



**FACULTAD DE DERECHO
GRADO EN DERECHO y ADE
TRABAJO FIN DE GRADO**

Departamento:
DERECHO CONSTITUCIONAL

Título:

***EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL FENÓMENO
DE LA INMIGRACIÓN Y EL DERECHO DE
EXTRANJERÍA: ESPECIAL REFERENCIA A LAS
“DEVOLUCIONES EN CALIENTE” EN LAS LINEAS
FRONTERIZAS DE CEUTA Y MELILLA***

Autor:
Juan Bautista Cartes Rodríguez

Sevilla, a 25 de Junio de 2015

Índice

| | |
|---|----|
| 1. <u>Introducción</u> | 2 |
| 2. <u>Aproximación al Estatuto Jurídico del Inmigrante en el ordenamiento español</u> | 4 |
| A) Análisis constitucional de los derechos de la persona Inmigrante | 5 |
| B) Derechos de los extranjeros en la normativa de Extranjería | 9 |
| C) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de Extranjería relevante para la realización de este trabajo | 16 |
| D) Un intento de interpretación sistemática del artículo 13 y 14 CE | 27 |
| 3. <u>Análisis de la constitucionalidad de las expulsiones sumarias en Ceuta y Melilla</u> | 32 |
| A) ¿Se incluye las “devoluciones en caliente” entre los procedimientos previstos en la normativa de extranjería | 32 |
| B) Argumentos expuestos por el Gobierno | 35 |
| ▪ Concepto operativo de frontera | 35 |
| ▪ Acuerdo de readmisión de extranjeros entrados ilegalmente entre España y Marruecos | 36 |
| ▪ “El rechazo en frontera”: nueva figura establecida por la Ley 4/2015, de 30 de Marzo | 37 |
| C) Goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e inalienable de los derechos humanos a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ... | 39 |
| ▪ Libertad de residencia, circulación y entrada de los extranjeros en España | 39 |
| ▪ Garantías jurídicas de los extranjeros | 42 |

Derecho a la tutela judicial efectiva

Derecho al recurso contra los actos administrativos

Derecho prestacional de asistencia jurídica gratuita

Derecho a la asistencia de intérprete

| | |
|---|----|
| ▪ Derecho a la libertad personal | 46 |
| ▪ Exigencias derivadas de los tratados y convenios internacionales | 52 |
| 4. <u>Conclusiones</u> | 55 |
| 5. <u>Bibliografía y fuentes consultadas</u> | 58 |

Acrónimos

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CEPTPTID: Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes

CIE: Centro de Internamiento de Extranjeros

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

FRONTEX: Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión

LOEx: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

LOTIC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

RLOEx: Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TC: Tribunal Constitucional

I. Introducción

La inmigración, un fenómeno tan antiguo como el propio ser humano, se ha convertido en un arduo reto para la sociedad contemporánea. En el mundo globalizado en el que vivimos, donde cada vez las fronteras están más desdibujadas y los avances tecnológicos permiten conocer qué ocurre al otro lado de los altos muros, la migración es una de las realidades más compleja a las que se está enfrentando el siglo XXI. Buscar una solución para este controvertido fenómeno global, en el que confluyen muy diversos componentes sociales, políticos, económicos, jurídicos y culturales no resulta tarea fácil.

El contacto tenido con distintos inmigrantes dentro de la ONG en la que colaboro ha hecho darme cuenta de que el Derecho, en tanto baluarte conformador de la sociedad, puede contribuir a solucionar este complejo reto. Por ello decidí elegir este tema, al ser una materia que va más allá de meras disquisiciones doctrinales y que resulta determinante en las condiciones de vida de cientos de personas.

Las cifras son estremecedoras. Desde la década de los 80, en la frontera sur española se estima en más de 21.105 las personas muertas o desaparecidas. Concretamente en el pasado año 131 personas perdieron la vida al intentar cruzar nuestras fronteras, 11 de ellas al saltar las vallas de Ceuta y Melilla¹.

El autor es consciente de que se trata de un asunto que está siendo objeto de recientes reformas y en el que inciden no solo el Derecho Constitucional, sino distintas disciplinas y ramas jurídicas, lo que aumenta considerablemente su complejidad, pero afrontarlo es esencial para la apertura de sucesivas etapas en el lento proceso de consolidación de los derechos humanos, proceso que este alumno defiende con firmeza.

¹ "Derechos Humanos en la Frontera Sur. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía." 2015. Web. <<http://www.apdha.org/derechos-humanos-en-la-frontera-sur-2015/>>. (10 de Abril de 2015)

Con la realización de este trabajo pretendemos determinar en qué medida nuestro ordenamiento jurídico ofrece una respuesta protectora de los derechos de la persona inmigrante, precisando cuáles son las garantías que, a quienes intentan cruzar nuestras fronteras, les son reconocidas por la Constitución y, en cuanto que constituye fuente interpretativa de los derechos constitucionales, por la normativa internacional ratificada por España, sirviéndonos para llevar a cabo tal análisis de la doctrina que el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Carta Magna, ha elaborado respecto a dicha materia.

En cuanto a la metodología, hemos acudido a las bases de datos de Aranzadi, Iustel, La Ley, Tirant y Dialnet para acceder a artículos de revista de derecho constitucional y derecho europeo e internacional. También hemos fundamentado nuestro trabajo en capítulos de libros y tesis relativas a los derechos de los inmigrantes. Asimismo, nos ha sido de gran utilidad informes de juristas y Organizaciones Internacionales, páginas webs y documentos electrónicos. En relación a la jurisprudencia, hemos hecho uso del buscador de jurisprudencia constitucional del TC y de la plataforma Aranzadi. Todo ello nos ha dado permitido tener una visión global de la problemática de la inmigración en nuestro país y en Europa.

Respecto a su estructura, en el presente trabajo partiremos del estatuto jurídico del inmigrante en nuestro ordenamiento jurídico (II) analizando los derechos que la Constitución les reconoce (a) su desarrollo en la normativa de extranjería (b) y cómo han sido interpretados a la luz de la jurisprudencia del TC (c) haciendo una especial mención al controvertido artículo 13CE (d). El examen de estas cuestiones nos servirá de preludio para adentrarnos en una de las figuras más discutidas en el Derecho de Extranjería; las “devoluciones en caliente” (III) procediendo a examinar si éstas se encuentra legalmente previstas en la normativa de extranjería (a) analizando la idoneidad de los argumentos expuestos por el gobierno en defensa de su constitucionalidad (b) y los derechos que podrían estar siendo conculcados al producirse tales devoluciones sumarias (c).

II. Aproximación al Estatuto Jurídico del Inmigrante² en el ordenamiento español

En España existen varios ejes en los que se sustenta la normativa de extranjería: la Constitución, la legislación europea³, la normativa estatal⁴ y, cada vez con un mayor protagonismo, la legislación autonómica⁵. Si bien, respecto de esta materia, resulta primordial determinar los límites del legislador, tanto estatal como autonómico, y en este sentido “la interpretación del Tribunal Constitucional resulta esencial”⁶.

Como establece el que fuera Presidente del Tribunal Constitucional, D. M. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, la extranjería no es en nuestro ordenamiento jurídico un bloque regulador uniforme sino más bien “un mosaico resultante de los distintos regímenes, [...] en el que el estatuto jurídico del inmigrante se ha ido diseñando paso a paso, sentencia a sentencia, apoyándose el Tribunal Constitucional en los principios y normas constitucionales que facilitan una tutela de los derechos”. De manera que “el TC se ha hecho cargo de la importancia actual de la inmigración en España y ha dado respuestas protectoras de los derechos humanos, con criterios flexibles”⁷.

² Queda excluida de esta obra el régimen de derechos y libertades tanto de los ciudadanos de la Unión Europea, cuyos derechos y obligaciones se encuentran reconocidos en los arts. 18 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y “configuran un estatuto jurídico tan peculiar que cabe dudar de que sea apropiado denominarlos extranjeros”, como de aquellos inmigrantes que gocen de la condición de refugiados cuyo estatuto jurídico viene determinado por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, así como por la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967.

³ Vid. OLESTI RAYO, Andreu. "La Unión Europea y La Progresiva Creación De Un Régimen Comunitario De Extranjería." *Revista catalana de dret públic*.40 (2010): 21-52.

⁴ Vid supra, p.9.

⁵ En materia migratoria la distribución de competencias ha venido determinada por el art. 149.1.2º CE, en el que se establece que “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. «Con base en ese artículo, y durante un tiempo en que España no se había conformado aún como un país receptor de inmigrantes, se atribuía a las instituciones centrales el tratamiento de todas y cada una de las cuestiones relacionadas con la inmigración. [...] La necesidad de valorar las funciones de las CCAA con respecto a la inmigración aparece cuando el fenómeno migratorio tiene otra entidad, otra procedencia no sólo europea, y se hace preciso plantearse la integración social de los inmigrantes. Llegados a este punto, se advierte la necesidad de una interpretación restrictiva de las competencias estatales sobre la inmigración.» Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene. "Facultades Competenciales y Funciones De Las Comunidades Autónomas En Inmigración: Un Análisis Desde Las Estrategias Fijadas Por La Unión Europea." *Revista de derecho constitucional europeo*.10 (2008): 275-310.

⁶ VIDAL FUEYO, María del Camino. "La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional En Materia De Derechos Fundamentales De Los Extranjeros a La Luz De La STC 236/2007." *Revista española de derecho constitucional*.29.85 (2009): 353-79.

⁷ JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, Manuel. "La Inmigración En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Español." *La protecció de les minories i els Tribunals Constitucionals. 10è Aniversari Tribunal Constitucional d' Andorra* (2003).

A) Análisis constitucional de los derechos de la persona inmigrante

En primer lugar, hay que señalar que la Constitución no acometió una disección de los derechos de los extranjeros que solucionase la problemática derivada del aumento de la inmigración en nuestro país. En 1978, España era un territorio de emigrantes y en la propia Constitución se atendió a la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero (Art. 42 CE). Sin embargo, la “apertura e indefinición” con la que el constituyente dotó al texto constitucional, ha dado lugar a que la Carta Magna siga siendo apropiada⁸.

A este respecto, para muchos autores y para el propio Tribunal Constitucional en determinados pronunciamientos, el punto de partida es el controvertido artículo 13 CE, en tanto que, salvando el art. 149.1.2º CE, es el único precepto del texto constitucional que expresamente hace mención a los no nacionales⁹.

No obstante, debemos llevar a cabo una interpretación sistemática de la Constitución e iniciar nuestro análisis por el artículo 1 CE, precepto que en palabras de nuestra mejor doctrina constituye la “clave de bóveda del régimen constitucional español” y que constituye a España como Estado social y democrático de Derecho, propugnando como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.¹⁰

⁸ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. "El Contenido Esencial De Los Derechos Constitucionales y El Régimen Jurídico De La Inmigración. Un Comentario a La STC 236/2007 De 7 De Noviembre." *Revista de derecho constitucional europeo* (2008).

⁹ «A través de una mirada histórica, puede comprobarse que el Anteproyecto de la Constitución de 1978 se refería a la posición jurídica del extranjero en el artículo 12. Su primer párrafo hacía depender de la ley, de los tratados y del principio de reciprocidad la condición jurídica del extranjero; mientras que el segundo parecía querer extender a los residentes las libertades públicas recogidas a lo largo del Título I, como si dicha titularidad no formara parte ya de la condición jurídica del extranjero». Vid. GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia y GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. "Un Análisis En Clave Constitucional Del Régimen Jurídico De Los Extranjeros En España : Especial Referencia Al Derecho a La Libertad De Circulación y Residencia." *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*.11 (2007): 257-78.

¹⁰ El portavoz del Grupo Parlamentario Mixto Raúl Morodo presentó una enmienda a este precepto, que fue desestimada, «en cuya Motivación se señalaba que el Estado debe adjetivarse lo más clara y menos doctrinalmente posible, sin perjuicio de su contenido ideológico» Vid. Constitución española. Trabajos Parlamentarios. T. I., Madrid, Cortes Generales, 1980, pp. 314 y 505.

Dejando de lado el prolijo debate doctrinal que ha suscitado este artículo, vamos a proceder a recoger las palabras que el Tribunal Constitucional, en tanto Intérprete Supremo de la Constitución, ha dedicado al citado precepto¹¹:

-«La referencia a estos valores es la más acabada expresión (junto a la recogida en el art. 10.1 CE sobre el fundamento del orden político) del contenido material del Estado de Derecho: toda la actuación de los poderes públicos debe dirigirse a la consecución de estos valores (SSTC 25/1981, 8/1983 y 35/1987, entre otras)».

-«Los valores superiores como parámetro interpretativo no pueden, sin embargo, constituir un medio para dejar de aplicar otros preceptos constitucionales (STC 20/1987), ni por lo común constituyen un canon interpretativo autónomo sino complementario (STC 181/2000), ni implican por si solos derechos susceptibles de amparo constitucional (STC 20/1990)».

-«La libertad como valor superior se proyecta en su dimensión política (SSTC 132/1989, 113/1994) pero también "en su más amplia y comprensiva de libertad personal" (STC 19/1988)».

-«La justicia "es uno de los principios cardinales de nuestro Estado de Derecho" (STC 105/1994), en dicho valor superior debe entenderse incluido el reproche de arbitrariedad (STC 65/1990), pero no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo que permita sacrificar otra norma constitucional en aras de una "justicia material"(STC 20/1987), "ni que pueda identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo"(STC 181/2000)».

-«La igualdad es un valor preeminente de nuestro ordenamiento jurídico, que debe colocarse en un rango central (SSTC 103/1983, 8/1986), "que se proyecta con una

¹¹ DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, Manuel. "Sinopsis del Artículo 1 CE." 2003. Web. <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=1&tipo=2>>. (9 de Febrero de 2015)

eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la Constitución deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución proclama"(STC 8/1983)».

Del mismo modo, una interpretación sistemática de nuestra Norma Suprema exige acudir al artículo 10.1 CE, que convierte la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes en fundamento del orden político y de la paz social.

A la luz de este precepto, el profesor GOIG MARTÍNEZ establece que “la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 CE, constituye el germen de unos derechos que le son inherentes al ser humano y, dentro del sistema constitucional, es considerado como el punto de arranque lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos. Como principio constitucional fundamental portador de los derechos de defensa de los hombres, la dignidad prohíbe que la persona sea un mero objeto del poder del Estado e impone a los poderes públicos su acción promotora, en tanto que están vinculados directamente a la Constitución en un sentido material y formal”¹².

Y todo ello sin olvidar que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9 CE), con especial consideración a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I que vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio (art. 53 CE).

Además, ha de destacarse la función interpretadora que de los derechos promulgados y reconocidos en la Constitución desempeña la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (10.2 CE)¹³,

¹² GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. "Derechos De Los Inmigrantes En España. Estatus Constitucional y Tratamiento Legislativo." *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNED* nº 1, SIN 1886-6328 (2006).

¹³ El TC ha establecido en distintos pronunciamientos que los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sirven «para configurar el sentido y alcance de de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE» (SSTC 38/1981). En concreto, en la STC 64/1991, ha explicado el significado de la «interpretación» a la que alude el art. 10.2 CE señalando que «no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos

que tras ser válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (96 CE).

Una vez sentadas estas premisas, cabría detenernos en el controvertido artículo 13 CE que, como hemos expuesto, hace mención de manera expresa a los derechos y libertades de los extranjeros, y que para una parte de la doctrina arroja más oscuridad que luz al respecto.

“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan los tratados y la ley”

Tras leer este precepto, la profesora VIDAL FUEYO expone que, de su redacción, se abren algunos interrogantes. En primer lugar, respecto al término *libertades públicas*, “¿se trata de una expresión que hay que interpretar de forma amplia, como sinónimo de *derechos fundamentales* o, por el contrario, el constituyente ha utilizado este enunciado con la intención de indicar algo distinto? En cualquier caso, ¿estamos ante un vocablo que engloba a todos los derechos subjetivos recogidos a lo largo del Título I, o sólo se refiere a un determinado grupo de derechos fundamentales, concretamente a aquellos derechos de libertad con especial incidencia en lo público?”¹⁴

Para dar respuesta a tales cuestiones, que son de gran relevancia, pues de las mismas depende la configuración del estatuto constitucional de la persona inmigrante en nuestro ordenamiento jurídico, habrá primero que acudir a la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional¹⁵ ha venido estableciendo desde su primigenia Sentencia 11/1983 de 21 de febrero, en la que el TC resuelve por primera vez un recurso de amparo interpuesto por un extranjero. De ahí que una vez la expongamos, estaremos en condiciones de proceder al examen tanto del artículo 13 como del 14 CE, por lo que a ella nos remitimos.

impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional».

¹⁴ VIDAL FUEYO, Op.cit., p.355.

¹⁵ No hay que olvidar que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo primero lo consagra como “intérprete supremo de la Constitución”.

B) Derechos de los extranjeros en la normativa de Extranjería

Siguiendo un recorrido coherente, una vez expuesta la regulación constitucional del estatus jurídico del inmigrante, pasamos al análisis de la normativa de Extranjería.

Según mantiene G. VESTRI, “la regulación española del fenómeno de la extranjería se caracteriza por una sucesión de normas que vienen representadas por el constante enfrentamiento entre los partidos políticos mayoritarios. De manera que las permanentes disputas rinden más lenta la posibilidad de alcanzar la estabilidad y uniformidad de criterios imprescindibles”¹⁶.

Debido a los numerosos cambios que se han producido en la normativa de extranjería en los últimos treinta años nos vamos a centrar en aquellos más significativos:

La primera Ley Orgánica española de derechos y libertades de los extranjeros, aprobada durante el primer gobierno socialista, fue la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España¹⁷, cuya vigencia se mantuvo hasta el 1 de febrero de 2000.

Se trata de un texto legal constituido por treinta y seis artículos, de los que siete regulan los derechos y libertades de los extranjeros, si bien tales derechos solo se predicaban de los no nacionales que se hallasen legalmente en territorio español.

Para una parte de la doctrina, con esta regulación el legislador pretendió limitar en gran medida los derechos y libertades de los no nacionales. “Buena prueba de ello sería la presentación por parte del Defensor del Pueblo de un recurso de inconstitucionalidad contra cuatro artículos de la citada Ley referidos al derecho de reunión, el de asociación, el internamiento y la imposibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas”¹⁸. El Alto Tribunal en la Sentencia 115/1987 mantuvo la constitucionalidad del precepto relativo al internamiento de extranjeros en tanto que «no puede considerarse ni de

¹⁶ VESTRI, Gabriele. *Inmigración y Extranjería. Amparo Jurídico-Legal De Los Menores De Edad Inmigrantes no Acompañados*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

¹⁷ La doctrina mantiene que «esta ley fue sin duda necesaria, ya que el ordenamiento español carecía, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, de una norma que con pretensión de generalidad recogiese, formulase y sintetizase los principios que debían informar la situación de extranjería evitando la proliferación de disposiciones de distinto rango».

¹⁸ MAZKIARAN, Mikel. "Recorrido por las leyes de extranjería en España." Web. <<http://mugak.eu/revista-mugak/no-29/recorrido-por-las-leyes-de-extranjeria-en-espana>>. (16 de Febrero de 2015)

carácter administrativo, ni sin las garantías de fondo y forma que eviten su carácter arbitrario». En cambio declaró inconstitucionales los preceptos relativos al derecho de reunión¹⁹, asociación²⁰ e imposibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas²¹.

Al objeto de esta obra cabe traer a colación los siguientes artículos:

Art. 6. Los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español tendrán derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia, sin más limitaciones que las previstas en las leyes y las determinadas por razones de seguridad pública que podrá disponer el Ministro del Interior, con carácter individual.

Art 11.1 Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley que regula los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, los extranjeros podrán entrar en el territorio español, siempre que se hallen provistos de la documentación requerida y de medios económicos suficientes, en los términos previstos reglamentariamente, y no estén sujetos a prohibiciones expresas. 2. En los puestos de acceso deberán someterse a los reconocimientos médicos y a las medidas y controles que exijan los servicios sanitarios españoles, por razones de sanidad pública, en la forma y con las garantías establecidas en los Tratados Internacionales, en los que es parte España, y en las disposiciones vigentes.

Art 26.1. Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del director de la seguridad del estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes: -Encontrase

¹⁹ El precepto impugnado permitía el ejercicio del derecho de reunión, pero para el caso de las reuniones públicas requería la necesaria autorización del órgano competente. El TC estableció que «la libertad de reunión sin autorización constituye una facultad necesaria "para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito" (STC 11/1981 de 8 abril); al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución "sin supeditarle a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración" (STC 32/1982 de 16 junio)».

²⁰ El artículo objeto de impugnación admitía la suspensión administrativa de las asociaciones legalmente constituidas. A este respecto el TC mantuvo que «el art. 13.1 CE reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales [...] y no cabe duda que el art. 8.2 LO 7/1985 establece una intervención administrativa que resulta totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el art. 22.4 CE también para los extranjeros».

²¹ «Aunque este Tribunal ha admitido para otros derechos fundamentales de los extranjeros algunas restricciones examinadas en los fundamentos jurídicos anteriores, ello ha sido en la medida que existe un sistema de garantías suficientes que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzca un uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención. Pero para prevenir este riesgo no es posible eliminar para todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida no se adecua a la necesidad de salvaguardar los intereses generales».

ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, de permiso de residencia, cuando fueren exigibles. -No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido. -Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior [...]

La Ley de extranjería de 1985 fue derogada y sustituida por la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Su origen se encuentra en tres proposiciones de Ley provenientes de los Grupos CIU, IU y Grupo Mixto-ICV. Fue aprobada con la oposición del PP,²² quien gobernaba en minoría, pero tras apenas un año de vigencia, al alcanzar este partido la mayoría absoluta, fue objeto de una importante reforma.

Se trata de una Ley menos restrictiva que la anterior en relación a los derechos y libertades de los inmigrantes. Así, determinados derechos básicos son reconocidos a las personas irregulares partiendo del requisito del empadronamiento. Además, se observa una pretensión de equiparar el estatus jurídico del inmigrante al de los nacionales, no solo en lo relativo a derechos fundamentales, sino también en los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”.

Pasamos a citar algunos preceptos:

Artículo 23 Requisitos para la entrada en territorio español

1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España.

Artículo 24 Prohibición de entrada en España

1. No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que tengan prohibida la entrada en algún país con el que España tenga firmado convenio en tal sentido.

2. A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer

²² «Esta Ley va a ocasionar la ruptura del consenso básico de las fuerzas políticas, y a partir de este momento la política de inmigración – cuestión de Estado- entrará a formar parte de la agenda electoral de los partidos, lo que propiciará un debate poco sereno». Vid. VESTRI, G. Op.cit., p.180.

contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada.

Artículo 26. De la salida de España

La salida será obligatoria en los siguientes supuestos: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal. b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley.

En este punto cabe mencionar que es en este texto legal donde aparece recogida por primera vez la figura de la devolución, que será analizada en sucesivos epígrafes de esta obra por lo que a ellos nos remitimos.

Otra de las principales novedades de esta ley fue la llamada “regularización por arraigo” que permitía acceder a la situación de residencia temporal al extranjero que, contando con medios económicos, acreditase una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español y estuviese empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición (art. 29.3)²³.

También cabe resaltar el establecimiento de un régimen más flexible en relación a la reagrupación familiar y la no detención administrativa a la hora de incoar la expulsión.

En el año 2000, una vez que el Partido Popular alcanzó la mayoría absoluta en las elecciones, se presentó un proyecto de ley de reforma que daría lugar a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Para muchos autores el resultado de esta reforma fue tan profundo que realmente supuso la aparición de una nueva Ley de Extranjería: se modificó el régimen de entrada, salida, permanencia y situaciones de los inmigrantes y solo a los extranjeros que residían legalmente en España se les reconoció el ejercicio de derechos tales como el de reunión, manifestación, asociación y huelga²⁴.

²³ «Este artículo fue considerado en su día una fórmula de regularización permanente. Lo cierto es que por primera vez se recogía en la Ley un artículo destinado a dar una solución realista a las personas que se encontraban en situación de irregularidad». MAZKIARAN, Mikel. "Recorrido por las leyes de extranjería en España." Web.<<http://mugak.eu/revista-mugak/no-29/recorrido-por-las-leyes-de-extranjeria-en-espana>>. (20 de Febrero de 2015)

²⁴ El profesor PÉREZ ROYO expone que “el texto de la LO 4/2000, tras la modificación llevada a cabo mediante la LO 8/2000, descansa, en buena medida, en la jurisprudencia que había venido siendo dictada por el TC, la cual había recurrido, como criterio general, a la distinción entre *titularidad* y *ejercicio* para delimitar la posición de los extranjeros respecto de los derechos fundamentales. Este mismo criterio es el que hizo suyo el legislador, reconociendo a los extranjeros la *titularidad* de todos los derechos reconocidos en el Título I CE, con la única excepción del derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE, pero remitiendo su *ejercicio* a lo que establezcan los Tratados Internacionales”. Vid. PÉREZ ROYO, Javier. "*Curso de Derecho Constitucional*". Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2014.

Se trata de una ley restrictiva de los derechos de los inmigrantes que favoreció el retorno a los postulados establecidos en la Ley de 1985.

Tanto la Ley como su Reglamento de Desarrollo²⁵, en el que se establecieron nuevos requisitos no incorporados en el texto legal, fueron duramente criticados tanto por la opinión pública como por distintos sectores de la sociedad.

El Tribunal Supremo en la STS de 20 marzo de 2003²⁶ anuló trece artículos de dicho Reglamento «tomando como presupuesto de todo Estado de Derecho la necesidad de que todos los poderes públicos deben de respetar el principio de legalidad reconocido en el art. 9.2 y 9.3 CE»²⁷.

Por su parte, se presentaron nueve recursos de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre²⁸. En concreto, el texto legal fue recurrido por el Grupo Parlamentario del PSOE, la Diputación General de Aragón, Junta de Extremadura, Principado de Asturias, Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, Parlamento Vasco, Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y Parlamento de Navarra.

El Tribunal Constitucional ha resuelto los indicados recursos de inconstitucionalidad en las Sentencias 236/2007, de 7 de noviembre y 259-265/2007, negando que los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga puedan

²⁵ Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

²⁶ Vid. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. "Régimen Jurídico y Políticas Sobre Extranjería En España: Comentario a La STS De 20 De Marzo De 2003." *Teoría y realidad constitucional*.12 (2003): 631-56.

²⁷ Esta sentencia, que será objeto de estudio en sucesivos epígrafes, provocó una nueva reforma de la Ley de Extranjería, que se tradujo en la Ley Orgánica 14/2003. A su vez dicha Ley ha sido objeto de impugnación por el Parlamento Vasco, dando lugar a la STC 17/2013 de 31 de enero en la que el Alto Tribunal anula el artículo 58.6 que establecía que "toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años" en tanto que dicho precepto «no respeta la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE».

²⁸ El Alto Tribunal se va a pronunciar por primera vez acerca de "la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España" Vid. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. "El Nuevo Régimen De Derechos y Libertades De Los Inmigrantes." *RDUNED. Revista de derecho UNED*.3 (2008): 11-41.

exclusivamente ser reconocidos a los extranjeros que tuviesen residencia legal en España, ya que tales derechos se encuentran «vinculados a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protegen el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática».

Respecto al derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros que carezcan de autorización de residencia en nuestro país, el TC ha recordado «la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad», estableciendo que «el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir»²⁹.

No hay que obviar, como recoge PÉREZ ROYO, que la STC 236/2007 se ha convertido en un punto de referencia, ya que “no solo recoge, sino que, también, completa y matiza los argumentos de las sentencias anteriores. Además, la jurisprudencia emanada de la STC 236/2007 ha sido confirmada por las sentencias posteriores del TC sobre la materia”³⁰.

Dos años después de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional fue aprobada la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que si acudimos a su preámbulo se justifica por tres razones:

²⁹ Cabe decir que el TC desestima los recursos en toda las demás pretensiones. Así, en relación al precepto impugnado que regula el “procedimiento preferente de expulsión”(art 23) el Tribunal mantiene que «la pretendida indefensión que generaría el precepto no es tal, pues hemos dicho reiteradamente que la brevedad de los plazos no implica *per se* la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso, ya que es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente. [...] Por otra parte los extranjeros sometidos a este procedimiento preferente de expulsión disponen de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada, además del control judicial de la decisión que garantiza la misma Ley Orgánica».

³⁰ PÉREZ ROYO, Op.cit., p. 206.

«En primer lugar la necesidad de incorporar a dicha Ley Orgánica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando una nueva redacción acorde con la Constitución a los artículos de la misma que se han declarado inconstitucionales. En segundo lugar la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, a través de la indicada Ley Orgánica, las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de incorporación o que no se han incorporado plenamente, y en tercer lugar la necesidad de adaptar la referida Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España, que presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la Ley»³¹.

La LO 2/2009, según establece PÉREZ ROYO, “ha igualado sustancialmente las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales de los españoles y extranjeros, con independencia de la situación administrativa de éstos, reservando solamente a los extranjeros que tengan la condición legal de residentes la libertad de circulación, el derecho al trabajo y a la Seguridad Social, el derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda, el derecho a acceder a las prestaciones sociales de carácter no básico y el derecho a la intimidad familiar y reagrupación familiar”³².

El que fuera presidente del Tribunal constitucional, D. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER afirma que este texto legal “ha mejorado la situación de los inmigrantes legales, cuya integración se declara como un eje central de la política migratoria española”, si bien “trata de evitar y de eliminar en lo posible la inmigración irregular, reforzando los controles, agravando el régimen sancionador y facilitando la expulsión de los extranjeros en situación irregular”.

Podemos concluir diciendo que, según la doctrina más autorizada³³, tras las frecuentes e importantes reformas producidas, la vigente Ley mejora notablemente a las anteriores, pero, sin embargo, en su aplicación práctica sufre ciertas carencias, como las relativas a la situación de los expulsados que continúan en el país, los menores no acompañados, la

³¹GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, y SIEIRA, S, "Sinopsis Del Artículo 13 CE." (2011): <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=13&tipo=2>. (22 de Febrero de 2015)

³² PÉREZ ROYO, Op.cit., p. 206.

³³ VESTRI, G, Op.cit., p.93

decisión y el control judicial sobre internamientos y la difusa figura de la devolución que será objeto de nuestro análisis en posteriores epígrafes³⁴.

C) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional relevante para la realización de este trabajo

Antes de analizar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de extranjería cabe hacer algunas consideraciones al respecto. En primer lugar, desde un punto de vista cuantitativo, el TC ha dictado hasta la actualidad unas 50 sentencias cuya *ratio decidendi* ha sido la extranjería. Según los autores consultados “se trata de un volumen modesto teniendo en cuenta el alcance de la jurisdicción constitucional española”.

En este sentido “llama la atención que en treinta años no se haya planteado ninguna cuestión de inconstitucionalidad y que los recursos de inconstitucionalidad se hayan limitado a aspectos de la primera Ley de extranjería (STC 115/1987), de la Ley de asilo (STC 53/2002), de la Ley de asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003) y de la reforma de la Ley de extranjería del año 2000 (SSTC 236/2007, 259-265/2007 y 17/2013). Mucho más frecuentes han sido, en cambio, los recursos de amparo presentados por personas extranjeras en defensa de sus derechos fundamentales, ya sea contra actuaciones de la Administración (art. 43 LOTC), de los órganos judiciales (art. 44 LOTC) o contra ambos simultáneamente (recursos mixtos)³⁵”.

Pero lo más relevante es la parquedad de la Constitución en materia de extranjería. Como ya hemos expuesto, solo dos artículos (13 y 149.1.2º CE) se refieren a este aspecto de manera expresa, por lo que el TC ha tenido que hacer frente a la ardua tarea

³⁴ La última reforma de la que ha sido objeto la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ha sido la llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Debido a la conexión de tal reforma con las “devoluciones en caliente” será analizada detenidamente en posteriores líneas.

También hay que reseñar, respecto al desarrollo reglamentario de la vigente Ley de Extranjería, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

³⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. "El Paper De La Jurisprudència Constitucional En El Desenvolupament Del Dret Públic De La Immigració." *Revista catalana de dret públic*.40 (2010): 203-22.

al definir y velar por la salvaguarda del estatuto constitucional del inmigrante en España.

A este respecto, en tal análisis jurisprudencial se ha de tomar como punto de partida la STC 107/1984, de 23 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional señala que «pese a la remisión que el artículo 13.1 CE hace a los Tratados y a la Ley [...] los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados dentro de su específica regulación de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal».

De acuerdo con lo establecido por el Alto Tribunal, el catedrático BALAGUER CALLEJÓN argumenta al respecto que “el marco constitucional, caracterizado por su relativa abertura, sería interpretado inicialmente por el Tribunal Constitucional con un sentido todavía más abierto del que finalmente se ha concretado en su doctrina”. De este modo, “en los primeros pronunciamientos en materia de extranjería se interpretan de una manera muy extensa las facultades del legislador y muy restrictiva los condicionamientos constitucionales de esas facultades”³⁶. Téngase en cuenta que en la citada sentencia el TC señala que todos los derechos de los que son titulares los extranjeros son de configuración legal.

Sin embargo, como analiza el citado autor, “esa doctrina ha sido progresivamente corregida estableciendo una relación directa entre los derechos de los extranjeros y la Constitución, que limita las posibilidades del legislador y que tiende a determinar un estatuto jurídico muy similar entre los derechos constitucionales de los extranjeros y los de los españoles”.

En este sentido, la sentencia 115/1987, de 7 de julio, marca un punto de inflexión. En ella, el Tribunal declaró inconstitucional las limitaciones establecidas por el legislador en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, a los derechos de reunión y asociación ejercidos por los extranjeros, señalando que «el art. 13.1 CE reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello 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,

³⁶ BALAGUER CALLEJÓN, Op.cit., p.3.

cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros».

En cambio, en defensa de las “extensas facultades del legislador” a las que se refiere Balaguer Callejón y que la jurisprudencia del TC había mantenido hasta este pronunciamiento, tres magistrados suscriben un voto particular en el que disponen que las libertades de las que gozan los extranjeros en España «no tienen otro contenido que aquel que establezcan los tratados y la ley», pues con la interpretación realizada por la mayoría de la Sala el artículo 13 CE queda «vacío de contenido»³⁷.

Sin embargo, el Tribunal sí se ha mantenido firme en la ya clásica triple diferenciación de los derechos y libertades de los extranjeros, concebida en la STC 107/1984, pero a la que el Tribunal remite persistentemente hasta el día de hoy: «El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por 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 contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio». Es decir, en palabras de CRUZ VILLALÓN, “derechos comunes, derechos condicionados a la configuración legal y derechos vinculados a la nacionalidad”³⁸

³⁷ Dicho voto particular es formulado por los Magistrados D. F. RUBIO LLORENTE, D. F. TOMÁS Y VALIENTE y D. F. GARCÍA-MON, quienes señalan que, de mantenerse el criterio defendido por la mayoría en relación al artículo 13 CE, éste «queda totalmente vaciado de contenido, pues es claro que si su significado se redujese, como se pretende, a la habilitación al legislador para modular o regular de manera distinta los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en relación con los de los españoles, pero sin traspasar en ningún momento los límites implícitos o explícitos que el contenido constitucionalmente garantizado de estos derechos ha de tener, el precepto en cuestión resultaría perfectamente superfluo, pues la posibilidad de esa regulación diferenciada se deduce ya "a contrario" del art. 14 CE que refiere sólo a los españoles el principio de igualdad ante la Ley». En opinión de estos magistrados, frente a tal interpretación «el citado art. 13.1, al emplear sólo la locución "libertades públicas", excluyendo la de "derechos fundamentales" implica, en primer lugar, que también los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que son inherentes a la dignidad humana. Significa también, sin duda, en segundo término, que el legislador español está obligado a otorgar a los extranjeros que viven legalmente en España el uso de las libertades públicas que garantiza el Tít. I, pero, también sin duda, (y es aquí donde está el elemento *confrontante*) que esas libertades no tienen otro contenido que aquel que establezcan los tratados y la ley»

³⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro. "Dos Cuestiones De Titularidad De Derechos: Los Extranjeros, Las Personas Jurídicas." *Revista española de derecho constitucional* 12.35 (1992): 63-84.

Por su trascendencia pasamos a analizar de manera separada cada una de las distintas categorías:

1. Derechos que pertenecen tanto a españoles como a extranjeros³⁹

Respecto a los derechos que conforman este primer grupo, el TC ha establecido que «existen derechos del título I que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles» (STC 107/1984, FJ 3). Tales derechos son los que «pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español» (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3 y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2).

Ahora bien, el Tribunal reconoce que el criterio utilizado para determinar si un derecho pertenece a este primer grupo «ofrece algunas dificultades» en tanto que todos los derechos fundamentales que la Constitución consagra están entroncados con la garantía de la dignidad humana. Por ello, el TC en la STC 91/2000, FJ7, estableció una serie de reglas para reconocer tales derechos, exponiendo que «hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos».

Para concluir su argumentación, el TC señala que para identificar tales derechos «reviste especial relevancia la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional

³⁹Será fundamentalmente a estos derechos a los que debemos de atender para analizar en clave constitucional las “devoluciones en caliente”.

que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

Pasamos a establecer aquellos derechos que han sido reconocidos expresamente por el Alto Tribunal como «inherentes a la dignidad de la persona humana», pero dejando claro que no constituyen una lista cerrada ni exhaustiva⁴⁰:

- Derecho a la vida, a la integridad física y moral (art. 15.1 CE) y Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1CE). Desde sus primeras resoluciones, el Tribunal incorporó entre «aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana [...] derechos tales como el derecho a la vida, la integridad física y moral y la libertad ideológica» (STC 107/1984 de 23 de Noviembre, FJ 3).
- El derecho a la libertad individual y a la seguridad (art. 17.1 CE) «es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que, según la S.T.C. 107/1984, de 23 de noviembre, corresponden por igual a los españoles y a los extranjeros» (STC 115/1987).
- Derecho a la intimidad personal y familiar (art 18.1 CE). El Tribunal en la STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ3, señala que «la intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental».
- El Derecho a la inviolabilidad del domicilio (art 18.2 CE) «constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima» (STC 22/1984, de 14 de febrero, FJ5).

⁴⁰ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. "Régimen Jurídico y Políticas Sobre Extranjería En España: Comentario a La STS De 20 De Marzo De 2003." *Teoría y realidad constitucional*.12 (2003): 631-56.

- Derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE). El Tribunal Constitucional citando la doctrina asentada por el TEDH establece que «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática que comprende no sólo las informaciones consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población. De ahí se deduce que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en esta materia debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido» (STC 62/1985, de 15 de octubre).

- El derecho de reunión (art.21 CE) y el derecho de asociación (art. 22 CE) según ha interpretado el TC «se encuentran vinculados a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales lo proyectan universalmente y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ7)⁴¹.

- El Intérprete Supremo mantiene que no resulta posible un tratamiento desigual por entrar en juego el elemento de extranjería respecto al derecho a la tutela judicial efectiva (24.1CE), pues «existe una homogeneidad de tratamiento [entre españoles y extranjeros] que la Constitución reconoce respecto a ciertos

⁴¹ Cabe señalar el voto particular formulado por el Magistrado don Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS, quien afirma que el artículo 13 CE «supone una diferenciación de partida de la posición constitucional de los españoles y de los extranjeros. Por ello no es posible compartir la construcción de la Sentencia que pretende apoyarse en una interpretación sistemática del título I CE, en la que subyace un criterio apriorístico de equiparación, para derivar de él una limitación al legislador a la hora de reglar los términos del disfrute de los derechos de que se trata por los ciudadanos extranjeros, límite cuyo exacto anclaje constitucional no encuentro».

El magistrado concluye exponiendo que «la apelación a la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social, no resulta consistente, utilizado con la generalidad con la que se usa en el pasaje de la Sentencia aludido. Y descendiendo ya de la generalidad del planteamiento a la consideración de los derechos de reunión, asociación y sindicación, en cuando inherentes a la dignidad humana, que es planteamiento básico de la Sentencia, tal planteamiento me parece exagerado. O mejor, considero exagerado que la condición exigida a los extranjeros para que puedan disfrutar en España de los derechos de reunión, asociación y sindicación pueda estimarse lesiva de la dignidad humana».

derechos y garantías» entre los que queda incluido tal derecho (STC 160/1990, de 18 de julio).

También los inmigrantes gozan, al igual que los nacionales, de las garantías instrumentales derivadas de la tutela judicial efectiva, con especial consideración a la asistencia jurídica gratuita, en tanto que el TC reconoce este derecho «a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos» (SSTC 16/1994 y 95/2003, de 22 de mayo). «Existe, por consiguiente un ‘contenido constitucional indisponible’ para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar » (STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 3)⁴².

- La jurisprudencia del TC «ha vinculado el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) a “todos” los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a “todos” los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE), entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales. [...] Siendo así, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ9).

- «Para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga (art.28.2 CE), ha de entenderse, en línea con lo que ya hemos afirmado en la STC 236/ 2007 en

⁴² En la STC 95/2003 el Magistrado Don Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS también formula un voto particular en el que expone que «constituye exceso en la interpretación de la Constitución, y supone, prácticamente la asunción por este Tribunal de un papel de legislador, que no le corresponde, la conversión de un derecho, derivado de un mandato del art. 119 CE, en cuanto a la configuración de la Justicia (derecho de justicia gratuita), en contenido esencial del derecho fundamental de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, cuando tal contenido (el del derecho a la asistencia jurídica gratuita) no está presente en dicho precepto, y cuando no existe ningún Tratado internacional ratificado por España de los referidos en el art. 10.2 CE (al menos no se cita en la Sentencia) que lo consagre en los amplios términos en que lo hace la Sentencia, y ello como base para proclamar que, por exigencia constitucional directa, el legislador debía haber reconocido a todos los extranjeros, al margen de la legalidad o ilegalidad de su residencia en España, el derecho a la asistencia jurídica gratuita en todo tipo de procesos, y no sólo en los que se lo otorga la Ley cuestionada».

relación con el derecho a la libertad sindical del trabajador extranjero, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. A mayor abundamiento debemos recordar que el propio párrafo segundo del apartado 3 del art. 36 de la misma Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el art. 1.29 de la Ley Orgánica 8/2000, sienta el criterio en cuya virtud la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero» (STC 259/2007, de 19 de diciembre, FJ7).

- Derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE). El Tribunal Constitucional en la STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1, determinó que «a pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el art. 14 CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros [...] se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos "imprescindibles para la garantía de la dignidad humana" y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».
- Como ya hemos expuesto en anteriores líneas, respecto del derecho de acceso a la educación de la persona inmigrante, el TC ha señalado «la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad» (Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, FJ8).

Tras este análisis, no hay que obviar que en esta categoría el TC incluye tanto aquellos derechos de los que no resulta posible bajo ninguna condición un tratamiento desigual respecto de los españoles, como son el derecho a la vida, a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva, como aquellos otros de los que el TC predica que «el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer condicionamientos adicionales respecto de su ejercicio, si bien ha de respetar, en todo

caso, las prescripciones constitucionales»⁴³. En relación a estos últimos, se trata de derechos que «la Constitución reconoce directamente a los extranjeros»⁴⁴ y para su reconocimiento «debe tenerse especialmente en cuenta, entre otros criterios, la dicción de los preceptos del Título I reconocedores de derechos, a los que remite el art. 13.1 CE, pues en ellos se hace normalmente referencia a sus titulares utilizando distintas expresiones: «*todos*, «*todas las personas*», «*los españoles*», «*nadie*», «*los ciudadanos*» o también fórmulas impersonales «*se reconoce*», «*se garantiza*» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 4). Este sería el caso del derecho de reunión y asociación⁴⁵.

2. Derechos que pueden pertenecer por igual a los españoles y extranjeros según dispongan los tratados y las leyes

En referencia a los derechos incluidos en este segundo grupo, cabe decir que la doctrina sigue líneas divergentes⁴⁶. Tras leer la opinión fundada de diversos autores entendemos que en esta categoría se incluirían aquellos derechos que «no siendo expresamente

⁴³ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ4

⁴⁴ STC 115/1987, de 7 de julio, FJ2

⁴⁵ En este punto cabe decir que, el hecho de que el TC no haya seguido en sus pronunciamientos un criterio interpretativo uniforme, ha contribuido a que la doctrina lleve a cabo un análisis de los derechos de los inmigrantes sin coincidir en qué derechos se incluyen en cada categoría. A este respecto, el profesor PÉREZ ROYO establece que tras la STC 236/2007 se deduce tres grupos de derechos: a) « los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos» b) otros «derechos que la constitución reconoce directamente a los extranjeros» c) «los derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes». Así, este autor adopta de manera implícita la teoría cuatripartita de los derechos mantenida por VIDAL FUEYO, que será objeto de nuestro análisis en sucesivos epígrafes, al distinguir, dentro de la primera categoría establecida por la STC 107/1984, dos subgrupos.

⁴⁶ El profesor GONZÁLEZ GARCÍA incluye en este segundo grupo aquellos derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros, pero de los que el legislador puede establecer «condiciones adicionales».

En cambio la mayor parte de la doctrina, destacando el análisis que hace de esta cuestión VIDAL FUEYO, los incluye en el primer grupo. Ahora bien, la citada autora formula una crítica a la doctrina asentada por el TC, que a continuación tendremos ocasión de analizar, en la que establece que el Tribunal no sigue un criterio uniforme pues incluye en esta primera categoría, tanto aquellos derechos de los que no es posible un tratamiento desigual entre nacionales y extranjeros, como aquellos derechos que, pese a ser reconocidos directamente por la Constitución a los extranjeros, el legislador goza un de mayor poder de configuración, y todo esto sin modificar aparentemente la teoría tripartita establecida en la STC 107/1984, de 23 de noviembre.

En esta línea, el constitucionalista GONZÁLEZ BEILFUSS entiende que son los derechos que « no siendo expresamente atribuidos por la Constitución a los extranjeros, pueden ser extendidos por el legislador a los no nacionales» a los que se refiere el TC al aludir a «derechos de configuración legal» en la ya citada STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3, y que, por tanto, derechos como el de asociación y reunión se incluirían en la primera categoría.

atribuidos por la Constitución a los extranjeros, pueden ser extendidos por el legislador a los no nacionales», respecto de cuales el legislador ostenta una mayor libertad de regulación en tanto que no están especialmente vinculados con la dignidad humana.

El Tribunal mantiene que al «no ser derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana [...] es pues lícito que las leyes y tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros»⁴⁷. En concreto, «el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español»⁴⁸.

Ahora bien, las restricciones que puede establecer el legislador no son ilimitadas. De manera que, como interpreta el TC en la STC 236/2007, «la libertad del legislador se ve asimismo restringida, por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida».

De los pronunciamientos del TC se deduce que éste sería el régimen jurídico de derechos tales como «el derecho al trabajo (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), el derecho a la salud (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3), el derecho a percibir una prestación de desempleo (STC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2), y también con matizaciones el derecho de residencia y desplazamiento en España (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3)».

En alusión a esta categoría cabe resaltar que, al analizar la jurisprudencia mantenida por el TC en estos treinta años, se observa, como defiende BALAGUER CALLEJÓN, una progresiva restricción de las posibilidades de configuración del legislador lo que da

⁴⁷ STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 4

⁴⁸ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ4

lugar a una equiparación entre el estatus constitucional de los españoles y el de los extranjeros.⁴⁹

3. Derechos que se atribuyen únicamente a los nacionales

Respecto a esta última categoría hay que acudir al art. 13.2 CE.

Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo⁵⁰ en las elecciones municipales.

Estableciéndose en el art 23 CE:

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Ello conlleva que el derecho de participación pública y de acceso a las funciones públicas es reconocido exclusivamente a los españoles, sin perjuicio del régimen especial del que disfrutaban los ciudadanos comunitarios y del posible reconocimiento que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales⁵¹.

Según expone PÉREZ ROYO “únicamente los derechos de este grupo se sabe con certeza cuáles son, porque hay una manifestación de voluntad inequívoca del constituyente. [...] Respecto de los demás, la Constitución no dice nada con claridad y, en consecuencia, habrá que estar a lo que resulte de una interpretación sistemática de la misma”⁵².

⁴⁹ BALAGUER CALLEJÓN, Op.cit., pp.3-4.

⁵⁰ Para adaptar la Constitución a las exigencias del Tratado de Maastricht, se abrió por primera vez el proceso de reforma constitucional dando como resultado la modificación del Art. 13.2 CE, añadiendo la expresión "y pasivo" en relación al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales.

⁵¹ En la actualidad, son doce los países con los que España ha suscrito un Acuerdo: Noruega, Colombia, Chile, Ecuador, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú, Islandia, Bolivia, Cabo Verde, Corea del Sur y Trinidad y Tobago.

⁵² PÉREZ ROYO, Op.cit., p. 207.

D) Un intento de interpretación sistemática del artículo 13 y 14 CE.

Una vez que hemos presentado los preceptos constitucionales en materia de extranjería y la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional sobre los mismos, estamos en condiciones de examinar el debate doctrinal que rodea al artículo 13 CE.

Para el catedrático BALAGUER CALLEJÓN, la citada doctrina del TC ha superado la inicial indefinición del art. 13 CE acudiendo fundamentalmente a dos criterios. Por un lado al principio de dignidad, de modo que existen una serie de derechos que son inalienables a todas las personas con independencia de que estos sean nacionales o extranjeros. De otro lado, el legislador debe respetar el contenido esencial de tales derechos, por lo que las diferencias que el legislador quiera introducir respecto a las personas extranjeras deben situarse más allá de este contenido esencial.

En esta línea, el catedrático ESPINAR VICENTE defiende que el artículo 13 realiza por sí dos funciones de gran importancia:

En primer lugar, “inserta al extranjero en el espacio de libertad constitucional diseñado para los españoles, sin que ello quiera decir que asimile su estatuto jurídico al de los ciudadanos” y en segundo término “garantiza que la traducción de esas libertades en derechos respetará siempre el contenido esencial con el que se consagran en el Título primero”⁵³.

En cambio otros autores, como VIDAL FUEYO, GONZÁLEZ BEILFUSS y GOIZUETA VÉRTIZ, mantienen que aún persisten importantes indefiniciones en relación al artículo 13 CE.

1. A este respecto uno de los problemas a los que ha dado lugar esta clasificación ha sido su gran flexibilidad desde el punto de vista jurídico. Bien es cierto que no existen dudas sobre los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, pero persisten interrogantes respecto a los derechos que conforman los otros dos grupos y lo que, a juicio de estos autores es más importante, “siguen existiendo serias dudas respecto de las consecuencias que se derivan de la pertenencia a uno u otro grupo”⁵⁴.

⁵³ ESPINAR VICENTE, José María. "Extranjería e Inmigración En España: Análisis Crítico De Su Regulación Jurídica." (2006): 41.

⁵⁴ VIDAL FUEYO, Op.cit., p.359.

En este sentido, en cuanto a «los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos al estar directamente vinculados con la dignidad de la persona», el Tribunal Constitucional no determina el elenco de derechos que conforman este grupo, sino que estos se van deduciendo progresivamente de los pronunciamientos de nuestro Intérprete Supremo.

Ahora bien, del análisis de su jurisprudencia se deduce que el TC no sigue un criterio uniforme, ya que, como expone VIDAL FUEYO “introduce en este apartado tanto aquellos derechos que (como la tutela judicial efectiva o el derecho a la libertad persona) considera especialmente vinculados con la dignidad de la persona y, por tanto, su regulación ha de ser exactamente igual para españoles y extranjeros, sin que puedan existir diferencias (SSTC 99/1985, 115/1987, entre otras); como aquellos otros (como los de reunión y asociación) que por estar también especialmente vinculados con la dignidad humana son predicables de todas las personas pero que, a juicio del Tribunal, van a poder sufrir un mayor margen de libertad de configuración por parte del legislador orgánico cuando se predicen de los extranjeros”⁵⁵. Con respecto a estos últimos, atendiendo a lo establecido en la STC 236/2007, FJ 17, «el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa derivada de su posición constitucional (STC 96/1996), será el que establezca las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros». Ahora bien, «una cosa es autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales» (STC 115/1987, FJ 3).

El Tribunal no argumenta por qué en relación a determinados derechos el legislador orgánico goza de una mayor libertad de configuración y, respecto a derechos como libertad judicial y la libertad personal, tal margen de libertad queda restringido. Según Vidal Fueyo “en ninguna sentencia parte del examen de la razonabilidad de la inclusión de la extranjería como factor diferencial en el contenido de la ley, ni se aplica un test de igualdad, sino que tal distinción parece derivarse de la remisión que se hace a la ley en el art 13.1 CE, sin que el Tribunal aporte más argumentos de fondo al respecto”.

⁵⁵ *Ibidem.*, p.361.

Ello da lugar a que la clásica teoría tripartita de los derechos y libertades de los extranjeros se transforme en cuatripartita, al diferenciarse dos niveles en el seno de los derechos recogidos dentro del primer grupo.

2. El segundo problema reside en la utilización del criterio de la dignidad de la persona. Puesto que, aunque desde una perspectiva ética tal criterio esta fuera de toda duda, desde una perspectiva jurídica, para tales autores, es un “concepto extremadamente arriesgado [...] en tanto que no garantiza un ámbito de seguridad jurídica, ni excluye la arbitrariedad del intérprete”⁵⁶. Así, ¿por qué como afirma el TC el derecho de reunión incide en mayor medida en tal dignidad que el derecho a la libertad de desplazamiento?

La utilización de este criterio axiológico da lugar a que el debate se centre en si «resulta exagerado» que determinados derechos se consideren o no lesivos de la dignidad humana, como ocurre en el voto particular formulado por el Magistrado D. V. CONDE MARTÍN DE HIJAS de la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

Para estos profesores, las dudas generadas por el artículo 13 CE, y no resueltas por el Tribunal Constitucional, podrían superarse a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, poniendo en conexión tal precepto con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte, y una interpretación teleológica que centre el foco en los objetivos que el constituyente buscó conseguir mediante su establecimiento.

Pues bien, siguiendo con este argumento, los citados autores defienden que la fuente de los derechos fundamentales reside para los extranjeros, al igual que los nacionales, en el conjunto del texto constitucional – especialmente en el Capítulo II Título I – y no tanto en el artículo 13.1 CE como se deduce de los pronunciamientos del TC⁵⁷.

De forma que, si los extranjeros gozan en nuestro país de los derechos atribuidos por el Capítulo II Título I entendidos según el artículo 10.2 CE, el citado precepto no hace

⁵⁶ *Ibidem.*, p.359.

⁵⁷ Precisamente este ha sido el criterio que hemos mantenido desde el inicio de esta obra al analizar el estatuto constitucional del inmigrante en nuestro ordenamiento.

referencia tanto a los derechos fundamentales que el Ordenamiento jurídico les reconoce en España, como a los derechos de los cuales quedan excluidos⁵⁸.

En definitiva, “los apartados 1.º y 2.º del art. 13 CE nos están diciendo que hay determinados derechos fundamentales de los que los extranjeros no son titulares – pero no porque así lo establezca el art. 13 CE, sino porque así se desprende de los diversos preceptos constitucionales reconocedores de derechos, debidamente interpretados – pero que, con la excepción parcial de los derechos del art. 23 CE, podrán ser atribuidos a los extranjeros mediante tratado o la ley [...] De suerte que, gracias al art. 13.1 CE, un derecho fundamental inicialmente no reconocido para los extranjeros se convierte, tras la mediación de la ley o del tratado, y en los términos que ellos establezcan, en derecho de los no nacionales. Estos derechos van a contar con la eficacia y la tutela propia de los derechos fundamentales pero, al ser disponibles para el legislador, se convierten en un buen ejemplo de la categoría derechos fundamentales de configuración legal”⁵⁹.

Por su parte, PÉREZ ROYO establece que “las libertades públicas se pueden considerar que están incluidas en los derechos fundamentales, pero no está claro que pueda hacerse lo mismo a la inversa [...] Es posible, que con ello se quisiera resaltar que la titularidad por parte de los extranjeros de los derechos fundamentales es algo que va de suyo y que no había ni siquiera que mencionarlo. Pero no está nada claro que así sea y hubiera sido mejor que se hubiera utilizado el término derechos, bien solo o bien seguido del de libertades públicas. Así lo ha interpretado, en todo caso, el legislador desde la LO 7/1985”⁶⁰.

Una vez planteada la controversia que genera el art. 13CE estamos en condiciones de examinar la interpretación que el TC ha llevado a cabo en relación al principio de igualdad (art 14 CE).

El profesor PÉREZ ROYO señala que “el principio de igualdad de la Constitución es un principio de igualdad política y no humana, que no impone pero sí permite una

⁵⁸ VIDAL FUEYO, María del Camino y FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alonso. *Constitucion y Extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁵⁹ VIDAL FUEYO, María del Camino. "La Sentencia Del Tribunal Constitucional 72/2005, De 4 De Abril, En Materia De Libertad De Entrada y Residencia De Los Extranjeros En España." *Teoría y realidad constitucional*.18 (2006): 429-44.

⁶⁰ PÉREZ ROYO, Op.cit., p. 204.

diferencia entre españoles y extranjeros en lo que a la titularidad de algunos y en lo que al ejercicio de otros derechos se refiere”⁶¹.

A este respecto, el TC ha expuesto en la STC 107/1984, FJ3, que «cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a “los españoles”. Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, “son iguales ante la Ley”».

Sin embargo, el Tribunal perfila su análisis y añade: «la inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido».

De ahí que, no obstante la literalidad del artículo 14, tal precepto resulta aplicable a los no nacionales. “Ahora bien, su ámbito de protección dependerá del derecho que se vea afectado, al ser el de igualdad un derecho vinculado necesariamente a otro cuya igual protección se pretende”⁶². Para establecer los derechos que corresponden a los no nacionales en igualdad respecto de los españoles habrá que acudir a la doctrina mantenida por el TC, y en concreto a la división tripartita que éste realiza de los derechos y libertades de los extranjeros.

Así, en relación a los derechos incluidos en el primer grupo, esto es, aquellos que «son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana», no es posible mantener una desigualdad en la titularidad de tales derechos entre españoles y extranjeros.

En cambio, más allá de los derechos que se incluyen en esta categoría y de aquellos que la Constitución atribuye únicamente a los nacionales, la igualdad de trato solo puede ser exigible en los términos que determine la ley y los tratados internacionales. “Y ello es así porque no existe una situación de identidad entre el régimen jurídico de los

⁶¹ PÉREZ ROYO, Op.cit., p. 208.

⁶²MORA ALEMAÑY, Rosario. "¿También Los Extranjeros Son Iguales Ante La Ley?" *RDUNED.Revista de derecho UNED*.12 (2013): 561-94.

extranjeros y el de los nacionales”, aunque, como se ha expuesto, existe una tendencia a la progresiva equiparación de los mismos⁶³.

III. Análisis de la constitucionalidad de las expulsiones sumarias en Ceuta y Melilla

Una vez que hemos sentado las bases del estatuto jurídico del inmigrante en nuestro Ordenamiento jurídico, estamos en condiciones de adentrarnos en la problemática de las denominadas “devoluciones en caliente” que se producen sistemáticamente en las líneas fronterizas de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Para ello, empezaremos analizando si alguno de los procedimientos previstos en la normativa de extranjería es de aplicación a tales supuestos (A) los argumentos dados por el Ministerio del Interior para la justificación de estas devoluciones sumarias (B) y para finalizar, examinaremos si estas expulsiones son acordes con nuestra Constitución, con la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional y con los tratados internacionales ratificados por España (C).

A) ¿Se incluye las “devoluciones en caliente” entre los procedimientos previstos en la normativa de extranjería?

En la LOEx se distinguen tres supuestos de salida obligatoria del territorio nacional: expulsión, denegación de entrada y devolución.

La expulsión se encuentra prevista en el art. 57 LOEx dentro del título relativo al régimen sancionador. En la normativa de extranjería se distingue entre expulsión

⁶³ «La jurisprudencia del TC parece orientada hacia el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales en favor de los extranjeros en igualdad con los nacionales. Prueba de ello son justamente las sentencias SSTC 236/2007 y 259-265/2007 que considera discriminatorio el requisito de la residencia legal en relación con un importante grupo de derechos. Pero tanto en ellas como en la más reciente STC 17/2013 se ve que el TC no siempre deduce de esa igual titularidad la exigencia de una regulación idéntica, lo que también podría interpretarse como cierta restricción en la aplicación de la igualdad a los derechos de los extranjeros» Vid. MORA ALEMANY, Op.cit., pp.593-594.

En este sentido, cabe destacar la *presunción de igualdad* entre españoles y extranjeros en el ejercicio de los derechos establecidos en la LOEx que el legislador ha establecido en su art. 3.1: «Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles». Vid. PEREZ ROYO, Op.cit., p. 205.

administrativa y judicial. La primera se configura como medida sustitutoria de la sanción pecuniaria cuando los extranjeros realicen conductas tipificadas como graves⁶⁴ y muy graves. Las expulsiones judiciales se prevén cuando «el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza». El procedimiento seguido para la expulsión viene recogido en los artículos 63 y ss. LOEx.⁶⁵

La denegación de entrada aparece regulada en el artículo 26.2 LOEX y 15 RLOEx. En este supuesto, el inmigrante solicita la entrada en los puestos habilitados al efecto, pero no reúne los requisitos exigidos por la normativa para entrar en el territorio nacional. Como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de asistencia jurídica se establecen una serie de exigencias⁶⁶. Así, la entrada «será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo».

La devolución procede en dos supuestos diferenciados: cuando el extranjero «habiendo sido expulsado contravenga la prohibición de entrada en España» y en aquellos casos en

⁶⁴ Solo puede dar lugar a expulsión las conductas graves previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 LOEx. Así, como ejemplo, es una infracción grave: «a) encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

⁶⁵ Cabe mencionar las garantías reconocidas por el TC relativas a la expulsión de extranjeros. En este sentido el Alto Tribunal ha establecido que «las causas de expulsión tienen que estar previstas en normas con rango de ley y que no pueden utilizarse conceptos genéricos incompatibles con las exigencias de certeza que se derivan del artículo 25.1 CE (STC 116/1993). Respecto de la Administración que decreta la orden de expulsión, el Tribunal ha exigido que se trate de una decisión motivada y proporcionada, que tenga en cuenta las circunstancias del caso concreto y que sea respetuosa con las garantías procedimentales que se derivan de los artículos 19 y 24 CE, como la audiencia del extranjero (STC 242/1994)». GONZÁLEZ BEILFUSS, Op.cit., p.11.

Si bien, en la reciente STC 186/2013, de 4 de noviembre, el TC interpreta que la intimidad familiar «únicamente protege el poder del individuo de resguardar un ámbito de privacidad, reservado para sí y su familia, inmune frente a la publicidad no querida» y, por tanto, la medida de expulsión «no supone una injerencia o intromisión en la intimidad familiar (artículo 18.1 CE), sino en los principios constitucionales de protección de la familia (artículo 39.1 CE)». Vid. GARCÍA VITORIA, Ignacio. "El Impacto De La Jurisprudencia Del TEDH En Las Expulsiones De Inmigrantes." *Revista General de Derecho Constitucional*. nº 20 (2015).

⁶⁶ Ambos derechos son reconocidos a los extranjeros en los artículos 20 y 22 LOEx.

los que el extranjero «pretenda entrar ilegalmente en el país»⁶⁷, añadiendo el Reglamento que quedan incluidos a estos efectos «los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones». Nos centraremos en este último supuesto.

Si bien para esta medida no se requiere la tramitación de un expediente de expulsión, la Ley sí fija un procedimiento garantista: se requiere resolución del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Además, se establece que «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución». Ahora bien, si ésta no se pudiera ejecutar en un plazo de 72 horas «se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión»⁶⁸.

El Tribunal Constitucional en la STC 17/2013, de 31 de enero ha interpretado que «no concurre en la orden de devolución la función represiva, retributiva o de castigo» y que, por tanto, resulta inconstitucional establecer, como hizo la LO 14/2003, que la devolución llevara consigo un prohibición de entrada en el territorio español durante un periodo de tres años, dado que el carácter sancionador de esta medida resulta incompatible con la naturaleza de la devolución.

En esta Sentencia el Tribunal llega a determinar que el hecho de que esta medida no tenga un carácter sancionador «no significa que pueda adoptarse de plano o en ausencia de todo procedimiento» de tal modo que «habrán de respetarse las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones». Además, el TC interpreta que en el procedimiento de devolución los extranjeros gozan del derecho de asistencia jurídica gratuita y la asistencia de intérprete «lo que garantiza el derecho de defensa, en particular la formulación de alegaciones y la presentación de recursos».⁶⁹

⁶⁷ Art. 58.2 LOEX

⁶⁸ Art 23 RLOEx

⁶⁹ Estos derechos aparecen reconocidos en los artículos 20, 21 y 22 LOEx.

Asimismo hay que destacar que, según se expone en la normativa de extranjería, no procede aplicar el procedimiento de devolución cuando se trate de mujeres embarazadas y se pueda poner en riesgo la salud de la madre o cuando se formalice una solicitud de protección internacional en tanto que ésta no quede resuelta⁷⁰.

Pues bien, examinados los procedimientos previstos en la normativa de extranjería resulta evidente que las “devoluciones en caliente”, que podrían ser definidas como “la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías constitucionalmente reconocidas”⁷¹, no responden a ninguno de ellos.

Por lo tanto podemos establecer como primera conclusión que tales expulsiones sumarias vulneran la LOEx y el RLOEx en tanto que tal práctica no puede insertarse en ninguno de los procedimientos establecidos en esta normativa, debiendo de aplicarse, cuanto menos, la medida de devolución con las garantías establecidas al efecto.

B) Argumentos expuestos por el Gobierno

Ante el hecho irrefutable de que las “expulsiones en caliente” no aparecen en ningún texto normativo, el Ministerio de Interior ha establecido una serie de argumentos para justificar la adopción de estas medidas. Pasamos a analizar la idoneidad de los mismos:

Concepto “operativo” de frontera

Tras la muerte de 15 personas en la frontera de Ceuta debido a los sucesos acaecidos el 6 de febrero de 2014 y que están siendo investigados por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Melilla⁷², el Ministro del Interior en su comparecencia en el Congreso estableció que no hubo devoluciones en caliente porque, para ello, debió previamente existir una entrada en territorio nacional que no ocurrió, en tanto que la línea fronteriza “queda materializada y visualizada por la línea de agentes de vigilancia que, en cada

⁷⁰ Art. 58.6 LOEx y 23.6 RLOEx.

⁷¹ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita, et ál, "Expulsiones En Caliente": Cuando El Estado Actúa Al Margen De La Ley." *Informe promovido desde el Proyecto I+D+i Iusmigrante* (2014).

⁷² En el Auto de 11 de Septiembre de 2014, el coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil en Ceuta, Ambrosio Martín Villaseñor, ha sido imputado por un presunto delito de prevaricación.

caso y circunstancia, se establece desde el espigón hasta el agua de la playa que se estime necesario”. Con respecto al territorio terrestre el Ministro expuso que “la valla interna materializa la línea con la que el Estado, en una decisión libre y soberana, delimita, a los solos efectos del régimen de extranjería, el territorio nacional”⁷³.

Esta ficción jurídica no es admisible bajo ningún concepto y demuestra la falta de conocimientos jurídicos de quien emite tales afirmaciones. Las playas de Ceuta y Melilla son territorio español y el mar territorial limítrofe a las mismas está sometido a soberanía española. Por su parte, la valla externa de estas ciudades está asentada bajo territorio nacional. Así se desprende del Tratado de Paz celebrado entre España y Marruecos de 1860.

Además, el hecho de establecer la línea fronteriza “a los solos efectos de la ley de extranjería” vulnera, entre otros principios, el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el de legalidad y el de seguridad jurídica, todos ellos consagrados en el art 9.3 CE⁷⁴.

Para concluir cabe decir que, con independencia de si tales devoluciones se producen en territorio marroquí o español, «las autoridades españolas [...] fuera de los límites del territorio español, no dejan de estar sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.) y, en particular, al respeto de los derechos y libertades que nuestra Norma fundamental reconoce y garantiza» (STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ2º).

Acuerdo de readmisión de extranjeros entrados ilegalmente entre España y Marruecos

Un segundo subterfugio utilizado para defender la legalidad de tales expulsiones sumarias es el Acuerdo celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992⁷⁵.

⁷³ Vid. "Comparecencia Del Ministro Del Interior, a Petición Propia, Para Informar Sobre Los Hechos Acaecidos En La Frontera De La Ciudad Autónoma De Ceuta El Pasado 6 De Febrero." *Comisión del Interior del Congreso de los Diputados* (13 de febrero de 2014) "Informe Redactado Por La Dirección Adjunta Operativa De La Guardia Civil, Dirigido Al EXCMO. Director De La Guardia Civil." (8 de febrero de 2014).

⁷⁴ Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, Margarita Martínez Escamilla, et ál, "Devoluciones Ilegales En La Frontera Sur. Análisis Jurídico De Las Denominadas "Devoluciones En Caliente"." *Proyecto I+D+i Iusmigrante* (2015)

⁷⁵ Entrada en vigor el 21 de octubre de 2012 (*BOE núm. 299, de 13 de diciembre*).

Dicho Acuerdo no puede excluir la aplicación de la Ley de Extranjería en tanto que ambas normas jurídicas regulan materias diversas. De tal modo que “la legislación de extranjería establece los procedimientos en virtud de los cuales un ciudadano extranjero puede ser sujeto de salida coactiva de territorio español. Por el contrario, la regulación del Acuerdo de readmisión se encarga de regular el modo como debe ejecutarse esa salida coactiva cuando el destino es Marruecos”⁷⁶.

Igualmente, en el Acuerdo de readmisión se establece una serie de requisitos y garantías. Así, se exige que «la solicitud de readmisión deberá ser presentada en los diez días posteriores a la entrada ilegal en el territorio del Estado requerido. En ella se harán constar todos los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de su entrada ilegal en el territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información de que se disponga sobre el mismo»⁷⁷.

Por tanto, no solo el Acuerdo de readmisión no excepciona la aplicación de los procedimientos establecidos en la Ley de Extranjería, sino que impone requisitos adicionales que no son cumplidos por parte del Estado Español al llevar a cabo las expulsiones sumarias.

“El rechazo en frontera”: nueva figura establecida por la Ley 4/2015, de 30 de marzo

El último giro de tuerca para sostener la legalidad de las “devoluciones en caliente” ha sido la introducción de la disposición adicional décima de la LOEx por parte de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁷⁸.

Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla

1. 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.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

⁷⁶ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita, et ál, "Expulsiones En Caliente": Cuando El Estado Actúa Al Margen De La Ley." *Informe promovido desde el Proyecto I+D+i Iusmigrante* (2014).

⁷⁷ Art. 2.2 del citado Acuerdo.

⁷⁸ Dicha disposición adicional entró en vigor el día 1 de abril de 2015.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

En primer lugar, respecto al procedimiento seguido, dicha disposición adicional se insertó mediante una enmienda parcial al Proyecto de Ley de protección de seguridad ciudadana. A este respecto cabe traer a colación la STC 119/2011, de 5 de julio, en la que el TC interpreta que «la enmienda, conceptual y lingüísticamente, implica la modificación de algo preexistente, cuyo objeto y naturaleza ha sido determinado con anterioridad; sólo se enmienda lo ya definido. La enmienda no puede servir de mecanismo para dar vida a una realidad nueva, que debe nacer de una, también, nueva iniciativa».

Además, al utilizarse el procedimiento de enmienda, se prescindió de los informes del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado que tienen por objeto determinar la oportunidad del texto legal y la salvaguarda del ordenamiento jurídico.⁷⁹

Entrando en el fondo de la nueva regulación, en el párrafo primero se dispone que tal precepto resulta aplicable a quienes «intentan superar los elementos de contención fronterizos» para «impedir su entrada ilegal en España». Por lo tanto, dicha normativa se estaría refiriendo a las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla, dejando al margen aquellos inmigrantes que, por ejemplo, pretendan entrar a nado, pues en tales casos no existe elemento de contención alguno. Pero, incluso, en las líneas fronterizas terrestres de las ciudades autónomas dicha regulación no sería de aplicación, pues la valla exterior, como ya hemos expuesto, está situada en territorio nacional y cualquier otra interpretación iría en contra de la legalidad, por lo que no se podría «impedir la entrada» del extranjero cuando ya se ha consumado la misma.

Por tanto, tal precepto no es de aplicación al supuesto de hecho que pretendía regular debido a la obtusa regulación del legislador, debiéndose aplicar cuanto menos a las “expulsiones en caliente” el procedimiento de devolución contemplado en la normativa de extranjería⁸⁰.

⁷⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, et ál, "Rechazos En Frontera": ¿frontera Sin Derechos?" *Informe promovido desde el Proyecto I+D+i Iusmigrante* (13 de abril de 2015).

⁸⁰ *Ibidem.*, p.11.

C) Goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e inalienable de los derechos humanos

Con independencia de que se denominen “devoluciones en caliente”, “rechazos en frontera”, “expulsiones sumarias” o “devoluciones *stricto sensu*” el nombre no hace la cosa y en todos estos supuestos se han de garantizar la protección de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por España.

Vamos a proceder a analizar, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aquellos derechos que en mayor medida puede ser objeto de vulneración en las devoluciones de inmigrantes a las autoridades marroquíes sin respetar ningún tipo de garantías ni procedimientos.

Libertad de residencia, circulación y entrada de los extranjeros en España.

En primer lugar, nos debemos plantear si los extranjeros son titulares del derecho de entrada en el territorio español, así como del derecho de circulación y residencia reconocidos por nuestra Constitución en su artículo 19 y, de ser la respuesta afirmativa, bajo qué condiciones.

El Tribunal Constitucional en un primer momento, y en consonancia con una primera etapa de su jurisprudencia en materia de extranjería de carácter más restrictiva, señala en la STC 99/1985, de 30 de septiembre, que los derechos que consagra el artículo 19 CE en ningún caso son de titularidad de los no nacionales, equiparando tal precepto al 23 y 29 CE⁸¹.

De modo que no admite a trámite ningún recurso formulado por un extranjero basada en una pretendida vulneración de los derechos consagrados en el artículo 19 CE. En este sentido, destaca el Auto 182/1985, de 13 de marzo en el que se establece que «tal precepto no puede servir de apoyo para fundamentar tales pretensiones; lo que se

⁸¹ El Tribunal en el FJ2º de dicha sentencia establece que «el párrafo 1 del art. 13 de la Constitución [...] significa que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art. 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”».

establece en el mencionado precepto constitucional no es sino el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular libremente por el territorio nacional, así como entrar y salir libremente de España en los términos legalmente previstos».

Sin embargo, el TC inicia una nueva línea interpretativa en la STC 94/1993, de 22 de marzo⁸², en la que Doña Evangelina L. Venzón solicitó amparo frente a la resolución que ordenaba su expulsión del territorio nacional por encontrarse ilegalmente en él.

Primeramente, en dicha sentencia, el Tribunal establece que, en tanto la decisión de expulsar a una persona del territorio español afecta de manera directa a la libertad de circulación, ha de plantearse la cuestión previa de «si un extranjero puede ser considerado titular del derecho fundamental de circulación, y en su caso con qué alcance». Para, a continuación, señalar que «la sola dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque ese precepto 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 art. 13 de la Constitución. Su apartado 1 dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantizan el Título I de la Constitución, aun cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la Ley [...] y el apartado 2 de este art. 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art 23 CE [...] Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19»⁸³.

Ahora bien, el TC establece que al no ser tales derechos inherentes a la dignidad humana «es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos

⁸² Debido a este importante cambio jurisprudencial y al hecho de que el Tribunal ni siquiera hiciera mención a tal cambio en dicha sentencia, García Roca ha llegado a afirmar que “ello impide decantar criterios sólidos en este ámbito” Vid. GARCÍA ROCA, Francisco Javier. "La Titularidad Constitucional e Internacional De Los Derechos Fundamentales De Los Extranjeros y Las Modulaciones Legales a Sus Contenidos." *Problemas Constitucionales De La Inmigración : Una Visión Desde Italia y España : (II Jornadas Italo-Españolas De Justicia Constitucional), El Puerto De Santa María, 3-4 Octubre De 2003*. 1st ed. Tirant lo Blanch, 2004. 71-108.

⁸³ Esta argumentación que expone el TC es de gran trascendencia en tanto que establece de manera tajante que el artículo 13 CE se predica de los extranjeros en general y solo se excluye de los derechos del Título I aquellos reconocidos en el artículo 23 CE. Aunque valga decir que dicha disección no lo haya predicado de modo general en otros pronunciamientos y respecto a otros derechos.

En el mismo sentido que dicha sentencia se pronuncia P. CRUZ VILLALÓN al señalar que “los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales contenidos en el Título I de la Constitución, es decir, en principio todos”. Aunque esta es una posición que otros autores, como G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, no mantienen.

derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella». Por tanto, en atención a la clasificación tripartita, la Sala Primera sitúa tales derechos dentro de los del segundo grupo, exigiendo como requisito de titularidad cumplir con los requisitos legales establecidos. Esta línea jurisprudencial se consolida en las SSTC 196/1994, 242/1994 y 169/2001.

De este modo, como se establece en la STC 72/2005, de 4 de abril, el extranjero no goza de un derecho fundamental de entrada en el territorio nacional⁸⁴, ahora bien, ello no obsta a que este goce de tal derecho si cumple los requisitos señalados en el texto legal⁸⁵, que a este respecto son los establecidos por el artículo 25 LOEx, entre los que se encuentra, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, disponer de visado, acreditar medios de vida suficientes y efectuar tal entrada por los puestos habilitados al efecto.

No hay que obviar que tales requisitos no serán de aplicación a los «extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España» ni cuando «existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España» (art. 25.3º y 4º LOEx)⁸⁶.

La constitucionalista S. García Vázquez se plantea si “existe un contenido mínimo indisponible para el legislador encargado de desarrollar los derechos reconocidos en el artículo 19 CE para los extranjeros”⁸⁷. Si atendemos a la jurisprudencia mantenida por

⁸⁴ Hay que aclarar que el TC deja al margen de este planteamiento «supuestos concretos» como son: «el régimen jurídico del derecho de asilo [...] o los supuestos de reagrupación familiar»

⁸⁵ Resulta de gran interés el análisis que el Tribunal lleva a cabo para considerar que el derecho de entrada no tiene carácter fundamental para los extranjeros, ya que podría solucionar algunas de las dudas planteadas por la doctrina respecto al artículo 13 y que ninguno de los autores consultados toma en consideración: «El art. 13.1 CE sólo se refiere a las libertades públicas de los extranjeros «en España» y ello con una doble precisión: a) no se refiere a la totalidad de los derechos de los extranjeros en España, sino sólo a derechos fundamentales; y b) dentro de éstos no recoge todos sus derechos fundamentales sino principalmente aquéllos que, previstos para los españoles –los de los arts. 19, 23, etc.–, el art. 13.1 CE extiende a los extranjeros en España, pues buena parte de los demás –derecho a la vida, libertad religiosa, libertad personal, tutela judicial efectiva, etc.– corresponden a aquéllos sin necesidad de la extensión que opera el art. 13.1 CE, es decir, sin necesidad de tratado o ley que lo establezca»

De modo que, según interpreta el Alto tribunal, el derecho de entrada no goza del carácter de fundamental para los extranjeros porque al no ser un derecho inherente a la dignidad humana queda en la órbita de los derechos a los que se refiere el art. 13 y tal precepto requiere que el extranjero esté “en España”; esto es el que haya entrado en nuestro país.

⁸⁶ Es desarrollo reglamentario de este precepto se encuentra en el artículo 4 RLOEx.

⁸⁷ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, y GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. "Un Análisis En Clave Constitucional Del Régimen Jurídico De Los Extranjeros En España : Especial Referencia Al Derecho a La Libertad De Circulación y Residencia." *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*.11 (2007): 257-78.

el Alto Tribunal la respuesta no puede ser otra que una tajante afirmación, ya que, como se ha comentado en páginas anteriores de esta misma obra, la libertad del legislador “no es en modo alguno absoluta”⁸⁸.

Garantías jurídicas de los extranjeros

Derecho a la tutela judicial efectiva

La titularidad del derecho a la tutela judicial corresponde por igual a los extranjeros y españoles no solo porque ello se deduzca de la dicción del artículo 24 CE en el que se afirma que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” sino porque así lo exige el artículo 10.2 CE, de conformidad con el artículo 10 DUDH, el art. 14.1 PIDCP y el artículo 6 CEDH y, de ahí que, como estableciera el TC en su Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre, «la tutela judicial efectiva es reconocido a “toda persona” o a “todas las personas”, sin atención a su nacionalidad».

De modo que existe una «homogeneidad de tratamiento [entre españoles y extranjeros] que la Constitución reconoce respecto a ciertos derechos y garantías, entre los que se incluye el derecho a la tutela judicial efectiva, y por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales»⁸⁹.

Cabe destacar la reciente STC 50/2014, de 7 de abril, en la que el recurrente alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la libertad personal y a la libertad de residencia. En dicha sentencia el Tribunal pormenoriza las garantías que comprende el artículo 24 CE, estableciendo al respecto que «en primer lugar, la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo) y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la

⁸⁸ STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3

⁸⁹ STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 4

decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso». El TC acaba concluyendo que en definitiva, «el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, esta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria».

La plasmación legal de lo expuesto se encuentra en el artículo 20 LOEx que establece:

1. Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva.
2. Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones.

Derecho al recurso contra los actos administrativos

Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que el derecho al recurso no es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (excepto en materia penal) por lo que el legislador no está obligado a establecer un determinado sistema de recursos⁹⁰. Ahora bien, «ello no quiere decir que cuando la legislación ha establecido tal sistema esta decisión legislativa no incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva»⁹¹.

En la STC 259/2007, de 19 de diciembre el TC señala que «los extranjeros disponen de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada y recurrible, lo que garantiza tanto el control judicial de la decisión como, en su caso, la posibilidad de solicitar su suspensión con arreglo al régimen general aplicable a los actos administrativos».

En relación con la suspensión del acto administrativo, en la STC 115/1987, de 7 de julio, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra, entre otros preceptos, el art. 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en el que se establecía que “[...] en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley”, el Tribunal declaró su

⁹⁰ ABARCA JUNCO, Ana, ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén y LACRUZ LÓPEZ, J.M. *El Extranjero En El Derecho Español*. Madrid: Dykinson S.L., 2012.

⁹¹ STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 4.

inconstitucionalidad señalando que, si bien, el derecho a la tutela judicial efectiva no exige en todo caso la suspensión de un acto administrativo recurrido, no es posible establecer un «principio general absoluto» que niegue tal suspensión, sino que esta debe quedar sometida a la decisión de un órgano jurisdiccional. En similares términos se pronuncia la STC 259/2007, de 19 de diciembre.

Este derecho queda plasmado en el artículo 21 LOEx en el que se dispone que “los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes”.

Derecho prestacional de asistencia jurídica gratuita

El derecho a la asistencia jurídica gratuita es reconocido, entre otros textos internacionales ratificados por España, en el CEDH (art. 6.3.c) y en el PIDCP (art.14.3.d).

El Alto Tribunal viene señalando desde la STC 16/1994, de 20 de enero que los inmigrantes gozan al igual que los nacionales de los derechos instrumentales de la tutela judicial efectiva, con especial consideración del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En la STC 95/2003, de 22 de mayo que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra el artículo 2 de la vigente Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita por supeditar el reconocimiento de este derecho a la residencia legal en España, excluyendo por tanto a los extranjeros que se encuentren en situación administrativa irregular, el Tribunal parte de la vinculación del derecho de asistencia gratuita con el derecho de tutela judicial efectiva, señalando que «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», para a continuación interpretar que, si bien el derecho que reconoce el artículo 119CE no es un derecho absoluto e ilimitado, sino de configuración legal «existe un ‘contenido constitucional indisponible’ para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar». Concluyendo que en este concreto supuesto la exigencia de residir legalmente en España, pese a acreditar insuficiencia de recursos para litigar, vulnera el artículo 119CE y el art. 24.1CE, pues «toda persona

física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar».

En iguales términos se ha pronunciado el TC en sentencias posteriores como la citada STC 236/2007 de 7 de noviembre⁹².

De esta doctrina asentada por el Alto Tribunal se deriva que todos los extranjeros con independencia de su residencia legal gozan de tal derecho de asistencia jurídica gratuita en todos los órdenes jurisdiccionales, incluidos los procedimientos administrativos o judiciales de entrada en el territorio nacional, devolución, expulsión y asilo.

La plasmación legal de lo expuesto se encuentra en la nueva redacción dada por la Ley 2/2009, de 11 de diciembre al artículo 22.2 LOEx, en el que se establece que «los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice». Extendiendo en su apartado tercero tal derecho a los procedimientos contenciosos-administrativos⁹³.

Derecho a la asistencia de intérprete

Siguiendo con el artículo 22.2 LOEx, tal precepto reconoce el derecho de aquellos extranjeros que no dispongan de medios suficientes a la asistencia gratuita de intérprete⁹⁴ en consonancia con las exigencias derivadas del artículo 14.3.f) PIDCP y el art. 6.3.e) CEDH. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que "comporta, para cualquiera que no hable o no comprenda la lengua empleada por la audiencia, el derecho de ser asistido gratuitamente por un intérprete sin que quepa

⁹² Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. "Algunas Cuestiones Sobre El Derecho a La Tutela Judicial Efectiva De Los Extranjeros a La Luz De La Jurisprudencia Constitucional y De La Ley Orgánica 2/2009." *Teoría y realidad constitucional*.25 (2010): 515-41.

⁹³ «Gozará de este derecho el extranjero en caso de devolución, esto es, cuando habiendo sido expulsado contravenga la prohibición de entrada en España o pretenda entrar ilegalmente en el país, así como los extranjeros que sean interceptados en la frontera o sus inmediaciones (art 22 y 26.2º LOEx y art. 157.3º RLOEx)» CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. *Comentarios a La Ley De Extranjería y Su Nuevo Reglamento*. Aranzadi, 2014.

⁹⁴ En el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 se reconoce este derecho en relación a la denegación de entrada (art. 15.1.c) devoluciones (art 23.4) y procedimiento de expulsión (art. 227.3).

después la posibilidad de reclamar el pago de los gastos de esta asistencia" (STEDH de 26 de abril de 1979, caso Luedicke)⁹⁵.

Derecho a la libertad personal

El Alto tribunal estableció en la STC 115/1987, de 7 de julio que el derecho a la libertad personal es un derecho inherente a la dignidad humana y por tanto corresponde por igual a españoles y extranjeros.

En relación a este derecho, consagrado en el artículo 17 CE, dos son los aspectos que en mayor medida han centrado los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de extranjería: «los requisitos constitucionales que afectan al internamiento de los extranjeros y el procedimiento de habeas corpus reconocido en el art 17.4 CE como garantía fundamental del derecho a la libertad»⁹⁶.

En este sentido, como establece el constitucionalista PÉREZ SOLA, hay que detenerse en primer lugar en la compatibilidad del habeas corpus con el procedimiento previsto en el artículo 62 LOEx en el que se prevé para los casos de expulsión y devolución un trámite específico de control judicial de la privación de libertad del extranjero⁹⁷.

Atendiendo a esta cuestión, es doctrina consolidada del TC⁹⁸ que «las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial de la medida cautelar de internamiento del extranjero para proceder a su expulsión o a su devolución (cuando la misma no se pudiera ejecutar en 72 horas), equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del habeas corpus». Estas garantías tal y como queda plasmado en el art. 62.1 LOEx «comprenden la necesaria y previa audiencia del interesado; la exigencia de que sea el Juez de Instrucción competente el que disponga el ingreso en un centro de internamiento mediante un Auto motivado y en el que, sobre la base de una duración máxima de cuarenta días⁹⁹, atendidas las

⁹⁵ Para comprender el marco regulador del derecho a ser asistido por intérprete en nuestro ordenamiento jurídico Vid. BOTICARIO GALAVÍS, María Luisa. "Marco Regulador Del Derecho a Ser Asistido Por Intérprete." *RDUNED. Revista de derecho UNED*.11 (2012): 93-106.

⁹⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, Op.cit., p.9.

⁹⁷ PÉREZ SOLA, Nicolás. "Las Limitaciones Al Derecho a La Libertad En El Ámbito De La Extranjería y La Operatividad Del Procedimiento Del Habeas Corpus." *RDUNED. Revista de derecho UNED*.3 (2008): 233-60.

⁹⁸ Entre otras, SSTC 303/2005, FJ 3 y 260/2007, FJ 6.

⁹⁹ Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 2/2009, la duración máxima pasa de 40 días a 60. El Consejo de Estado ha criticado esta ampliación al indicar que “no debe ligarse el ejercicio de un derecho a una consecuencia de índole negativa para quien lo ejerce”, estableciendo que esta reforma “va más allá de las

circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, el Juez podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado».

A este respecto cabe traer a colación la STC 303/2005, de 24 de noviembre, en la que el recurrente tras ser detenido por los agentes de policía nacional debido a su entrada ilegal en España en una embarcación de las denominadas patera, procedió a la solicitud, contra tal detención, del habeas corpus.

Ha de tenerse en cuenta que al momento de instarse el habeas corpus, el juez en aplicación del art 62.1 y 2 de la LOEx ya había dictado auto en el que se ordenaba su ingreso en un centro de internamiento por un periodo máximo de cuarenta días, tras haber oído al detenido asistido por letrado e intérprete¹⁰⁰.

Atendiendo a tales hechos el TC interpreta que «el procedimiento de habeas corpus queda manifiestamente fuera de lugar cuando, como es el caso, la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez».

A diferencia del caso anterior, en la STC 169/2006, de 5 de junio, en la que el recurrente es también un inmigrante que alcanzó las costas españolas en una patera, el juez no había oído al detenido en el momento que dictó el auto recurrido por el que se inadmite la solicitud de incoación del procedimiento del habeas corpus y, aunque atendiendo a la legislación de extranjería, la autoridad judicial iba a tener que intervenir en un breve plazo de tiempo para la decisión de internamiento del extranjero, el TC estableció que «esta institución está configurada en nuestro ordenamiento jurídico de manera absolutamente independiente de cualquier otro mecanismo de garantía de la libertad personal (como es el previsto en el art. 61 de la Ley de extranjería) y, únicamente en los casos en los que por mera coincidencia temporal, se ha llevado a cabo el control judicial

normas que es obligado incorporar a nuestro ordenamiento jurídico” Vid. GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. *Inmigración y Diversidad Cultural En España. Un Análisis Histórico Desde La Perspectiva De Los Derechos Humanos*. Ediciones Universidad Salamanca, 2012.

¹⁰⁰ La doctrina ha criticado que el artículo 3 LOHC no confiera al abogado legitimación activa para instar el procedimiento de habeas corpus. Esta laguna ha sido cubierta por la jurisprudencia constitucional, interpretando que «el Letrado -tanto el designado por el detenido como el abogado de oficio- puede interponer un recurso de habeas corpus en representación de la persona detenida» (STC 61/2003 de 24 de marzo). Vid. ELVIRA PERALES, Ascensión y GONZÁLEZ ESCUDERO, Ángeles. "Sinopsis del Artículo 17CE." 2011. Web. <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=17&tipo=2>> (10 de Marzo de 2015)

de la situación del detenido con anterioridad a decisión de admisión o no del procedimiento de habeas corpus –supuesto de la STC 303/2005– podrá entenderse constitucionalmente legítima la decisión de inadmisión de plano de dicho procedimiento, puesto que en estos casos, dicha inadmisión se produce cuando la situación del solicitante ya ha sido controlada por la autoridad judicial». Por lo que el Alto Tribunal otorga el amparo y reconoce la vulneración del derecho fundamental a la libertad personal de recurrente, anulando el auto dictado por el juez de instrucción.

El TC también ha señalado que el internamiento del extranjero con carácter preventivo mientras se sustancia el expediente de expulsión (o de devolución, cuando ésta no se pudiera ejecutar en 72 horas) «debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar» derivándose de tal naturaleza excepcional la aplicación del principio “favor libertatis”, «lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial»¹⁰¹.

Igualmente el TC interpreta que «la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (art. 24.1 y 17.3 CE)», haciendo una especial mención al hecho de que dicho internamiento ha de ser «en centros o locales "que no tengan carácter penitenciario", garantía adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios».

En relación a la motivación de la resolución judicial cabe destacar la STC169/2008, de 15 de diciembre, en la que se plantea el supuesto de un sujeto de nacionalidad marroquí que tras ser expulsado de España y prohibiéndosele su entrada por diez años, contraviene dicha orden y tras ser interceptado es nuevamente devuelto a su país de origen.

El recurrente alega la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) «por falta de motivación del internamiento decretado a fin de asegurar la devolución de aquél a Marruecos».

¹⁰¹ STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1.

Al resolver este recurso de amparo, el Tribunal determina que en la resolución judicial no se establece los motivos de la adopción de la medida excepcional de internamiento, acordándose «sin explicitar el Juzgado de Instrucción, siquiera indirectamente, qué circunstancias concurrentes en el demandante de amparo fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad. Esa ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad del demandante decretada por el Auto de internamiento infringe los derechos fundamentales a la libertad (art. 17.1 CE) y a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)»¹⁰².

Por tanto el TC ha admitido que, cumpliendo con las garantías de fondo y de forma expuestas que aseguren la ausencia de arbitrariedad, se pueda internar bajo determinadas circunstancias a extranjeros.

En alusión a este tema cabe mencionar los Centros de Internamiento de Extranjeros. Aunque el análisis de los derechos de los que gozan los inmigrantes en estas dependencias y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre los mismos no son objeto de esta obra, haremos algunas precisiones al respecto, puesto que muchos de los inmigrantes que logran atravesar las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla son trasladados a tales establecimientos.

En primer lugar, estos centros son definidos por el defensor del pueblo como “establecimientos públicos de carácter no penitenciario donde se ingresa a ciudadanos extranjeros pendientes de que se ejecute su expulsión o devolución, estando sometidos a control judicial tanto la autorización del ingreso como el control del internamiento que tendrá una duración máxima de 60 días”¹⁰³.

Fueron creados en ejecución de lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en el que se establece que «aquellos extranjeros que se encuentren sin la documentación de emigración en regla, que incurran en alteración del orden público o que carezcan de medios de vida podrán ser internados en centros de detención no penitenciarios con

¹⁰² Como expone Nicolás PERÉZ SOLA “la propia jurisprudencia constitucional se ha hecho eco de la conexión entre tutela y libertad que a veces es muy estrecha al reconocer que el art. 17.4 CE «no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes».

¹⁰³ MATEOS HERRAIZ, Rebeca. "Críticas al nuevo Reglamento de los CIE. Migración." 2012. Web. <<http://periodismohumano.com/migracion/lluvia-de-criticas-al-nuevo-reglamento-de-los-cie.html>>. (11 de Marzo)

vistas a su expulsión previa tramitación del correspondiente expediente administrativo»¹⁰⁴.

Actualmente existen en España ocho CIE después de que, por las condiciones de sus instalaciones y las irregularidades sucedidas, cerrara el centro ubicado en Málaga en junio de 2012.

Numerosas ONGs, asociaciones pro derechos humanos y colectivos sociales manifiestan persistentemente las condiciones deplorables a las que están sujetas los inmigrantes en estos centros, no cumpliéndose las garantías constitucionales ni aquellas derivadas de la normativa de extranjería¹⁰⁵. En concreto se denuncia el secretismo, la falta de intérpretes, de asistencia jurídica y de servicio médico regular, así como las deficientes condiciones de vida de los internos, su tratamiento como presos y los abusos y malos tratos a los que quedan sometidos¹⁰⁶.

De hecho, incluso el Defensor del Pueblo y el Fiscal General del Estado, así como distintos magistrados en sus pronunciamientos han aludido a tales circunstancias. En este sentido CONDE-PUMPIDO TOURÓN en la Memoria del Fiscal General del Estado de 2005 señalaba que “los CIE cada vez se parece más a un centro penitenciario pero sin contar con las infraestructuras y personal cualificado de los mismos”¹⁰⁷.

Asimismo, en abril de este año se ha publicado el informe elaborado por el *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes* fruto de la visita de dicho organismo a España en julio de 2014. En él, tras constatar las irregularidades que acaecen en las instalaciones de los Centros de

¹⁰⁴ "Papeles para todos y para todas contra los Centros de Internamiento de Extranjeros. Ningún ser humano es ilegal." 2000. Web. <<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/uepei/centro.html>>. (11 de Marzo)

¹⁰⁵ Actualmente la reglamentación de los CIE se rige por el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, en mandato de lo expuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Dicho Real Decreto viene a sustituir la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999. Entre una de las recomendaciones emitidas por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura se encuentra cumplir con las garantías reconocidas en esta norma jurídica.

¹⁰⁶ Entre otros escritos en los que se denuncia de manera detallada la situación de los inmigrantes en los CIE destacan por su rigor; DE LA SERNA, Cristina y VILLÁN DURÁN, Carlos, "Los Centros De Internamiento De Extranjeros." *Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (2011) y MANZANEDO, Cristina, et ál, "Criminalizados, Internados, Expulsados." (Informe 2013. Pueblos unidos.)

¹⁰⁷ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. "Memoria Del Fiscal General Del Estado." Capítulo III, Madrid (2005)

Internamiento de Extranjeros, ha instado al gobierno que adopte medidas tendentes a garantizar el control y la transparencia en los mismos¹⁰⁸.

Quizás habría que replantearse el funcionamiento de los CIE y si la finalidad que con ellos se pretende alcanzar está por encima de las restricciones que sufren los extranjeros en ellos internados. No hay que olvidar que, como hemos señalado en líneas anteriores, en la propia Constitución y en los textos internacionales ratificados por España se reconoce el derecho a la libertad personal a todo ser humano. Así, en el art. 3 DUDH se establece que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y en similares términos se pronuncia el art. 9 del PIDCP. Incluso el TC ha establecido que el internamiento de extranjeros “debe regirse por el principio de excepcionabilidad”.

Ante lo expuesto una posible alternativa podría ser la aplicación del internamiento solo para determinados supuestos, en los que se les imponga a los poderes públicos la obligación reforzada de velar escrupulosamente por los derechos reconocidos a los internos, y para el resto de casos sustituir tal internamiento por otras medidas cautelares menos limitativas de la libertad personal tales como medidas de localización, la comparecencia ante la autoridad periódicamente o la prestación de fianza.

¹⁰⁸ "Report to the Spanish Government on the Visit to Spain Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman Or Degrading Treatment Or Punishment." (Strasbourg, 9 April 2015)

D) Exigencias derivadas de los tratados y convenios internacionales

Como ya hemos expuesto en anteriores páginas, ha de destacarse la función interpretadora que de los derechos promulgados y reconocidos en la Constitución desempeña la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (10.2 CE)¹⁰⁹, que tras ser válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (96 CE).

En este sentido, para concluir con el análisis que estamos llevando a cabo, trataremos tres situaciones especialmente protegidas por los tratados suscritos por España y que están siendo objeto de vulneración en las fronteras de Ceuta y Melilla, como son la desprotección de los menores no acompañados, la preterición de los solicitantes de asilo y de protección subsidiaria internacional y la práctica de expulsiones colectivas¹¹⁰.

En primer término, con respecto a los menores no acompañados en la Observación General núm.6 del Comité de los Derechos del Niño se dispone que «las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional».

En garantía del principio de no devolución el Comité señala que «en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor [...] con independencia de que sean imputables a actores no

¹⁰⁹ El TC ha establecido en distintos pronunciamientos que los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sirven «para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE» (SSTC 38/1981). En concreto, en la STC 64/1991, ha explicado el significado de la «interpretación» a la que alude el art. 10.2 CE señalando que «no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. [...] Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional».

¹¹⁰ Nuestro objetivo no es hacer un análisis exhaustivo de estas cuestiones, sino cerciorar su violación en relación a las expulsiones sumarias de Ceuta y Melilla, en tanto que no se puede obviar al realizar este trabajo la desprotección a la que se enfrentan determinados sujetos sometidos a especial tutela.

estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción.»

En este sentido, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes ha pedido a España que “ningún inmigrante debe entregarse a Marruecos” ante el riesgo de malos tratos en dicho país y de no quedar asegurado la garantía de los derechos humanos de los extranjeros expulsados.¹¹¹

En segundo lugar, en relación al derecho de asilo y la protección subsidiaria internacional el art. 18 CDFUE determina que «se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con la Constitución»¹¹².

Asimismo el precepto 13.4 CE señala que «la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en

¹¹¹ "Report to the Spanish Government on the Visit to Spain Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman Or Degrading Treatment Or Punishment." (Strasbourg, 9 April 2015).

¹¹² A este respecto, destaca la reciente STEDH A.C. de 21 de abril de 2014, y *otros contra España*, en la que se resuelve los recursos interpuestos por treinta inmigrantes de origen saharauí que entraron de manera ilegal en territorio español. Al temer los demandantes que, de ser expulsados, serían objeto de represalias por parte de las autoridades marroquíes por haber participado en protestas en dicho país, presentan demandas de protección internacional en España.

El Ministro del Interior denegó las solicitudes de protección internacional considerando que las solicitudes de los demandantes estaban basadas en alegaciones contradictorias e insuficientes, procediendo los inmigrantes a interponer recursos contenciosos administrativos ante la Audiencia Nacional. Al mismo tiempo solicitaron la suspensión cautelarísima de la ejecución de la medida de expulsión. Esta solicitud fue denegada al día siguiente, alegando la Audiencia Nacional que los motivos formulados no justificaban la suspensión de la expulsión.

El TEDH ante los hechos expuestos ha señalado que el carácter urgente del procedimiento no ha permitido a los demandantes aportar precisiones sobre estos puntos, en el marco de su única posibilidad de suspender las expulsiones. Ello ha dado lugar a que los demandantes no dispongan de un recurso que cumpliera las condiciones del artículo 13 (*toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo*) para reclamar sus pretensiones al amparo de los artículos 2 (*derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley*) y 3 (*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*) del CEDH. Por consiguiente el Tribunal concluye que ha habido violación del artículo 13 del convenio combinado con los artículos 2 y 3.

Si bien en dicha sentencia los inmigrantes quedan sometidos al procedimiento de expulsión, a nuestro juicio, lo establecido por el TEDH resultaría plenamente aplicable a las “devoluciones en caliente”.

España», mandato que ha sido ejecutado por la vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en la que se establece la “no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido”.

Pero ¿cómo se puede determinar si un sujeto cumple las condiciones del derecho de asilo y protección subsidiaria internacional si con las devoluciones sumarias ni siquiera se identifican a las personas expulsadas y mucho menos si estas cumplen con los requisitos exigidos para su protección?

Baste decir que el TC en la STC 53/2002, de 27 de febrero, en relación a los peticionarios de asilo ha subrayado que “se han de respetar plenamente los preceptos de la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros”

Finalizaremos con el artículo 19 CDFUE en el que se prohíbe las expulsiones colectivas y las devoluciones o extradiciones a un país en el que la persona corra «grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes».

En relación a las expulsiones colectivas el TEDH ha incluido "toda medida que obligue a unos extranjeros, como grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en los que dicha medida sea tomada como resultado y en base a un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo"¹¹³.

Igualmente el TC ha establecido ante «el riesgo relevante de vulneración de los derechos por parte de los órganos de un Estado extranjero [...] la necesidad de excluir la entrega de sujetos que, presumiblemente, con cierto grado de seguridad, puedan sufrir vulneraciones relevantes, por existir al respecto un temor racional y fundado»¹¹⁴.

¹¹³ STEDH de 5 de febrero de 2002, as Conka c. Bélgica.

¹¹⁴ STC 140/2007, de 4 de junio de 2007 FJ2 y STC 32/2003 FJ3.

IV Conclusiones y reflexiones finales

Del análisis llevado a cabo en esta modesta obra se puede concluir que el Tribunal Constitucional ha tenido que hacer frente a la ardua tarea de definir y velar por la salvaguarda del estatuto constitucional del inmigrante en España, dando una respuesta protectora de los derechos humanos. Si bien, el Alto Tribunal ha evitado hasta ahora pronunciarse sobre la constitucionalidad de la figura que ha ocupado gran parte de nuestra exposición.

No obstante, de la propia Constitución y de la doctrina mantenida por el Tribunal se deriva que las expulsiones sumarias producidas en las líneas fronterizas de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, sin estar sujetas a ningún tipo de procedimiento ni de garantías, no están previstas en la normativa de extranjería y resultan contrarias a nuestra Constitución, pues, si bien ésta «es obra de españoles», en modo alguno «solo es para españoles»¹¹⁵.

Dicha actuación, dejando de lado la valoración moral que nos merece, y desde una perspectiva estrictamente jurídica, va en contra de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 1 de la Carta Magna, y de los derechos que la Constitución, interpretada a la luz de la jurisprudencia del TC, reconoce a todo ser humano por ser inherentes a su dignidad (art. 10 CE) como son el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la libertad personal (17 CE), al igual que suponen una vulneración de las garantías jurídicas reconocidas a toda persona, tales como, el derecho a la tutela judicial efectiva (art 24 CE), derecho a la asistencia jurídica gratuita (119 CE), derecho al recurso contra los actos administrativos y el derecho a ser asistido por intérprete.

Asimismo, con independencia de que se produzcan en territorio marroquí o español, estas actuaciones suponen una violación de principios, tales como, el de seguridad jurídica, legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.2 CE) pues, como ha señalado el TC, las autoridades españolas no dejan de estar sujetas a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico en territorio no nacional (art. 9.1 CE).

¹¹⁵ Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre, FJ2.

Incluso hay determinados sujetos a los que la normativa interna e internacional les reconoce una especial tutela, como son los menores acompañados y los solicitantes de asilo y protección internacional subsidiaria, cuyos derechos y garantías son también infringidos en estas expulsiones colectivas.

Por lo tanto debemos preguntarnos ¿Cuántos informes más han de remitirse a España desde Organismos Internacionales para que cese la entrega de inmigrantes a las autoridades marroquíes sin ningún tipo de procedimientos ni garantías? ¿cuántos autores tienen que escribir sobre su ilegalidad?, ¿cuántos golpes y magulladuras han de soportar al cruzar esos alambres de espino aquellos que buscan una vida más digna? ¿dónde quedan las proclamas contra la xenofobia, el racismo y la protección de los derechos humanos? ¿cuántas más muertes se tienen que producir para que se dé una solución a estas expulsiones de sangre?

La respuesta a esta cuestión dicta de ser sencilla, pero estamos poniendo en juego la esencia de una civilización democrática y de Derecho, que defiende a la persona, como ya expusiese Kant, como fin en sí misma, titular de derechos que no pueden ser legítimamente negados por ninguna autoridad o gobierno.

Debemos, pues, establecer medidas al respecto y no permanecer impasibles ante esta situación. Si bien, en el mundo cada vez más globalizado en el que vivimos, la decisiones que se adopten no serían eficaces si solo fueran adoptadas por un determinado Estado. Por ello, son las autoridades europeas las que disponen de un mayor margen de actuación.

En este sentido, a nuestro juicio, se ha de establecer en el seno de la UE una política migratoria común que respete los derechos de asilo y otorgue protección internacional a las personas que la precisen. Ha de actuarse contra las mafias que trafican con personas, perseguir a los responsables y, lo que es más importante, se ha de actuar en los países de origen.

A este respecto, hay que tener en cuenta que actualmente los seres humanos que en mayor medida están intentando cruzar el mar Mediterráneo y las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla no proceden del África subsahariana sino de la devastada Siria, quienes,

tras soportar cuatro años de guerra entre distintas milicias, intentan buscar una vida más digna en el Viejo Continente.

Urge que desde los distintos Organismos Internacionales se encuentre una solución al conflicto Sirio y que más recursos materiales y humanos sean destinados tanto a este país como al resto de regiones africanas asoladas por la pobreza y las guerras internas, no permitiendo que la ausencia de poder en tales territorios sea aprovechada por organizaciones terroristas como *ISIS* o *Boko Haram*.

Mientras escribo las últimas líneas, no han sido las fronteras terrestres sino la mar la que se ha teñido de rojo. Los jefes de Estado y de Gobierno de los veintiocho han acordado reunirse de urgencia en Bruselas. Esperemos que no se limiten a la protección de sus fronteras y más allá de toda consideración se inspiren en el art. 1 DUDH: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Solo así se pondrá remedio a este problema.

Bibliografía

Libros

ABARCA JUNCO, Ana, ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén y LACRUZ LÓPEZ, J.M. *El Extranjero En El Derecho Español*. Madrid: Dykinson S.L., 2012.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, et ál, *Comentarios a La Ley De Extranjería y Su Nuevo Reglamento*. Aranzadi, 2014.

ESPINAR VICENTE, José María. *"Extranjería e Inmigración En España: Análisis Crítico De Su Regulación Jurídica."*, 2006.

PÉREZ ROYO, Javier. *"Curso de Derecho Constitucional"*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2014.

VESTRI, Gabriele. *Inmigración y Extranjería. Amparo Jurídico-Legal De Los Menores De Edad Inmigrantes no Acompañados*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

VIDAL FUEYO, María del Camino y FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alonso. *Constitución y Extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Artículos de revista

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. "El Contenido Esencial De Los Derechos Constitucionales y El Régimen Jurídico De La Inmigración. Un Comentario a La STC 236/2007 De 7 De Noviembre." *Revista de derecho constitucional europeo* (2008).

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene. "Facultades Competenciales y Funciones De Las Comunidades Autónomas En Inmigración: Un Análisis Desde Las Estrategias Fijadas Por La Unión Europea." *Revista de derecho constitucional europeo*.10 (2008): 275-310.

BOTICARIO GALAVÍS, María Luisa. "Marco Regulador Del Derecho a Ser Asistido Por Intérprete." *RDUNED. Revista de derecho UNED*.11 (2012): 93-106.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. "Formación y Evolución De Los Derechos Fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 25 (1989): 35-62.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. "Dos Cuestiones De Titularidad De Derechos: Los Extranjeros, Las Personas Jurídicas." *Revista española de derecho constitucional* 12.35 (1992): 63-84.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier. "La Titularidad Constitucional e Internacional De Los Derechos Fundamentales De Los Extranjeros y Las Modulaciones Legales a Sus

Contenidos." *Problemas Constitucionales De La Inmigración : Una Visión Desde Italia y España : (II Jornadas Italo-Españolas De Justicia Constitucional), El Puerto De Santa María, 3-4 Octubre De 2003*. 1st ed. Tirant lo Blanch, 2004. 71-108.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia y GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. "Un Análisis En Clave Constitucional Del Régimen Jurídico De Los Extranjeros En España: Especial Referencia Al Derecho a La Libertad De Circulación y Residencia." *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*.11 (2007): 257-78.

GARCÍA VITORIA, Ignacio. "El Impacto De La Jurisprudencia Del TEDH En Las Expulsiones De Inmigrantes." *Iustel, Revista General de Derecho Constitucional*. nº 20 (2015)

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. "Régimen Jurídico y Políticas Sobre Extranjería En España: Comentario a La STS De 20 De Marzo De 2003." *Teoría y realidad constitucional*.12 (2003): 631-56.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. "Derechos De Los Inmigrantes En España. Estatus Constitucional y Tratamiento Legislativo." *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNED nº 1*, SIN 1886-6328 (2006).

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. "El Nuevo Régimen De Derechos y Libertades De Los Inmigrantes." *RDUNED. Revista de derecho UNED*.3 (2008): 11-41.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. "El Paper De La Jurisprudència Constitucional En El Desenvolupament Del Dret Públic De La Immigració." *Revista catalana de dret públic*.40 (2010): 203-22.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. "Algunas Cuestiones Sobre El Derecho a La Tutela Judicial Efectiva De Los Extranjeros a La Luz De La Jurisprudencia Constitucional y De La Ley Orgánica 2/2009." *Teoría y realidad constitucional*.25 (2010): 515-41.

JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, Manuel. "La Inmigración En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Español." *La protecció de les minories i els Tribunals Constitucionals. 10è Aniversari Tribunal Constitucional d' Andorra*. (2003).

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita, et ál, ""Expulsiones En Caliente": Cuando El Estado Actúa Al Margen De La Ley." *Informe promovido desde el Proyecto I+D+i Iusmigrante* (2014).

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, et ál, ""Rechazos En Frontera": ¿frontera Sin Derechos?" *Informe promovido desde el Proyecto I+D+i Iusmigrante* (13 de abril de 2015).

MORA ALEMAÑY, Rosario. "¿También Los Extranjeros Son Iguales Ante La Ley?" *RDUNED. Revista de derecho UNED*.12 (2013): 561-94.

OLESTI RAYO, Andreu. "La Unión Europea y La Progresiva Creación De Un Régimen Comunitario De Extranjería." *Revista catalana de dret públic*.40 (2010): 21-52.

PÉREZ SOLA, Nicolás. "Las Limitaciones Al Derecho a La Libertad En El Ámbito De La Extranjería y La Operatividad Del Procedimiento Del Habeas Corpus." *RDUNED. Revista de derecho UNED*.3 (2008): 233-60.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. "La Nueva Legislación De Extranjería e Inmigración." *Diario La Ley*.7423 (2010).

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel y MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. "Devoluciones Ilegales En La Frontera Sur. Análisis Jurídico De Las Denominadas "Devoluciones En Caliente"." *Proyecto I+D+i Iusmigrante* (2015).

VIDAL FUEYO, María del Camino. "La Sentencia Del Tribunal Constitucional 72/2005, De 4 De Abril, En Materia De Libertad De Entrada y Residencia De Los Extranjeros En España." *Teoría y realidad constitucional*.18 (2006): 429-44.

VIDAL FUEYO, María del Camino. "La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional En Materia De Derechos Fundamentales De Los Extranjeros a La Luz De La STC 236/2007." *Revista española de derecho constitucional*. 29.85 (2009): 353-79.

Jurisprudencia

-Tribunal Constitucional

STC 11/1983, de 21 de febrero

STC 22/1984, de 14 de febrero

STC 107/1984, de 23 de noviembre

STC 62/1985, de 15 de octubre

STC 99/1985, de 30 de septiembre

STC 115/1987, de 7 de julio

STC 94/1993, de 22 de marzo

STC 16/1994, de 20 de enero

STC 21/1997, de 10 de febrero

STC 117/1998, de 2 de junio
STC 91/2000, de 30 de marzo
STC 137/2000, de 29 de mayo
STC 53/2002, de 27 de febrero
STC 95/2003, de 22 de mayo
STC 72/2005, de 4 de abril
STC 303/2005, de 24 de noviembre
STC 169/2006, de 5 de junio
STC 236/2007, de 7 de noviembre
STC 259/2007, de 19 de diciembre
STC169/2008, de 15 de diciembre
STC 119/2011, de 5 de julio
STC 17/2013, de 31 de enero
STC 186/2013, de 4 de noviembre
STC 50/2014, de 7 de abril

ATC 182/1985, de 13 de marzo

-Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 5 de febrero de 2002, *as Conka c. Bélgica*.

STEDH de 21 de abril de 2014, *A.C. y otros contra España*.

-Tribunal Supremo

STS, Sala 3.^a, de 20 de marzo de 2003, rec. 488/2001.

Fuentes

Acuerdo celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992

Constitución Española

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Páginas webs y documentos electrónicos

DE LA SERNA, Cristina y VILLÁN DURÁN, Carlos. "Los centros de Internamiento de Extranjeros." Informe de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 2011. Web. <http://www.nuevatribuna.es/media/nuevatribuna/editmaker/pdf/Dictamen_CIE_febrero_11.pdf> (5 de Marzo de 2015)

"Buscador de jurisprudencia del Tribunal Constitucional" Web. <<http://hj.tribunalconstitucional.es/>>. (Febrero, Marzo y Abril de 2015)

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, Manuel. "Sinopsis del Artículo 1 CE." 2003. Web. <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=1&tipo=2>>. (9 de Febrero de 2015)

GÁLVEZ MUÑOZ y SIEIRA S. "Sinopsis Del Artículo 13 CE" (2011) : <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=13&tipo=2>. (22 de Febrero de 2015)

GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. "Inmigración y diversidad cultural en España. Un análisis histórico desde la perspectiva de los derechos humanos." Ediciones Universidad Salamanca, 2012. Web. https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=M4Jl_fHq8MQC&oi=fnd&pg=PP1&dq=Inmigraci%C3%B3n+y+Diversidad+Cultural+En (5 de Marzo de 2015)

"Derechos Humanos en la Frontera Sur. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía." 2015. Web. <http://www.apdha.org/derechos-humanos-en-la-frontera-sur-2015/>. (10 de Abril de 2015)

MAZKIARAN, Mikel. "Recorrido por las leyes de extranjería en España." Web. <http://mugak.eu/revista-mugak/no-29/recorrido-por-las-leyes-de-extranjeria-en-espana>. (20 de Febrero de 2015)

"Papeles para todos y para todas contra los Centros de Internamiento de Extranjeros. Ningún ser humano es ilegal." 2000. Web. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/uepei/centro.html>. (11 de Marzo de 2015)

Observaciones de Organismos Internacionales

"Boletín Refugiados, Agencia de la ONU para los Refugiados", N° 2 (2014)

"Report to the Spanish Government on the Visit to Spain Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman Or Degrading Treatment Or Punishment." (Strasbourg, 9 April 2015)

Informes y otros documentos

"Comparecencia Del Ministro Del Interior, a Petición Propia, Para Informar Sobre Los Hechos Acaecidos En La Frontera De La Ciudad Autónoma De Ceuta El Pasado 6 De Febrero." *Comisión del Interior del Congreso de los Diputados* (13 de febrero de 2014).

CONDE-PUMPIDO, Cándido. "Memoria Del Fiscal General Del Estado." Capítulo III, Madrid (2005).

DE LA SERNA, Cristina y VILLÁN DURÁN, Carlos. "Los Centros De Internamiento De Extranjeros." *Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (2011).

"Informe Redactado Por La Dirección Adjunta Operativa De La Guardia Civil, Dirigido Al EXCMO. Director De La Guardia Civil." (8 de Febrero de 2014).

MANZANEDO, Cristina, CAMPOS, Ángel y TRILLO-FIGUEROA, J.M.
"Criminalizados, Internados, Expulsados." (Informe 2013. Pueblos Unidos).