

EXTRANJERÍA

21. DERECHO DE ASISTENCIA LETRADA Y DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN LOS SUPUESTOS DE DEVOLUCIÓN DE EXTRANJEROS

Forma en la que la Policía Nacional debe realizar la devolución de ciudadanos extranjeros que, en situación irregular, llegan al territorio español provenientes de Francia. Reconocimiento de los derechos de asistencia letrada y, en su caso, asistencia jurídica gratuita *.

ANTECEDENTES

1. En el escrito de consulta se hace constar lo siguiente:

«El día 29 de abril de 2005 se recibió en esta Abogacía del Estado solicitud verbal de informe urgente por parte del Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa en relación al modo en que la Policía Nacional debe realizar la devolución de ciudadanos extranjeros que eventualmente lleguen a territorio español provenientes de Francia. El informe solicitado tiene causa en el hecho de que el 25 de abril de 2005 más de doscientos pakistaníes entraron en España por el puesto fronterizo de Irún; la Policía Nacional los detuvo en diferentes poblaciones españolas, entre ellas San Sebastián, y sin darles asistencia jurídica letrada los entregó a Francia en virtud del Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular.

En el informe emitido el día 4 de mayo de 2005 [...] esta Abogacía del Estado concluyó que:

1. La devolución de extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país solamente se podrá realizar en aquellos casos en que el extranjero no se halle todavía en territorio español.

2. El derecho de asistencia letrada debe otorgarse a todo ciudadano incurso en un procedimiento administrativo siempre que se encuentre físicamente en territorio español, aún cuando se encuentre en situación irregular.

* Dictamen de la Abogacía General del Estado de 20 de mayo de 2005 (ref.: A. G. Servicios Jurídicos Periféricos 7/05). Ponente: Raquel Ramos Vallés.

Como consecuencia del informe emitido por esta Abogacía del Estado, el Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa elevó la cuestión a la Delegación del Gobierno en el País Vasco puesto que la Comisaría de Irún no está conforme con el criterio seguido en el informe en cuestión, al no ser éste el que se sigue con carácter general en el resto de provincias.

El criterio de la Comisaría de Irún, que consta en el escrito que el Delegado del Gobierno en el País Vasco remite al Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa, se puede resumir en los siguientes extremos:

1. La preeminencia del Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular [...] sobre la normativa estatal, esto es, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 2393/2004.

2. La no aplicación de la figura jurídica de la devolución (art. 28.2 LO 4/2000 y art. 157 RD 2393/2004) en aquellos supuestos en los que los extranjeros llegaran a España procedentes de un país integrado en el Acuerdo Schengen y, por lo tanto, la no necesidad de conceder a los extranjeros que se encuentren en esta situación asistencia letrada.

Una vez que el Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa recibe el citado escrito, solicita, nuevamente, informe a esta Abogacía del Estado sobre las dos cuestiones mencionadas.»

2. En escrito de consulta concluye solicitando la emisión de informe en los siguientes términos:

«Por lo expuesto y en relación a estas dos cuestiones. En virtud del artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, elevo consulta a la Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Subdirección General de los Servicios Consultivos), debido a las serias dudas jurídicas y la posible afectación al interés general que del asunto se podría derivar [...]»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Se solicita informe acerca de la forma en que la Policía Nacional ha de efectuar la devolución de los ciudadanos extranjeros que, en situación irregular, lleguen al territorio español provenientes de Francia y, concretamente, a la procedencia o no de conferir a los mismos el derecho de asistencia letrada.

A tal respecto la Abogacía del Estado en Guipúzcoa considera que, conforme a la normativa y a la jurisprudencia aplicables, el derecho de asistencia letrada se ha de reconocer a cualquier ciudadano extranjero que se encuentre físicamente en territorio español, incluso a aquellos que se encuentren en situación irregular. Por su parte, el Delegado del Gobierno

21 en el País Vasco traslada al Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa el criterio discrepante de la Comisaría de Irún, que entiende que el Acuerdo suscrito entre la República Francesa y el Reino de España sobre readmisión de personas en situación irregular ha de considerarse prevalente sobre la normativa estatal en materia de extranjería, y que la figura jurídica de la devolución no es aplicable en los supuestos de extranjeros que lleguen a España procedentes de un Estado integrado en el Acuerdo de Schengen.

A fin de resolver la cuestión sobre la que se solicita informe procede examinar, en primer lugar, el alcance o extensión subjetiva del derecho a la asistencia letrada, así como la regulación del derecho de asistencia jurídica gratuita, tanto con carácter general (Ley 1/1996, de 12 de enero, reguladora de la asistencia jurídica gratuita), como en materia de extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social, y Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha Ley), con el fin de determinar si los extranjeros que se encuentren en situación irregular dentro del territorio español pueden ser titulares de los citados derechos conforme a la normativa española. Una vez delimitado, en los términos anteriores, el ámbito subjetivo de los derechos de asistencia letrada y de asistencia jurídica gratuita en el ordenamiento jurídico español se examinará, a continuación, la incidencia que en esta materia puedan tener determinados Tratados internacionales suscritos por España, concretamente, el Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España para la readmisión de personas en situación irregular hecho *ad referendum* en Málaga el 26 de noviembre de 2002, y Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes de los Estados contratantes.

II. De acuerdo con lo indicado, procede examinar, en primer lugar, el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia letrada y, concretamente, si la regulación que el ordenamiento jurídico español establece al respecto permite considerar titulares de dicho derecho a los extranjeros que, en situación irregular, lleguen al territorio español procedentes de Francia.

El derecho a la asistencia letrada forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española (CE), cuyo párrafo segundo expresamente dispone que «todos tienen derecho [...] a la defensa y asistencia de letrado [...]». Como ha declarado el Tribunal Constitucional, mientras el artículo 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso mismo al proceso, el 24.2 asegura también esa «tutela efectiva» pero a través del correcto juego de los instrumentos procesales (sentencia n.º 46/82, de 12 de julio). Por la ubicación sistemática del precepto en el que se inserta –que se encuentra incluido en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la CE–, el derecho a la asistencia letrada constituye un derecho fundamental que, en cuanto tal, goza de la protección prevista en el artículo 53.2 de la CE y ha de ser desarrollado mediante Ley Orgánica (art. 81.1 CE).

En cuanto al reconocimiento del derecho de asistencia letrada a los extranjeros, ha de citarse, como punto de partida, lo dispuesto con carácter general en el artículo 13.1 de la CE, a cuyo tenor «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

Al examinar los derechos de que pueden ser titulares los extranjeros en España, el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre) ha distinguido tres supuestos:

a) Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regulación ha de ser igual para ambos, sin posibilidad alguna de modulación o atemperación respecto a los extranjeros: son los derechos que corresponden a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano, es decir, aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, la cual, conforme al artículo 10.1 de la CE, es uno de los fundamentos del orden político español. Se incluyen aquí el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica (sentencia núm. 107/84, de 23 de noviembre), el derecho a la libertad personal y a la seguridad (sentencia núm. 115/87, de 7 de julio), y el derecho a la tutela judicial efectiva (sentencia núm. 99/85, de 30 de septiembre).

b) Derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, como los reconocidos en el artículo 23 de la CE, según dispone el artículo 13.2 de la CE, con las salvedades que establece este último precepto (sentencias núms. 107/84 y 99/85, ya citadas).

c) Derechos que pertenecerán o no a los extranjeros, según lo dispongan los Tratados y las Leyes, siendo respecto a tales derechos admisible la diferencia de trato con los españoles, en cuanto a su ejercicio, siempre y cuando se respeten plenamente los mandatos constitucionales. En cuanto a estos derechos, en suma, se reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio por los extranjeros, pero no la de configurar libremente su contenido sin respetar las prescripciones constitucionales (sentencias núms. 107/84 y 115/87, de 7 de julio).

Partiendo de la anterior clasificación de derechos de los extranjeros efectuada por el Tribunal Constitucional, resulta evidente que el derecho a la asistencia letrada, como manifestación procesal del derecho a la tutela efectiva del artículo 24 de la CE, se encuentra incluido en el primer grupo de derechos antes mencionado, es decir, en los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, sin posibilidad de modulación o atemperación respecto a estos últimos, pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional (sentencias núms. 115/87, de 7 de julio y 99/85, de 30 de septiembre), la condición de extranjero es irrelevante en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho reconocido «a todas las personas», sin atención a su nacionalidad, no sólo por la dicción

21 literal del precepto, sino por vía interpretativa *ex* artículo 10.2 de la CE, según lo establecido en los artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 6.1 de la Convención de Roma y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Estrechamente relacionado con el derecho a la asistencia letrada del artículo 24.2 de la CE se encuentra el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional que en su sentencia núm. 95/2003, de 22 de mayo, declara lo siguiente:

«La relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ha sido puesta de manifiesto por este Tribunal en no pocas ocasiones. Así, en la reciente STC 183/2001, de 17 de septiembre, recordando la doctrina sentada en la STC 117/1998, de 2 de junio, afirmábamos que el artículo 119 CE, al establecer que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga una ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”, consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna “persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar” (STC 138/988, 16/1994).»

Pues bien, conforme al artículo 119 de la CE «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

A diferencia de lo que ocurre con el derecho a la asistencia letrada previsto en el artículo 24 de la CE, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que no se encuentra comprendido en la Sección 1.^a del Capítulo Segundo del Título I, no es un derecho fundamental, y su regulación se ha de efectuar mediante ley ordinaria. Se trata, por otra parte, de un derecho perteneciente a la tercera de las categorías de la clasificación anteriormente expuesta, esto es, un derecho que pertenece a los extranjeros en la medida en que lo establezca la ley. Ello no obstante, el Tribunal Constitucional ha declarado (sentencia núm. 95/2003, de 22 de mayo) que existe en el artículo 119 de la CE un «contenido constitucional indisponible» que el legislador ha de respetar:

«Ahora bien, del propio tenor del inciso primero del artículo 119 CE, según el cual la justicia será gratuita “cuando así lo disponga la ley” se desprende que no nos hallamos ante un derecho absoluto e ilimitado. Por el contrario, se trata de un “derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias” (STC 16/1994). [...] La

amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del artículo 119 CE no es, sin embargo, absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá “en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Existe, por consiguiente (como también señala la STC 16/1994, F. 3), un “contenido constitucional indisponible” para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar (STC 117/1998).»

En desarrollo del artículo 119 de la CE se dictó la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora del derecho a la asistencia jurídica gratuita, cuyo artículo 2, bajo la rúbrica «ámbito personal de aplicación», dispuso que:

«En los términos y con el alcance previsto en esta Ley y en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:

a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

[...]

f) En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo.»

La delimitación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia jurídica gratuita efectuada en la Ley 1/1996 (de acuerdo con la cual sólo serían titulares de dicho derecho los extranjeros con residencia legal en España, así como los extranjeros sin residencia legal, en los procesos relativos al derecho de asilo), ha sido matizada por el Tribunal Constitucional, que en la citada sentencia 95/2003, de 22 de mayo de 2003, declaró inconstitucional la exigencia de residencia legal a la que se supeditaba el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita en el caso de extranjeros, declarando que:

«Adicionalmente debemos precisar, coherentemente con la fundamentación jurídica de esta Sentencia, que la expresión “que residan (en España)” habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el artículo 13.1.b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el artículo 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

integración social, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad que debemos realizar.»

Ha de concluirse, en consecuencia, que si bien el artículo 2.a) de la Ley 1/1996 excluyó del ámbito subjetivo de aplicación del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que se encontrasen irregularmente en territorio español –salvo en los procedimientos relativos al derecho de asilo que pudieran plantear dichos extranjeros en situación irregular–, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de dicha previsión legal y ha considerado que el derecho de asistencia jurídica gratuita ha de reconocerse a cualquier extranjero que se encuentre en territorio español, aunque sea en situación irregular, esto es, sin la correspondiente autorización administrativa de estancia o residencia.

A modo de recapitulación, cabe indicar que el derecho a la asistencia letrada del artículo 24.2 de la CE, como manifestación procesal del derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho fundamental que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha de reconocer a los extranjeros que se encuentren en España en idénticos términos que a los ciudadanos españoles; y que el derecho a la asistencia jurídica gratuita que consagra el artículo 119 de la CE, aun no siendo un derecho fundamental, guarda estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y, pese a ser un derecho de configuración legal, tiene un contenido constitucional indisponible para el legislador ordinario, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que tal derecho ha de reconocerse a cualesquiera extranjeros que, careciendo de recursos económicos, se encuentren físicamente en territorio español, sin que sea preciso a tales efectos el cumplimiento del requisito de residencia legal en España que exigió el artículo 2.a) de la Ley 1/1996.

III. Examinada la configuración constitucional del derecho a la asistencia letrada y la regulación general del derecho a la asistencia jurídica gratuita (Ley 1/1996 e interpretación que de la misma ha efectuado el Tribunal Constitucional), procede analizar a continuación el concreto tratamiento de estos derechos en la legislación sectorial aplicable en materia de extranjería.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social (parcialmente modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre), establece con carácter general en su artículo 3.1 que:

«Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.»

En consonancia con la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental que corresponde en todo caso a los extranjeros en España en idénticas condiciones que a los ciudadanos españoles, a la que anteriormente se ha aludido, el artículo 20.1 de la LO 4/2000 dispone que «los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva», expresión comprensiva del derecho a la asistencia letrada a que se refiere el artículo 24.2 de la CE.

Más concreta es la regulación que la normativa en materia de extranjería contiene respecto del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

El artículo 22 de la LO 4/2000 regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros en España en los siguientes términos:

«1. Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

2. Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.»

El precepto transcrito es suficientemente explícito en cuanto al reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que se encuentren en territorio español: basta que los mismos «se hallen en España», situación meramente fáctica que no se vincula a la estancia o residencia legal en nuestro país, extendiéndose el reconocimiento de tal derecho a los procedimientos administrativos que puedan llevar a la denegación de su entrada o a su devolución. Ha de concluirse, en suma, que, conforme al artículo 22.1 de la LO 4/2000, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita viene impuesto en los supuestos que se examinan (extranjeros que, provenientes de Francia, llegan a España en situación irregular y que, por tal motivo, son objeto de un procedimiento de devolución).

Y, como no podía ser de otra forma, la regulación contenida en el Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, hace especial hincapié en el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en los supuestos de denegación de entrada, expulsión, retorno y devolución.

Así, el artículo 13.1 del citado Reglamento, relativo a la denegación de entrada en territorio español, dispone que la resolución en la que se deniegue la entrada deberá ser motivada e informar, entre otros extremos, «[...] del derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio en el caso

21 de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes y, en su caso, de intérprete [...]».

Por su parte, el artículo 131.2, al regular el procedimiento preferente de expulsión, dispone que «en estos supuestos, el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos».

Asimismo, el derecho del interesado «a la asistencia jurídica gratuita, en el caso de que carezca de recursos económicos suficientes» forma parte del contenido mínimo del acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión, conforme al artículo 139 del Reglamento de continua referencia.

En los supuestos de retorno que, conforme al artículo 156 de dicha norma reglamentaria, procederá «cuando el extranjero se presente en un puesto fronterizo habilitado y no se le permita la entrada en el territorio nacional por no reunir los requisitos», la resolución que se dicte necesariamente habrá de acreditar el cumplimiento, entre otros, del trámite de «información al interesado de su derecho a la asistencia jurídica, que será gratuita en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes [...]».

Y, en fin, lo mismo cabe señalar respecto al supuesto de devolución de extranjeros al que específicamente se circunscribe la consulta que da lugar a la emisión del presente informe.

El artículo 58.2 de la LO 4/2000 dispone que:

«No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

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

En desarrollo de este precepto de la LO 4/2000, el artículo 157 del Reglamento para su ejecución dispone lo siguiente:

«1. De conformidad con lo establecido en el artículo 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no será preciso un expediente de expulsión para la devolución, en virtud de orden del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos:

[...]

- b) Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país; se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.

[...]

3. En cualquiera de los supuestos del apartado 1, el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar una orden de devolución tendrá derecho a la asistencia jurídica, que será gratuita en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen.

[...]

Existe, en definitiva, un reconocimiento expreso en el Reglamento para la ejecución de la LO 4/2000 del derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros que, pretendiendo entrar ilegalmente en el territorio español, sean objeto de un procedimiento de devolución, como sería el caso.

De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que, conforme a la legislación española en materia de asistencia jurídica gratuita [Ley 1/1996, de 10 de enero, según la interpretación que de su art. 2.a) ha efectuado el Tribunal Constitucional], y en materia de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero, y Reglamento para su ejecución), resulta obligado conferir el derecho a la asistencia jurídica gratuita a aquellos extranjeros que, en situación irregular, lleguen al territorio español provenientes de Francia y sean objeto de un procedimiento de devolución.

Procede examinar si la conclusión anterior puede quedar desvirtuada en virtud de lo dispuesto en los Acuerdos internacionales celebrados por España y, concretamente, en el Acuerdo suscrito entre la República Francesa y el Reino de España el 26 de noviembre de 2002 para la readmisión de personas en situación irregular, y en el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes de los Estados contratantes.

IV. Con fecha de 26 de noviembre de 2002 se suscribió un Acuerdo de readmisión de personas en situación irregular entre la República Francesa y el Reino de España.

En su artículo 5, los Estados contratantes se comprometen a «readmitir en su territorio, a solicitud de la otra Parte Contratante y sin formalidad alguna, al nacional de un tercer Estado que no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones de entrada o estancia aplicables en el territorio de la Parte Contratante requirente, siempre que se acredite que dicha persona entró en el territorio de esa Parte después de haber residido o transitado por el territorio de la Parte Contratante requerida».

Por su parte, el artículo 7 del Acuerdo de referencia dispone lo siguiente:

«Las autoridades de frontera de cada una de las partes contratantes readmitirán inmediatamente en su territorio a los extranjeros, nacionales de un país tercero, que sean presentados, por las autoridades de frontera de la otra parte, dentro de las cuatro horas posteriores al paso ilegal de la frontera común.»

21 El Acuerdo de 26 de noviembre de 2002 articula un procedimiento de devolución inmediata de extranjeros en situación irregular entre los Estados de Francia y España que atiende a un criterio temporal («extranjeros que sean presentados por las autoridades de frontera de la otra parte dentro de las cuatro horas posteriores al paso ilegal de la frontera común»), frente al criterio espacial que el Reglamento de la LO 4/2000 establece en los supuestos de devolución que, con carácter general, regula en el artículo 157.1.b) («extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones»).

Ha de señalarse a este último respecto que el criterio espacial definido en el citado artículo 157.1.b) del Reglamento de la LO 4/2000 se ajusta al criterio manifestado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de marzo de 2003, en la que se anularon determinados preceptos del anterior Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 21 de julio, y, concretamente, su artículo 138.1.b), que, al extender el ámbito de aplicación de los supuestos de devolución no sólo a los extranjeros que se encontrasen en la frontera o en sus inmediaciones, sino también a los que se interceptasen en el interior del territorio nacional, en tránsito o ruta, incurrió en extralimitación respecto del contenido del artículo 58.2.b) de la LO 4/2000.

Cabe señalar que la necesidad de respetar el contenido del artículo 58.2.b) de la LO 4/2000 en la definición del criterio espacial del derecho de devolución de extranjeros es exigible, por aplicación del principio de jerarquía normativa, respecto de los reglamentos que se dicten en desarrollo de la citada Ley Orgánica, no así a los Tratados o Acuerdos Internacionales que, con respeto a la legalidad vigente, pueda concluir el Reino de España con otros Estados en materia de inmigración o extranjería. Cabe, asimismo, señalar que, pese al establecimiento de criterios distintos en la delimitación del derecho de devolución [criterio temporal de las «cuatro horas desde el paso ilegal de la frontera común» al que se atiende en el Acuerdo de 26 de noviembre de 2002, y criterio espacial de los «extranjeros interceptados en la frontera o en sus inmediaciones» establecido en el artículo 157.1.b) del Real Decreto 2393/2004], las consecuencias prácticas derivadas de la aplicación de uno u otro criterio serán, en la mayor parte de los casos, coincidentes, puesto que el establecimiento de un plazo de cuatro horas desde el paso ilegal de la frontera para poder efectuar la devolución supone un lapso temporal limitado en el que el desplazamiento del extranjero por el territorio español previsiblemente se habrá circunscrito al ámbito espacial de «la frontera o sus inmediaciones».

Pues bien, este Centro Directivo considera que el Acuerdo suscrito el 26 de noviembre de 2002 entre la República Francesa y el Reino de España para la readmisión de personas en situación irregular no afecta a la exigencia impuesta por la normativa española de que a los extranjeros objeto de un procedimiento de devolución se les haya de reconocer el

derecho de asistencia jurídica gratuita. Y ello con base en las consideraciones que seguidamente se exponen:

1. Inexistencia de contradicción entre el Acuerdo de 26 de noviembre de 2002 y la normativa española en materia de extranjería.

A juicio de este Centro Directivo no existe contradicción alguna entre las disposiciones que se examinan (Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España para la readmisión de personas en situación irregular, de 26 de noviembre de 2002, de una parte, y LO 4/2000, de 11 de enero y normativa de desarrollo de la misma, de otra), por lo que no procede examinar los criterios de prevalencia en la aplicación de uno y otras.

Efectivamente, el Acuerdo de 26 de noviembre de 2002 articula un procedimiento de devolución de extranjeros en situación irregular entre dos Estados limítrofes, España y Francia, en virtud del cual las Partes Contratantes establecen una serie de compromisos recíprocos tendentes a facilitar el procedimiento de devolución de los extranjeros que se encuentren en la referida situación. Constituye, en suma, la plasmación de un acuerdo internacional de voluntades entre los Estados de España y Francia en orden a facilitar o agilizar la devolución de extranjeros en situación irregular, que ni aborda el régimen de derechos y garantías aplicables a los extranjeros, ni contradice la regulación general que al respecto se establece en la LO 4/2000 y en su Reglamento de desarrollo.

El propio Preámbulo del Acuerdo Internacional se encarga de declararlo expresamente, al disponer que su suscripción responde al deseo de las Partes Contratantes de desarrollar la cooperación, con la finalidad de «garantizar una mejor aplicación de las disposiciones relativas a la circulación de personas, dentro del respeto a los derechos y garantías previstos por las Leyes y Reglamentos vigentes».

Por ello, no cabe entender que el Acuerdo internacional de continua referencia suponga una derogación singular del régimen de derechos y garantías aplicables a los extranjeros conforme a la legislación de los Estados firmantes en los supuestos de devolución. Se pretende, sencillamente, mejorar la cooperación entre ambos Estados en los supuestos de devolución de extranjeros, pero «con pleno respeto a los derechos y garantías previstos en las Leyes y Reglamentos vigentes», derechos en los que ha de entenderse incluido el derecho a la asistencia jurídica gratuita que, como ya se ha indicado, nuestra legislación reconoce a los extranjeros en los supuestos de devolución.

Las referencias que en el Acuerdo Internacional se contienen respecto a la «readmisión sin formalidad alguna» de extranjeros (art. 5) o a la «readmisión inmediata» de los mismos (art. 7), han de entenderse referidas al *modus operandi* que, en sus relaciones bilaterales, las Partes Contratantes se comprometen a respetar al efectuar las eventuales devoluciones que hayan de producirse, sin prejuzgar, se insiste, el cumplimiento que a cada uno de los Estados incumbe respecto de los derechos y garantías

21 aplicables a los extranjeros en situación irregular que se encuentren en sus respectivos territorios, conforme a las leyes y reglamentos internos.

A mayor abundamiento, en el artículo 25 del Acuerdo se añade que el mismo no afectará a «la aplicación de las disposiciones de los acuerdos suscritos por las Partes en el ámbito de la protección de los derechos humanos», siendo así que el derecho de asistencia letrada se encuentra consagrado en el artículo 6.3 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. Existencia, en otro caso, de un trato discriminatorio carente de justificación objetiva.

Una solución contraria a la que aquí se sostiene (conforme a la cual, se insiste, se ha de reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a cualquier extranjero que sea objeto de un procedimiento de devolución) llevaría a una absurda e injustificada diversificación del régimen jurídico aplicable a los derechos de los extranjeros sujetos a un procedimiento de devolución, según que dicha devolución fuese acordada por el procedimiento general previsto en el artículo 157 del Reglamento de la LO 4/2000, o en ejecución del Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España de 26 de noviembre de 2002: se habría de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que se encontrasen en el primer caso, y carecerían de ese mismo derecho los extranjeros cuya devolución se adoptase en ejecución del Acuerdo de 26 de noviembre de 2002, lo cual, como se ha indicado, constituye una diferencia de trato carente de justificación objetiva que, como tal, no resulta jurídicamente admisible, máxime cuando tales diferencias afectan a un ámbito tan susceptible de protección como es el de los derechos subjetivos de la persona.

3. Solución ajustada a lo establecido en la disposición adicional sexta de la LO 4/2000.

La disposición adicional sexta de la LO 4/2000, introducida por el artículo 1.41 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, bajo la rúbrica «Acuerdos de readmisión», dispone lo siguiente:

«A los extranjeros que, en virtud de los acuerdos que regulen la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España deban ser entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado al territorio español, les será se aplicación lo dispuesto en los citados acuerdos y en esta Ley, así como su normativa de desarrollo.»

Si la LO 4/2000, en la disposición adicional transcrita, establece expresamente la necesidad de aplicar a los extranjeros que sean entregados o enviados a otros países en ejecución de los Acuerdos internacionales de readmisión suscritos por España lo dispuesto no sólo en dichos Acuerdos, sino también en la propia LO y en su normativa de desarrollo, está explicitando la voluntad del legislador de que en todo caso resulten aplica-

bles a tales extranjeros las previsiones de la legislación española en materia de extranjería, incluyendo el régimen de derechos y garantías de los extranjeros que en la misma se prevé, además de lo establecido en los correspondientes Acuerdos de readmisión, siendo unos (los Acuerdos internacionales de readmisión) y otros (los preceptos de la LO 4/2000 y los de su normativa de desarrollo), de aplicación plenamente compatible, por expresa declaración legal.

La disposición adicional sexta de la LO 4/2000 (introducida por una modificación normativa –la LO 14/2003, de 20 de noviembre– posterior a la fecha del Acuerdo hispano-francés de 26 de noviembre de 2002), resulta plenamente aplicable al mismo, por tratarse precisamente de un acuerdo de readmisión de personas en situación irregular.

Por lo demás, estando estrechamente relacionadas las operaciones de readmisión y devolución, en cuanto actuaciones si no idénticas sí, al menos, afines, no se aprecia la existencia de obstáculo legal alguno que impida considerar aplicable lo preceptuado en la disposición adicional sexta de la LO 4/2000 a los supuestos de devolución de extranjeros en ejecución de tratados o acuerdos internacionales suscritos por España.

V. Resta analizar si la exigencia que la normativa española impone en orden al reconocimiento del derecho de asistencia jurídica a los extranjeros en situación irregular que hayan de ser objeto de devolución puede quedar desvirtuada en los supuestos en los que la devolución se refiera a extranjeros que lleguen a territorio español procedentes del espacio Schengen.

En concreto, se plantea «una discrepancia acerca del alcance de la figura de la devolución prevista en la Ley Orgánica 4/2000 (art. 58.2 y art. 157 del Real Decreto 2393/2004) en el ámbito del territorio Schengen, puesto que el Acuerdo Schengen hace una clara distinción entre fronteras interiores o exteriores, suprimiendo respecto de las primeras, con carácter general los puestos fronterizos y el control de las personas. En otros términos, siendo el territorio Schengen un espacio común delimitado por las fronteras exteriores, el concepto de entrada ilegal en España y, por tanto, la figura de la devolución podría estar referida únicamente a la entrada ilegal desde terceros países que no integran el territorio Schengen. La infracción administrativa consistente en la entrada ilegal en el país se produce cuando se accede ilegalmente al territorio Schengen, no cuando se transita, careciendo de las autorizaciones pertinentes, de un país del Acuerdo Schengen a otro País firmante».

Este Centro Directivo considera que los anteriores argumentos no son atendibles, habiendo de confirmarse los razonamientos jurídicos efectuados por la Abogacía del Estado en Guipúzcoa en su propuesta de informe.

El Acuerdo de Schengen, suscrito el 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de Bélgica, de la República Federal Alemana, de la República

21 Francesa, del Gran Ducado de Luxemburgo y del Reino de los Países Bajos (y en vigor desde el 26 de marzo de 1995 para dichos Estados y para los Estados adheridos de España y Portugal), surge con el objetivo de «suprimir los controles en las fronteras comunes para la circulación de los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas y de facilitar en ellas la circulación de mercancías y servicios».

Ahora bien, el artículo 7 de dicho Acuerdo impone a los Estados parte la necesidad de coordinar sus políticas en materia de visados, con el fin de evitar las consecuencias negativas en materia de inmigración, instándoles a adoptar las medidas necesarias antes del 1 de enero de 1986 con el fin de «aplicar sus procedimientos relativos a la expedición de visados y a la admisión en su territorio». Por su parte, en su artículo 17 se insta a los Estados Parte a «tomar medidas complementarias para salvaguardar la seguridad y para impedir la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas». La supresión de los controles en frontera que constituye el objetivo del Acuerdo Schengen no implica, en consecuencia, ni la desaparición de las fronteras interiores ni la desaparición de la legislación de cada Estado parte en materia de inmigración y extranjería.

Por ello, el Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen, define, en su artículo 1, y menciona reiteradamente a lo largo de su articulado, no sólo las «fronteras exteriores», sino también las «fronteras interiores» de los Estados contratantes, cuya existencia, por tanto, no cabe entender que haya desaparecido como consecuencia de la suscripción del Acuerdo de Schengen. De haber sido ése el caso, carecería de justificación o razón de ser el propio Acuerdo hispano-francés de 26 de noviembre de 2002, pues no tendría sentido un acuerdo de readmisión de extranjeros en situación irregular entre España y Francia si, como consecuencia del Acuerdo de Schengen, la figura de la devolución hubiera quedado circunscrita a las fronteras exteriores del Espacio Schengen.

Por otra parte, y como acertadamente se indica por la Abogacía del Estado en Guipúzcoa, la normativa española sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero), contempla expresamente en su artículo 16.1.c) la posibilidad de ordenar la expulsión o devolución de tales ciudadanos por razones de orden público, seguridad pública o de salud pública, de donde se desprende que, si existe una previsión legal que ampara la devolución de ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea con mayor motivo podrá aplicarse la figura de la devolución, dentro del Espacio Económico Europeo, respecto a ciudadanos extranjeros.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

Primera. De acuerdo con las consideraciones efectuadas en los fundamentos jurídicos II y III del presente informe, los extranjeros en situación irregular que, procedentes de Francia, pretendan entrar en territorio español y sean objeto de un procedimiento de devolución tienen derecho a la asistencia letrada y, en caso de carecer de recursos económicos, derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Segunda. De acuerdo con las consideraciones efectuadas en los fundamentos IV y V, la anterior conclusión no queda desvirtuada por la aplicación del Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular suscrito entre la República Francesa y el Reino de España de 26 de noviembre de 2002, ni por lo dispuesto en el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes de los Estados contratantes, por lo que a los extranjeros que, a requerimiento de las autoridades españolas, sean objeto de readmisión en Francia en virtud del Acuerdo primeramente citado debería reconocérseles el derecho a la asistencia jurídica y, en caso de carecer de recursos económicos, a la asistencia jurídica gratuita.