



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas



INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA EN ESPAÑA POR SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ

ÍNDICE

Resúmenes.....	
Introducción	
Objetivos	
Objetivo General	
Objetivos Específicos	
Marco Teórico	
Un estado del Arte sobre la Legislación en Inmigración y Extranjería en España.	
.....	
Jurisprudencia en Extranjería en España	
Derechos de Inmigración según el Convenio Europeo de Derechos Humanos	
.....	
El Convenio de Dublín.....	
COVID-19	
Estatuto de Apatridia	

Resumen

El objetivo del presente trabajo es analizar la situación migratoria en Europa y España, los problemas migratorios que se ha generado y las leyes nacionales e internacionales que se han generado con respecto a este tema en marco de los derechos humanos fundamentales que tiene cada persona. Esto se logró a través de una revisión documental de los conceptos, teorías y legislaciones relevantes en el tema, lo que llevó a concluir que existen diversas situaciones y marcos jurídicos que permiten tratar el complicado panorama de la extranjería en el continente.

Palabras Clave: Extranjería, Europa, Marco Jurídico, Legalidad, Inmigración

Abstract

The objective of this work is to analyze the migratory situation in Europe and Spain, the migratory problems that have been generated and the national and international laws that have been generated regarding this issue within the framework of the fundamental human rights that each person has. This was achieved through a documentary review of the relevant concepts, theories and legislation on the subject, which led to the conclusion that there are various situations and legal frameworks that allow dealing with the complicated landscape of foreigners on the continent.

Keywords: Immigration, Europe, Legal Framework, Legality, Immigration

Introducción

Al mirar hacia la historia de inmigración internacional, particularmente en España, es posible afirmar que, a través de ella, se ha contribuido al crecimiento demográfico actual en el país. En primer lugar, al referirse a migraciones, es necesario analizar los hechos y circunstancias que rodean y motivan el fenómeno, es decir, las diversas características socioeconómicas, culturales y políticas, entre otras, tanto a nivel individual como colectivo, que impulsan a una persona a desplazarse de su lugar de residencia actual hacia otro, y especialmente uno que se encuentra en un país distinto.

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, en el año 2013, aproximadamente, 232 millones de personas se encontraban viviendo fuera de su país de origen, esto significa que, por lo menos, un 2% de la población mundial reside fuera de las fronteras de su país natal, así pues, no sería una exageración estimar que la movilización de las personas en términos generales ha aumentado con el paso de los años y, en vista de los acontecimientos socioeconómicos y políticos, especialmente en los países subdesarrollados y en vías de desarrollo, ocurridos en lo que va de este siglo XXI, este fenómeno está adquiriendo nuevas dimensiones.

En no pocas ocasiones la baja calidad de vida o el desempleo en un país en particular aumenta el flujo de migraciones internacionales, como respuesta a la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano y que, de igual manera, está contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25: «toda persona tiene derecho a 'un nivel de vida adecuado'» esto puede interpretarse como: es un derecho del ser humano el buscar nuevas oportunidades para la consecución de una mejor calidad de vida, aún si esto significa abandonar su país de origen.

No obstante, al intensificarse los flujos migratorios, los países con menor renta, o problemas internos políticos y económicos, están pasando por una nueva crisis y es el del control de inmigrantes, en la actualidad muchos de los países con mayor flujo de inmigración teniendo de esta forma problemas

administrativos y retrasos en dar respuestas a los ciudadanos de otros países que buscan la residencia para regularizar su situación migratoria.

Con el presente trabajo se quiere analizar la situación migratoria en Europa y España, los problemas migratorios que se ha generado y las leyes nacionales e internacionales que se han generado con respecto a este tema en marco de los derechos humanos fundamentales que tiene cada persona.

Objetivos

Objetivo General

Analizar la situación migratoria en España y Europa desde la perspectiva de las leyes nacionales e internacionales.

Objetivos Específicos

Establecer un Estado del Arte sobre la situación migratoria en España y Europa

Describir el marco legal y jurisprudencial de la situación migratoria en España y Europa

Caracterizar el Estatuto de Apatridia desde la perspectiva de las problemáticas migratorias en España y Europa

Marco Teórico

Un estado del Arte sobre la Legislación en Inmigración y Extranjería en España.

Tradicionalmente, España ha sido un país de emigración, por lo que la producción legislativa se ha centrado en este ámbito, mientras que la legislación relativa a la extranjería ha sido fragmentaria.

El estudio de los derechos y libertades públicas de los extranjeros en España debe realizarse a partir de varios estratos. Primero, la Constitución Española (en adelante CE) en sus arts. 13.1, 10.1 y 2 y el contenido literal de los artículos que concretamente atribuyen esos derechos y libertades, segundo, La Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, que primero fue regulada por la LO 7/1985, de 1 de julio, que fue sustituida por la LO 4/2000, de 11 de enero, esta última con un enfoque más ambicioso, recogido en su título, como es el hecho de buscar la integración de los extranjeros, y los tratados internacionales, por medio del propio art. 13 de la CE, y tercero, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC).

La importancia de la publicación de la L.O. 7/1985 no puede soslayarse, pues hasta en su momento no existía una norma en el ordenamiento jurídico español que, de manera general, expusiera los principios que deben informar la situación de extranjería, con el objetivo de evitar la proliferación de normas, cada una con rango distinto, que regulaban este particular. Y con mayor razón luego de la interposición de recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo, y que culminó con la nulidad e interpretación de partes de algunos preceptos, en particular:

- a) La inconstitucionalidad del art. 26.2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, entendido con el sentido y alcance que se indica en el fundamento jurídico 1.
- b) La inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del inciso «*y solicitar del órgano competente su autorización*» del art. 7 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.
- c) La inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del el art. 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.
- d) La inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del inciso segundo del art. 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, «*en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley*».

Esto condujo a una delimitación con mejor detalle del alcance del ejercicio de los derechos de las personas con la cualidad de extranjeros en España. Todo ello con la finalidad de determinar, el contenido constitucional de tales derechos, libertades, y su respectivo alcance y limitaciones, por una parte, y por otra, la titularidad y ejercicio de estos derechos y libertades por los extranjeros en España.

En cuanto a la primera parte, esto es, el contenido constitucional de tales derechos, su alcance y limitaciones, la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en su Sala 2ª con la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, respecto al primer párrafo del artículo 13 aclara el significado del mismo. La redacción dada en el artículo 13.1 «*supone que el disfrute de los derechos y libertades -el término "libertades públicas" no tiene, obviamente, un significado restrictivo- reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará, en la medida en que lo determinen los tratados y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido*

previsto en tales normas». No obstante, prosigue el TC, dicha disposición no implica *«que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley»*, sino de las libertades *«que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley»*, de tal manera que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros permanecen como derechos constitucionales y, en este sentido, revestidos de la protección constitucional, dentro de su regulación específica, pero son todos sin excepción *«derechos de configuración legal»* en cuanto a su contenido,.

El TC también ha trazado los límites de las restricciones de los derechos y libertades de los extranjeros, afirmando que si bien el artículo 13.1 autoriza al legislador a restringirlos, esto no le otorga una libertad ilimitada. Esta limitación proviene tanto del artículo 10.1 de la CE: *«aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 constituye fundamento del orden político español»* como del artículo 10.2, puesto que no puede afectar al contenido delimitado para el derecho *«por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España»*, pues son asuntos distintos el autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y entender tal autorización como potestad legislativa a tal efecto sin tener en cuenta el mandato constitucional. Estos límites derivan también de texto de los artículos constitucionales que regulan en concreto los derechos y libertades.

Respecto al segundo de los temas, es decir, la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España, ya el TC se había pronunciado, un año antes de la publicación de la Ley Orgánica de Extranjería de 1985, sobre la titularidad y ejercicio de los derechos y deberes de los extranjeros en España. Y de esta manera, continuaba la STC 107/1984: *«existen derechos que corresponden igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual*

para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2, y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

Así pues, el problema yace en encontrar el criterio que permita incluir a los distintos derechos y libertades, ya sea la primera o en la tercera categoría. Tal criterio podría buscarse en la propia CE, que, aunque en algunos preceptos expone su contenido de «toda persona» o «todos», en otros se refiere a «los españoles» o «los ciudadanos», y más en otros se utilizan términos impersonales como «se reconoce el derecho a...» o «se garantiza el derecho a...». Esta imprecisión del constituyente, junto con la falta de aval de este proceder por parte del Derecho convencional o comparado trajo como consecuencia que se considerara más exacto y acorde con esta sentencia del TC responder a la propia naturaleza del derecho o libertad que se considere para determinar si debe de incluirse o no entre los que pertenecen a toda persona, sin considerar sus vinculaciones jurídico-políticas.

Esto fue solucionado, al menos en parte, por la La Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y el TC, estableciendo la importancia tanto del literal de la CE como de la naturaleza del derecho. Así pues, continuando con el esquema de la STC 107/1984, pueden clasificarse, de este modo, los derechos y libertades de los extranjeros de acuerdo a si corresponden de igual forma a españoles y extranjeros, y su regulación haya de ser igual para ambos; los que no pertenecen en absoluto a los extranjeros, y aquellos otros que pertenecerán o no a los extranjeros según se disponga en los tratados y las leyes, estimando diferencias, según sea el caso, en la regulación del ejercicio respecto de los nacionales.

El contenido del primer grupo de derechos ha sido ya tratado por la jurisprudencia del TC de modo de incluir los que se predicen de la persona en cuanto tal y no como ciudadanos o *«de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ..., derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles»* (STC 107/1984). El TC incluye en el mismo grupo de derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1.), y es uno de los derechos, según considera el TC, incluidos entre los que pertenecen a la persona en cuanto tal, y es así *«no sólo por la dicción literal del citado artículo -todas las personas...-, sino porque a esa misma conclusión se llega, interpretando, según exige el artículo 10.2 de la Constitución, en relación al artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos...»*. De tal modo, la nacionalidad del recurrente en amparo es irrelevante para otorgarlo o denegarlo, según declara el TC. Así, en esta sentencia se afirma la igualdad de trato de extranjeros y españoles en el derecho a la tutela judicial efectiva que la CE predica de «todas las personas», pero la amplía a las garantías judiciales vinculadas a los derechos fundamentales (art. 53.2), derecho de amparo que, en su literalidad, se aplica únicamente a los ciudadanos. En tercer lugar, también el TC ha incluido dentro de este grupo de derechos el de libertad individual contenido en el artículo 17 de la Constitución, *«el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que, según la STC 107/1984, de 23 de noviembre, corresponden por igual a los españoles y a los extranjeros»* de acuerdo con lo establecido por la STC 115/1987.

El mínimo de libertades públicas, de acuerdo con el art. 13.1 CE; y de derechos, interpretados tal y como estipula el artículo 10.2 CE son de aplicación a todos los extranjeros, pues se trata de derechos humanos reconocidos por el Derecho

internacional general para toda persona. El segundo grupo de derechos es aquel que, según la STC 107/1984 *«pertenerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio»*. Estos derechos están contemplados, en la Ley orgánica de Extranjería. Efectivamente, el desarrollo legal del artículo 13.1 de la Constitución era indispensable y a esto responde el Título I de la Ley Orgánica 7/1985, y que se mantiene en el mismo título de su sucesora, la LO 4/2000. En su artículo 4.1, la LO 7/1985, (que corresponde al art. 3.1 de LO 4/2000) se formula una norma de carácter general según la cual los extranjeros tienen, en España, los *«derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos»* y en ella se regula el ejercicio de derechos y libertades fundamentales. Por otra parte, el punto inicial de la Ley para el pleno ejercicio de los derechos y libertades es la situación del extranjero en España, sea legal o ilegal. Por esto, y como se dispone en su Preámbulo, *«asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España»*.

La Ley regula el ejercicio de diversos derechos y libertades fundamentales, incluso cuando éstas estuvieran reconocidas a «todos» en la Constitución, como es el caso del derecho de fundar sindicatos, el cual fue negado por la Ley en su artículo 10, o el de reunión o asociación cuyas restricciones previstas en la Ley fueron declaradas inconstitucionales en la STC 115/1987, y siempre diferenciando entre las situaciones de legalidad o ilegalidad de los extranjeros. No obstante, la sentencia del TC, en el recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Defensor del Pueblo, contra los artículos 7, 8, 26 y 34 de la Ley Orgánica, además de interpretar el artículo 13.1, valora también la literalidad de los preceptos constitucionales. Y así, en relación al «derecho de reunión pacífica y sin armas», argumenta para su declaración de inconstitucionalidad que «el artículo 21 afirma genéricamente ..., sin ninguna

referencia a la nacionalidad del que ejerce ese derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los españoles». A pesar de eso, la STC 115/1987 continúa en este punto afirmando que *«el problema que se plantea no es el de si es posible aquí esta diferencia de trato en el ejercicio del derecho entre los españoles y los extranjeros, sino si el legislador ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el artículo 21.1 de la Constitución, también para los extranjeros»*.

Del mismo modo, en relación al derecho de asociación, el TC argumenta en torno a la aplicación del artículo 22.1 también a los extranjeros. *«El artículo 13.1 de la Constitución... ha de respetar en todo caso las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales»*.

Por último, y en cuanto al derecho de residencia y circulación contemplado en el art. 19 de la CE referido únicamente a los españoles, el TC en su Sentencia de 22 de marzo de 1993, ha declarado que *«la dicción literal del artículo 19 de la Constitución española es insuficiente porque este artículo no es el único que debe ser considerado: junto a él es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el artículo 13 de la Constitución»*, que dispone que los extranjeros disfrutan en España de las libertades públicas que garantiza el título I de la Constitución, incluso cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la ley. Por lo que *«los extranjeros pueden ser titulares de los derechos*

fundamentales a residir y a desplazarse libremente». Por otra parte, prosigue la sentencia, estos derechos no son imprescindibles para garantizar la dignidad humana, por lo que es lícito que los tratados y las leyes regulen su ejercicio en función de la nacionalidad de las personas. Pero la libertad del legislador, en su extensión, no es absoluta, pues el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en donde se reconoce la libertad de circulación a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los artículos 19 y 13 de la CE. Y, por tanto, «los extranjeros que por disposición de una ley o tratado ... tienen derecho a residir en España gozan de la protección del artículo 19 CE ...». De esta sentencia se puede deducir en primer lugar que el artículo 19 sólo corresponde a los extranjeros con residencia legal y que del artículo 13.1 solo se deduce en este caso que los extranjeros tienen la posibilidad ser titulares de tales derechos. Por lo que el conjunto básico que garantiza el artículo 13.1 de la CE no afecta a este artículo. Y, al final, que los límites se basan, sobre todo, en los tratados internacionales. En relación a este mismo artículo, en su Sentencia de 27 de abril de 1993, el TC afirma que *«por consiguiente, para ser respetuosa con la libertad de circulación que el artículo 19 de la CE reconoce a los extranjeros que se hallen legalmente en nuestro territorio, la decisión de expulsión o extrañamiento debe fundarse en alguno de los supuestos previstos por la Ley de Extranjería u otro texto legal de igual valor, para adoptar esa grave medida*». Por lo tanto, este derecho probablemente debe ser incluido en la categoría de aquellos que se atribuyen únicamente a los nacionales.

Aunque, como ya se ha dicho, la Ley Orgánica 4/2000, ha sido la que, tras atravesar varias modificaciones, supone un cambio notable, al introducir políticas de integración (Sánchez, 2005), al ampliar los derechos de los inmigrantes y establecer un principio general de igualdad con los españoles, diversas organizaciones han criticado que, aunque existían mejoras tímidas, en conjunto se empeoraba la situación de los inmigrantes, especialmente de los

indocumentados. La ley fue aprobada por casi todos los grupos parlamentarios, salvo el Partido Popular, de centro-derecha, que gobernaba en minoría y retiró su apoyo durante el trámite legislativo (Sáenz, 2007). Se alegaba que no se adecuaba a los acuerdos de Schengen y Tampere, que podría producir un «efecto llamada» y la entrada masiva de inmigrantes y que no estaba prevista una partida presupuestaria suficiente. Posteriormente, tras las elecciones generales de 2000 que dieron mayoría absoluta al Partido Popular, se realizó una reforma sustancial de la norma, que volvió en muchos supuestos a las soluciones de la ley de 1985, por lo que se habló de «contrarreforma» (Sánchez, 2005). En un informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de la norma, catorce de sus veinte miembros lo consideraron un «retroceso» (de La Cuadra, 2000) por otra parte, los defensores de la reforma afirmaban que garantizaba los derechos y las libertades de los inmigrantes y se adecuaba a la normativa y a la práctica en el seno de la Unión Europea.

El reglamento de la nueva ley de extranjería fue adoptado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en sustitución del anterior, de 1996. Trece de sus artículos fueron anulados por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de marzo de 2003 (BOE-A-2003-9904) por violación el principio de legalidad. En ese mismo año 2003, en que se dictó la sentencia, la ley fue reformada dos veces. La primera, por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que afectó fundamentalmente a la expulsión y estableció la conmutación de penas de prisión de hasta seis años por la expulsión. La segunda, por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, que incorporó con rango de ley orgánica muchos de los preceptos del reglamento anulados por el Tribunal Supremo. Además, la reforma pretendía adaptar la norma a los cambios en el fenómeno migratorio, incorporar instrumentos que permitieran una regulación de los flujos migratorios mejor y más sencilla e introducir las decisiones tomadas en el seno de la Unión Europea en los años anteriores, según afirma su exposición de motivos. El reglamento fue aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en atención a lo previsto en la disposición final 3ra de la LO 14/2003.

En este particular conviene mencionar la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, en la cual el Parlamento de Navarra interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra, los puntos 5, 6 y 9 de la Ley Orgánica 8/2000, entre otros, que dan una nueva formulación respectivamente a los artículos 7, 8 y 11 de la Ley Orgánica 4/2000. En estos puntos se restringe el ejercicio del derecho de reunión, de asociación y la libertad sindical de los extranjeros a la obtención de la autorización de estancia y residencia en España.

El TC, en su análisis de los motivos de inconstitucionalidad, consideró si las restricciones y limitaciones establecidas por el legislador afectaban aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana; esto a partir del contenido y naturaleza de los derechos, delimitados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por España.

Con respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y también a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TC llega a la conclusión de que el derecho de reunión y asociación se encuentran vinculados con la dignidad de la persona. Por lo cual, al excluir cualquier ejercicio de estos derechos por parte de los extranjeros aun cuando carezcan de autorización de estancia o residencia en España, los puntos 5 y 6 de la Ley Orgánica 8/2000 vulneraban los artículos 21 y 22 de la Constitución Española, relativos al derecho de reunión y asociación e interpretados de acuerdo con los textos internacionales mencionados.

Relativo al punto 9, relativo al derecho a sindicarse libremente, el TC no solo tomó en consideración la Declaración Universal de Derechos Humanos, el

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y la Carta Social Europea, sino que recurrió también a los convenios núm. 87 y 98 de la Organización Internacional de Trabajo:

«Finalmente, deben mencionarse dos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ambos ratificados por España y con virtualidad hermenéutica ex art. 10.2 CE (según se dijo en la STC 191/1998, del 29 de septiembre, FJ 5): el Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, en cuyo art. 2 se garantiza aquí ya "a los trabajadores ... sin ninguna distinción ... el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones"; y el Convenio núm. 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, cuyo art. 1 proclama que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección 26 contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo"».

Además el TC destaca: *«En nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a "todos" los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a "todos" los sindicatos..., entendiendo de este modo la protección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales citados, entre los cuales es de recordar el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (...).».*

Por este motivo, el TC ha declarado la inconstitucionalidad también de este punto por ser contrario al art. 28.1 de la Constitución Española, sobre el derecho

a sindicarse libremente, interpretado conforme a los convenios de la OIT sobre este derecho ratificados por España.

En conclusión, utilizando los instrumentos internacionales con el fin de interpretar las disposiciones constitucionales, el Tribunal Constitucional de España estableció la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados.

Jurisprudencia en Extranjería en España

Derechos de Inmigración según el Convenio Europeo de Derechos Humanos

La migración en Europa es un fenómeno tan extenso como antiguo que, en los últimos tiempos, se ha acelerado en velocidad y en magnitud. Aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos no mencione explícitamente a los migrantes, éstos, como todo ser humano, gozan de derecho a la protección de los derechos humanos. Los migrantes son personas que se trasladan de su país de residencia habitual o nacionalidad a otro país. Un migrante puede desplazarse por razones económicas o educativas, para huir de los desastres naturales causados por el cambio climático o para escapar de la persecución, de abusos contra sus derechos humanos, de amenazas contra su vida o a su integridad física, de la guerra o de las revueltas civiles. Por lo general, los términos «migrantes» y «extranjeros» son utilizados como sinónimos, pero hay una sutil diferencia: un extranjero es «aquel individuo que no es nacional del Estado en el que está presente» (AGNU 1985, Artículo 1).

La razón de su desplazamiento está directamente relacionada con su protección jurídica internacional. Si huyen de su país para escapar de una persecución en el sentido del artículo 1.A de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra), se les denomina solicitantes de asilo o refugiados y tienen derecho a una protección especial - ampliada - garantizada por la citada Convención internacional, ratificada por 145 estados hasta abril de 2015. Sin embargo, si salen de su país por cualquier otro motivo, se les define como migrantes y no disfrutan de dicha protección especial, sino de otra de naturaleza general, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En 2015, se estimó que el número total de migrantes internacionales ascendió a 244 millones de personas, el 3,3% de la población mundial según el Informe de las Naciones Unidas sobre las Migraciones Internacionales de 2015. Cerca del 90% de esta cifra queda

conformada por migrantes económicos activos y sus familiares, y solo alrededor del 8% son refugiados o solicitantes de asilo (ACNUR, 2015).

El continente europeo se ha enfrentado en los últimos años a un aumento sin precedentes de los flujos migratorios mixtos a lo largo del Mediterráneo, lo que ha llevado a la llamada «crisis de refugiados», que ha provocado que, solo en el año 2015, casi un millón de personas llegaran a las costas europeas en busca de asilo. La gran mayoría de los refugiados huyen de Siria, y si bien su éxodo comenzó al inicio del conflicto en 2011, los flujos han ido creciendo exponencialmente, alcanzando un total registrado de 4,8 millones de refugiados sirios en marzo de 2016. Lamentablemente, el aumento de las travesías irregulares por el Mediterráneo, en Italia y Grecia, se ha correlacionado con un aumento del número de muertes en el mar.

Según las cifras del ACNUR del año 2016, se estima que 241,263 refugiados y migrantes llegaron por mar a Europa (hasta el 18 de julio), mientras que se calcula que 2.951 murieron o desaparecieron en el mar durante el mismo período de tiempo. Debe señalarse, además, que el ACNUR ha declarado que hasta el 70% de las personas que están llegando pueden ser consideradas refugiadas y calificadas como sujetos de protección internacional en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Aunque el ordenamiento jurídico europeo ofrece un elevado nivel de protección de los derechos humanos, después de haber adoptado, a lo largo de décadas, una serie instrumentos pertinentes y de haber desarrollado mecanismos jurídicos efectivos, las dos organizaciones europeas han aplicado, y siguen haciéndolo, todas las fuentes normativas, como resoluciones y recomendaciones, previstas en sus respectivos ordenamientos. En muchas ocasiones, el Derecho Internacional, tanto el convencional como el consuetudinario, no resulta invocado necesariamente ante los tribunales nacionales europeos, porque el Derecho secundario de ambas organizaciones internacionales ya ha implicado la integración de la protección de los derechos

fundamentales de todas las personas, independientemente de su condición migratoria, en la legislación nacional, como:

- El derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a no ser arrestado o detenido arbitrariamente, y el derecho a solicitar y disfrutar del asilo en caso de persecución.
- El derecho a no ser discriminado por motivos de raza, sexo, idioma, religión, origen nacional o social o cualquier otra condición.
- El derecho a la protección contra el abuso y la explotación, el derecho a no ser objeto de esclavitud ni de servidumbre involuntaria, y el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- El derecho a un proceso equitativo y a la reparación jurídica.
- El derecho a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, incluidos los derechos a la salud, a un nivel de vida adecuado, a la seguridad social, a una vivienda digna, a la educación y a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

El Convenio de Dublín

Cuando se habla de migración en Europa, es importante resaltar que la mayoría de las inmigraciones se han hecho por solicitudes de asilo y refugio, buscando de esta manera protección del estado que acoge al inmigrante. Es en este sentido que es importante mencionar el convenio de Dublín.

Según la ACNUR el convenio de Dublín «Se trata de una ley internacional que tiene como fin determinar qué estado miembro de la UE se hace cargo de cada solicitud de asilo realizada por una persona en suelo europeo. Igualmente, busca evitar que una misma persona solicite asilo en varios países de la UE a la vez, para armonizar las decisiones en este ámbito y evitar contradicciones. El otro gran objetivo es que siempre haya un estado que se haga cargo de examinar cualquier solicitud de asilo realizada por una persona en Europa»

Este convenio entro en vigencia en 1990 para luego ser ratificado por los estados miembros incluyendo a España en 1995. Para el año 2003 fue actualizado por el convenio de Dublín II y finalmente en el 2013 el parlamento europeo y el consejo de la unión europea discutieron su última versión Dublín III el cual fue firmado y aprobado ese mismo año. El mismo plantea una serie de pautas a seguir y de esta forma determinar que países puede hacerse cargo de la solicitud de asilo político. De esta forma se ubican vínculos familiares o culturales del solicitante con el cual va a tramitar la solicitud, asimismo entre otros criterios a considerar esta, el tener un visado o un permiso de residencia en un estado miembro o el país por donde el solicitante ha accedido a territorio europeo, ya sea de manera legal o ilegal.

Sin embargo, con el convenio de Dublín se encontraron varias problemáticas una de las principales es el criterio, que es el más usado en la mayoría de las solicitudes

La principal crítica que recibe el sistema es que el criterio que más se aplica es el del país de llegada, por lo que la gran mayoría de las solicitudes de asilo se realizan desde los países fronterizos de la UE.

Por otra parte, el criterio establecido por el Convenio de Dublín no siempre coincide con las preferencias de los propios solicitantes de asilo, por lo que los solicitantes suelen pedir asilo en otro país distinto al que llegaron y desde el que realizan la solicitud.

Por último, varios informes de distintas organizaciones humanitarias han denunciado que el Convenio no garantiza en todos los casos los derechos de los solicitantes. No en todos los casos se da un proceso justo y equitativo a la hora de determinar el país de asilo, los plazos pueden alargarse durante más de un año y no siempre se actúa según la voluntad de los solicitantes.

COVID-19

La pandemia Covid-19 ha afectado la inmigración y la movilidad humana en la región europea, en principio por la restricción de cruces internacionales de fronteras, y los movimientos internos para minimizar la diseminación y el impacto de la pandemia. A mediados de 2020, 6 por ciento de los aeropuertos, 25 por ciento de los puntos de cruce de las fronteras terrestres y el 9 por ciento de las "fronteras azules" (mar, río o lago) puntos de cruce fueron cerrados para evitar la entrada y salida al Área Económica de Europa (AEE) (OIM, 2020).

Durante esta restricción, se ha reducido sustancialmente el número de arribos irregulares a la UE. En abril de 2020, el número detectado de cruces irregulares de fronteras en Europa por las rutas principales disminuyó un 85 por ciento comparado con el mes anterior a aproximadamente 900, el más bajo total desde que la Agencia Frontex inició su recolección de datos de frontera en el año 2009 (Frontex, 2020). Los números bajos registrados fueron principalmente debidos a las medidas restrictivas implementadas tanto por los miembros de los Estados Europeos como por otros países de tránsito o en donde se origina la migración.

El número de solicitudes de asilo en los primeros 3 meses del año 2020 no sufrió variaciones y al mismo nivel del mismo periodo en el año 2019 y ha disminuido significativamente desde entonces. En abril del año 2020 se registró una disminución significativa en el número total de solicitudes para protección internacional con base en la membresía de los estados de la UE, continuando dicha disminución que inició en marzo. La continuación de la pandemia Covid-19 y las medidas restrictivas de emergencia iniciadas por los Estados Miembros de la UE, incluyendo la suspensión del registro de solicitudes, han tenido un impacto considerable en el flujo de estas.

La pandemia también ha afectado los empleos y la integración de los inmigrantes, por cuanto los cierres de negocios y las medidas de distanciamiento social han impactado los procedimientos administrativos para solicitud y obtención de residencia y permisos de trabajo, la adquisición del lenguaje, y programas de integración (CE, 2020). Del mismo modo, los países

Europeos han implementado algunas prácticas que apoyan a los inmigrantes en varias áreas de integración (CE, 2020). Por otra parte, la pandemia ha destacado el papel que juegan los inmigrantes trabajadores en la respuesta europea al coronavirus; de acuerdo al estudio hecho por el Centro de Investigación Conjunta de la Comisión Europea, 13 por ciento de los trabajadores claves son inmigrantes, y en la mayor parte de los países, la participación de trabajadores esenciales de afuera de la UE es mayor que la de la población migrante «intra-UE» (JRC, 2020).

Estatuto de Apátrida

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas es un tratado multilateral de 1954 de las Naciones Unidas que pretende proteger a los apátridas, definida esta condición como: «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación» (ACNUR, 1954).

La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos fueron aprobadas en 10 de diciembre de 1948. El Artículo 15 de la Declaración afirma que:

- Todo individuo tiene derecho a tener una nacionalidad.
- Nadie puede ser arbitrariamente privado de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue aprobada el 28 de julio de 1951. A pesar de su intención original, no hacía mención alguna sobre el estatuto de los apátridas y no había ningún protocolo sobre medidas para afectar la reducción de la apatridia. El 26 de abril de 1954, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adoptó una resolución para convocar una Conferencia de Plenipotenciarios para «regular y mejorar la condición de los apátridas mediante un acuerdo internacional» (Ecosoc, 1954).

La Conferencia adoptó la Convención en 28 de septiembre de 1954. La Convención entró en vigor en 6 de junio de 1960.

España es uno de los pocos países que cuentan con un procedimiento específico para el reconocimiento del estatuto de apátrida. Al respecto, la definición coincide con la recogida por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, citada anteriormente.

La existencia de un procedimiento específico en el ordenamiento jurídico español confiere un considerable grado de seguridad jurídica, y es una de las recomendaciones de ACNUR en la materia. La Subdirección General de Protección Internacional u Oficina de Asilo y Refugio tiene encomendada la tramitación de las solicitudes para el reconocimiento del estatuto de apátrida, de acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, el artículo 34.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida.

Devoluciones en Caliente

Cuando nos referimos a las devoluciones en caliente se habla de expulsión de personas migrantes o refugiadas sin que tengan oportunidad o acceso al debido proceso, por ende, tampoco pueden usar el recurso de impugnar a través de un recurso judicial efectivo. Es decir, esto sucede cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado expulsan a personas migrantes o refugiadas sin la debida protección ni garantías. A las mismas no se les brinda la oportunidad de narrar las circunstancias que motivaron a la inmigración, así como también la oportunidad de asilo o si quiera como se mencionó anteriormente apelar la expulsión. Estas personas no tienen la oportunidad de explicar sus circunstancias, solicitar asilo o apelar la expulsión.

La normativa internacional señala que los Estados tienen la potestad de establecer su propia política de inmigración, adecuando los flujos migratorios a la su capacidad de acogida.

Aunque el «derecho a entrar en territorio español» no puede considerarse un derecho fundamental del que pudieran ser titulares los extranjeros en atención al art. 19 CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre) la entrada se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código y en el art. 25 Ley Orgánica 4/2000 de extranjería (LOEx) y el art. 4 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su reglamento (RLOEx). El 15 de marzo de 2006 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron su Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece el Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), por el cual se completan, y también derogan preceptos del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS). En este instrumento se incluyen las condiciones requeridas para permitir que un extranjero supere el perímetro exterior de la Unión Europea.

Ahora bien, cuando la entrada se ha efectuado de manera irregular existen varios procedimientos respecto a la salida obligada del territorio español de las personas extranjeras, tomados algunos de ellos de la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, a saber:

- i) La denegación de entrada y el retorno al punto de origen (art. 60 LOEx), como efecto derivado de la prohibición de entrada en España por los puestos fronterizos habilitados de extranjeros que no cumplan los requisitos legalmente previstos (art. 26.2º LOEx y art. 15 RLOEx)
- ii) La salida obligatoria o la expulsión del extranjero que se encuentra irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de

estancia o por carecer o tener caducada la autorización de residencia (art. 57 LOEx y arts. 242-248 RLOEx)

iii) La devolución de los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España (art. 58.3º.a) LOEx), o de los que pretendan entrar ilegalmente (art. 58.3º.b) LOEx), incluyendo «a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones» (art. 23.1º.b) RLOEx)

El derecho internacional no obliga a recibir a las personas que migran por razones sociales o económicas, sin embargo, establece la posibilidad de solicitar el asilo o el estatuto de refugiado en caso de persecución por motivos políticos o ideológicos, como ya mencionamos anteriormente en el presente trabajo, de igual manera la ley obliga a no devolver a sus países de origen a las personas que estén en riesgo de ser sometidas a pena de muerte o de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes.

Se produce una devolución «en caliente» cuando un Estado retorna a un extranjero sin respetar los derechos y garantías que, tanto la normativa internacional de la UE, y la propia, contemplada en la LOEx, reconoce a todo individuo. Esta práctica es habitual en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla en inicio en el año 2005 con el rechazo en frontera y devolución a Marruecos de inmigrantes subsaharianos. Estos son, en su mayoría, los que intentan ingresar al territorio español de manera irregular, saltando la valla, usualmente, en grandes grupos, y en muchos de los casos, empleando la fuerza y agreden a los agentes de custodia de la frontera. Ahora bien, la LOEx reconoce expresamente a todo extranjero objeto de expulsión o devolución, un conjunto de derechos y garantías, tales como el derecho a la asistencia legal y el derecho a un intérprete, en caso de no comprender el idioma; el derecho a solicitar protección internacional, entre otros. La única garantía para acceder a estos procedimientos administrativos es la identificación individualizada de las situaciones que rodean a cada una de las personas, y especialmente que puedan acceder a ellos las personas o grupos especialmente vulnerables, tales

como: menores de edad, los demandantes de asilo o de protección internacional, víctimas de trata, mujeres embarazadas, personas discapacitadas o enfermas, entre otros. En los casos de devolución «en caliente» todos estos derechos son vulnerados de modo flagrante. En particular, se vulnera el derecho a solicitar la protección internacional recogida en el art. 58. 4º de la LOEx que estipula que un extranjero que se encuentre ante una situación de devolución, tiene derecho a presentar dicha solicitud y no podrá efectuarse la devolución «hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional» este derecho está contemplado en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el art. 5 de la Carta de Banjul, el art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 4 del Protocolo Nº 4 CEDH y art 19 de la CDFUE . Las devoluciones en caliente imposibilitan, de igual modo, que las víctimas de trata de personas, mafias o redes criminales organizadas (delitos de «tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución en abuso de su situación de necesidad»), puedan prestar su colaboración con las autoridades españolas.

El estado español, para proveer legalidad a esta práctica, en el año 2015 se agrega, a Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros, la disposición adicional 10ª, en virtud de la cual, «los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España». Ahora bien, tal negación o rechazo debe estar enmarcada de conformidad a lo estipulado en el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos. Los inmigrantes podrán formular sus solicitudes de protección internacional (asilo o refugio) en los puestos fronterizos algún otro lugar habilitado con este fin, sin embargo, estas solicitudes deben hacerse principalmente en las Oficinas de Extranjeros, las Comisarías Provinciales de Policía o las representaciones diplomáticas y consulares en el extranjero.

Como medida adicional el gobierno español adopto un operativo en frontera el cual está constituido por la los agentes de la guardia civil en las aguas interiores o por la valla interior en las ciudades de Ceuta y Melilla en las zonas de doble valla.

Ahora bien dentro del marco legal y ordenamiento jurídico interno es importante analizar varias leyes y normas que definen la entrada ilegal efectiva dentro del territorio español, en tal sentido está el protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 el cual da pauta y criterios para determinar cuándo la entrada ilegal fracasa o cuándo se produce. En tal sentido se considera que la entrada tiene lugar cuando el inmigrante ha superados la valla interior, si los intentos de atravesarla son controlados y rechazados por las fuerzas de seguridad, no se puede hablar de una entrada ilegal efectiva.

Es importante destacar que las fronteras terrestres de Ceuta y Melilla son un especial por cuanto, además de delimitar el territorio de soberanía nacional y el espacio Schengen, conforman la única frontera exterior terrestre de Europa Occidental, siendo, además, la única ubicada en el continente africano. Al mismo tiempo, las circunstancias geopolíticas que concurren en esta zona, donde se constatan los mayores desequilibrios políticos, sociales y humanitarios, provocan que sea una de las fronteras más expuestas al tráfico ilícito de inmigrantes y drogas, así como al paso clandestino de terroristas, todo esto según datos del ministerio del interior de España.

Ahora bien la puesta en práctica por parte del gobierno de este protocolo y las reformas o disposiciones adicionales que realizan en las diferentes leyes de la materia resultan bastantes contradictorios sobre todo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE las cuales prohíben las expulsiones colectivas de extranjeros, así como también señalan ciertas garantías para su expulsión, en particular la tramitación de un procedimiento administrativo individual, con posibilidad de recurso frente a la decisión que se tome.

Asimismo, la Convención de Ginebra, a la que España se adhirió en 1978, establece que el principio de no devolución, en el cual ningún Estado puede mediante expulsión o devolución, «poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas».

Es evidente que las devoluciones en caliente, pueden propiciar el retorno de estas personas a su país de origen, ya que al no ser escuchados se colocan en una situación de riesgo inminente para su vida o su libertad, sino que también se ven vulnerados otros derechos fundamentales tales como el acceso a un procedimiento legal previo a todo acto administrativo de expulsión, estipulado expresamente en el artículo 24 de la constitución española «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». Esto incluye, además de, como ya se ha dicho, de la asistencia letrada, el derecho a disponer de traducción en las comunicaciones que afecten al migrante al que se trata de expulsar.

En este mismo orden de ideas es necesario mencionar dos sentencias que nos refieren a la situación antes expuesta y que nos da pauta para entender la raíz de esta problemática jurídica actual, En sentencia de 3 de octubre de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos humanos en la cuales un ciudadano marfileño en conjunto con otro ciudadano de origen maliense, los cuales saltaron la valla en el 2014 en un grupo de 80 inmigrantes subsaharianos, los cuales fueron devuelto de manera inmediata a Marruecos, dicho tribunal Condono a España por la violación art. 4 del Protocolo nº 4 al CEDH, que prohíbe las expulsiones colectivas, y del art. 13 del Convenio, argumentando que a los demandantes se les había aplicado una medida de carácter general y habían sido expulsados sin las garantías legales.

Posteriormente para el gobierno español la sentencia la considera como contraria a lo que se persigue luchar en España como lo es la inmigración ilegal

en Ceuta. A juicio del Gobierno español, asimismo desconocía sus competencias en la materia, de acuerdo con la normativa Schengen. Por este motivo, solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala (GS) del TEDH.

Siguiendo la misma temática La Gran Sala realizó interpretación diferente de los hechos presentados y por tal motivo establece por unanimidad que no existe violación del Convenio ni del Protocolo nº 4. Argumentando principalmente que ha consistido en que quienes saltan la valla de Melilla optan por entrar en territorio español violando el ordenamiento jurídico, aprovechándose además de su gran número y empleando la fuerza.

De igual manera señala que los demandantes podían haber ingresado dentro del territorio español haciendo una solicitud de visa o protección internacional de acuerdo con los procedimientos legales y en los lugares previstos para ello, en particular en el puesto fronterizo de Beni Enzar (donde existe una oficina para solicitar el asilo abierta las 24 horas del día) o en las representaciones diplomáticas y consulares en los países de origen o de tránsito.

Así pues, la Gran sala acentúa que la sentencia no pone en cuestión el amplio consenso existente en la comunidad internacional en relación a la obligación y necesidad de que los Estados protejan sus fronteras de una forma compatible con los derechos humanos, especialmente la obligación de no devolver a los inmigrantes.

De acuerdo con la STC 172/2020 el TC analiza el rechazo en frontera desde una triple perspectiva: primero: el estatuto constitucional de los extranjeros en España como marco interpretativo (STC 236/2007, de 7 de noviembre); segundo: el régimen jurídico sobre salidas forzadas del territorio español para establecer la naturaleza jurídica del rechazo en frontera; y, tercero: la interpretación de acuerdo con el rechazo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, artículo 10.2 CE, sobre el principio de no devolución alegado por los recurrentes, que impediría el derecho de asilo del artículo 13.4 CE.

De este modo, el TC reafirma en su doctrina sobre el acercamiento entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, los cuales tienen una íntima conexión con la dignidad humana, y que implica que los extranjeros son titulares de buena parte de los derechos del Título I de la CE (stc 236/2007, de 7 de noviembre) o de que, en este contexto, no es posible hablar de una *desconstitucionalización*, sino que la propia CE considera la titularidad universal de los derechos fundamentales, o bien que exige su concreción de conformidad a los derechos humanos. De la misma forma, el TC reitera que el derecho de asilo es un derecho fundamental con forma de mandato constitucional de configuración legal.

Por otra parte, para el TC en la citada STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, estima razonable y justo el establecimiento de un régimen específico para las regiones de Ceuta y Melilla por su singularidad ubicación geográfica, particularmente por ser la única frontera exterior del espacio Schengen en tierras africanas. A tal efecto se apoya en la STEDH (NT y ND c. España) de la Gran Sala de 2020 que afirmó que España ha tomado medidas para la protección internacional o solicitudes de visado en los países de origen, tránsito y Marruecos y que los involucrados habían accedido por puestos no habilitados valiéndose de un gran número y del uso de la fuerza. Sin embargo, la mención realizada por el TEDH a la situación particular en que se produce el cruce irregular de la línea fronteriza intentado por las personas extranjeras prevaleciendo de su gran número y del uso de la fuerza es una condición necesaria para justificar la devolución en caliente de acuerdo al art. 4 de Protocolo 4 CEDH. No obstante, el TC amplía y considera que no es necesario que se aprecien las circunstancias de actuación en grupo numeroso y con violencia, sino que es suficiente el intento de un individuo de entrar en España y ser sorprendido en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla. Esta interpretación entra en conflicto, con la doctrina del TEDH que es el intérprete máximo de las garantías del CEDH y sus protocolos, al extender el TC la aplicabilidad de este precepto a supuestos no autorizados como la «aplicación a las entradas individualizadas» lo que contradice, por tanto, que la Disposición Adicional 10ª

de la LOEx se aplique con el «cumplimiento de las obligaciones internacionales». Es decir, la decisión del TC concluye con un fallo interpretativo que declara la Disposición Adicional 10ª de la LOEx como constitucional, siempre y cuando se interprete en el sentido de que es aplicable y se extiende a las entradas individuales, que demanda el control judicial y que se dé cumplimiento a los acuerdos internacionales.

Ahora bien, respecto a la antes mencionada 172/2020, según el voto particular emitido por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, la entrega a Marruecos es, en sentido estricto, una devolución jurídica. El «rechazo en frontera» o denegación de entrada se recoge en el art. 25 LOEx y presupone que la entrada que se pretende efectuar no es clandestina sino, al contrario, conocida de la autoridad española, que, en su caso, la deniega por no cumplirse todos los requisitos procedentes para su autorización y conlleva el retorno del extranjero. La tesis de la magistrada se centra en que la devolución en frontera criminaliza al inmigrante irregular y la STC impide *de facto* al inmigrante, la defensa de sus derechos fundamentales titulares. El extranjero aún no ha entrado en el territorio y se produce en los puestos fronterizos habilitados al efecto. El problema estriba entonces en que, si no existe una identificación previa del extranjero y una posterior resolución administrativa de «rechazo» no se puede recurrir ante la autoridad administrativa o judicial y no existirá control del acto administrativo. La entrega física de una persona bajo jurisdicción española a otra jurisdicción, con todas las «implicaciones que ello supone en cuanto a la titularidad de derechos, incluyendo los derechos fundamentales, de la persona afectada es de tal relevancia y magnitud jurídica que, desde la perspectiva constitucional, no cabe admitir que se considere una mera actuación material que no precise de algún tipo de procedimiento en que se dé cumplimiento a unas mínimas garantías». Así mismo, entiende que se han lesionado los artículos 13.4 y 15 CE respecto al derecho de protección internacional y el principio de no devolución. De este modo, no se hace referencia a las garantías del procedimiento para las personas especialmente vulnerables; y, si bien el TC tiene una consideración hacia los grupos

vulnerables, por otro lado, dentro de los grupos vulnerables el TC menciona a menores, mujeres embarazadas, personas discapacitadas o en edad avanzada, pero estos grupos no son los grupos que en realidad saltan las vallas, por lo que el TC se pronuncia sobre unos grupos en particular, a los que no van a afectar las garantías especiales; además de no referirse a otros grupos vulnerables.

Por otro lado, considerar el rechazo en frontera como una actuación material coactiva es un acto que implica en sí mismo ignorar que, en este procedimiento, es extremadamente difícil, sino imposible identificar a las personas o grupos vulnerables. Por otra parte, el TC ha pasado por alto la necesidad de cumplir con la normativa y jurisprudencia internacional como el Dictamen del Comité de Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019, la identificación de necesidades de protección internacional o la STJUE de 25 de junio de 2020, Asunto C-36/20. Por todo ello concluye que no es posible cumplir las condiciones interpretativas del fallo

Es entonces con estos hechos que la Gran Sala aprueba y avala las devoluciones en caliente y establece que las mismas son consecuencia de la propia conducta del inmigrante que ha decidido entrar al territorio español de manera irregular, pero en un supuesto caso que tenga éxito en la entrada al territorio el extranjero se beneficiaría de todas las garantías legales que rodean a la expulsión.

Bibliografía

- Acosta, M. (2014) *Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y tierra de nadie*. REEI (28).
- Chueca, A. (2002) *El derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros*. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería (1). pp. 9-36
- De Castro, C. (2013) *El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas.*, Revista de Derecho Comunitario Europeo. (46). pp. 1119 – 1135;
- Fernández, A. (2021) *La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones "en caliente" frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional* Cuadernos de Derecho Transnacional, 13(2). pp. 190-208.
- Fernández, J. (1991) *Extranjería: principios de derecho internacional general*. Economía y Sociología del Trabajo (11). pp. 44–46
- González, J. (2015) *Expulsiones «en caliente», devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla*. Revista de Administración Pública (196) pp. 309-329
- Iglesias, M. *Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2020, de 19 de noviembre de 2020 «Devoluciones en caliente» y control de constitucionalidad de la Ley de Seguridad Ciudadana*. Ars Iuris Salmanticensis. 9. pp. 417-421
- Sagarra, E. (2022) *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura: los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Universitat Autònoma de Barcelona.
- Solanes, A. (2017) *Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (36) pp. 196 – 225.