

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN GARANTÍA DE DERECHOS EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA¹

Ana María Chocrón Giráldez
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Sevilla

I. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

A) Consideraciones generales en torno al artículo 13 CE: alcance de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los extranjeros

El artículo 13.1 de la Constitución (en adelante CE) establece que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Este reconocimiento -con matices-, fue posteriormente explicado por la propia jurisprudencia constitucional que reconoció que *“no supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal”* (STC 107/1984, de 23 de noviembre).

Esta misma sentencia, que vino a establecer el régimen jurídico constitucional en relación con los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España, distinguió tres categorías de derechos:

“Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pueden pertenecer o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.

Con posterioridad, la propia doctrina constitucional ha ido perfilando los criterios de atribución de un derecho concreto a una u otra categoría. Así, en un primer grupo, esto es, aquellos derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, se situarían los que *“pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al*

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Inmigrantes ilegales en la Unión Europea* SEJ 2007-0684.

artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español” (SSTC 99/1985; 130/1995; 91/2000). En ese orden el TC ha venido precisando qué derechos se encuentran en la situación descrita y en ese sentido se habla del derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, derecho a la intimidad, es decir, derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, si bien, no pueden constituir una lista cerrada y exhaustiva, como reconoce la STC 236/2007, de 7 de noviembre. Esta misma sentencia indica que en la regulación de tales derechos el legislador no podrá modular o atemperar su contenido ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos *“que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”*.

El legislador goza, en cambio, de mayor libertad al regular los derechos, de un segundo grupo, es decir, aquellos *“de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes”* (STC 107/1984) o dicho de otro modo, aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles.

Es el caso del derecho a entrar en España (art. 19 CE) que examina la STC 94/1993, de 22 de marzo, señalando al respecto que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, si bien no se trata de derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana y por tanto *“la libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia”*. En esa misma línea, el TC en su Auto 55/1996, de 6 de marzo, realiza una delimitación de los ámbitos de aplicación subjetiva del derecho del artículo 19 contraponiéndolo al derecho a la libertad concluyendo que:

“El artículo 17 CE, protege a todas las personas sin distinción de nacionalidad. Por el contrario, quienes no son españoles carecen del derecho constitucional a entrar en España (art. 19 CE), por lo que sólo pueden ejercerlo en la medida en que cumplan los requisitos establecidos por las leyes”.

En consecuencia, el derecho a entrar en España corresponde exclusivamente a los españoles por lo que su reconocimiento a los extranjeros queda pendiente de lo que los tratados y las leyes establezcan siendo, por consiguiente, admisible una diferencia de trato con los españoles (SSTC 242/1994; 72/2005).

Así pues, partiendo del artículo 13.1 CE, que delimita el alcance subjetivo de la extensión de ciertos derechos fundamentales para los cuales es relevante ser español o extranjero, la ya citada STC 236/2007, de 7 de noviembre, ha sintetizado los límites a la libertad que dicho precepto constitucional concede al legislador para regular los derechos de los extranjeros en España y en ese sentido deberá tener en cuenta²:

² Teniendo en cuenta la diversidad de estatus jurídico que existe entre los que no gozan de la condición de españoles, no puede concluirse, sin embargo, que el legislador no está facultado ex artículo 13.1 CE para configurar las condiciones de ejercicio de determinados derechos por parte de los extranjeros. Es el caso de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en relación con los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que añade un nuevo apartado al artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2000 del siguiente tenor: “Los nacionales de los

- La dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex artículo 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el artículo 10.2 CE.
- El contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución
- El contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales
- Por último, la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

B) Consideración particular en torno al derecho fundamental a la libertad personal del extranjero (art. 17 CE)

Establece el artículo 17 CE:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de “hábeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

Aunque el derecho a la libertad no se menciona explícitamente en las categorías de derechos que estableciera la STC 107/1984, poco después, la doctrina sentada por la STC 115/1987, de 1 de julio (reiterada en posteriores resoluciones, entre otras por la STC 144/1990 y más recientes las SSTC 24/2000 y 236/2007), lleva directamente a considerarlo como un derecho inherente a la persona humana y que por tanto debe corresponder por igual a españoles y extranjeros.

Desde esta perspectiva, en el marco de los procedimientos administrativos de expulsión, se reconoce al ciudadano extranjero:

a. La asistencia letrada preceptiva por imperativo del artículo 17.3 CE. En ese orden, la actual legislación de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en adelante LODLEE, modificada posteriormente por la LO 8/2000, de 22 de diciembre), garantiza en su artículo 22.1 el derecho a la asistencia jurídica gratuita a “los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita”, en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo³.

b. Por exigencias del artículo 17.4 CE, se garantiza a través del procedimiento de *habeas corpus*, el control de legalidad de una situación de privación de libertad del ciudadano extranjero detenido en trámites de expulsión.

c. Finalmente, la detención gubernativa tendrá en cuenta la limitación temporal del artículo 17.2 CE y, en todo caso, no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

II. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN GARANTÍA DE DERECHOS

A) Introducción

³ La STC 236/2007, ha declarado inconstitucional y nula la inclusión del término “residentes” contenido en el apartado segundo del artículo 22 LODLEE: “Los extranjeros *residentes* que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan”. El TC llega a esa conclusión basándose en la jurisprudencia sentada por la STC 95/2003, de 22 de mayo, al analizar la demanda interpuesta por el Defensor del Pueblo contra el inciso “que residan legalmente en España” del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, por estimar que excluía de tal derecho a los extranjeros que se encontrasen en España sin autorización de estancia o residencia, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva dada la relación existente entre el derecho a litigar gratuitamente a quienes carecen de recursos económicos (art. 119 CE) y aquel derecho fundamental. En aplicación de esta doctrina, la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de legitimación, resulta igualmente inconstitucional, en palabras del TC.

La entrada en vigor de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, supuso en su día un importante respaldo al ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España. En el ámbito concreto del derecho fundamental a la libertad personal esta norma significó un cambio respecto a la situación preconstitucional de la plena disponibilidad gubernativa sobre la detención de los extranjeros, y en esa línea, el propósito del legislador iba encaminado a respetar el mandato constitucional del artículo 17 CE estableciendo los casos que posibilitan la expulsión de un extranjero⁴, así como la intervención judicial para prorrogar situaciones de privación de libertad del extranjero pendiente del trámite de expulsión, con lo que *la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma* (STC 115/1987).

Esta actuación judicial se enmarcaría en el desempeño de funciones no juzgadoras atribuidas a órganos jurisdiccionales y que se halla sujeta a las condiciones que impone el artículo 117.4 CE, es decir: 1) que se haga por medio de ley y 2) que se trate de garantizar cualquier derecho.

Dice el artículo 117.4 CE: “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho”.

Se trata de un precepto redactado en sentido negativo para insistir en la nota de la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la que resultan titulares juzgados y tribunales (art. 117.3 CE), lo que no ha impedido, sin embargo, la atribución de otras funciones que no sean las limitadas estrictamente al desempeño de la potestad jurisdiccional. Precisamente es este punto el que ha suscitado el mayor interés de la doctrina procesalista y concretamente la interpretación de la expresión “cualquier derecho” empleada por el constituyente. Al respecto se advierte de los riesgos que entraña otorgarle un sentido amplio pues de hacerlo así “puede atribuírseles cualquier función relacionada con cualquier derecho”⁵. Se propone entonces poner dicha expresión en relación con la garantía debida a los derechos fundamentales, por

⁴ Conforme al art. 26.1 LO 7/1985, “los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes:

- a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles.
- b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido.
- c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.
- d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.
- e) Incurrir en demora u ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14.
- f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad, o desarrollar actividades ilegales”.

⁵ MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Valencia, 2005, pág. 84.

lo que “respecto de tales derechos es cuando la restricción o injerencia de los poderes públicos en su ámbito reclama la intervención judicial”⁶.

En cualquier caso, el significado de esta norma exige su puesta en relación con la función jurisdiccional; de hecho SERRANO ALBARCA⁷ sostiene que el artículo 117.4 CE puede tener varias interpretaciones y admite que puede aludir a la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 53.2 CE e incluso al específico procedimiento de *habeas corpus* del artículo 17.4 CE, si bien, señala que ambos son manifestación de la función de juzgar recogida en el apartado precedente, por lo que añade a continuación que también puede referirse a las funciones atribuidas al Juez para garantizar las limitaciones de derechos.

B) Privaciones de libertad en el marco de la potestad sancionadora de la Administración en materia de extranjería

El Título III “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador” de la LODLEE parte del reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración estableciendo en los artículos 52, 53 y 54 una serie de supuestos calificados como infracciones leves, graves y muy graves, para las que el artículo 55 viene seguidamente a establecer las correspondientes sanciones. Este catálogo se completa además con la sanción de *expulsión*, así como con la *devolución* y el *retorno* como medidas destinadas a un objetivo concreto cual es la salida forzosa del extranjero del territorio nacional.

1. *Expulsión*: a esta figura se refiere el inciso primero del artículo 57 LODLEE al disponer que “cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo. Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

2. *Devolución* regulada en el artículo 58.2 LODLEE dispone que “no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
- b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país”.

⁶ MORENO CATENA, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 2008, pág. 72. Se apunta también que el precepto comentado tiende a evitar extralimitaciones judiciales y la participación de jueces en cometidos no jurisdiccionales. En ese sentido, DÍEZ PICAZO, *La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*, Madrid, 1994, pág. 10.

⁷ SERRANO ALBARCA y ARNALDO ALCUBILLA, *Comentarios a la Constitución*, dir. GARRIDO FALLA, Madrid, 2001, pág. 1892.

3. Finalmente el *retorno* regulado en el artículo 60.1 LODLEE esta pensado para “los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno”.

En ese orden, la iniciación del procedimiento sancionador está encomendada a los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, los Subdelegados del Gobierno, el Comisario General de Extranjería y Documentación, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos, tal y como señala el artículo 115.2 Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo sucesivo RELODLEE)⁸.

Así las cosas, la vigente LODLEE prevé que en el curso de un procedimiento sancionador de expulsión, la autoridad gubernativa puede autorizar situaciones de privación de libertad de los extranjeros tales como la detención o el ingreso en centros de internamiento a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer en el expediente. En ese sentido, la intervención judicial constituye una importante salvaguarda de los derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros actuando como mecanismo de control de la legalidad de dicha situación⁹.

C) Medidas cautelares

La adopción de una medida cautelar que supone la afectación del derecho fundamental a la libertad personal en la instrucción de un expediente de expulsión, tiene un carácter extraordinario y excepcional lo que implica que su adopción requiere la concurrencia de determinados presupuestos establecidos expresamente por la ley. En efecto, el art. 17.1 CE, tras consagrar el derecho a la libertad y a la seguridad, establece el principio de que “nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma establecidos por la ley”.

Conforme a la doctrina del TC sobre las limitaciones del derecho a la libertad personal, las medidas cautelares consistentes en privación de libertad sólo se justifican si concurren los siguientes presupuestos:

1. *Fumus boni iuris*. Supone la existencia de indicios razonables y serios de que el hecho objeto de investigación ha podido ser cometido por la persona afectada por la medida cautelar, es decir, que haya motivos bastantes para

⁸ Asimismo, en el acuerdo de incoación del procedimiento se nombrarán instructor y secretario, que deberán ser funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, sin perjuicio de que tales nombramientos puedan recaer en otros funcionarios de las Oficinas de Extranjeros cuando se trate de procedimientos sancionadores que se tramiten por las infracciones leves e infracciones graves de los párrafos e y h del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (art. 116 del RELODLEE).

⁹ La Directiva europea 2005/0167 aprobada el 18 de junio de 2008 sobre Retorno de inmigrantes en situación administrativa irregular requerirá un debate profundo y sin duda complejo XXXXX

atribuir razonablemente la responsabilidad del hecho al sujeto afectado por la medida.

2. *Periculum in mora*. Se refiere al peligro de ineffectividad de la resolución que ponga fin a un proceso y se traduce en la existencia de razones para pensar que el sujeto infractor va a tratar de sustraerse del expediente sancionador o va a boicotear la buena marcha del mismo.

Es importante señalar que es necesario la concurrencia de ambos presupuestos, tanto la imputación razonable como el peligro de ineffectividad, es decir, no basta con la existencia de indicios racionales bastantes para imputar la responsabilidad de los hechos al sujeto pasivo de la medida, sino que además es necesaria la existencia de indicios también racionales de que el infractor vaya a sustraerse al posible sanción. Asimismo, se trata de medidas adoptadas en el curso de un procedimiento sancionador por lo que no se entienden sin éste; o en otros términos, carecen de autonomía propia por lo que se decretan en función de un proceso en el que tienden garantizar la resolución que ponga fin al mismo. Se habla así del carácter instrumental de la medida cautelar en relación con el proceso principal en la que se acuerdan. Esta nota característica se recoge expresamente tanto en la LODLEE como en el RELODLEE.

Pues bien, desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las medidas cautelares previstas en el artículo 61.1 LODLEE¹⁰:

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar.
- c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.
- d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas, previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas.
- e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.

Por su parte, el artículo 120 RELODLEE que regula la ejecución de las resoluciones sancionadoras dispone en el apartado segundo que “en la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva. Las mencionadas disposiciones podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado de conformidad con el artículo 61 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”.

¹⁰ En el mismo sentido se pronuncia el artículo 140.1 RELODLEE, aunque obsérvese que el precepto dice medidas provisionales: “De conformidad con lo previsto en los artículos 55 y 61 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el instructor podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”.

Por último, se prevé que la incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país (art. 62.4 LODLEE).

Del abanico de medidas citadas conviene efectuar un par de consideraciones que desarrollaremos en las líneas que siguen:

1º En materia de detenciones efectuadas por la autoridad gubernativa la intervención judicial es factible por vía del *hábeas corpus*. El plazo de 72 horas coincide con el previsto en el artículo 17.2 CE.

2º El régimen de control judicial establecido para el internamiento requiere su adopción por auto motivado del juez de instrucción competente y con audiencia del interesado

III. DETENCIÓN CAUTELAR DEL EXTRANJERO. ACCESO AL HABEAS CORPUS

Las situaciones de privación de libertad de extranjeros sometidos a un procedimiento de expulsión se prevén en los artículos 62.1 y 64.1:

“Incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso 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 juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes”. Art. 62.1

Art. 64.1

“Una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas, excepto en los casos en que se aplique el procedimiento preferente. En caso de incumplimiento se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores, que no podrá exceder de cuarenta días”.

IV. CONTROL JUDICIAL DE LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO

Artículo 131 RELODLEE 5. En tanto se realiza la tramitación del expediente, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero expedientado en un centro de internamiento de extranjeros. La solicitud de internamiento deberá ser motivada. El período de

internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, y no podrá exceder en ningún caso de 40 días. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá establecer un período máximo de duración del internamiento inferior al citado. No podrá acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en el mismo expediente. 6. Cuando el instructor solicite el internamiento y la autoridad judicial lo deniegue, el instructor, con el fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas cautelares:

- a. Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida.
- b. Presentación periódica ante el instructor del expediente o ante otra autoridad que éste determine en los días que, en atención a las circunstancias personales, familiares o sociales del expedientado, se considere aconsejable.
- c. Residencia obligatoria en lugar determinado