

Barajas: el forastero ante el 'sheriff'

Ramón SAEZ VALCARCEL

La maquinaria legal que nuestros sistemas han puesto en marcha para responder a la amenaza de invasión de inmigrantes pobres, ha posibilitado la construcción de espacios marginales donde las libertades no existen y las policías gozan de poderes exorbitantes, espacios habitables solamente por los parias del tercer mundo. Su expresión más dramática es nuestra frontera sur: el estrecho de Gibraltar se ha convertido en un cementerio marino para los norteafricanos que huyen del hambre y la miseria. Y que seguirán huyendo una y otra vez, ellos o sus hermanos, por mucho que tratemos de impedirselo, como explicaba la película «Las cartas de Alou», porque en sus lugares de origen el futuro no existe y el día a día se hace inaguantable.

El puesto fronterizo del aeropuerto Madrid-Barajas es un modelo para comprender el tratamiento que la Europa de las libertades dispensa a ciertos extraños, latinoamericanos, norteafricanos, gentes *de color*. De espaldas al paradigma constitucional (los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley, artículo 13.1 CE) en aquel lugar se ha levantado un lacrarante monumento a la injusticia y al desprecio por los valores de la convivencia y de la libertad.

La policía aplica allí, con autoridad y sin control, la facultad de negar la entrada de los extranjeros. El problema no es menor. En el año 1992 cinco mil seiscientos treinta y nueve personas fueron rechazadas en aquella frontera. A todos se les aplicó el mismo régimen. Una vez que se produce la negativa policial el viajero es trasladado a una sala de tránsito donde se le aísla a la espera de ser embarcado hacia su país de origen.

El Defensor del Pueblo en su informe correspondiente a 1992 advertía a la Administración que se había comprobado «que las personas afectadas permanecían en estas dependencias por períodos prolongados (más de una semana), sin poder salir de dicha sala ni tener acceso a su equipaje y custodiadas por vigilantes jurados». Un Juez de Instrucción visitó aquellas dependencias el 20 de septiembre pasado. Hacia constar en un «acta de inspección» que los ciudadanos afectados por la prohibición de entrada eran recluidos en una sala grande (el informe del Defensor habla de 700 metros cuadrados) de las que se utilizan para la recogida de equipajes, amueblada con los medios habituales: una cinta transportadora de bultos y las sillas fijas colocadas en fila. Ese paisaje se había transformado con otros elementos, incorporados para modificar el destino de la habitación: dar cobijo a los viajeros con mala suerte. Había dos cuartos de baño, con ducha incluida, dos piezas limitadas por mamparas que ha-

cían las veces de dormitorio con diez camas cada una y un comedor. Además, máquinas de refresco, de tabaco, de café y un teléfono público.

Un vigilante jurado aseguraba que los afectados por la medida policial no abandonaban la sala hasta el momento en que fuese trasladados al avión de regreso a sus países. Aquel acta de inspección anotaba que los ocho adultos que allí se encontraban (junto a ellos estaban dos niñas de ocho y once años), cinco latinoamericanos y tres portugueses, ignoraban el por qué de la prohibición de entrada, no habían sido informados de sus derechos, ni de su situación legal, tampoco se les había entregado copia de la decisión policial, ni se les había dicho cuándo dejarían España.

El informe del Defensor del Pueblo cita el caso de una ciudadana nicaragüense que —según sus manifestaciones— había estado siete días durmiendo en una silla del aeropuerto, sin facilidades para hacer al menos una llamada telefónica, que fue «obligada a desnudarse para proceder a un cacheo sin que se le especificase el motivo ni las circunstancias de por qué se llevaba a efecto el mismo». También, reseñaba la presencia de dos ecuatorianos, que llevaban una semana allí recluidos, incomunicados e ignorantes del fin de la espera.

El Juez de Instrucción notaba la existencia de un asistente social encargado de comunicar al extranjero con el mundo exterior (legaciones diplomáticas, intérpretes) y de proveerle de moneda, medicinas y otros artículos.

Esa cruda realidad queda oculta a la opinión pública, se produce casi clandestinamente, fuera de los mecanismos habituales que en un Estado de derecho sirven para controlar la actuación gubernativa y para garantizar las libertades y los derechos fundamentales. Es por ello que no encontramos referencia a esa situación en la literatura jurisprudencial ni tampoco los autores y tratadistas que han trabajado en este campo se han ocupado de la retención de los extranjeros.

UNA NORMATIVA A LA MEDIDA

La libertad de entrada en nuestro país (reconocida en el artículo 19 CE) está regulada respecto a los extranjeros en la Ley Orgánica 7/1985, el Real Decreto 1119/86 que aprobó el reglamento de ejecución de la ley y la Orden del Ministro del Interior de 22 de febrero de 1989, sobre medios económicos que deberán acreditar quienes pretendan traspasar nuestras fronteras.

Los requisitos son: a) la posesión de la documentación necesaria (pasaporte o documento de identi-

dad y, en su caso, visado y certificados médicos); b) recursos económicos suficientes (entre ellos, billete de salida nominativo y cerrado, cinco mil pesetas por día y persona, con un mínimo de 50.000 ptas.); c) no estar afectado por una prohibición de entrada y, d) acceso por un puesto fronterizo.

El artículo 11 de la ley de extranjería dice que los servicios policiales «podrán rechazar a quien no reúna esos requisitos». Esa es la pieza maestra del sistema y la fuente de este conflicto. El tiempo del verbo sugiere que estamos ante una facultad de la policía, desnaturalizando desde el principio el pretendido derecho de los extranjeros —sometido a esas exigencias— de entrar en nuestro país. En ningún otro precepto se prevé la fórmula de ejecución de esa decisión administrativa.

Así empieza el paraíso de la arbitrariedad. El Defensor del Pueblo ha denunciado en su último informe que «gran parte de las actuaciones y decisiones de rechazo se toman sobre la base de la presunción de que determinados ciudadanos procedentes de países de bajo nivel de rentas vienen a nuestro país con el único objetivo de buscar trabajo, sin que los funcionarios intervinientes den crédito a las manifestaciones de estas personas sobre la razón de su viaje, que en ocasiones se corresponde solamente con motivos puramente turísticos, familiares o de visita a amigos y sin intención de permanecer ilegalmente en el país».

La mayoría de las personas que acceden a la frontera cumplen aquellos requisitos legales. Muchos son rechazados bajo la mera sospecha policial, sospecha que se alimenta de la apariencia externa del pasajero, su nacionalidad, su raza, la falta de un viaje programado o de reserva de hotel. Criterios todos ellos fabricados por una práctica policial que no se ve confrontada a ningún control de calidad, legalidad o pertinencia.

Esa ausencia de control ha inducido una despreocupación del aparato policial en la comprobación de los datos manifestados por los extranjeros. Desentendimiento que es producto directo de la ausencia de mecanismos de control y de responsabilidad. «La experiencia de años anteriores y el presente —leemos el informe del Defensor— pone de manifiesto que incidentes de rechazo en frontera se han producido con personas que realmente venían de turismo o con un fin concreto y temporal perfectamente comprobable. Para ello bastaba comprobar afirmaciones y alegaciones hechas por los interesados en la misma frontera, conectar con los parientes o personas que avalaban las verdaderas intenciones de estos turistas y comprobar hasta qué punto es cierto. En algunos casos simplemente se trataba de entrar en contacto con los consulados correspondientes. En no pocos casos no se ha hecho y, basados en una posición o en unas apariencias externas, se ha aislado a la persona en la zona internacional, se ha dificultado que tome contacto con parientes o amigos, e incluso en alguna ocasión se ha dificultado el contacto con un abogado».

¡Valiente espectáculo! La desidia de los agentes del sistema como respuesta a las tímidas demandas de los forasteros del Sur, ciudadanos también ellos, bien que de segunda o tercera fila. Desidia que se

convierte en el mejor protocolo para la aplicación rigurosa de la «legislación vigente». Lo dice el cantautor: la Madre Patria, menudo cuento ché.

LA RESPUESTA DE LAS INSTITUCIONES DE TUTELA

La realidad, tozuda, algunas veces traspasa las paredes de la dependencia fronteriza y se cuelga de las ventanas de las instituciones encargadas de la tutela de las libertades. El tratamiento que esas instancias han dado al problema, con la excepción del Defensor del Pueblo, ha sido elaborado en clave de conservación del sistema.

En la circunstancia que viven los extranjeros resulta imposible acudir a la vía jurisdiccional ordinaria (orden contencioso-administrativo) por la situación de aislamiento, la falta de notificación de la decisión gubernativa, la imposibilidad de contactar con abogados y, sobre todo, el tiempo, el tiempo que en la frontera juega en contra de la eficacia de los derechos.

La única alternativa posible es la de recurrir al procedimiento de *habeas corpus*, como mecanismo de provocar el conocimiento judicial. El derecho regulado en la LO 6/1984 representa un instrumento de garantía jurídica de la libertad personal o física, frente a las detenciones ilegales, que debe desencadenar la entrega al Juez de la persona detenida. El sustrato de hecho que habilita la actuación de ese proceso de amparo es la existencia de una limitación de la libertad. Por lo tanto, el problema a dilucidar es si el extranjero rechazado en la frontera se ve privado de libertad.

Según las estadísticas policiales en el año 1992 se plantearon ocho (sólo ocho) demandas de *habeas corpus* en Madrid. En un colectivo de casi seis mil personas, el dato es esclarecedor del margen de maniobra de los funcionarios y autoridades gubernativas. Tres resoluciones judiciales (su sede de conocimiento es el Juzgado de Guardia) estimaron las pretensiones de los extranjeros y cinco las rechazaron. Hasta agosto de 1993 se dedujeron treinta y dos demandas de amparo de la libertad y sólo tres fueron estimadas.

Las decisiones judiciales favorables a los extranjeros partían de la constatación de que los demandantes se encontraban privados de libertad. Además, cumplían los requisitos que la norma pide para la entrada en territorio nacional. Después de examinar, en unos casos, la legislación sectorial llegaban a la conclusión de que la Administración no estaba autorizada para privar de libertad a un viajero extranjero rechazado en la frontera. «Ante ese vacío legal, en un Estado de derecho, debe prevalecer la libertad valor superior del ordenamiento jurídico, frente a una potestad administrativa que carece de cobertura legal», auto de 20 de marzo de 1993, del Juzgado de Instrucción 38.

En otros casos el Juez de guardia consideraba que la detención «es una situación fáctica consistente en que la persona se vea impedida y obstaculizada para autodeterminar por obra de su voluntad una conducta lícita» lo que le obligaba, según su razonamiento, a conocer si era lícita o no la entrada

pretendida (ver auto de 2 de julio de 1993, Juzgado de Instrucción n.º 17).

Cuando los Jueces de Guardia no atendieron la demanda de amparo —generalmente no la admitieron a trámite— alegaron, cuando no usaron como es común una *resolución* impresa de las que impiden la individualización del conflicto, que el extranjero no estaba detenido o que *carecían de jurisdicción porque los actores se encontraban fuera de España*.

El criterio de la Fiscalía de Madrid se expone en su memoria de 1992. Bajo el epígrafe «extranjeros retenidos» se dice que la respuesta de los fiscales ha sido «uniforme» y que se ha informado negativamente a la petición de incoación del proceso. «Se ha pretendido —dice la memoria en referencia a las peticiones de HC— equiparar la condición de retenido por denegación de entrada con la de personas ilegalmente detenidas». De esa manera, sin albergar duda alguna, ha venido la Fiscalía a contribuir a nuestra cultura jurídica elaborando una nueva modalidad de retención, institución ya normalizada entre nosotros por la ley Corcuera. Donde la ley de extranjería dice la policía podrá rechazar debe leerse —según la propuesta— podrá retener (artículo 11.3 LO 6/1984).

El Defensor del Pueblo «advertía e insistía» que ese aislamiento forzoso consecutivo a la inadmisión del extranjero «puede llegar a constituir una forma de privación de libertad que debe estar sujeta a las garantías de protección previstas constitucionalmente para el derecho a la libertad».

DETENIDOS/RETENIDOS: LAS GARANTIAS

No puede negarse que los viajeros que son rechazados en la frontera del aeropuerto se ven privados de libertad durante cierto tiempo. Para compartir esa premisa ha de tenerse en cuenta:

1. que se les reduce a un lugar de espera de pequeñas dimensiones, del que no pueden salir. Lugar o dependencia que se encuentra en la zona de tránsito internacional del aeropuerto;
2. están sometidos a un control permanente por un vigilante armado;
3. están impedidos de tener relaciones sociales, excepto con personas que hayan seguido su misma suerte;
4. el tiempo de privación de libertad es variable: entre unas horas y varias semanas. Son los mismos criterios que manejó la Comisión de Derechos Humanos al decidir elevar al Tribunal con sede en Estrasburgo el caso Guzzar-

di (ver sentencia 6 de noviembre de 1980).

Hay que convenir un concepto de detención que garantice el derecho a la libertad y defina sus límites: a partir del momento en que el ciudadano no pueda elegir su situación en el espacio físico a causa de una actuación policial se habrá producido una injerencia en su libertad (tal y como propone el profesor Portilla Contreras, en la obra colectiva *Seguridad Ciudadana*). En su apoyo la STC 98/1986, de 10 de julio —tan citada y olvidada— consideraba como detención cualquier situación en la que la persona se viese impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención sería una pura situación fáctica, en la que no podrían hallarse zonas intermedias entre libertad y detención. Y ello en el horizonte proclamado en la misma decisión del Tribunal de que no «es tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución». Este es el caso.

El viajero se encuentra en una situación especial y distinta de los pasajeros en tránsito: sencillamente no puede moverse por a su capricho por esa zona.

Toda privación de libertad debe estar prevista en la ley (que debe ser orgánica por imperativo del artículo 81.1 CE) y ejecutarse en sus propios términos. Pues bien, sin necesidad de valorar la constitucionalidad de una norma que previera la detención de extranjeros en la frontera (lo que contempla el artículo 5.1 f del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos: «detención preventiva de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio») lo cierto es que no existe en nuestro ordenamiento precepto alguno que habilite a la autoridad a detener o retener —la retención es una trampa para desposeer de garantías a la libertad frente a la actuación de los agentes del sistema— a ciudadanos extranjeros en la frontera. Podrá no admitirlos en el país, lo que afectará a su libertad de entrada, pero no limitarles su libertad física.

Porque sabemos que las libertades sin un sistema de garantías no valen nada (Dran) es necesario reaccionar frente a la realidad que aquí se ha descrito. Y preparar respuestas coherentes a algunas cuestiones: ¿se puede detener a los niños extranjeros, sin atención a ningún límite de edad? ¿puede legítimamente concebirse un espacio policial de limitación de derechos al margen de la jurisdicción? ¿acaso, no se produce así una quiebra sustancial del Estado de derecho? ¿resultan aplicables en la frontera las normas del procedimiento administrativo? ... Para negar que aquellos forasteros sufren una detención podría recurrirse a la parábola del ángel exterminador que relató en imágenes Luis Buñuel.

JUSTICIA/CONFLICTO

Perfecto Andrés Ibáñez

**LA ASIGNACION DE SUCESOR
A TRAVES DE TERCERO**

Clara I. Asúa González

EL DELITO FISCAL

Antonio Aparicio Pérez

**LA PRORROGA FORZOSA
TRAS EL DECRETO BOYER**

Carlos Gómez de la Escalera

**LOS ROBOS CON VIOLENCIA O
INTIMIDACION DE LAS PERSONAS**

Ignacio Serrano Butragueño

**PROPIEDAD HORIZONTAL. ¿SON
NULOS O ANULABLES LOS
ACUERDOS CONTRA LEGEM?**

Ana Seisdedos Muíño

**INDEMNIZACIONES A ESPAÑOLES
PRIVADOS DE SUS BIENES
EN EL EXTRANJERO**

Carlos Díaz Barrado y Carlos
R. Fernández Liesa

**SEGURO DE CAUCION. ¿GARANTIA
PERSONAL O MODALIDAD
ASEGURADORA?**

María Pilar Barrés Benlloch

**LA INTERRUPCION DE LA
PRESCRIPCION TRIBUTARIA**

Ana María Juan Lozano

**EXENCIONES Y NO SUJECION
AL NUEVO IMPUESTO MUNICIPAL
DE PLUSVALIAS**

Germán Orón Moratal

**LA PROPINA Y SU REGIMEN
JURIDICO**

(Hostelería y Juegos de Azar)
J. Jesús de Val Arnal

**PROTECCION DEL FIADOR
EN VIA DE REGRESO**

Beatriz Alonso Sánchez

**LA INDEMNIZACION EN LA
EXPROPIACION FORZOSA DE
LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS**

Carlos González Alvarez

**SOCIEDAD DE GANANCIALES
Y PARTICIPACIONES SOCIALES**

Juan Cadarso Palau

LA ACCION NEGATORIA

Luis Martín-Ballestero Hernández

**PROMISCUIDAD SEXUAL Y
DETERMINACION JURIDICA
DE LA PATERNIDAD**

Corona Quesada González

LA PUBLICACION DE LA LEY

Paloma Biglino Campos

**EL CULTIVADOR PERSONAL
EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS
RUSTICOS**

José María Caballero Lozano

**ADMINISTRAR Y JUZGAR: DOS
FUNCIONES CONSTITUCIONALES
DISTINTAS Y COMPLEMENTARIAS**

Luciano Parejo Alfonso

HACIA LA JUSTICIA

Luis García San Miguel

**LA MOTIVACION DEL ACTO
ADMINISTRATIVO**

Marcos M. Fernando Pablo

EDITORIAL TECNOS

Josefa Valcárcel, 27 - 28027 MADRID
Tel. 320 01 19

De venta en las principales librerías

Solicite catálogo al aptdo 14632

Ref D. de C. 28080 MADRID.

Comercializa:

GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL, S.A.

Ferrer del Río, 35. Tel. (91) 564 30 80 28028 MADRID