

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS Y SU PRIVACIÓN CONFORME A LA NORMATIVA SOBRE EXTRANJERÍA^{1, 2}

THE RIGHT TO LIBERTY OF FOREIGNERS AND THEIR DEPRIVATION OF LIBERTY IN APPLICATION OF THE REGULATIONS ON FOREIGNERS

M.^a Nieves Arrese Iriondo

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Cómo citar / Nola aipatu: Arrese Iriondo, M. N. (2021). El derecho a la libertad de las personas extranjeras y su privación conforme a la normativa sobre extranjería. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2. <https://doi.org/10.47984/legal.2021.002>



RESUMEN

La privación de libertad de las personas extranjeras, en particular, su internamiento, responde a causas específicas que no se contemplan con respecto de quienes tienen la nacionalidad. Este trabajo, tras exponer los supuestos que pueden desencadenar el internamiento de las personas extranjeras, analiza las cuestiones procedimentales más acuciantes por su vínculo con el derecho a la libertad. También se alude a la figura de *habeas corpus*, procedimiento del que disponen quienes tienen la nacionalidad para hacer frente a las privaciones de libertad que consideren ilegales. No obstante, se hace hincapié en que la situación respecto de las personas extranjeras es otra, ya que su internamiento, cuando

procede, habrá de ser adoptado por un juez, por lo que la decisión incorpora el control judicial de la privación de libertad. El análisis llevado a cabo no pretende un estudio pormenorizado de los aspectos expuestos, sino que su propósito principal es incidir en la extensión del derecho a la libertad de las personas extranjeras.

PALABRAS CLAVE

Personas extranjeras, derecho a la libertad, internamiento, intervención judicial.

1 Este artículo es fruto del trabajo llevado a cabo en el seno del Proyecto de Investigación PIBA 2019-48, titulado Derechos humanos, potestad sancionadora y organización administrativa en la seguridad ciudadana, financiado por el Gobierno Vasco.

2 Artículo también disponible en euskera en <https://doi.org/10.47984/legal.2021.002>

ABSTRACT

The deprivation of liberty of foreigners, in particular, their internment, responds to specific causes that are not taken into account in relation to those who have the nationality. This paper, after explaining the cases that may lead to the internment of foreigners, analyzes the most pressing procedural issues due to their connection with the right to liberty. It also refers to the figure of *habeas corpus*, a procedure available to those who have the nationality to deal with deprivation of liberty that they consider illegal. However, it is emphasized that the situation of foreigners is different, since their internment, when appropriate, will have to be taken by a judge, so the decision includes judicial control of the deprivation of liberty. The analysis does not pretend a detailed study of the mentioned aspects, but rather its main purpose is to insist on the extension of the right to liberty of foreigners.

KEYWORDS

Foreigners, right to liberty, internment, judicial intervention.

LABURPENA

Atzerritarren askatasun-gabetzea, bereziki, haien barneratzea, nazionalitatea dutenei aplikagarri ez zaizkien arrazoi zehatzen ondorio da. Lan honek, atzerritarren barneratzera eraman dezaketen kasuak azaldu ondoren, askatasunerako-eskubidearekin lotura duten prozedura-kontu garrantzitsuenak aztertzen ditu. *Habeas corpus* baliabideari ere egiten zaio aipu, nazionalitatea dutenek legez kontrakoak jotzen dituzten askatasun-gabetzei aurre egiteko baliabide gisa. Edonola ere, atzerritarren egoera beste bat dela azpimarratu behar da, horien barneratzea, hala badagokio, epaileak erabaki behar baitu, modu horretan, erabakiak askatasun-gabetzearen kontrol judiziala berea eginez. Aurrera eramandako analisiaren xedea ez da aipatutako alderdiak sakontasunez jorratzea, baizik eta atzerritarren askatasunerako-eskubidearen zabaltzea azpimarratzea.

GAKO-HITZAK

Atzerritarrak, askatasunerako-eskubidea, barneratzea, esku-hartze judiziala.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS.
- III. SUPUESTOS EN LOS QUE CABE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE EXTRANJERÍA. 1. Retorno, devolución, expulsión. 2. Las privaciones de libertad en puestos fronterizos. 3. La privación de libertad de personas extranjeras como consecuencia de su identificación: consideraciones en torno a la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.
- IV. CUESTIONES PROCEDIMENTALES DEL INTERNAMIENTO. 1. El internamiento como medida cautelar. 2. Intervención judicial para el internamiento. 3. Duración del internamiento. 4. Recurso contra el auto de internamiento.
- V. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS* EN LAS DETENCIONES CONFORME A LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA. 1. Aspectos generales. 2. Auto de incoación de *habeas corpus*. 3. Intervención judicial en el internamiento de personas extranjeras e inadmisión de *habeas corpus*.
- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.
BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad de las personas extranjeras plantea la cuestión de si su extensión es la misma que el derecho de quienes tienen la nacionalidad o, por el contrario, son admisibles otros supuestos distintos que legitimarían su quebranto. A este propósito, el punto de partida lo constituye el art. 13.1 CE, que reconoce a las personas extranjeras el goce de las libertades públicas garantizadas en el Título I del texto constitucional “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Sin perjuicio de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el alcance del derecho a la libertad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido numerosas ocasiones para referirse al ámbito del derecho a la libertad reconocido con carácter general en el art. 5 CEDH y, en particular, con ocasión de los supuestos en los que procede la privación de libertad de cualquier persona, al alcance del supuesto específico en que queda legitimada la detención de personas extranjeras.

En este trabajo se pretenden abordar, de una parte, las especialidades relativas a la privación de libertad de las personas extranjeras y, de otra, las garantías referidas a la legalidad de tales privaciones. Se trata de cuestiones que, además de su vertiente jurídica, presentan aspectos trascendentales en la práctica, ya que las detenciones e internamientos de personas extranjeras son prácticas habituales que, a menudo, ponen en tela de juicio el respeto de sus derechos³.

II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS

Tal y como se ha apuntado, es el art. 13.1 CE el que alude a los derechos y libertades que cabe reconocer a las personas extranjeras “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Esta referencia significa que, salvo las excepciones previstas en el propio texto constitucional, el disfrute por aquellas de los derechos fundamentales podrá modularse en función del contenido de los tratados internacionales y la legislación interna⁴. El Tribunal Constitucional apreció tempranamente que la referencia a las libertades públicas incluía en su seno los derechos fundamentales⁵. Además, elaboró la conocida teoría tripartita en virtud de la cual se diferencia, con respecto a las personas extranjeras, entre tres categorías de derechos fundamentales, a saber:

3 Véase un análisis principalmente empírico, ceñido al ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca, en Barbero González, Blanco Fernández de Valderrama, Arrese Iriondo, González Murúa (2017); Barbero, Blanco y Arrese (2018).

4 STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2.

5 STC 107/1984, de 23 de noviembre. La STC 115/1987, de 7 de julio, incluyó un voto particular que discrepaba de esta asunción.

1. derechos fundamentales vinculados a la dignidad humana que, por tal motivo, se reconocen por igual a todas las personas;
2. derechos fundamentales excluidos a las personas extranjeras, como son los contenidos en el art. 23 CE;
3. derechos fundamentales que la Constitución únicamente reconoce a quienes tienen la nacionalidad española, pero que se pueden extender a las personas extranjeras.

El art 17.1 CE señala que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. El derecho a la libertad se incardinaría en el primer grupo de la citada teoría tripartita, por lo que también gozan de él las personas extranjeras. No obstante, el texto constitucional hace depender su reconocimiento del cumplimiento de los requisitos previstos en las leyes. En similares términos, el art. 5.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, sin que nadie pueda ser privado de libertad, salvo en los casos previstos por el propio precepto y con arreglo al procedimiento establecido por la ley⁶.

El derecho a la libertad constituye un derecho de importancia fundamental en toda sociedad democrática⁷. A la hora de delimitar la extensión de lo que se protege, se ha de indicar, en primer lugar, que este derecho se refiere a la libertad individual en sentido clásico, es decir, la libertad física⁸, y lo determinante a estos efectos es que la persona, esté donde esté, se halle sometida a vigilancia constante y no sea libre para abandonar el lugar⁹.

La privación de libertad de las personas extranjeras puede ser legal en supuestos en los que serían inadmisibles en el caso de quienes tienen la nacionalidad. Así, la detención de estas últimas es la mayor interferencia que pueda darse en su libertad personal, y por tal motivo se ha de someter a un estricto escrutinio, llevando a cabo una ponderación entre los requerimientos de la sociedad y la libertad individual. Las personas extranjeras, sin embargo, mientras no se haya autorizado su entrada o residencia en territorio estatal no están autorizadas a permanecer en él. El margen de discrecionalidad de los Estados para decidir si procede o no su detención es mayor¹⁰. No obstante, se ha de demostrar la buena fe de la actuación de las autoridades, esto es, que existe un vínculo suficientemente estrecho entre el mantenimiento en detención y el objetivo

6 Véase sobre la interpretación realizada a este precepto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Arrese Iriondo (2015).

7 De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, Sentencia de 18 de junio de 1971, apdo. 65; Winterwerp c. Países Bajos, Sentencia de 24 de octubre de 1979.

8 Charrier (2005: 59), Nowak (2005: 212).

9 Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, apdo. 163; Salayev c. Azerbaiyán, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, apdo. 42.

10 Saadi c. Reino Unido, Sentencia de 29 de enero de 2008, apdo. 64.

perseguido, y que el internamiento se produce en un lugar apropiado y durante un plazo razonable¹¹.

Lo que proscriben tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como la Constitución es que las privaciones de libertad se lleven a cabo arbitrariamente. En aras a determinar si las autoridades han actuado de manera arbitraria, el Tribunal de Estrasburgo establece una serie de principios generales a considerar, a saber:

1. diligencia, de manera que si se aprecia mala fe por parte de las autoridades al haber descuidado la correcta aplicación de la legislación, la privación de libertad dejará de ser legal aun cuando se haya ajustado a la letra de la ley¹²;
2. conformidad de la privación de libertad a la finalidad de las restricciones previstas en el propio precepto;
3. adecuación entre el ámbito de la privación de libertad permitida y el lugar y las condiciones de la detención;
4. proporcionalidad de la privación de libertad¹³.

Los supuestos en los que se ha considerado arbitraria la detención son numerosos, y en la mayoría de los casos se suele deber a la ausencia de decisión que la ordene¹⁴ o a que, habiendo orden judicial, esta no establezca límite temporal alguno para su continuidad o no exponga las razones¹⁵. Asimismo, la detención también será arbitraria cuando persiga fines ajenos al motivo formal invocado¹⁶. Toda privación de libertad requiere que quede constancia de ella desde el principio, porque en otro caso se estaría ante una detención no reconocida¹⁷. La ausencia del registro de la fecha, momento y lugar de la detención, del nombre de la persona detenida y de las razones de la detención y del nombre de quien la lleva a cabo se considera incompatible con el propósito del art. 5 del Convenio¹⁸.

Junto con el derecho a la libertad, los arts. 5 CEDH y 17.1 CE garantizan también el derecho a la seguridad. Este concepto se refiere única y exclusivamente a la prohibición de ataques arbitrarios contra el derecho a la libertad¹⁹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en que es particularmente importante la satisfacción del

11 Kanagaratnam c. Bélgica, Sentencia de 13 de diciembre de 2011; 94-95; Suso Musa c. Malta, Sentencia de 23 de julio de 2013, apdo. 102.

12 Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, apdo. 163; Salayev c. Azerbaiyán, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, apdo. 42.

13 James, Wells and Lee c. Reino Unido, Sentencia de 18 de septiembre de 2012, apdos. 192-195.

14 Kharchenko c. Ucrania, Sentencia de 10 de febrero de 2011, apdo. 69.

15 Sabirou c. Rusia, Sentencia de 11 de febrero de 2010, apdo. 30; Feldman c. Ucrania, Sentencia de 8 de abril de 2010, apdos. 72 y 73; Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, apdo. 166.

16 Gagfag Mammadov c. Azerbaiyán, Sentencia de 15 de octubre de 2015, apdos. 103-110.

17 Navalnyy y Yashin c. Rusia, Sentencia de 4 de diciembre de 2014, apdos. 94 y 95.

18 Kurt c. Turquía, Sentencia de 25 de mayo de 1998, apdo. 125.

19 De Meyer (1999: 190).

principio general de seguridad jurídica allí donde la privación de libertad resulte afectada, porque el derecho a la seguridad es más que una obligación que da protección legal a la libertad física²⁰. Es esencial que las normas estatales definan con claridad las circunstancias que pueden dar lugar a la privación de libertad, de forma tal que toda persona pueda prever con un grado razonable en cada caso las consecuencias que una acción dada puede acarrear²¹.

Ahora bien, cuando de la privación de libertad de personas extranjeras se trata, no se otorga la misma protección que la concedida a las personas detenidas preventivamente por ser presuntas autoras de un delito²², ya que en el primer supuesto se trata de personas que han cometido una infracción administrativa, por lo que su conducta no es delictiva²³. No obstante, en términos generales, también gozan de las garantías contenidas en el art. 17 CE²⁴. Además, este tipo de detenciones serán arbitrarias si no hay registro sobre la fecha, tiempo y localización de las personas internadas, ya que si no consta dónde, cuándo y por quién exactamente han sido detenidas, durante cuánto tiempo han estado privadas de libertad antes de su deportación, ni cuándo y a dónde fueron deportadas, no habría información sobre la terminación de su privación de libertad²⁵. Por otra parte, si la persona privada de libertad presenta una demanda de asilo, se suspende la ejecución de la medida de expulsión, pero ese hecho no tiene por qué afectar a la detención; lo que se exige es que el procedimiento de asilo concluya con celeridad. Sin embargo, se requiere la concurrencia de motivos serios que justifiquen la privación de libertad²⁶.

III. SUPUESTOS EN LOS QUE CABE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE EXTRANJERÍA

1. RETORNO, DEVOLUCIÓN, EXPULSIÓN

La Ley Orgánica de Extranjería contiene determinados supuestos en los que cabría detener a las personas extranjeras. De esta manera se cumple el mandato del Convenio

20 Giorgi Nikolaishvili c. Georgia, Sentencia de 13 de enero de 2009, apdo. 53.

21 Baranosuki c. Polonia, Sentencia de 28 de marzo de 2000, apdo. 52; Ciobanu c. Rumanía, Sentencia de 9 de julio de 2013, apdo. 64.

22 Chahal c. Reino Unido, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, apdo. 112; Kolesnik c. Rusia, Sentencia de 17 de junio de 2010, apdo. 80; Efremidze c. Grecia, Sentencia de 21 de junio de 2011, apdo. 52; M. y otros c. Bulgaria, Sentencia de 26 de julio de 2011, apdo. 61.

23 Kolesnik c. Rusia, Sentencia de 17 de junio de 2010, apdo. 80; Efremidze c. Grecia, Sentencia de 21 de junio de 2011, apdo. 52; M. y otros c. Bulgaria, Sentencia de 26 de julio de 2011, apdo. 61.

24 Donaire Villa (2012: 509).

25 Ranjbar y otros c. Turquía, Sentencia de 13 de abril de 2010, apdos. 42 y 43.

26 A. A. c. Grecia, Sentencia de 22 de julio de 2010, apdos. 90-94.; M. A. c. Chipre, Sentencia de 23 de julio de 2013, apdo. 209; E. K. c. Grecia, Sentencia de 14 de enero de 2021, apdos. 93-99.

Europeo de Derechos Humanos, como no podía ser de otro modo, que supedita la privación de libertad de las personas extranjeras a que esa posibilidad esté prevista en una ley²⁷. En caso contrario, además de producirse una arbitrariedad en la detención, se privaría a las personas ilegalmente detenidas de valerse de salvaguardas fundamentales como el *habeas corpus*²⁸, cuestión que se abordará más adelante.

Cabe el internamiento de una persona extranjera cuando se haya incoado un expediente sancionador en su contra por la comisión de determinadas infracciones tipificadas como graves o muy graves. En todos estos supuestos, lo que justificaría el internamiento es que la sanción que finalmente se pueda imponer sea la expulsión del territorio estatal²⁹. Sin embargo, el legislador diferencia según que el procedimiento seguido sea el preferente o el ordinario³⁰. Y la distinción no es baladí, ya que en el segundo caso se excluye de manera expresa la posibilidad de internar a la persona extranjera tanto durante la tramitación del procedimiento, como durante el plazo de salida voluntaria³¹. De manera similar, la Ley también contempla la expulsión de la persona que haya sido condenada por una conducta dolosa sancionada con pena privativa de libertad superior a un año, en cuyo caso, y con el mismo propósito, esa persona podría ser internada³².

Por otra parte, la Ley se refiere al internamiento de las personas extranjeras en supuestos en los que no están inmersas en procedimiento sancionador alguno. Se trata de los casos de denegación de entrada en territorio estatal y de devolución. La denegación de entrada se produce cuando la persona extranjera pretende la entrada por un puesto habilitado sin aportar la documentación exigida. Su consecuencia es la obligación de regreso al punto de origen. Pero, en la medida en que ese regreso pueda retrasarse más allá de las setenta y dos horas que estará bajo la custodia de los cuerpos policiales, cabe que el juez de instrucción, a solicitud de la autoridad que ha denegado la entrada, proceda al internamiento de la persona extranjera³³.

La dicción literal del precepto establece que “(...) la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento”, lo cual propició que el Parlamento de Navarra interpusiera un recurso de inconstitucionalidad en su contra (además de contra otros artículos) por vulnerar el art. 17.1 y 2 CE, al entender que no se garanti-

27 Amuur c. Francia, Sentencia de 25 de junio de 1996.

28 Khlaifia y otros c. Italia, Sentencia de 15 de diciembre de 2016, apdos. 97-108.

29 Art. 62 LOExtr.

30 Arts. 63 y 63 bis LOExtr.

31 Arts. 63 bis 3 y 64.1 LOExtr.

32 Art. 57 LOExtr.

33 Art. 60 LOExtr.

zaba que más allá de las setenta y dos horas la decisión sobre la privación de libertad fuera judicial, ya que el juez se limitaría a determinar el lugar de internamiento. No obstante, el Tribunal Constitucional interpretó que esa previsión debía ser entendida como equivalente a solicitar al juez el mantenimiento de la privación de libertad de la persona extranjera cuando el retorno al lugar de origen fuera a demorarse más allá de las setenta y dos horas, de forma que el juez adoptaría libremente la decisión correspondiente³⁴.

En este caso se matiza que los lugares de internamiento no podrán tener carácter penitenciario y habrán de estar dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, quedando privadas las personas internadas únicamente del derecho ambulatorio³⁵. Esta individualización, cuando del internamiento en casos de retorno se trata, así como el hecho de que no se hable de “centro” sino de “lugar” de internamiento, puede deberse a la posibilidad de que en estos casos el internamiento se materialice en otros sitios, habitualmente situados en el propio puesto fronterizo o en la zona internacional de rechazados³⁶.

Por su parte, la devolución es la medida reactiva contra las personas extranjeras que, habiendo sido expulsadas, hayan contravenido la prohibición de entrada en territorio estatal, así como contra quienes pretendan entrar en el citado territorio de forma irregular. De manera similar al caso anterior, si la devolución se va a demorar más allá de las setenta y dos horas, el juez de instrucción deberá autorizar el internamiento de las personas que han de ser objeto de devolución³⁷.

Por último, también cabe el internamiento de la persona extranjera cuando la sanción de expulsión ya ha sido impuesta y aquella se niega a abandonar el territorio estatal³⁸. En este caso, en realidad, se está ante la figura de la compulsión sobre las personas como técnica de ejecución forzosa³⁹. Por sus similitudes, y al objeto de no reiterar ideas, en el siguiente epígrafe se abordan las diferencias entre esta figura y el retorno.

2. LAS PRIVACIONES DE LIBERTAD EN PUESTOS FRONTERIZOS

La principal cuestión que surge en torno a las detenciones producidas en puestos de frontera de personas que tratan de entrar regularmente en territorio estatal, es si su mantenimiento en dependencias fronterizas bajo custodia policial hasta hacer efectivo

34 STC 237/2007, de 7 de noviembre, FJ 15.

35 Art. 60.2 LOExtr.

36 Alonso Pérez (2002), Teixeira Rodríguez (2005: 732), Fernández Arévalo (2006: 42).

37 Art. 58 LOExtr. Véase sobre esta figura, Moya Malapeira (2002: 189-262).

38 Art. 64 LOExtr.

39 Requejo Rodríguez (2006: 67-70).

el retorno al lugar de origen constituye o no privación de libertad. De la jurisprudencia constitucional se concluye que no cabe una única respuesta que sirva para todos los casos, sino que depende de cada situación.

En concreto, con ocasión del rechazo de entrada de dos personas, el Alto Tribunal afirmó que su situación no constituía una detención sino un impedimento a entrar en territorio estatal. A este respecto, el derecho a la libertad personal, que se reconoce a toda persona con independencia de su nacionalidad, no conlleva el derecho de entrada, que únicamente se reconoce constitucionalmente a quienes tienen la nacionalidad española, y legislativamente a las personas extranjeras. Todo ello sin perjuicio de que la zona internacional del aeropuerto sea territorio español y que los funcionarios del servicio de fronteras ejerzan potestades públicas inherentes a la soberanía plena y exclusiva del Estado. Lo determinante es que la permanencia en el puesto fronterizo con limitación de la libertad ambulatoria depende de la disponibilidad de un vuelo que permita el regreso al lugar de origen⁴⁰.

De lo expuesto no cabe deducir, sin embargo, que la permanencia en la sala de rechazados de un aeropuerto no constituya privación de libertad en ningún caso. A este respecto, se admite que en ocasiones se esté en situación de detención preventiva reconducible al art. 17.2 CE. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se lleva a ese lugar a una persona que ha sido interceptada dentro del territorio estatal y sobre la que pesa una orden de devolución o expulsión. En este caso, se está ante un supuesto de ejecución forzosa de una previa resolución administrativa, cuya materialización requiere la conducción física de la persona hasta su salida del territorio estatal. Si bien no se exige que la práctica de la ejecución forzosa se lleve a cabo dentro de las setenta y dos horas, sí se requiere que se haga sin dilación. Por ello, lo que en origen tenía la consideración de detención preventiva (que se lleva a cabo una vez que se dicta y notifica la orden de devolución), deja de serlo cuando se inicia la fase de ejecución forzosa de la resolución administrativa de devolución. De ello no se debe deducir, sin embargo, que la privación de libertad en puestos fronterizos no esté sujeta a límite temporal alguno; lo que se requiere es que no dure más que el tiempo estrictamente necesario para ejecutar el acto administrativo, sin que esa duración pueda ser muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto⁴¹.

De lo anterior se ha de derivar que la ausencia de orden de expulsión o devolución determina que se siga en una situación de detención preventiva, sometida, por tanto, al límite de setenta y dos horas. A este respecto, que exista libertad de salida a otros países no desvirtúa la situación de la detención preventiva, ya que la persona extranjera tiene limitada su libertad de movimiento a un espacio determinado y cerrado sin ningún

40 ATC 55/1996, de 6 de marzo, FFJJ 3 y 5.

41 STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 2.

título que lo legitime. Es por ello que las personas extranjeras ubicadas en la zona de rechazados de un aeropuerto tienen derecho a solicitar *habeas corpus* y que sea el juez el que compruebe si existe orden de devolución o expulsión previa y, de no haberla, si se está ante una situación de detención preventiva, que podrá ser legal o ilegal⁴².

La presentación de solicitudes de protección internacional en puestos fronterizos da lugar a un procedimiento más expeditivo que el ordinario. Así, en primer lugar, se prevé el trámite de no admisión, que ha de resolverse en un plazo de cuatro días. También cabe la denegación de la solicitud por alguno de los supuestos previstos legalmente, que igualmente habrá de decidirse en el plazo de cuatro días. Tanto si se inadmite la solicitud, como si se deniega, cabe presentar una petición de reexamen que deberá ser resuelta en el plazo de dos días⁴³. A efectos de lo que ahora interesa, mientras las decisiones estén pendientes, la Ley dispone que las personas solicitantes permanecerán en las dependencias habilitadas para ello⁴⁴.

La duda surge en torno a si esa permanencia en frontera equivale a una privación de libertad policial o no. La cuestión fue aclarada por el Tribunal Constitucional⁴⁵. Comienza señalando que a quien solicita protección internacional y carece de los requisitos necesarios para entrar en territorio estatal, se le permite una entrada limitada y provisional en cuanto que permanece en las dependencias adecuadas habilitadas a tal efecto en el puesto fronterizo, lo cual no cabe equiparar con el derecho constitucional a entrar o circular⁴⁶. La permanencia en el puesto fronterizo, por no tener carácter de detención preventiva, no se limita a un máximo de setenta y dos horas, si bien ha de estar limitada en el tiempo. La cuantificación del tiempo máximo de permanencia depende en cada caso de la finalidad que se persigue. En la medida en que la legislación en materia de asilo establece de manera expresa, de una parte, el plazo de cuatro días para decidir sobre la inadmisión o denegación de la solicitud y, de otra, el plazo de dos días para resolver la petición de reexamen, se concluye que el límite temporal de la privación de libertad está claramente definido. La constitucionalidad del mantenimiento en el puesto fronterizo se justifica, además, por el hecho de que, durante los cuatro días posteriores a la presentación de la solicitud de protección internacional, la situación de la persona solicitante varía según cuál vaya a ser la resolución, es decir, cabe que la solicitud sea admitida a trámite, en cuyo caso se autorizará de forma provisional la entrada y permanencia en territorio estatal; puede que surja silencio administrativo

42 STC 174/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 3, 4 y 5.

43 Art. 21 Ley de asilo.

44 Art. 22 Ley de asilo.

45 STC 53/2002, de 27 de febrero. El art. 5.7, párrafo 3º de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, ya derogada, contenía una previsión similar introducida por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, modificadora de la anterior. La disposición fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo.

46 STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4.

por no haberse resuelto lo procedente dentro de plazo, silencio que será positivo, por lo que también en este caso se autorizará la entrada y permanencia con carácter provisional; si se inadmite o deniega la solicitud, la consecuencia será la expulsión de la persona solicitante, si bien la presentación de una petición de reexamen suspendería la ejecución de la medida mientras esté pendiente de resolución la petición planteada. En este último caso, la prolongación de la permanencia se debe a la petición presentada por la propia persona solicitante, la cual, además, no podrá ser expulsada mientras tanto. De ahí que se concluya que la restricción obedece a las exigencias de certeza y previsibilidad. Asimismo, los plazos establecidos se consideran proporcionados ya que se ciñen a lo estrictamente necesario si se tiene en cuenta que ha de darse respuesta a la solicitud⁴⁷.

En relación con los plazos de cuatro y dos días para responder a las solicitudes de protección internacional presentadas en puestos fronterizos y a las peticiones de reexamen, se quiere reseñar que su cómputo sigue un régimen especial distinto del contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece, de manera genérica y sin más acotaciones, que los plazos señalados en días se computan excluyendo los sábados, domingos y los declarados festivos⁴⁸. El Tribunal Supremo, partiendo de que se está ante un procedimiento en que la persona tiene limitada su libertad de movimiento, entiende que la manera ordinaria de computar los plazos por días supondría actuar en contra de los principios de celeridad y urgencia que requieren estas situaciones, por lo que no se cuentan los plazos desde un día determinado, sino que desde un momento específico⁴⁹, es decir, de hora a hora y sin descontar los días inhábiles⁵⁰.

Esta manera de computar los plazos se extiende también a las solicitudes de protección internacional presentadas en centros de internamiento de extranjeros. La situación de quienes presentan sus solicitudes en puestos fronterizos y en centros de internamiento es distinta, ya que en el primer caso se trata de personas a las que se impide la entrada en territorio estatal y que permanecen en la frontera bajo custodia policial sin que haya intervenido la autoridad judicial, mientras que en el segundo las personas ya están en territorio estatal y su internamiento ha sido decidido por resolución judicial. En este último caso, la presentación de una solicitud de protección internacional conlleva que, mientras no se resuelva, el posible retorno, devolución o expulsión quede en suspenso⁵¹. Aun admitiéndose que la respuesta a la solicitud pre-

47 STC 53/2002, de 27 de febrero, FFJJ 6, 7 y 8.

48 Art. 30.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre.

49 STS de 17 de diciembre de 2019.

50 STS de 20 de julio de 2016.

51 STS de 23 de septiembre de 2019.

sentada no requiere la misma urgencia en un caso y en otro, la diferente situación no se traslada al cómputo de los plazos.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que el mantenimiento de la persona extranjera en la zona internacional de un aeropuerto no implica privación de libertad, salvo que se prolongue excesivamente⁵². Ahora bien, aun asumiendo que no se está ante una privación de libertad, esa persona tiene derecho a asistencia legal y social, así como a que la prolongación del citado confinamiento sea decidida por los tribunales. Si estos declararan la ilegalidad del confinamiento en la zona de tránsito del aeropuerto, su mantenimiento en dicho lugar sería una privación de libertad constitutiva de vía de hecho⁵³. No es suficiente a estos efectos afirmar que las personas detenidas pueden abandonar la zona “hacia fuera”⁵⁴. Aunque mientras se permanezca en la zona de tránsito del aeropuerto no se haya cruzado la frontera, la persona está bajo la jurisdicción del Estado, por lo que, aun no habiéndose sometido al sujeto a ningún procedimiento de detención administrativa o criminal, existe *de facto* una privación o restricción de su libertad. Este hecho se evidencia en un caso en el que el sujeto no podía abandonar la habitación en la que estaba por estar cerrada desde fuera y porque durante los viajes que hizo al lavabo y al bar estuvo bajo constante supervisión de un oficial de control de fronteras⁵⁵.

3. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE PERSONAS EXTRANJERAS COMO CONSECUENCIA DE SU IDENTIFICACIÓN: CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Si bien en las líneas precedentes se han expuesto los supuestos habituales que pueden desembocar en el internamiento de una persona extranjera, también se quiere hacer referencia a las privaciones de libertad que son consecuencia de controles policiales de identificación. A este respecto, la normativa a considerar, además de la relativa a la extranjería, es la propia sobre protección de la seguridad ciudadana⁵⁶. En particular, la ley señala el derecho y la obligación de las personas extranjeras de conservar y llevar consigo la documentación que acredita su identidad, y que habrá sido expedida por las autoridades de su país de origen o de procedencia, así como la que acredita su situación regular en territorio estatal⁵⁷. La exhibición y facilitación de esta

52 Z. A. y otros c. Rusia, Sentencia de 21 de noviembre de 2019, apdos. 164-171.

53 Riad e Idiab c. Bélgica, Sentencia de 24 de enero de 2008, apdo. 75.

54 Amuur c. Francia, Sentencia de 25 de junio de 1996, apdos. 43-48; Riad e Idiab c. Bélgica, Sentencia de 24 de enero de 2008, apdo. 68.

55 Nolan y K. c. Rusia, Sentencia de 12 de febrero de 2009, apdos. 95, 96 y 99.

56 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

57 Art. 13.1 LOPSC.

documentación (se refiere, en concreto, al pasaporte) será obligatoria “cuando fuesen requeridos para ello por la autoridad o sus agentes”⁵⁸. Con carácter previo se quiere hacer constar que las personas extranjeras pueden disponer de distinta documentación para acreditar su identidad y situación administrativa⁵⁹. Así, y sin ánimo de exhaustividad, además del pasaporte o documento de viaje y visado, se han de mencionar la tarjeta de identidad de extranjero⁶⁰ o el documento provisional para personas extranjeras indocumentadas⁶¹.

La cuestión en esta materia se centra, por una parte, en cuándo pueden las fuerzas y cuerpos de seguridad requerir a una persona su identificación y, por otra, en si la no identificación, una vez requerida, puede desembocar en una privación de libertad. A este respecto, se ha de subrayar que la propia solicitud de identificación y acreditación de la situación administrativa constituye una intromisión en el derecho a la libertad⁶², de manera que esa posibilidad debe estar prevista en una norma con rango de ley⁶³, ley que deberá atender a los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad⁶⁴. La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana acomete esta tarea, ya que especifica que procede la identificación “a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito”⁶⁵.

Por el contrario, ni esta ley ni la de extranjería hacen alusión a supuestos en los que podría requerirse la acreditación de la situación administrativa, si bien de la obligación que pesa sobre las personas extranjeras de portar consigo la documentación que acredita ese extremo, el Tribunal Constitucional dedujo que las fuerzas policiales pueden solicitarla y, en el caso de que se carezca de ella y se sospeche de que se trata de una persona en situación administrativa irregular, detenerla en aplicación de la normativa sobre extranjería, lo cual no conculcaría el derecho a la libertad del art. 17 CE⁶⁶. Esta interpretación del Alto Tribunal no está exenta de crítica. En efecto, el Cuerpo Nacional de Policía tiene atribuidas las funciones de control de

58 Art. 11.4 LOPSC.

59 Un análisis detallado sobre esta cuestión se contiene en Bolaño Piñero (en prensa).

60 Art. 210.1 REextr.

61 Art. 211.6 RD 557/2011.

62 Velasco Caballero (2007: 235).

63 Agirreazkuenaga Zigorruga (1994: 14). El autor precisa que uno de los principales objetivos de la aprobación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de septiembre, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana fue precisamente dotar de esa cobertura legislativa a las denominadas “intervenciones policiales estándar”.

64 Guillén Pérez y Prieto González (2017: 325-352).

65 Art. 16.1 LOPSC.

66 STC 86/1996, de 21 de mayo, FFJJ 2 y 5.

entrada y salida del territorio estatal, así como las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración⁶⁷. Sin embargo, la mencionada legislación no prevé que puedan llevarse a cabo controles de la situación administrativa fuera de los puestos fronterizos. O dicho en otros términos, la solicitud de documentación a personas extranjeras únicamente sería admisible en el ámbito de la seguridad, pero no por incumplimiento de la legislación de extranjería.

Cuestión diversa es que el descubrimiento de la situación administrativa irregular derive de una identificación llevada a cabo en estricta aplicación de las previsiones del art. 16 LOPSC, lo que plantea la cuestión de si los controles policiales se llevan en efecto conforme a ese precepto o responden a otros factores, como pueden ser los perfiles étnicos de las personas que se pretende identificar, lo cual da lugar a otra problemática que no se va a abordar en este trabajo⁶⁸.

La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana también resalta que las diligencias de identificación, entre otras, no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención⁶⁹. Ahora bien, cuando la identificación no sea posible o si la persona se niega a identificarse, podrá requerírsele que acompañe a las fuerzas y cuerpos de seguridad a las dependencias policiales más próximas para impedir la comisión de un delito o sancionar una infracción “a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas”⁷⁰. A diferencia de la anterior Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana⁷¹, la actual establece una permanencia máxima en dependencias policiales. Ahora bien, el Tribunal Constitucional consideró que el hecho de no establecer un límite máximo no atentaba contra el art. 17 CE, siempre que la permanencia lo fuera por el tiempo estrictamente necesario⁷².

Teniendo en cuenta que la identificación de personas extranjeras sobre las que exista sospecha de hallarse en situación administrativa irregular puede desembocar en su detención, momento a partir del cual gozan de las garantías previstas en el art. 17 CE, en particular, la duración máxima de detención policial por setenta y dos horas, se ha de resaltar que ese plazo máximo no “legaliza” toda privación de libertad que se mantenga en sus márgenes, ya que la situación está justificada por el tiempo estrictamente necesario para llevar a cabo las comprobaciones pertinentes, por lo que si tales

67 Art. 12.1.A). b) y c) LOFCS (Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

68 Véase sobre esta cuestión, García Añón, Bradford, García Sáez, Gascón Cuenca, Llorente Ferreres (2013), Lasagabaster Herrarte (en prensa).

69 Art. 19.1 LOPSC.

70 Art. 16.2 LOPSC.

71 Art. 20.2 Ley Orgánica 1/1992.

72 STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.A.

comprobaciones han requerido un tiempo menor, el mantenimiento de la detención vulneraría el art. 17 CE⁷³.

Otra cuestión que plantea la conducción a dependencias policiales con objeto de sancionar una infracción es la relativa a si por esta vía cabría incoar un procedimiento sancionador por la permanencia irregular en territorio estatal, una vez constatado este hecho en la diligencia de identificación. Se ha de partir de que la resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, la LOPSC la remite al Código Penal, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al cuadro de infracciones previstas en la propia ley⁷⁴. Además, también la Ley de Extranjería contiene un listado de infracciones, entre las que destaca la permanencia irregular, que se tipifica como infracción grave y podrá sancionarse con multa o expulsión del territorio estatal. Por tanto, parece admisible que, de constatarse como consecuencia de un control de identificación la situación administrativa irregular de la persona extranjera, esta pueda ser conducida a dependencias policiales donde se le incoaría el correspondiente expediente sancionador⁷⁵.

IV. CUESTIONES PROCEDIMENTALES DEL INTERNAMIENTO

La regulación del internamiento de personas extranjeras presenta muchos aspectos que merecen su análisis detallado. No obstante, lo que se pretende en este trabajo no es llevar a cabo un examen exhaustivo de la figura⁷⁶, sino detenerse en aquellas cuestiones que inciden más directamente en el derecho a la libertad de las personas internadas.

1. EL INTERNAMIENTO COMO MEDIDA CAUTELAR

Cabe definir el internamiento como “una medida cautelar personal de carácter jurisdiccional, por la que se priva de libertad al extranjero afectado por un procedimiento administrativo de expulsión, regreso o devolución”⁷⁷.

Una vez iniciado un procedimiento sancionador en el que se pueda proponer la sanción de expulsión, el instructor podrá adoptar una serie de medidas cautelares,

73 STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.A; STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8.

74 Art. 16.5 LOPSC.

75 Velasco Caballero (2007: 234).

76 Son numerosos los trabajos que se han publicado al objeto, entre otros, los citados en la bibliografía.

77 Tomé García (2014: 25).

tales como la presentación periódica ante las autoridades competentes, la residencia obligatoria en un lugar determinado⁷⁸, la retirada del pasaporte, la detención cautelar por una duración máxima de setenta y dos horas, el internamiento previa autorización judicial, etc. El internamiento es, entre las posibles medidas cautelares que se pueden adoptar, la más restrictiva.

Como medida cautelar, su adopción ha de servir a una finalidad, y esa finalidad no es otra, tal y como señala la Ley de Extranjería, que garantizar la ejecución de la orden de expulsión si es esta la sanción que finalmente se impone en el procedimiento sancionador. Para ello, y como sucede respecto de la adopción de cualquier medida cautelar, la decisión judicial se habrá de basar en los presupuestos propios de tales medidas: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*⁷⁹. En este sentido, el posible internamiento de la persona extranjera requiere que la decisión se fundamente en las circunstancias personales y la conducta que el interesado haya mantenido, procediendo a la detención únicamente cuando haya evidencias de que existe un riesgo real de evitar la expulsión, tales como la carencia de domicilio fijo, relaciones estables, medios de subsistencia o documentos de identidad. Por el contrario, el hecho de que, aun mediando orden de expulsión, la persona afectada lleve tiempo empadronada, disponga de una oferta firme de trabajo, de una cuenta corriente, de tarjeta sanitaria y haya participado en cursos de formación, son circunstancias que acreditan su arraigo y que pueden dar lugar a una autorización de residencia, por lo que no existe riesgo de huida⁸⁰.

Atendiendo a la casuística planteada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este ha concluido, por ejemplo, que deducir la existencia de indicios de que se va a rehuir la expulsión, bien de las afirmaciones de la persona afectada, esto es, de su intención de no volver al Estado de origen, bien de la negativa de su cónyuge a firmar la notificación del plan de vuelo con destino al citado lugar, excede la interpretación restrictiva que impone el art. 5, máxime teniendo en cuenta que la persona afectada, que ha cumplido todas las obligaciones que se le impusieron desde la llegada al Estado de acogida, tiene cuatro hijos menores y su esposa padece una enfermedad psíquica⁸¹.

De esta jurisprudencia se desprende que el internamiento no se impone en todo caso. Por otra parte, partiendo de que las excepciones al derecho a la libertad se han de interpretar de manera estricta, esa limitación se extiende también a la fiabilidad de las comunicaciones que se remiten a las personas que van a ser privadas de libertad. Es así que incumpliría este criterio la “invitación” cursada para que determinadas personas

78 Medida que se declaró constitucional por la STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5.

79 Tomé García (2015: 165-177).

80 Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de julio de 2008.

81 Jusc c. Suiza, Sentencia de 2 de diciembre de 2010, apdos. 77-83.

se personen en dependencias policiales a fin de completar, corregir, etc. sus solicitudes, cuando el propósito es mantenerlas bajo custodia en orden a facilitar la eficacia de una operación planificada para la expulsión de personas extranjeras⁸².

La configuración del internamiento como medida cautelar que pretende garantizar la ejecución de la orden de expulsión, si es esta la sanción que finalmente se impone en el procedimiento sancionador, implica que si la ejecución de la expulsión es inviable (porque la persona extranjera carece de documentación identificativa, porque el país del que es originaria se niega a aceptarla, etc.) no podría optarse por el internamiento; esta medida cautelar persigue la garantía de que la expulsión se practique, de manera que si la medida es impracticable no procede el internamiento. Es esta una cuestión sobre la que se ha pronunciado el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea al señalar que "... sólo una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término (...) corresponde a una perspectiva razonable de expulsión, y que ésta no existe cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país (...)”⁸³. De ahí que la perspectiva real de la ejecución de la expulsión dentro del plazo máximo de sesenta días sea otra de las circunstancias a valorar por el juez de instrucción a la hora de autorizar el internamiento de la persona extranjera⁸⁴.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incidido sobre esta cuestión, y es que el Convenio señala que la detención procede, en su caso, respecto de personas contra las que esté en curso un procedimiento de expulsión⁸⁵. La detención solo estará justificada si la expulsión o deportación es factible, de manera que en el momento en que se sea consciente de su imposibilidad, el mantenimiento de la privación de libertad vulnera el art. 5.1.f) CEDH. El Tribunal de Estrasburgo incide en la diligencia con la que han de obrar las autoridades competentes de cara a obtener los documentos de viaje necesarios⁸⁶, firmar acuerdos de readmisión⁸⁷, negociar con el Estado de procedencia la aceptación de la persona⁸⁸, etc. Cuando haya obstáculos para la deportación a un Estado determinado, pero en principio sean posibles otros destinos, la privación de libertad, siempre que las autoridades lleven a cabo esfuerzos activos para la deportación, podrá estar justificada⁸⁹.

82 Conka c. Bélgica, Sentencia de 5 de febrero de 2002, apdo. 42.

83 STJUE de 30 de noviembre de 2009, C-357/09 PPU, Said Shamilouich Kadzoeu (Huchbarou).

84 Martínez Escamilla (2015: 44-45), Sánchez Tomás (2015: 72).

85 Art. 5.1.f) CEDH.

86 Singh c. República Checa, Sentencia de 25 de enero de 2005, apdos. 64 y 66-67.

87 Mikolenko c. Estonia, Sentencia de 8 de octubre de 2009, apdos. 57, 58 y 64-68.

88 H. A. c. Grecia, Sentencia de 21 de enero de 2016, apdos. 49-54.

89 Al Husin c. Bosnia y Herzegovina, Sentencia de 25 de junio de 2019, apdo. 104.

2. INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA EL INTERNAMIENTO

La decisión sobre el internamiento de la persona extranjera la adoptará, en su caso, a solicitud del órgano instructor del procedimiento sancionador, el juez de instrucción competente, que lo será el del lugar donde se practique la detención, mediante auto motivado, previa audiencia del interesado, como garantía del principio de contradicción⁹⁰, y del Ministerio Fiscal⁹¹. La autorización judicial posterior será incompatible con el derecho a la seguridad de la persona⁹². Cuestión diversa es que, una vez autorizado judicialmente el internamiento, se anule la autorización, por ejemplo, porque no se dio audiencia al interesado⁹³. A este respecto, se ha de remarcar que una decisión de ese tipo no afectaría a la legalidad de la detención por el período precedente, ya que se ha de diferenciar entre los títulos de detención manifiestamente inválidos (por ejemplo, los dictados por tribunales fuera de su competencia) y los títulos de detención que hasta que son anulados por otra jurisdicción interna son válidos y eficaces⁹⁴.

En relación con la dualidad de órganos que intervienen en el procedimiento, administrativo y judicial, el Tribunal Constitucional estableció que, si bien quien solicita el internamiento cuando la privación de libertad vaya a prolongarse más allá de setenta y dos horas, es la autoridad administrativa competente, será el juez quien la autorice si lo considera procedente⁹⁵. El juez decidirá libremente atendiendo a las circunstancias del caso concreto, no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concernientes al riesgo de incomparecencia por carecer la persona extranjera de domicilio o de documentación identificativa, sus actuaciones tendentes a dificultar o evitar la expulsión, la existencia de condena o sanciones administrativas previas, la condición sanitaria, etc.⁹⁶. La exigencia del análisis de las circunstancias de cada caso impide la admisibilidad de decisiones de internamiento adoptadas de forma colectiva, sin concreción sobre cada persona detenida, lo que se equipara a una ausencia de motivación que produce indefensión por no hacer explícitas las razones que justifican la privación de libertad⁹⁷. Tampoco procede justificar el internamiento mediante la transcripción del

90 STC 96/1995, de 19 de junio, FJ 3; STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 3. Tomé García (2015: 177-181).

91 Art. 62 LOExtr. En los supuestos de denegación de entrada y de devolución, la solicitud de internamiento partirá de las autoridades competentes. Esta autoridad judicial es distinta de la competente para el control de la estancia en los centros de internamiento, que lo será el juez del lugar donde se ubiquen tales centros o, en su caso, las salas de inadmisión de fronteras. Martínez Escamilla (2015: 38-42).

92 Karimou c. Rusia, Sentencia de 29 de julio de 2010, apdos. 116 y 117.

93 Richmond Yaw y otros c. Italia, Sentencia de 6 de octubre de 2016, apdo. 76.

94 Benham c. Reino Unido, Sentencia de 10 de junio de 1996, apdo. 42.

95 STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1.

96 STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 4.

97 STC 144/1999, de 26 de septiembre, FJ 5.

precepto cuyo contenido es la exigencia de intervención judicial a tal efecto⁹⁸, mediante una remisión genérica a las supuestas circunstancias concurrentes⁹⁹ o afirmando que la detención practicada está plenamente amparada por la ley¹⁰⁰. Pero en todo caso, la decisión sobre la privación de libertad es judicial, aunque la decisión de expulsión y su ejecución tengan carácter administrativo.

Sin embargo, de cara a la puesta en libertad anticipada de la persona extranjera internada, además del juez de instrucción competente, que la podrá acordar de oficio, a iniciativa de parte o del ministerio fiscal, la Ley de Extranjería prevé que también lo pueda hacer el director del centro de internamiento. En este sentido, una vez que desaparecen las circunstancias que dieron lugar al internamiento de la persona privada de libertad, y habría que añadir, constatada la imposibilidad de ejecutar la expulsión acordada, será la autoridad administrativa que la tenga a su cargo quien procederá a su puesta en libertad, poniendo el hecho en conocimiento de la autoridad judicial que autorizó el internamiento¹⁰¹.

3. DURACIÓN DEL INTERNAMIENTO

La duración del internamiento será la imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda rebasar los sesenta días. A este respecto, el Tribunal Constitucional indicó¹⁰² que, aunque el término “imprescindible” se recoja en la Ley con respecto a la duración, se ha de entender que la propia privación de libertad ha de ser imprescindible, es decir, que no es la apertura del expediente de expulsión lo que la justifica, sino las circunstancias propias del caso. Y es que el juez debe adoptar su decisión atendiendo al principio de proporcionalidad, partiendo siempre del carácter excepcional de la privación de libertad, y de su naturaleza de medida cautelar¹⁰³. Dicho en otros términos, el internamiento de la persona extranjera es una de las medidas cautelares que se puede adoptar. Y es precisamente la medida más restrictiva para la persona afectada, de manera que únicamente se optará por ella cuando las demás sean insuficientes. De ahí que se hable de la excepcionalidad del internamiento y de que la libertad debe ser respetada¹⁰⁴, salvo

98 STC 182/1996, de 12 de noviembre, FJ 3.

99 STC 169/2008, de 15 de diciembre, FJ 4.

100 STC 84/2009, de 30 de marzo, FJ 3.

101 Art. 62.3 LOExtr.

102 STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1.

103 Martínez Escamilla (2015: 42).

104 Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 41 de Madrid, de 3 de febrero de 2007.

que se estime indispensable su pérdida por razones de cautela o prevención¹⁰⁵. Es este un ámbito en el que opera en toda su extensión el principio *favor libertatis*. Por ese motivo, se exige a la autoridad judicial el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para que el internamiento solamente se autorice cuando se constate que las demás medidas cautelares no son suficientes para cumplir la finalidad perseguida¹⁰⁶.

Una vez que transcurren sesenta días desde que se internó a la persona extranjera, si no se ha ejecutado la expulsión, aquella habrá de ser puesta en libertad. Ahora bien, que la duración máxima sea de sesenta días no significa que cada vez que el juez autorice un internamiento deba serlo por ese plazo. El juez puede establecer un internamiento de menor duración, en cuyo caso, la expulsión o la puesta en libertad se habrán de producir en un plazo menor. La cuestión en estos casos estriba en determinar si en los supuestos en los que la privación de libertad ha sido inferior al máximo establecido (sesenta días) cabe acordar un nuevo internamiento por el tiempo restante.

El Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento¹⁰⁷ determinó en su redacción originaria que “Podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero, por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el período que resta hasta cumplir éste. (...)”¹⁰⁸. Probablemente, esta previsión se hizo eco del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su STC 115/1987 que de manera expresa señaló que “Dentro de esa duración máxima podrá el juez autorizar la pérdida de libertad sin perjuicio de que, en el caso de haberse autorizado una duración menor, pueda la autoridad administrativa solicitar de nuevo del órgano judicial la ampliación del internamiento sin superar, claro está, el tiempo máximo fijado en la ley”¹⁰⁹.

Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló el precepto, por entender que contradecía la letra de la Ley de Extranjería, que establece que no puede acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente¹¹⁰. El argumento al que se acoge el Tribunal es entender que la Ley configura una doble garantía en relación con el internamiento. Por una parte, un plazo máximo de dura-

105 SSTC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1; 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 4; 96/1995, de 19 de junio, FJ 2 y 182/1996, de 12 de noviembre, FJ 3 y 169/2008, de 15 de diciembre, FJ 2.

106 STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 4.

107 Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo.

108 Art. 21.3 RCIE.

109 STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1.

110 Art. 62.2 LOExtr.

ción y, por otra, un único internamiento en un mismo expediente de expulsión por las mismas causas¹¹¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene esa misma interpretación, al entender que no es compatible con el Convenio el caso de una persona que es detenida porque pesa sobre ella una orden de expulsión y en el mismo momento de su puesta en libertad por haber transcurrido el plazo máximo de detención vuelve a ser detenida. En este caso ni siquiera se llegó a poner en libertad a la persona afectada porque, por una parte, todavía se encontraba en la comisaría de policía y, por otra, su supuesta liberación consistió en la firma de un acta de puesta en libertad que jamás se materializó. La nueva detención se justificó por una nueva orden de expulsión basada en la incautación de documentos falsos emitidos por una embajada. El Tribunal considera que la sola existencia de esos documentos no es suficiente para justificar una nueva privación de libertad independiente de la anterior, por lo que se estaría ante una prórroga de la detención anterior que, por tener una duración superior a la permitida por la ley interna, sería contraria al art. 5.1 del Convenio¹¹². De manera similar, detener a una persona con el propósito de expulsarla debido a su residencia irregular no es compatible con el Convenio cuando se produce una vez agotado el período de privación de libertad con vistas a su extradición¹¹³. Igualmente, si se detiene a una persona para su extradición, y transcurrido el plazo máximo de detención se la vuelve a detener, en esta ocasión, para su expulsión, se estarían incumpliendo las previsiones del art. 5.1 CEDH¹¹⁴.

En torno al internamiento como consecuencia de una orden de retorno, se ha planteado que al no establecerse su duración máxima¹¹⁵ podría prolongarse más allá del plazo de sesenta días, aunque el retorno es una medida que permite su ejecución sin dilaciones¹¹⁶. Sin embargo, no se comparte esta interpretación pues la única regulación de los centros de internamiento de personas extranjeras es la contenida en relación con las expulsiones, regulación esta que se hace extensible a los casos de devolución y retorno. Por tanto, si el régimen que se va a aplicar a las personas extranjeras internadas, independientemente de la causa por la que se haya acordado dicho internamiento, es el regulado en la normativa de extranjería, no se entiende por qué en este punto concreto va a ser posible agravar su situación.

111 STS de 10 de febrero de 2015.

112 John c. Grecia, Sentencia de 10 de mayo de 2007, apdos. 33-36.

113 Azimou c. Rusia, Sentencia de 18 de abril de 2013, apdos. 161-165.

114 Eshonkulov c. Rusia, Sentencia de 15 de enero de 2015, apdos. 63-69.

115 El art. 60.1 LOExtr. indica "hasta que llegue el momento del retorno".

116 Alonso Pérez (2002). Este autor, sin embargo, llega finalmente a la conclusión por motivos de técnica jurídica de que también es de aplicación el plazo de cuarenta días máximo.

4. RECURSO CONTRA EL AUTO DE INTERNAMIENTO

El auto de internamiento podrá ser objeto de recurso de apelación. En este sentido, es importante recalcar que, el hecho de que con anterioridad a la resolución del recurso ya se haya ejecutado la orden de expulsión o materializado el retorno o devolución de la persona extranjera, no deja sin objeto el proceso. Que el internamiento ya haya cesado como consecuencia de la deportación de la persona afectada, no exime al tribunal competente de examinar si el auto impugnado contenía una motivación suficiente de cara a justificar la medida de internamiento, ya que se trata de una medida excepcional que afecta al derecho fundamental a la libertad personal. Esta manera de proceder tendría como consecuencia que el propio tribunal que debía conocer del recurso de apelación incurriera en una vulneración de los derechos fundamentales a la libertad y a la tutela judicial efectiva¹¹⁷.

V. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS EN LAS DETENCIONES CONFORME A LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA

1. ASPECTOS GENERALES

El mecanismo de *habeas corpus* está previsto para hacer frente a las situaciones de detención, arresto o internamiento ilegales, de manera que su finalidad no es otra que hacer cesar inmediatamente las actuaciones irregulares de privación de libertad mediante la puesta a disposición judicial de toda persona privada de libertad de manera ilegal¹¹⁸.

El Tribunal Constitucional resume su interpretación sobre el *habeas corpus* de la siguiente manera¹¹⁹:

1. El procedimiento de *habeas corpus* consiste en dotar una garantía reforzada al derecho a la libertad, y consiste en que una autoridad judicial controle *a posteriori* la legalidad de las privaciones de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de la persona que se considera privada de libertad ilegalmente.
2. Aun tratándose de un proceso ágil y sencillo, el control de legalidad ha de ser plenamente efectivo.
3. Se ha de distinguir entre el juicio de admisibilidad de la solicitud de *habeas corpus* y el juicio de fondo sobre la privación de libertad. La decisión sobre la lega-

117 STC 169/2008, de 15 de diciembre, FJ 5.

118 STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 1.

119 STC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3; STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; STC 122/2004, de 12 de julio, FJ 3 y STC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 2.

lidad de la detención no puede ser adoptada en el trámite de inadmisión, sino que en el juicio sobre el fondo, previa comparecencia y audiencia de la persona privada de libertad, para que el juez compruebe personalmente su situación personal. De no procederse de esta manera, se estaría vulnerando el derecho fundamental a la libertad personal. Ahora bien, lo que debe considerar el juez al decidir no son las circunstancias relativas a la procedencia de la expulsión, lo cual corresponde, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa¹²⁰, sino si la posibilidad de privación de libertad concreta está prevista en una ley. En atención a todo ello, la inadmisión de *habeas corpus* basada en que la prolongación de la detención policial se debió a la actitud de la propia persona interesada y en que la privación de libertad se produjo de acuerdo con la legalidad vigente y en el ejercicio del poder de policía, supone un enjuiciamiento sobre el fondo llevado a cabo sin que la persona detenida haya sido llevada a presencia del juez que vulnera el art. 17.4 CE¹²¹.

4. Como consecuencia de lo anterior, la inadmisión de la solicitud de *habeas corpus*, previo dictamen del ministerio fiscal, se ha de limitar a los supuestos en los que se incumplen los requisitos formales.
5. Si existe privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para presentar una solicitud de *habeas corpus*, cualquier duda sobre la legalidad de aquella supone no poder acordar la inadmisión de la solicitud, sino que han de examinarse las circunstancias concurrentes. En este sentido, no cabe fundamentar la inadmisión de la solicitud en que la persona no estaba privada de libertad ilegalmente, ya que esa decisión constituye el objeto del procedimiento de fondo de *habeas corpus*.
6. En cuanto a la privación de libertad, se requiere el cumplimiento de una doble exigencia. Por una parte, que se trate de una privación de libertad real y efectiva y, por otra, que no haya sido acordada judicialmente. Son privaciones de libertad de este tipo las detenciones policiales, las impuestas en materia de extranjería y las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, partiendo de que el propio Convenio reconoce el derecho de toda persona privada de libertad mediante detención preventiva o internamiento a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal¹²².

120 Tomé García (2015: 172-173).

121 STC 179/2000, de 26 de junio, FFJJ 5 y 6.

122 Art. 5.4 CEDH.

Este derecho, por tanto, no corresponde en exclusiva a quienes se hallan en prisión preventiva, sino que se extiende a todas las personas cuyo derecho a la libertad esté cuestionado¹²³. No obstante, partiendo de que toda persona detenida tiene derecho a una supervisión judicial de la legalidad de la medida adoptada, diferencia entre las detenciones decididas administrativamente y las decididas judicialmente. Respecto de las primeras, se obliga a los Estados a garantizar a las personas detenidas el derecho a un recurso ante los tribunales, mientras que en el segundo caso se entiende que la supervisión recogida en el art. 5.4 está incorporada en la decisión judicial (doctrina del control incorporado)¹²⁴. Ahora bien, aun siendo legal la detención, no cabe entender que la revisión sobre su legalidad esté incorporada al pronunciamiento judicial en todo caso, porque pueden surgir nuevas circunstancias que no se tuvieron en cuenta en el momento de dictarse el pronunciamiento¹²⁵.

2. AUTO DE INCOACIÓN DE *HABEAS CORPUS*

En términos generales, el juez competente deberá analizar la concurrencia de los requisitos establecidos, tras lo cual dictará auto de incoación del procedimiento o de denegación de la solicitud por improcedente. En el auto de incoación el juez ordenará a la autoridad a cuya disposición esté la persona privada de libertad que la ponga de manifiesto ante él, lo que evidencia el papel importante que se otorga al principio de contradicción. La resolución sobre el fondo se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas, en la que se decidirá el archivo de las actuaciones por entender que la privación de libertad es legal, o la estimación de la solicitud por la que se decidirá la puesta en libertad de la persona afectada, la continuación de la situación de privación de libertad de acuerdo con la ley o la puesta inmediata a disposición judicial¹²⁶.

La trascendencia del principio de contradicción, de la necesidad de que el juez permita que la persona privada de libertad presente sus medios de defensa en aras a evitar el carácter arbitrario de la detención, también lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosas sentencias. Así, ha decidido que hay violación de las garantías del procedimiento cuando se trata de una decisión de naturaleza administrativa¹²⁷ y no hay revisión judicial¹²⁸; se impide que la

123 Stollenwerk c. Alemania, Sentencia de 7 de septiembre de 2017, apdo. 35.

124 Engel c. Países Bajos, Sentencia de 8 de junio de 1976, apdo. 77.

125 Sulajja c. Estonia, Sentencia de 15 de febrero de 2005, apdo. 74; Suetoslau Dimitrou c. Bulgaria, Sentencia de 7 de febrero de 2008, apdo. 69.

126 LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus.

127 De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, Sentencia de 18 de junio de 1971, apdos. 78-80.

128 Abdulazhon Isakou c. Rusia, Sentencia de 8 de julio de 2010, apdos. 129-131; Kolesnik c. Rusia, Sentencia de 17 de junio de 2010, apdos. 88 y 89.

persona detenida por sí misma o mediante su abogado pueda acudir a la sesión del juicio relativo a su detención¹²⁹; se ha seguido un procedimiento de *habeas corpus* que no es suficiente para asegurar el control en materia de internamiento prolongado de personas enajenadas¹³⁰; no está presente en el procedimiento el abogado de un menor internado¹³¹ o de una persona cuya peligrosidad se ha de determinar conforme a su personalidad y nivel de madurez¹³²; no ha sido posible para un menor extranjero contactar con un abogado, la información le ha sido facilitada en parte en una lengua que no comprende y ha sido registrado como menor acompañado aunque nadie ha podido actuar como su representante legal¹³³; la persona detenida, que está internada en un hospital psiquiátrico por haber cometido delitos de los que no es responsable debido a su enfermedad mental, no ha recibido asistencia legal en los procedimientos posteriores relativos a la continuación, suspensión o terminación de la detención¹³⁴, y ello aunque no la haya solicitado¹³⁵; no se garantiza el asesoramiento legal independiente¹³⁶ o suficiente¹³⁷; no se ha permitido el acceso de la persona detenida o de los abogados al expediente relativo al caso¹³⁸, lo cual hace imposible que se garantice una adecuada defensa¹³⁹; no ha habido tiempo suficiente para preparar la audiencia sobre la legalidad de la detención provisional, aunque el hecho de que la defensa no solicite que se posponga la vista se ha de entender como una renuncia al derecho¹⁴⁰; se rechaza la presencia de un testigo crucial sin ningún tipo de motivación¹⁴¹; se retrasa en exceso la tramitación del *habeas corpus* solicitado con motivo del mal estado de salud

129 Winterwerp c. Países Bajos, Sentencia de 24 de octubre de 1979, apdo. 61; Al-Nashif c. Bulgaria, Sentencia de 20 de junio de 2002, apdo. 92; Frommelt c. Liechtenstein, Sentencia de 24 de junio de 2004, apdo. 36; Kotsaridis c. Grecia, Sentencia de 23 de septiembre de 2004, apdo. 32; Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, apdo. 207; Knebl c. República Checa, Sentencia de 28 de octubre de 2010, apdo. 87; Khodorkouskiy c. Rusia, Sentencia de 28 de noviembre de 2011, apdo. 235; Cernak c. Eslovaquia, Sentencia de 17 de diciembre de 2013, apdos. 80-84.

130 X. c. Reino Unido, Sentencia de 5 de noviembre de 1981, apdo. 59; H. L. c. Reino Unido, Sentencia de 5 de octubre de 2004, apdo. 137.

131 Bouamar c. Bélgica, Sentencia de 29 de febrero de 1988, apdo. 60.

132 Waite c. Reino Unido, Sentencia de 10 de diciembre de 2002, apdo. 59; Krowiak c. Polonia, Sentencia de 16 de octubre de 2007, apdo. 51.

133 Rahimi c. Grecia, Sentencia de 5 de abril de 2011, apdo. 120.

134 Megyeri c. Alemania, Sentencia de 12 de mayo de 1992, apdo. 27; Waite c. Reino Unido, Sentencia de 10 de diciembre de 2002, apdo. 59.

135 Winterwerp c. Países Bajos, Sentencia de 24 de octubre de 1979, apdo. 66; Megyeri c. Alemania, Sentencia de 12 de mayo de 1992, apdo. 23.

136 Gorshkou c. Ucrania, Sentencia de 8 de noviembre de 2005, apdo. 44; A. A. c. Grecia, Sentencia de 22 de julio de 2010, apdo. 77.

137 Shulenkou c. Rusia, Sentencia de 17 de junio de 2010, apdo. 53; Moghaddas c. Turquía, Sentencia de 15 de febrero de 2011, apdo. 48.

138 Nikolouva c. Bulgaria, Sentencia de 25 de marzo de 1999, apdo. 58; Öcalan c. Turquía, Sentencia de 12 de marzo de 2003, apdo. 73; Wesolowski c. Polonia, Sentencia de 22 de junio de 2004, apdo. 62; Frommelt c. Liechtenstein, Sentencia de 24 de junio de 2004, apdo. 33; Mooren c. Alemania, Sentencia de 9 de julio de 2009, apdo. 124; Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, apdo. 203.

139 Gabor Nagy c. Hungría, Sentencia de 11 de abril de 2017, apdos. 85-90.

140 Frommelt c. Liechtenstein, Sentencia de 24 de junio de 2004, apdos. 33-34.

141 Beccieu c. Moldavia, Sentencia de 4 de octubre de 2005, apdos. 74-75.

de la persona detenida y la ausencia de cuidados médicos en el lugar de detención¹⁴²; el control por parte del juez únicamente se realiza sobre la base de informes¹⁴³; el retraso en el sometimiento al examen psiquiátrico se justifica por la falta de personal¹⁴⁴; no se permite al abogado exponer los argumentos a favor de la puesta en libertad de la persona detenida, cuando dichos argumentos son específicos, pertinentes e importantes¹⁴⁵; no se facilita información de las razones de la detención y se niega el acceso a la asistencia legal mientras perdura¹⁴⁶; se permite la asistencia del abogado a las sesiones del tribunal, pero estas no revisten la forma de audiencia contradictoria en la que se garantiza, entre otras, la presentación de propuestas orales, ya que la posibilidad de presentar propuestas escritas en apelación no significa que se asegure la igualdad de armas¹⁴⁷; no hay previsión legal alguna que regule el procedimiento de detención de personas pendientes de deportación voluntaria¹⁴⁸; la revisión la llevan a cabo jueces militares cuya independencia no está garantizada¹⁴⁹; no se transmite a la persona detenida ni a su abogado la opinión del fiscal en el contexto del procedimiento de revisión sobre la legalidad de la detención¹⁵⁰; etc.

Todos los factores enunciados en el párrafo anterior evidencian la trascendencia que se otorga al carácter contradictorio del procedimiento, que ha de garantizar una igualdad de armas entre las partes¹⁵¹. Esta igualdad impone la necesidad de acordar que la persona detenida tenga la posibilidad de comparecer ante el juez al mismo tiempo que el fiscal a fin de poder replicar sus conclusiones¹⁵², especialmente cuando se tenga que tomar la decisión teniendo en cuenta su personalidad y situación personal, así como cuando el tribunal pretende prolongar la detención tras un lapso significativo con el propósito de que dé información satisfactoria e instrucciones a su representante¹⁵³.

142 Sarban c. Moldavia, Sentencia de 4 de octubre de 2005, apdo. 117.

143 Kilicoglu c. Bulgaria, Sentencia de 20 de octubre de 2005, apdo. 28.

144 Fuchser c. Suiza, Sentencia de 13 de julio de 2006, apdo. 43.

145 Suershou c. Ucrania, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, apdo. 71.

146 Abdolkhani y Karimnia c. Turquía, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, apdos. 139-142; Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, apdo. 208.

147 Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, apdo. 208; Khodorkouskiy c. Rusia, Sentencia de 31 de mayo de 2011, apdo. 221.

148 Nowak c. Ucrania, Sentencia de 31 de marzo de 2011, apdo. 70.

149 Ali Osman Özmen c. Turquía, Sentencia de 5 de octubre de 2016, apdos. 86-89; Kerman c. Turquía, Sentencia de 22 de noviembre de 2017, apdos. 49-52.

150 Rusen Bayar c. Turquía, Sentencia de 19 de febrero de 2019, apdos. 69-74.

151 Sánchez-Reisse c. Suiza, Sentencia de 21 de octubre de 1986, apdo. 51.

152 Kampanis c. Grecia, Sentencia de 13 de julio de 1995, apdo. 58.

153 G. O. c. Rusia, Sentencia de 18 de enero de 2012, apdos. 95 y 96.

3. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL INTERNAMIENTO DE PERSONAS EXTRANJERAS E INADMISIÓN DE *HABEAS CORPUS*

El internamiento, como forma de privación de libertad, ha sido fuertemente criticado por diversos sectores ya que tiene directa trascendencia sobre el derecho a la libertad de las personas extranjeras¹⁵⁴. Además, la reforma de la Ley Orgánica de Extranjería llevada a cabo en 2009¹⁵⁵ supuso la prolongación del período de permanencia en centros de internamiento de cuarenta a sesenta días. Este endurecimiento respondía, en cierto sentido, a la transposición de la denominada “Directiva de retorno”¹⁵⁶, cuyo propósito principal es poner fin a las situaciones irregulares de personas extranjeras, para lo cual dispone una serie de mecanismos tendentes a tal fin. En esta tarea, la Directiva, que contempla la figura del internamiento en similares términos a los expuestos en los epígrafes anteriores, incluyendo también las garantías propias de posibles internamientos ilegales, prevé que su duración pueda llegar a alcanzar un período de seis meses, que podrá prorrogarse bajo determinadas circunstancias, hasta por otros doce meses más¹⁵⁷.

Tal y como se ha expuesto, entre las medidas cautelares que pueden adoptarse, la normativa cita otras distintas del internamiento que, evidentemente, son menos restrictivas de la libertad de las personas, así, la presentación periódica ante las autoridades competentes, la residencia obligatoria en determinado lugar o la retirada del pasaporte o documento acreditativo de la nacionalidad¹⁵⁸. Nada impide, por tanto, aun cuando las autoridades competentes hayan solicitado que se interne a la persona extranjera, que el juez, si lo estima pertinente, adopte cualquier otra medida alternativa al internamiento¹⁵⁹.

La medida de internamiento, en cuanto que privativa de libertad, es uno de los supuestos que puede dar lugar a la solicitud de *habeas corpus*¹⁶⁰ como procedimiento por el que se instaura un medio de defensa de los derechos establecidos en el art. 17 CE. A través de este procedimiento se pretendería el cese inmediato de la privación de libertad irregular de la persona extranjera, además de su inmediata puesta a disposición judicial¹⁶¹. Ahora bien, en cuanto que el internamiento lo decide un juez, las garantías

154 Rodríguez González (2003: 46 y 48), Teixeira Rodríguez (2005: 727-729), Gisbert Casasempere (2007), Moya (2008).

155 Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica de Extranjería.

156 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

157 Art. 15 Directiva 2008/115/CE.

158 Art. 61.1 LOExtr.

159 Martínez Escamilla (2015: 43).

160 SSTC 21/1996 de 12 de febrero, FJ 5; 66/1996, de 16 de abril, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 10; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 179/2000, de 26 de junio, FJ 5 y 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 3. Martínez Pardo (2006: 53-66).

161 SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 5; 62/2003, FJ 2 y 169/2006, de 5 de junio, FJ 4. Fernández Arévalo (2006: 44-45).

que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial de la medida cautelar de internamiento equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del *habeas corpus*¹⁶². A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha señalado que en materia de extranjería solo cabe solicitar el procedimiento de *habeas corpus* en el caso de detenciones cautelares gubernativas (durante las primeras setenta y dos horas) o, cuando el período de detención se prolonga más allá del plazo acordado por la autoridad judicial para el internamiento. Fuera de estos casos, es decir, cuando el internamiento haya sido acordado por la autoridad judicial y se someta a su pronunciamiento, su admisión sería redundante. La inadmisión de *habeas corpus* solo es válida cuando queda acreditado que el juez había oído con anterioridad a la persona privada de libertad, asistida de abogado e intérprete, es decir, cuando consta que existió un control judicial efectivo de la situación de detención. Se trataría de una manifestación de lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos denomina “doctrina del control incorporado”.

En cualquier caso, la inadmisión del *habeas corpus*, que habrá de ser motivada indicando el supuesto concreto que se da en el caso¹⁶³, puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, aunque no procede tachar de inconstitucional su denegación cuando en la decisión sobre la privación de libertad haya habido intervención judicial¹⁶⁴. El Tribunal Constitucional solo otorgará el amparo cuando constate que no se han cumplido las circunstancias citadas, por ejemplo, por no quedar acreditado que el juez hubiera oído a la persona privada de libertad, y ello aunque, en aplicación de la legislación de extranjería, la autoridad judicial prevea que tendrá que intervenir en breve para la decisión de internamiento de la persona extranjera solicitante de *habeas corpus*. El motivo es que la institución de *habeas corpus* se configura de forma independiente de cualquier otro mecanismo de garantía de la libertad personal, de manera que la posibilidad de inadmisión de la solicitud solo procede cuando el juez ya ha oído efectivamente a la persona detenida¹⁶⁵.

Por lo que a la permanencia de solicitantes de protección internacional en los puestos fronterizos mientras no se haya decidido sobre su solicitud se refiere, ya se ha indicado con anterioridad que la superación de las setenta y dos horas no supone en todo caso una privación de libertad contraria a los derechos constitucionales. Ahora bien, incluso esas personas, en cuanto titulares del derecho a la tutela judicial efectiva,

162 SSTC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 5; 169/2006, de 5 de junio, FJ 4; 19/2007, de 12 de febrero, FJ 2; 20/2007, de 12 de febrero, FJ 2 y 169/2008, de 15 de diciembre, FJ 3.

163 STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 5.

164 SSTC 303/2005, de 24 de noviembre, FFJJ 3 y 5; 315/2005, 316/2005, 317/2005, 319/2005, 321/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 201/2006 y 213/2006, de 3 de julio, FJ único; 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3; 173/2008, de 22 de diciembre, FFJJ 3 y 4. Pérez Sola (2008: 246-260).

165 STC 169/2006, de 5 de junio, FJ 4; SSTC 201/2006, 202/2006, de 3 de julio, FJ 1; STC 273/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; STC 19/2007, de 12 de febrero, FJ 2; STC 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3 y STC 173/2008, de 22 de diciembre, FJ 4.

podrían acceder al procedimiento de *habeas corpus*, teniendo en cuenta que la privación de libertad no ha sido acordada por un juez. Esa posibilidad procedería cuando la persona solicitante siguiera en el puesto fronterizo una vez que ya se hubiera inadmitido su solicitud o cuando ésta se hubiera admitido por silencio administrativo¹⁶⁶.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho fundamental a la libertad, por su vinculación con la dignidad humana, se reconoce a toda persona, con independencia de su nacionalidad o situación administrativa en territorio estatal. Por tanto, se trata de un derecho del que también gozan las personas extranjeras, si bien, atendiendo a sus circunstancias particulares, la legislación prevé supuestos en los que cabe su privación de libertad, supuestos que en ningún caso serán de aplicación a las personas nacionales.

En concreto, la legislación contempla la figura del internamiento, que está prevista para aquellos casos en los que pueda o deba acordarse la vuelta de la persona extranjera a su lugar de origen, debido, principalmente, a la irregularidad de su entrada en territorio estatal o de su situación administrativa. La privación de libertad en estos casos se justifica por el riesgo de que las personas afectadas se fuguen, lo cual impediría hacer efectiva la medida de retorno, devolución o expulsión.

Si bien el internamiento está previsto tanto en la denominada “Directiva de retorno” como en la legislación sobre extranjería, se cuestiona su proporcionalidad. No se ha de obviar que con su adopción se limita el derecho fundamental a la libertad a personas que no han cometido delito alguno, sino una mera infracción administrativa. Por ello la opción del internamiento debería reducirse al máximo y limitarse a aquellos supuestos en los cuales existe ciertamente riesgo de fuga. Ello requiere el compromiso de todos los sujetos intervinientes en el proceso: representación jurídica, ministerio fiscal y jueces. En primer lugar, dando prioridad a la tramitación ordinaria de los procedimientos sancionadores, en los que no cabe el internamiento, y quedando la tramitación preferente únicamente para los supuestos taxativos correspondientes. En segundo lugar, subrayando la necesidad perentoria de analizar las circunstancias concurrentes en cada uno de los casos presentados, incluida la viabilidad de materializar la expulsión, para, de esa manera, solicitar y/o decidir el internamiento únicamente cuando las demás medidas previstas normativamente no sean suficientes al objeto de que la persona afectada esté constantemente localizada.

Si se garantiza que los sujetos implicados actúen de esa forma, la necesidad del internamiento, aun siendo una medida restrictiva del derecho fundamental a la libertad,

166 STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 11.

sería más fácilmente justificable. Ahora bien, en este punto resulta ineludible mencionar las deplorables condiciones en las que están los centros de internamiento, así como las privaciones de derechos que sufren las personas internadas, circunstancias por las que se reclama su cierre.

La decisión sobre el internamiento es, en todo caso, judicial, lo cual implica que se descarte el procedimiento de *habeas corpus* con carácter general. Así, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han concluido que la incorporación del control judicial a la decisión de internamiento equivale al análisis de legalidad de la privación de libertad que constituye el objeto del procedimiento de *habeas corpus*. De esta manera, en esas situaciones sería legítimo inadmitir las solicitudes presentadas, no así cuando el internamiento se haya producido sin intervención judicial o cuando, aun habiendo decisión judicial de internamiento, se constate que la persona internada no ha comparecido ante el juez.

De ello se deduce que la interpretación realizada sobre las garantías vinculadas al derecho a la libertad de las personas extranjeras, principalmente en lo referido a la intervención judicial para que analice la legalidad del internamiento, no conduce a su negación, sino que responde a la particularidad que acontece en este ámbito y que no concurre en las detenciones ordinarias. ♦

BIBLIOGRAFÍA

Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (1994). Contexto de la Ley de Seguridad Ciudadana. Análisis jurídico de los controles de identidad: *voluntas legis* e interpretación jurisprudencial del T.C. *Revista Vasca de Administración Pública*, 38, 13-56.

Alonso Pérez, F. (2002). La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 7, 1753-1757.

Arrese Iriondo, M. N. (2015). Artículo 5. En I. Lasagabaster Herrarte (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª edición, (pp. 113-202). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

Barbero González, I.; Blanco Fernández de Valderrama, C.; Arrese Iriondo, M. N. y González Murúa, A. R. (2017). *La defensa de los derechos fundamentales ante la detención, internamiento y expulsión de personas extranjeras. El caso de la Comunidad Autónoma Vasca*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Barbero, I.; Blanco, C. y Arrese, M. N. (2018). El internamiento de extranjeros: un análisis empírico de los procedimientos instruidos en la Comunidad Autónoma Vasca. *Revista Vasca de Administración Pública*, 110-I, 17-53. <https://doi.org/10.47623/iuap-ruap.110.2018.1.01>

Bolaño Piñeiro, M. C. (en prensa). La acreditación y comprobación de la identidad y de la situación de regularidad de las personas extranjeras, en el marco de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Trabajo incardinado en el proyecto de investigación PIBA 2019-48 *Derechos humanos, potestad sancionadora y organización administrativa en la seguridad ciudadana*, concedido por el Gobierno Vasco.

Charrier, J. L. (2005). *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*. París: Litec.

De Meyer, J. (1999). Article 5.1. En L. E. Pettiti, E. Decaux y P. H. Imbert. *La Convention Européenne des droits de l'homme*, 2ª edición, (pp. 189-201). París: Economica.

Donaire Villa, F. J. (2012). Detención e internamiento de extranjeros a efectos de expulsión. Régimen de los centros de internamiento de extranjeros. En D. Boza Martínez, F. J. Donaire Villa y D. Moya Malapeira (Coords.). *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, (pp. 508-520). Valencia: Tirant lo Blanch.

Fernández Arévalo, L. (2006). Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados de la Unión Europea. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 13, 31-55.

García Añón, J.; Bradford, B.; García Sáez, J. A.; Gascón Cuenca, A. y Llorente Ferreres, A. (2013). *Identificación policial por perfil étnico en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gisbert Casasempere, R. (2007). Las medidas cautelares de detención e internamiento en el procedimiento de expulsión de extranjeros. *Actualidad administrativa*, 2, 132-140.

Guillén Pérez, V. y Prieto González, J. (2017). Tratamiento jurídico de un binomio cohesionado en la nueva Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana; identificación y documentación. *Revista de Derecho UNED*, 21, 325-352. <https://doi.org/10.5944/rduned.21.2017.21169>

Lasagabaster Herrarte, I. (en prensa). La identificación de personas por la policía: su regulación en la Ley de Seguridad Ciudadana. Trabajo incardinado en el proyecto de investigación PIBA 2019-48 *Derechos humanos, potestad sancionadora y organización administrativa en la seguridad ciudadana*, concedido por el Gobierno Vasco.

Martínez Escamilla, M. (2015). Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Las funciones del juez de instrucción. En M. Martínez Escamilla (Coord.). *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, (pp. 29-53). Madrid: Proyecto I+D+i lusmigrante (Iuspuniendi e inmigración irregular).

Martínez Pardo, V. J. (2006). Las privaciones de libertad de los extranjeros y el derecho de *Habeas corpus*. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 18, 49-75.

Moya Malapeira, D. (2002). La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español. *Revista Vasca de Administración Pública*, 62, 189-262.

Moya Malapeira, D. (2008). La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 10, 101-164.

Nowak, M. (2005). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2ª edición. Estrasburgo: Arlington.

Pérez Sola, N. (2008). Las limitaciones al derecho a la libertad en el ámbito de la extranjería y la operatividad del procedimiento del habeas corpus. *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, 3, 233-260. <https://doi.org/10.5944/rduned.3.2008.10952>

Requejo Rodríguez, P. (2006). *El internamiento de extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Rodríguez González, M. P. (2003). Expulsión *versus* devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, 21, 21-52.

Sánchez Tomás, J. M. (2015). Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular: marco comunitario e internacional. En M. Martínez Escamilla (Coord.). *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, (pp. 55-80). Madrid: Proyecto I+D+i lusmigrante (Iuspuniendi e inmigración irregular).

Teixeira Rodríguez, X. (2005). Derechos de los extranjeros detenidos o internados en los procedimientos administrativos de retorno, expulsión y devolución. *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 1, 727-750.

Tomé García, J. A. (2014). *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo Reglamento de los CIE*. Madrid: Colex.

Tomé García, J. A. (2015). La autorización del internamiento: principios rectores. En M. Martínez Escamilla (Coord.). *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, (pp. 165-181). Madrid: Proyecto I+D+i lusmigrante (Iuspuniendi e inmigración irregular).

Velasco Caballero, F. (2007). Inmigración y policía administrativa de seguridad. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 17, 227-260. Recuperado de <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130223>