

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS IRREGULARES

por Fernando Flores
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Introducción: los derechos de los extranjeros irregulares y su efectividad. 2. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. 3. Las garantías y los extranjeros. 3.1. Las garantías normativas o la protección frente al legislador. 3.2. Extranjeros y tribunales: las garantías jurisdiccionales. 4. Las perspectivas tras la reforma de la LOE. 5. Conclusión.

1. Introducción: los derechos de los extranjeros irregulares y su efectividad

Empezaré diciendo que desde el punto de vista jurídico, los que llamamos inmigrantes, extranjeros o ciudadanos extracomunitarios, en ocasiones apátridas, se encuentran, a grosso modo, en tres posibles situaciones: de forma regular, de forma irregular, o en un régimen que podríamos llamar intermedio -los "supuestos grises"(1) -, de tránsito de un estado a otro. Quizá sea pertinente observar desde el principio que esta última situación es en muchos casos, y aunque suene a paradoja, un estado permanente.

Es en esas situaciones de irregularidad o transitoriedad, de espera administrativa, cuando los derechos fundamentales adquieren toda su importancia(2). No cabe duda de que la solicitud de permisos de residencia, de trabajo, de reagrupación familiar, de exención de visado, requieren de una protección jurídica que actúe de forma inmediata y eficaz; pero es en los casos de entrada en el país, de "retención" policial para comprobar la documentación, de visita a los juzgados de guardia, de internamiento en centros especiales... -hay un largo etc.-, donde las garantías de los derechos fundamentales que les son reconocidos también a los inmigrantes en situación irregular deben desplegar toda su virtualidad, e impedir así que se vean ignorados los que han sido definidos por el Tribunal Constitucional como "derechos inherentes a la dignidad humana".

La STC 107/84, de 23 de noviembre, la que resuelve el Caso Leyes Rosano, nos dice que los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares son "aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, y si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español".

Podríamos decir, pues, que los derechos fundamentales de los extranjeros sin papeles son una categoría de derechos cuyo ejercicio permite ser persona (aunque no ciudadano, que es una persona completa), una suerte de derechos naturales susceptibles de ser limitados pero no con base en la nacionalidad del sujeto.

A estas alturas podemos afirmar que no sabemos a ciencia cierta cuáles son estos derechos, o mejor dicho, que sabemos que son todos los que están (todos los que han sido reconocidos como tales por la legislación), pero no si están todos los que son.

Y es que ni la Constitución en el precepto relativo a los derechos de los extranjeros (el artículo 13), ni las leyes de desarrollo hasta época muy reciente, ni la jurisprudencia

constitucional en veinte años de labor, los han enumerado taxativamente. Lo que sí ha hecho la jurisprudencia desde un principio es poner ejemplos de esos derechos –como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, en la resolución mencionada-, o tomar partido por uno de ellos en la solución de algún recurso; por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva, en la STC 99/85.

Ha sido precisamente la regulación por la nueva Ley de Extranjería de todos los derechos fundamentales la que ha encendido la discusión sobre algunos derechos que no están entre los de los extranjeros irregulares, pero que quizá debieran participar de aquella naturaleza insensible a la nacionalidad de los sujetos. Los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga son un buen ejemplo: la Ley Orgánica 4/2000, antes de ser reformada por la Ley Orgánica 8/2000 (en adelante LOE), los reconocía en las mismas condiciones para españoles y extranjeros, sin tener en cuenta la situación de legalidad o no de éstos. Con la reforma se introduce de nuevo el requisito de autorización de estancia o residencia en España para poder ejercerlos (arts.7, 8 y 11 LOE). En la actualidad la constitucionalidad de estos preceptos está recurrida ante el Tribunal Constitucional precisamente por su presunta vulneración del contenido esencial de los derechos que regulan, pues, en opinión de los recurrentes, éstos formarían parte de ese grupo de derechos que “corresponden por igual a españoles y extranjeros” (STC 107/84).

Llegado a este punto, y a la vista de la falta de certeza o acuerdo sobre cuáles son o deben ser los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares, uno puede llegar a preguntarse –y es mi caso- si al menos existe un ámbito jurídico en el que no haya lugar a dudas sobre la indiferencia entre ser español o extranjero (aunque éste sea irregular). Por otra parte, uno se cuestiona también la pertinencia de enfocar principalmente la respuesta a la pregunta ¿qué derechos tienen o deben tener los extranjeros?, cuando la realidad misma nos indica que en muchos casos mejor se trataría de responder a la pregunta ¿por qué son poco eficaces los que les son reconocidos?

Este doble cuestionamiento -el de la efectividad de los derechos reconocidos al ciudadano extranjero y el de la posibilidad de un ámbito jurídico común con el ciudadano español- nos conduce necesariamente al territorio de las garantías de los derechos fundamentales. Y es ahí donde mi intervención va a enfocar su interés mayor.

2. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales

Desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales la evolución del constitucionalismo ha significado la puesta en funcionamiento desde los propios textos constitucionales de mecanismos de garantía específicos que aseguran la efectividad de estos derechos.

En primer lugar, y dada la experiencia, frente a la actuación de los poderes públicos; después, a través de alguna elaborada peripecia interpretativa, frente a la agresión de los particulares.

Pero no sólo eso, las Constituciones actuales, además de prever garantías genéricas limitativas del legislador o acciones para que los individuos hagan valer sus derechos subjetivos ante otros particulares o ante la Administración, han comprometido a los poderes públicos para que actúen de manera promocional, para que establezcan las

condiciones de su realización o remuevan los obstáculos que impiden que los derechos y los principios en que se fundamentan sean efectivos(3).

A esta corriente garantista se sumó la Constitución española de 1978, que demuestra su preocupación por los derechos en los valores superiores propugnados en el precepto con que se presenta (art.1.1), en la consideración de "la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes" como "fundamento del orden político y de la paz social" (art.10.1), en el valor informador que en la aplicación de las normas se otorga a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art.10.2), en la obligación de los poderes públicos de procurar que la igualdad y la libertad de los individuos sea real (art.9.2), y en fin, porque la declaración de derechos y libertades se acompaña de la intervención de mecanismos jurídicos dirigidos a asegurar su protección efectiva (fundamentalmente en los artículos 53 y 54).

A la vista de todo ello podemos afirmar que la Constitución hace suya la idea según la cual un derecho vale lo que valen sus garantías, es decir, un derecho vale si se realiza bien.

3. Las garantías y los extranjeros

Y es aquí donde aparece la cuestión de los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares, o mejor dicho de la realización de esos derechos a través de sus garantías. Porque si uno se aplica un poco no es difícil observar que las garantías de los derechos fundamentales se "realizan mal" –parece que valen menos- cuando se aplican a los extranjeros.

Hace unos cinco años, en una consulta a varios acreditados constitucionalistas en torno a la actualidad del Derecho Constitucional, a la pregunta sobre la situación de los derechos fundamentales, sobre los hipotéticos peligros que amenazan su efectividad, el profesor López Guerra indicaba que, en los países con régimen democrático, las personas integradas en el consenso social, cultural y político -un consenso que es precisamente la base de la sociedad democrática-, no habían de temer de manera general por su ineffectividad. Sin embargo, a renglón seguido subrayaba que hay grupos excluidos de ese consenso, grupos caracterizados por ser minoritarios, por su precariedad vital y su exclusión o marginación respecto de las corrientes sociales, culturales y políticas dominantes en la comunidad, grupos cuya débil posición social y jurídica les impide disponer de organizaciones o instrumentos para la defensa de sus derechos. Terminaba citando como paradigmático el caso de los inmigrantes(4).

Hay algunos datos que apuntalan esta apreciación: por ejemplo el número de sentencias constitucionales favorables a los intereses de los extranjeros, sean de amparo (más del setenta por ciento de amparos otorgados, cuando la media general está en torno al cincuenta por ciento), sean de inconstitucionalidad (de la Ley Orgánica 7/1985 o, en mayo, de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita(5)). O por ejemplo, recientemente, un Informe de la Universidad de Zaragoza por encargo del CGPJ que, aun siendo cautos sobre sus conclusiones, nos revela el trato discriminatorio que reciben los extranjeros en las decisiones judiciales(6).

A menudo se piensa que la precariedad jurídica de los extranjeros se justifica casi exclusivamente por la ausencia de normas que regulen las situaciones que viven o las relaciones que mantienen con los poderes públicos, o, sobre todo, porque esas normas son "malignas" o "defectuosas". Sin embargo, en muchos casos no es fácil determinar en qué medida la indefensión que padecen se explica a partir de una normativa insuficiente, contradictoria e incompleta, por la incompetencia o malos usos de los operadores jurídicos (de las autoridades gubernativas, de los abogados, de los jueces), o por la inactividad o ineficiencia prestacional de los poderes públicos. En realidad podría afirmarse que se trata de una suma de todos esos factores: normas complejas y técnicamente defectuosas, unidas a carencia de medios materiales y personales, implican necesariamente un menoscabo en las garantías de los derechos fundamentales de quienes necesitan de unas y otros.

Lo que está claro, de principio, es que el sistema de garantías debe aplicarse por igual a españoles y extranjeros. En primer lugar porque tanto las garantías normativas, como las jurisdiccionales e institucionales (utilizo básicamente la clasificación de Pérez Luño(7)), no atienden al criterio de la nacionalidad para su aplicación; es decir, la reserva de ley, el recurso de amparo o el Defensor del Pueblo no se expresan de forma diferente para los derechos de los españoles o de los extranjeros. En segundo lugar porque el propio Tribunal Constitucional ha hecho hincapié en la efectividad de la protección de los derechos de los inmigrantes sin papeles.

En efecto, la STC 115/87, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, nos da la clave garantista. Se trata de una resolución "clave" porque detiene a la hasta en ese momento ilimitada libertad de configuración legal de los derechos de los extranjeros por parte del poder legislativo. De ella puede afirmarse que, en el fondo, su objeto no es la titularidad de los derechos, o de qué derechos gozan los extranjeros (esta cuestión acabará resolviéndose más tarde, y por coherencia con la STC 115/87, por la STC 94/93), sino qué garantías, qué mecanismos de protección les asisten para poder realizarlos. Así, el respeto al contenido esencial de los derechos, la intervención del juez en los casos de privación de libertad, la necesidad de resolución judicial motivada para llevar a cabo el internamiento, los derechos fundamentales de la defensa, la posibilidad de interponer los recursos que procedan, todas son exigencias constitucionales en garantía del estatuto jurídico de los extranjeros (sobre todo si se encuentran en situación irregular). Garantías que, de una parte, se establecen frente a las decisiones legisladoras de las mayorías parlamentarias, y que de otra actúan frente al posible uso arbitrario de las facultades administrativas de intervención.

Esta doctrina constitucional garantista se ha reproducido en las sentencias posteriores, desde la que resuelve el Caso Barleycorn(8) –que ampara a una ciudadana extranjera que ha visto vulnerados los derechos recogidos en los artículos 17.1 y 24.1 CE-, pasando por la que resuelve el Caso Liji Chun(9) –sobre la garantía constitucional que para la determinación de la legalidad de la detención de los extranjeros previa a la expulsión supone el derecho al proceso de habeas corpus-, y terminando en la más reciente que declara la inconstitucionalidad del precepto de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que exige residir legalmente en España para gozar de tal derecho(10).

Sin embargo, a pesar de esta jurisprudencia garantista (o quizá ella misma lo explica), los mecanismos de garantía no se aplican por igual –con la misma perfección- a españoles y extranjeros.

El análisis de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce es insuficiente si no se completa con el análisis de los mecanismos que los protegen, pues sólo la eficacia de estos mecanismos de protección indica el nivel real de protección que los derechos fundamentales tienen en una sociedad dada(11). Con esta premisa voy a abordar el juego de algunos de esos mecanismos cuando tienen que ver con la materia de extranjería, pues quizá de esta forma nos acerquemos a la respuesta que nos interesaba encontrar más arriba: por qué son poco eficaces los derechos de los extranjeros irregulares.

Los mecanismos de garantía que voy a abordar se refieren a los derechos fundamentales en sentido estricto, es decir, los enumerados entre los artículos 14 y 29 CE. Por razones de tiempo me detendré sólo en algunos de ellos, comprendidos en las denominadas garantías normativas y en las garantías jurisdiccionales.

3.1. Las garantías normativas o la protección frente al legislador

Cuatro notas útiles para nuestro análisis. En primer lugar, el Parlamento es también el responsable de la política de los derechos fundamentales de los extranjeros. En segundo lugar, puede pretenderse, al menos como principio, que también en ese ámbito el Legislativo actúe a través de una política "promocional" de los derechos. Tercero, el desarrollo de estos está determinado por el respeto de otros derechos y por la realización de otros bienes constitucionales relevantes. Y por último, su regulación, por ley, debe ser respetuosa con el contenido esencial, exigencia garantizada por el juez constitucional.

La consideración de estas notas pone en juego el difícil equilibrio entre la sumisión del Legislativo a los principios y valores que la Constitución proclama, y la libertad que debe tener para configurar (o adaptarse a, si miramos hacia la Unión Europea) una política legislativa que responda al fenómeno de la inmigración. De manera que, por un lado, como parte de su tarea de hacer realidad los derechos fundamentales que los extranjeros deben gozar, el legislador "se obliga" a disponer normativamente las condiciones mínimas que deben comprender aquellos -a regularlos en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia-, y se obliga a hacerlo atendiendo a determinados principios y garantías(12). Por otro, el Parlamento ha de ser la voz del grupo o grupos parlamentarios que gozan de la mayoría, y en consecuencia también debe fijar legislativamente la respuesta que esa mayoría democrática da a la cuestión migratoria.

Teniendo en cuenta lo anterior: ¿Cómo actúan y han actuado las garantías normativas en el ámbito de extranjería?

1. Respecto de la garantía del contenido esencial de los derechos –digamos el mecanismo de protección “más discutible”-, sólo recordar que el Tribunal Constitucional ya ha resuelto la inconstitucionalidad de varias normas legales reguladoras de los derechos de los extranjeros(13), y que la Ley Orgánica 4/2000 se encuentra recurrida también por la misma presunta vulneración.

2. En cuanto a la directa aplicabilidad de los derechos. La Ley de Extranjería de 1985 no recogía todos los derechos fundamentales de los extranjeros, sólo aquellos que correspondían a las personas que se hallaban legalmente en España. Es decir, dejaba fuera de regulación aquellos que la STC 107/84 había definido como los "inherentes a la dignidad humana".

Así las cosas, parece claro que en este punto de "vacío legislativo" la garantía de la aplicabilidad directa de los derechos contenidos en el capítulo II del título I había de alcanzar toda su expresión. Sin embargo, eso fue sólo desde el punto de vista teórico. Los tribunales ordinarios, por un complejo de causas que no es pertinente desarrollar aquí, pero entre las que no cabe duda estaba la falta de "convencimiento" o cultura de la Constitución normativa, resolvían los recursos por las vulneraciones de los derechos de los extranjeros, apabullados "por la vía de hecho" que la autoridad gubernativa utilizaba en devoluciones, detenciones, internamientos o expulsiones. La Ley 7/1985 nada decía sobre las garantías de los derechos, sólo enunciaba las atribuciones a aquella autoridad y las causas -muchas veces justificadas en conceptos jurídicos demasiado indeterminados-, que daban cobertura a su actuación.

Los órganos judiciales del primer nivel enfrentaban una Ley clara en estos términos con una Constitución que por propia naturaleza es más general y, por tanto, "más difícil de aplicar". Además, a la congestión de los juzgados y a la escasa preparación en materia de extranjería de los jueces había que unir, de una parte, el nulo conocimiento que de la misma existía entre los abogados y, de otra, la general carencia de recursos económicos de los extranjeros regulares e irregulares (un hecho con evidentes efectos prácticos). Si a todo ello añadimos el dato de que la garantista (y recordemos, interpretativa en el esencial tema del internamiento) STC 115/87 fue desconocida por la gran mayoría de los órganos judiciales hasta bien entrados los años noventa -en rigor, hasta la Ley 4/2000-, se explica con menor dificultad la escasa eficacia que la previsión de la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales tuvo para los extranjeros irregulares.

3. En cuanto a la garantía de la reserva de ley, tres comentarios: sobre las normas de desarrollo reglamentario, sobre la normativa que regula los Centros de Internamiento, y sobre el carácter orgánico de la Ley.

a) Sobre las normas de desarrollo reglamentario. En el caso de los dos Reglamentos de ejecución de la Ley de extranjería de 1985, nos encontramos con normas que difícilmente se han compaginado con los principios básicos que deben informar la regulación reglamentaria, aunque por distintas consideraciones.

El primero de ellos, fruto del Real Decreto 1119/1986, recogía preceptos que contenían algunas limitaciones o infracciones más allá de las previstas por la propia Ley, una Ley que en sí misma ya era restrictiva y que, además, le atribuía el desarrollo libre de situaciones esenciales. Así, por ejemplo, el art. 14 del Reglamento, que especificaba los supuestos de prohibición de entrada en el territorio. La Ley de 1985, en su artículo 11, rezaba: "... los extranjeros podrán entrar en el territorio español, siempre que se hallen provistos de la documentación requerida y de medios económicos suficientes, en los términos previstos reglamentariamente, y no estén sujetos a prohibiciones expresas", prohibiciones que en buen número enunciaba el art.14 del Reglamento.

También es interesante el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que derogaba el Reglamento anterior. Lo discutible de esta norma reglamentaria no era sólo la ampliación de la lista de derechos, sino el hecho de que, en algunos casos, extendiera el reconocimiento de los mismos a situaciones no contempladas en la Ley.

Era, por ejemplo, el caso del derecho a la educación. Mientras en la LO 7/1985 sólo se reconocía a los extranjeros residentes (lo que resultó más tarde contradictorio con la Convención de la O.N.U. sobre los Derechos del Niño de 1989(14)), en el Reglamento se atribuía a todos los menores, sin referencia a su situación administrativa (de acuerdo, por tanto, con la citada Convención de la Naciones Unidas).

En fin, el Reglamento vigente (Real Decreto 864/2001) ha sido revisado a fondo por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, que ha declarado nulos 11 de sus preceptos. En esta resolución el Tribunal Supremo ha velado por el cumplimiento de la jerarquía normativa, que impide, de un lado, desarrollar por vía reglamentaria cuestiones no previstas en la ley y que además afectan a derechos fundamentales(15); y de otro, regular situaciones contradiciendo lo previsto en la propia Ley (16).

b) Sobre la normativa que regula los Centros de Internamiento. Las previsiones sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros se encuentran reguladas en el Reglamento y en la Orden sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros(17), una norma que regula el estatuto jurídico de los extranjeros que, privados de libertad en estos centros, están encartados en un expediente de expulsión(18).

El Reglamento primero y la Orden después, establecen más o menos pormenorizadamente los derechos, deberes y garantías de los extranjeros, desde los relativos al control judicial sobre su situación (que se correspondería con el art.17.2 CE), pasando por la libertad de sus comunicaciones postales y telefónicas o por la garantía del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que el Centro obtiene de ellos (art.18.3 y 4 CE), hasta la asistencia de abogado, de intérprete y sus comunicaciones con ellos y su familia (en este último caso, art.16 CE). A la vista de lo cual extraña sobremanera que dicha regulación no se haya llevado a cabo mediante ley orgánica(19).

c) Sobre la ley orgánica. Es dudoso que algunos preceptos de la Ley 4/2000, además de los previstos, hayan de ser orgánicos(20). Como es sabido, la función de este tipo de ley, dotada de una especial rigidez formal, y destinada a impedir modificaciones legislativas constantes en una materia de especial trascendencia como es la relativa a los derechos fundamentales, ha llevado al alto tribunal a señalar que es cierto que existen materias reservadas a la ley orgánica, también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias(21), es decir, las reguladas en los artículos 14 a 29 CE. Es por ello que parece dudoso la oportunidad de que, por ejemplo, el art.15 (sujeción de los extranjeros a los mismos impuestos que los españoles), que se corresponde con el art.31 CE, tenga carácter orgánico. Del mismo modo el art.27 (expedición de visado), o los preceptos dedicados al permiso de trabajo (artículos 36 y siguientes).

3.2. Extranjeros y tribunales: las garantías jurisdiccionales

Como hemos señalado más atrás, la labor del Juez Constitucional (en España, pero no sólo) se está revelando como decisiva en la configuración del estatuto jurídico de los derechos de los no nacionales: primero, a través de la resolución sobre las dudas de constitucionalidad de las leyes que lo regulan, y segundo, por medio de los recursos de amparo sobre derechos subjetivos.

En efecto, el Tribunal Constitucional español ha contribuido a la construcción de ese estatuto a través varios casos en los que resolvía recursos de amparo. De hecho, en este punto surge un dato que resulta cuando menos revelador, y es que de la treintena de sentencias dictadas sobre recursos de amparo por vulneración de derechos fundamentales de los extranjeros, el Tribunal Constitucional ha resuelto otorgarlo en la mayoría de las ocasiones.

De entrada, no puede negarse que el intérprete de la Constitución cumple con la función de garante de los derechos individuales que tiene atribuida, pero podemos reconocer también que quizá algo no funciona bien en el sistema, al menos en lo relativo a su eficacia, cuando la "cúspide" del mismo se ve obligado a rectificar reiteradamente las actuaciones de los órganos de la base(22).

Si se tiene en cuenta que sólo una muy pequeña minoría de extranjeros llega a la Corte Constitucional para reivindicar sus derechos, podemos pensar en la cantidad de actos de los poderes públicos que desconocen la protección de esos derechos inviolables. Dos interrogantes se nos plantean desde esta realidad: por qué la jurisdicción ordinaria no cubre satisfactoriamente lo que se espera de ella como mecanismo de mediación y garantía; y en segundo lugar, qué derechos -qué garantías en muchos casos- se ven afectados tan reiteradamente por las decisiones incorrectas de los tribunales ordinarios.

Una respuesta rigurosa exige un estudio pormenorizado de la aplicación de los mecanismos judiciales de protección. Ese detalle no cabe aquí, pero al menos indicaré algunos de los puntos problemáticos de esa aplicación.

1. En primer lugar, respecto del derecho a no sufrir indefensión, vale la pena detenerse, aunque sea brevemente, en el derecho a la asistencia letrada gratuita y en el derecho al intérprete.

a) De la primera -la asistencia letrada gratuita- sólo recordar que recientemente el Tribunal Constitucional la ha reconocido como inherente a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental predicable también de los extranjeros irregulares.

b) Sobre el derecho al intérprete. Este derecho despliega toda su virtualidad para los extranjeros en los procedimientos administrativos previos a la tramitación de los expedientes de internamiento y expulsión, pero es también esencial en el transcurso del proceso. De hecho, el Tribunal Constitucional tuvo que resolver un recurso de amparo en el que el alcance del derecho al intérprete en todo el proceso estaba en entredicho. En efecto, en el Caso Abun-Krounse(23) trata de reconocer a dos extranjeros el derecho a ser asistidos por un intérprete en sus comunicaciones con el abogado de oficio para formalizar el trámite procesal de calificación provisional de la causa a la que están sometidos. El Tribunal otorga el amparo haciendo una interpretación extensiva de la LECrim, en consonancia -vía artículo 10.2 CE- con el artículo 6.3.c del CEDH (y la STEDH, de 28 de noviembre de 1978, Caso Luedicke, Belkacen y Koç), y con el

artículo 14.3.f PIDCP. Según el Tribunal Constitucional, «el derecho al intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora y en atención al fin para el que está previsto, es decir, el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso o juicio justo...Ligado este derecho, pues, con el de asistencia letrada (art.24.2 CE) es obvio que a esta asistencia ha de extenderse la necesidad de efectividad o eficacia, so pena de considerarlo un derecho vacío o meramente formal...».

2. En segundo lugar, es necesario hablar de los Centros de Internamiento.

Se ha recordado ya en varias ocasiones la sentencia del Tribunal Constitucional 115/87, que vino a reafirmar la constitucionalidad del art.26.2 de la Ley 7/85, interpretándolo de modo garantista, al atribuir indiscutiblemente al Juez de Instrucción el control de la privación de libertad en los centros de retención.

Sin embargo, a pesar de ella, el mismo Tribunal debió resolver con posterioridad varios recursos estimatorios del amparo por vulneración a los extranjeros, en el trámite del internamiento, de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24.1 y 17.1 CE(24).

Es de general conocimiento que ante los casos -iguales o no- de proposición de internamiento por parte de la autoridad gubernativa los jueces resuelven de forma constante, unos siempre internan y otros nunca. Lo que en verdad sucede a los órganos judiciales es que, en el momento de "interpretar" la norma sobre dicho internamiento, se encuentran frente a un hipotético dilema: si dejan al extranjero en libertad piensan que pueden poner en peligro la seguridad y el orden público, o que van a impedir el cumplimiento de la orden de expulsión (siendo en realidad lo segundo lo más común); en cambio, si autorizan la privación de la libertad se encuentran con la "dificultad" que provoca la vinculación al necesario respeto a los derechos individuales de los extranjeros, en concreto el derecho a la libertad personal. Lo negativo en estos casos es que, habitualmente, la decisión que adopta la primera alternativa -internar al extranjero-, no viene fundamentada en el propio razonamiento (motivación) y en las palabras del interesado (audiencia), sino exclusivamente en la información que procede de la autoridad gubernativa que, evidentemente, ofrece los datos que convienen a su solicitud. En no pocos casos se ha constatado, incluso, la existencia de un "modelo de auto motivado de internamiento", que permite ingresar a los extranjeros de forma colectiva pero en distintos autos. En algún momento pudo denunciarse dicha práctica, pues el papel fotocopiado permitía comprobar la copia, pero hoy esto no se aprecia porque se hace por ordenador.

El Aula de Migración del Ilustrísimo Colegio de Abogados de Madrid describía así la situación: «es frecuente asistir al extranjero y encontrarse con una deficiente formación por parte de su señoría en derecho de extranjería... consistiendo el papel del Juez de Instrucción en acceder a la petición de la policía vaciando el carácter jurisdiccional de su función y acudiendo al formulario tipo existente en el programa informático facilitado por el Ministerio de Justicia, y rellenar el auto -sin haber oído al extranjero- agotando el plazo máximo de cuarenta días sin razonar dicha medida... y sin conocer probablemente que ese plazo puede y debe ser menor, ya que debe prevalecer la libertad de las personas»(25).

Así las cosas, el Tribunal Constitucional hubo de seguir interviniendo, por ejemplo, en el Caso Barleycorn, en el que se discutía sobre la constitucionalidad del Auto que decretaba -con una "motivación" exigua- el internamiento colectivo de varios extranjeros, previo a su expulsión. El Tribunal Constitucional, citando la STC 115/87, desgana las garantías que deben acompañar a aquél y otorga el amparo, pues «de la simple lectura de los Autos impugnados se desprende que la decisión de internamiento fue adoptada de forma colectiva para todos los detenidos sin relación alguna entre ellos, con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido... no expresan los motivos y causas en virtud de los cuales acuerdan el internamiento de la detenida... En definitiva, el internamiento se acordó sin explicitar los órganos judiciales que circunstancias concurrentes en la hoy actora fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad. Por ello cabe concluir que ha existido una infracción de los arts.17.1 y 24.1 CE»(26).

A pesar de esta importante sentencia, y de la recomendación de la Fiscalía General del Estado respecto de la necesidad del trámite de audiencia(27) (una garantía directamente conectada con la de motivación del auto de internamiento), el Tribunal habrá de regresar al mismo sitio en dos decisiones posteriores -SSTC 96/95 y 182/96-, dos resoluciones que reproducen prácticamente los argumentos transcritos en el apartado anterior. La incorporación expresa en la nueva Ley de Extranjería (art.62) de los requisitos de motivación y audiencia del interesado han mejorado la aplicación de estas garantías.

3. Para finalizar, el habeas corpus

Se trata de una garantía que se ha considerado especialmente aplicable en las detenciones impuestas en materia de extranjería, concretamente en aquellos casos en los que la detención o privación de libertad del solicitante de habeas corpus ha sido el paso previo a la ejecución de una orden de expulsión del territorio nacional(28).

En los últimos años cinco resoluciones del Tribunal Constitucional han concedido el amparo a extranjeros por la vulneración de su libertad personal y del artículo 17.4 CE, vulneraciones llevadas a cabo por los Autos de los Juzgados de instrucción que inadmitían la incoación del proceso garante de aquella libertad.

La jurisprudencia constitucional ha fijado al respecto los criterios que exponemos a continuación:

En primer lugar, sobre los requisitos que deben cumplirse para solicitar la incoación de un procedimiento de habeas corpus.

El extranjero debe encontrarse efectivamente privado de libertad -en un centro de internamiento, en una Comisaría, en la sala de rechazados de un aeropuerto...-, e iniciar el procedimiento con las condiciones del artículo 4 LOHC.

No cabe, por tanto, aducir que la detención es legal porque se basa en alguno de los supuestos recogidos en la Ley de Extranjería (la incoación de un expediente de expulsión) y, con base en ello, inadmitir el recurso. Al Juez se le pide precisamente en la solicitud que determine si la detención es legal o no. Así, para el Tribunal Constitucional «la especial naturaleza de este procedimiento determina que...ante una detención, aunque venga acordada como aquí por el funcionario administrativo que

ostenta competencia, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de sus circunstancias, no procede acordar la inadmisión sino examinar dichas circunstancias, aunque no, por supuesto las cuestiones relativas a la dispensa del visado, su obtención por silencio o incluso la procedencia de la expulsión... sino precisamente las de la detención preventiva previa a la expulsión...».

Es decir, el Juez debe controlar que la detención está incluida sin duda en alguno de los casos en los que cabe legalmente privar de libertad a una persona. En el supuesto de que no sea así, ha de admitir la solicitud para después, en el proceso, determinar con todos los elementos de juicio si la privación de libertad fue legal o no.

En segundo lugar, la comparecencia del detenido. Para el Tribunal Constitucional el fin del proceso exige “que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida”(29) , y así, por añadidura, afirma que resulta especialmente irregular la atención exclusiva por el Juez a la autoridad gubernativa, pues “la audiencia concedida a la Administración policial demandada, a espaldas del detenido, vulnera el principio esencial de igualdad de armas procesales insito en el art.7 LOHC, y cuyo respaldo se encuentra en el art.24 CE”(30).

Finalmente, la motivación del Auto. El Auto debe justificarse mínimamente, la exigencia de evitar ejercicios arbitrarios del poder público impide que las fundamentaciones de dicha resolución sean "genéricas y estereotipadas"(31).

La decisión de fondo no puede adoptarse en el trámite de admisión (sin la comparecencia y audiencia de la persona privada de libertad), por lo que, en ese trámite, la obligación del Juez es comprobar que la solicitud de habeas corpus cumple (o no) con los requisitos del artículo 4 LOHC y hacer saber al solicitante "la precisa razón legal" por la que se inadmite su petición(32).

4. Las perspectivas tras la reforma de la LOE

¿Mejoran las perspectivas garantistas para los extranjeros con el Proyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica de Extranjería? No puede darse una respuesta positiva a la cuestión, por distintas razones, algunas de las cuales resumo a continuación.

En primer lugar por el modo en que se está llevando a cabo la reforma. La rapidez de la tramitación ha impedido que las distintas fuerzas políticas, así como las organizaciones dedicadas a la defensa de los derechos de los extranjeros, hayan podido consensuar adecuadamente el texto del proyecto. Además, la urgencia ha llevado al Gobierno a considerar como no necesario el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, justificada esta omisión en la pretendida ausencia de afectación a los derechos fundamentales, hecho más que dudoso. Por lo demás, la reforma no incorpora el contenido de la STC 95/2003, de 22 de mayo, en virtud de la cual se declara inconstitucional la Ley de Justicia Gratuita y se establece que los extranjeros tendrán derecho a la misma cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

En segundo lugar por las dudas que plantean algunas de las modificaciones del articulado. De entrada resulta llamativo que la reacción a la declaración de ilegalidad

por parte del Tribunal Supremo de algunos artículos del Reglamento de extranjería se resuelva sólo reformando la Ley y no modificando la norma reglamentaria.

Después, algunas modificaciones relativas a la “agilización del procedimiento administrativo” (y que suponen para el extranjero una reforma de la Ley de Régimen de la Jurisdicción Administrativa y del Procedimiento Administrativo Común) podrían afectar negativamente a su seguridad jurídica, ya que se amplía aún más la facultad discrecional de la administración en el trámite de admisión.

En cuanto a la modificación de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, la habilitación a la Dirección General de Policía para acceder a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, aún teniendo según la Agencia de Protección de Datos cobertura legal (siempre que se interprete restrictivamente la capacidad de utilización de los datos)(33), ha de suponer más perjuicios que beneficios, pues va a provocar un desistimiento por parte de los extranjeros (fundamentalmente los irregulares) a incorporarse al padrón, con las consecuencias negativas que se deducirán para la protección mínima de algunos de sus derechos sociales.

Por lo que se refiere a los Centros de Internamiento, más que reformas parciales sería conveniente una regulación, por ley orgánica, del régimen de dichos centros. Y en fin, la intención de unir a la devolución efectos sancionatorios no se compadece bien ni con la seguridad jurídica ni con el principio de necesaria audiencia en procedimientos que producen esos efectos, ya que para la persona devuelta no existen garantías que sí concurren, por ejemplo, en la expulsión, la cual se lleva a cabo a través de un expediente en el que interviene el abogado y, posiblemente, el juez.

5. Conclusión

Los expuestos no son los únicos casos problemáticos relativos a las garantías de los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares; la retención en frontera, las devoluciones, el estatuto jurídico de los polizones, los recursos y las medidas cautelares, el control judicial de la situación de los extranjeros en los centros de internamiento, el tratamiento jurídico adecuado a los menores, las garantías jurídicas en los procedimientos administrativos, todos ellos no son más que algunos de los aspectos problemáticos relativos a la buena realización de aquellos derechos.

En la actualidad el Derecho de extranjería se encuentra sometido en España a un contexto social y político complejo y difícil, un contexto está poniendo a prueba el alcance real de la declaración de derechos que la Constitución contiene, en definitiva, la realización del propio texto fundamental.

Desde 1789 quedó claro que “toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”. Hoy nos hemos ocupado del análisis del primero de esos requisitos, y surge la tentación de pensar que los extranjeros irregulares, en nuestro país, no tienen Constitución.

NOTAS

1. BORRAJO INIESTA, I.: "La libertad de circulación de los extranjeros en España", en P.Biglino (coord.): Ciudadanía y Extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p.81.
2. AJA, E.: "Hacia la igualdad de derechos", en Revista de Extranjería, núm.2, 2000.
3. Véase, por ejemplo, A.CERVATI, comentando la "cláusula Lelio Basso" de la Constitución italiana de 1947 (art.3.2, origen del art.9.2 CE), en La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia, Italia. (A.López Pina, dir.), Madrid, Civitas-Universidad Complutense, 1991, p.51.
4. "Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional", en Teoría y Realidad Constitucional, núm.1, 1998, p.60. Ya por el año 1985, R.DAHRENDORF escribía que en el ámbito comunitario los inmigrantes, refugiados, trabajadores extranjeros y grupos asimilados, «viven en un espacio social intermedio, no protegido», en Pensare e fare política, Bari, Laterza, 1985, pp.69-70.
5. STC 95/2003, de 22 de mayo.
6. Según el Informe, cuando el inmigrante es el denunciado, se producen un 76,1% de sentencias y un 60% de condenas. Cuando es el denunciante, las sentencias bajan al 23,1% y las condenas al 25%. En los juzgados de instrucción, cuando es el denunciado, las absoluciones alcanzan el 59%; mientras que si es el denunciante las absoluciones llegan al 89%.
7. Pérez Luño, A., Los derechos fundamentales, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 65 y ss.
8. STC 144/1990, de 26 de septiembre.
9. STC 174/1999, de 27 de septiembre.
10. La posición no garantista se encuentra recogida en la propia Sentencia, en los tres votos particulares.
11. García Morillo, J., La protección judicial de los derechos fundamentales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p.24.
12. El Tribunal Constitucional ha establecido al respecto que "el desarrollo legislativo de un derecho consiste en regularlo en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia" y que, en este sentido, "los procedimientos previstos por el legislador deben conducir, con las debidas garantías, a que el derecho encuentre su plenitud, STC 160/1987.
13. Artículos 7, 8 y 32 de la ya derogada Ley Orgánica 7/1985, y el artículo 2 a) de la Ley 1/1996.
14. La Convención, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, contempla los derechos del niño sin tener en cuenta la situación regular o no de sus padres (artículo 2), y en el artículo 28 reconoce el derecho a la educación para todos.

15. Por ejemplo el art.38 del Reglamento, que suponía restricciones unilaterales administrativas a la libertad de circulación – salvo la singularidad derivada de los estados de excepción o sitio en términos constitucionales- la cual es reconocida como un derecho erga omnes o de reconocimiento universal para todas las personas, salvo las referidas restricciones específicas.

16. La sentencia clarifica la aplicabilidad de la figura de la devolución evitando su aplicación cuando el sujeto se halle ya en territorio español o en tránsito (art.138.1.b).

17. Orden de 22 de febrero de 1999, BOE núm.47, de 24 de febrero.

18. La Orden tiene su origen en el art.113 del Reglamento de ejecución de la LOEx.85, en virtud del cual "el Ministerio del Interior dictará las normas que se consideren necesarias para regular el funcionamiento interno de estos centros, en desarrollo de lo dispuesto en este reglamento".

19. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 equipara en cuanto a derechos fundamentales y garantías (abogado, comunicaciones, horarios, etc) la situación de los extranjeros sometidos a internamiento a las de los presos, al estar afectada la libertad -en su sentido más amplio y no sólo la deambulatoria- del extranjero(declara nulo el art.130 del Reglamento)

20. AJA, E.: La nueva regulación de la inmigración en España, op.cit., p.53.

21. STC 5/1981.

22. En este sentido García Morillo, J., La protección..., p.26.

23. STC 71/1988, de 19 de abril.

24. SSTC 144/1990, de 26 de septiembre (Caso Barleycorn), 96/1995 de 19 de junio (Caso Ahmed y Abdelaoui), y 182/1996, de 12 de noviembre (Caso Bellalouh).

25. ALARCÓN MOHEDANO, I. y DE MARTÍN SANZ, L.V.: "Aula de Migración. Centros de Internamiento de Extranjeros", Otrosí, suplemento febrero 1999.

26. Un comentario crítico a esta sentencia, ADAM MUÑOZ, M.D.: "El internamiento preventivo del extranjero durante la tramitación del expediente expulsión (Comentario a la STC 144/1990)", La Ley, núm.3, 1991, pp.970-978.

27. La Instrucción de la Fiscalía General del Estado, de 23 de octubre de 1991, decía que .

28. Por todas, STC 174/1999, de 27 de septiembre (Caso Liji Chun).

29. STC 66/1996, de 23 de abril (Caso Simone Fernandes), en la que se considera, además, que una conversación telefónica entre la Secretaria del Juzgado y una persona de Comisaría «en modo alguno podía sustituir al contenido esencial del indicado proceso». En el Caso Liji Chun el Tribunal Constitucional considerado vulnerado el artículo 17.4 CE porque «la inadmisión a trámite de la solicitud de habeas corpus se

basó exclusivamente en un juicio sobre la legalidad de la detención, admitiendo la existencia de una causa de expulsión y enjuiciando así el fondo de la cuestión sin las garantías procesales propias del procedimiento de habeas corpus y entre ellas sin la garantía, de especial relieve constitucional, de la puesta en presencia del Juez de la persona privada de libertad». En el mismo sentido STC 179/2000, Caso, Fayar Faryo.

30. Caso García Melani, y nota anterior.

31. Así, no parece suficiente motivar el Auto diciendo simplemente que "no concurren ninguno de los motivos del art.1 LO 6/84" (Casos García Melani y Liji Chun), o que "visto lo alegado por el solicitante y el informe emitido por el Ministerio Fiscal y dado que no concurren los presupuestos que para la tramitación del procedimiento de habeas corpus se prevén en el art.4 LO 6/84, no procede la incoación del procedimiento instado" (Caso Simone Fernandes).

32. A pesar de que el Constitucional «no ignora las limitaciones a que se enfrentan los Juzgados de Guardia, especialmente en una gran capital, (pero) ello no puede impedir que el Juez, guardián de la libertad, exprese -todo lo sucintamente que crea oportuno- la precisa razón legal por la que es inadmitida la petición» (STC 86/96, con cita de la STC 154/95).

33. Informe de la Agencia de Protección de Datos, de 2 de mayo de 2003.