

Inmigración irregular
y derechos fundamentales:
¿Hay límites?

JOSÉ MANUEL LEONÉS SALIDO

Inmigración irregular y derechos fundamentales: ¿Hay límites?

2017

JIB
BOSCH EDITOR

© ENERO 2017

JOSÉ MANUEL LEONÉS SALIDO

© ENERO 2017



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-946436-3-7

ISBN digital: 978-84-946436-4-4

D.L.: B1270-2017

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

A mi mujer Eva

«Los habitantes de un país siempre tratarán a sus allegados con más atención y amor que a los desconocidos. Sin embargo, éstos no dejan de ser hombres y mujeres como los demás. Les alientan las mismas ambiciones y padecen las mismas carencias; sólo que, en mayor medida que los primeros, son presa del desamparo y nos lanzan llamadas de auxilio. Esto nos atañe a todos, porque el extranjero no sólo es el otro, nosotros mismos lo fuimos o lo seremos, ayer o mañana, al albur de un destino incierto: cada uno de nosotros es un extranjero en potencia».

Tzvetan Todorov

Nota del autor

Este trabajo se concluyó antes de que el Reino Unido decidiese salir de la Unión Europea (BREXIT). Por tanto, cualquier referencia al Reino Unido como país comunitario debe entenderse dentro del contexto temporal del trabajo.

Índice General

Introducción	15
I. Sobre el concepto Inmigrante irregular	29
II. Introducción del concepto de persona en las Declaraciones Universales de derechos y en los textos constitucionales español e italiano	39
III. Normativa comunitaria en materia de inmigración. Análisis de los tratados de la Unión Europea y de las directivas comunitarias	55
IV. Tratamiento transversal de refugiados, asilados y apátridas en relación con la inmigración irregular	81

V.	Límites y exclusiones de la protección internacional.....	115
VI.	Referencias a la legislación española. Detención y expulsión en el acervo comunitario y en el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Consideración de la circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre expulsión de ciudadanos extranjeros.....	125
	Conclusiones.....	157
	Notas.....	177
	Abreviaturas	241
	Índice de Normas citadas.....	243

Introducción

En lo fundamental... todos somos iguales.

El sol luce para todos y no ordena a las nubes que oculten su fulgor para unos cientos de miles, aun cuando éstos huyan de países en los que el sol, desgraciadamente, siempre está oculto por las nubes de polvo y humo de los bombardeos.

«Al extranjero no oprimirás ni maltratarás, porque vosotros fuísteis extranjeros en la tierra de Egipto». Así proclama el Éxodo (22, 21). Y, sin ir más lejos, ¿acaso podemos negar que el Hijo de Dios fuera objeto de desplazamiento forzoso?: «El ángel del Señor le dijo a José: Levántate, toma contigo al niño y a su madre y huye a Egipto».

to. Allí estarás hasta que te avise» (Mt 2, 13 y ss). Por tanto, Jesús, el Hijo de Dios, fué también un emigrante a pesar suyo al igual que sus padres. Y, con toda seguridad, un desplazado: «Vino a los suyos y los suyos no le recibieron» (Juan 1, 11).

El enunciado de este trabajo debe partir de varias hipótesis que no deberían condicionar su resultado. De ser así, la pregunta estaría prejuzgando y dirigiendo la respuesta, en un sentido o en otro. De modo que antes de resolver la pregunta, habría que cuestionarse el propio enunciado.

Lo primero de todo es cuestionarse si el concepto «inmigración irregular», debe considerarse un concepto jurídico que despliega efectos en el mundo del derecho, en el político, constitucional, laboral o de otra índole. O, por el contrario, ha de considerarse como una realidad material evidente que exija de una canalización y ordena-

ción jurídica que deba dar cumplida respuesta al fenómeno actual de las migraciones y, en particular, a aquellas que se producen sin atender a los requerimientos legales del país de destino. Así ha de entenderse a la inmigración irregular, ilegal, indocumentada o sin papeles. O, en último lugar, si puede ser ambas cosas, esto es, un concepto híbrido o fronterizo, que tomando como base la realidad tenga una cristalización en el derecho positivo y en los diferentes instrumentos normativos y decisiones judiciales.

Un sentido de la lógica obliga a pensar que si existe una inmigración irregular es porque hay otra que es regular, esto es, aquella que se produce dentro de los cauces normales y normalizada, a saber, con permisos de trabajo y residencia legalmente concedidos por el país de destino y visados en vigor. Pero la distinción o diferenciación entre las dos, evidentemente interesada, comporta el despliegue de derechos para esta

última de manera incontrovertida y la muy controvertida manera de que estos derechos se desplieguen en la denominada inmigración irregular. De lo contrario, no se plantearía la pregunta. Algún autor ha considerado al inmigrante irregular como situado en un «limbo jurídico», en una zona gris o fronteriza, algo parecido a la letra de la canción de Alberto Cortez: «No soy de aquí, ni soy de allí, no tengo edad ni porvenir y el ser feliz es mi color de identidad...». Visión un tanto idílica, porque es evidente que los que no son de ningún sitio, difícilmente pueden ser felices, porque todos tenemos el derecho de residir en algún lugar. Si a ello sumamos la introducción del **concepto de persona (más omnicomprendivo y globalizador)** y sus **derechos inviolables en cuanto tal**, afirmado no sólo por las Constituciones internas como la española en su art 10.2 o el **art. 2 de la Constitución italiana**, sino también por la **Declaración Universal de Derechos humanos de 1948** ^[1], acabaremos por complicar

el problema hasta el punto de no encontrar una respuesta fácil y expeditiva al enunciado de si la inmigración irregular puede estar bajo el paraguas protector de los derechos fundamentales o no. Y siendo así, si esta protección está sujeta a limitaciones y de qué tipo. O por el contrario, las limitaciones desaparecerían en la medida que el concepto «irregular» obedeciese más a una realidad material de nuestro tiempo, antes que a un concepto que, apriorísticamente, debe de encajarse en un instrumento normativo, llámese Constitución, leyes internas y reglamentarias, Convenio, Declaración Universal o Directiva Comunitaria. Si la realidad material de la inmigración irregular no conseguimos residenciarla en algún instrumento normativo, andaremos errados. El rastreo sobre el concepto de persona tras el de inmigrante irregular, nos ayudará a deslindar y dibujar el contenido de este estudio. Y, con toda seguridad, a centrar, como decimos los juristas, el objeto de la litis.

El culebrear por los diferentes textos normativos, nos dará la pauta de cuanto dijimos arriba. De modo que, desbrozado el concepto irregular y si éste tiene acomodo en los mismos, podamos –a partir de ahí– reflexionar sobre los eventuales derechos fundamentales introduciendo «transversalmente» el concepto de persona en esos mismos textos.

Otro de los problemas a abordar en este trabajo, será la tensión entre los límites de los derechos en su ejercicio y la garantía de los mismos, porque como es notorio, no existe derecho sin deber. Y mientras que las garantías comportan un derecho preexistente, los límites no son otra cosa que deberes o restricciones a esas garantías. En este punto podemos avanzar que la tensión existente entre límites y garantías es palmario. Cuando el texto constitucional español afirma en el **art. 13 «que los extranjeros tendrán los derechos y las libertades públicas de conformidad**

con los Tratados y la ley», no está haciendo más que demostrar la tensión entre el reconocimiento del derecho y la pulsión de su limitación con los Tratados Internacionales o con la legislación interna, verdaderas fronteras de los derechos reconocidos. Derechos y límites perfectamente unidos.

No puede olvidarse la política comunitaria común y sus esfuerzos por solventar este problema más allá de la fragmentación de las legislaciones nacionales. Las directivas comunitarias arrojan en este sentido bastante luz sobre el tema (muy especialmente la llamada **Directiva sobre el retorno 2008/115/CE**) y reconducen el problema hacia una salida que no puede ser otra que la conjunta y de consenso de los Estados miembros de la Unión Europea. Pero, desgraciadamente, en esta lucha por una política común contra la inmigración irregular y las mafias, se han restringido derechos fundamentales que han constituido la

base misma del edificio europeo desde Monet, De Gasperi o Adenauer, por citar a los padres de la Europa moderna. Tensión de difícil solución. Pues apretar las tuercas por un lado, comporta aflojar las tuercas del otro, si no se tiene mucha pericia en la mecánica. En esta materia, vuelven a aparecer los reflujos de la soberanía frente a su cesión entre los países comunitarios. Las posiciones de Hungría, Austria, Dinamarca, Suecia, Suiza y Polonia al respecto son buen ejemplo de cuanto decimos. A mayor abundamiento, cabe decir que la llamada Directiva de retorno ha sido objeto de un informe periódico sobre su aplicación. Y es ahí donde aparecen las luces y las sombras, los aspectos positivos junto a los negativos que se dan en la restricción, en ocasiones, de los derechos fundamentales, objeto del presente estudio.

Otro de los problemas que se cruzan con el enunciado es el de **los solicitantes de asilo o refugio**. Sin duda, porque si los solicitantes escapan al

paraguas protector de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967, especialmente aquellos que no cumplen los requisitos para tener el status jurídico de asilados o refugiados, están introduciéndose, **«sin vaselina»**, en el concepto de **inmigrante irregular, como si de una fuerza atractiva se tratase y ofreciendo razones más que poderosas para lo que se supone concepto apriorístico, sea más bien una realidad material objeto de regulación**. Ahora bien, en puridad legal, sólo serán irregulares cuando sus expedientes hayan sido desestimados y resueltos desfavorablemente y permanezcan en el país de acogida, pero no en el interim hasta que esta circunstancia se produzca, esto es, la desestimación de su solicitud. Y hacemos esta afirmación basándonos en el **considerando número 9 de la Directiva comunitaria 2008/115/CE**, que a su vez se basa en otra **Directiva 2005/85/CE** y que textualmente dice lo siguiente: **«no se debe considerar en situación irregular al nacional de un tercer país que**

haya solicitado asilo en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo». La realidad de todos los días nos permite constatar, sin ningún esfuerzo, como esto resulta ser una evidencia controvertida y muy discutible. Si una persona sale de su país, atraviesa uno de tránsito que lo registra y continúa su éxodo a través de diferentes países hasta llegar al de acogida que examina su situación hasta su permanencia o expulsión del país, resulta evidente que en ese «**interim**» se podría convertir en un inmigrante irregular y no sólo desde el punto de vista conceptual. El análisis de la **cláusula de «non refoulement»** o de «**no devolución**» al país de origen, que está incorporada en el **art 33 de la Convención de Ginebra** de 1951, tiene efectos reflejos como **garantías de derechos para las «personas»** en la legislación interna española, a través de la Directiva 2008/115/CE, en particular en su **considerando nú-**

mero 8, en el que se pide el respeto al principio de no devolución a nacionales de terceros países que no respeten el derecho de asilo.

Junto a la descripción de los conceptos, las garantías de los derechos en los textos internacionales han de perfilarse los límites a estos derechos. Pero no sólo estamos hablando de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, sino los límites a las decisiones de retorno o expulsión, éstos más que límites se enmarcarían dentro del ámbito de las garantías. No debe olvidarse que hablar de garantías de derechos y límites, requiere de una operación de ida y vuelta en el razonamiento, por lo que advertimos al lector –desde este momento– para que no se lleve a confusión o engaño sobre la utilización de las expresiones. Se trata de dos caras de la misma moneda.

Igualmente, nos resulta interesante completar el estudio con el abordaje de la normativa

reglamentaria española sobre expulsiones y, en particular, traer a colación una **Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado** que prevé la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión (cuando ésta es superior a un año) tras la reforma operada por la ley orgánica **1/2015**. Tampoco resulta desdeñable comentar, en este orden de cosas, el **RDL 16/2012** que **retiró la tarjeta sanitaria** a los inmigrantes ilegales y que ha sido objeto de un estudio ponderado por **SAGARDOY BENGOCHEA** en diversos artículos, utilizando sus palabras «entre el “buenismo” y la racionalidad económica». Para el iuslaboralista español, las puertas abiertas de par en par para todos los que llegan obedece a un voluntarismo demagógico que debe contrastarse con la racionalidad económica. En palabras de SAGARDOY, no cabe hacerse trampas con el solitario, pues abrir las puertas significa elevar los impuestos a los de dentro ^[2]. Opta el profesor por una solución equilibrada y ponderada. Respeto a

los derechos sí, por supuesto, pero conciliándolo con los derechos de los demás.

Planteadas las hipótesis de trabajo, entiendo que la investigación acaba de empezar. Manos a la obra.