante el órgano judicial a través del procedimiento de habeas corpus.

Es en este sentido en el que el Alto Tribunal se ha manifestado inicialmente en la STC 303/2005 y después en sucesivas resoluciones, pues si en virtud de las previsiones de la Ley Orgánica 8/2000 «con carácter previo al internamiento en el centro correspondiente por un tiempo máximo de cuarenta días se le tomó declaración al detenido en el Juzgado de Instrucción, no cabe nada que objetar a la inadmisión liminar del procedimiento de habeas corpus interpuesto, ya que la privación de libertad se acordó por órgano judicial, resultando carente de sentido un nuevo control judicial de la privación judicial de la libertad (art. 62.1 y 2 de la Ley Orgánica 8/2000)»<sup>13</sup>.

Pero al objeto de ir concluyendo, hemos ya apuntado, al hilo de la resolución de sucesivos recursos de amparo planteados ante la inadmisión a trámite de la solicitud de habeas corpus en supuestos que presentan cierta analogía con la citada STC 303/2005, que han surgido consideraciones discrepantes por parte de algunos de los propios Magistrados del Alto Tribunal, no tanto en torno a la previsible duplicidad de controles judiciales sobre la limitación de la libertad del extranjero vía habeas corpus o legislación de extranjería, sino sobre el momento procesal en el que se considera efectuado el referido control judicial sobre la limitación de la libertad. Como consecuencia mediata de esta situación, la efectividad del procedimiento de habeas corpus quedaría abierta a la discusión en torno a su operatividad, es-

<sup>13</sup> Nada acredita una situación de riesgo para la integridad de dicho derecho. Y es que el procedimiento de *habeas corpus* queda manifiestamente fuera de lugar cuando, como es el caso, la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez» (STC 303/2005).

pecialmente en aquellos casos en los que con anterioridad a la imprecación del mismo se hubiese operado el control judicial de la privación de libertad en aplicación del artículo 62 de la Ley Orgánica 8/2000 y, por tanto, haría innecesario el planteamiento del habeas corpus en aplicación de la citada Ley Orgánica.

En efecto, pese a la aparente analogía con la STC 303/2005 aparece una discrepancia entre los magistrados integrantes de la Sala como se acredita inicialmente en la resolución del recurso de amparo contenida en la STC 169/2006<sup>14</sup> y luego se ha reproducido en resoluciones posteriores en los votos particulares formulados por éstos en sucesivas sentencias con idéntica problemática.

Antes brevemente hemos de referirnos a una cuestión colateral pero presente en la mayoría de los recursos de amparo planteados por inadmisión de la solicitud de habeas corpus, la ausencia de apoderamiento expreso o tácito por parte del extranjero para otorgar habilitación expresa para interponer el citado recurso. En estos términos resulta comprensible la duda formulada por algunos magistrados en torno a la legitimación de abogado para plantear el recurso de amparo. Tal consideración descansa en la ausencia de referencia expresa del artículo 7.3 de la Ley de asistencia jurídica gratuita sobre una hipotética habilitación al letrado para esta intervención, al igual que tampoco cabe deducir dicha habilitación del artículo 3 de la LOHC para solicitar el inicio de este procedimiento.

Por tanto, para concluir este análisis y al objeto de determinar la operatividad de instar el procedimiento de habeas corpus de forma simultánea o contemporánea con la intervención del juez en aplicación de la legislación de extranjería, a fin de decidir en torno a la incorporación del extranjero a un centro de internamiento, en tanto se hace posible su devolución, cabe decir que la discrepancia esencial suscitada en los últimos pronunciamientos del Alto Tribunal sobre el tema descansa sobre la eficacia que se deriva de la puesta a disposición judicial, aun cuando no se haya formalizado expresamente la comparecencia ante éste. La razón fundamental aquí suscitada es la

---

<sup>14</sup> »las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial que señala el citado art. 62.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del habeas corpus, lo que haría redundante la posibilidad añadida de este remedio excepcional, sólo justificable en el plazo de la estricta detención cautelar gubernativa (durante las primeras setenta y dos horas) o, en su caso, superado el plazo acordado por la autoridad judicial para el internamiento, si el extranjero continúa privado de libertad».

de estar ante «un supuesto límite», ya que en el momento en el que se resuelve por parte del órgano judicial la inadmisibilidad de la solicitud de habeas corpus «no queda acreditado, al contrario de lo que sucedía en el supuesto de hecho de la STC 303/2005, que el Juez hubiera oído con anterioridad a dicha decisión al recurrente, asistido de Abogado e intérprete al amparo del art. 62.1 y 2 de la Ley Orgánica 8/2000. Por tanto, en el momento de rechazo del habeas corpus solicitado, no consta que existiera un control judicial de la situación de detención del demandante. En suma, «la supuesta legalidad de la situación de detención del solicitante,(..) esa es la cuestión a dilucidar en la fase plenaria del procedimiento de habeas corpus».

Sin embargo, frente a la anterior fundamentación se plantea un Voto particular que formula el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez<sup>15</sup> que se reiterará en sucesivos votos particulares entre otras en las SSTC 316/2005, 319/2005 y STC 169/2006, así como un voto concurrente que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel<sup>16</sup> que se materializa en el entendimiento de que «el procedimiento de habeas corpus queda manifiestamente fuera de lugar cuando la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez» (STC 303/2005).

Sin embargo, la doctrina mayoritaria que se reproduce en sucesivas resoluciones es que lo relevante no es que la audiencia del recurrente y el control judicial de su situación de privación de libertad como consecuencia de la aplicación de la legislación de extranjería,

---

<sup>15</sup> «Comparto la doctrina de las SSTC 224/1998, y 61/2003, pero me parece evidente que no concurren en estos casos las mismas circunstancias: No consta encargo profesional ni se alega siquiera que subsista la privación de libertad. En mi opinión el recurso de amparo debió ser declarado inadmisibile no ha quedado acreditado que en el momento en que se inadmitió el habeas corpus el Juez hubiera oído al detenido, asistido de Abogado e intérprete, al amparo del artículo 62.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000,. No comparto que esa circunstancia sea determinante. Sí lo es, en cambio, que el Auto de inadmisión del habeas corpus se haya dictado en ese mismo día 23 de mayo de 2003, cuando el detenido estaba ya a disposición del Juez.»

<sup>16</sup> «Sin embargo, como en la STC 303/2005, también ahora creo que debíamos habernos pronunciado, con carácter previo, sobre la legitimación del Letrado que suscribía la demanda para interponerla en nombre del afectado por la inadmisión a trámite del habeas corpus, teniendo en cuenta que no constaba que éste último le hubiera conferido su representación, ni le hubiera encomendado la interposición de la demanda de amparo, ni se hubiera dirigido al Tribunal para mostrar su voluntad impugnativa. Y visto que en el caso que ahora nos ocupa estamos en la misma situación, por pura coherencia intelectual reproduzco mi posición discrepante en los mismos términos.»

tuvieran lugar el mismo día, sino que «a partir de la vista de las actuaciones y muy significativamente del tenor del Auto impugnado, no puede afirmarse que el demandante estuviera efectivamente a disposición judicial con anterioridad al momento en que se inadmitió de plano y por motivos de fondo el procedimiento de habeas corpus (SSTCE 201 y 213/2006).

Es evidente que una nueva perspectiva cobra el procedimiento de habeas corpus con ocasión de la concurrencia de éste con la aplicación del control judicial sobre el extranjero sujeto a limitación de libertad, sin embargo la efectividad del control operado en aplicación del artículo 62 de la Ley orgánica 8/2000 puede afectar a la operatividad de este instrumento en el ámbito de la aplicación de la legislación de extranjería.