

Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2020, de 19 de noviembre de 2020

«DEVOLUCIONES EN CALIENTE» Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA

La Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2020, de 19 de noviembre de 2020 (en adelante la STC 172/2020), dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante TC) en resolución del recurso de inconstitucionalidad n.º 2896-2015, interpuesto contra la Disposición Final Primera de la LO 4/2015, de 20 de marzo, Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante LOPSC), considera que las denominadas «devoluciones en caliente» en Ceuta y Melilla son constitucionales, siempre y cuando se interpreten de conformidad a la doctrina que el TC emite en su Fundamento Jurídico 8.º C.

La Disposición Final Primera de la LOPSC introdujo la Disposición Adicional 10.ª en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx), estableciendo un régimen especial para Ceuta y Melilla, y que tiene el siguiente tenor:

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.
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.

Los recurrentes (114 diputados del Grupo Parlamentario Socialista; del Grupo Parlamentario la Izquierda Plural; el Grupo Parlamentario Unión, Progreso y Democracia, y del Grupo Parlamentario Mixto) entienden que la Disposición Final Primera de la LOPSC vulneraba los artículos 9.3, 15, 23, 24.1 y 106 de la Constitución española (en adelante CE). Los argumentos de los recurrentes se centran principalmente en considerar, por un lado, que la introducción de esta modificación en la LOEx, mediante la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, lesiona el artículo 23 CE en cuanto que vulnera las reglas del procedimiento legislativo, incluyendo una modificación en el estatuto jurídico de los extranjeros que no guarda congruencia con la normativa de la LOPSC. No obstante, las alegaciones se extienden sobre todo en considerar que este nuevo régimen especial de Ceuta y Melilla, que «regulariza» las devoluciones masivas de extranjeros que son interceptados en la línea fronteriza de Ceuta y Melilla al intentar

superar las vallas para entrar ilegalmente en España, supone el rechazo en frontera de los extranjeros sin un análisis individualizado del caso y sin las garantías jurídicas adecuadas, lo que supone una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y la materialización de un procedimiento que no respeta los principios constitucionales de legalidad e interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) e impide el control judicial del rechazo (artículo 106 CE). Se trata además de una devolución que puede implicar lesiones en su derecho a la vida o a la integridad física y moral (artículo 15 CE).

Se personan en el procedimiento la letrada de las Cortes en representación del Congreso de los Diputados (Antecedente n. 5) y el abogado del Estado por parte del Gobierno (Antecedente n. 6). Este último considera que el rechazo en la frontera de Ceuta y Melilla de los migrantes cumple con las exigencias de legalidad e interdicción de la arbitrariedad, por lo que no existe una afectación del acceso a la justicia, siendo posible el control judicial del procedimiento de rechazo. De la misma manera, y en cuanto a lo que se refiere a la tacha de inconstitucionalidad procedimental, entienden tanto la letrada de las Cortes como el abogado del Estado, que no existe un fraude al procedimiento parlamentario de debate de los proyectos y proposiciones de ley, pues el procedimiento cumple con la exigencia de la STC 59/2015, de 18 de marzo, que requiere que haya una patente y evidente falta de conexión o congruencia para hablar de una lesión del *ius in officium* de los parlamentarios.

El FJ 8.º de la STC 172/2020 analiza, en primer término, la posible vulneración del artículo 23.2 CE en relación a la falta de conexión de la reforma de la LOEX con la materia de la LOPSC, y concluye en el apartado A que existe una conexión mínima de homogeneidad entre la materia de extranjería y la seguridad ciudadana, así como que en este ámbito existe un margen amplio de libertad por parte de la Cámaras y que el procedimiento no ha supuesto, como se exige para hablar de una lesión del artículo 23.2 CE, una afectación del contenido esencial de la función representativa, por lo que debe rechazar esta alegación de inconstitucionalidad.

La mayor parte de la argumentación jurídica del TC se destina a enjuiciar los motivos de inconstitucionalidad de carácter sustantivo del régimen especial de rechazo en frontera en Ceuta y Melilla en lo que se refiere a la lesión de los artículos 9.3, 24.1 y 106 CE (el TC no entra a valorar la lesión del artículo 15 CE porque los recurrentes la alegaron, pero no la motivaron en el recurso de inconstitucionalidad).

No obstante, el TC, antes de entrar en el fondo del asunto, entiende que es necesario tener en cuenta como parámetro interpretativo el contexto de la reforma y que tiene su fundamentación en la singular situación de Ceuta y Melilla. En primer lugar, en la problemática de desbordamiento que ha tenido en los últimos años esta frontera, pero sobre todo en considerar que estamos no solo ante una frontera española, sino ante la frontera sur de la Unión Europea (Acuerdo de Schengen de 14 de julio de 1991, Tratado de Ámsterdam de 1999), por lo que el problema no solo es de carácter nacional y exige, en palabras del TC, medidas y soluciones supraestatales.

A continuación, el TC analiza el rechazo en frontera desde una triple perspectiva: el estatuto constitucional de los extranjeros en España como marco interpretativo (STC 236/2007, de 7 de noviembre); el régimen jurídico sobre salidas forzosas del territorio español para determinar la naturaleza jurídica del rechazo en frontera, y, finalmente, la interpretación conforme del rechazo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), ex artículo 10.2 CE, sobre el principio de no devolución alegado por los recurrentes, que impediría el derecho de asilo del artículo 13.4 CE.

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

En relación a la evaluación del régimen jurídico de las salidas forzosas del territorio español, como paso previo a determinar la naturaleza jurídica del rechazo en frontera, el TC recuerda también que los extranjeros no son titulares de la libertad de entrada reconocida en el artículo 19 CE y que este régimen de entrada se regula en el artículo 25 de la LOEX y en el artículo 4 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que recogen una diversidad de procedimientos de salida y los derechos adscribibles a estos procedimientos. El debate en torno a la naturaleza jurídica del rechazo en frontera se encuentra en determinar si se trata de un nuevo régimen de devolución (como entienden los recurrentes) o bien si estamos ante un supuesto previo a la devolución, como defiende el abogado del Estado.

Para el TC, en primer término, el legislador español no tiene libertad absoluta para establecer cualquier tipo de concepto de frontera, pues esta libertad sin restricciones lesionaría el artículo 9.3 CE. Por otra parte, el TC entiende que en este caso lo relevante es que estamos ante actuaciones de los poderes públicos españoles, incluso si se desarrollan más allá del estricto territorio español. Más que centrar la cuestión en la territorialidad, el TC asume que el ejercicio material de estas funciones por parte de los poderes públicos españoles determina la aplicabilidad de la ley española. Por tanto, esta vis atractiva supone que en este ámbito los poderes públicos se sujeten a la CE, y que permanezca vigente el régimen jurídico constitucional del estatuto de los extranjeros. En línea con el TEDH, nuestro TC entiende que no puede haber limbos jurídicos o zonas de no Derecho, y de la misma forma que resulta aplicable la ley española también lo es la normativa internacional.

A continuación, el TC realiza una analogía del rechazo en frontera y de la expulsión del artículo 58.3 de la LOEX, de conformidad a la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12.º, que le permite establecer un concepto de esta figura. Se trataría de un nuevo régimen que ante una situación particular, como la que tiene lugar en Ceuta y Melilla cuando

los migrantes cruzan la frontera por las vallas, permite la práctica de una actuación material de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida. Además, este régimen especial y específico para Ceuta y Melilla tiene una serie de particularidades que tienen su razón de ser en que la zona es la frontera de la Unión Europea, de acuerdo al concepto del espacio Schengen. El establecimiento de este régimen especial para Ceuta y Melilla no resultaría, por tanto, irrazonable ni carece de justificación, y se trata de un régimen además admitido y justificado por el STEDH de la Gran Sala Caso N. D. y N. T. vs España de 13 de febrero de 2020. Incluso, el TC llega a extender este régimen especial no solo para el caso de las entradas tumultuosas o en grupo de migrantes, sino para las entradas individuales.

Para cerrar este apartado, el TC analiza si ese concepto de rechazo en frontera colisiona con los artículos 9.3 y 106.1CE, en relación al artículo 24.1 CE, y la conclusión del TC es que ese régimen especial del rechazo en frontera no es inconstitucional, pues disfruta de la garantía jurisdiccional interna, así como de la protección internacional. Para llegar a esta conclusión, el TC pone de manifiesto que está realizando una labor de control de constitucionalidad abstracto. Además, el TC considera que en el rechazo en frontera los poderes públicos españoles tienen que tener en cuenta la protección especial de personas vulnerables, entre las cuales el TC señala a los menores, mujeres embarazadas o personas discapacitadas o personas de edad avanzada.

En último término, el TC revisa si este régimen del rechazo en frontera es conforme a la jurisprudencia del TEDH en lo que se refiere a la aplicación del principio de no devolución, desincentivando el ejercicio del derecho de asilo del artículo 13.4 CE. Después de un análisis breve de la doctrina del TEDH en relación al principio de devolución, el TC concluye que la Disposición Adicional 10.^a no afecta o excepciona el derecho de asilo, sino que se limita a determinar dónde se han de formalizar las solicitudes (en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla) y que los medios de entrada legal deben existir, ser efectivos y respetar el cumplimiento de la normativa internacional. Y, en el mismo sentido, de un análisis del control abstracto de la norma, el TC deduce que no es inconstitucional.

La decisión del TC concluye con un fallo interpretativo que declara la constitucionalidad de la Disposición Adicional 10.^a, siempre y cuando se interprete en el sentido de que es aplicable y alcanza a las entradas individuales, que exige el control judicial y que se dé cumplimiento a las obligaciones internacionales.

La magistrada María Luisa Balaguer Callejón emite un voto particular donde muestra su discrepancia con el fallo emitido por la mayoría del TC. La tesis de la magistrada se centra en que la devolución en frontera criminaliza al inmigrante irregular y la STC impide al inmigrante de facto defender los derechos fundamentales de los que es titular.

Por una parte, la magistrada pone de manifiesto que la mayoría del TC ignora o elude el contexto en el que se aprobó el precepto impugnado, en el sentido de que la finalidad de la reforma era prescindir de cualquier procedimiento que sujetara legalmente el rechazo en frontera. Este entendimiento está avalado en su opinión porque posteriormente no se ha establecido ninguna normativa que regule ese procedimiento,

con lo que el procedimiento se ha convertido en una vía de facto de expulsión en frontera. Por otro lado, denuncia las contradicciones y paradojas del fallo interpretativo. Así, por un lado, el TC dice tener en cuenta la STEDH de 13 de febrero de 2020, pero luego desvirtúa el supuesto fáctico de la decisión internacional y la aplica y extiende también a los casos individuales. Considera, en otro sentido, que en realidad el rechazo en frontera es una verdadera devolución y, por tanto, debe cumplir con un procedimiento con garantías, que no se requiere por el TC. En su opinión, la falta en este procedimiento de las garantías mínimas vulnera el artículo 24.1 CE y los artículos 9.3 CE y 106.1 CE. Por último, también entiende que se ha producido una lesión de los artículos 13.4 CE y artículo 15 CE en relación al derecho de protección internacional y el principio de no devolución. Así, no se hace referencia a las concretas garantías del procedimiento para las personas especialmente vulnerables; y, si bien el TC tiene una consideración hacia los grupos vulnerables, por otro lado, dentro de los grupos vulnerables el TC habla de menores, mujeres embarazadas, personas incapacitadas o personas mayores en edad avanzada, pero estos grupos no son los grupos reales que saltan las vallas, por lo que el TC se pronuncia sobre unos grupos a los que no van a afectar las garantías especiales; además de no referirse a otros grupos vulnerables. Por otro lado, considerar el rechazo en frontera como una actuación material coactiva implica *per se* no asumir que en este procedimiento no es posible identificar a las personas vulnerables. En otro sentido, el TC ha obviado la necesidad de cumplir con normas y fallos internacionales como el Dictamen del Comité de Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019, la identificación de necesidades de protección internacional o la STJUE de 25 de junio de 2020, Asunto C-36/20. Por todo ello concluye que no es posible cumplir las condiciones interpretativas del fallo.

Mercedes IGLESIAS BÁREZ
Universidad de Salamanca
merche@usal.es