

LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

**JORNADA SOBRE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS
EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

**Escuela de Práctica Jurídica
Facultad de Derecho de la UNED
24-25 de junio de 2009**

*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

mvargas@der.uned.es

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



**JORNADA SOBRE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS
EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

**Escuela de Práctica Jurídica
Facultad de Derecho de la UNED
24-25 de junio de 2009**

LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA
mvargas@der.uned.es

Resumen: En este trabajo se lleva a cabo un examen de libre circulación y residencia de los extranjeros en España a la luz del texto constitucional y de la Ley de extranjería así como de su interpretación jurisprudencial. La exposición se ha dividido en dos partes analizándose en cada parte un conjunto de problemas relacionados con la titularidad y el ejercicio de dichas libertades por parte de los extranjeros. La primera parte abarca el ámbito subjetivo y el alcance del artículo 19 CE con el objeto de responder a la pregunta de si los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales de residir y desplazarse libremente en España y, en su caso, las eventuales restricciones de estos derechos en el marco de la libre disponibilidad configuradora del legislador y sus límites constitucionales. La segunda parte comprenderá la configuración del derecho a la libre circulación y residencia de los extranjeros no comunitarios, el contenido de estos derechos y los límites establecidos por el legislador tal y como están configurados en la Ley de extranjería

Sumario: Introducción. I. Los extranjeros como titulares de los derechos del artículo 19 CE. II. Libre disponibilidad configuradora del legislador y límites constitucionales respecto del artículo 19 CE. III. La STC 72/2005 de 4 de abril: la discusión sobre la titularidad del derecho a entrar en España y el permiso de residencia. IV. El contenido del derecho a la libertad de circulación y residencia y sus limitaciones en el art. 5 de la Ley de extranjería: A/ Limitaciones genéricas. B/ Limitaciones específicas. *Nota bibliográfica.*

INTRODUCCIÓN.

La cuestión inicial en materia de derechos fundamentales de los extranjeros es un problema de titularidad que precede al estudio del contenido esencial del derecho concernido. Esta cuestión general ha sido examinada con gran claridad por el profesor Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ. Su análisis es una eficaz guía para la comprensión del régimen constitucional de los derechos fundamentales en el que hay que atender primeramente, y como es lógico, al texto constitucional y, a continuación llevar a cabo su interpretación a la luz de su jurisprudencia. Por tanto, tomaré como referencia la intervención del profesor Gutiérrez para desgranar el problema de la titularidad y contenido del derecho de libre circulación y residencia de los extranjeros en España.

Como hemos indicado, la exposición se dividirá en dos partes. En la primera, y en primer lugar, trataremos la cuestión de la titularidad de las libertades de circulación y residencia que, como bien es sabido, el artículo 19 CE reconoce expresamente a los españoles pero no a los extranjeros. Pondremos en primer plano el modo en que el

Tribunal Constitucional ha ido interpretando el precepto y cómo ha ido evolucionando su jurisprudencia hasta extender dicha libertad de circulación y residencia a aquellas personas que no son españolas. Se analizarán los argumentos contenidos en la decisiva STC 94/1993 de 22 de marzo y de las posteriores que la confirman. Cuestión distinta –y de la que nos ocupamos en segundo lugar– es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España que sí puede verse modulado por el legislador nacional aunque con los límites que imponen los diferentes textos internacionales. Un tercer plano de examen, en íntima relación con el primero, está referido a la STC 72/2005 de 4 de abril la que el TC lleva a cabo una interpretación del derecho de entrada en el territorio español deslindándolo del ámbito o contenido del derecho de residencia. El contenido de la segunda parte se dirige al examen de los dos apartados del artículo 5 de la LOEx¹; precepto que tras consagrar el derecho de los extranjeros² que se hallen en España *a circular libremente por el territorio y a elegir su residencia* sin otras limitaciones que las establecidas por los tratados y las leyes o las acordadas por la autoridad judicial (limitaciones genéricas), no impide el establecimiento de otras medidas que pueden restringir estas libertades en supuestos concretos como, por ejemplo, cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio o por razones de seguridad pública e, incluso, de forma individualizada en el marco de un procedimiento sancionador (limitaciones específicas).

I. LOS EXTRANJEROS COMO TITULARES DE LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 19 CE.

El artículo 19 CE consagra los siguientes derechos:

“Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

Como ha señalado la doctrina³, no son muchos los recursos de amparo interpuestos por un extranjero por presunta violación de los derechos del artículo 19 CE. Quizá la causa obedezca al hecho de que hasta el pronunciamiento de la STC 94/2003, de 22 de marzo, el TC no había admitido los amparos interpuestos por vulneración de las libertades reconocidas en el mencionado precepto por entender que el mismo no podía servir de fundamento para apoyar las pretensiones del recurrente extranjero. Sin embargo, a partir de la mencionada Sentencia se abre una línea interpretativa nueva en la

¹ L.O. 4/2000, de 11 de enero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, por la LO 1/2003, de 29 de septiembre y por la LO 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2001 y BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003). Y RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005).

² No se analizará el régimen comunitario de la libre circulación de personas aplicable tanto a los ciudadanos comunitarios y a sus familiares (incluso si dichos familiares no son ciudadanos europeos) como a otro grupo de extranjeros que gozan de un régimen privilegiado contenido en la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004 y en el RD 240/2007 de 16 de febrero. La bibliografía sobre este régimen especial es abundante así como los problemas de aplicación del mismo respecto de los familiares no comunitarios ascendientes de un menor español.

³ Sobre esta evolución, véase el análisis de C. VIDAL FUEYO, “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 18, 2006, pp. 429-441.

que se afirma sin sombra de duda que un extranjero es titular del derecho fundamental de libre elección de residencia y de libre circulación por el territorio al tiempo que delimita el alcance de dicha protección constitucional.

En efecto, durante más de una década el TC hizo una interpretación literal del artículo 19 CE de manera que no cabía deducir de su tenor una extensión a favor de los extranjeros de las libertades consagradas en el mismo. Un ejemplo de este argumento se encuentra en el Auto TC 182/1985, de 13 de marzo cuando se afirma que:

“(…) tal precepto no puede servir de apoyo para fundamentar las pretensiones del recurrente; pues lo que se establece en el mencionado precepto constitucional no es sino el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular libremente por el territorio nacional, así como a entrar y salir libremente de España en los términos legalmente previstos”.

En la misma línea, la STC 99/1985, de 30 de septiembre, en interpretación del artículo 13.1 CE, hace la salvedad de los derechos recogidos en el artículo 19 que sitúa en el mismo nivel que los de los artículos 23 y 29 CE. Así, el Tribunal admite la posibilidad de atemperar en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley española, el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución “y que por consiguiente se les reconoce también a ellos, en principio con las salvedades concernientes a los artículos 19, 23 y 29 como se desprende de su tenor literal...” (el subrayado es nuestro).

La STC 94/1993, de 22 de marzo -y las posteriores SSTC 116/1993 de 29 de marzo y 242/1994, de 27 de julio- resuelven de forma positiva la cuestión previa de si un extranjero puede ser considerado titular del derecho fundamental de libre circulación y, en su caso, con qué alcance. En los recursos tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal enfatizaron en el tenor literal del artículo 19 CE pues “solamente alude a los españoles”. El razonamiento del TC, que declaró nulas las resoluciones administrativas de expulsión del territorio objeto de las demandas en la instancia, es similar en los tres pronunciamientos y puede resumirse en torno a tres argumentos interpretativos: (a) interpretación sistemática de la CE; (b) alcance de la protección constitucional en atención a la división de los derechos fundamentales de los extranjeros; y (c) licitud de la modulación por ley o tratado del ejercicio de los derechos fundamentales en función de la nacionalidad.

El primer argumento se encuentra en el FJ 2º de la STC 94/1993 y sigue la misma línea argumentativa que la STC 107/1984, de 23 de noviembre utilizó para extender a los extranjeros la titularidad del derecho a la igualdad *ex* artículo 14 CE.

El TC sostiene que:

“La dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el artículo 13 de la Constitución. Su apartado 1 dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución aún cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la ley (...). Y el apartado 2 de ese artículo 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE (...). Por

consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19”.

Los argumentos segundo y tercero se encuentran en el FJ 3º de la Sentencia al tomar en consideración la división de los derechos fundamentales de los extranjeros contenida en la STC 107/1984. Dicha sentencia utiliza como base para la diferenciación entre derechos la expresión *derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano* –o, si se prefiere otra terminología, “de aquellos que son imprescindibles para la dignidad humana”-. A continuación señala que en otros derechos se puede introducir la nacionalidad como criterio diferenciador. De modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá de la libre voluntad del tratado o la ley y ello por propia previsión constitucional⁴.

En otros términos, se trata de derechos que aunque la Constitución reconoce a los españoles no por ello veda a los extranjeros (art. 13.2 CE), pues en virtud del art. 13.1 CE la ley o los tratados podrán atribuírselos también a ellos⁵. En este sentido el TC ha afirmado que:

“Cuestión distinta, sin embargo, es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de los extranjeros en España. La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho de residir dentro de ellas, no son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE y STC 107/1984), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano”.

Con fundamento en esta argumentación, y en la doctrina sentada por la mencionada STC 107/1984, el Tribunal afirma que es lícito que la leyes y los tratados modulen el ejercicio de estos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a “entrar y salir de España y a residir en ella”.

Como ha indicado C. VIDAL FUEYO, es importante destacar que el Tribunal coloca en el mismo plano “el derecho a entrar y el derecho a residir *una vez que se ha entrado legalmente*”. Lo que implica, como veremos más adelante, que la extensión a los extranjeros de la titularidad de los derechos fundamentales del artículo 19 CE se somete al cumplimiento de ciertos requisitos legales, en concreto la necesidad de que el extranjero se encuentre en situación legal, cuestión ésta de legalidad ordinaria que el TC tendrá que revisar *in casu* puesto que la misma es condición necesaria para acceder a la titularidad de los derechos que nos ocupan.

⁴ Véase la Ponencia de I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, “Los derechos fundamentales de los extranjeros en la jurisprudencia constitucional española: panorámica general”, en Jornadas sobre los derechos fundamentales de los extranjeros en la jurisprudencia constitucional, UNED-Escuela de Práctica Jurídica-Facultad de Derecho, 24-25 junio 2009.

⁵ Vid., BORRAJO INIESTA, I., “La libertad de circulación de los extranjeros en España” en *Ciudadanía y Extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado* (P. Biglino Campos, Dir.), Madrid, 1998. Y los comentarios a la jurisprudencia constitucional en: PULIDO QUECEDO, M., *La Constitución española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 3ª ed., Elcano (Navarra), 2001; y, RUBIO LLORENTE, F., *Derechos fundamentales y principios constitucionales. Doctrina jurisprudencial*, Ariel, Barcelona, 1995.

II. LIBRE DISPONIBILIDAD CONFIGURADORA DEL LEGISLADOR Y LÍMITES CONSTITUCIONALES RESPECTO DEL ARTÍCULO 19 CE.

La libertad del legislador de configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados en cuanto a su entrada y permanencia en España es, sin duda alguna, amplia pero en modo alguno absoluta. En este punto actúan los diferentes textos internacionales como freno a la configuración legal del contenido y alcance de la libertad de circulación para los no nacionales. Y es que, como consecuencia de la normativa internacional ratificada por España, se ha de “respetar el grado, limitado pero cierto, de libertad que reconocen los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP⁶) a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado” (STC 94/1993, FJ 3º).

Además de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) -que reconoce a *toda persona* una plena libertad de desplazamiento y residencia interiores-, del artículo 13 del referido PIDCP se derivan, por ejemplo, límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país. Siguiendo este precepto, el TC ha señalado dos límites: el primero de ellos, la *predeterminación en una norma* de las condiciones en que procede la expulsión; y, el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo *las razones que le asisten en contra de su expulsión* (STC 242/1994, FJ 5º). El Protocolo número 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) prosigue las líneas abiertas por los antecitados textos internacionales – Declaración y Pacto- afinando el contenido de los derechos proclamados y, sobre todo, sus garantías jurídicas⁷.

⁶ Proclamado y adoptado por la AG de las Naciones Unidas. Res. 2200 (XXI). BOE núm. 103 de 30 abril 1977. **Artículo 12.** 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país. **Artículo 13.** El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

⁷ El Protocolo, del que España no es Parte, declara el derecho no sólo a entrar en el Estado del que se es ciudadano, sino también a permanecer en él, y prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Con carecer general reconoce a cualquier persona sometida a la jurisdicción de los Estados parte, el derecho de circulación interna (siempre que se encuentre en situación regular) y la libertad de abandonar el país. Ambos derechos son susceptibles de restricción que, para ser lícita, ha de conformarse a los criterios que enumera el convenio (cobertura legal y justificación por el interés público en una sociedad democrática). Sobre estos textos internacionales y su incidencia en la libertad de circulación, *vid.*, I. BORRAJO INIESTA, “El status constitucional de los extranjeros”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Vol. IV, pp. 717-718. También los comentarios de CRUZ VILLALÓN, P., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y Libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)” en *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergablum, Sevilla, 1999; y, SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al*

En el plano de la tutela legislativa y judicial estos límites plasman en que las medidas que repercutan sobre la libre circulación de personas “han de fundarse en una Ley y aplicarla en forma razonada y razonable” (STC 85/1989). Lo que significa que han de justificarse los límites al derecho y ha de respetarse el principio de proporcionalidad y adecuación, además, por supuesto del respeto a las exigencias derivadas de las garantías constitucionales del procedimiento (ponderación de los intereses en presencia, audiencia del interesado y fundamentalidad del derecho).

Siguiendo con el ejemplo que nos sirve de guía -la expulsión- y tratándose de las exigencias derivadas del *principio de legalidad*, cuando la medida consiste en la expulsión y siempre que el extranjero se halle legalmente en el territorio nacional, (...) “el artículo 13 PIDCP insiste en que se requiere una decisión adoptada conforme a la ley. Por consiguiente, ha de ser respetuosa con la libertad de circulación que el art. 19 CE reconoce a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio”. Así, la decisión de expulsión o extrañamiento debe acordarse en alguno de los supuestos previstos en la Ley de extranjería o en otro texto legal de igual valor” (STC 94/1993, FJ 4º).

En tanto que, tratándose de las exigencias derivadas del *principio de proporcionalidad*, enfrentados a una medida de expulsión, la conformidad con la ley depende de si concurren realmente los hechos determinantes de la expulsión que deben quedar acreditados en el procedimiento administrativo o, en el caso de contencioso, ante el Tribunal que conozca de él. Y también depende, como sostiene el TC “de que concurren razones que justifiquen que, en vez de imponer la multa que con carácter general prevé la Ley de extranjería, ha de imponerse la decisión de expulsión, indudablemente más gravosa” (STC 94/1993, FJ 4º).

A modo de conclusión provisional de este apartado, y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los tribunales inferiores que se hacen eco de esta doctrina constitucional, se infiere la exigencia de respeto de las garantías constitucionales derivadas del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad así como de las exigencias derivadas de las garantías constitucionales de procedimiento, esencialmente cuando se trate de expulsiones, sin olvidar que siendo un derecho reconocido constitucionalmente también puede solicitarse su protección, en caso de vulneración, por el procedimiento destinado a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

III. LA STC 72/2005 DE 4 DE ABRIL: LA DISCUSIÓN SOBRE LA TITULARIDAD DEL DERECHO A ENTRAR EN ESPAÑA Y EL PERMISO DE RESIDENCIA.

La STC 72/2005, de 4 de abril trae causa de un recurso interpuesto por un ciudadano marroquí procedente de Nador (Marruecos) a quien, en agosto de 2000, le fue denegada la entrada en España que pretendía realizar por el Puesto Fronterizo de Almería. Cabe señalar que en dicho momento estaba vigente la LO 4/2000 antes de la reforma llevada a cabo por LO 8/2000, cuyo art. 23 exigía como requisito documental para entrar en España la presentación de pasaporte y de visado, salvo -con respecto a

Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

este último documento- cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español.

En el caso, resultaba que el demandante era titular de un permiso de residencia otorgado en su favor por la Subdelegación del Gobierno en Tarragona el 5 de junio de 2000, conforme a lo previsto en la D.T. 1ª de la LO 4/2000 (relativa a la regularización de extranjeros que se encuentren en España) y en el RD 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establecía el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la citada Disposición Transitoria. Estas normas exigían para la mencionada “regularización”, entre otros requisitos, que el extranjero hubiera estado en España de forma continuada desde antes del 1 de junio de 1999. El interesado, en las dependencias del puesto fronterizo del puerto de Almería, asistido de intérprete y de Abogada del turno de asistencia jurídica gratuita, reconoció que él no había estado nunca en España (lo que se deducía, además, de su pasaporte), pero que un primo suyo había tramitado la regularización para él en España y se la había mandado por correo a Marruecos.

La Resolución administrativa que denegó la entrada motivaba la decisión con el argumento de que el interesado “carece de visado o residencia en vigor, y pretendía burlar los controles policiales presentando impreso del procedimiento de regularización de extranjeros de la provincia de Tarragona obtenido de forma fraudulenta”.

La Letrada del turno de oficio que asistió al ciudadano marroquí interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), en el que invocaba el derecho a la tutela judicial efectiva, el de “protección frente a sanciones de orden público” y la libertad de residencia. El recurso fue desestimado en primera y en segunda instancia con el argumento, en síntesis, de que la cuestión determinante en el caso sería la consideración del permiso de residencia (obtenido por el cauce de la “regularización”) como válido o inválido, lo que constituiría una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que los órganos judiciales no pueden pronunciarse en el proceso especial promovido.

En la demanda de amparo el recurrente consideró vulnerado, en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, por lo que aquí interesa, también se invocó el derecho a la libertad de residencia (art. 19 CE en relación con el art. 13.1 CE), que se habría vulnerado por haberse denegado la entrada a España de un extranjero que presentó la documentación legalmente exigida para entrar en el territorio nacional, puesto que el permiso de residencia obtenido (...) *era una resolución administrativa firme y no revisada, que le autorizaba la entrada en España y que fue desconocida por los funcionarios del puesto fronterizo.*

De las diversas cuestiones relevantes que analiza esta Sentencia únicamente nos detendremos en las consideraciones de los Fundamentos Jurídicos 4º a 9º referidas a la alegada vulneración del artículo 19 CE. En una inicial aproximación se trata de saber si la denegación de la entrada del ciudadano extranjero en la frontera, ordenando el retorno al lugar de procedencia conculca el derecho a entrar en el territorio nacional y la libertad de residencia. En este sentido inicial el Tribunal distingue –y aísla- ambos derechos reconociendo su posible interacción para, inmediatamente, sin pronunciarse sobre quién

se titular de uno y otro, definir las conductas que el precepto protege. Señala el TCE que mientras el derecho a entrar en el territorio nacional protege *la conducta consistente precisamente en pasar de estar fuera de nuestras fronteras a encontrarse en el territorio nacional*, la libertad de residencia protege *la conducta consistente en elegir libremente su residencia en territorio español*: “es el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanente en España” (con referencia a la STC 28/1999, de 8 de marzo FJ 7º que cita el ATC 227/1983, de 25 de mayo).

Ahora bien, pese a la posible intersección entre ambos derechos, los ámbitos constitucionalmente protegidos por los mismos no son idénticos pues quien no ha estado nunca en el territorio nacional no puede invocar la libertad de residencia para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito definido por el derecho a entrar en el territorio nacional. De donde infiere que para que pueda entrar en juego la libertad de residencia es presupuesto lógico que el extranjero se encuentre ya en España. Y así, afirma que,

“Mientras no se haya entrado en España no es posible ejercer el derecho a elegir en ella el lugar de residencia ni, por tanto, cabe aceptar que los eventuales impedimentos u obstáculos del poder público a las pretensiones del extranjero constituyan vulneraciones de la libertad de residencia garantizada por el art. 19 CE. En su caso, serán otros los derechos vulnerados” (FJ 4º).

Cabría preguntarse, como hipótesis, si el permiso de residencia que el ordenamiento prevé antes de entrar en España –y que no exige estar previamente en España- podría entenderse incluido en el ámbito constitucionalmente protegido a los efectos de la libertad de residencia ex artículo 19 CE. El TC advierte que no cabe descartar esta hipótesis pero que en tal caso no se estaría ante un derecho de libertad de residencia sino en presencia de una simple autorización administrativa “o, todo lo más de ejercicio de un derecho legal y no constitucional y, finalmente, cuando se intentase entrar en España no se estaría ejercitando ese derecho a residir, sino exactamente el derecho a entrar, aunque aquél en este supuesto, sirviese de apoyo a éste” (FJ 4º).

Estos motivos son suficientes para rechazar la alegación del recurrente en amparo pues, *un extranjero que, habiendo reconocido que no ha estado nunca en España, no puede alegar, para amparar un pretendido derecho a entrar en ella, la libertad de residencia cuando, en su caso, como se desprende con nitidez de los antecedentes de este asunto, a tal residencia sólo podría aspirar si se hubiese encontrado previamente en territorio español*.

De donde cabe inferir que un permiso de residencia (una autorización administrativa) cumple una importante función en el ámbito de protección de los derechos del artículo 19 CE pues siempre que el extranjero cumpla el resto de los requisitos que la Ley de extranjería exige abrirá al extranjero la titularidad de la libertad de residencia, pero no antes. En opinión de C. VIDAL FUEYO, esta interpretación se aparta de la jurisprudencia anterior, que se consideraba consolidada, en el sentido de que hasta ahora se habría sostenido que “una vez se reúnen los requisitos legales para residir en España el extranjero no se mueve en el plano de la mera legalidad sino que

goza de la protección del art. 19 CE”⁸. Esta opinión, como veremos a continuación, no es la que el TC sigue.

En efecto, la segunda cuestión de relevancia que analiza la Sentencia se aboca a despejar, como cuestión previa, si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España. Para ello lleva a cabo una interpretación sistemática del artículo 19 CE a la luz del artículo 13.1 CE. Sin embargo, advierte con carácter inicial que la argumentación se va desenvolver en un terreno general sin afectar ni proyectar sus conclusiones sobre supuestos concretos en los que concurren circunstancias específicas que cualifican la situación. Estos supuestos los individualiza en cuatro situaciones: el derecho de asilo, objeto específico de regulación en el art. 13.4 CE; el derecho a entrar en España de los ciudadanos de la Unión Europea, regulado por tratados internacionales y otras normas que lo separan sustancialmente del régimen aplicable a los demás extranjeros; la situación de quienes ya están residiendo legalmente en España y pretendan entrar después de haber salido temporalmente del país; y, finalmente, los supuestos de reagrupación familiar, derecho que como es bien sabido goza de una protección especial dada su vinculación con el artículo 18 CE⁹.

Partiendo de la literalidad del artículo 13.1, CE el Tribunal señala que sólo se refiere a las libertades públicas de los extranjeros en España y ello con una doble precisión:

- “a) no se refiere a la totalidad de los derechos de los extranjeros en España, sino sólo a derechos fundamentales; y
- b) dentro de éstos no recoge todos sus derechos fundamentales sino principalmente aquéllos que, previstos para los españoles -los de los arts. 19, 23, etc.-, el art. 13.1 CE extiende a los extranjeros en España, pues buena parte de los demás -derecho a la vida, libertad religiosa, libertad personal, tutela judicial efectiva, etc.- corresponden a aquéllos sin necesidad de la extensión que opera el art. 13.1 CE, es decir, sin necesidad de tratado o ley que lo establezca”.

Sobre la base de este argumento, concluye el Tribunal dos aspectos relevantes. Primero, que “el sujeto de derechos al que se refiere la regulación del art. 13.1 CE no es el extranjero sin más, sino el extranjero *en España*, el que ya ha entrado en nuestro país, circunstancia ésta que actúa como presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo el art. 13.1 CE (FJ 6º). Y, segundo, que “es claro, pues, que la literalidad del art. 13.1 CE, sin ninguna ambigüedad, no incluye el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros” (FJ 6º).

Conclusiones taxativas que el TC apoya en la interpretación sistemática del artículo 13.1 CE en relación con el artículo 10.2 CE que, al erigir en el contexto de la Constitución española –y en el campo de los derechos fundamentales- los tratados y acuerdos internacionales sobre esa materia ratificados por España, establece un relevante criterio de interpretación sistemática de aquélla: la regulación contenida en

⁸ C. VIDAL FUEYO, “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 433.

⁹ Sobre esta protección véase M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 122-129.

éstos adquiere así “trascendencia interpretativa a estos efectos” (STC 242/1994, de 20 de julio FJ 5°).

De los tratados y acuerdos internacionales de los que España es parte la Sentencia se apoya - como vía interpretativa que permita dar respuesta a la pregunta de si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España- en un examen atento de los derechos garantizados por los artículos 12 y 13 PIDCP señalando que (...) *el derecho a entrar en un país sólo se reconoce en el Pacto internacional a los nacionales de ese país.*

A la misma conclusión conduce la regulación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce a todos el derecho a salir de cualquier país, pero sólo garantiza el derecho a entrar en el país propio; e, incluso, la regulación del Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (firmado, pero aún no ratificado por España), que también garantiza el derecho de quien se encuentre en situación regular en un Estado a circular libremente y a escoger su residencia, así como el derecho de toda persona a abandonar cualquier país (art. 2) y el de no ser expulsado “del Estado del cual sea ciudadano” (art. 3.1); pero el derecho a entrar sólo se reconoce con respecto “al territorio del Estado del cual se sea ciudadano” (art. 3.2) (FJ 7°).

A modo de conclusión provisional de este apartado pueden avanzarse las siguientes directrices, deducibles del FJ 8° de la Sentencia que se ha comentado: (1) que la entrada en España como derecho con el carácter de derecho fundamental se garantiza en el art. 19 CE tan sólo a los españoles, pero el legislador puede otorgarlo a los extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en la ley; (2) que de la Constitución no se derive un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España no significa que el derecho del extranjero a entrar en nuestro país, conforme a lo regulado por la ley, carezca de protección: se tiene la protección que el ordenamiento dispensa a los derechos que concede la ley, pues, obviamente, *quien esté de hecho en España puede solicitar la protección de ese derecho por los Jueces y Tribunales españoles, que deberán tutelarlos de acuerdo con las exigencias impuestas por el art. 24 CE, que sí recoge un derecho del que son titulares los extranjeros.*

IV. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA SUS LIMITACIONES EN EL ART. 5 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA.

La Ley de extranjería reconoce el derecho a la libertad de circulación y de residencia a los extranjeros en los términos del artículo 5.1 que establece:

5.1. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia (...)

Como hemos visto anteriormente, el presupuesto para que un extranjero sometido al régimen general de extranjería pueda elegir libremente su residencia y circular por el territorio español es hallarse legalmente en España. Esto se traduce *prima facie* en que el extranjero habrá debido cumplimentar los requisitos en materia de entrada (posesión del visado cuando se exija), haber entrado físicamente en España

(arts. 25 a 27 LOEx), hallarse en alguna de las situaciones administrativas que la Ley y su Reglamento de desarrollo establecen (estancia, residencia temporal y/o residencia permanente) y estar en posesión de la correspondiente autorización administrativa¹⁰. En cambio, la salida del extranjero, dejando a salvo los supuestos de salida obligatoria por expulsión o devolución así como los previstos en el Código Penal por motivos de seguridad nacional o salud pública de los que nos ocuparemos más adelante, es libre (art. 28.1 LOEx)¹¹.

Ahora bien, el artículo 5.1 LOEx se hace eco de la posibilidad de limitar el ejercicio del derecho (cuya constitucionalidad ya hemos analizado en el apartado anterior) recogiendo de modo taxativo, si bien genérico, las limitaciones que pueden presentarse. El artículo 5.1 LOEx *in fine* señala,

(...) sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.

Distingue el precepto dos grupos de limitaciones -genéricas y específicas- cuyo alcance, brevemente, se examina a continuación.

A/ Limitaciones genéricas.

Dentro de este grupo cabe a su vez distinguir entre las limitaciones establecidas con carácter general por los tratados y la ley (a); y, las acordadas por la autoridad judicial con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme (b)

a) Limitaciones establecidas por los Tratados y las Leyes. Como hemos indicado anteriormente, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no impiden que el derecho de libre circulación pueda ser objeto de restricciones siempre y cuando se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros y sean compatibles con los demás derechos y necesarias en una sociedad democrática.

Enumerar todas las limitaciones incluidas en la Ley de extranjería y en otras normas del ordenamiento jurídico sería tan tedioso como innecesario debido a que su ejercicio será de igual modo que los nacionales, con las únicas limitaciones que fijan los tratados y las leyes (*ad.ex.*, la LO 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana).

¹⁰ Sobre la entrada, residencia y salida de España puede consultarse el estudio de M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "Entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España, en *Inmigración y Extranjería. Régimen jurídico básico*, Colex, 2008, pp. 47 ss.

¹¹ Sobre el artículo 5 de la Ley de extranjería pueden consultarse los siguientes comentarios: C. AZCÁRRAGA MONZONIS, "Artículo 5" en: *Comentarios a la Ley de Extranjería* (C. Esplugues Mota, Coord), Tirant lo Blanch, 2006, pp. 125-142; M. SÁNCHEZ JIMÉNEZ (Coord), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, D.M Librero Editor, 2005, pp. 179-187; y, A. PALOMAR OLMEDA (Coord), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 155-159.

Baste pues con indicar aquellos preceptos incluidos en la legislación de extranjería. Así, en relación con la libre circulación, el extranjero que disponga de una autorización de residencia temporal debe comunicar cualquier cambio de domicilio y su incumplimiento será considerada como infracción de carácter leve (art. 52 a.) o, grave, si se aprecia que la omisión o retraso ha sido dolosa o que existe falsedad (art. 53 c.). En correspondencia, el artículo 110 del Reglamento exige que este cambio de domicilio (también de nacionalidad y de estado civil) se ponga en conocimiento de la Oficina de Extranjeros en el plazo máximo de un mes desde que se produzcan.

Indirectamente podría entenderse afectada la libre elección de residencia cuando la concesión de una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena quede limitada a un determinado territorio, sector o actividad conforme a las instrucciones y directrices emanadas de la Secretaría de Estado de Extranjería e Inmigración (art. 38.2 LOEx en relación con el art. 49.2 RLOEx¹²). La doctrina y jurisprudencia entienden que la limitación no afecta a la libertad de circulación sino al derecho al trabajo que, en los términos que aquí analizamos, no es un derecho fundamental.

b) Limitaciones acordadas por la autoridad judicial con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.

A modo de recordatorio, señalemos que del art. 13 del PIDCP se derivan dos límites o exigencias para el legislador habilitado para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país: predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; y, apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado exponiendo las razones que le asisten en contra de la expulsión (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2000 y 22 de julio de 2000).

“(…) La medida de expulsión (…) debe fundarse en alguno de los supuestos previstos por la Ley de extranjería u otro texto legal de igual valor, aplicada en forma razonada y razonable (STC 94/1993, de 22 de marzo) cuando se decreta la expulsión y no concurre la causa o causas legales invocada por la Administración, la resolución administrativa infringe la libertad de circulación que contempla el artículo 19 de la CE, aplicable a los extranjeros en virtud de lo prevenido en el artículo 13.1 CE, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley a que ese último precepto se remite” (STS de 11.2.2000, FJ 5º)

En cuanto a la caracterización de la expulsión debe tenerse presente igualmente lo que ha venido indicando la jurisprudencia cuya doctrina puede resumirse en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 4ª), de 18 de marzo de 2003, cuando sostiene:

“(…) La jurisprudencia ha atribuido preferencia a los procedimientos encaminados a la legalización de la situación de un extranjero en España frente a la ejecución de la orden de expulsión que pueda pesar sobre él. Ha declarado reiteradamente (sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1991, 25 de

¹² Un extenso estudio sobre de los permisos de residencia y trabajo lo realiza B. ALONSO-OLEA GARCÍA, “El trabajador extranjero. El derecho a la Seguridad social y a la asistencia sanitaria del extranjero”, en *Inmigración y Extranjería. Régimen jurídico básico*, op. cit., pp. 145 ss.

noviembre de 1995, 17 de febrero de 1996, 19 de febrero de 2000, 22 de julio de 2000, 30 de septiembre de 2000, 19 de diciembre de 2000 y 24 de febrero de 2001, entre otras) que no es conforme a Derecho la ejecución de la orden de expulsión o de la obligación de salida del territorio español mientras la Administración no ha resuelto la solicitud de permiso de residencia, de trabajo o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero, oportunamente presentadas. Por consiguiente, procede acordar en este interregno la suspensión de aquella orden.

Desde esta perspectiva, cabe concluir que los efectos indirectos de la orden de expulsión como impeditiva de la legalización (v. gr. sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1988, según la cual la orden de expulsión impide solicitar permiso de trabajo) no se producen en caso de ser ésta suspendida. Una de las finalidades de la suspensión puede ser la de permitir que el procedimiento encaminado a la legalización sea resuelto por la Administración sin que su tramitación o la eficacia de la resolución recaída pueda ser obstaculizada por la orden de expulsión” (FJ 4º).

Esta línea jurisprudencial nos da la pista esencial de la consideración que a los tribunales merece esta medida: por un lado, la necesidad de cobertura en la ley de la medida y, por otro lado, un cierto rigor en el procedimiento formal, ya que aún siendo lícita su utilización no puede realizarse cuando la propia Administración tenga pendientes de resolver alguno de los procedimientos administrativos iniciados a instancia del extranjero y con la finalidad de arreglar o legalizar su situación¹³.

Hechas las anteriores consideraciones veamos a continuación la plasmación legal de las posibilidades de expulsión en el marco de las infracciones en materia de extranjería y del procedimiento sancionador (Título III de la LOEx) distinguiendo dos supuestos: en primer lugar, la detención cautelar y, en segundo, lugar el internamiento preventivo. En ambos casos existe coincidencia en cuanto a los supuestos que autorizan la medida, la diferencia sin embargo radica en la duración: mientras que la detención cautelar no puede superar las setenta y dos horas, el internamiento preventivo puede extenderse hasta cuarenta días. Veamos sus diferencias.

Detención cautelar. El artículo 61 de la Ley de extranjería autoriza al instructor del procedimiento sancionador *en el que pueda proponerse la expulsión*, y con el fin de asegurar la resolución final que pueda recaer, la adopción, entre otras medidas, de la residencia obligatoria en un determinado lugar, la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad y la *detención cautelar* por un período máximo de 72 horas, previas a la solicitud de internamiento.

La detención cautelar de un extranjero que prevé la normativa actual contempla los mismos supuestos en los que cabe autorizar el internamiento y que veremos separadamente pues éste se configura como una prolongación, sujeta a control judicial, de esa inicial privación de libertad, necesariamente limitada en el tiempo. Conviene

¹³ Sobre la potestad sancionadora resulta de especial interés el trabajo de A. PALOMAR OLMEDA, “La potestad sancionadora pública en materia de extranjería”, en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Thomson-Aranzadi, 2006, pp.401-488. Desde la perspectiva del Ministerio Fiscal, el estudio de J.M. PAZ RUBIO, “Expulsión de Extranjeros”, en *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV, 3, CGPJ, 2004, pp. 79-232. Una perspectiva crítica sobre situaciones de inmigración irregular y jurisprudencia la realiza R. URIARTE TORREALDAY, “Algunas reflexiones crítica a partir de la jurisprudencia sobre inmigración irregular”, *Revista de Derecho Público*, Núm. 74, enero-abril, 2009, pp. 291-239.

poner de manifiesto que esta detención cautelar del extranjero fuera del procedimiento penal ya fue admitida por el TC en su Sentencia 115/1987, de 7 de julio y analizada extensamente en relación con el marco internacional en la STC 242/1994, de 20 de julio (ambas referenciadas en la primera parte de este estudio).

La vigente Ley de extranjería establece de forma expresa un límite máximo a su duración coincidente con el art. 17.2 CE, en concreto, 72 horas, añadiendo que, en cualquier otro supuesto de detención (casos de retorno, devolución o incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio español), la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas.

Ahora bien, esta previsión legal debe ser interpretada, dado el carácter excepcional de toda privación de libertad, en igual sentido que el artículo 17.2 CE. Esto es, la pérdida de libertad no puede prolongarse como regla general hasta el plazo máximo sino que ha de durar “el tiempo estrictamente necesario para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad (STC 86/1996, de 21 de mayo) por lo que, atendidas las circunstancias del caso, su límite máximo podrá ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas”.

Ingreso en un centro de internamiento. Dando un paso más, el artículo 62 LOEx prevé que incoado el expediente el juez instructor podrá proponer, siempre que la sanción a que hubiera lugar pudiera ser la expulsión del territorio, que el extranjero sea *ingresado en un centro de internamiento* en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días¹⁴. Este internamiento preventivo o cautelar sigue en la Ley de extranjería los lineamientos de la STC 115/1985, de 7 de julio que interpretó el artículo 26.2 de la derogada LO 7/1985 y sólo puede acordarse en las hipótesis a que se refiere el artículo 153.2 del RLOEx.

Con carácter inicial ha de insistirse en el hecho de que estamos en presencia de personas que no pretenden entrar de modo irregular en el país (caso del internamiento de quienes pretenden entrar irregularmente en el territorio, *ad. ex.*, entrada por pateras/caucos) sino de extranjeros que se encuentran ya en el territorio nacional y pueden acreditar cierto arraigo. Desde esta óptica, como ha señalado la jurisprudencia (Auto AP Madrid, Sec. 4ª, núm. 95/2005, de 23 de febrero-JUR 2005\259113), la medida de internamiento, en cuanto implica una pérdida de libertad debe regirse por el principio de excepcionalidad, limitándose a los casos en que se estime indispensable por razones de cautela o prevención que deben ser valoradas por el órgano judicial, en función de la situación legal y personal del extranjero (STC 115/1987, 144/1990, 12/1994, 96/1995 y 66 y 182/1996).

¹⁴ El Anteproyecto de Ley de reforma de la LO 4/2000 prevé un alargamiento del plazo de internamiento a sesenta días sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en el mismo expediente. La resolución judicial, que adoptará la forma de Auto motivado, exige la previa audiencia del interesado. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, habrán de tomarse en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de fuga por carecer de domicilio o de documentación, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas o de otros procesos penales o sanciones administrativas previas. El vigente art. 153.5 RLOEx., exige del juez (*deberá*) la solicitud de la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso del plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo.

En efecto,

“Como señaló ya la STC 115/87 la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (arts. 24,1 y 17,3 CE), en conexión con el art. 6,3 Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los restantes reconocidos en LO 4/2000, en conexión con el art. 5.4 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Se cumple así lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en S 18 junio 1971 (caso de Wilde, Ooms y Versyp) de que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un tribunal y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal” (Auto AP Las Palmas, Sec. 2ª, núm. 242/2005, de 21 junio-JUR 2005\188885).

En relación con el control que ha de realizar el instructor, no sólo habrá de controlar el carácter imprescindible de la pérdida de libertad sino que permitirá al interesado presentar sus medidas de defensa, evitando que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario. Y en este sentido, el antecitado Auto recuerda que,

La decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, devolución o retorno, ha de ser adoptada teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, no las relativas a la decisión de expulsión y la legalidad de la causa invocada, -cuyo examen y fiscalización corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo-, sino las concernientes, entre otros aspectos, a si la causa de expulsión invocada conlleva la necesidad del internamiento cautelar, a la situación legal y personal del extranjero, a mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial penal (STC 144/90 FJ. 4º) (FJ 2º).

A modo de conclusión provisional de este apartado debe insistirse en la distinción entre las causas que permiten la expulsión de aquellas otras que autorizan adoptar una medida cautelar respecto de quien tiene un domicilio en España; aspecto que quedan claramente puestas de relieve en el Auto que hemos tomado como referencia:

“No puede olvidarse que si bien la vulneración de la prohibición de entrada puede ser causa para justificar la expulsión o devolución no lo es para adoptar una medida cautelar de una persona que facilita un domicilio en España y está en posesión de pasaporte, con arraigo en España, circunstancias que en modo alguno justifica su internamiento en un Centro de Internamiento por un plazo máximo de cuarenta días, puesto que o bien se le puede expulsar a un país con el que las comunicaciones desde España son muy frecuentes, en un plazo mínimo que en ningún caso puede superar los cinco días, salvo que se acredite lo contrario por la Autoridad Administrativa; o bien se puede acordar una medida cautelar menos gravosa para asegurar la efectiva ejecución de la expulsión, como puede ser la establecida en el artículo 61.1 a), que es la presentación periódica

ante las autoridades competentes. En el presente caso se considera suficiente, para el supuesto de que no se haya efectuado la expulsión, la medida cautelar consistente en la retención de pasaporte o que el recurrente se presente diariamente en la Comisaría de Policía de Maspalomas (FJ 3°).

Desde una perspectiva diferente, y cuando lo que se sustancia sea un *procedimiento penal*, la libertad de circulación puede verse aún más constreñida. En el ejercicio de su función jurisdiccional los jueces y tribunales pueden, entre otras, adoptar medidas cautelares de prohibición de residencia en un lugar determinado o de residencia obligatoria en un territorio determinado (arts. 96.3 y 105.1 CP) o la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos (art. 39 f CP) así como la obligación del imputado -en libertad provisional- de comparecer ante el Juez de instrucción los días que le fueren señalados en el respectivo Auto y cuantas veces fuere llamado ante aquél (art. 530 LECrim).

Si se trata de un extranjero que se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad *inferior a seis años* o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, oído el interesado y las partes personadas, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior. Se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente, o cuando haya existido comunicación judicial o del Ministerio Fiscal a los organismos policiales.

No obstante lo anterior, el juez podrá autorizar a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio nacional en la forma determinada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las disposiciones anteriormente señaladas no se aplicarán cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 318 bis, 515. 6°, 517 y 518 del Código Penal.

Una cuestión distinta, aunque relacionada con la expulsión, es la de los *extranjeros ya condenados penalmente*. El artículo 89 del Código Penal autoriza la *sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años impuesta a un extranjero por la de expulsión del territorio nacional*; expulsión que también puede acordarse por los Jueces y Tribunales a instancia del Ministerio Fiscal, si el extranjero ha sido condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, si el condenado ha cumplido tres cuartas partes de la condena, siendo necesario en ambos casos la previa audiencia del interesado. Ahora bien, si se trata de conductas tipificadas como delitos de los artículos del Código Penal antes indicados, la expulsión se llevará a cabo cuando se haya cumplido la pena privativa de libertad (art. 57.8 LOEx).

B/ Limitaciones específicas.

En cuanto a las limitaciones específicas señala el párrafo 2 del artículo 5 de la Ley de extranjería que,

No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio en los términos previstos en la Constitución, y excepcionalmente de forma individualizada por el Ministro del Interior por razones de seguridad pública.

El primero de los supuestos hace referencia a la *declaración de excepción o sitio* que la Constitución prevé en los artículos 55 y 116, desarrollados por la LO 4/1981 de 1 de junio, relativa a los estados de alarma, excepción y sitio. El artículo 1º de la mencionada Ley Orgánica establece que tales estados sólo podrán declararse “cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes”. Dichas medidas así como su duración “serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará en forma proporcionada a las circunstancias”.

En relación a los extranjeros que se encuentren en España, el artículo 24 de la LO 4/1981 establece que vendrán obligados a realizar las comparecencias que se acuerden, a cumplir las normas que se dicten sobre renovación o control de permisos de residencia y cédulas de inscripción consular y a observar las demás formalidades que se establezcan. La contravención de las medidas que se adopten es causa de expulsión de España. No obstante, si dichos actos presentaren indicios de ser constitutivos de delito, se les someterá (al extranjero) a los procedimientos judiciales correspondientes. Los apátridas y refugiados respecto de los cuales no sea posible la expulsión se someterán al mismo régimen que los españoles. Las medidas de expulsión deberán ir acompañadas de una previa justificación sumaria de las razones que la motivan. Asimismo, los artículos 11 y 20 establecen otras medidas limitativas de la libre circulación que afectan, con carácter general, a todas las personas independientemente de su nacionalidad.

El segundo supuesto prevé con *carácter excepcional medidas a adoptar por el Ministerio del Interior por razones de seguridad pública*. Los requisitos o condiciones a los que esta facultad quedan sujetos han sido resumidos por la SAP de 30 de octubre de 2003¹⁵. A ellas debe ajustarse el poder público pues constituyen los límites constitucionales que no podrá sobrepasar.

1. La medida limitativa del derecho de circulación de los extranjeros, mediante su alejamiento, es excepcional, es decir, su aplicación no reúne los caracteres de normalidad y habitualidad.
2. Ha de ser adoptada de forma individual para una persona concreta y determinada.
3. De duración limitada en el tiempo, sujeta a dos condicionantes: el tiempo imprescindible y proporcional al mantenimiento de las circunstancias que han aconsejado su adopción.
4. Tiene una limitación espacial: fronteras o núcleos de población concretamente individualizados.

¹⁵ Vid., SAN de 30 de octubre de 2003 (RJCA 2003\1087).

5. Las garantías procedimentales para su adopción exigen: la tramitación de un procedimiento administrativo regido por los principios del procedimiento administrativo sancionador, con la necesaria audiencia del interesado y su derecho de defensa.
6. La Resolución administrativa que acuerde el alejamiento deberá ser motivada, con expresión de los datos fácticos y la fundamentación jurídica que fundamenta la decisión administrativa, con expresión de las razones de seguridad pública y proporcionalidad de la adopción de la medida de alejamiento atendidas las circunstancias concretas concurrentes.

Nota bibliográfica: (1) Un estudio amplio de la interpretación de los derechos de los extranjeros y el artículo 13.1 CE la lleva a cabo VIDAL FUEYO, C., *Constitución y Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. De la misma autora en relación a la STC 72/2005 y el artículo 19: “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 18, 2006. Sobre el artículo 19 CE en particular el estudio de BORRAJO INIESTA, I., “La libertad de circulación de los extranjeros en España” en *Ciudadanía y Extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado* (P. Biglino Campos, Dir.), Madrid, 1998. (2) Los comentarios a la jurisprudencia constitucional de los artículos 13.1 en relación con el art. 10.2 CE y el art. 19 CE se han seguido en: PULIDO QUECEDO, M., *La Constitución española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 3ª ed., Elcano (Navarra), 2001; y, RUBIO LLORENTE, F., *Derechos fundamentales y principios constitucionales. Doctrina jurisprudencial*, Ariel, Barcelona, 1995. (3) La incidencia de los textos internacionales sobre derechos humanos en la libertad de circulación puede seguirse en: BORRAJO INIESTA, I., “El status constitucional de los extranjeros”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Vol. IV, Civitas, Madrid, 1991; CRUZ VILLALÓN, P., “Dos cuestiones de titularidad de los derechos: los extranjeros y las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Num. 35, 1992. (4) En relación al juego del artículo 10.2 CE se ha seguido a: CRUZ VILLALÓN, P., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y Libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)” en: *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergablum, Sevilla, 1999; y SAIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. (5) Una visión constitucional y jurisprudencial sobre los derechos de los inmigrantes la realiza GOIG MARTÍNEZ, J.M., *Derechos y libertades de los inmigrantes en España: una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas Internacional, Madrid, 2004. (6) De carácter más concreto véanse las consideraciones sobre el artículo 19 CE que realiza POMED SÁNCHEZ, L., “Algunas consideraciones sobre la situación actual del derecho de inmigración en España” y RUBIO MARÍN, R., “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, ambos en: *Extranjería e Inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2004; y, respecto de los extranjeros en situación irregular y la libre circulación véase: R. UGARTE TORREALDAY, “Algunas reflexiones críticas a partir de la jurisprudencia sobre inmigración irregular”, en *Revista*

de Derecho Político, UNED, Núm. 74, enero-abril, 2009, pp. 291-329. (7) Los aspectos relacionados con el artículo 5 de la Ley de extranjería pueden seguirse en diversos comentarios de la Ley y Reglamento de Extranjería, entre otros: *Comentarios a la Ley de Extranjería* (C. ESPLUGUES MOTA, Coord), Tirant lo Blanch, 2006; *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, (M. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Coord), D.M Librero Editor, 2005; *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV, 3, CGPJ, 2004; *Inmigración y Extranjería: régimen jurídico básico* (A.P. ABARCA JUNCO, ET. AL), Colex, 2008; *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, (A. PALOMAR OLMEDA, Coord), Thomson-Aranzadi, 2006. (8) Las referencias jurisprudenciales han sido tomadas de la base de datos *Aranzadi WestlawES*.