

LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA: RETOS Y DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN DEL SER HUMANO DERIVADOS DE LAS DENOMINADAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”

THE IRREGULAR IMMIGRATION IN SPAIN AND THE EUROPEAN UNION:
CHALLENGES AND HURDLES FOR THE PROTECTION OF THE HUMAN BEING DERIVED FROM THE CALLED
“DEVOLUCIONES EN CALIENTE”

✉ by: Clara Veas-Peñalver¹

Fecha de recepción: 15 de abril de 2015
Fecha de aprobación: 19 de mayo de 2015

Abstract

Nowadays the immigration is a phenomenon that grows day after day at the same time as the countries of origin and destination; the reasons motivate the migration or the profile of the immigrants increases and diversifies. Nevertheless, the protection of the rights that is provided for immigrants is not developed in the same way, being limited by legally questionable processes that in some cases nullify their human rights. This is the case of the spanish “devoluciones en caliente”, or several old-fashioned regulations that are clearly not adapted to the current reality in the whole European Union.

Key words: *migration, irregular immigration, “devoluciones en caliente”.*

1 Graduada en Gestión y Administración Pública por la Universidad de Sevilla, en España. claraveas59@gmail.com



Resumen

En la actualidad la inmigración es un fenómeno que crece día a día al mismo tiempo que aumentan y se diversifican los países de origen y de destino de los inmigrantes, las razones que motivan la migración y el perfil de los inmigrantes. Sin embargo, la protección de los derechos que se proporciona a las personas inmigrantes sigue estando muy limitada por procesos de dudosa legalidad que pueden llegar a anular los derechos humanos de estos sujetos como son las “devoluciones en caliente” en el caso de España o por normativas desfasadas que no se adaptan a la realidad actual en toda la Unión Europea.

Palabras clave: *migración, inmigración irregular, devoluciones en caliente.*

Introduction

Hoy en día los retos y desafíos que la inmigración plantea tanto a la Unión Europea como a sus Estados miembros constituye uno de los temas más difundidos por los medios de comunicación locales, nacionales e internacionales.

Por una parte, los medios de comunicación ponen de manifiesto el elevado número de inmigrantes que llegan a nuestras fronteras de forma irregular, con sus consecuentes polémicas en referencia a los procesos de repatriación y expulsión aprobados recientemente en nuestro país. Por otra parte, y aunque resulte paradójico, los medios de comunicación denuncian el elevado número de jóvenes españoles que abandonan nuestro país como consecuencia de la crisis económica.

Tomando como base la primera de las realidades antes mencionadas, veremos cómo la Unión Europea ha venido regulando esta materia desde sus orígenes con las primeras políticas sobre inmigración hasta la actualidad, centrándonos particularmente en la controversia generada por la escasa garantía de los derechos fundamentales de los inmigrantes irregulares, para posteriormente desarrollar el caso concreto de su regulación en España con la Ley Orgánica 2/2009 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Proyecto de Ley Orgánica de seguridad Ciudadana.

Finalmente, trataremos una de las cuestiones que resultan más polémicas dentro del ámbito del control de la inmigración irregular a nivel de la Unión Europea, las denominadas “devoluciones en caliente” y la potencial vulneración de los derechos humanos de las personas sujetas a dicho proceso.



El impacto de la migración en Europa

A lo largo de la historia, los movimientos de población han sido continuos. Los hombres se han desplazado de un lugar a otro con el deseo o, la necesidad de encontrar nuevos hábitats con unas mejores condiciones de vida. Las migraciones son tan antiguas como la humanidad y, no existe hoy Estado ni nación que no sea producto de movimientos migratorios.

En los últimos cien años se han producido migraciones muy intensas, que tienen su origen en trascendentales acontecimientos socio-económicos y políticos (industrialización, grandes guerras, hambres endémicas, despotismos post-coloniales, entre otros) y se mantienen por unas estructuras políticas y económicas internacionales tan desequilibradas, que fuerzan los desplazamientos de población.²

En primer lugar nos centraremos en la migración internacional de manera global, para más tarde ver cómo esto afecta a la Unión Europea.

La migración compulsiva está aparejada a diversos costos sociales, económicos, políticos y ambientales. En primer término, podemos destacar la desarticulación de las comunidades y localidades, rurales y urbanas. La pérdida constante de población, reflejada en los datos estadísticos que ofrecen los censos y los conteos de población, es apenas una constatación de lo que de manera cotidiana experimentan los pobladores. La migración es una necesidad permanente para buscar medios de subsistencia allende las fronteras. El despoblamiento no sólo significa una pérdida de población, un descenso en la dinámica migratoria que se observa como decrecimiento anual, quinquenal o decenal a causa de la migración, sino que representa la descomposición del modo de vida y trabajo prevaleciente en esas demarcaciones. Es una fractura de las relaciones sociales comunitarias que trastocan las actividades productivas, los procesos de socialización, las prácticas gubernamentales, el diseño institucional, la organización de las familias y las prácticas políticas.³

Los migrantes se insertan de manera precarizada en el mercado laboral del país receptor en condiciones generales de exclusión social. No obstante, contribuyen decididamente al proceso de acumulación y desarrollo del país de destino mediante el abaratamiento laboral, incremento de la competitividad y mejor posicionamiento capitalista; el apuntalamiento relativo del mercado interno mediante el consumo, donde el mercado nostálgico también juega un papel; la reproducción demográfica a través del trasvase poblacional que compensa el menor crecimiento poblacional de los nativos; al fortalecimiento del fondo fiscal mediante el pago de impuestos y al sistema de pensiones; además de aportaciones a la vida social, cultural y política.⁴

2 Jesús Manuel Urbez García, “Inmigración en la Unión Europea”. *Acciones e investigaciones sociales*. 1996. Número 4, p. 157-168.

3 Humberto Márquez Covarrubias, *Desarrollo desigual y migración forzada: Diccionario crítico de migración y desarrollo*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa. 2012. p. 37

4 *Ibíd* p. 31



Europa ha sido siempre un continente marcado por movimientos migratorios muy acusados: inmigraciones e invasiones desde los continentes africano y asiático en tiempos pretéritos, emigración masiva hacia el Nuevo Mundo, primero, y Australia y Nueva Zelanda después, para huir de guerras, persecuciones religiosas y hambrunas, desplazamientos dentro del continente por motivos bélicos y económicos en los siglos XIX y XX, para últimamente volver a ser tierra de inmigración.

En lo que respecta a la Unión Europea de 28 Estados, a los que hay que sumar los países del Espacio Económico Europeo –Noruega, Suiza e Islandia–, los movimientos migratorios hacia éstos han sido y siguen siendo muy dispares, con un denominador común, la entrada a una tierra que promete mejores condiciones de vida que el suelo propio. Esta entrada se ha realizado de forma más o menos ordenada, legal o ilegalmente, pero es el componente económico y laboral, real o imaginado, el que constituye su denominador común y el polo de atracción para el emigrante.⁵

Citando el propio texto normativo europeo: “La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”.⁶

Desarrollo normativo de la política europea contra la inmigración irregular

1. Primeras políticas sobre inmigración

Los Acuerdos de Schengen y la correlativa Convención de aplicación de 1990 pueden considerarse el embrión de una política común de inmigración, ya que el Convenio de Schengen, como parte del marco jurídico e institucional de la UE, se ha expandido paulatinamente hasta incluir a la mayoría de los Estados miembros y a algunos países extracomunitarios⁷. Sin embargo, el nacimiento efectivo de la política común de inmigración debe remontarse, sin duda, al Tratado de Ámsterdam 1999, con el que se “comunitariza” la cuestión a través de su inserción en el Título IV del Tratado CE. La disciplina de la inmigración fue, en consecuencia, trasladada del “método intergubernamental” al “método comunitario”, que permite la adopción de actos vinculantes como directivas y reglamentos europeos.

5 Casado López, M. L. “Inmigración y Políticas de regularización en la Unión Europea”. III Seminario inmigración y Europa: inmigración y derechos de ciudadanía. España: Editorial CIDOB. 2006. p. 9-35.

6 Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47-199.

7 Síntesis de la legislación de la UE – Europa. Libre circulación de personas, asilo e inmigración, 28 Noviembre 2009, [en línea]. Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/index_es.htm, consulta: 7 abril 2015, 17:18



Los ámbitos de intervención contemplados en el Tratado de Ámsterdam permitían ya, potencialmente, la adopción de una completa política común de inmigración y, en particular, permitían afrontar la cuestión de la inmigración irregular en sus aspectos más relevantes. Se permitía, así, adoptar medidas comunes sobre las condiciones de entrada y residencia de los ciudadanos de terceros países, sobre la inmigración y residencia irregulares y sobre el retorno de los extranjeros irregulares. Se encontraban particularmente detalladas, además, las medidas aplicables en materia de asilo y las referidas a los refugiados y desplazados, construyendo así las bases para la realización de un político común también en este campo.

A diez años del Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Lisboa de diciembre de 2009, ha dispuesto la renovación del marco normativo de referencia también en lo que afecta al asilo y la inmigración. Las políticas sobre estas han sido colocadas en el interior del Título V de la tercera parte (artículos 67-89) del TFUE, relativo a la construcción del Espacio de libertad, seguridad y justicia, que, tal se proclama desde las disposiciones generales del Capítulo I, la Unión debe procurar «con respeto a los derechos fundamentales». En el Capítulo II del Título V, que contiene la regulación de las políticas relativas al asilo y a la inmigración, el Tratado señala los puntos que se refieren a la acción europea sobre la inmigración. La cual debe asegurar, en cada fase: una eficaz gestión de los flujos migratorios; un igual tratamiento de los ciudadanos extranjeros residentes regulares; la prevención y la lucha reforzada contra la inmigración irregular y la trata de seres humanos. Como es obvio, el punto de mira de la acción común en materia migratoria se centró inicialmente en la gestión de los flujos de entrada y, en particular, en la espinosa cuestión de la inmigración irregular asociada a aquella que constituye, como se verá más adelante, uno de los aspectos más complejos de la incipiente política europea de inmigración. En este específico ámbito, el Tratado confirma la competencia de la Unión para adoptar medidas concernientes a las condiciones de entrada y residencia, a la inmigración clandestina y a la permanencia irregular, incluidos el alejamiento y retorno de los extranjeros irregulares. A la Unión se le autoriza, además, a celebrar acuerdos de readmisión con terceros países que permitan el alejamiento a los países de origen o de procedencia de los extranjeros que se hallen irregularmente en un Estado miembro.

El Tratado de Lisboa contiene, así, las bases jurídicas que autorizan a la Unión a progresar en su proceso de integración en el ámbito de la inmigración y, en especial, en el ámbito de la política de lucha contra la inmigración irregular; si bien su concreto desarrollo dependerá, como siempre, de la efectiva voluntad de los Estados a la hora de crear una verdadera política común europea de inmigración.⁸

8 Universidad de Granada, 2015. [en línea]. Scutto, Filippo. Derecho de los inmigrantes en situación irregular. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>, consulta: 6 abril 2015, 17:30



2. Las políticas contra la inmigración irregular y su incompatibilidad con los Derechos Fundamentales. Especial mención a la directiva 2008/115/ce de retorno

Partiendo de las disposiciones contenidas en el Tratado de Ámsterdam y, posteriormente, en el de Lisboa, la Unión ha tratado de desplegar una acción propia en el ámbito de las políticas migratorias. Desde este punto de vista, parece oportuna una breve referencia al primer Programa plurianual en la materia, contenido en las Conclusiones que adoptó el Consejo Europeo de Tempere de 1999. En las Conclusiones del Consejo Europeo de Tempere de 1999 surge la necesidad que tiene Europa de afrontar cuestiones que afectan al asilo y a la inmigración teniendo siempre muy en cuenta la cuestión del respeto a los derechos fundamentales y colocando siempre en primer plano las garantías personales. Por lo que atañe a la inmigración irregular, el Consejo Europeo auspició una gestión más eficaz de los flujos migratorios. Sobre todo era necesario incrementar, por medio de la coordinación con los países de origen y de “tránsito”, es decir, todos aquellos terceros Estados cuyas fronteras son atravesadas por los inmigrantes que se dirigen a Europa; las campañas de información sobre las opciones de inmigración regular y, al mismo tiempo, era necesario adoptar las medidas que fueran necesarias para combatir cualquier forma de trata de seres humanos. A tal fin, se subrayaba la importancia de reforzar la cooperación y la asistencia recíproca entre autoridades estatales encargadas del control de fronteras, así como se destacaba la importancia de incrementar la colaboración entre consulados de la Unión Europea en terceros países para favorecer una política común en materia de visados. Ha de subrayarse que el Consejo de Tempere consideraba a los inmigrantes clandestinos “víctimas” de actividades criminales y, en consecuencia, reconocía la necesidad de garantizar sus derechos.

Las líneas-guía indicadas por el Consejo de Tempere en relación con la adopción de una política común de inmigración no fueron secundadas de un modo totalmente coherente en los años posteriores por las instituciones europeas y no fueron, por tanto, traducidas en una regulación comunitaria plenamente respetuosa con los derechos de los extranjeros. Con el enorme incremento del fenómeno migratorio y, con él, de la inmigración irregular, que se suma a la aparición, con todos los visos de urgencia y excepción, de la cuestión del terrorismo internacional y las exigencias de seguridad pública, crece indudablemente la percepción de inseguridad de los ciudadanos europeos. La embrionaria política europea de inmigración se ha desarrollado así concentrándose esencialmente en la vertiente de las políticas de lucha contra la inmigración irregular, lo cual ha generado, de modo casi inevitable, críticas por lo que se refiere a la tutela de algunos derechos fundamentales. La necesidad de llevar a cabo una eficaz política contra la inmigración irregular ha comportado, en la práctica, la adopción de ciertas medidas no siempre compatibles con los derechos.

En el ámbito de las medidas de lucha contra la inmigración clandestina, el retorno de los extranjeros que carezcan de permiso de residencia representa uno de sus aspectos más importantes. Como resulta evidente, la adopción de un eficiente sistema de retorno es un instrumento eficaz para luchar contra la inmigración irregular porque desalienta el desarrollo



de este tipo de flujos migratorios de entrada en la Unión Europea. Al mismo tiempo, sin embargo, las medidas normativas referidas al retorno inciden, desde diversos puntos de vista, en la esfera de los derechos de la persona y, por tanto, se ponen totalmente en evidencia sus problemas de compatibilidad con los derechos fundamentales.

La Unión Europea pronto se encaminó a adoptar una serie de medidas que, a pesar de hacer referencia en un modo absolutamente genérico al respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros afectados, se concentraban en los aspectos de la cooperación entre Estados para facilitar las expulsiones, pero sin entrar en los aspectos más decisivos de las políticas de retorno.

Casi diez años después de concebirse una política europea de inmigración, la Directiva 2008/115/CE, conocida como “Directiva de retorno”, ha tratado de colmar esta laguna introduciendo, por primera vez, un conjunto de normas comunes para armonizar las regulaciones nacionales del retorno de extranjeros irregulares. Tal Directiva representa el emblema de la política común europea de inmigración tal como ha sido desarrollada en la última década: junto al propósito de garantizar los derechos inviolables existen, disposiciones que terminan por incidir negativamente en algunos de aquellos derechos.⁹

La Directiva 2008/115/CE que contiene las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular entró en vigor a principios de 2009.

En términos generales, el objetivo primordial de esta Directiva fue el de armonizar, en el seno de la Unión, las legislaciones nacionales de los Estados miembros en cuanto a la detención, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento y prohibición de entrada de las personas que se encontrasen dentro de su territorio en situación irregular.

En particular, desde la adopción de este instrumento normativo, las dudas han girado en torno a: la duración del periodo de retención de los inmigrantes irregulares, que pueden prorrogarse por causas no imputables al retenido, en casos excepcionales, hasta los dieciocho meses; la sistematización de la prohibición de entrada en el territorio europeo, que puede imponerse hasta por un periodo de cinco años, constituyendo una doble sanción para el expulsado; la ausencia de las condiciones de seguridad para el inmigrante irregular respecto al Estado al que pueda ser remitido y, por último, en cuanto al tratamiento específico de los grupos especialmente vulnerables como, por ejemplo, las mujeres, los menores, los refugiados y solicitantes de asilo.

Podemos identificar en el ámbito internacional una serie de instrumentos que han sido ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea y que imponen obligaciones en cuanto a la protección de los derechos fundamentales que es preciso respetar, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Nos referimos esencialmente:

9 Universidad de Granada, 2015. [en línea] Scutto, Filippo. Derecho de los inmigrantes en situación irregular. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>, consulta: 10 abril 2015, 10:50.



- Al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, adoptado en el seno del Consejo de Europa.
- A la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.
- Al Convenio Europeo de Extradición de 1957, adoptado en el seno del Consejo de Europa.
- A la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.
- Al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- A la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, y por último,
- A la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989.

Esta serie de instrumentos internacionales impone, por una parte, obligaciones a los Estados, y por otra, establece un estándar internacional que asegura y protege al inmigrante en cuanto titular de derechos humanos y al margen de su situación administrativa.¹⁰

Entre los aspectos positivos del texto, deben ser referidos dos aspectos generales de aplicación de la Directiva que dan cuenta de la voluntad de avanzar en la adopción de medidas comunes importantes, tanto para la lucha contra la inmigración irregular, como para una aproximación equilibrada y respetuosa con las garantías del extranjero. El primero alude a la clara voluntad de lograr una aplicación cuidadosa con los derechos, y se concreta en la reafirmación del respeto de los derechos fundamentales, con particular mención de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El segundo aspecto general se refiere a la preferencia esencial que asume la Directiva en favor del retorno voluntario del extranjero, frente al retorno obligatorio, que se traduce en la obligación de los Estados de fijar un periodo adecuado para la salida voluntaria del país de entre siete y treinta días. Además, otro aspecto muy importante afecta al internamiento del extranjero en centros apropiados para garantizar su alejamiento. Se trata de una regulación, sin duda, notable que intenta no ligar automáticamente el retorno del extranjero con la privación de su libertad personal.

La “Directiva de retorno” contiene también, sin embargo, una serie de aspectos problemáticos para los derechos. En primer lugar, por lo que concierne al internamiento del extranjero, se habilita a los Estados miembros para que amplíen el periodo de detención hasta los dieciocho meses, siempre que el propio extranjero no colabore o que existan retrasos en la obtención de la necesaria documentación de un tercer Estado. Se trata de un periodo de tiempo absolutamente excesivo que afecta en un modo objetivamente muy fuerte la libertad personal del extranjero y que, además, no parece justificado desde el punto de vista de su eficacia o utilidad. Siempre en relación con la detención del extranjero, la Directiva

¹⁰ Cesar Villegas Delgado, “La Directiva de Retorno de inmigrantes irregulares a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la protección internacional de los derechos humanos”, en *Inmigración, Mujeres y Menores*. Sánchez Rodas Navarro, Cristina (Coord.), Laborum, Murcia, 2010, pp. 383-406.



autoriza a los Estados miembro a ingresar a los extranjeros no sólo en centros especiales sino también, incluso, en centros penitenciarios.

Otro ulterior aspecto problemático de la Directiva está representado por sus disposiciones sobre el retorno y la detención de menores. La Directiva autoriza, de hecho, la expulsión de menores no acompañados, si bien con la condición de que sean reagrupados con un miembro de su familia o con un tutor o de que sean colocados en servicios de acogida adecuados que lo acojan, sin más precisión, en el país de retorno.

Debe recordarse, por último, que la Directiva autoriza el retorno del extranjero irregular no sólo al Estado de procedencia, sino incluso a países en los cuales el extranjero hubiera simplemente transitado antes de acceder a Europa, y siempre que se hayan estipulado acuerdos bilaterales con estos últimos países. La cuestión resulta además delicada porque provoca el riesgo de violaciones de un importante principio del Derecho internacional, el principio de «*non refoulement*».¹¹

Desarrollo normativo de la política española contra la inmigración irregular

1. 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

En España ha habido dos (podríamos decir incluso tres) grandes reformas del marco jurídico de la gestión migratoria, que pueden identificarse, aunque no se limiten únicamente, a la LO 7/1985 y la LO 4/2000, pudiendo discutirse si la reforma del Reglamento de Extranjería, por RD 155/1996 constituyó o no uno de esos momentos de cambio de modelo o de modificación estructural del mismo. El resto han constituido más bien ajustes o modulaciones de los elementos fundamentales establecidos en normas precedentes. Es en esta lógica que calificamos de simple ajuste, el último paquete de reformas del que se hace eco el presente trabajo presidido por la LO 2/2009 y desarrollado por el RD 557/2011, incluida la Ley 12/2009, de Asilo.¹²

La reforma constituye una tímida y muy limitada reforma que no pretendía alterar seriamente los elementos fundamentales del modelo migratorio español, sino simplemente ajustar el mismo a la nueva coyuntura, y sobre todo a una serie de disposiciones comunitarias cuya transposición

11 Universidad de Granada, 2015. Scutto, Filippo, Derecho de los inmigrantes en situación irregular. [en línea], Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>, consulta: 10 abril 2015, 18:24

12 Diego Boza Martínez, Francisco Javier Donaire Villa, y David Moya Malapeira, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España; Régimen Jurídico tras la LO 2/2009*, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012. Pp 16-17.



era inaplazable, al igual que la incorporación de la doctrina de las STC 236/2007 y ss., que habían declarado inconstitucionales algunos preceptos de la reforma de la LO 8/2000.¹³

La reforma de la legislación de extranjería fue presentada al Congreso como proyecto de Ley Orgánica en el último cuatrimestre de 2008 para publicarse en el BOE en diciembre de 2009 como Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

La primera de las grandes novedades de la reforma es sin duda la inclusión de un concepto legal de integración social en su art. 2 ter, concepto amplio que pasa a jugar un papel como principio en la Ley y que incluye un conjunto de acciones y que en su proyección sobre las circunstancias concretas de cada extranjero pasa a ser de alguna manera susceptible de valoración a efectos de la obtención y renovación de autorizaciones de estancia y residencia, e incluso para la solicitud de la nacionalidad, una valoración que además pasa a corresponder a las CC.AA. o, en su caso, a los municipios. Esta nueva aproximación es importante por cuanto muestra que el régimen de residencia y nacionalidad pasa de ser relativamente objetivo, a incorporar el componente subjetivo de integración, como baremo para la progresión en los diferentes estatutos de extranjería.

Otro de los elementos que la reforma intenta consolidar es la igualdad de derechos entre extranjeros y nacionales, no sólo en el trato a los residentes de larga duración, pues eso estaría en línea con los mandatos procedentes de la Unión Europea, sino también hacia el resto de residentes e incluso con los extranjeros en situación de irregularidad.

Además de la previsión del art. 2 bis sobre la igualdad como principio de la Ley, la reforma consagra libertades para todos los extranjeros como la de reunión, manifestación, asociación o sindicación y huelga. Bien es cierto que la reforma tiende a retrasar la igualdad en el disfrute de algunos derechos sociales condicionándola a la residencia de larga duración. Así mismo, se desarrolla la protección de las víctimas de violencia de género y se reformulan, de forma más garantista, los derechos de los menores no acompañados.

Para cerrar el círculo de control de entrada, se refuerzan los mecanismos de lucha contra las entradas fraudulentas o ilegales, con un nuevo sistema informático de control de entradas y salidas, y la creación de nuevas infracciones administrativas por la prestación de ayuda o asistencia a los inmigrantes irregulares o la reagrupación familiar fuera de los cauces legales. Estas medidas se acompañan de un reforzamiento de los mecanismos de retorno de extranjeros en situación irregular.

De hecho, parece ser un rasgo de la reforma interpuesta por la Directiva de Retorno la combinación de medidas de protección e integración de los extranjeros regulares con un cierto endurecimiento del régimen de control, infracciones y sanciones, particularmente de las medidas de retorno de extranjeros en situación irregular. Otro rasgo fundamental

13 *Ibíd* p 26.



de la reforma es el acondicionamiento de la Ley a la nueva distribución de competencias, que confirmada con reservas por la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, requiere de todo un aparato orgánico para su coordinación y despliegue que la Ley apenas se limita a esbozar, y cuya concreción es de índole fundamentalmente reglamentaria. Esas nuevas competencias sobre autorizaciones iniciales de trabajo y sobre integración, requerirán toda una cultura de colaboración en este ámbito que sería positivo que se extendiera más allá de estas concretas submaterias también al resto de aspectos relacionados con inmigración, y que como en este trabajo se apunta deberían traducirse en una fuerte potenciación de la Conferencia Sectorial de Inmigración.¹⁴

2. El proyecto de ley orgánica de seguridad ciudadana. Las devoluciones en caliente

2.1 El Proyecto de ley orgánica de seguridad ciudadana.

Tras la promulgación de la Constitución Española de 1978, la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC en adelante) de 1992 fue la primera norma legal que abordó la regulación de las cuestiones relacionadas con la seguridad ciudadana desde los principios y valores recogidos en el texto constitucional.

La LOPSC tuvo una buena valoración por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pues supuso un importante avance en la regulación de las potestades de actuación en el ámbito de la protección de la seguridad ciudadana, y estableció por primera vez un catálogo de infracciones y sanciones en la materia.¹⁵

Si nos centramos en cómo esta nueva Ley de Seguridad Ciudadana afectaría a los extranjeros encontramos referencia a los mismos en el Capítulo segundo, más concretamente, en el artículo 13 se establece la acreditación de la identidad de ciudadanos extranjeros.¹⁶

También encontramos referencias a los extranjeros que se hallen en territorio español en las disposiciones finales de este texto normativo, así pues, en la Disposición Adicional Primera se establece la adición de una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción:

14 Diego Boza Martínez, Francisco Javier Donaire Villa, y David Moya Malapeira, *Comentarios a la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011 Pp 15-22.

15 Gobierno de España. Ministerio de interior. 2014. [en línea]. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/2170430/Proyecto_LOPSC_11-07-14.pdf/b9861013-c0c2-4d5c-b517-d971d2397b21, consulta: 20 mayo 2015. 19:34

16 España. Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana. Internet. Boletín Oficial del Estado, 3 de Diciembre de 2014, núm. 105-4 [en línea] Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-105-4.PDF, Consultado: 30 mayo 2015. 14: 25



«1. Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar, en grupo, 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.

«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».¹⁷

2.2 Las Devoluciones en Caliente

Tras la aprobación de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, se legalizan las devoluciones de quienes sean detenidos en el vallado fronterizo, sin necesidad de procedimiento administrativo alguno ni garantías como derecho a la defensa jurídica e intérprete. Además, y aunque se especifica que las solicitudes de protección internacional “se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos”, se deja la puerta abierta a la exclusión del derecho de asilo a miles de personas provenientes de países en conflicto que intentan acceder a nuestro país, vinculando indebidamente este derecho a la forma de entrada en territorio español.¹⁸

De acuerdo a la Directiva de retorno el procedimiento de devolución debe ser gradual. Los nacionales de terceros países indocumentados deberían ser acogidos por un periodo que oscile entre siete y treinta días para organizar voluntariamente su salida del país, antes de que se tomen medidas para llevar a cabo la salida forzada.

Sin embargo, la Directiva de Retorno permite a los Estados la posibilidad de abstenerse a ofrecer un periodo de salida voluntaria, o garantizar un periodo inferior, en caso de que haya “riesgo de fuga”.

La Directiva de Retorno hace referencia a la protección de los derechos humanos durante el proceso de deportación y la posibilidad de posponer el traslado cuando pueda violar el principio de no-devolución.

17 España. Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana. Internet. Boletín Oficial del Estado, 3 de Diciembre de 2014, núm. 105-4 [en línea] Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-105-4.PDF, Consultado: 30 mayo 2015. 16:25

18 ACOGE, 2015. [en línea]. Disponible en: <http://acoge.org/recorte-de-libertades-y-derechos-con-la-aprobacion-de-la-ley-de-seguridad-ciudadana/>, Consulta: 31 mayo 2015. 12:30



España implantó la Directiva de Retorno de acuerdo al marco temporal declarado por la Unión Europea, aprobando la Ley Orgánica (LO 2/2009) en 2009 que reforma la anterior ley de migración (Ley Orgánica de Extranjería, LO 4/2000). La Ley 2/2009 es diferente de la anterior Ley en muchos sentidos. En primer lugar, introduce una serie de regulaciones generales para las autoridades públicas que tratan con la repatriación de los migrantes indocumentados: coordinación con las políticas de la Unión Europea, dirección de los flujos migratorios conectado con el mercado de trabajo de cada Estado miembro, el problema de la inmigración irregular y coordinación con los países de origen y tránsito a través de tratados bilaterales.

En España, los inmigrantes detenidos son retenidos en un Centro de Internamiento para Extranjeros dónde esperan a ser deportados. Los migrantes sin documentación deben afrontar alguna de estas situaciones: la expulsión (considerada al mismo tiempo como una medida administrativa y criminal), la prohibición de volver a entrar después de una orden de expulsión (que después de la implementación de la Directiva de Retorno implica un máximo de 5 años, en lugar de 10).

La expulsión, que es uno de los requisitos previos a la detención de la que depende la deportación de los inmigrantes ilegales, continua considerándose una medida especial mientras que lo habitual es multar. Esto es según la ley española y de acuerdo a la interpretación de la Corte de Justicia de la Unión Europea, que afirma que los Estados miembros no están obligados a sacar a los migrantes sin documentación de su territorio, en su lugar, pueden elegir otro tipo de medidas contra la inmigración irregular.

La LO 2/2009 mejora, las garantías y eficacias de los procedimientos de repatriación y sus salvaguardas legales. Refuerza el mecanismo de “salida voluntaria” que debería ser la forma estándar de repatriar los migrantes indocumentados y somete la imposición de medidas restrictivas como la expulsión al principio de proporcionalidad.

Autores y legisladores critican cómo el artículo 63-bis LOEX pretende implementar el artículo 7 de la Directiva de la Reforma. Muchos se quejan de que el alto número de excepciones a la salida voluntaria amenaza con anular sus efectos positivos. De hecho, más allá de las excepciones señaladas en la Directiva de Retorno, o aquellas que derivan directamente de ella. La nueva Ley española también delinea otras circunstancias que pueden excluir la posibilidad de la salida voluntaria. La LOEX determina que el periodo establecido para la salida voluntaria no estará garantizado si (1) el extranjero tiene antecedentes criminales, (2) cuando haya riesgo de que el inmigrante expulsado pueda intentar evitar el contacto con las autoridades, por ejemplo si él/ella no tiene una dirección fija o un documento de identidad, (3) cuando el extranjero intenta activamente evitar ser expulsado y finalmente (4) cuando el extranjero viola las medidas de seguridad.

Como resultado de esta amplia gama de circunstancias donde es posible denegar a los inmigrantes indocumentados la posibilidad de la salida voluntaria, hay un notable



crecimiento en el número de casos donde los inmigrantes se enfrentan a ser detenidos mientras esperan la deportación.

La implementación de la Directiva de Retorno provocó importantes cambios en la LO 4/2000 en relación con la regulación con la detención de los inmigrantes: el periodo máximo de detención se amplió de 40 a 60 días, a las ONGs y a otras entidades públicas se les permitió visitar los centros, etc.¹⁹

De este modo, el nuevo texto implica un claro retroceso respecto al reconocimiento de los derechos y libertades de los extranjeros puesto que está dirigido a restringir o limitar fuertemente sus derechos y libertades cuando su situación no haya sido regularizada, produciéndose, no sólo la desaparición de algunos derechos respecto a la Ley originaria, sino también la vinculación directa entre la titularidad y el disfrute de derechos y libertades y la residencia o estancia legal en territorio español, lo cual ofrece dudas y levanta sospechas de inconstitucionalidad, sobre todo para aquellos derechos fundamentales respecto de los que no deja de ser sorprendente la diferencia de trato, y el alcance de esta diferencia, sobre la base de la situación administrativa del inmigrante. Bajo estas premisas, para proceder al estudio del tratamiento que la L.O. 8/2000 otorga a la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades del Título I CE por parte de los inmigrantes se hace preciso distinguir claramente aquellos derechos proclamados como principios rectores y que la ley extiende a todos los inmigrantes con independencia de cuál sea su situación de estancia, que pueden constituir una obligación para los Estados de procurar un mínimo vital de subsistencia y ayuda a todas las personas mientras que se encuentren en su territorio y, por consiguiente, bajo su jurisdicción, íntimamente vinculado a la dignidad humana y a su existencia como ser humano y a su desarrollo, del tratamiento otorgado a los derechos fundamentales, o a derechos vinculados, inicialmente, a la nacionalidad o ciudadanía, cuyo tratamiento legislativo ha levantado sospechas de inconstitucionalidad, que han dado lugar a la interposición de numerosos recursos de inconstitucionalidad: la libertad de residencia y circulación; derecho al trabajo; el derecho a la educación; las libertades de reunión manifestación y la libertad de asociación, y el derecho a la tutela judicial efectiva, con especial consideración a la negación de asistencia jurídica a los extranjeros no residentes en determinados supuestos.²⁰

La legalización de la denominada devolución en caliente, e incluso el mismo procedimiento elegido para consagrarla, ha recibido infinidad de censuras desde los ámbitos más diversos: judicatura, asociaciones de guardias civiles, responsables de la administración europea, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas...

19 Francesca Bertin, Elena Fontanari, y Lucia Gennari, At the limen. *The implementation of the return directive in Italy, Cyprus and Spain*. Alemania: bis500 Digitaldruck. 2013.

20 Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015. Goig Martínez, J.M. *Derecho de los inmigrantes en España. Estatus constitucional y tratamiento legislativo*. [en línea], Disponible en: http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Nueva_carpeta/APEJ%201%20Juan%20Manuel%20Goig.pdf, consulta: 11 junio 2015, 20:00



Los abogados han sido uno de los gremios más críticos con una medida que, estiman, vulnera los derechos de los inmigrantes y contraviene la legislación española y los acuerdos internacionales suscritos por nuestro país. El presidente de la Subcomisión de Extranjería de la Abogacía Española, Pascual Aguelo Navarro, argumenta en una entrevista en el periódico Ceuta Actualidad las razones por las que las devoluciones en caliente suponen un riesgo para la efectiva tutela de los derechos esenciales que asisten a los inmigrantes. Así pues, en esta entrevista declara que en aplicación del control y vigilancia de fronteras, los estados miembros deben actuar dentro del pleno respeto del derecho de la Unión, de los derechos fundamentales y de las obligaciones internacionales. De conformidad con esa legalidad, cualquier decisión o medida de rechazo deberá recoger al menos y en particular las obligaciones relativas a la protección internacional y al principio de “no devolución”. Asimismo, se deberán adoptar de forma individualizada, mientras que las denominadas “devoluciones en caliente”, realizadas sin las mínimas garantías procedimentales no respetan los derechos esenciales citados.²¹

Conclusiones

Después de haber analizado los retos y desafíos que el fenómeno de la inmigración irregular ha planteado tanto a la Unión Europea como a sus Estados miembros, así como la respuesta normativa, no siempre exenta de polémica, que ambos han dado para tratar de controlar los flujos migratorios, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Actualmente, los migrantes irregulares son un colectivo que no disfruta de los derechos humanos más básicos considerados universales, indivisibles e inalienables y sufren una falta de protección semejante a la de los nacionales de los países a los que migran.
2. Es necesario poner en práctica todos los medios posibles para proteger a los extranjeros que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, para ello, es necesario dotar a la Administración de medios materiales y personales adecuados para que coordine y administre sus funciones de forma más eficiente.
3. La Unión Europea debe crear una política común de inmigración que vincule a toda la Unión y que incorpore un marco normativo de justicia, seguridad y asunto interior, y que refuerce los acuerdos transfronterizos para que, de este modo, se refuercen las competencias de la Unión Europea en materia de entrada, circulación y estancia de inmigrantes.
4. El extranjero no puede ser visto como un problema o enemigo proveniente de países en vías de desarrollo sino como alguien que enriquece la sociedad y que merece ser tratado de manera respetuosa y digna por parte del país en el que se encuentra.

21 CEUTA ACTUALIDAD, 7 diciembre 2014, 00:00, [en línea]. Disponible en: <http://www.ceutaactualidad.com/articulo/inmigracion/las-devoluciones-en-caliente-sin-las-minimas-garantias-procedimentales-no-respetan-derechos-esenciales/2014120700000000875.html>, consulta: 11 junio 2015



5. Hoy en día parece ser que las devoluciones en caliente se producen con relativa frecuencia a pesar de su carácter ilegal, con su consecuente daño a los inmigrantes al ser tratados como meros objetos y no como personas con unos derechos humanos que deberían ser respetados con la asistencia médica pertinente y con asistencia letrada para el procedimiento judicial obligatorio que determine su permanencia o no el país receptor, pero bajo ningún concepto debería aceptarse un trato tan denigrante a aquellas personas que llegan a las fronteras de los Estados miembros con el objetivo de aspirar a una mejor calidad de vida que la que podrían llegar a conseguir en su país de origen.

Bibliografía

ACOGGE, 2015. Disponible en: <http://acoge.org/recorte-de-libertades-y-derechos-con-la-aprobacion-de-la-ley-de-seguridad-ciudadana/>

Bertin, F., Fontanari, E., Gennari, L. *At the limen. The implementation of the return directive in Italy, Cyprus and Spain*. Alemania: bis500 Digitaldruck. 2013.

Boza Martínez, D., Donaire Villa, F.J., Moya Malapeira, D. *Comentarios a la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011

-----, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España; Régimen Jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012.

Casado López, M. L., “*Inmigración y Políticas de regularización en la Unión Europea*”. III Seminario inmigración y Europa: inmigración y derechos de ciudadanía. España: Editorial CIDOB. 2006.

CEUTA ACTUALIDAD, 7 diciembre 2014. Disponible en: <http://www.ceutaactualidad.com/articulo/inmigracion/las-devoluciones-en-caliente-sin-las-minimas-garantias-procedimentales-no-respetan-derechos-esenciales/20141207000000000875.html>

España. Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana. Internet. Boletín Oficial del Estado, 3 de Diciembre de 2014, núm. 105-4. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-105-4.PDF

Gobierno de España. Ministerio de interior. 2014. [consulta: 20 mayo 2015. 19:34]. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/2170430/Proyecto_LOPSC_11-07-14.pdf/b9861013-c0c2-4d5c-b517-d971d2397b21

<http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>

Márquez Covarrubias, H. *Desarrollo desigual y migración forzada: Diccionario crítico de migración y desarrollo*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa. 2012.



Síntesis de la legislación de la UE – Europa. Libre circulación de personas, asilo e inmigración, 28 Noviembre 2009. Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/index_es.htm

Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión*.

Universidad de Granada, 2015. Scutto, Filippo. Derecho de los inmigrantes en situación irregular. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>

Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015. Goig Martínez, J.M. *Derecho de los inmigrantes en España. Estatus constitucional y tratamiento legislativo*. Disponible en: http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Nueva_carpeta/APEJ%201%20Juan%20Manuel%20Goig.pdf

Urbez García, J.M., “Inmigración en la Unión Europea”. *Acciones e investigaciones sociales*. 1996. Número 4.

Villegas Delgado, C., “La Directiva de Retorno de inmigrantes irregulares a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la protección internacional de los derechos humanos”, en *Inmigración, Mujeres y Menores*. Sánchez Rodas Navarro, Cristina (Coord.), Laborum, Murcia, 2010.