

Coordinación a cargo de
Montserrat ABAD CASTELOS
(Derecho Internacional Público)
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
(Derecho Internacional Público)
Miguel GARDEÑES SANTIAGO
(Derecho Internacional Privado)

NOTA INTRODUCTORIA

INTRODUCTORY NOTE

Montserrat ABAD CASTELOS, Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
y Miguel GARDEÑES SANTIAGO

Como ya se ha expresado antes, a raíz de la excelente respuesta dada al llamamiento a la presentación de contribuciones para dedicar una sección monográfica de la *Revista* a la «Migración y asilo: análisis y perspectivas» en el presente núm. 2021-2, fueron tantas y tan buenas las propuestas recibidas, que el Consejo de la Revista decidió dedicar a su tratamiento dos números monográficos en vez de solo uno, a diferencia de lo que estaba originalmente programado, a fin de aprovechar debidamente todo ese potencial de conocimiento. Pero, desafortunadamente, ni incluso contando con dos números de la *Revista* era fácil dar cabida a todos los textos que habrían de resultar de esas valiosas propuestas recibidas. En efecto, la selección fue una tarea ardua y, a la hora de planificar cómo debían canalizarse las aportaciones seleccionadas, se comprobó que sería imposible publicar todas como artículos o comentarios extensos («Estudios»). Por ello, y dado también que hubiera sido de lamentar que algunas de esas voces autorizadas no pudieran tener su espacio, el Consejo vio que el sitio idóneo para ubicar algunas de esas contribuciones era el «Foro». Incluso contribuciones que pudieran publicarse en la sección de la «Práctica española de Derecho internacional» se han reconducido a la sección de «Foro». De ahí que, al acogerse esta vez un objeto múltiple, en coherencia con ello también se ha expandido el número de profesores encargados de la coordinación. El Consejo estaba convencido de que con esa decisión se podría fomentar además la interrelación de los planteamientos, ya que la esencia de esta sección es precisamente el acercamiento plural a un mismo tema, mostrando distintas tesis, fijándose sobre diferentes aspectos o reuniendo visiones complementarias y útiles, gracias al diálogo mantenido durante su elaboración para asegurar el deseable ensamblaje entre las distintas aproximaciones, evitando solapamientos. Es cierto que, si bien las contribuciones son realizadas por especialistas en la materia, que se aproximan a

cada objeto de manera rigurosa y plantean conclusiones de interés científico, al final no se ha generado un auténtico debate entre opiniones divergentes (en general, no se van a encontrar discrepancias doctrinales entre los autores de estas páginas, lo cual también hubiera sido sin duda interesante); pero es fácil adivinar el motivo de esa ausencia de desacuerdo, por ejemplo, a saber: o bien se analizan las fortalezas y las debilidades de las interpretaciones judiciales del TEDH y del Tribunal Constitucional español acerca de las llamadas «devoluciones en caliente», particularmente se asume la crítica generalizada al aval judicial de esa práctica en términos del disfrute de derechos y libertades fundamentales; o bien se señala generalizadamente la evidencia de que el marco normativo universal del refugio y el asilo es anacrónico e inapropiado, y aun con un Pacto global reciente, resulta insuficiente para afrontar los acuciantes desplazamientos por causas medioambientales. Y, consiguientemente, también hay un lógico acuerdo al considerar las implicaciones y derivadas principales de aquellas debilidades y de esa evidencia. Debe destacarse, no obstante, que estos textos contienen la riqueza que se origina, junto a la de cada análisis individual, a partir de sus puntos de convergencia, de los paralelismos en las realidades examinadas, así como de los distintos enfoques aportados.

Por consiguiente, tras la selección de las fundadas y bien argumentadas propuestas sobre distintos temas en perfecto encaje con descriptores indicativos que habían figurado en el llamamiento (las recientes decisiones judiciales relativas a las «devoluciones en caliente», los desplazamientos por causas climáticas y la inadecuación normativa, y el Derecho antidiscriminatorio) se consensuaron las distintas cuestiones y ángulos concretos a analizar, y su reparto. Debe indicarse que, debido al número y a la riqueza de las propuestas recibidas particularmente en relación con el tema de los desplazamientos por causas climáticas y la inadecuación normativa, el Consejo creyó conveniente que el Foro sobre ese tema se dividiera en dos partes, articulando las contribuciones en torno a dos bloques temáticos desde el punto de vista material y siendo objeto de publicación en los dos sucesivos números monográficos: en este sentido, la necesidad de buscar respuestas adecuadas a los desplazamientos por causas climáticas se divide entre las respuestas, por una parte, en el ámbito universal y en el ámbito latinoamericano, que se publica en este número, y, por otro, desde la Unión Europea, que se publicará en el núm. 2022-1.

En definitiva, tras la siguiente fase del proceso, el resultado es el siguiente. En primer lugar, conforme particularmente al descriptor indicativo núm. 11 (Derecho Internacional de los Derechos Humanos, crisis migratoria y refugiados), y bajo el encabezamiento «Las “devoluciones en caliente”: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional», se analizan la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *N. D. y N. T. c. España*, núms. 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020, dictada tras el recurso presentado contra la sentencia del TEDH de 3 de octubre de 2017, y la senten-

cia del Tribunal Constitucional español 172/2020, de 19 de noviembre (TCE), sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015 contra ciertas disposiciones de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, cuya disposición final primera introduce la disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social («Régimen especial de Ceuta y Melilla»). En este Foro se publican tres contribuciones: «Sombras, y algunas luces, en las sentencias de la Gran Sala del TEDH y del TCE de 2020 sobre expulsiones sumarias en frontera: ¿Aval judicial a un derecho de excepción permanente en materia de protección internacional de personas?», por el Dr. Félix Vacas Fernández; «El abuso de derecho en la justificación jurisprudencial del “Rechazo en frontera”. Análisis de la STC 172/2020, de 19 de noviembre, y de la STEDH, de 13 de febrero de 2020, *N. D. y N. T. c. España*», por la Dra. Teresa Acosta Penco; y «Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿quebrantamiento de un derecho fundamental?», por la Dra. Susana Cuadrón Ambite.

Partiendo de la distinción que la legislación y práctica española acoge entre el procedimiento de retorno o regreso de los extranjeros a quienes se deniega la entrada en territorio español, de un lado, y, de otro, el procedimiento de devolución de quienes entran irregularmente (o de expulsión si la estancia irregular es prolongada), y teniendo en cuenta el «Régimen especial de Ceuta y Melilla» (al que oficialmente se alude como «rechazo en frontera», pero que coloquialmente es conocido como «devolución en caliente»), los autores coinciden en valorar positivamente que el TEDH haya precisado el alcance de la prohibición de las expulsiones colectivas (art. 4 del Protocolo adicional núm. 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos) y de la «jurisdicción» de los Estados, y que en este último sentido, como igualmente hace el Tribunal Constitucional, haya perfilado el alcance de la noción de «frontera». Pero también coinciden en criticar la relativización de las devoluciones o expulsiones colectivas a través del uso de la «doctrina de la conducta culpable», caracterizada con base en conceptos abstractos y jurídicamente indeterminados (como señala el Dr. Vacas), que no es otra cosa que acudir al abuso de derecho como argumento subyacente para legitimar jurisprudencialmente ese régimen (Dra. Aguado), y en particular la puesta en cuestión del derecho a la tutela judicial efectiva de los inmigrantes (Dra. Cuadrón). Igualmente, se ponen de manifiesto las distintas consecuencias prácticas que conllevan el procedimiento de devolución (o expulsión) y el procedimiento de retorno, y la falta de atención por el TEDH y el Tribunal Constitucional a la particular consideración que se debe presumir de la conducta (no culpable) de los solicitantes de protección internacional.

En segundo lugar, en el marco de otro de los descriptores indicativos que habían figurado en el llamamiento (descriptor núm. 9, «Cambio climático y migraciones/movilidad de personas»), se seleccionaron los resúmenes que anunciaron cinco meritorias contribuciones (una de ellas firmada por dos investigadoras en coautoría) que se agrupan en un Foro bajo el encabezamiento

«¿Entre migración y refugio?: desplazamientos por causas climáticas e inadecuación normativa». Podríamos comenzar trayendo datos y valoraciones de muy diversa procedencia, tanto gubernamental como no gubernamental, que coinciden en alertar sobre la dramática incidencia de la situación actual, de crisis ecológica global y emergencia climática, en los desplazamientos de muchas personas. Pero baste con citar ahora las advertencias que hacía el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, D. Boyd, en su Informe de 2019 dedicado en particular al cambio climático. Allí, además de poner de relieve cómo comunidades enteras «han sido o están siendo reasentadas debido al aumento del nivel del mar, la erosión costera, las marejadas ciclónicas, la salinización y otros efectos del cambio climático» (como Vunidogoloa —Fiji—, Nuatambu, Nusa Hope y Taro —Islas Salomón— y Shishmaref, Kivalina, Newtok e Isle de Jean Charles —Estados Unidos—), aportaba estimaciones según las cuales, «para 2050, los efectos del cambio climático podrían haber provocado el desplazamiento de 150 millones de personas o más debido a fenómenos meteorológicos extremos, fenómenos de evolución lenta, como el aumento del nivel del mar y la desertificación, la reubicación desde zonas de riesgo elevado (como las llanuras aluviales) y conflictos por los recursos escasos». Asimismo, también para 2050, cuatro millones de personas y aproximadamente el 70 por 100 de la infraestructura del Ártico se verán amenazados por el deshielo del permafrost, y más a largo plazo, «Estados enteros corren el riesgo de quedar inhabitables, como Kiribati, Maldivas y Tuvalu»¹. Como se ha mencionado, las contribuciones seleccionadas se articulan en dos bloques temáticos. En el presente número se publica la Parte I, en la cual se aborda «La necesidad de buscar respuestas adecuadas en el ámbito universal y en ciertos espacios regionales», y que se integra por las tres contribuciones siguientes: «Estados que se hunden: ¿Qué soluciones ofrece el Derecho internacional a los migrantes climáticos que abandonan los territorios afectados por la elevación del nivel del mar?», por la Dra. Natalia Ochoa; «El principio de no devolución en tiempos de emergencia climática: una revisión necesaria para la protección del refugio y el asilo climático», por las Dras. Susana Borràs y Paola Villavicencio-Calzadilla; y, por último, «La protección regional de los migrantes climáticos», por el Dr. Justo Corti. A su vez, en el próximo núm. 2022-1 saldrá a la luz la Parte II de este «Foro», titulada «La necesidad de buscar respuestas adecuadas desde la UE», que estará compuesta por las dos contribuciones siguientes: «La necesidad de un acción normativa por parte de la Unión Europea en materia de protección de desplazados medioambientales transfronterizos», por la Dra. Gloria Fernández Arribas, y «El visado climático europeo como instrumento de protección jurídica para las personas migrantes climáticas», por la Dra. Beatriz Felipe. En consecuencia, solo se encuentran en este ejemplar las tres contribuciones iniciales indicadas, y habrá que esperar al próximo para poder leer las otras dos. Las tres que se recogen aquí se centran,

¹ Doc. A/74/161, párr. 10.

según lo adelantado, en el ámbito universal y en el regional latinoamericano. En primer lugar, la Profesora Ochoa examina el tema de los Estados que se hunden y las soluciones que puede ofrecer el Derecho internacional a quienes abandonan sus territorios. Un problema que se ramifica a su vez en otros que tienen una indudable dimensión jurídica, como el alcance del principio de no devolución, la cuestión del reasentamiento, la nacionalidad o la apatridia. Su conclusión afirma la inadecuación del Derecho internacional vigente y la necesidad de buscar otras soluciones, aun siendo consciente del peso de los factores políticos en este ámbito. En segundo lugar, las Profesoras Susana Borràs y Paola Villavicencio-Calzadilla entran de lleno en el estudio del principio de no devolución, analizando la decisión del CDH sobre el caso *Teitiota c. Nueva Zelanda* y sus implicaciones. Una de estas es que esta resolución puede ser asumida como un significativo asidero para proponer la revisión del *non-refoulement*, y en definitiva también del marco conceptual del refugio, a fin de que pueda alcanzar la protección del refugio y asilo climático. A partir de aquí hay además cabida para más fundamentos jurídicos a fin de defender ante todo lo que más importa (o debe importar), en definitiva: «la vida» de los seres humanos. Y, en tercer lugar, finalmente, el Profesor Justo Corti estudia la protección regional de los migrantes climáticos sobre todo en un espacio regional concreto. Partiendo de la consabida definición ampliada de algunos instrumentos regionales, se centra en la protección subsidiaria y el principio de no devolución en el contexto latinoamericano, poniendo de relieve los avances producidos de manera reciente, tanto en virtud de las iniciativas de diversos Estados como de dos nuevos instrumentos de *soft law* en el plano internacional de este entorno. Su análisis le lleva a estimar de forma positiva la relevancia de estos pasos y, por ende, también a ponderar que podríamos estar ante una nueva costumbre regional emergente.

Por último, en el marco de este número monográfico dedicado a las migraciones y al asilo, se ha considerado oportuno analizar la posible incidencia del Derecho antidiscriminatorio en el contexto de tales migraciones, para destacar algunas especificidades o problemas particulares que puedan plantearse, y sobre todo para tener en cuenta si en el marco de las migraciones pueden producirse situaciones de vulnerabilidad o exposición a trato discriminatorio, y las respuestas que el ordenamiento jurídico pueda dar al respecto.

Para ello, contamos con dos contribuciones de interés. La primera de ellas, a cargo de la Profesora Ruiz Sutil, trata de las migraciones y la discriminación por razón de género. En ella se analizan los diversos tipos de discriminación contra las mujeres que pueden darse en un contexto migratorio, tanto en el caso de las migraciones voluntarias como en el de las forzosas, y la insuficiente respuesta que, a su juicio, en ocasiones deriva de la normativa española de extranjería. Por ello, aboga por una adaptación de nuestras normas de extranjería y su adecuada coordinación con otras disposiciones de nuestro ordenamiento encaminadas a prevenir la discriminación y la violencia de género. Por su parte, la Profesora Ortiz Vidal se ocupa de las migraciones y los derechos laborales, centrándose en la violencia y acoso en el trabajo.

Tras constatar que las personas migrantes ocupan con frecuencia puestos de trabajo más expuestos a la violencia y al acoso, explica el nuevo concepto de violencia y acoso que deriva del Convenio núm. 190 de la OIT, de 2019, que incluye, junto a otras manifestaciones de violencia y acoso, la que se produzca por razón de género en el mundo del trabajo. Tras constatar la diferencia entre la noción de violencia y acoso que deriva del citado convenio y la actualmente existente en Derecho español, se pregunta hasta qué punto la nueva noción de violencia y acoso podría aplicarse en el Derecho español por la vía de las leyes de policía en el sentido del art. 9 del Reglamento Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. A su juicio, para ello sería necesario considerar que la nueva noción de violencia y acoso en el trabajo atiende no únicamente a la protección de los intereses individuales del trabajador o trabajadora, sino también a intereses públicos. Sin embargo, aun cuando esta condición se cumpliera, entiende que, mientras no se ratifique el convenio, la nueva noción de violencia y acoso en el trabajo no podría incorporarse al ordenamiento español. Ahora bien, a falta de dicha ratificación, se plantea la posibilidad de que la nueva noción que deriva del Convenio de la OIT pudiera introducirse en el ordenamiento español mediante una ley de policía o norma material imperativa de fuente de la Unión Europea, en la medida en que un acto del Derecho de la Unión adoptara dicho concepto, solución que, a su juicio, también resultaría apropiada.

En definitiva, nos hallamos ante una serie de trabajos que giran alrededor de temas de gran interés y actualidad, por lo que resulta del todo oportuno que accedan a este foro, en el marco del primero de los números monográficos dedicados a las migraciones y al asilo, aportando valiosas reflexiones.