

EGUZKILORE

Número Extraordinario 11.
 San Sebastián
 Diciembre 1997
 247 - 258

EL SISTEMA NORMATIVO ANTE LOS INMIGRANTES

D. Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Magistrado
 San Sebastián*

Resumen: Los comportamientos racistas y xenófobos se vinculan en la actualidad además de a los parámetros flujo migratorio y orden político, a movimientos de carácter ideológico o religioso. Procede reflexionar si estos fenómenos están erosionando los cimientos del Estado en su configuración constitucional como Estado Social y Democrático de Derecho. Con estos presupuestos y tras examinar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre expulsión de extranjeros, se analizan los instrumentos normativos en España elaborados en ejecución de la política de inmigración y asilo.

Laburpena: Portaera arrazista eta xenofoboan eragina dute gaur egun, migrazioaz eta ordena politikoaz gain, izaera erlijioso edo ideologikoa duten higikundeak. Komenigarria izango litzateke pentsatzea Estatuaren oinarriak, Gizarte Estatua, eskubideak bermatzen dituen Estatu Demokratikoa den neurrian, ahultzen ari ote diren ala ez. Aipaturikoa kontuan izanik eta Giza Eskubideen Europar Epaimahaia atzerritarrek kanporatzeari buruz emandako epaien jurisprudentzia aztertu ondoren, Espainian, inmigratio eta asilo politika indarrean jartzeko dauden araubideak azterten dira.

Résumé: Les comportements racistes et xénophobes aujourd'hui sont liés aux paramètres de flux migratoire et d'ordre politique autant bien qu'aux mouvements de caractère idéologique ou religieux. On doit se demander si ces phénomènes érodent les assises de l'État dans sa configuration constitutionnelle comme État Social et Démocratique de Droit. En partant de ces présupposés, et après avoir analysé la jurisprudence de la Cour Européenne de Droits de l'Homme en matière d'expulsion des étrangers, on analyse les instruments normatifs en Espagne élaborés en exécution de la politique d'immigration et d'asile.

Summary: Racial and xenophobic behaviours are related today to migratory and to political parameters as well as to ideological or religious fluctuations. It's advisable to wonder if these facts are eroding state foundations in its constitutional aspects, as a social and democratic welfare state. In this way and once analysed the European Tribunal of Human Rights'jurisprudence about foreigner expel, the text displays the norms elaborated in Spain and the execution of migratory and asylum politics.

Palabras clave: Racismo, Xenofobia, Derechos Humanos, Extranjeros, Política de Inmigración, Política de Asilo.

Hitzik garrantzizkoenak: Arrazakeria, Xenofobia, Giza eskubideak, Atzerritarrek, Inmigratio politika, Asilo politika.

Mots clef: Racisme, Xénophobie, Droits de l'Homme, Étrangers, Politique d'Immigration, Politique d'Asile.

Key words: Racism, Xenophobia, Human Rights, Foreigners, Migratory politicals, Right of asylum.

I. INTRODUCCIÓN

Como preámbulo a estas líneas procede distinguir conceptualmente el racismo de la xenofobia. En palabras del profesor Bobbio¹, la teoría del racismo se funda en tres principios:

- a) división de la humanidad en razas diferentes, cuya diversidad se funda en razones biológicas, psicológicas y culturales;
- b) superioridad de unas razas sobre otras, por criterios estéticos, intelectuales o morales;
- c) derecho de las razas superiores de dominar a las inferiores.

La xenofobia constituye el miedo o el rechazo a lo ajeno, a lo que es distinto de nosotros.

Tradicionalmente el racismo y la xenofobia han sido relacionados con mecanismos personales de repulsa a movimientos migratorios, generados por razones de orden económico, de mantenimiento del puesto de trabajo.

En la actualidad, la vinculación de los comportamientos racistas y xenófobos a los parámetros flujo migratorio y origen político resulta desplazada, al menos parcialmente, por la presencia de:

1. Movimientos nacionales e infranacionales de carácter político, ideológico o religioso que, obviando el principio de unidad del género humano, pretenden erigir la pertenencia a determinada etnia como elemento vertebral de la convivencia social, configurando a los entes colectivos como titulares de derechos que trascienden de la persona humana. En este contexto, lo que importa no es la persona como realidad vital única e irreplicable sino su adscripción o pertenencia a un grupo que presenta características étnicas propias, inferible incluso de determinados rasgos físicos (homogeneidad del grupo).

2. Fenómenos migratorios cuyo origen no se encuentra en persecuciones políticas sino económicas, con el hambre como motivación esencial².

Estos dos movimientos han producido una retroalimentación de los sentimientos y las actitudes racistas y xenófobas³, llegando a afirmarse que el hombre no ha aceptado como realidad cultural la igualdad sustancial entre los diferentes⁴.

1. Norberto BOBBIO, *Racismo, hoy. Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 183-184.

2. En todo caso, resulta discutible no considerar política la lucha por la supervivencia generada por una radical disfunción en el sistema distributivo.

3. Antonio GIMENEZ PERICAS, "Los refugiados. La sorprendente novedad de un antiguo fenómeno y su capacidad para quebrar el sistema jurídico de garantías", *Eguzkilore. Revista del Instituto Vasco de Criminología*, número extraordinario 8, San Sebastián, p. 35.

4. Francisco TOMAS Y VALIENTE, "Ensayo sobre la Tolerancia", *A orillas del Estado*, Ed. Círculo de Lectores, Madrid, 1996, p. 262.

A partir de aquí, procede reflexionar si estos fenómenos xenófobos, de signo infranacional, nacional y supranacional, están erosionando los cimientos del Estado en su configuración constitucional: como *Estado de Derecho*, en el que la actuación de los poderes públicos y de los ciudadanos se somete a las exigencias del principio de legalidad; como *Estado social*, en el que los poderes públicos deben ofrecer a todas las personas las condiciones precisas para el ejercicio efectivo de sus derechos y libertades, y como *Estado democrático* en el que el poder fundado en la mayoría tiene como una de sus funciones proteger a las minorías. En otras palabras, procede reflexionar si a la luz de un ordenamiento jurídico inspirado en valores como la libertad, igualdad y justicia, se justifica una política de filtros para la entrada y permanencia en los Estados abocada a introducir exigencias difícilmente superables por la mayoría de los no nacionales y una política de aculturación del distinto, inmigrante o no, mediante el ejercicio en las prácticas y en las costumbres de la cultura nativa mayoritaria hasta su integración ético-cultural.

Ciertamente, en la Unión Europea existen múltiples ejemplos de la presencia de una ideología en la que:

a) se acude a razones económicas (mantenimiento de una cuota laboral para los nacionales) a fin de introducir políticas de signo enormemente restrictivo en el acceso de los no nacionales, a pesar de que los estudios realizados al efecto demuestran que los inmigrantes ocupan ámbitos laborales “no deseados por los nacionales”.

b) se enarbolan criterios de indudable sentido uniformador para, abandonando todo intento de crear una sociedad multiétnica, multicultural y multiconfesional, perseguir una pretendida identidad nacional despojada de todo componente exógeno y vertebrado en torno a unas características originarias o propias que, se dice, emergen desde las más hondas raíces históricas de cada pueblo⁵.

En este contexto, siendo consciente de las limitaciones propias de este trabajo, procede realizar una breve disección de las respuestas del sistema normativo a los fenómenos migratorios en cuyo seno encuentra acomodo una filosofía difícilmente compatible con los principios constitucionales que inspiran el ordenamiento jurídico. Con carácter previo a ello, haremos un resumen de la postura de los órganos de interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia de extranjería, dado el carácter vinculante que su jurisprudencia tiene para los órganos judiciales nacionales (artículo 10.2 CE).

II. ORDENAMIENTO INTERNACIONAL. EN ESPECIAL LAS EXPULSIONES DE EXTRANJEROS EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES PUBLICAS

El planteamiento ínsito en las normas internacionales aprobadas después de la Segunda Guerra Mundial (Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de

5. Los fenómenos de etnocentrismo, que persiguen la elevación a la categoría de valores universales de costumbres localistas, preceden a la aparición del denominado “extranjero interior”, persona alejada del colectivo social al que pertenece por ausencia de empatía con los principios localistas que rigen la actividad de la comunidad.

diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas de 4 de noviembre de 1950) se construye en torno a un principio básico: *todas las personas son titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas sin discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, idioma o cualquier otra condición personal o social.*

Bajo este espíritu común, ha sido relativamente intensa la doctrina y jurisprudencia creada por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la exégesis del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas⁶, convenio que contiene un listado de derechos y libertades cuyo titular es cualquier persona, nacional o extranjera, sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, sobre todo a la hora de conciliar los expedientes de expulsión de extranjeros con los derechos a un proceso debido (artículo 6), sin tratos inhumanos o degradantes (artículo 3) o el derecho a la vida privada o familiar (artículo 8). A estos efectos, limitando el examen a la conciliación del expediente de expulsión de extranjeros con el derecho a la vida privada y familiar, el órgano encargado de la exégesis del Convenio (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) ha formulado una doctrina⁷ que presenta los siguientes principios básicos:

a) la regulación de la entrada y residencia de los extranjeros es competencia exclusiva de cada Estado parte;

b) en todo caso, las medidas adoptadas en el seno de la política de inmigración (tales como denegación de entrada o expulsión) pueden constituir una vulneración del derecho a la vida privada y familiar. Para ello, procede constatar:

– si existen vínculos afectivos y sociales reales que doten de contenido al concepto de vida familiar (relación matrimonial, convivencia, filial). Más allá del contenido jurídico se exige la presencia de una convivencia real.

– si la medida de expulsión o rechazo de entrada constituye una injerencia en la vida privada. Concretamente se examinará si la expulsión de uno o varios miembros de la familia convierte la vida familiar en imposible o si, por el contrario, puede seguir legalmente como unidad en otro Estado (La Comisión ha estimado que no existe injerencia en el derecho a una vida familiar cuando la familia de la persona expulsada o a la que se le ha negado la entrada puede acompañar a ésta en su retorno al país de origen, siempre y cuando ello no origine en los hijos excesivos transtornos de tipo cultural o social).

– si la injerencia está justificada por revelarse necesaria en una sociedad democrática para salvaguardar un interés nacional. La aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad en la restricción de los Derechos Fundamentales exige un

6. A estos efectos debe recordarse que el Convenio Europeo no reconoce el derecho de asilo ni el derecho a no ser expulsado del territorio de un país signatario, si bien en el artículo 4 del Protocolo Cuarto Adicional al Convenio se prohíben las expulsiones colectivas de extranjeros. El mentado protocolo no se encuentra ratificado por España.

7. Extraída de los casos Abdulaziz, Cabaes y Balkandali contra Reino Unido (sentencia de 28 de mayo de 1985); Mostaqim contra Bélgica (sentencia de 18 de febrero de 1991); Beldjoudi contra Francia (sentencia de 26 de marzo de 1992) y Boughanemi contra Francia (sentencia de 24 de abril de 1996).

análisis del caso concreto, si bien la injerencia se ha considerado siempre justificada cuando la expulsión ha sido acordada por condena penal por delito grave (en especial, delitos de tráfico de drogas y contra la integridad física) y precisa de mayor meditación cuando las razones que avalan la expulsión se reconducen a la aplicación de una política de control de la inmigración.

III. ORDENAMIENTO NACIONAL. INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS. PETICIÓN DE ASILO EN FRONTERA. EXPULSIÓN EN UN PROCESO PENAL

1. Planteamiento general

En el ámbito constitucional, después de conceptualizar a los Tratados Internacionales ratificados por España como integrantes de nuestro ordenamiento jurídico con el nivel de criterio hermenéutico de primera magnitud (artículos 96.1 y 10.2 CE), en el artículo 13 CE se atribuye a los extranjeros la titularidad de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, a excepción del atinente a la participación en los asuntos públicos. A partir de este marco constitucional la legislación nacional se ha articulado en torno a dos instrumentos básicos:

1) la política de asilo como protección que el Estado confiere al no nacional cuando es objeto de persecución por el Estado nacional;

2) la política de inmigración, vertebrada en torno a la denominada Ley de Extranjería que fija los requisitos que debe cumplir el extranjero para entrar y permanecer en el territorio nacional.

En ambas esferas políticas se constata la presencia de regulaciones que inciden de manera especialmente significativa en el núcleo de derechos fundamentales de las personas no nacionales. La especificidad de tales normativas viene dada, sustancialmente, por la implementación de restricciones a la libertad de ambulatoria, difícilmente coherentes con los principios constitucionales vertebrados en los artículos 17 y 25.3 de la CE, así como la elaboración de principios de actuación del *ius puniendi* estatal alejados de los parámetros generales del proceso penal.

En esta exposición vamos a referirnos a tres instituciones específicas: la facultad de acordar el internamiento de un extranjero en el seno de un expediente administrativo de expulsión (artículo 26.2 de la ley orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en adelante LE), la permanencia del solicitante de asilo en dependencias fronterizas mientras se resuelve la admisión de su petición de asilo (artículo 5.7 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado) y la expulsión en el seno de un proceso penal (artículo 89 del Código Penal y 21 y 26 de la LE).

2. El internamiento en el marco de procedimiento de expulsión

La autoridad gubernativa que incoa un expediente de expulsión contra un extranjero que, por carecer de permiso de residencia o prórroga de estancia, se encuentra ilegalmente en territorio nacional, o está implicado en actividades contrarias

al orden público y a la seguridad interior o exterior del Estado, o realiza actividades contrarias a los intereses españoles o carece de medios lícitos de vida, ejerciendo la mendicidad o desarrollando una actividad ilegal, puede, según el artículo 26.2 LE, *acordar la detención cautelar*⁸ de la persona expedientada por un plazo máximo de 72 horas para, ulteriormente, postular del Juez de Instrucción del lugar de la detención el internamiento en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. Se trata de una norma especial de difícil encaje en un sistema constitucional en el que la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1 CE), una de cuyas manifestaciones, la libertad deambulatoria, es un derecho fundamental cuya privación cautelar, en principio, parece circunscrita a una investigación criminal (artículo 17.2 CE) sin presencia de poderes autónomos de la Administración (artículo 25.3 CE). La especialidad de la norma viene conferida por su carácter de único precepto, en nuestro ordenamiento jurídico, que posibilita una privación de libertad de signo cautelar en el seno de un proceso administrativo sancionador, cuya duración puede alcanzar los 40 días y cuyo cumplimiento debe realizarse en centros de detención de carácter no penitenciario. En todo caso, siguiendo la estela marcada por la STC 115/87 de 7 de julio, que declaró constitucional el precepto aquí comentado, la decisión de internamiento de un extranjero exige el cumplimiento de los siguientes principios:

a) *Principio de legalidad*: sólo cabe acordarlo en los expedientes de expulsión incoados por la concurrencia de los supuestos diseñados en el artículo 26. 1a (carencia de permiso de residencia o prórroga de estancia); 1c (actividades contrarias al orden público, a la seguridad interior o exterior del Estado o contrarias a los intereses españoles) 1f (ejercer la mendicidad o desarrollar una actividad ilegal).

b) *Principio de jurisdiccionalidad*: debe ser acordada por el juez de instrucción del lugar en el que se produce la detención, mediante la emisión de una resolución motivada. La atribución al poder judicial de la facultad de adoptar esta decisión es un corolario de la configuración de la jurisdicción como garante de los derechos fundamentales de la persona (corresponde a los órganos jurisdiccionales el ejercicio de las funciones diseñadas por la ley en garantía de cualquier derecho, dice el artículo 117.4 CE y 2.2 LOPJ). En todo caso la función judicial no se extingue con la adopción de la medida cautelar de carácter personal, dado que pervive el deber de

8. Afirma el Tribunal Constitucional, en la sentencia 86/1996, que la legitimidad jurídica de la detención se anuda a la creencia razonable de que el extranjero se encuentra ilegalmente en territorio nacional, lo que *no puede confundirse con la mera carencia de documentación que acredite su identidad*. No obstante estas afirmaciones, en la generalidad de los casos la ausencia de documentación identificadora provocará que los agentes policiales vertebren sus sospechas, sobre la ilegalidad de la estancia del extranjero, en la falta de documentos acreditativos de su identidad o, en el mejor de los casos, generará un requerimiento, en los términos diseñados en el artículo 20.2 Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, para que el extranjero no identificado acompañe a los agentes policiales a la Comisaría, con la finalidad de proceder a su identificación, lo que ya supone una restricción de su libertad ambulatoria. Véase a este respecto el fundamento jurídico cuarto de la STC 341/93, en el que se puede leer que *“la medida de identificación en las dependencias policiales prevista en el artículo 20.2 de la L.O.P.S.C. supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible) una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad”*.

control de la ejecución⁹, al ser el extranjero internado una persona que se encuentra a disposición judicial, a cuyo fin el juez deberá comprobar que el internamiento se lleva a cabo en los términos contenidos en los artículos 108 y 113 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y deberes de los extranjeros en España (en adelante RE).

c) *Principio de rogación*: el internamiento exige una petición explícita de la autoridad gubernativa que tramita el procedimiento de expulsión, en cuyo seno se acordó la detención preventiva.

d) *Principio de necesidad*: el carácter excepcional de toda medida cautelar restrictiva de la libertad de una persona conlleva que:

– la medida de internamiento sólo puede ser acordada cuando su adopción resulte imprescindible para garantizar la sujeción del extranjero al expediente administrativo así como la ejecución de la expulsión que, en su caso, se acuerde en su seno.

– sólo pueda durar el tiempo imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que en ningún caso exceda de 40 días. En todo caso, si durante el devenir de la tramitación del procedimiento sancionador se constata que no va a poder acordarse la expulsión en el plazo de cuarenta días, la autoridad gubernativa debe solicitar la libertad del extranjero (artículo 108.5 RE). En este caso, de manera ineludible el juez de instrucción acordará el cese del internamiento.

e) *Principio de defensa*: el internamiento será comunicado a los familiares del extranjero residentes en España, al Consulado o Embajada respectivos o, de no poder ser notificado al Consulado, al Ministerio de Asuntos Exteriores. Para que la información sea completa contendrá la identidad de la persona internada, órgano judicial que ha decretado el internamiento así como centro de detención en el que se cumple el mismo. La persona sometida a la medida cautelar deberá gozar, con carácter previo a su adopción, del derecho a ser asistida de un abogado y de un intérprete, que deberá ser proporcionado de oficio por el Estado y de forma gratuita,

9. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en el marco de los criterios diseñados para regir su actuación, consideran deseable la inclusión, entre sus competencias, del control de los centros no penitenciarios destinados al internamiento de extranjeros pendientes de expulsión. No obstante ello, en el artículo 20, del Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, se extiende la competencia de los citados órganos judiciales al control jurisdiccional de la actuación de las autoridades y funcionarios de los Establecimientos penitenciarios, Depósitos municipales, Centros de Internamiento y de acogida o de cualquier otra clase, sean públicos o privados, en los que se encuentren internadas personas cumpliendo pena o medida de seguridad privativas de libertad. En consecuencia, quedan fuera del ámbito competencial del Juez de Vigilancia Penitenciaria los internamientos de los extranjeros acordados en el marco de un expediente de expulsión, en la medida que no suponen el cumplimiento de una pena o medida penal privativa de libertad. Quizá con ello se quiere evitar que un centro de detención o de internamiento, que legalmente se califica como no penitenciario, quede bajo la salvaguarda de la autoridad judicial específicamente diseñada para el control del correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios. En todo caso, dejando de lado cuestiones terminológicas, parece difícil que una privación de libertad que se cumple en unos establecimientos públicos regidos por exigencias normativas análogas a las diseñadas para las cárceles, no destile un espíritu penitenciario.

si carece de recursos económicos¹⁰ (artículo 30.2 LE y 108.7 RE). La insuficiencia económica debe deslindarse de conformidad con los criterios diseñados en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, texto normativo que sólo incluye entre sus beneficiarios a los extranjeros ilegales cuando sean parte en un proceso relativo a su solicitud de asilo (artículo 2 f). A contrario sensu, el derecho a la justicia jurídica gratuita queda excluido, *ex lege*, al extranjero ilegal en un procedimiento de expulsión, incluidas sus incidencias como el internamiento, aunque se encuentre por debajo del umbral económico diseñado como generador de una insuficiencia de recursos económicos para litigar. Una solución conciliable con la interdicción en la aplicación de la ley por motivos de raza, circunstancias personales o sociales (artículo 14 CE) y con el derecho fundamental a no sufrir indefensión (artículo 24.1 CE) exige reconocer, con base en lo dispuesto en los artículos 30.2 LE y RE, el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros no residentes legalmente, inmersos en un procedimiento de expulsión, que materialmente cumplan los requisitos diseñados en la Ley 1/1996, de 10 de enero¹¹.

En lo referente al lugar de cumplimiento, establece el artículo 26.2 LE que el internamiento de una persona, acordado en un procedimiento de expulsión, deberá cumplirse en un centro de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. Con carácter general, los menores no serán ingresados en estos centros, siendo puestos a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores. En todo caso, si los padres o tutores del menor se encuentran ingresados en el mismo centro, a petición de los mismos y previo informe favorable del Ministerio Fiscal, puede el juez autorizar el internamiento del menor si existen módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar (artículo 108.8 RE)¹².

El régimen jurídico que preside el cumplimiento del internamiento viene contenido en los artículos 110 a 113 del RE, en el que se contienen reglas atinentes al ingreso, régimen de comunicaciones con el exterior, orales, postales y telegráficas así como asistencia sanitaria y social. Vuelve a emerger la especificidad del trato normativo en materia de extranjería dado que, frente al carácter legal de los principios que deben regir la ejecución de la prisión provisional (artículos 504 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y la pena privativa de libertad (Ley Orgánica General Penitenciaria), la regulación de las condiciones del internamiento queda deferido al poder normativo del Gobierno, sin diseño legal alguno.

10. El abogado de oficio plasma el deber del Estado de proporcionar un letrado en ejercicio a la persona que lo solicite, cualquiera que sea su capacidad económica en aras a garantizar el derecho de defensa, siendo sufragado su coste por el solicitante, salvo que carezca de recursos, en cuyo caso el coste lo asume el Estado.

11. Estos requisitos son de signo económico (no generar recursos patrimoniales que superen el doble del salario mínimo interprofesional, computados anualmente por unidad familiar) y jurídico (litigar por derechos propios y postular una pretensión sostenible).

12. Teniendo en cuenta las condiciones materiales de la mayoría de los centros de internamiento, este reagrupamiento familiar no será factible.

3. Petición de asilo en frontera

El artículo 5.7 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, introducido por la Ley 9/1994 de 19 de mayo de modificación de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y la condición de Refugiado, posibilita que durante el proceso de discernimiento de la admisión de la petición de asilo presentada en la frontera española, el solicitante permanezca en el puesto fronterizo en el seno de unas dependencias “adecuadas para tal permanencia”. Teniendo en cuenta que la resolución del Ministerio de Interior sobre la admisión a trámite de la solicitud de Asilo debe notificarse al postulante en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación, (una vez informado el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, que podrá entrevistarse con el solicitante), que, en caso de inadmisión, da lugar a un reexamen de la petición, si la insta el solicitante en el plazo de 24 horas desde la notificación de la inadmisión, y que dicho reexamen debe ser resuelto y notificado al solicitante en el plazo de 48 horas, resulta que se produce una restricción de la libertad ambulatoria del solicitante que puede durar hasta siete días, sin control judicial alguno, lo que resulta difícilmente conciliable con las garantías previstas en el artículo 17.2 CE (duración máxima de tres días de toda detención con inmediata puesta en libertad o a disposición judicial)¹³.

Esta situación ha tratado de obviarse con la introducción, en el Reglamento de desarrollo de la Ley 5/1984, aprobado por Real Decreto 203/95, de 10 de febrero, del artículo 20.1 letra B, que afirma que el solicitante permanecerá en las dependencias fronterizas exclusivamente al efecto que se le notifique la resolución recaída sobre su solicitud, hasta un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la misma. Amén de la extrañeza que produce una “interpretación auténtica” de una ley por medio de un instrumento de rango normativo inferior, como es el reglamento, lo cierto es que la exégesis de la norma reglamentaria parece ceñir el límite de las 72 horas a la respuesta inicial del Ministerio de Interior sobre la admisión de la petición, sin abarcar, en ese plazo, el trámite del reexamen, como si la permanencia del peticionario en las dependencias fronterizas, en la fase de reexamen, fuera una restricción o privación consentida de la libertad personal inferible de la propia actitud del peticionario al instar la revisión de su situación¹⁴.

13. El Defensor del Pueblo ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad sobre la citada previsión legal por estimar que vulnera el derecho fundamental a la libertad ambulatoria.

14. A pesar de exceder del objeto de la presente comunicación, debe dejarse constancia de la aberración que, en términos jurídicos, supone las zonas de extraterritorialidad instituidas por los Estados (zonas de tránsito en los aeropuertos, zonas territoriales adyacentes a las fronteras terrestres). Constituyen una ficción jurídica que sirve de refrendo argumental a una inaplicación del sistema normativo nacional a las personas que, hacinadas, languidecen en esta situación. En el momento de escribir estas líneas, los medios de comunicación social se hacen eco de las recomendaciones del Defensor del Pueblo español al Ministerio del Interior para que, de manera urgente, adopte medidas para solucionar, desde el respeto a los derechos humanos, la grave situación en la que se encuentran los más de 1.000 inmigrantes residentes en campamentos habilitados coyunturalmente en Ceuta y Melilla. Para un estudio más profundo, Gema VARONA MARTÍNEZ, *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Ararteko, Vitoria, pp. 51-52.

4. Expulsión en el proceso penal

Tanto la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en sus artículos 21 y 26, como el Código Penal, en su artículo 89, instauran la figura de la expulsión judicial del extranjero incurso en un proceso penal. La expulsión judicial constituye una resolución de un órgano del orden jurisdiccional penal, adoptable en fase de investigación, enjuiciamiento o ejecución de un proceso penal por determinados delitos, por la que se compele a un extranjero a abandonar el territorio nacional, o se autoriza la expulsión acordada en sede gubernativa. Procede analizar la normativa en cada una de las fases del proceso penal.

A) *Fase de instrucción*: el juez de instrucción podrá autorizar, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la expulsión de un extranjero que se encuentre imputado por la comisión de un delito con una pena asignada igual o inferior a seis años de privación de libertad, siempre que el imputado se encuentre incurso en alguna de las causas de expulsión contenidas en el artículo 26.1 LE. La exégesis del mentado precepto permite realizar las siguientes consideraciones:

- el papel judicial se contrae a autorizar una expulsión acordada en sede administrativa, razón por la cual su función se circunscribe a conferir eficacia jurídica a una petición explícita promovida por alguna de las partes del proceso penal, incluso el propio extranjero imputado, o la autoridad gubernativa en materia de extranjería. A estos efectos, la referencia realizada en el artículo 106.1 RE al Ministerio Fiscal como legitimado para instar la autorización judicial de la expulsión no debe limitar la legitimación activa al acusador público, dado que tal conclusión no resulta cohonorable con el artículo 21.2 LE, en el que se prescribe, como requisito previo a la decisión judicial, la audiencia al Ministerio Fiscal, trámite que sólo adquiere sentido cuando el postulante de la autorización es alguien distinto al Ministerio Fiscal.

- la resolución del órgano jurisdiccional, que debe ser motivada, debe ir precedida de la audiencia del Ministerio Fiscal, (salvo que haya sido el acusador público el que ha instado la petición de autorización), de la víctima y del propio imputado. Sólo a través de esta audición queda garantizado el derecho de defensa del extranjero imputado¹⁵ y el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del ilícito penal atribuido al extranjero.

- la incardinación de la actuación del extranjero en alguna de las causas de expulsión diseñadas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, es un requisito necesario pero no suficiente para la autorización de la expulsión, dado que siempre podrá el juez instructor, no obstante la concurrencia indiciaria de alguno de los supuestos dise-

15. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 242/94, ha tenido ocasión de señalar que *la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del artículo 24 CE (valorando si el afectado tuvo o no una ocasión de defenderse al respecto). Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del art. 24 CE para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectividad de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del art. 19 CE, en conexión con el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).*

ñados en el artículo 26.1, denegar la autorización (el precepto explicita que el juez de instrucción *podrá* autorizar la expulsión).

B) *Fase de enjuiciamiento*: la exégesis conjunta del artículo 89 del Código Penal y el artículo 22.2 de la Ley de Extranjería, precepto este último no abrogado por la ley penal, habilita al Juez o Tribunal sentenciador a sustituir una pena privativa de libertad inferior a seis años de duración, impuesta en sentencia firme, por la expulsión del territorio nacional por un tiempo mínimo de tres años y máximo de diez. En todo caso, ello sólo será posible en los supuestos en los que el extranjero condenado no resida legalmente en España y tenga asegurada la satisfacción de las responsabilidades civiles, una vez se haya conferido audiencia al Ministerio Fiscal y al propio penado. Se produce una criticable omisión de la víctima agravada por la previsión, contenida en el artículo 106. RE, de la acreditación de la insolvencia como equivalente a la satisfacción de las responsabilidades civiles.

C) *Fase de ejecución*: a instancia del Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal Sentenciador podrá acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. A diferencia del supuesto de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, el artículo 89 del Código Penal exige, en la fase ejecutiva, una petición explícita del Ministerio Fiscal y no prevé la necesaria satisfacción de las responsabilidades civiles como exigencia imperativa para proceder a la expulsión. Para conferir mayor complejidad a la situación, el artículo 197.2 del Reglamento penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, vincula la medida de expulsión con la libertad condicional del penado extranjero, razón por la que impone a la Administración Penitenciaria el deber de comunicar, con antelación suficiente, al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros, junto con un breve resumen de la situación penal y penitenciaria, en el que se hará constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de la condena o condenas. El mentado reglamento genera un efecto contradictorio, dado que, por una parte, restringe las posibilidades de expulsión de un extranjero en la fase ejecutiva, al añadir, a los requisitos diseñados en el artículo 89 del Código Penal, la propuesta de libertad condicional, lo que exige que el penado se encuentre clasificado en tercer grado, observe buena conducta y exista un pronóstico favorable de reinserción social (artículo 90 del Código Penal) y, por otra parte, amplía los supuestos de expulsión al permitir la misma cuando el penado haya cumplido las dos terceras partes de la condena, al haber obtenido, como beneficio penitenciario, un adelantamiento de la libertad condicional (artículo 91 del Código Penal y 205 del Reglamento penitenciario).

Ante esta antinomia, la vigencia del principio de jerarquía normativa habilita al juez a inaplicar el Reglamento penitenciario (artículo 6 LOPJ), permitiendo la expulsión sólo cuando se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena y sin la obtención de la libertad condicional.

Cabe reseñar, como nota común a las diversas fases en las que el juez puede acordar la expulsión, que ninguna de las normas pergeña los criterios que deben presidir la decisión judicial, lo que, amén de posibles arbitrariedades, provoca que la resolución pueda basarse en razones tan exógenas al Derecho penal como el impulso o aliento de

una determinada política de control de la inmigración o la búsqueda de una vía de escape al hacinamiento carcelario.

En todo caso, parece obvio que la decisión judicial debe ponderar el interés de la víctima en la reparación del daño causado por el ilícito penal; el interés del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*; el interés del Estado en la expulsión del extranjero y el interés del extranjero por abandonar el territorio nacional.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Frente a las actitudes racistas y xenófobas el factor preventivo por excelencia es el educativo¹⁶. Desvelando los últimos descubrimientos científicos la existencia de un código genético común, que permite sostener que todos los seres humanos procedemos de una célula ancestral común¹⁷, la explicación del origen y desencadenamiento de sentimiento de repulsa al “distinto” residen en el campo de la formación ética. De ahí que debe acentuarse la presencia de un sistema educativo, familiar, escolar y universitario, que:

- a) acentué el valor de la persona como eje vertebral del sistema convivencial;
- b) intensifique el respeto recíproco entre hombres iguales en derechos y libertades, como correlato de la dignidad humana, que, reconociendo en cada persona una realidad vital única e irrepetible, ubica en el campo de lo prohibido todo trato discriminatorio vertebrado en torno a la diferencia;
- c) potencie el acercamiento cognoscitivo y afectivo al otro, en un diálogo en el que se produzca una recíproca transmisión de razones y sentimientos, alejado de toda tendencia unidireccional;
- d) contemple la diferencia no como estigma que hay que rechazar sino como riqueza que hay que integrar en un sistema no homogéneo sino heterogéneo, plural, tolerante, *democrático en definitiva*.

16. A este respecto, Norberto BOBBIO, *Racismo, hoy. Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 186-189 y Fernando SAVATER, *El valor de educar*, Ed. Ariel SA, 1ª edición, marzo 1997.

17. En el discurso de su Santidad Dalai Lama, en el acto de entrega del Premio Nobel de la Paz 1989, puede leerse “Cuando me encuentro con gente de diferentes partes del mundo, siempre recuerdo que todos nosotros somos básicamente iguales: todos somos seres humanos. Posiblemente vistamos ropas diferentes, nuestra piel sea de color diferente o hablemos distintos idiomas. Pero esto es superficial, en lo básico, somos seres humanos semejantes y esto es lo que nos vincula los unos a los otros”. *Tibet. Paz y Libertad*, Publicación en conmemoración de la visita a Euskadi de su Santidad El Dalai Lama, Abril 1997, p. 103.