

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NUÑEZ	
<i>Presentación.....</i>	15

Migración y derechos fundamentales

LUIGI FERRAJOLI	
<i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica.....</i>	29

FELIPE GONZÁLEZ MORALES	
<i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana.....</i>	53

GABRIEL GUALANO DE GODOY	
<i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros.....</i>	77

JAVIER DE LUCAS	
<i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978.....</i>	99

MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ	
<i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género.....</i>	113

ISABEL BERGANZA SETIÉN	
<i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad.....</i>	165

JOSÉ KOECHLIN	
<i>Migración venezolana al Perú.....</i>	189

CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ	
<i>Migraciones y Constitución española.....</i>	211

Discurso

GABRIEL GUALANO DE GODOY

<i>Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas.....</i>	233
---	-----

Entrevista

JAVIER ADRIÁN

<i>Entrevista al profesor Manuel Atienza.....</i>	241
---	-----

Miscelánea

CLAUDIO NASH ROJAS

<i>La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a una protección integral.....</i>	269
--	-----

MARTHA CECILIA PAZ

<i>Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia.....</i>	305
--	-----

CARMEN MONTESINOS PADILLA

<i>Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis. El impacto de la política económica europea en la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales.....</i>	335
---	-----

JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

<i>Algunos sentidos de derrotabilidad.....</i>	365
--	-----

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

<i>Rol del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y previsional.....</i>	393
--	-----

Jurisprudencia comentada

OMAR CAIRO ROLDÁN

<i>La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC.....</i>	421
--	-----

NADIA IRIARTE PAMO

<i>Derechos de los migrantes. Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC.....</i>	431
---	-----

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.</i>	
<i>Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC.....</i>	443

SUSANA TÁVARA ESPINOSA	
<i>El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la</i>	
<i>jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</i>	
<i>Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC.....</i>	453

Reseñas

NATALINA STAMILE	
<i>La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú.....</i>	461

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales.....</i>	467

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA	
<i>El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites.....</i>	473

Migraciones y Constitución Española

 CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ*

Sumario

I. Cuestiones introductorias. **II.** El Derecho internacional como marco jurídico aplicable a los movimientos migratorios. **III.** Constitución y Extranjería. 3.1. Los derechos de los extranjeros en España: la regulación legal y la doctrina constitucional. 3.2. Un breve apunte sobre los límites al control de la inmigración irregular. 3.3. El derecho de sufragio de los extranjeros. **IV.** Constitución y extradición. 4.1. Procesos de extradición, recurso de amparo y derechos fundamentales. 4.2. Una breve referencia al asunto *Melloni*. **V.** Constitución y derecho de asilo. **VI.** A modo de conclusión.

Resumen

Adoptada en 1978, la Constitución Española contiene algunos artículos que se refieren a la cuestión migratoria. En particular, el artículo 13.1 prevé que los extranjeros gozarán en España de los derechos garantizados en la Constitución que establezcan los tratados y la ley. Menciona también este artículo a la cuestión de la extradición y a la posibilidad del reconocimiento del derecho de asilo. El propósito de este trabajo es determinar cuál ha sido el alcance de estas disposiciones, teniendo en cuenta tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la ha desarrollado, como las obligaciones internacionales que incumben a España. Este análisis debe tener presente además, de un lado, que, desde la aprobación del texto constitucional, España ha dejado de ser un país de origen de los migrantes, para convertirse en un país de destino de los mismos. Y, de otro, el profundo impacto que en este ámbito ha tenido el proceso de integración europea.

211

* Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid. Entre 2004 y 2008, fue asesora para asuntos internacionales en la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del Gobierno de España.

Palabras clave

Migraciones, constitución, jurisprudencia constitucional, no discriminación, derechos humanos, proceso de integración europea.

Abstract

The Spanish Constitution was adopted in 1978. It contains some articles related to migration issues. According to article 13.1, aliens shall enjoy the rights guaranteed by the Constitution under the terms to be laid down by treaties and the Spanish law. Article 13 refers also to the question of extradition and to the possibility of seeking asylum in Spain. This work aims to determine the scope of these provisions, taking into account both the Constitutional Court's case law adopted to implement it, and the international obligations assumed by the State. Besides that, the analysis should consider, on the one side, that since the adoption of the Constitution, Spain is not a country of origin of migrants any more, but a country of destination. And, on the other side, the deep impact of the European integration process on migration Spanish law and policy.

Keywords

Migration, constitution, constitutional case-law, non-discrimination, human rights, European integration process.

I. Cuestiones introductorias

Tres de las disposiciones de la Constitución Española (en adelante, CE), aprobada en 1978¹, hacen referencia a la cuestión migratoria. En primer lugar, debe citarse el artículo 149.2, que establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. En segundo lugar, el artículo 42 incide en la cuestión emigratoria al disponer que el Estado deberá velar especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientar su política hacia su retorno². Por último, el artículo 13 regula diferentes aspectos

¹ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

² Debe tenerse en cuenta que España era todavía en ese momento un país de emigración. La guerra civil y la posterior represión franquista provocaron un éxodo, principalmente hacia países europeos y latinoamericanos, motivado por razones políticas y económicas. Sobre la

relativos al disfrute en España de determinados derechos por partes de los extranjeros: el que se refiere al estatuto jurídico del que gozarán en España, que deberá regularse por ley, el del derecho de sufragio, el que se refiere a la extradición y, por último, el que tiene que ver con la regulación, también por ley, del derecho de asilo.

Sobre estos mimbres constitucionales se ha construido en España el Derecho migratorio, que entendemos aquí en sentido amplio. Esto es, como el conjunto de normas que regula todos los movimientos migratorios que se dan a través de las fronteras, ya sea por razones económicas o políticas, regular o irregularmente. El objeto de este trabajo es analizar sus principales resultados, centrándonos para ello en el examen del régimen de extranjería, extradición y asilo. Antes de abordar cada una de estas cuestiones de modo separado, haremos una referencia al marco jurídico internacional al que debe ajustarse aquella regulación interna. Un marco que no puede perder de vista que las instituciones de la Unión Europea (en adelante, UE) llevan décadas trabajando en el diseño de una política común de migración y asilo. El trabajo terminará con algunas conclusiones.

II. El Derecho internacional como marco jurídico aplicable a los movimientos migratorios

No es posible reflexionar sobre la regulación de los movimientos migratorios en España sin referirnos al contexto internacional en el que dicha regulación debe encajar. En particular, si algo tienen en común las diferentes cuestiones migratorias a las que se refiere la CE es la creciente influencia que en la misma ha tenido, de un lado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y, de otro, el proceso de integración europea.

En realidad, la gestión eficaz de los movimientos migratorios a través de las fronteras constituye una preocupación para la mayoría de los Estados de la comunidad internacional y, por esa razón, está presente en sus agendas políticas y en la de un buen número de organizaciones internacionales desde

emigración española Vid., Juan B. VILAR, *La España del exilio: las emigraciones políticas españolas en los siglos XIX y XX*, 2ª ed., Madrid, Síntesis, 2012.

hace algunas décadas³. Desde un punto de visto jurídico, sin embargo, creo que debemos comenzar con una puntualización. El Derecho internacional ha asumido la diferencia entre migraciones voluntarias y forzosas, y solo ha avanzado verdaderamente en el diseño de un conjunto de obligaciones en relación con las segundas: las que se establecen respecto de las personas necesitadas de protección internacional (refugiados y personas o grupos que huyen de la violencia que genera un conflicto armado o de una situación de violación indiscriminada de derechos humanos). Respecto de las migraciones económicas, que se entienden voluntarias, puede afirmarse que, en el estado actual del Derecho internacional, la decisión relativa a las condiciones que los extranjeros deberán cumplir para poder entrar y permanecer en el territorio de un Estado o, en su caso, salir de él, sigue correspondiendo en lo fundamental a los ordenamientos jurídicos internos. Parece haber un consenso en torno a la idea de que estamos ante una facultad que los Estados consideran integrante del núcleo duro de competencias soberanas. No se habría positivizado aún, por tanto, un derecho a elegir como país de residencia un país distinto del país de nacionalidad, al margen de lo que establezcan al respecto los derechos internos.

A pesar de ello, la necesidad de gestionar en común un fenómeno que tiene por definición elementos transnacionales y que exigiría por ello la concertación de voluntades respecto de los objetivos a perseguir y de las vías, políticas y jurídicas, para lograrlos, ha impulsado a los Estados a buscar fórmulas de cooperación internacional. De este modo, el Derecho internacional le ha ido ganando terreno a la tradicional resistencia de los Estados a ceder el ejercicio de aquella competencia soberana.

No debe desdeñarse, en este sentido, el papel que juega el DIDH en este ámbito. Migrantes y refugiados son concebidos por este sector del Derecho internacional como colectivos vulnerables y trata por ello de imponer a los

³ Los últimos resultados que pueden mencionarse son los denominados Pactos Globales, cuyo punto de partida fue la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de septiembre de 2016. Disponible en: <<https://bit.ly/2BNrOQY>>.

El Pacto Global para las Migraciones fue adoptado el 13 de julio de 2018. El Pacto Global para los Refugiados debe ser propuesto por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en su informe anual a la Asamblea General en 2018. Disponible en: <<https://bit.ly/2st08xi>>. La adopción formal de ambos Pactos está prevista para finales de año en una Cumbre internacional que se celebrará en Marrakech.

Estados obligaciones específicas de protección. Así, junto al desarrollo del Derecho internacional de los refugiados, que pivota sobre la Convención de Ginebra⁴, se han ido consolidando paulatinamente estándares de protección de derechos que resultan aplicables a los migrantes, a los refugiados y solicitantes de asilo u otra forma de protección internacional y también a las personas que se encuentran inmersas en procedimientos de extradición. Dos son los elementos que deben destacarse en punto.

En primer lugar, hay que señalar la importancia que ha ganado el principio de no devolución. Se trata de un principio nacido en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados⁵, que ha trascendido después dicho ámbito y se concibe hoy como una regla fundamental del DIDH que impide devolver a una persona (refugiado, migrante o individuo cuya extradición se pretende) a un lugar donde su vida o su seguridad corran peligro. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la doctrina de los órganos de protección de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas han contribuido decididamente a su consolidación. Estamos, en el Estado actual del Derecho internacional, ante una obligación contenida en una norma imperativa de Derecho internacional general. No admite, por tanto, pacto en contrario y debe ser respetada en todo caso por los Estados de la comunidad internacional. De dicho principio se deriva, además, la prohibición de que el Estado lleve a cabo expulsiones colectivas de extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular en su territorio⁶.

En segundo lugar, cabe destacar que en estos tres ámbitos – extranjería, asilo y extradición– se han adoptado importantes tratados

⁴ Sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978).

⁵ La Convención de Ginebra fue precisamente el primer tratado internacional que lo incorporó. Así, el artículo 33.1 establece que «ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas».

⁶ En una sentencia adoptada el 3 de octubre de 2017, el TEDH condenó a España por la violación del artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH (BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2009), que prohíbe precisamente dichas expulsiones colectivas, en relación con las denominadas «devoluciones en caliente» practicadas en la valla de Melilla: Cfr. la sentencia dictada en el asunto *N.D. y N.T. c. España*, demandas número 8675/15 8697/15. Disponible en: <<https://bit.ly/2LIHrxD>>.

internacionales que imponen obligaciones de distinto alcance a sus Estados parte. Sin embargo, no hay un tratado internacional específico que regule, en general, el estatuto jurídico de los extranjeros. Deben hacerse al respecto dos precisiones. De un lado, es vertebral en este ámbito el principio de no discriminación. En general, los tratados internacionales de derechos humanos son interpretados de tal modo que los derechos que contienen deban ser garantizados por el Estado parte a todas las personas que están bajo su jurisdicción sin que quepa discriminación por la condición migratoria del individuo. De otro, debe ponerse de manifiesto el hecho de que España, como el resto de los estados miembros de la UE, no haya ratificado la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990⁷.

Debe hacerse por último una referencia a la UE, un espacio donde la mencionada necesidad de cooperación se hizo patente en los primeros momentos de la conformación del proceso de integración. Sin embargo, la traslación jurídica de esa necesidad de cooperación a los tratados y al Derecho derivado no fue inmediata y ha sido paulatina. Y ello porque, pese a la homogeneidad aparente de intereses entre Estados que son, sobre todo, países de acogida de migrantes y refugiados, y que, en consecuencia, se enfrentan al fenómeno desde una misma perspectiva, no siempre los miembros de esta organización han sabido anteponer la necesidad de avanzar en este ámbito a la cesión de competencias que dicho avance implicaba.

Una vez constatada la incapacidad de proporcionar, en solitario, respuestas eficaces a cuestiones como la lucha contra la inmigración irregular o el creciente número de peticiones de protección internacional, los Estados de la UE intentan desde hace décadas el diseño y la implementación común de una política de inmigración y asilo⁸. Así, el proceso de integración

⁷ Disponible en: <<https://bit.ly/1J8Fju8>>.

⁸ La bibliografía académica es, en este ámbito, ingente. Sin ánimo de exhaustividad, puede citarse la siguiente: Eliseo AJA FERNÁNDEZ y Laura DIEZ BUESO, (coordinador), *La regulación de la inmigración en Europa*. Barcelona, Fundació la Caixa, 2004; Philippe DE BRUYCKER, «L'émergence d'une politique européenne d'immigration». Bruselas: Bruylant, 2003; Elspeth GUILD, y Paul MINDERHOUD, (eds.), «The First Decade of EU Migration and Asylum Law». La Haya: Nijhoff, 2012; Kay HAILBRONNER, «Immigration and Asylum Law and Policy of the

europea ha venido a condicionar de modo evidente la competencia de los Estados miembros en estos ámbitos. La denominada política común de inmigración y asilo, de naturaleza compartida⁹, ha propiciado que un número creciente de decisiones en estas materias sean adoptadas por las Instituciones de la UE, que han regulado en común el estatuto jurídico de los no nacionales. Así, junto a los desarrollos del denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)¹⁰, debemos mencionar, de un lado, los derechos de los nacionales de los Estados miembros de la UE derivados de la libre circulación¹¹ y, de otro, el de algunas categorías de nacionales de terceros Estados¹².

El proceso de integración europea ha tenido también una incidencia importante en los procesos de extradición entre Estados miembros. Desde 2004¹³ la orden de detención europea, un procedimiento judicial

European Union». La Haya: Kluwer Law International, 2000; Fernando MARÍÑO MENÉNDEZ, (dir.), *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*. Madrid, Colex, 2002; y Carmen PÉREZ GONZÁLEZ, «Política europea de inmigración y asilo», en AAVV, *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. Un análisis desde la perspectiva de la seguridad*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2017, pp. 67-107.

⁹ Cfr. el artículo 4.2.j) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), Diario Oficial, Serie C, núm. 202, de 7 de junio de 2016.

¹⁰ La información sobre su desarrollo está disponible en: <<https://bit.ly/2EYJlIE>>.

¹¹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, Diario Oficial, Serie L, núm. 158, de 30 de abril de 2004.

¹² Entre ellos, los reagrupados por un nacional de un tercer Estados que ya es residente en un Estado miembro (Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, Diario Oficial, Serie L, núm. 251, de 22 de septiembre de 2003), los residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre residentes de larga duración, Diario Oficial, Serie L, núm. 16, de 23 de enero de 2004), los trabajadores altamente cualificados (Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, Diario Oficial, Serie L, núm. 155 de 18 de junio de 2009), los trabajadores temporeros (Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros, Diario Oficial, Serie L, núm. 94, de 28 de marzo de 2014), y los investigadores y otras figuras «afines» (Directiva UE 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *aupair*, Diario Oficial, Serie L, núm. 132 de 2 de mayo de 2016).

¹³ Cfr. la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la

simplificado que tiene como objeto la entrega a efectos de enjuiciamiento o de ejecución de una pena o de una medida privativa de libertad, se aplica entre ellos.

No podemos dejar de recordar, por último, que la CE fue reformada para hacer posible la ratificación del Tratado de la UE, adoptado en Maastricht en 1992. En efecto, el Tribunal Constitucional confirmó, mediante la Declaración de 1 de julio de 1992¹⁴, que el reconocimiento a los nacionales de los Estados de la UE del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales era contrario al artículo 13.2 de la Constitución, que solo contemplaba la posibilidad de extender a extranjeros la titularidad del derecho de sufragio activo. Ello hacía imposible, en consecuencia, la ratificación del Tratado, salvo que se procediera a su reforma.

Estamos, en definitiva, ante materias que han experimentado, en virtud del Derecho internacional y europeo, extraordinarios desarrollos desde la aprobación de la CE en 1978. Vamos a ocuparnos a continuación de cada una de ellas por separado.

III. Constitución y extranjería

3.1. Los derechos de los extranjeros en España: la regulación legal y la doctrina constitucional

El artículo 13.1 de la CE se remite, como hemos visto, de un lado, a las obligaciones internacionales convencionalmente asumidas por España y, de otro, al desarrollo legislativo posterior. En lo que hace a este último, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁵ (en adelante, LOEX).

orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, Diario Oficial, Serie L, núm. 190, de 18 de julio de 2002.

¹⁴ BOE núm. 177, de 24 de julio de 1992.

¹⁵ BOE núm. 10, de 12 de enero del 2000. La ley supuso una revisión profunda de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985). La LOEX ha sido reformada en diferentes ocasiones, mediante las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000), 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003) y 2/2009,

El TC ya advirtió en 1985¹⁶ que el mencionado

(...) párrafo 1 del art. 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán solo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes (...). Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (...) 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» (...); así sucede con aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, con «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español»¹⁷.

Es doctrina constitucional consolidada, en consecuencia, que resulta necesario distinguir, cuando hablamos de la titularidad de los derechos de los extranjeros, tres categorías de derechos diferentes¹⁸. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, como apunta Díaz Crego, que

219

Si bien esta jurisprudencia del TC acota determinados ámbitos de igualdad entre españoles y extranjeros (...) el punto de partida del Alto Tribunal no es otro que la desigualdad jurídica de ambos colectivos; una desigualdad sobre la que el TC construye ciertas excepciones, sin terminar de perfilar por qué la excepción se refiere a un determinado derecho y no a otro.¹⁹

de 11 de diciembre (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

¹⁶ Tribunal Constitucional de España STC Exp. N° 99/1985, de 30 septiembre (RTC 1985, 99).

¹⁷ *Ibídem*, fundamento Jurídico 2.

¹⁸ Puede verse un estudio detallado de la jurisprudencia constitucional en Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2017. Sobre la cuestión del estatuto jurídico de los extranjeros en España *Vid.* también: Herminio LOSADA GONZÁLEZ, «Estatuto legal de los extranjeros», en Alberto PALOMAR OLMEDA, (coordinador), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, 4ª ed., Tomo I, Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 199-272 y María del Camino VIDAL FEITO, *Constitución y extranjería*, Madrid: CEPCC, 2002.

¹⁹ María DÍAZ CREGO, «El derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad:

La titularidad de los extranjeros de un primer grupo de derechos está excluida por el propio artículo 13, que señala que únicamente 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 pasivo en las elecciones municipales. Se trata de los derechos de participación política y de acceso a funciones y cargo públicos²⁰.

A un segundo grupo se refería la sentencia dictada en el caso *Bowitz*, que acabamos de citar. Se trata de un grupo de derechos indisolublemente unidos, precisamente, a la dignidad del ser humano. Por ello, todos, nacionales, extranjeros en situación regular o irregular y apátridas, serían titulares de los mismos.

Un tercer grupo de derechos lo constituyen «aquellos derechos en los que la ley y los tratados han de configurar su contenido cuando se ejercitan por extranjeros (...) No obstante, en tanto en cuanto los derechos fundamentales son del individuo, la modulación que se puede introducir al ejercicio por extranjeros nunca podrá llegar hasta hacer desaparecer el derecho o hasta desfigurarlos haciéndolos irreconocibles»²¹.

Así las cosas, la LOEX, que parece partir de la igualdad entre extranjeros y nacionales en el disfrute de todos los derechos, concreta en cada caso las particularidades a las que se somete cada uno de ellos cuando se trata de determinar su titularidad por parte de los extranjeros. Esa concreción ha ido variando con el tiempo y en la misma ha tenido un peso importante la jurisprudencia del TC. Una primera reforma de la LOEX, producida transcurridos apenas unos meses desde su entrada en vigor²², introduciría la condición de residencia legal para el ejercicio de los derechos de sindicación, huelga y la educación no obligatoria de menores de edad. La reforma fue objeto de nueve recursos de inconstitucionalidad, resueltos

¿Un derecho de los extranjeros?» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pp. 118.

²⁰ *Vid. infra*, epígrafe 3.3.

²¹ Luis LÓPEZ GUERRA, y otros, *Derecho constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 169.

²² Producida mediante la citada Ley Orgánica 8/2000.

mediante ocho sentencias del TC en el año 2007²³, que se incorporarían a una nueva reforma de la LOEX en 2009²⁴.

Tal y como se ha señalado²⁵, la jurisprudencia del TC ha acudido al concepto de dignidad humana para establecer distintas categorías de derechos en función de su titularidad. Ha afirmado, en este sentido, que si bien todos los derechos son inherentes a aquella, existe la posibilidad de establecer distintas graduaciones cuando hablamos de la conexión entre dignidad y derechos. El grado de conexión, en concreto, derivará del análisis del contenido esencial del derecho y de su relación con la idea de dignidad. Entre los criterios a tener en cuenta para realizar dicha determinación está, precisamente, acudir a lo dispuesto en los tratados internacionales de los que sea parte España²⁶. Este «aperturismo» ha sido señalado por la doctrina como un argumento en favor del reconocimiento de derechos fundamentales «a todos los extranjeros que se hallen en el

²³ Tal y como recuerda la doctrina, las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007), 259/2007, de 19 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2008) y 265/2007, de 20 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2008), declararon «inconstitucional y nula la imposición de la condición de residencia en relación con los derechos a la educación, huelga y asistencia jurídica gratuita» y se limitaron a declarar inconstitucional, pero sin anular los preceptos, la restricción del derecho de sindicación a los inmigrantes residentes legales: Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, «Los inmigrantes como titulares de derechos sociales». *Revista CEF Legal*, núm. 133, 2008, p. 138.

²⁴ Mediante la Ley Orgánica 2/2009, ya citada aquí. El Parlamento de Navarra recurrió ante el TC la restricción del derecho a la educación postobligatoria a los mayores de 18 años, por considerar que la misma vulnera el artículo 27 de la Constitución Española, que garantiza que «todos» tienen derecho a la educación. El recurso ha sido desestimado mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 155/2015, de 9 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2015).

²⁵ Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.* nota 24, p. 140. Carmen PÉREZ GONZÁLEZ, y Francesca IPPOLITO, «*Eppur si muove!*: nuevos caminos jurisprudenciales para la protección de los derechos sociales de los migrantes indocumentados en Europa». *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 53, 2016, pp. 89-108.

²⁶ Un criterio que, por lo demás, establece de modo expreso el artículo 10.2 de la Constitución. Debe tenerse en cuenta, además, que una parte de la doctrina sostiene que el Estado no estaría solo obligado por las normas convencionales en materia de derechos humanos, sino también «por la interpretación que de dichas normas hayan hecho los órganos de garantía que algunos de aquellos tratados han instituido en orden a supervisar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados parte en los mismos»: Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, «Prólogo», en Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, (coordinador), *La ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2002, pp. 10. A esa conclusión ha llegado recientemente el Tribunal Supremo español (sentencia núm. 1263/2018, de 17 de julio de 2018, de la sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) en relación con un dictamen del CEDAW.

país», dada «su predisposición favorable al desarrollo de la universalidad y del reconocimiento del principio según el cual a cada ser humano se le debe garantizar, allá donde se encuentre, un núcleo esencial de derechos que son inviolables»²⁷. La idea de dignidad humana, a la que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución española²⁸, ha servido desde el principio al TC para establecer que en determinadas ocasiones no son admisibles las distinciones fundadas en la ciudadanía, dado que para la garantía de aquella resultará imprescindible asegurar la igualdad completa entre extranjeros y españoles²⁹.

Con todo, la labor del TC ha sido casuística. No se ha establecido un catálogo de derechos incardinables en las categorías segunda y tercera a las que se ha hecho referencia. Así, por lo que hace a los derechos sociales, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los extranjeros que se encuentran en España en situación administrativa irregular no tienen derecho al trabajo, ni derecho de acceso a determinadas prestaciones de la Seguridad Social derivadas de la condición de trabajador³⁰, ni derecho a la sanidad, a no ser que cumplan con las condiciones establecidas en la ley³¹.

²⁷ Filippo SCUTO, «Derechos de los inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, p. 222.

²⁸ Otras Constituciones de los Estados miembros de la UE hacen también mención expresa de la dignidad de las personas. Así, por ejemplo, el artículo 1 de la Constitución portuguesa establece que «Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la transformación en una sociedad sin clases».

²⁹ Así lo afirmó ya en su sentencia (Sala Segunda) 107/1984, de 23 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984).

³⁰ Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el artículo 14.3 de la LOEX establece que los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. Se ha interpretado que «básicas» resulta equiparable con «esencial para la supervivencia» Vid: Carlos ESPLUGUES MOTA, *et. al.*, *Nacionalidad y extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 127.

³¹ El Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012) restringió el derecho a la asistencia sanitaria a aquellos extranjeros que contasen con permiso de residencia en España, limitando el derecho a la misma de los inmigrantes en situación administrativa irregular a las urgencias (salvo en el caso de los menores y las mujeres embarazadas). Sobre esta cuestión Vid.: Margarita LEMA TOMÉ, «La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, 2013, pp. 95-115. El TC afirmó la constitucionalidad del Real Decreto-Ley en su sentencia 16/2012 en su sentencia 139/2016, de 21 de julio (BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016). Con todo, en el momento en el que se escriben estas líneas, el Gobierno de España está

3.2. Un breve apunte sobre los límites al control de la inmigración irregular

Ya hemos señalado aquí que, dejando a un lado las obligaciones que impone el Derecho internacional de los refugiados, lo cierto es que ninguna norma de Derecho internacional consagra el derecho de los extranjeros a entrar y permanecer en el territorio de un Estado al margen de lo exigido por las normas internas de extranjería. De ello se deduce que, teniendo en cuenta los límites que impone el ya mencionado principio de no devolución, los Estados, España en este caso, podrán devolver a su país de origen a un extranjero que se encuentra en su territorio en situación administrativa irregular. Esa facultad del Estado está sin embargo limitada por el Derecho internacional. Es abundante la jurisprudencia del TEDH y la doctrina de los órganos de protección de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas que han ido perfilando esos límites.

Un ejemplo reciente que se refiere a España, y al que ya hemos aludido, es la sentencia del TEDH de 3 de octubre de 2017³², en el que el Tribunal de Estrasburgo consideró que las denominadas «expulsiones en caliente» –devoluciones de extranjeros a través de la valla sin que se procediese al examen individual de su situación– suponían una violación del artículo 4 del Protocolo 4 adicional al CEDH, que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. El Tribunal tuvo en cuenta que los demandantes habían sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas, que no habían tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión.

3.3. El derecho de sufragio de los extranjeros

Tradicionalmente, los extranjeros han visto limitados los derechos de participación política en los Estados de acogida³³. En el caso de España,

tramitando su derogación.

³² *Vid. supra*, nota 7.

³³ Esas limitaciones no han estado exentas de críticas, por cuanto se entiende que esa participación política favorecería de modo evidente la integración de los extranjeros. *Vid.* al respecto: ÁNGEL CHUECA SANCHO y Pascual AGUELO, «El derecho de voto de los extranjeros en

el apartado segundo del artículo 13 de la Constitución deja claro que mediante ley o tratado, y siempre atendiendo al principio de reciprocidad, se podrá extender a los extranjeros el derecho de sufragio activo y pasivo únicamente en las elecciones municipales³⁴.

Debe distinguirse aquí el caso de los ciudadanos europeos, a los que precisamente ese estatuto garantiza el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, del de los nacionales de terceros países. En este último caso, el ejercicio del derecho dependerá de la adopción del correspondiente convenio bilateral³⁵. En el primero, es el propio Derecho de la UE el que obliga a los Estados miembros a garantizarlo. Tal y como se ha señalado, el cumplimiento de esa obligación motivó la reforma de este apartado del artículo 13 en 1992, una vez que el TC se había pronunciado al respecto en su Declaración de 1 de julio de 1992³⁶.

IV. Constitución y extradición

Las personas inmersas en procesos de extradición son consideradas aquí como una categoría particular de extranjeros a las que resultará de aplicación el principio de *non refoulment* como principio propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Vamos a centrarnos en este apartado en el análisis de algunas cuestiones que se han suscitado ante el TC en relación, precisamente, con los derechos que deben garantizarse a estos individuos.

4.1. Procesos de extradición, recurso de amparo y derechos fundamentales

El TC ha afirmado en repetidas ocasiones que es posible el planteamiento de un recurso de amparo contra una decisión judicial

España en perspectiva europea». *CIDOB, Serie migraciones*, 2009. Disponible en: <<https://bit.ly/2GOG9Tc>>.

³⁴ Vid. sobre esta cuestión: Rafael NARANJO DE LA CRUZ, «El derecho al voto de los extranjeros no comunitarios en las elecciones municipales: reciprocidad, ciudadanía y condiciones de ejercicio del derecho». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 27, 2016, pp. 329-353, y Miguel Ángel PRESNO LINERA, «El sufragio de los extranjeros residentes en las elecciones generales como exigencia de una ciudadanía democrática», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 27, 2016, pp. 257-283.

³⁵ La lista de países con los que España tiene suscrito un Convenio de este tipo está disponible en: <<https://bit.ly/2TiTKDt>>.

³⁶ Vid. *supra*, nota 15.

adoptada en el marco de un procedimiento de extradición. Es representativa de esta doctrina la sentencia 11/1983, de 21 febrero³⁷, en la que se afirma, de un lado, que «la extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad, quedando excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo», y, de otro, que no cabrá inferir de lo anterior que todas las cuestiones que puedan suscitarse con motivo de expedientes o procesos de extradición deban quedar marginadas de la posibilidad del recurso de amparo constitucional, ya que, como sucede en el que daba origen a la sentencia que ahora citamos, cabe el planteamiento de pretendidos quebrantos de derechos y libertades constitucionalmente protegidos merced al repetido recurso.

En el origen de esos «quebrantos» o violaciones de derechos fundamentales pueden estar, desde luego, actos u omisiones imputables a las autoridades españolas. Pero también, y ello es interesante por lo que supone de aceptación de una doctrina muy consolidada del TEDH y otros órganos de protección internacional de derechos humanos, las que pudiesen ser imputables a autoridades extranjeras, si los tribunales españoles las conocían y pudieron evitarlas paralizando la extradición. Se trata, como digo, de una doctrina asentada en el Derecho internacional, que se deriva del principio de no devolución y que ha sido desarrollada convencional³⁸ y jurisprudencialmente.

A este desarrollo jurisprudencial ha contribuido en España el TC. Así, ya en 1988, mediante sentencia 141/1998³⁹, resolvió un recurso de

³⁷ BOE núm. 70, de 23 de marzo de 1983.

³⁸ Pueden citarse, a título de ejemplo, el artículo 3.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987) que afirma que ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura y, en el ámbito europeo, el artículo 61.2 del Convenio europeo sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014), que obliga a los Estados parte a adoptar «las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas de violencia contra la mujer necesitadas de protección, con independencia de su condición o de su lugar de residencia, no puedan ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pudiera estar en peligro o en el que pudieran ser víctimas de tortura o de penas o tratos inhumanos o degradantes».

³⁹ BOE núm. 181, de 30 de julio de 1998.

amparo interpuesto contra una decisión judicial que declaraba procedente la extradición y afirmó al respecto lo siguiente

Desde la perspectiva constitucional de un recurso de amparo formulado contra una decisión judicial que declara procedente la extradición, es evidente que pueden ser alegadas vulneraciones de derechos fundamentales imputadas de modo directo e inmediato a los órganos judiciales españoles por sus propias acciones u omisiones. Pero a partir de la STC 13/1994 hemos reconocido que las lesiones de derechos fundamentales que procedan de las autoridades extranjeras en el proceso penal de origen – lesiones ya acaecidas o el temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro (ATC 23/1997; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de enero de 1989, caso Soering, A. 161, pños. 85 y ss.)– podrían ser imputables a los Tribunales españoles que las conocieran y a pesar de ello autorizasen la entrega, porque en tal caso contribuirían bien a que el derecho fundamental ya quebrantado no fuera restablecido, bien a favorecer una futura lesión de los derechos fundamentales del extraditado, convirtiéndose así en autores eo ipso de una nueva lesión contra los derechos del extranjero extraditado.

226

4.2. Una breve referencia al asunto *Melloni*

Ya se ha dicho aquí que los Estados miembros de la UE, un espacio para la cooperación judicial y policial que ha alcanzado desarrollos muy notables y ha propiciado que se asiente cierto grado de confianza mutua entre autoridades policiales y judiciales de los distintos Estados miembros, han sustituido el procedimiento de extradición por un procedimiento propio, estrictamente judicial y más ágil: la denominada *euroorden*, la orden de detención europea⁴⁰. Pues bien, precisamente las dudas que planteó al TC español la compatibilidad de algunas de las disposiciones de la Decisión Marco que regula dicho procedimiento de detención y entrega con su propia doctrina constitucional motivaron la decisión de plantear por primera vez una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁴¹.

La supuesta contradicción traía causa de la posibilidad prevista en

⁴⁰ *Vid. supra*, nota 14.

⁴¹ Tribunal Constitucional de España. Auto del TC 86/2011, de 9 junio.

la Decisión Marco, y negada por la jurisprudencia del TC, de que una persona condenada en ausencia en un Estado miembro (en este caso el señor Melloni en Italia) pudiese ser entregada si el Derecho del Estado que requiere la extradición no prevé que su condena sea revisada en garantía de sus derechos de defensa. El TC preguntó también al TJUE sobre la aplicación en este caso del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴², que dispone que

(n)inguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

El TJUE dio respuesta a esas preguntas en su sentencia de 26 de febrero de 2013, dictada en el asunto C-399/11⁴³ y, en aplicación de la doctrina de la primacía del Derecho de la UE sobre los Derechos internos de los Estados miembros, afirmó que la entrega no podía ser condicionada por motivos no previstos en la propia Decisión Marco. Esto es, que la norma del Derecho de la UE primaba sobre la interpretación que el TC venía haciendo del texto constitucional. El TC dio cumplimiento a esta decisión, y desestimó por tanto el recurso de amparo interpuesto por el señor Melloni, en su sentencia 26/2014, de 13 de febrero⁴⁴.

227

V. Constitución y derecho de asilo

Tal y como se ha avanzado ya, la configuración en España del

⁴² Diario Oficial, Serie C, núm. 202, de 7 de junio de 2016.

⁴³ Disponible en: <<https://bit.ly/2BQ2p9B>>.

⁴⁴ (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014). La evidente repercusión jurídica de la decisión hace que contemos con una bibliografía muy extensa sobre el caso. A título de ejemplo, *Vid.*: Lorena BACHMAIER WINTER, «Más reflexiones sobre la sentencia Melloni : primacía, diálogo y protección de los Derechos fundamentales en juicios in absentia en el Derecho Europeo», *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, pp. 153-180, y Luis I GORDILLO PÉREZ y Ariane TAPIA TRUEBA, «Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, 2014, pp. 245-270.

derecho de asilo y la protección que deba darse a las personas necesitadas de protección internacional es deudora en la actualidad de los avances que se han producido en el Derecho internacional y europeo. Los instrumentos normativos de referencia universal son la ya citada Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967⁴⁵.

El diseño en el ámbito de la UE de un SECA pivota sobre dicho instrumento⁴⁶: los Estados miembros de la UE se han obligado de esta manera a conceder asilo y la protección que dicho estatuto brinda a las personas que sean consideradas refugiadas en virtud de la Convención. Esto es, que cumplan con la definición contenida en su artículo 1.A⁴⁷. También, como no podía ser de otra manera, es esa la definición que se incorpora a la Ley española y a la jurisprudencia. El Derecho internacional y europeo, por tanto, es determinante para configurar el alcance del derecho previsto en el artículo 13 de la CE⁴⁸.

En efecto, los artículos 2 y 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁴⁹ se remiten a la definición de refugiado contenida en la Convención de Ginebra⁵⁰.

⁴⁵ *Vid.*: BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

⁴⁶ Así lo afirma expresamente, además, el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

⁴⁷ Según este artículo será considerada refugiada la persona que «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él».

⁴⁸ De nuevo, la bibliografía es inabarcable. Resulta por ejemplo de sumo interés el trabajo de Pablo SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución Española*. Valladolid, Lex Nova, 2001.

⁴⁹ *Vid.*: BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

⁵⁰ La protección subsidiaria, regulada en el artículo 4 de la Ley y deudora también de los desarrollos del Derecho de la UE, es la protección que se dispensa a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de la Ley (la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, y las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno), y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la

Debe tenerse en cuenta que no solo la definición remite a lo previsto en el Derecho internacional y de la UE. Los motivos de persecución⁵¹, el estatuto del solicitante de la protección, los derechos del individuo que finalmente la recibe⁵², las garantías que en todo caso deberán respetarse durante el procedimiento por el cual se decide su concesión o denegación, las razones por las que dicha protección puede ser revocada, son todas ellas cuestiones respecto de las cuales el Estado deberá atenerse, en su regulación, a las reglas marcadas internacionalmente.

VI. A modo de conclusión

Un importante número de tratados internacionales y de normas del Derecho de la UE se ocupan de las materias a las que se refiere el artículo 13 de la CE. Por esa razón, la regulación e interpretación del mismo debe tener en cuenta los límites que aquella normativa impone. Del análisis de la normativa y la jurisprudencia española cabe inferir que tanto el legislador como los tribunales, y ello incluye al TC, son plenamente conscientes de eso y, en general, fundamentan en el Derecho internacional y europeo normas y decisiones.

protección del país de que se trate.

⁵¹ *Cfr.* la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 14 diciembre 2006 (RJ 2007, 148) y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia de 24 febrero 2014 (RJ 2014, 1151).

⁵² Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el TC que ha afirmado al respecto lo siguiente: «Si bien es cierto que el art. 13.4 CE reconoce el derecho de asilo, hay que subrayar que el mismo precepto constitucional remite al legislador ordinario –y sobre esto último volveremos en el F. 14– los «términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». Estamos entonces ante una remisión al legislador ordinario para configurar el régimen de disfrute de este derecho constitucionalmente reconocido a quienes solicitan asilo en España. Atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en el texto constitucional (Capítulo I del Título I: «De los españoles y los extranjeros») fácilmente se colige que no estamos ante un derecho fundamental de los enunciados en el Capítulo II del mismo Título I de la Constitución. Estamos, propiamente, ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo –o del ya asilado– serán, entonces, los que establezca la Ley. Obviamente, la Ley que regule el régimen de los extranjeros asilados –o peticionarios de asilo– ha de respetar plenamente los demás preceptos de la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros. Pero ningún precepto constitucional exige que esa Ley de configuración del derecho de asilo se apruebe con forma de ley orgánica. Hecha esta aclaración conviene que nos detengamos en precisar en qué términos los peticionarios de asilo disfrutan de los derechos fundamentales enunciados en los arts. 17 y 19 CE» (Tribunal Constitucional de España STC 53/2002 de 27 de febrero BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002).

Esto no significa, claro está, que no surjan a menudo controversias sobre cómo dicho Derecho –internacional y europeo– es incorporado, interpretado o aplicado en España. La vulneración de los derechos fundamentales de extranjeros, personas inmersas en procedimientos de extradición y de personas eventualmente beneficiarias de algún tipo de protección internacional han propiciado la intervención de los tribunales internos (incluso del TC en vía de amparo) e internacionales. Cabe señalar, a modo de conclusión, que la jurisprudencia del TEDH ha resultado clave en este sentido. En particular, debe subrayarse el importante desarrollo que este tribunal ha hecho de las obligaciones que se derivan para los Estados parte en el CEDH del principio de no devolución. Un desarrollo que sirve de escudo para eventuales vulneraciones de derechos humanos que puedan producirse en el país del origen del extranjero, el refugiado o el individuo cuya extradición se pretende.