



Roj: **SAN 1276/2016 - ECLI:ES:AN:2016:1276**

Id Cendoj: **28079230022016100123**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **11/03/2016**

Nº de Recurso: **503/2015**

Nº de Resolución: **141/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEGUNDA**

**Núm. de Recurso: 0000503 / 2015**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 04780/2015**

**Demandante:** DON Alexander

**Procurador:** DON SILVINO GONZALEZ MORENO

**Demandado:** MINISTERIO DE INTERIOR

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA**

### **SENTENCIA N.º:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. ÁNGEL NOVOA FERNÁNDEZ

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D.ª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA

Madrid, a once de marzo de dos mil dieciséis.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 503/2015 seguido a instancia de D. Alexander que comparece representada por el Procurador D. Silvino González Moreno y dirigido por Letrado, contra la no resolución de la solicitud de reexamen de protección internacional por el procedimiento ordinario con permanencia provisional en el territorio español, siendo la Administración representada y defendida el Sr. Abogado del Estado. La cuantía es indeterminada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de agosto de 2015 tuvo entrada escrito por el que se impugnaba el mantenimiento en las dependencias del Aeropuerto de Barajas tras haber expirado el plazo de notificación del reexamen.



**SEGUNDO.-** Reclamado el expediente se formalizó demanda el 22 de septiembre de 2015 en la que se solicita que se declara no ser ajustada a Derecho la actuación de la Administración y se reconozca al demandante el Derecho a que se tramite su solicitud de protección internacional por el procedimiento ordinario, con permanencia provisional del interesado durante la tramitación del mismo y anulación, en su caso, de la resolución de reexamen que se hubiese dictado o pudiera dictarse. La Abogacía del Estado, en escrito de 18 de diciembre de 2015 se opuso a la demanda.

**TERCERO.-** Señalándose para votación y fallo el 3 de marzo de 2016.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D, MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Para resolver el litigio conviene tener en cuenta los siguientes datos:

1.- Como consta en la Resolución de 3 de agosto de 2015 la solicitante, nacional de la República Dominicana, solicitó a las 11 horas del 31 de julio de 2015, en frontera: Aeropuerto de Madrid-Barajas. La cual fue denegada y notificada, según reconoce la Administración a las 18 horas del 3 de agosto de 2015.

2.- El 4 de agosto de 2015 a las 10:05 horas se presentó solicitud de reexamen. La solicitud se presentó en el Registro Central de la AEAT.

3.- El 6 de agosto de 2015, a las 10.15 horas, se presentó solicitud de adopción de medida cautelarísima. Que fue concedida por la Sala en Auto de 6 de agosto de 2015, sin que a la fecha del mismo constase que se hubiese dictado Resolución resolviendo la petición de reexamen. Luego ratificada en Auto de 14 de agosto de 2015.

4.- Al día de la fecha no consta que se haya dictado Resolución resolviendo la petición de reexamen.

**SEGUNDO.-** Establece el art. 21.5 de la Ley **12/2009**, de 30 de octubre, de derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que " *el transcurso del plazo fijado para acordar la inadmisión a trámite, o la denegación de la solicitud en frontera, la petición de reexamen, o del previsto para resolver el recurso de reposición sin que se haya notificado la resolución de forma expresa, determinará su tramitación por el procedimiento ordinario, así como la autorización de entrada y permanencia provisional de la persona solicitante, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del expediente* .

Por lo tanto, con base a una interpretación literal de la norma, cuando haya transcurrido el plazo para resolver la petición de reexamen sin que se haya notificado resolución expresa, la Administración debe tramitar la solicitud " *por el procedimiento ordinario*", así como autorizar " *la entrada y permanencia provisional de la persona del solicitante, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva*", lógicamente dictada tras la tramitación del procedimiento ordinario.

Por lo demás, el art. 21.4 de la Ley **12/2009**, en relación con el reexamen dispone que " *contra la resolución de inadmisión a trámite o de denegación de la solicitud se podrá, en el plazo de dos días contados desde su notificación, presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquélla. La resolución de dicha petición, que corresponderá al Ministro del Interior, deberá notificarse a la persona interesada en el plazo de dos días desde el momento en que aquélla hubiese sido presentada* ". Es decir, que la Administración dispone de " *dos días* " contados " *desde el momento* " en que la petición de reexamen se hubiese formulado para su resolución y transcurrido que sea dicho plazo debe tramitar la solicitud por el procedimiento ordinario y autorizar la entrada y permanencia hasta que se resuelva la petición de asilo.

No procede, por lo tanto, que analicemos si el recurrente reúne o no los requisitos para que le sea concedido el asilo. Lo que debemos analizar es si se superó o no el plazo de dos días al que se refiere la norma, pues de haber superado, la Administración no tiene otra opción - " *determinará* " - que tramitar la solicitud por el procedimiento ordinario y autorizar la entrada y permanencia provisional.

El problema central del litigio es como deba interpretarse la acepción "dos días". Para la Abogacía del Estado la norma no contiene ninguna especialidad y, por lo tanto, debe estarse a lo establecido en el art 48.1 de la Ley 30/1992 . Para la Sala si existe una regla especial como se infiere de la expresión " *desde el momento* ", lo que implica que el plazo debe computarse desde que se presenta el escrito de reexamen, lo que se traduce por tanto, en que el cómputo es de 48 horas desde la solicitud de reexamen, sin exclusión del cómputo de los domingos y festivos.

La interpretación propuesta por la Sala debe mantenerse por las siguientes razones:



1.- En primer lugar por resultar acorde con la doctrina constitucional contenida en la **STC 53/2002** . En dicha sentencia, el Alto Tribunal indica que de conformidad con el art. 17.2 de la Constitución " *toda privación de libertad, aun no siendo detención, ha de ser limitada en el tiempo*" . Indicando el Tribunal que la legislación de asilo cumple con dicha garantía al establecer el " *carácter máximo de esos plazos y sobre la consecuencia (supuesto que no se dicte denegación expresa) que sigue a su cumplimiento: el derecho a entrar provisionalmente en España, más allá de las dependencias adecuadas del puesto fronterizo* ". Al ser dichos plazos "proporcionados", la Administración goza del aval constitucional para realizar la "detención en frontera", pero nunca para mantener la situación más allá del plazo máximo. Es más, en esta sentencia el Tribunal Constitucional considera que puede existir una lesión al derecho garantizado en el art. 17 de la Constitución en la hipótesis de " *retención en el puesto fronterizo del extranjero cuya petición de asilo ya hubiera sido admitida a trámite por silencio administrativo positivo* " .

No parece acorde con la interpretación constitucional que la situación de limitación de la libertad pueda ser mayor a los dos días establecidos por la norma según medie o no un festivo. La intención del legislador es clara, en ningún caso deben superarse los dos días o 48 horas.

2.- El plazo debe computarse desde la presentación, lo que de facto se traduce en que el mismo deba ser de dos días contados desde la misma, es decir, de 48 horas. En esta línea, el Tribunal Supremo, ciertamente aplicando la legislación anterior establece, entre otras, en sus **STS de 30 de junio de 2006 (Rec. 5386/2003 ) y 5 de diciembre de 2007 (Rec. 4050/2004 )** " *que el cómputo de los dos días referidos en el artículo 5-7 de la Ley 5/85 no ha de regirse necesariamente por lo dispuesto en el artículo 48.4 de la Ley 30/29 , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (con la consecuencia, entonces, de que el cómputo habría de comenzar al día siguiente de la notificación - artículo 48.4- y de que en él habrían de excluirse los días inhábiles , - artículo 48.1-), y ello por las siguientes razones: 1ª.- La propia regulación de la Ley 30/92 admite que por Ley puedan establecerse otros cómputos. Y ello es lo que ocurre en la Ley 5/84, cuyo artículo 5.7 computa el plazo de dos días para la resolución sobre el reexamen no desde un día determinado, sino desde un momento específico, a saber, desde "la presentación" de la petición de reexamen. Se trata de una norma con rango de Ley que contiene una regulación especial y distinta en beneficio de la urgencia que el caso requiere, como veremos. 2º.- La Ley 5/84, de 26 de marzo, regula en su artículo 5 un procedimiento para decidir sobre la inadmisión a trámite y sobre la solicitud de reexamen que se rige por los principios de rapidez y urgencia; buena prueba de ello es que el plazo para solicitar el reexamen se fija por horas (veinticuatro horas desde la notificación de la inadmisión), lo que no es frecuente en el Derecho Administrativo (v.g., en la propia Ley 30/92 sólo se hace referencia a plazos por horas en los artículos 24-1-a ) y 27-3 , con referencia a ciertos extremos del funcionamiento de los órganos colegiados, y, fuera de ella, apenas si hay ejemplos distintos a la regulación del derecho de reunión por Ley 9/1983, de 15 de julio [ RCL 1983, 1534 ] ). Así que el establecimiento de plazos por horas es rigurosamente excepcional en el Derecho Administrativo. 3ª.- Un procedimiento en que la persona tiene limitada su libertad de movimientos (v.g. artículo 5.7, párrafo tercero de la Ley 5/84 , a cuyo tenor el interesado ha de "permanecer en el puesto fronterizo" y en las "dependencias adecuadas" mientras se resuelve la petición de asilo y la solicitud de reexamen), no se compadece en absoluto con un sistema de cómputo que, por excluir los días inhábiles, puede retrasar la resolución de forma sustancial, al ser posible que se sucedan en el tiempo varios días festivos seguidos mezclados con días hábiles, no siendo infrecuente, como la experiencia señala, que, según ese cómputo, un plazo de dos días pueda convertirse en uno de cuatro. Esta posibilidad es contraria a los principios de celeridad y urgencia que rigen el procedimiento de inadmisión a trámite y reexamen en las solicitudes de asilo.....En consecuencia, el plazo de dos días debe computarse de hora a hora, o de momento a momento, y sin exclusión de días inhábiles; y si ese plazo se supera, según lo dicho más arriba, la solicitud de admisión a trámite debe entenderse concedida por ministerio de la Ley, según el artículo 5.7, último párrafo, de la Ley 5/84 "* .

Doctrina que entendemos que continúa siendo de aplicación, pues su *ratio* es la misma, debe realizarse una interpretación que no contraviniendo el tenor literal de la norma -recordemos que la ley habla de dos días contados desde la presentación de la petición de reexamen- tenga en cuenta que está en juego la libertad del solicitante. Al ser dicha interpretación la única viable desde el respeto al texto constitucional.

**TERCERO.-** Partiendo de las anteriores premisas pueden ahora contestarse las argumentaciones de la Abogacía del Estado:

1.- No hay pérdida sobrevenida de objeto. La denominada carencia sobrevenida de objeto se regula en el art 22 de la LEC y resulta de aplicación al orden contencioso-administrativo - **ATS de 30 de abril de 2015 (Rec. 2252/2013 ) y 11 de mayo de 2015 (Rec. 2260/2013 )** . Conforme a dicha norma cuando " *por circunstancias sobrevenidas a la demanda....dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial efectiva pretendida, porque se haya satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones....o por cualquier otra causa,...se decretará...la terminación del proceso*" .



Pues bien, en el presente caso no puede decirse que exista pérdida sobrevenida de objeto, pues si bien es cierto que mediante la medida cautelarísima dictada por la Sala ha cesado la situación de restricción de libertad del solicitante, no lo es menos que al día de la fecha la Administración no nos consta que haya cumplido con la obligación de tramitar la solicitud por el procedimiento ordinario. Sigue existiendo, por lo expuesto, un interés legítimo del recurrente en la obtención de una sentencia que analice el objeto del litigio y conceda la adecuada tutela.

2.- Que la Administración tiene una obligación de hacer que consiste, como hemos indicado, en tramitar la solicitud por el procedimiento ordinario, sin que pueda permanecer inactiva.

Es cierto que conforme al art 42.3.b) de la Ley 30/1993 , el plazo para dictar resolución se contará " desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para la tramitación". Pero este argumento, que podría resultar válido para justificar el retraso en la Resolución examinando el reexamen más allá de los dos días, no justifica que al día de la fecha la Administración siga sin dictar y no acredite haber dictado la Resolución resolviendo la petición de reexamen. Por lo tanto, la Administración permanece inactiva pese a que la norma, imperativamente, le indica lo que debe hacer.

Todas estas razones, unidas a las que hemos indicado en los distintos Autos que se han dictado en la pieza de medidas, nos llevan a la estimación del recurso.

**CUARTO.-** Procede imponer las costas a la Administración en aplicación del art 139 LJCA .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Rechazar la inadmisión por carencia sobrevenida de objeto.

**Estimar** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Silvino González Moreno, en nombre y representación de D. Alexander y, en consecuencia, declarar no conforme a Derecho la actuación impugnada y reconocer el derecho del recurrente a que su petición sea tramitada por el procedimiento ordinario, así como a que sea autorizado a la entrada y permanencia provisional, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva que se adopte en vía administrativa. Con imposición de costas a la Administración.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra la misma cabe recurso de casación para ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## VOTO PARTICULAR

QUE SUSCRIBE EL PRESIDENTE DE LA SECCIÓN SEGUNDA DON JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ A LA SENTENCIA DE ESTA SALA, DE 11 DE MARZO DE 2016, DICTADA EN EL RECURSO 503/2015.

Con todo respeto a mis compañeros disiento de la argumentación contenida en el Fundamento de Derecho Segundo apartado nº 1 de la sentencia de esta Sala, que se remite a la STC 53/2002, de 27 de febrero de 2012 , que desestimó el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra el apartado 8 del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en la redacción que le da el párrafo tercero del apartado 7 del artículo 5 . remisión que incluye la cita de algunos párrafos de la citada STC de las que parece derivarse que la situación de los extranjeros solicitantes de asilo pudiera equipararse, mientras están a la espera de la resolución de su solicitud, en una situación de "detenidos" o que les pudiera afectar una lesión del derecho garantizado en el artículo 17 de la CE como se dice en nuestra sentencia. Y en mi opinión ello no es así como indicaba en mi voto particular el auto de esta Sala de fecha 3 de septiembre de 2015, PO 394/2015 , en el que manifestaba en su punto 1:

"1) Tiene razón el Abogado del Estado, y esta alegación no es recogida en el auto del que emito este voto particular, que "los extranjeros no tienen un derecho absoluto de entrada en territorio nacional".

El TC en su sentencia 72/2005 de 4 de abril, recurso de amparo nº 5291/2001 , FJ6, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio, señala al respecto, en una cuestión de extranjería, "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", "Este derecho lo tienen, con el carácter de derecho fundamental, que garantiza el art. 19 CE . tan solo los españoles," FJ 8, aunque "el legislador puede otorgarlo a los extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en la Ley". Y todo ello acentuado con el acuerdo Schengen, del que deriva además, responsabilidad internacional de España con terceros países.

Con ese espíritu y como recalca el referido escrito de alegaciones, ha de comenzarse el análisis del tema hoy planteado."

Es más en el mismo sentido se ha pronunciado el voto particular formulado a dicha STC por los Magistrados Don Tomás S.Vives Antón, Don Guillermo Jiménez Sánchez y Don Javier Delgado Barrio, que al igual que el que suscribe este voto, no disienten de la decisión adoptada por el TC, limitándose a discrepar de la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 2994/1994 .

" 1.- Sentido del voto que se formula.

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Magistrados del Tribunal Constitucional por el apartado 2 del art. 90 de la LOTC , reflejamos en este voto particular algunas reflexiones defendidas en la deliberación del Pleno respecto de la fundamentación jurídica sobre la que se basa el Fallo de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucional 2994/1994 .

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

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

Lo primero que sorprende en la fundamentación adoptada por la mayoría y de la que aquí disintimos es que se afirma que el art. 5.7.3 LRDA, objeto específico de la tacha de inconstitucionalidad que se aduce por el defensor del pueblo, comporta una restricción de libertad sin llevar a cabo una interpretación cumplida del precepto. Parece darse por sentado que al supuesto de hecho de la norma cuestionada le es de aplicación la doctrina sentada por el TEDH en el caso de Amuur c. Francia. Sin embargo para extraer tal conclusión es preciso un análisis detenido tanto de la doctrina sentada por el TEDH en la referida resolución como del sentido y alcance del precepto impugnado. Y la Sentencia de que disintimos no hace ni una cosa ni otra. Comenzando por el análisis de la doctrina del Tribunal Europeo hemos de partir de nuestras Sentencias 174/1999, de 27 de septiembre , y 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000,179). En ambos casos se trataba de extranjeros detenidos para la expulsión y en ambos dijimos que la situación en que se hallaban <<debe de ser considerada como una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país>> enerve tal conclusión, pues lo cierto es que se halla custodiado por la policía y constreñido a un único espacio limitado y cerrado, lo que conlleva una limitación de su libertad ambulatoria (SSTC 174/199, F.4 y 179/2000 , F.2)

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

Las diferencias del supuesto de hecho que contempla la decisión del Tribunal Europeo con los presupuesto de la legislación española que aquí se examina son notables. Comienza por que la norma impugnada no prevé y ,por tanto, no autoriza una actuación del Estado que ordene y controle la permanencia del solicitante de asilo en el puesto fronterizo; sino que, al disponer que permanecerá en el puesto fronterizo; según especifica



el art. 20.1.b) del Reglamento RCL 1995,741, <<exclusivamente al efecto de que se le notifique la resolución recaída sobre su solicitud, hasta un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la misma>>, se limita a realizar una indicación a efectos de facilitar la tramitación del expediente que no resulta obligatoria para el peticionario de asilo. Y continúan por que, según establece el art 19.2 del Reglamento, <<el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía responsable o, en su caso, de la Oficina de Asilo y Refugio, ante quien se formulará una petición de asilo, informará al interesado de sus derecho en los términos establecidos en el artículo 5 del presente Reglamento, y facilitará al interesado un formulario para solicitar asilo con arreglo a los términos del artículo 8.4>>. De modo que, de una parte, la norma impugnada no autoriza ninguna clase de actuación de los Poderes Públicos españoles en orden a la restrucción de la libertad del peticionario de asilo. Y, de otra, tomando en consideración la situación de constreñimiento en que puede hallarse el peticionario de asilo, si contiene una serie de medidas dirigidas a que su dignidad y derechos no queden menoscabados. Eso es lo que puede afirmarse en el plano normativo, único que nos corresponde tomar en consideración en el marco de un recurso de inconstitucionalidad, interpretando el precepto impugnado, al que se contrae el objeto de este proceso, según la Constitución y el contexto reglamentario que lo desarrolla y sin perjuicio de lo que de hecho ocurra en los casos a los que es de aplicación.

Así entendida, la regulación establecida en la redacción dada al párrafo tercero de apartado séptimo del artículo quinto de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, por el apartado octavo del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, no supone una imposición coactiva de los Poderes Públicos de España de una restricción de libertad a los solicitantes de asilo. La doctrina sentada por el TEDH en el caso Amuur c. Francia contempla un supuesto que, en aspectos esenciales, difiere del presupuesto de la norma aquí cuestionada y no puede, por consiguiente, recibir el mismo tratamiento. El precepto impugnado no comporta ninguna actuación por parte de los poderes públicos españoles que, por acción u omisión, suponga una privación restricción de libertad: al solicitante de asilo únicamente se le impide la entrada en territorio español hasta tanto sea admitida a trámite su solicitud o se den las condiciones exigidas por la Ley que permitirle tal entrada, lo que como limitación a la libertad de circular que es, no afecta a la libertad individual reconocida en los art. 167 CE y 5 del Convenio de Roma (Caso Amuur c. Francia, Núms. 42).

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

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

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

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

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

**PUBLICACIÓN:** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA el voto particular formulado por el Ilmo. Sr. Presidente D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ, estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.