

**RESUMEN**

*El TC desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo único apartado 8 L 9/1994, 19 de mayo, que modifica la redacción del art. 5, apartado 7, párr. 3 L 5/1984, 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado. El Defensor del Pueblo esgrime como posibles reproches, la violación del derecho a la libertad personal de los solicitantes de asilo, al obligarles a permanecer en el puesto fronterizo durante la tramitación de la petición del asilo; y el rango de la ley recurrida. La Sala, por un lado, señala que durante el tiempo en que el solicitante de asilo permanece en "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo, rigen, por principio, los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los poderes públicos españoles, disfrutando por tanto del derecho a la libertad. Por otro lado, el Tribunal declara que la nueva redacción del artículo al contener restricciones singulares sobre el modo, tiempo y lugar en que determinados extranjeros gozan de la libertad personal que reconoce la Constitución, y al no constituir un desarrollo frontal del señalado derecho ni una limitación esencial de aquella libertad, no se exige reserva de ley orgánica. Formulan votos particulares los Magistrados D. Tomás S. Vives Antón, al cual se adhieren los Magistrados D. Guillermo Jiménez Sánchez y D. Javier Delgado Barrio, y D. Pablo Cachón Villar.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 9/1994 de 19 mayo 1994. Modifica L 5/1984; Derecho Asilo y Condición Refugiado

art.un.8

Ley 5/1984 de 26 marzo 1984. Derecho de Asilo y Condición de Refugiado

art.5.7

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.17.2 art.53.1

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

## ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

## COMPETENCIAS

## MATERIAS

Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo

## CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

## ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

## Tribunal Constitucional

## PROCESOS CONSTITUCIONALES

## Recurso de inconstitucionalidad

## Promotor del recurso

## Defensor del Pueblo

## Respecto de normas del Estado

## Legitimación

## Defensor del Pueblo

## Acto impugnado

## Leyes Ordinarias

## Sentencia

## Desestimatorias

## En general

## DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

## LIBERTAD Y SEGURIDAD

## Detención

## Habeas corpus

## Detención de extranjeros

## VOTO PARTICULAR

CACHÓN VILLAR, PABLO MANUEL

DELGADO BARRIO, FRANCISCO JAVIER

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO

VIVES ANTÓN, TOMAS S.

## FICHA TÉCNICA

Procedimiento: *Recurso de inconstitucionalidad*

### Legislación

Aplica art.un.8 de Ley 9/1994 de 19 mayo 1994. Modifica L 5/1984; Derecho Asilo y Condición Refugiado

Aplica art.5.7 de Ley 5/1984 de 26 marzo 1984. Derecho de Asilo y Condición de Refugiado

Aplica art.17, art.53.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita LO 8/2000 de 22 diciembre 2000. Reforma de LO 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social

Cita art.25.1, art.25.2 de LO 4/2000 de 11 enero 2000. Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social

Cita Trat. de 2 octubre 1997. Tratado de Amsterdam, modificativo del Tratado de la Unión Europea

Cita RD 203/1995 de 10 febrero 1995. Reglamento de la L 5/1984, Derecho de Asilo y Condición del Refugiado

Cita Ley 9/1994 de 19 mayo 1994. Modifica L 5/1984; Derecho Asilo y Condición Refugiado

Cita art.54.1, art.59, art.111.1 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.2 de Trat. de 7 febrero 1992. Entrada en vigor del Tratado de Maastricht, de la Unión Europea

Cita art.12.4, art.26.2 de LO 7/1985 de 1 julio 1985. Derechos y Libertades de los Extranjeros en España

Cita Ley 5/1984 de 26 marzo 1984. Derecho de Asilo y Condición de Refugiado

Cita art.16.4 de Instr. Ratif de 21 abril 1982. Convenio Europeo de Extradición

Cita art.5.4, art.29 de LO 3/1981 de 6 abril 1981. Defensor del Pueblo

Cita art.32, art.34, art.88.1, art.90.2 de LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional

Cita art.1, art.5 de Conv. de 4 noviembre 1950. Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Cita art.1.1, art.10.1, art.10.2, art.13.1, art.13.4, art.19, art.20.4, art.81.1, art.162, tit.1cap.1, tit.1cap.2 de CE de 27 diciembre 1978.

### Constitución Española

Cita Instrumento de Adhesión de 22 julio 1978. Convención de Ginebra sobre Estatuto de los Refugiados y Protocolo de 31/01/67

Cita art.2.1 de Instr. Ratif de 19 diciembre 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Cita art.1 de Ley 48/1960 de 21 julio 1960. Navegación Aérea

### Jurisprudencia

Cita STC Pleno de 30 noviembre 2000 (J2000/40918)

Cita STC Sala 2ª de 13 noviembre 2000 (J2000/37184)

Cita STC Sala 2ª de 26 junio 2000 (J2000/14285)

Cita STC Sala 2ª de 27 septiembre 1999 (J1999/27099)

Cita STC Pleno de 5 julio 1999 (J1999/13066)

Cita STC Pleno de 23 julio 1998 (J1998/10006)

Cita STC Sala 2ª de 10 febrero 1997 (J1997/56)

Cita STC Sala 1ª de 21 mayo 1996 (J1996/2146)

Cita STC Sala 2ª de 17 enero 1994 (J1994/157)

Cita STC Pleno de 18 noviembre 1993 (J1993/10426)

Cita STC Sala 1ª de 22 marzo 1993 (J1993/2803)

Cita STC Sala 2ª de 8 febrero 1993 (J1993/1096)

Cita STC Pleno de 18 septiembre 1992 (J1992/8930)

Cita STC Sala 1ª de 21 junio 1990 (J1990/6643)

Cita STC Pleno de 27 octubre 1987 (J1987/160)

Cita STC Pleno de 7 julio 1987 (J1987/115)

Cita STC Pleno de 12 marzo 1987 (J1987/34)

Cita STC Pleno de 16 diciembre 1986 (J1986/160)

Cita STC Pleno de 11 noviembre 1986 (J1986/140)

Cita STC Pleno de 6 noviembre 1986 (J1986/137)

Cita STC Sala 1ª de 10 julio 1986 (J1986/98)

Cita STC Pleno de 19 diciembre 1985 (J1985/152)

Cita STC Sala 2ª de 7 octubre 1985 (J1985/107)

Cita STC Sala 2ª de 30 septiembre 1985 (J1985/99)

Cita STC Pleno de 27 junio 1985 (J1985/77)

Cita STC Sala 2ª de 23 noviembre 1984 (J1984/107)

Cita STC Pleno de 24 julio 1984 (J1984/83)

Cita STC Pleno de 5 agosto 1983 (J1983/76)

Cita STC Pleno de 22 febrero 1982 (J1982/6)

Cita STC Pleno de 13 febrero 1981 (J1981/5)

Cita STEDH de 6 noviembre 1980 (J1980/646)

Cita STEDH de 18 junio 1971 (J1971/1)

#### **Bibliografía**

Citada en "Derecho a entrar en España, libertad de residencia y tutela judicial efectiva"

Citada en "La Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria: Cuestiones procesales"

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por escrito registrado en este Tribunal el 23 de agosto de 1994, el Defensor del Pueblo en funciones, Dª Margarita Retuerto Buades (art. 162 CE; art. 32 LOTC; arts. 5.4 y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo), interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 8 del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en la redacción que da al párrafo 3 del apartado 7 del art. 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo (en adelante LRDA), por vulneración del apartado 2 del art. 17 CE relativo a la duración de la detención preventiva, del art. 53.1 CE por haber lesionado el contenido esencial del derecho a la libertad (art. 17 CE) y del art. 81.1 CE, en relación con al apartado 1 del art. 17 CE, al no revestir el precepto impugnado la forma de ley orgánica.

SEGUNDO.- Aduce el Defensor del Pueblo en su escrito de interposición del presente recurso de inconstitucionalidad, en primer lugar, que la nueva redacción dada al art. 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, por el apartado 8 del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que la modificó, es contraria al art. 17.2 CE al no respetar el contenido esencial del derecho a la libertad, y, por igual motivo, conculcaría el art. 53.1 CE. Dicho apartado 8 dice así:

"Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello"

La cuestión controvertida, en palabras del Defensor del Pueblo, consiste en examinar si esa previsión que la Ley 9/1994 incorpora al art. 5 LRDA constituye o no un nueva forma de privación de libertad, en el sentido del art. 17.1 CE. Pues, sigue razonando el impugnante, de considerarse esa medida una forma de privación de libertad, la misma se sometería al régimen de garantías del art. 53.1 CE, y, en particular, a la aplicación directa del art. 17 CE. Por otro lado, en tanto forma de privación de libertad, la Ley que la regule debiera revestir la forma de orgánica, a tenor de lo dispuesto en el art. 81.1 CE.

El Defensor del Pueblo, antes de abordar la cuestión central que ha planteado con su recurso de inconstitucionalidad, examina en su escrito el alcance de la reforma operada por la Ley 9/1994 en el régimen del derecho de asilo. Comienza el recurrente señalando que la LRDA antes de su reforma facilitaba la entrada provisional del peticionario de asilo, que careciese de la pertinente documentación, en el territorio nacional en tanto se resolvía su petición (art. 4.2), sin perjuicio de que la autoridad competente le fijara una residencia obligatoria. Asimismo, el art. 5 LRDA le aseguraba que no podía ser expulsado del Estado antes de que recayese una decisión definitiva sobre su petición, suspendiéndose durante su tramitación hasta ese momento cualquier decisión relativa a su extradición. Todo ello sin perjuicio de las medidas cautelares que podía adoptar la autoridad competente por motivos de salud o de seguridad pública. No obstante, éste régimen admitía la excepción prevista en el propio art. 5 LRDA citado, de darse en el extranjero peticionario de asilo y de modo notorio alguna de las circunstancias del art. 3.4 LRDA.

A juicio del Defensor del Pueblo la modificación de 1994 de la LRDA ha tenido como consecuencia alterar por completo ese régimen jurídico del peticionario de asilo al suprimirse el carácter automático de su admisión provisional en el territorio del Estado, subordinándose a la admisión a trámite de su petición, con arreglo a la nueva redacción que del art. 4.2 LRDA ha hecho la Ley 9/1994. No obstante, el art. 5.1 LRDA (no modificado por la Ley 9/1994) sigue prohibiendo el rechazo del extranjero en la frontera o su expulsión en tanto no se haya resuelto sobre la admisión de su petición. En estas circunstancias, el nuevo art. 5.7 LRDA, apartado introducido por la Ley 9/1994, e impugnado en el inciso transcrito más arriba en el presente recurso de inconstitucionalidad, establece que la resolución sobre la admisibilidad de la petición se hará y notificará en el plazo máximo de 4 días desde su presentación, pudiendo interesarse el reexamen de la resolución denegatoria de la admisión de la petición, lo que suspende la ejecutividad de la resolución anterior. El reexamen debe resolverse en un plazo de dos días por el Ministro competente (en el momento de interposición de este recurso, el de Justicia e Interior). De transcurrir ambos plazos sin recaer resolución expresa, se procederá a la autorización de entrada del solicitante en España.

Concluye el Defensor del Pueblo destacando que la vinculación de la entrada automática en España del peticionario de asilo, no a su solicitud de asilo, sino a la admisión de su petición, supone tras la reforma de 1994 que, "durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su

caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello" (art. 5.7 LRDA en la redacción dada por el apartado 8 de la Ley 9/1994).

Arguye el Defensor del Pueblo que el denominado por la Ley "puesto de frontera", que se refiere a las llamadas "zonas internacionales", "de tránsito", o "estériles", sigue siendo territorio nacional en el que, quien en ellas esté, se encuentra sujeto a la jurisdicción de las autoridades españolas, siendo, a todos los efectos, territorio del Estado. En estos espacios deben incluirse también las zonas de tránsito de los aeropuertos, como resulta del Cap. I del Anexo IX, arts. 1 y 2 del Convención de Chicago de 7 de diciembre de 1944 de Aviación Civil Internacional (BOE de 24 de febrero de 1947 y de 29 de diciembre de 1969), y el art. 1 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre normas reguladoras de la navegación aérea. Así pues, quien esté en una de esas zonas está de facto en el territorio del Estado, sin perjuicio de que la normativa aplicable cree la ficción de que la entrada efectiva en el territorio nacional se haga depender del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos y si así lo acuerda la Administración competente. Por ello en esas zonas también se aplican directamente las garantías fundamentales de los individuos en los términos del apartado 1 del art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966.

El Defensor del Pueblo, a partir de la doctrina de las SSTC 107/1984, 99/1985 y 117/1985, sostiene que también los extranjeros son titulares de los derechos y garantías de la libertad personal dispuestas en los distintos apartados del art. 17 CE, en su condición de derecho fundamental ligado a la dignidad individual. Dicho esto, a su juicio, y a la vista de lo declarado en la STC 98/1986, la retención en frontera prevista en la disposición impugnada de quien solicita asilo sin reunir los requisitos necesarios para entrar efectivamente en el territorio del Estado (que puede llegar a tener una duración superior a siete días) constituye indudablemente una privación de libertad del peticionario de asilo en tanto se resuelve la admisión de su solicitud, pues el solicitante de asilo tiene limitados sus movimientos al no poder salir de las dependencias dispuestas a tal fin, lo que resulta del empleo de la expresión "permanecerá".

Que esto sea así no se ve contradicho, sigue diciendo el recurrente, por el hecho de que la presencia del extranjero en la frontera y la petición de asilo sean voluntarias. En primer lugar, la permanencia en la frontera de aquel que desea ejercer su derecho a solicitar el asilo no puede calificarse en rigor de voluntaria, ya que, al prever un trámite previo de admisión de su petición, mientras ésta se sustancia sólo le cabe permanecer en el puesto fronterizo retenido, ya que de abandonarlo, la imposibilidad de ser localizado supone en último término una suerte de tácito desistimiento a su petición. Asimismo, afirmar que con todo su presencia es voluntaria, elude las circunstancias personales y socioeconómicas habituales de quien se encuentra en semejante situación y que no permiten hablar de voluntariedad en su permanencia en el puesto fronterizo. En segundo lugar, la tajante expresión "permanecerá", impide considerar que su presencia en el puesto fronterizo sea de una mera retención temporal e instrumental en tanto se sustancia el procedimiento de admisión de su petición de asilo, como en el sentido en que el Tribunal Constitucional ha considerado una mera retención la sujeción del conductor para realizar las pruebas de alcoholometría por los agentes de policía (STC 107/1985). El Defensor del Pueblo considera que la retención en frontera del extranjero en este caso es una verdadera privación de libertad a la que deben aplicarse las garantías del art. 17 CE. Para quien desea ejercitar su derecho a solicitar asilo en España sin reunir las condiciones que la legislación aplicable exige para la entrada efectiva en el territorio nacional, supone su obligada permanencia en las dependencias a las que hace mención la disposición recurrida. Dependencias que no puede abandonar y en las que permanecerá bajo vigilancia de los agentes de la autoridad hasta al menos siete días, tiempo de duración legalmente previsto para el trámite de admisión de su solicitud y para el reexamen de la inadmisión de su petición, en su caso, que puede llegar incluso a ser más dilatado.

En suma, el impugnante afirma, con cita de la STC 341/1993 (y también de la STEDH Wilde, Ooms y Versyp, de 18 de junio de 1971), que no puede sostenerse cabalmente que la presencia y retención del extranjero en el puesto fronterizo no es un supuesto de privación de libertad dada la voluntariedad de su petición de asilo y estancia en la zona de tránsito, por cuanto no cabe hablar de esa voluntariedad si las opciones que la ley le ofrece al peticionario son, o quedarse detenido en la frontera a la espera de la oportuna resolución sobre la admisión de su petición de asilo, o renunciar al legítimo ejercicio de su derecho de asilo.

Una vez constatado que lo regulado en la disposición impugnada es una auténtica privación de libertad en el sentido del art. 17 CE, el Defensor del Pueblo argumenta que la misma, pese a responder a fines legítimos, es contraria al art. 17 al no respetar los límites temporales fijados en dicho precepto a la detención gubernativa y al no prever las debidas garantías judiciales que el precepto constitucional impone en ese caso. Sostiene el impugnante que el Tribunal Constitucional (con cita de la STC 341/1993) ha insistido en que no basta con que la ley prevea la medida restrictiva de la libertad, sino que esa medida debe responder a fines legítimos y ser proporcionada. A la vista de lo dicho en la Exposición de Motivos de la Ley 9/1994, al Defensor del Pueblo no le cabe duda de la legitimidad del fin perseguido con la privación de libertad del extranjero peticionario de asilo en la frontera española y de su adecuación a lo dispuesto en el apartado f) del art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (con cita de las SSTDH, casos Winterwerp, de 24 de octubre de 1969; Engel y otros, de 18 de enero de 1976; Irlanda contra Reino Unido, de 18 de marzo de 1978; y Guzzandí de 6 de noviembre de 1980). Ningún reproche merece que el legislador pretenda evitar un uso abusivo del derecho de asilo con peticiones sin fundamento, que únicamente perjudican a quienes ejercen fundadamente su derecho a solicitarlo, estableciendo un procedimiento sumario de admisión de dichas solicitudes, y a tal fin se disponga esa detención en frontera del peticionario que no cumple con los requisitos para poder entrar efectivamente en el territorio nacional.

No obstante la legitimidad de la medida legal, el Defensor del Pueblo considera que debe examinarse si la forma en la que la Ley 9/1994 ha previsto la privación de libertad ha respetado las garantías del apartado 2 del art. 17 CE, y que el Tribunal Constitucional ha proyectado sobre toda privación de

libertad gubernativa y de carácter preventivo (SSTC 341/1993 y 115/1987). Garantías que consisten, en primer lugar, en un límite temporal máximo e inquebrantable de setenta y dos horas, que el legislador no podrá sobrepasar, aunque sí pueda fijar períodos más cortos; y, en segundo lugar, la garantía judicial indispensable sobre la detención gubernativa una vez transcurrido ese plazo, pues al cabo de ese plazo máximo de setenta y dos horas debe ponerse a disposición del Juez quien haya estado sujeto a una detención gubernativa, siendo el Juez el único competente para examinar la legitimidad de la privación de libertad sufrida, lo que no debe confundirse con la garantía del habeas corpus del art. 17.4 CE.

Para el Defensor del Pueblo ninguna de estas garantías ha sido respetada por la Ley 9/1994, ya que la privación de libertad del extranjero solicitante de asilo puede durar siete días, que es el tiempo máximo legalmente establecido para la resolución definitiva de su petición, pero que según qué circunstancias puede prorrogarse, sin que en ningún caso esté prevista la puesta a disposición judicial del extranjero una vez superadas setenta y dos horas de detención o al menos los siete días mencionados.

A continuación el Defensor del Pueblo analiza las posibles situaciones en las que pudiere encontrarse un extranjero peticionario de asilo con arreglo a la LRDA, una vez modificada por la Ley 9/1994. El supuesto ordinario de resolución del trámite de admisión alcanzaría una duración de siete días de someterse a reexamen la denegación de la admisión de la solicitud (art. 5.7.1 y 2 LRDA). También es posible tener por admitida la solicitud y autorizada la entrada efectiva en el territorio nacional por silencio administrativo una vez transcurrido el plazo para resolver sobre la admisión (cuatro días) o del aludido reexamen (dos días), sin recibir respuesta de la Administración en uno u otro caso. Pero, señala el recurrente, caben otros supuestos en los que la permanencia en dependencias fronterizas puede alargarse más de siete días. Son aquéllos en los que, denegada la admisión de la solicitud de asilo, o porque se le aplique al peticionario lo dispuesto en el art. 5.6 e) LRDA (cuando no corresponda a España el examen de la petición de conformidad con los Convenios en los que sea parte, en relación con el Convenio de aplicación de los Acuerdos de Schengen, de 19 de junio de 1990, art. 31 f), el lapso de tiempo transcurrido desde la inadmisión de su solicitud y su efectiva expulsión del puesto fronterizo excede de las setenta y dos horas del art. 17.2 CE. Igual sucede cuando el peticionario se halle en el caso de la letra f) del art. 5.6 LRDA (cuando el peticionario tenga reconocida la condición de refugiado y tenga derecho a residir o a obtener asilo en otro Estado).

En opinión del Defensor del Pueblo estos supuestos ponen de manifiesto que la disposición legal impugnada prevé casos de privación de libertad de duración indefinida o, al menos, superior al límite constitucional infranqueable de las setenta y dos horas del art. 17.2 CE para poner a disposición judicial al extranjero o en su caso en libertad. Por esta razón el precepto impugnado vulnera el contenido esencial de la libertad personal del art. 17.1 CE al dificultar más allá de lo razonable y sin garantías la libertad personal del peticionario de asilo en la frontera del territorio del Estado. Por otro lado el impugnante se pregunta si tan siquiera resulta necesario agotar un plazo de setenta y dos horas para resolver la admisibilidad de una petición de asilo, cuando el fin perseguido con el establecimiento de semejante procedimiento es, justamente, atajar con celeridad los eventuales abusos en el ejercicio del derecho de asilo. Para el Defensor del Pueblo no cabe duda de que el párrafo 3 del apartado 7 del punto 8º de la Ley 9/1994 soslaya el principio pro libertatis (STC 34/1987).

El Defensor del Pueblo reconoce en su recurso que, con todo, la disposición legal impugnada, en relación con los arts. 4.1 y 5.4 LRDA, no infringe las garantías que el apartado 3 del art. 17 CE establece respecto de la persona sujeta a detención gubernativa (en particular su derecho a ser informado de sus derechos y las razones de su detención y su derecho a asistencia jurídica). No obstante el impugnante trae a colación la Decisión del Consejo Constitucional francés de 25 de febrero de 1992 (92-307 DC) que, examinando una cuestión similar a la que ha planteado en su recurso ante este Tribunal, ha considerado contrario a la libertad personal las detenciones en frontera como las previstas en el apartado 8.7, párrafo 3, de la Ley 9/1994.

Por último el Defensor del Pueblo sostiene también que esa disposición ha vulnerado el art. 81.1 CE, puesto que, regulando como lo hace un supuesto de privación de libertad, la norma legal debía revestir la forma de ley orgánica. En su opinión, y con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las leyes orgánicas que desarrollan derechos fundamentales (SSTC 6/1982, 76/1983, 83/1984, 77/1985, 160/1987), el párrafo 3 del apartado 8.7 de la Ley 9/1994 constituye un desarrollo del derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE, al instituir una nueva causa de limitación de dicho derecho, por establecer una causa de privación de libertad de los extranjeros, sin haberla revestido con la forma de ley orgánica.

TERCERO.- Por providencia de 28 de septiembre de 1994 se acordó por la Sección Primera de este Tribunal admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme a lo establecido en el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, para que pudieren personarse en el proceso y formular cuantas alegaciones estimasen convenientes. Asimismo se acordó la publicación de la incoación del recurso en el BOE, lo que así se hizo en el de 3 de octubre de 1994.

CUARTO.- Mediante sendos escritos registrados en este Tribunal el 30 de septiembre de 1994, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el Acuerdo de la Mesa de la Cámara de no personarse en el proceso ni formular alegaciones, no obstante poner a disposición del Tribunal las actuaciones que pueda precisar; y el Presidente del Senado hizo lo propio con el Acuerdo de su Mesa por el cual se daba por personada a la Cámara en el proceso y ofrecida también su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

QUINTO.- El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, interesó por escrito registrado en este Tribunal el 10 de octubre de 1994 que se le tuviese por personado y se le prorrogase el plazo para elevar sus alegatos, lo que así fue acordado por providencia de 11 de octubre de 1994 de la Sección Primera de este Tribunal.

SEXTO.- El Abogado del Estado, en la representación que ostenta del Gobierno de la Nación, registró su escrito de alegaciones en este Tribunal el 20 de octubre de 1994 interesando la desestimación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo.

Una vez delimitado el objeto del recurso de inconstitucionalidad, destaca el Abogado del Estado que el Defensor del Pueblo ha admitido expresamente en su recurso la constitucionalidad material del supuesto de retención del extranjero peticionario de asilo en el puesto fronterizo. Según dice el Abogado del Estado, el recurrente reconoce en su escrito de impugnación del párrafo 3 del apartado 8.7 de la Ley 9/1994 que se trata de un supuesto de privación de libertad conforme con la Constitución, en relación con lo dispuesto en el art. 5.1 f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, citando sus reproches a la inexistencia de control judicial de esa privación de libertad y a la no aplicación del plazo máximo de las setenta y dos horas del art. 17.2 CE. Sin embargo, el dicente no comparte estas afirmaciones y sostiene al respecto que este específico caso de privación de libertad no exige constitucionalmente ni esa garantía judicial ni la sujeción al plazo máximo de setenta y dos horas.

Parte el Abogado del Estado de lo dicho por este Tribunal en sus Sentencias 115/1987 y 144/1990. De ellas resulta, dice la representación del Gobierno de la Nación, que lo proscrito por la Constitución en su art. 17 son los internamientos arbitrarios de extranjeros, e impone que se examine judicialmente también si esa medida responde a razones de cautela o prevención. Asimismo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha exigido que el tiempo de privación de libertad del extranjero sea el imprescindible, y, en todo caso, no superior a cuarenta días. Así pues, según la jurisprudencia de este Tribunal no sólo es constitucional la previsión de tales medidas de internamiento de extranjeros, sino que, además, y a tenor de lo establecido en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, dado el carácter excepcional y restringido de la retención e internamiento de extranjeros, debe estarse a las circunstancias del caso particular (razones de seguridad, orden público, etc.), y no sólo al tiempo que deba invertirse legalmente en la sustanciación del expediente de expulsión del territorio del Estado del extranjero, para enjuiciar si la privación de libertad estaba o no justificada, debiendo ser un Juez quien deba controlar la existencia de esas razones, no pudiendo exceder de cuarenta días, en ningún caso, el internamiento del extranjero (que es el tiempo previsto también para el caso de la prisión preventiva de extranjeros en el art. 16.4 del Convenio Europeo de Extradición, de 12 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982, BOE 8 de junio de 1982).

Dicho esto, arguye el Abogado del Estado, ninguna tacha de inconstitucionalidad merece el precepto impugnado, ya que, al aplicarse a los extranjeros que no reúnen los requisitos legalmente establecidos para su legal entrada en el territorio nacional, dicho extranjero no habría perfeccionado la titularidad del derecho fundamental a la libertad, que sólo tiene lugar si se consume su entrada efectiva en el territorio del Estado. Al no ser así, sigue diciendo, su situación derivaría únicamente de sus propios actos, voluntarios e indubitados, de quien se ha puesto en semejante situación a consecuencia de su petición de asilo sin poseer los requisitos legalmente exigidos para entrar en España. Por ello, a consecuencia de ese acto propio voluntario, no tiene objeto aplicarle las garantías del control judicial o del plazo máximo de setenta y dos horas, sólo aplicables de efectuarse su entrada legal en España. La cuestión se reduciría únicamente a comprobar si, con todo, la situación de retención en al frontera resulta desproporcionada, afirmando el Abogado del Estado que no es así.

Por un lado, el control judicial en el supuesto contemplado en el punto 8.7, párrafo 3, de la Ley 9/1994 carece de objeto, ya que la retención del extranjero en frontera no puede incurrir en ningún caso en arbitrariedad ya que dicha retención deriva de no reunir los requisitos legalmente establecidos para entrar en el territorio del Estado y, además, el acto propio exteriorizado por el extranjero solicitando el asilo no requiere de control judicial, pues no es ésta la autoridad estatal competente para conceder o denegar el asilo interesado. La propia naturaleza del supuesto de hecho le permite valorar al Juez la concurrencia de las circunstancias concretas que justifican o no la adopción de la medida cautelar, estableciendo la Ley, fundada y justificadamente, con carácter general la imposición de esa medida de retención del extranjero, con lo que no cabe ya valoración casuística alguna. Por eso mismo, el plazo previsto para su retención en frontera resulta ser el imprescindible para la tramitación de su petición de asilo, que no podrá superar los cuarenta días previstos en los Convenios Internacionales y recogido en la STC 115/1987.

El Abogado del Estado, con cita de esta última STC 115/1987 (FJ 1) recuerda la diferencia trazada entre la intervención judicial en la detención por motivos penales y los supuestos de extranjería. En este último caso, dice el Abogado del Estado, la Administración es titular de intereses públicos propios, como así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada. Igualmente la STC 12/1994 (FJ 8) ha reconocido la legitimidad de la intervención administrativa si no ha habido una entrada legal en el territorio nacional del extranjero o si no se goza de la protección derivada de la solicitud de asilo. Asimismo, en el caso contemplado en la disposición legal impugnada por el Defensor del Pueblo también es posible acudir al habeas corpus.

Respecto de la infracción del art. 81.1 CE, al no revestir la forma de ley orgánica el apartado 8.7, párrafo 3, de la Ley 9/1994, aduce el representante del Gobierno de la Nación que la tacha esgrimida por el Defensor del Pueblo responde a una concepción excesivamente rigurosa de dicha reserva de ley. A su juicio, y con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 160/1987), sólo deben revestir la forma de ley orgánica los desarrollos directos e inmediatos de los derechos fundamentales. En el caso que nos ocupa, si no se ha perfeccionado la titularidad del derecho fundamental a

la libertad personal (art. 17 CE) del extranjero retenido en la frontera española, ya que su plena titularidad exige la entrada efectiva en el Estado, el precepto legal impugnado no constituye desarrollo directo de derecho fundamental alguno, ya que se trata de extranjeros que no reúnen los requisitos para entrar legalmente en territorio español. Por ello, la Ley 9/1994 no desarrolla el derecho a la libertad personal de ese extranjero, que tan sólo se proyecta en el caso de forma genérica e imponiendo la no desproporción en la aplicación de la medida de retención en la frontera en tanto se resuelve sobre la admisibilidad de su petición de asilo. Por consiguiente, la regulación de dicha medida no requiere de la forma de ley orgánica, pues en sí no está regulando la libertad personal del extranjero en semejante situación; sin perjuicio de que, como se indicó, el art. 17 CE se proyecte sobre esa retención exigiendo la debida proporcionalidad de la medida cautelar. Por otra parte conviene recordar que la previsión de que puedan adoptarse medidas cautelares respecto del extranjero que no reúne los requisitos legales para entrar en el territorio español se incluye en el art. 12.4 Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, de forma que la disposición impugnada del punto 8 de la Ley 9/1994 no sería sino una concreción de esa previsión genérica contenida en una Ley orgánica, expresión de la colaboración internormativa expresamente admitida por el Tribunal Constitucional en materia de regulación de derechos fundamentales (STC 137/1986).

SÉPTIMO.- Por providencia de 26 de febrero de 2002, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el siguiente día 27 del mismo mes y año.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El presente recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Defensor del Pueblo, se dirige contra el párrafo tercero del nuevo apartado 7 del art. 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado (en adelante, LRDA), añadido por el apartado 8 de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la LRDA (en adelante, Ley 9/1994), que dice así: "Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello". Dos precisiones preliminares son necesarias en relación con la norma impugnada:

a) El recurso de inconstitucionalidad únicamente se dirige contra este párrafo 3 del art. 5.7 LRDA. Ahora bien, la norma impugnada sólo cobra pleno sentido si se integra su contenido con lo dispuesto en los párrafos 1, 2 y 4 del mismo art. 5.7 LRDA. Según el art. 5.7.1 LRDA la resolución de inadmisión a trámite de la petición de asilo ha de ser notificada al peticionario en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación; ante una primera resolución de inadmisión a trámite el art. 5.7.2 LRDA prevé que el extranjero solicite -en el plazo de veinticuatro horas- el reexamen de su petición, lo que habrá de ser resuelto y notificado en un plazo máximo de dos días. Por último, el art. 5.7.4 LRDA dispone que el transcurso de aquellos plazos máximos (de cuatro y dos días) sin resolución expresa de la Administración supondrá la admisión a trámite de la petición de asilo, con la consiguiente autorización de entrada del extranjero en territorio español. De una comprensión sistemática del art. 5.7.3 LRDA resulta, en última instancia, que quien solicita asilo en frontera debe permanecer en "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo mientras se resuelve sobre la admisión a trámite de la petición; esa permanencia obligada en el puesto fronterizo es por un máximo de cuatro días. Si se inadmite a trámite la solicitud, la expulsión del extranjero (que es en principio lo procedente conforme al art. 17.1 LRDA) puede quedar en suspenso mediante una petición de reexamen; esa petición ha de ser resuelta en un máximo de dos días, plazo durante el cual el extranjero esperará en las "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo.

b) En el recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo únicamente se pide la declaración de inconstitucionalidad del art. 5.7.3 LRDA. Ahora bien, en la fundamentación del recurso se hace referencia a hipotéticas restricciones de libertad, también en el puesto fronterizo, después de inadmitida a trámite una petición de asilo. Se hace referencia expresa, en este sentido, a posibles situaciones de permanencia en el puesto fronterizo derivadas del art. 5.6. e) y f) LRDA. Esas hipotéticas privaciones de libertad ninguna relación directa guardan con el precepto impugnado en este proceso constitucional: el art. 5.7.3 LRDA sólo se refiere a la permanencia en dependencias adecuadas del puesto fronterizo durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud de asilo (y, en su caso, de la petición de reexamen), pero nada dice de la situación del peticionario de asilo una vez inadmitida a trámite su solicitud de asilo. En consecuencia, el análisis de esas otras situaciones necesariamente ha de quedar fuera de este proceso.

SEGUNDO.- A juicio del Defensor del Pueblo, el art. 5.7.3 LRDA vulnera en su contenido esencial (art. 53.1 CE) el derecho a la libertad personal del art. 17 CE, en particular, las garantías judiciales y el tiempo máximo de detención que establece el art. 17.2 CE; y también el art. 81.1 CE, por cuanto la Ley 9/1994 carece del rango de orgánica pese a establecer una nueva causa de privación de libertad, lo que constituye un desarrollo directo del art. 17.1 CE. Por su parte, el Abogado del Estado refuta los argumentos del Defensor del Pueblo y aduce que el extranjero que solicita asilo en frontera aún no ha entrado en territorio del Estado y, en esa medida, no ha perfeccionado su derecho a la libertad personal del art. 17 CE, que sólo disfrutará con plenitud una vez acceda efectivamente a territorio español. En consecuencia, sigue argumentando el Abogado del Estado en sus alegaciones, el art. 17 CE no se aplica en toda su extensión a estos casos, de forma que lo único exigible al legislador es que la retención en frontera del peticionario de asilo, que no reúne los requisitos legalmente requeridos para la entrada y permanencia en España, y la duración de esa retención, sean proporcionadas al fin perseguido y al tiempo necesario para resolver sobre la admisibilidad de su petición. A su juicio, la LRDA respeta esa proporcionalidad, máxime cuando la retención en frontera es un acto debido e impuesto por la Ley y sobre el que carece de todo sentido establecer control judicial alguno fruto

del automatismo de dicha medida. Por último, también niega que el precepto impugnado deba revestir la forma de Ley Orgánica, en la medida en que, en tanto el extranjero sometido a la retención en frontera aún no ha perfeccionado la titularidad del derecho a la libertad personal, la regulación de su situación personal no puede tenerse por un desarrollo del derecho fundamental del art. 17.1 CE.

TERCERO.- Nuestro juicio de constitucionalidad debe ir precedido de dos consideraciones preliminares: una referida al Derecho europeo sobre inmigración y asilo en cuyo contexto cobra sentido el precepto impugnado; la otra consideración consiste en una descripción elemental del estatuto constitucional de quien solicita asilo en algún puesto fronterizo de España. En lo que hace al Derecho europeo debemos destacar dos aspectos relevantes y complementarios: la importancia que para la institución del asilo presenta la progresiva desaparición de fronteras en el seno de la Unión Europea (con las nuevas cuestiones de seguridad y control que de ahí resultan); y, en segundo lugar, la progresiva configuración del derecho de asilo como derecho de la Unión Europea.

a) El "Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes", firmado en Schengen el 14 de junio de 1985 y al que España se adhirió por Protocolo de 25 de junio de 1991 (BOE de 30 de julio), impulsó la libre circulación de personas entre varios países europeos mediante el progresivo levantamiento de sus fronteras interiores. Ese progresivo levantamiento tiene como consecuencia un traslado de los controles a las fronteras externas de los países signatarios del "Acuerdo de Schengen"; de forma tal que las fronteras externas de los Estados europeos son al tiempo las fronteras externas de los demás Estados partes en aquel Acuerdo. Por esa razón, el art. 20 del "Acuerdo de Schengen" encomendó a las Partes "la armonización de sus políticas en materia de visados, así como las condiciones de entrada en sus territorios". Ese mandato de armonización tuvo pronta respuesta en la regulación de asilo: varios Estados de la Comunidad Europea firmaron el "Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas", hecho en Dublín el 15 de junio de 1990 (BOE de 1 de agosto de 1997). En este Convenio se establece el examen único de cada solicitud de asilo (art. 3.2) y se fijan criterios para determinar qué Estado es en cada caso el competente para conocer de las peticiones de asilo (arts. 4 a 8). Posteriormente el Tratado de Amsterdam (BOE, 7 mayo 1999) modificó el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (de 1992) introduciendo como objetivo de la Unión "mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia". De esta forma quedaba nítidamente trabada la relación entre la institución del asilo y las políticas sobre seguridad y control de entrada de extranjeros.

b) La conexión entre asilo y seguridad en la Unión Europea no ha sido óbice para que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000- incluya entre las "Libertades" del Capítulo II tanto el derecho de asilo (art. 18) como el derecho a no ser expulsado, extraditado o devuelto a un Estado donde haya grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 19). De esta forma la íntima conexión entre asilo, control de la inmigración y seguridad europea -a la que se ha hecho referencia más arriba- no se produce a costa del derecho de asilo sino, antes bien, partiendo de su necesaria vigencia en el seno de la Unión.

Por lo demás, en el ámbito del Derecho internacional general, la configuración del derecho de asilo se encuentra básicamente en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 (al que España se adhirió por Instrumento de 22 de julio de 1978, BOE de 21 de octubre), al que de forma expresa se remiten los arts. 18 y 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pues bien, el art. 33.1 de la Convención recoge el principio internacional de non refoulement en los siguientes términos: "Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas".

CUARTO.- También debemos precisar, con carácter preliminar, cuál es el estatuto constitucional del peticionario de asilo. Comencemos por precisar el régimen del asilo en el art. 13.4 CE. Si bien es cierto que el art. 13.4 CE reconoce el derecho de asilo, hay que subrayar que el mismo precepto constitucional remite al legislador ordinario -y sobre esto último volveremos en el FJ 14- los "términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España". Estamos entonces ante una remisión al legislador ordinario para configurar el régimen de disfrute de este derecho constitucionalmente reconocido a quienes solicitan asilo en España. Atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en el texto constitucional (capítulo I del Título I: "De los españoles y los extranjeros") fácilmente se colige que no estamos ante un derecho fundamental de los enunciados en el capítulo II del mismo Título I de la Constitución. Estamos, propiamente, ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo -o del ya asilado- serán, entonces, los que establezca la Ley. Obviamente, la Ley que regule el régimen de los extranjeros asilados -o peticionarios de asilo- ha de respetar plenamente los demás preceptos de la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros. Pero ningún precepto constitucional exige que esa Ley de configuración del derecho de asilo se apruebe con forma de Ley orgánica. Hecha esta aclaración conviene que nos detengamos en precisar en qué términos los peticionarios de asilo disfrutaban de los derechos fundamentales enunciados en los arts. 17 y 19 CE

a) Ninguna duda hay, en primer lugar, de que el solicitante de asilo, en tanto extranjero, sólo disfruta del derecho fundamental a entrar y circular libremente por España (art. 19 CE) en los términos que disponen los Tratados y la Ley. Así está dicho en la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4). En la actualidad el derecho de los extranjeros a entrar en España está condicionado, con carácter general, al cumplimiento de los requisitos del art. 25.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de



enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (parcialmente reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre). Como excepción, el art. 5.7.3 LRDA prevé también que quien solicita asilo en frontera -y que no cumple con los requisitos del art. 25.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000- pueda entrar en España (supuesto que la permanencia en las "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo pueda considerarse tal), si bien de forma limitada y provisional, mientras sobre la petición de asilo recae una primera resolución de admisión a trámite. De esta forma el Estado español protege, conforme a lo dispuesto en el art. 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951, a quienes acceden a un puesto fronterizo y en él denuncian un temor fundado de ser perseguidos. El amparo o protección del Estado español se cifra, conforme al art. 5.7.3 LRDA, en la permanencia del extranjero en el puesto fronterizo; sólo en esos precisos y limitados términos autoriza la Ley la entrada provisional en España de extranjeros solicitantes de asilo. Fuera de esas condiciones el solicitante de asilo en frontera carece de todo derecho, ni constitucional ni legal, a entrar o circular por España.

b) Durante el tiempo en que el solicitante de asilo permanece en "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo rigen, por principio, los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos españoles. Los solicitantes de asilo disfrutan, por tanto, del derecho a la libertad que el art. 17.1 CE reconoce a todas las personas (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1). Lo relevante aquí no es la concreta ubicación territorial de las "dependencias adecuadas" a que se refiere el art. 5.7.3 LRDA, y que será bien distinta según que la entrada en España sea por tierra, mar o aire. Lo determinante es, desde la perspectiva propia de los derechos fundamentales, la existencia de una situación legal de sometimiento de los solicitantes de asilo a un poder público español. Este es el criterio que resulta tanto de la jurisprudencia de este Tribunal (por todas: STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 3) como del art. 1 CEDH (relevante para la interpretación de nuestros derechos fundamentales, conforme al art. 10.2 CE) y de la jurisprudencia del TEDH (así, en un caso de retención de solicitantes de asilo en zona aeroportuaria, en la STEDH de 25 de junio de 1996, caso Amuur c. Francia). Dicho esto, desde ahora debemos advertir y destacar que la permanencia del solicitante de asilo en las "dependencias adecuadas" de frontera en ningún caso impide que ese mismo extranjero abandone aquel lugar de espera cuando lo considere conveniente, aunque no, por supuesto, para entrar incondicionalmente en España, ámbito éste en el que no disfruta del derecho fundamental a "entrar y salir libremente de España" (art. 19 CE), sólo reconocido constitucionalmente a los españoles.

QUINTO.- Acabamos de recordar que los extranjeros solicitantes de asilo disfrutan del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) frente a los poderes públicos de España. Ahora bien, ese derecho fundamental no es absoluto e ilimitado (SSTC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6); el propio art. 17.1 CE prevé supuestos de privación de libertad "con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley". No estamos aquí, propiamente, ante un mandato de configuración legal, pues el legislador no ha recibido el encargo de regular con carácter general el derecho a la libertad. Estamos, simplemente, ante la previsión constitucional de leyes que -con los límites que derivan de la propia Constitución- pueden establecer ciertas restricciones en el disfrute o ejercicio del derecho a la libertad personal. Al Tribunal Constitucional corresponde ahora determinar si una de esas restricciones -la del art. 5.7.3 LRDA- se ha excedido de los límites que la propia Constitución marca a la Ley. De dos clases son los límites a que se refiere el art. 17.1 CE: en primer lugar, los referidos expresamente en los distintos párrafos del art. 17 CE; en segundo lugar, otros límites compartidos con los demás derechos fundamentales: exigencia de certidumbre y proporcionalidad en la limitación. Empecemos por referirnos a los límites expresos del art. 17 CE.

SEXTO.- Es claro, en primer lugar, que no se puede oponer al art. 5.7.3 LRDA el plazo máximo de detención de setenta y dos horas que establece el art. 17.2 CE; y tampoco, por consiguiente, la exigencia de puesta a disposición judicial del detenido en el mismo plazo máximo de setenta y dos horas. Este Tribunal viene declarando desde la STC 341/1993, FJ 6, que el "detenido" a que se refiere el art. 17.2 CE es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal; y por lo mismo, el límite máximo de setenta y dos horas no es aplicable cuando la privación de libertad sirve a un fin radicalmente distinto, como es la protección de quien se dice perseguido con simultáneo aseguramiento de que la entrada y estancia de los extranjeros en España se hacen con pleno respeto a la Ley. Ahora bien, desde la misma STC 341/1993 también venimos diciendo que del art. 17.2 se induce que toda privación de libertad, aun no siendo detención, ha de ser limitada en el tiempo. Este criterio fue reiterado en las SSTC 174/1999, FJ 4 y 179/2000, de 26 de junio, FJ 2, ambas referidas a la expulsión de extranjeros desde la zona de tránsito aeroportuaria. Debe advertirse desde este momento que ese límite temporal frente a toda privación de libertad -distinta de la detención para la persecución penal- no es necesariamente uniforme, sino que ha de adecuarse -por supuesto sin concesiones arbitrarias a las autoridades gubernativas- a las finalidades que en cada caso persigue la privación de libertad. Pues bien, ninguna duda hay sobre los límites temporales que el art. 5.7.3 LRDA fija a la permanencia o espera de los peticionarios de asilo en "dependencias adecuadas": hasta cuatro días y, en caso de que se pida el reexamen de una solicitud inadmitida a trámite, hasta dos días más. Tampoco hay duda alguna sobre el carácter máximo de esos plazos y sobre la consecuencia (supuesto que no se dicte denegación expresa) que sigue a su cumplimiento: el derecho a entrar provisionalmente en España, más allá de las "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo y sin más límite que las posibles restricciones en la fijación de residencia que prevé el art. 4.3 LRDA. De lo expuesto hasta aquí resulta que la supuesta privación de libertad del art. 5.7.3 LRDA tiene límites temporales claramente definidos. Dejamos para más adelante (FJ 8) el juicio de proporcionalidad en relación con esos límites temporales máximos.

SÉPTIMO.- Ya hemos avanzado más arriba, con cita de nuestra STC 341/1993, FJ 5, que toda restricción a la libertad ha de ser cierta y previsible, pues en otro caso la Ley perdería su función de garantía del propio derecho fundamental al que afecta y sometería el ejercicio del derecho a la voluntad

de quien ha de aplicar la Ley. Pues bien, ninguna incertidumbre hay sobre el alcance de las supuestas restricciones a la libertad establecidas en el art. 5.7.3 LRDA. Veámoslo de forma analítica:

a) El art. 5.7.3 LRDA establece con precisión un máximo de permanencia o espera en las "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo: cuatro días (y dos días más en el caso de que inadmitida la solicitud de asilo se paralice la expulsión del extranjero mediante una petición de reexamen).

b) Tampoco hay indeterminación alguna sobre el régimen de la permanencia: impide la libre entrada en España, pero no se opone a que el extranjero regrese a su lugar de procedencia o a un tercer Estado.

c) Lo mismo cabe decir del sentido de la permanencia del extranjero en el puesto fronterizo, que consiste en la protección del Estado a quien se dice perseguido, pues de la propia redacción del art. 5.7.3 LRDA, en su inciso final, se desprende una obligación prestacional de la Administración en cuanto a habilitar "dependencias adecuadas" en las que tiene lugar la espera -que no la detención- del peticionario de asilo. Además, es necesario distinguir con claridad entre dos situaciones diferentes: durante los cuatro días de permanencia en las "dependencias adecuadas" de frontera se ofrece protección provisional a quien se dice perseguido, mientras se tramita -con celeridad- su petición de asilo; además, la permanencia adicional del extranjero en el puesto fronterizo (por un máximo de dos días) para resolver sobre su petición de reexamen supone una garantía extraordinaria para el solicitante de asilo, en la medida en que altera la regla general de ejecutoriedad de las resoluciones recurridas en vía administrativa (art. 111.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en adelante LPC), evitándose así la salida inmediata del extranjero cuya petición de asilo ha sido inadmitida a trámite. O dicho de otra forma, durante los primeros cuatro días la situación jurídica del peticionario de asilo pende de la resolución que se da a su solicitud, que puede ser:

1) De admisión a trámite (en cuyo caso se le permite el acceso al territorio nacional, sujeto a las medidas cautelares que se adopten).

2) Silencio administrativo con efectos positivos, lo que remite al supuesto anterior.

3) Inadmisión a trámite o denegación, lo que lleva consigo -conforme al art. 17.1 LRDA- el rechazo o expulsión del extranjero. El art. 5.7.2 LRDA admite, sin embargo, que el peticionario de asilo en situación jurídica de rechazo o expulsión solicite, con efectos suspensivos, el reexamen de su petición de asilo, lo que ha de resolverse en el plazo máximo de dos días. Es obvio que los dos días que se conceden a la Administración para contestar -y al peticionario de asilo para prolongar su espera en las "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo- no pueden calificarse como simple alargamiento de su privación de libertad: quien pide el reexamen es un extranjero en situación de expulsión cuya ejecución queda momentáneamente en suspenso (lo que obviamente no le impide volver a su país de origen o dirigirse a un tercer país que tenga por conveniente). En estos términos es claro que las restricciones del art. 5.7.3 LRDA son conformes con las exigencias constitucionales de certeza y previsibilidad.

OCTAVO.- Las restricciones a la libertad también deben ser proporcionadas. Esto es: idóneas, necesarias y ponderadas (entre las recientes, SSTC 265/2000, de 13 de noviembre, FJ 8; 103/2001, de 23 de abril, FJ 10). En cuanto a lo primero -la idoneidad de la restricción para el fin que persigue- es innegable que la permanencia de los peticionarios de asilo en "dependencias adecuadas" evita eficazmente que, por vía de la protección al perseguido, se eludan las leyes que regulan la entrada, residencia y circulación de los extranjeros en España. En segundo lugar, y por lo que hace a la exigencia de necesidad, no se percibe con claridad qué otra medida menos restrictiva de la libertad puede alcanzar el mismo nivel de eficacia en la aplicación del régimen ordinario de entrada de extranjeros que la permanencia o espera de los solicitantes en "dependencias adecuadas" de frontera; téngase en cuenta, en todo caso, que la autorización de entrada provisional (a la espera de la admisión a trámite de la petición de asilo) claramente presenta dificultades aplicativas en caso de inadmisión definitiva de la petición de asilo: tanto por la necesaria localización del solicitante como por la necesidad de un traslado físico al puesto fronterizo. De otro lado, tampoco puede considerarse en abstracto y a priori que los plazos máximos de permanencia en las "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo excedan de lo estrictamente necesario. El lapso máximo de cuatro días guarda clara relación con el tiempo mínimo que requiere la tramitación y resolución fundada de una petición de asilo; lo mismo se puede decir respecto del lapso máximo de dos días para el reexamen. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que, conforme al art. 5.7.1 LRDA, en el plazo máximo de cuatro días habrá de informarse de la solicitud de asilo al representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, quien podrá entrevistarse -si lo desea- con el peticionario. En el mismo plazo máximo de cuatro días habrá de dictarse una primera resolución de admisión o inadmisión (motivada conforme el art. 54.1 LPC) y notificarse al solicitante de asilo con las formalidades del art. 59 LPC. Si el extranjero pide el reexamen de su solicitud (para lo cual disfruta de un plazo de veinticuatro horas) el plazo máximo para resolver y notificar se limita a tan sólo dos días, lapso en el que ha de darse audiencia al representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, audiencia en todo caso previa a la resolución definitiva del Ministro del Interior (art. 5.7.2 LRDA). A la vista de la regulación legal del trámite de admisión de la petición de asilo no puede considerarse que los plazos máximos de restricción a la libertad del solicitante de asilo excedan de lo estrictamente necesario.

NOVENO.- Por último, tampoco se puede afirmar que la regulación del art. 5.7.3 LRDA sea contraria al mandato de ponderación, también comprendido en el principio de proporcionalidad. Siguiendo la indicación metodológica a que nos referimos en la STC 103/2001, de 23 de abril, FJ 10, el mandato de ponderación exige: en primer lugar, la identificación de un bien o interés de relevancia constitucional al cual sirve la limitación de otro bien constitucional; y en segundo lugar, identificar las condiciones en que un interés constitucional prevalece sobre otro. En cuanto a lo primero, la restricción a la libertad del art. 5.7.3 LRDA tiene por fin asegurar el cumplimiento de la legislación sobre entrada de los extranjeros en España -cuya relevancia para los demás países de la Unión Europea ya fue expuesta en el FJ 3- sin que con ello se ponga en riesgo la vida o la integridad de quien

se dice perseguido, de acuerdo con lo que establece el Derecho internacional de los Derechos Humanos. El cumplimiento de la ley -en especial de la legislación de extranjería- es un bien constitucional con asiento en los arts. 10.1 y 13.1 CE: expresamente se refiere el art. 10.1 CE al "respeto a la Ley" como fundamento del orden político y de la paz social. Además, el art. 13.1 CE expresamente remite a la Ley el régimen de libertades de los extranjeros en España. Por lo dicho, ninguna duda puede haber de que el respeto a la legislación sobre entrada, estancia y residencia en España goza de relevancia constitucional.

DÉCIMO.- Identificada la existencia de un bien constitucional al que sirve la restricción del art. 5.7.3 LRDA también debemos declarar que el respeto a la Ley (así, a la de extranjería) sólo permite restricciones limitadas, controladas y ciertas sobre un bien constitucional (la libertad personal) que goza de una posición constitucional preeminente en su doble vertiente de derecho fundamental (art. 17 CE) y valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). Esta "regla de prevalencia condicionada" entre los bienes constitucionales en concurrencia tiene, por lo demás, claro respaldo en el art. 5.1.f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que expresamente contempla como posible causa legal de restricción de la libertad personal el impedimento de la entrada ilegal en el territorio del país. Sentado lo anterior, y a la vista de cuanto venimos razonando en esta Sentencia, debemos concluir que la limitación a la libertad contemplada en el art. 5.7.3 es ponderada. Se trata -en primer lugar- de una restricción cierta (según razonamos ya más arriba, FJ 7). Es, además, una restricción claramente limitada: tanto en relación con los sujetos afectados (únicamente los extranjeros peticionarios de asilo cuya solicitud aún no ha sido admitida a trámite) como en el tiempo (un máximo de cuatro días, y dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen) en el espacio (no impide el retorno del extranjero a su lugar de procedencia o su entrada en otro Estado) y en el modo de la restricción (ausencia de régimen penitenciario o disciplinario). Y es también, por último, una limitación a la libertad plenamente controlada: ora en forma administrativa (el art. 5.7.1 LRDA prevé -incluso- una posible visita de un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados) como judicial.

UNDÉCIMO.- Debemos llamar la atención, con especial intensidad, sobre las garantías judiciales que asisten al solicitante de asilo. El hecho de que el solicitante de asilo no sea un "detenido" (en los términos del art. 17.2 CE) en forma alguna le priva de la tutela judicial. Recordemos, en primer lugar, que conforme a la doctrina de este Tribunal el derecho al procedimiento de habeas corpus (art. 17.4 CE) rige en todos los supuestos de privación de libertad no acordada por el Juez (entre las últimas, STC 179/2000, FJ 5). Esta garantía tiene especial sentido ante situaciones en las que, bajo la apariencia de protección del extranjero al amparo del art. 5.7.3 LRDA, se pudieran producir verdaderas detenciones o privaciones de libertad contrarias al art. 17 CE; aquí habría que incluir la alusión del Defensor del Pueblo a supuestos de permanencia del extranjero en el puesto fronterizo después de la inadmisión a trámite de la petición de asilo; o, también en hipótesis, la retención en el puesto fronterizo del extranjero cuya petición de asilo ya hubiera sido admitida a trámite por silencio administrativo positivo. De otro lado, ante una resolución administrativa de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, el extranjero disfruta de tutela judicial reforzada en el orden contencioso-administrativo: el art. 21.1 LRDA establece que el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de inadmisión tendrá tramitación preferente; y el art. 21.2 LRDA dispone que el recurso tiene carácter suspensivo en el caso de que el extranjero así lo haya solicitado y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados hubiera informado favorablemente la petición de asilo.

DUODÉCIMO.- En lo razonado hasta aquí hemos concluido que el art. 5.7.3 LRDA no es contrario a los límites materiales que la Constitución establece frente a toda posible restricción en el disfrute de la libertad personal ex art. 17.1 CE. Nos corresponde ahora abordar un segundo reproche de carácter formal. A juicio del Defensor del Pueblo, el art. 5.7.3 LRDA debía tomar la forma de Ley orgánica, de ahí también la inconstitucionalidad del precepto impugnado. En relación con la reserva de Ley orgánica (art. 81.1 CE) este Tribunal viene acogiendo, desde la STC 5/1981, de 13 de febrero, un criterio de interpretación estricto. Tanto en lo que se refiere al término "desarrollar" como a la "materia" objeto de reserva. Se trata, con ese criterio estricto, de evitar petrificaciones del ordenamiento jurídico y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (entre otras, SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7; 129/1999, de 1 de julio, FJ 2). Precizando aún más esta doctrina, en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11, analizamos con detenimiento cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de Ley orgánica (art. 81.1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (art. 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal. Dijimos entonces que los límites legales o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 C.E.

DECIMOTERCERO.- Ciertamente es que en anteriores ocasiones este Tribunal ha considerado que determinadas privaciones de libertad debían calificarse como "desarrollo" del art. 17.1 CE y, por tanto, sólo podían establecerse en Ley Orgánica conforme al art. 81.1 CE. Así ha ocurrido en relación con la tipificación de ilícitos penales (SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5; 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 3; 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 2); también llegamos a dicha conclusión -aun no siendo ratio decidendi del caso- en relación con el internamiento de personas con trastornos psíquicos (STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 2). Se trataba, en los casos enjuiciados, de normas que prevenían privaciones de libertad especialmente gravosas: bien por su duración (dilatada, en el caso de las penas; indefinida, en el caso de internamiento del enajenado) bien porque la privación de libertad tenía lugar en régimen penitenciario. Se trataba, además, de privaciones de libertad que podían afectar a cualquier sujeto, con sólo concurrir el supuesto de

hecho abstracto de la norma punitiva o de internamiento. Eran, en suma, privaciones de libertad cuya generalidad e intensidad las equiparaban a un tratamiento frontal o "desarrollo" del art. 17.1 CE; de ahí la exigencia de Ley Orgánica ex art. 81.1 CE. Ahora bien, nada lleva a concluir que también en el caso presente nos hallamos ante afectaciones de la libertad que, por su generalidad e intensidad, puedan ser calificadas como "restricciones directas" del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE).

DECIMOCUARTO.- Empecemos por señalar que el precepto hoy impugnado modifica el régimen de admisión de solicitudes de asilo que figura en una Ley no orgánica, como es la Ley 5/1984, de 26 de marzo. Ciertamente es que esta Ley responde a un mandato expreso de regulación contenido en el art. 13.4 CE. Pero igualmente cierto es que ninguna norma constitucional exigía que aquella Ley se tramitara y aprobara como orgánica ni, por supuesto, esto sea lo que se deduce del art. 13.4 CE, en el que se remite a la Ley ordinaria la regulación de los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España. Sentado lo anterior aún debemos profundizar en si el nuevo párrafo 7.3, incluido en el art. 5 de la Ley 5/1984, soporta una exigencia específica de aprobación con la forma de Ley orgánica. Debemos declarar, en este sentido, que el art. 5.7.3 LRDA no contiene "restricciones directas" al derecho fundamental enunciado en el art. 17.1 CE, sino restricciones singulares sobre el modo, tiempo y lugar en que determinados extranjeros que intentan asilarse en España gozan de la libertad personal que reconoce la Constitución. Es importante destacar que el art. 18 LRDA reconoce a los ya asilados el pleno disfrute del derecho a la libertad sin más restricciones que las posibles "medidas cautelares" previstas en el art. 18.2 LRDA, y lo mismo se puede concluir -conforme a los arts. 4.2 y 5.1 LRDA- en relación con los extranjeros cuya solicitud de asilo ya ha sido admitida a trámite (de forma expresa o por silencio administrativo). Cabe afirmar, entonces, que el art. 5.7.3 LRDA ni desarrolla ni regula de forma directa y general el derecho a la libertad personal de los extranjeros; ni siquiera el derecho a la libertad de un grupo concreto de extranjeros (los solicitantes de asilo en frontera). El art. 5.7.3 LRDA impone -en el marco de una regulación eminentemente protectora del extranjero, como es la Ley de Asilo- ciertas limitaciones temporales y espaciales a aquellos extranjeros que se encuentran en una situación provisional de espera perfectamente identificada en la Ley. Se trata de una restricción de la libertad de movimientos -respecto a su pretensión de entrar libremente en España- por un máximo de cuatro días (y a lo sumo dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen) que en ningún caso impide el libre retorno del recurrente a su lugar de procedencia o, en su caso, la marcha hacia un tercer Estado con distinto régimen de entrada. Con lo dicho debemos concluir que estamos ante modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal. La regulación del art. 5.7.3 LRDA no constituye un desarrollo frontal del derecho a la libertad personal, ni las restricciones que establece suponen una limitación esencial de aquella libertad personal, que son los supuestos en que -de acuerdo con el art. 81.1 CE- se exige reserva de Ley orgánica. En tales términos debemos concluir que no es exigible la aprobación del art. 5.7.3 LRDA conforme a las exigencias procedimentales propias de la Ley orgánica.

## **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad

Madrid a veintisiete de febrero de dos mil dos. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente.- D. Tomas S. Vives Antón.- D. Pablo García Manzano.- D. Pablo Cachón Villar.- D. Fernando Garrido Falla.- D. Vicente Conde Martín de Hijos.- D. Guillermo Jiménez Sánchez.- D<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde.- D. Javier Delgado Barrios.- D<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera.- D. Roberto García-Calvo y Montiel.- D. Eugenio Gay Montalvo, Magistrados.

## **VOTO PARTICULAR**

Voto particular que suscribe el Magistrado D. Pablo Cachón Villar en relación con la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2994/1994.

El presente voto particular, que expreso con el máximo respeto para los demás Magistrados que integran el Pleno, se refiere a un concreto extremo de la mencionada Sentencia, según la exposición que sigue.

1. Dice la Sentencia que la norma impugnada -expresada en el párrafo tercero del nuevo apartado 7 del art. 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo (LRDA), añadido por el apartado 8 de la Ley 9/1994, de 19 de mayo- "sólo cobra pleno sentido si se integra su contenido con lo dispuesto en los párrafos 1, 2 y 4 del mismo art. 5.7 LRDA" [FJ 1.a)]. Lo dispuesto en tales párrafos sirve para establecer -amén de los efectos del silencio administrativo- el tiempo de permanencia del peticionario de asilo en las "dependencias adecuadas", que es, según se dice en el FJ 6, de "hasta cuatro días y, en caso de que se pida el reexamen de una solicitud inadmitida a trámite, hasta dos días más" (en realidad, hasta tres días más, si se tiene en cuenta que la petición de reexamen puede solicitarse en el plazo de veinticuatro horas desde la notificación de la resolución de inadmisión a trámite).

Concluye dicho FJ 6 afirmando "el carácter máximo de esos plazos" y señalando que "la supuesta privación de libertad del art. 5.7.3 LRDA tiene límites temporales claramente definidos". No creo que sea ésta una conclusión acertada, atendiendo a los términos de la Ley, ya que el precepto impugnado también ha de integrarse [para que cobre "pleno sentido", usando los términos del FJ 1.a)] con el art. 21.2, según la redacción dada por la Ley 9/1994. A ello me refiero seguidamente.

2. Entiendo, a la vista de los términos del texto legal, que la permanencia del peticionario de asilo en las "dependencias adecuadas" puede, en principio, prolongarse de modo indeterminado, más allá de los cuatro o siete días mencionados. Es el caso del peticionario de asilo que recurre en vía contencioso-administrativa contra la resolución denegatoria de su solicitud. Basta transcribir el texto del art. 21.2: "La interposición por el solicitante del asilo de recurso contencioso-administrativo contra el acto que decida la petición de reexamen a que se refiere el artículo 5.7 suspenderá el acto administrativo cuando el actor así lo haya solicitado y la representación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo".

Siendo el acto administrativo recurrido la respuesta denegatoria a lo solicitado con la petición de reexamen, es claro -a mi entender- que la suspensión de dicho acto (suspensión prevista por el transcrito art. 21.2) es la suspensión de la orden de salida o expulsión (efecto propio de la decisión denegatoria de la admisión a trámite de la solicitud de asilo, sin perjuicio de las previsiones del art. 17 de la Ley).

Pues bien, al no decir más el texto de la Ley -y ateniéndonos a sus términos- la consecuencia, una vez suspendido el efecto de expulsión, sería que el peticionario recurrente habría de continuar en las "dependencias adecuadas" en tanto no se resolviese el recurso contencioso-administrativo, y ello por tiempo indeterminado por ser desconocida la duración del recurso. Es evidente que tal situación no se corresponde con la doctrina de este Tribunal que, en relación con el art. 17 CE para supuestos de restricción de libertad excluyentes de la detención preventiva, se expone en la Sentencia: la expresada indeterminación temporal no se adecúa a las exigencias, entre otras, de proporcionalidad y limitación en el tiempo contenidas en dicha doctrina.

La obligada adecuación de la Ley a las previsiones constitucionales exige algo más. No es suficiente la posibilidad de acudir al proceso de "habeas corpus", pues éste elimina una previa situación de inconstitucionalidad; pero precisamente se trata de evitar que se genere una situación contraria a la Constitución. Por otra parte, nada prevé el precepto sobre la intervención de la Autoridad Judicial en tal situación. Ninguna otra previsión establece la Ley.

No cabe señalar -a mi entender- que estas consideraciones quedan fuera de lugar en el contexto de este recurso por razón de no haber sido objeto del mismo el precitado art. 21. Si estas consideraciones se hacen es porque entiendo, como ya he señalado, que el precepto impugnado "cobra pleno sentido" integrándolo no sólo con los párrafos 1, 2 y 4 del art. 5.7 (como se hace en la Sentencia) sino también con dicho art. 21.2.

3. De la exposición precedente parece que ha de concluirse, en principio, que el precepto cuestionado es inconstitucional: concretamente, en la medida en que no prevé -aun integrándolo con los demás preceptos de la Ley- una solución acorde con las exigencias constitucionales para situaciones como las contempladas en el precitado art. 21.2.

Ahora bien, antes de adoptar una conclusión definitiva hemos de examinar la normativa reglamentaria de desarrollo de la Ley. Me refiero al Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Estimo que son precisamente tales previsiones normativas las que salvan la constitucionalidad de la legalidad vigente sobre la materia en el particular objeto del presente examen, según expongo a continuación.

4. Dispone el art. 39.2 del Reglamento lo siguiente: "Cuando el ACNUR hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de una solicitud de asilo en frontera y el solicitante manifestase su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la inadmisión, deberá expresarlo por escrito en documento que se adjuntará al expediente. En este supuesto, se autorizará la entrada del solicitante en el territorio y su permanencia hasta tanto el órgano jurisdiccional competente resuelva sobre la suspensión del acto administrativo".

Añade dicho precepto que, "transcurrido el plazo de dos meses sin que se hubiera interpuesto el recurso contencioso-administrativo contra la inadmisión a trámite por parte del interesado, se aplicarán los efectos de la misma previstos en el art. 23". Es oportuno señalar que este art. 23, amén de remitirse al art. 17 de la Ley, prevé la posibilidad de permanencia en España del solicitante de asilo no admitido, concurriendo determinados supuestos (reunir los requisitos exigidos por la legislación general de extranjería, apreciación de razones humanitarias o de interés público).

Las disposiciones del art. 39.2 del Reglamento (me refiero a las transcritas en el primer párrafo de este apartado cuarto, que son las que interesan al presente examen) constituyen, respecto de las previsiones del art. 21.2 de la Ley, un desarrollo acorde con los principios constitucionales. Mas interesa destacar que los escuetos términos de este precepto legal -me refiero al mencionado art. 21.2- ni son por sí solos adecuados a las exigencias de la Constitución (como ya queda indicado) ni de suyo abocan necesariamente al expresado desarrollo reglamentario.

5. Por todo ello era necesario, a mi entender, para afirmar la constitucionalidad del precepto cuestionado (art. 5.7, párrafo tercero, de la Ley 5/1984) proceder en los siguientes términos, lo que no ha hecho la Sentencia: a) en primer lugar, integrarlo, entre otros preceptos, con las previsiones del art.

21.2 de la Ley; b) en segundo lugar, y respecto de las situaciones generadas por la aplicación de este último precepto, hacer una interpretación conforme, en la que se incluyese la referencia a la normativa reglamentaria vigente que lo desarrolla, a que acabo de referirme.

Con lo expuesto suscribo el presente voto particular en Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil dos.

#### VOTO PARTICULAR

Voto particular que formulan los Magistrados D. Tomás S. Vives Antón, D. Guillermo Jiménez Sánchez y D. Javier Delgado Barrio, respecto de la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 2994/94.

##### 1. Sentido del voto que se formula.

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Magistrados del Tribunal Constitucional por el apartado 2 del art. 90 de la LOTC, reflejamos en este voto particular algunas reflexiones defendidas en la deliberación del Pleno respecto de la fundamentación jurídica sobre la que se basa el Fallo de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 2994/94.

Estas reflexiones, que no implican un disenso respecto del fallo de dicha Sentencia, cuyo contenido dispositivo, al menos en cuanto al resultado de constitucionalidad del precepto, compartimos, se formulan desde luego con el mayor respeto a las opiniones expresadas por la mayoría para fundamentarlo. Pero ese respeto no nos impide dejar constancia de que, de haber admitido la fundamentación adoptada por la mayoría y aceptado, por tanto, que la Ley impugnada establece una restricción de los derechos de libertad proclamados en el art. 17 de la Constitución, habríamos tenido que pronunciarnos por un Fallo diferente, al menos en un punto, pues, según doctrina constitucional clara y reiterada, las limitaciones del contenido de los derechos fundamentales son desarrollo de los mismos que ha de ser llevado a cabo mediante Ley Orgánica.

2. La redacción dada al párrafo tercero del apartado séptimo del artículo quinto de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, por el apartado octavo del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, no establece una restricción al derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 de la Constitución.

Lo primero que sorprende en la fundamentación adoptada por la mayoría y de la que aquí disentimos es que se afirma que el art. 5.7.3. LRDA, objeto específico de la tacha de inconstitucionalidad que se aduce por el defensor del pueblo, comporta una restricción de libertad sin llevar a cabo una interpretación cumplida del precepto. Parece darse por sentado que al supuesto de hecho de la norma cuestionada le es de aplicación la doctrina sentada por el TEDH en el caso *Amuur c. Francia*. Sin embargo para extraer tal conclusión es preciso un análisis detenido tanto de la doctrina sentada por el TEDH en la referida resolución como del sentido y alcance del precepto impugnado. Y la Sentencia de que disentimos no hace ni una cosa ni otra.

Comenzando por el análisis de la doctrina del Tribunal Europeo hemos de partir de nuestras Sentencias 174/1999, de 27 de septiembre, y 179/2000, de 26 de junio. En ambos casos se trataba de extranjeros detenidos para expulsión y en ambos dijimos que la situación en que se hallaban "debe ser considerada como una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país" enerve tal conclusión, pues lo cierto es que se halla custodiado por la policía y constreñido a un único espacio limitado y cerrado, lo que conlleva una limitación de su libertad ambulatoria (STC 174/1999, FJ 4 y 179/2000, FJ 2).

En el caso *Amuur c. Francia* se contempla la situación de extranjeros solicitantes de asilo retenidos en la zona internacional de un aeropuerto. "Seguramente", dice el TEDH, "la retención de extranjeros en la zona internacional comporta una restricción de la libertad, pero que no podría ser asimilada del todo a la sufrida en los centros de retención de extranjeros en espera de expulsión o de conducción a la frontera". Pero esa afirmación presupone la existencia de una "decisión de retención" (núm. 43). Al llevarla a cabo la Corte constató que durante la mayor parte del período comprendido entre 9 y 24 de marzo de 1992 "los interesados se encontraron abandonados a sí mismos; colocados bajo una vigilancia policial estricta y constante; no se beneficiaron de ninguna asistencia jurídica y social para cumplir las formalidades de la petición del Estatuto de refugiado político hasta el 24 de marzo, fecha en la que una Asociación humanitaria informada entretanto de su presencia en la zona les puso en contacto con un abogado. Por lo demás, ni la duración ni la necesidad de esta retención fueron objeto de control judicial antes del 26 de marzo (núm. 45)".

Las diferencias del supuesto de hecho que contempla la decisión del Tribunal Europeo con los presupuestos de la legislación española que aquí se examina son notables. Comienzan porque la norma impugnada no prevé y, por tanto, no autoriza una actuación del Estado que ordene y controle la permanencia del solicitante de asilo en el puesto fronterizo; sino que, al disponer que permanecerá en el puesto fronterizo, según especifica el art. 20.1b) del Reglamento, "exclusivamente al efecto de que se le notifique la resolución recaída sobre su solicitud, hasta un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la misma", se limita a realizar una indicación a efectos de facilitar la tramitación del expediente que no resulta obligatoria para el peticionario de asilo. Y continúan porque, según establece el art. 19.2 del Reglamento, "el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía responsable o, en su caso, de la Oficina de Asilo y Refugio, ante quien se formulara una petición de asilo, informará al interesado de sus derechos en los términos establecidos en el artículo 5 del presente Reglamento, y facilitará al interesado un formulario para solicitar asilo con arreglo al artículo 8.2, así como asistencia letrada e intérprete en los términos del artículo 8.4". De modo que, de una parte, la norma impugnada no autoriza ninguna clase de actuación de los Poderes Públicos españoles en orden a la restricción de la libertad del peticionario de asilo. Y, de otra, tomando en consideración la situación de constreñimiento en que puede hallarse el peticionario de asilo, sí contiene un serie de medidas dirigidas a que su dignidad y derechos no queden menoscabados. Eso es lo que puede afirmarse en el plano normativo, único que nos corresponde tomar en consideración en el marco de un recurso de

inconstitucionalidad, interpretando el precepto impugnado, al que se contrae el objeto de este proceso, según la Constitución y el contexto reglamentario que lo desarrolla y sin perjuicio de lo que de hecho ocurra en los casos a los que es de aplicación.

Así entendida, la regulación establecida en la redacción dada al párrafo tercero del apartado séptimo del artículo quinto de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, por el apartado octavo del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, no supone una imposición coactiva de los Poderes Públicos de España de una restricción de libertad a los solicitantes de asilo. La doctrina sentada por el TEDH en el caso *Amuur c. Francia* contempla un supuesto que, en aspectos esenciales, difiere del presupuesto de la norma aquí cuestionada y no puede, por consiguiente, recibir el mismo tratamiento. El precepto impugnado no comporta ninguna actuación por parte de los poderes públicos españoles que, por acción u omisión, suponga una privación o restricción de libertad: al solicitante de asilo únicamente se le impide la entrada en territorio español hasta tanto sea admitida a trámite su solicitud o se den las condiciones exigidas por la Ley para permitirle tal entrada, lo que como limitación a la libertad de circular que es, no afecta a la libertad individual reconocida en el art. 17 C.E. y 5 del Convenio de Roma (*Caso Amuur c. Francia*, núm. 42).

3. Al no incidir sobre el derecho a la libertad reconocido en el art. 17 C.E. la regulación contenida en la redacción dada al párrafo tercero del apartado séptimo del artículo quinto de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, por el apartado octavo del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, no requiere ser establecida por una Ley Orgánica.

Como consecuencia de lo anteriormente indicado, la regulación contenida en la redacción dada al párrafo tercero del apartado séptimo del artículo quinto de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, por el apartado octavo del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, no requiere ser establecida por una Ley Orgánica. Tal requisito sí sería inexcusable en el caso de que dicha regulación impusiera una "privación o restricción de libertad" subsumible en el concepto o esquema básico al que responde el régimen de garantías estatuido por el art. 17 CE.

En efecto, de acuerdo a lo prevenido por el art. 81.1 CE, las disposiciones "relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas" habrán de contenerse en Leyes Orgánicas. Y, desde luego, el establecimiento de un régimen que suponga la privación o restricción de libertad de una persona no puede menos que considerarse que incide, y decisivamente, en la configuración del marco en el desarrollo del derecho fundamental a la libertad, porque, indudablemente, limita su contenido, y tanto nuestra doctrina como el propio texto de la Constitución española (el art. 20.4 explicita la relación del "desarrollo" con los "límites") llevan a la conclusión de que la limitación del contenido de un derecho implica desarrollo del mismo, por lo que no puede imponerse sino por una Ley Orgánica.

Pero al no ser, como queda indicado, reconducible al plano del derecho fundamental a la libertad personal tutelado por la normativa establecida en el art. 17 CE, el sistema de restricción de la libertad de acceso al territorio nacional aplicable a los solicitantes de asilo en España no constituye contenido propio (ni posible) de una Ley Orgánica, pues aquí, en el ámbito del art. 19 CE, los extranjeros no son titulares de un derecho fundamental con un contenido que la Ley pudiera limitar; sino que es la Ley, junto a los Tratados, la que ex art. 13.1 CE determina el contenido del derecho.

Por ello ha de concluirse que la inclusión del precepto impugnado en una Ley ordinaria es conforme a la Constitución.

Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil dos.