

“RECHAZOS EN FRONTERA”: ¿FRONTERA SIN DERECHOS?

Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana

INFORME JURÍDICO¹

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La tramitación de la reforma y el uso abusivo de la enmienda parlamentaria
- III. El “rechazo en frontera”: ámbito de aplicación
- IV. Procedimiento de “rechazo en frontera”: derechos y garantías irrenunciables
- V. Conclusiones

¹ En la elaboración de este Informe han intervenido: MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, Catedrática de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid; JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS, Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid); JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ, Profesor Titular de Ética social de la Universidad Pontificia de Salamanca; JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Málaga; ELISA GARCÍA ESPAÑA, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Málaga; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid; JULIO GONZÁLEZ GARCÍA, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid; ESTEBAN PÉREZ ALONSO, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada; MERCEDES PÉREZ MANZANO, Catedrática de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid; PABLO PÉREZ TREMP, Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Carlos III (Madrid); ELISA PÉREZ VERA, Profesora emérita de la U.N.E.D., experta en Derecho internacional privado; MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Cádiz; FERNANDO REY MARTÍNEZ, Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Valladolid; JULIÁN CARLOS RÍOS MARTÍN, Profesor de Derecho penal de la Universidad Pontificia de Comillas (Madrid); IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ, Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo.

Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449)

Fecha de publicación: 13 de abril de 2015

I. INTRODUCCIÓN

1. En junio de 2014 publicábamos nuestro Informe “*Expulsiones en caliente*”: *cuando el Estado actúa al margen de la ley*², en que se analizaban jurídicamente las denominadas “expulsiones” o “devoluciones en caliente”. Estas expresiones aluden a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando entregan a las autoridades marroquíes, por vía de hecho, a ciudadanos extranjeros interceptados en zona de soberanía española, sin seguir el procedimiento legalmente establecido ni respetar las garantías reconocidas internacionalmente. Este tipo de actuaciones implica dejar a las víctimas ayunas de derechos fundamentales como la asistencia letrada, el derecho a intérprete o la mera posibilidad de formular alegaciones relativas a cualquier situación susceptible de protección internacional o atención humanitaria. Las expresiones “devoluciones en caliente” o “expulsiones sumarias” se aplican cuando dichas prácticas recaen sobre personas extranjeras interceptadas tanto saltando las vallas fronterizas que separan Ceuta y Melilla de Marruecos como cuando acceden a estas ciudades por mar o han alcanzado alguna de las islas de soberanía española situadas frente a las costas de Marruecos. De todos estos actos y de las secuelas que provocan en personas altamente vulnerables existe constancia documental.

2. Las conclusiones más relevantes a las que se llegaba en aquel informe eran las siguientes:

(a) La ilegalidad de las “expulsiones en caliente”.

La legislación de extranjería ponía de manifiesto que las “devoluciones en caliente” carecían de cobertura jurídica, ya que dichas prácticas no se correspondían con ninguno de los procedimientos previstos en dicha normativa: denegación de entrada, devolución y expulsión. Son prácticas que se producían “al margen de la ley”.

Instituciones y organismos nacionales, de la Unión Europea, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas con responsabilidad en materia de derechos humanos también han denunciado la ilegalidad de estas prácticas. Recientemente el Defensor del Pueblo ha insistido, de nuevo, en la ilegalidad de las devoluciones sumarias. En la Recomendación 200/2013, de 27 de noviembre, formulada al Ministerio del Interior, además de la retirada de los alambres con cuchillas colocada sobre el vallado exterior en Melilla, insta a «impartir instrucciones a la Dirección General de la Guardia Civil con el fin de que se recuerde a todos los efectivos que prestan servicio en la frontera de la Ciudad Autónoma de Melilla que, cuando se intercepte a un extranjero cuyo propósito sea entrar irregularmente en España, la respuesta debe ser por parte de los agentes de la Guardia Civil la puesta a disposición del Cuerpo Nacional de Policía, para que se incoe el oportuno expediente administrativo

² Este informe puede descargarse en: <http://eprints.ucm.es/25993/>. Existe versión en inglés disponible en: <http://eprints.ucm.es/27221/>

previsto en la legislación de extranjería». Recomendación que fue rechazada según el Informe anual del Defensor del Pueblo 2014 (pág. 201).

(b) La posible ilicitud penal de las “expulsiones en caliente”:

También advertíamos en nuestro informe que las “devoluciones en caliente” además de ser ilegales, podían ser delictivas, lesionando bienes jurídicos penalmente protegidos no sólo de naturaleza individual, sino, también, bienes jurídicos colectivos. Este es el caso del delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP), que tutela un bien de suma importancia: el correcto desempeño de la función pública, con sometimiento de la actuación de la Administración a la Constitución, a las leyes y al derecho (arts. 9, 103 y 106 CE), que es justamente lo que marca la diferencia entre el poder arbitrario y el Estado de derecho. La obstinación en mantener la práctica de estas devoluciones sumarias en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla sólo puede ser interpretada como la contumaz voluntad de no querer aplicar lo establecido en la legislación de extranjería y desobedecer la normativa internacional.

La imputación del Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla por un presunto delito de prevaricación por su intervención en varios episodios de devoluciones a través de la valla –Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla de 11 de septiembre de 2014 (Procedimiento Abreviado 866/2014)– permite sustentar que aquella conclusión no carecía de fundamento. A salvo del derecho a la presunción de inocencia, esta resolución expone con una argumentación sólida que las entregas sumarias vulneran la legislación de extranjería y que el concepto “operativo” de frontera en el que pretenden sustentarse es contrario a los tratados internacionales suscritos con Marruecos para la demarcación de los límites fronterizos de ambas ciudades autónomas.

(c) La imposibilidad de dar cobertura legal a las “expulsiones en caliente”:

Por último, advertíamos en nuestro informe de 2014 sobre la inviabilidad de cualquier intento –que ya entonces se intuía– de dotar a estas prácticas de cobertura legal, pues tales actuaciones resultan contrarias a la Constitución española, al derecho de la Unión Europea y al derecho regional e internacional de los derechos humanos.

A pesar de ello, el Gobierno, a través del Grupo parlamentario popular en el Congreso, aprovechando la tramitación en curso del Proyecto de Ley de protección de la seguridad ciudadana, introdujo una enmienda en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) con la finalidad declarada de dotar de cobertura legal a las “devoluciones en caliente” a través de la nueva figura del “rechazo en frontera”. Este intento de dotar de cobertura legal a una práctica ilegítima concitó una unánime crítica tanto a nivel nacional como internacional, que si bien no consiguió la retirada de la propuesta, sí determinó la modificación de la enmienda en su paso por el Senado. Finalmente, el 26 de marzo de 2015, el Congreso de los Diputados, con los únicos votos del Grupo parlamentario popular, aprobó definitivamente

la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana y, con ello, la disposición adicional décima de la LOEx, que entró en vigor el 1 de abril de 2015, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Su redacción definitiva es la siguiente:

«Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

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.»

3. La genérica declaración que contiene el apartado 2 de esta nueva disposición adicional –que el “rechazo en frontera” se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte– debería ser determinante para concluir que las devoluciones sumarias, tal como hasta ahora las conocemos, han quedado definitivamente desterradas de la práctica de la Guardia Civil en su misión de control de las fronteras en las ciudades de Ceuta y Melilla. No obstante, hay importantes indicios que auguran que las devoluciones sumarias van a seguir realizándose tal y como se han practicado hasta ahora. El argumento para sustentar su legalidad va a ser, precisamente, esta reforma legislativa. De ahí que resulte necesario analizar jurídicamente este nuevo marco normativo y comprobar su real alcance. No obstante, antes de ello, todavía es preciso hacer algunas reflexiones más generales sobre la pretensión misma de considerar que las devoluciones sumarias son siquiera dignas de un esfuerzo por parte de un legislador democrático de darles cobertura normativa.

Con independencia de la denominación que se dé al hecho de actuar coercitivamente sobre ciudadanos extranjeros que pretenden entrar en España, estas personas no son reducibles a objetos que se pueden devolver “al remitente” negándoles la palabra. Tratar a seres humanos como auténticos fardos, negando por principio la posibilidad de que puedan hacer la más mínima alegación a las autoridades españolas, una vez son objeto de la intervención policial y más allá de la concreta ubicación en que esta se produzca, constituye no sólo una práctica inmoral sino también antijurídica. La expulsión sumaria de una persona sobre la que recae una actuación policial española restrictiva de derechos sin el menor trámite de audiencia, ni filiación documentada, constituye una arbitrariedad que carece de cobertura legal. Si se añade que esta persona es entregada a unas autoridades y fuerzas auxiliares marroquíes, no caracterizadas por la exquisitez de sus procedimientos y el respeto a los derechos humanos, cualquier pretensión de legalidad de

esta praxis devendrá vana. No insistiremos bastante. Nuestro propósito, una vez más, es de mínimos. Tratamos de lograr un estándar básico para que las “devoluciones”, los “rechazos” o cualquier otro término que se acuñe, no puedan ser utilizados arbitrariamente ni *contra legem*. Se trata de que ninguna persona susceptible de protección jurídica quede sin ella. Esto constituye un elemental mínimo moral y jurídico que no puede confundirse con el derecho de los estados a establecer perímetros fronterizos, ni a regular los flujos migratorios estableciendo condiciones de entrada al país. Ese es otro tema en el que nosotros no entramos.

En este contexto, a la vista de los sucesivos quiebros argumentativos del Ministerio del Interior para justificar lo injustificable, pretendiendo dar apariencia de legalidad a lo que nunca puede tenerlo porque viola normas de superior rango, nos hemos visto obligados a analizar el nuevo marco jurídico con el que se pretenden justificar prácticas sustancialmente ilegítimas. Esta realidad justifica el título de nuestro trabajo: existen fronteras sin derechos. De ello son responsables los gobiernos que lo consienten. Y, además, quienes participan en estos hechos tienen una responsabilidad personal y jurídica. No podemos desconocer la fuerte presión que sufren los agentes de la autoridad, ni la inseguridad jurídica en que se desenvuelve una tarea difícil y no siempre suficientemente valorada. Pero, precisamente, el legítimo reconocimiento que se debe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nos impide obviar que en un Estado de derecho tienen una misión impagable: la de constituirse en garante de los derechos y libertades de todas las personas, incluidas, de manera especial, aquellas que son objeto de su actuación. Cierto es que la reiteración de órdenes y prácticas sin cobertura legal expone a los agentes de la autoridad a consecuencias jurídicas ante las que no resulta posible alegar obediencia debida.

No podemos mirar a otro lado. El trato que damos a las personas en la frontera sur es la prueba del nivel de la calidad y de la decencia de nuestra democracia y de los valores constitucionales en que se asienta. De poco sirven las proclamas contra la xenofobia y el racismo, cuando ambas corrupciones del alma humana son inherentes a determinada manera de legislar e interpretar las leyes. El sufrimiento indecible de personas que llevan meses y años de periplo migratorio, en condiciones extremadamente precarias, con frecuencia jugándose literalmente la vida, no puede dejar indiferente a nadie. Especialmente, cuando, además, el derecho positivo invocado no contribuye a proteger de la vulnerabilidad ni satisface necesidades humanas básicas, sino que se constituye en un elemento de exclusión que atenta contra la dignidad. Esto demanda no sólo una elemental tacha ética sino también un severo reproche jurídico. A ello queremos dedicar las páginas que siguen.

4. La disposición adicional décima LOEx, por regular una materia que incide sobre diversos derechos fundamentales, plantea serias dudas sobre su compatibilidad con exigencias mínimas de la calidad de la ley y el respeto al mandato contenido en el art. 53.1 CE. La presunción de constitucionalidad de las leyes y la demora en la resolución de los

procedimientos de control de su constitucionalidad han motivado que, a pesar de su importancia, hayamos renunciado a desarrollar ese análisis. El objetivo de este nuevo informe, como continuación del que se elaboró en 2014, queda limitado a poner de manifiesto que las entregas sumarias —llamémoslas “devoluciones en caliente” o “rechazos en frontera”— a las autoridades marroquíes de ciudadanos extranjeros interceptados en el perímetro fronterizo de Ceuta y Melilla tampoco encuentran cobertura legal en la reformada LOEx y su nueva disposición adicional décima. Para ello, se incide en la polémica manera en que ha sido tramitada esta reforma (II); las dificultades técnicas que plantea la determinación del ámbito de aplicación de la figura del “rechazo en frontera” (III) y los derechos y garantías que irrenunciablemente deben respetarse en el procedimiento de “rechazo en frontera” a la luz de la normativa constitucional, la comunitaria, el derecho regional e internacional de los derechos humanos y, desde luego, de la propia exigencia del apartado segundo de la disposición adicional décima LOEx (IV).

II. LA TRAMITACIÓN DE LA REFORMA Y EL USO ABUSIVO DE LA ENMIENDA PARLAMENTARIA

1. El objetivo del presente informe es analizar el contenido de la nueva disposición adicional décima LOEx en lo que se refiere a su ámbito de aplicación y a los derechos y principios jurídicos que se ven afectados. Sin embargo, resulta importante llamar la atención sobre el procedimiento seguido para reformar la Ley de extranjería: una enmienda al Proyecto de Ley de protección de la seguridad ciudadana. El 21 de octubre de 2014, día en el que concluía en plazo para la presentación de enmiendas parciales al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, el Grupo parlamentario popular en el Congreso presentó un conjunto de enmiendas al articulado entre las que se encontraba la enmienda de adición de una nueva disposición final primera, a través de la cual se introducía una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España y su integración social. Este proceder, al margen de otras consideraciones, supone el uso abusivo del derecho de enmienda (A) y elude el sometimiento a los dictámenes preceptivos (B).

A) El uso abusivo de enmiendas ajenas a la materia de la iniciativa legislativa

El derecho de enmienda, en el marco del procedimiento legislativo parlamentario, no permite introducir *ex novo* un objeto de debate materialmente desconectado con la iniciativa legislativa ejercitada, tal como ha sucedido con la inclusión de la disposición adicional décima LOEx.

El Pleno del Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en la STC 119/2011, de 5 de julio. Esta sentencia tiene origen en un recurso de amparo promovido por un grupo de senadores contra el acuerdo de la Mesa del

Senado por el que se confirmaba la admisión a trámite de dos enmiendas al proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de arbitraje. A través de una de aquellas enmiendas se pretendía introducir en el Código penal los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis, para tipificar nuevos delitos en relación con la convocatoria de referéndum sin la debida cobertura legal. Aunque esta sentencia enjuiciaba el supuesto concreto de la introducción de una enmienda en el Senado, sus consideraciones generales son aplicables a las enmiendas que no guardan relación material con la iniciativa, aunque su introducción se verifique en el Congreso, como es el caso de la disposición adicional décima LOEx.

La STC 119/2011 declara que, aunque no exista ninguna norma expresa relativa a los límites materiales del derecho a la enmienda, *“la necesidad de una correlación material entre la enmienda y el texto enmendado se deriva, en primer lugar, del carácter subsidiario que, por su propia naturaleza, toda enmienda tiene respecto al texto enmendado. Además, la propia lógica de la tramitación legislativa también aboca a esta conclusión, ya que, una vez que una iniciativa legislativa es aceptada por la Cámara o Asamblea Legislativa como objeto de deliberación, no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado, toda vez que esta función la cumple, precisamente, el ya superado trámite de enmiendas a la totalidad, que no puede ser reabierto”*, y continua: *“En efecto, la enmienda, conceptual y lingüísticamente, implica la modificación de algo preexistente, cuyo objeto y naturaleza ha sido determinado con anterioridad; sólo se enmienda lo ya definido. La enmienda no puede servir de mecanismo para dar vida a una realidad nueva, que debe nacer de una, también, nueva iniciativa.”* (FJ 6). Por otra parte, la STC 119/2011 también desautoriza que eventuales razones de urgencia puedan legitimar dicha práctica. Así, señala que *“aun asumiendo que en determinadas circunstancias pueden existir razones de urgencia que propicien acelerar la aprobación de una concreta iniciativa legislativa, existe la posibilidad de acudir a otros mecanismos, como, (...) las tramitaciones legislativas por los procedimientos de urgencia o en lectura única. Dicho de otra forma, aceptar el ejercicio del derecho de enmienda como mecanismo paliativo o sustitutivo de las insuficiencias que pudieran tener los procedimientos legislativos supondría tanto como hacer caso omiso de la voluntad del constituyente. Y ello porque ésta ya ha determinado los instrumentos a través de los cuales las Cortes o, en su caso, el Gobierno, tienen que hacer frente a las «urgencias legislativas». Utilizar mecanismos de enmienda para obviar estas previsiones e incluso hipotéticas insuficiencias no puede justificar sin más su desconocimiento. Desatender los límites constitucionales bajo el paraguas de la urgencia normativa no deja de ser una lesión constitucional por mucho que pueda parecer conveniente coyunturalmente. Una buena política legislativa puede evitarlo y cuando excepcionalmente no sea posible debe asumir el coste democrático que pueda tener pero no forzar la Constitución”* (FJ 7).

Estas consideraciones han sido reiteradas en posteriores resoluciones del Tribunal Constitucional. La STC 136/2011, de 13 de septiembre, insiste en que toda enmienda parcial debe tener un carácter subsidiario o incidental respecto del texto a enmendar. Textualmente declara que *“con ello se evita que a través del procedimiento parlamentario se transmute el objeto de las propuestas presentadas por quienes están así legitimados para ello,*

aprovechando el procedimiento legislativo activado para la introducción ex novo de materias ajenas al mismo. En consecuencia, no caben enmiendas al articulado ajenas a la materia de la iniciativa, esto es, que no guarden una conexión de homogeneidad mínima con la misma” (FJ 8).

B) La elusión de los dictámenes preceptivos

La modificación de la LOEx a través del procedimiento de enmienda implica también (i) eludir el trámite obligatorio de someter las iniciativas legislativas del Gobierno al dictamen de los órganos garantes de la observancia de nuestro ordenamiento jurídico y (ii) hurtar a la sociedad civil la posibilidad de un debate sobre la materia regulada en la nueva disposición adicional décima LOEx.

Las iniciativas legislativas del Gobierno han de seguir, en una fase prelegislativa, el procedimiento establecido en el art. 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Este precepto, por lo que ahora interesa, impone que el Ministerio competente por la materia elabore un anteproyecto que *“irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar”* (art. 22.2) y que dicho anteproyecto se eleve al Consejo de Ministros para que éste decida *“sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos”* (art. 22.3). Sólo después de la emisión de esos dictámenes, se volverá a someter el Anteproyecto al Consejo de Ministros para *“su aprobación como Proyecto de Ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompañándolo de una Exposición de Motivos y de la Memoria y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él”* (art. 22.4).

En concreto, el contenido material de la enmienda hubiera exigido el informe preceptivo en esta fase prelegislativa de, al menos, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado, que fueron los órganos que en su día emitieron dictámenes sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, que es la iniciativa legislativa a través de la cual se operó la introducción de la disposición adicional décima, o, en su caso, a los seguidos para la aprobación de la LOEx. La relevancia de estos informes es que versan no tanto sobre la oportunidad política de la iniciativa como sobre su corrección técnica, permitiendo un debate parlamentario informado sobre asuntos en muchos casos de una gran complejidad. Por otra parte, esta fase prelegislativa es también utilizada por la sociedad civil para debatir y tomar posición sobre la iniciativa y hacer llegar sus inquietudes a sus representantes políticos como una manifestación más del derecho de la ciudadanía a la participación en los asuntos públicos del art. 23 CE.

Las enmiendas, al no ser iniciativas del Gobierno sino de un grupo parlamentario, no resulta exigible someterlas a los dictámenes propios de la fase prelegislativa. En el presente caso, sin embargo, no puede obviarse el hecho, que nunca trató de ocultarse, de que la enmienda que ha dado lugar a la modificación de la LOEx provenía directamente de una decisión del poder ejecutivo y, por tanto, que su forma de proceder supuso también eludir el desarrollo de esta fase prelegislativa.

2. En relación con lo hasta ahora expuesto, cabe afirmar que:

(a) La disposición adicional décima LOEx es producto de un uso abusivo de la enmienda parlamentaria, que según la doctrina de Tribunal Constitucional no puede ser utilizada para, aprovechando un procedimiento legislativo en tramitación, introducir *ex novo* materias ajenas al mismo.

(b) Esta reforma, al ser manifiesto que responde a una decisión consciente del poder ejecutivo, debería haberse operado a través de la tramitación de la correspondiente iniciativa legislativa del Gobierno y no mediante el subterfugio de una enmienda parlamentaria. De ese modo, se ha eludido la emisión de dictámenes preceptivos, cuya finalidad es pronunciarse sobre su corrección técnica y compatibilidad con el ordenamiento jurídico, y se ha hurtado la posibilidad de un debate en la sociedad civil sobre la materia.

III. EL “RECHAZO EN FRONTERA”: ÁMBITO DE APLICACIÓN

La nueva disposición adicional décima LOEx regula el “*régimen especial de Ceuta y Melilla*”, para posibilitar el “*rechazo*” de quienes son interceptados “*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*”. La justificación de esta enmienda en el Congreso ya puso de manifiesto que la pretensión de este precepto era introducir dentro del panorama regulatorio de la legislación de extranjería un nuevo –y distinto– procedimiento respecto de los ya existentes para afrontar la singularidad geográfica y fronteriza de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Un análisis de esta nueva regulación exige, por tanto, recordar los procedimientos existentes en la Ley de extranjería antes de esta modificación (A), para intentar concretar en ese contexto normativo el ámbito de aplicación de este régimen singular para las ciudades de Ceuta y Melilla (B), que parece no poder desembarazarse de un concepto “operativo” de frontera carente de cobertura legal (C).

A) Procedimientos previstos en la Ley de extranjería.

1. Nuestro anterior informe “*Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley*” exponía de una manera detallada los diversos procedimientos diseñados en la legislación de extranjería para hacer frente al control de fronteras y las situaciones de

irregularidad migratoria. Repasando brevemente esas figuras, y deslindando sus ámbitos de aplicación, dichos procedimientos son los siguientes:

(a) La expulsión:

El artículo 57 LOEx prevé, dentro del régimen sancionador en materia de extranjería, la posibilidad de la expulsión del territorio español de los extranjeros en determinadas circunstancias. En lo que afecta a la materia de este informe, el artículo 53.1.a) LOEx establece como infracción grave el encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de autorización para la estancia o residencia en España. El artículo 57.1 LOEx dispone que, respecto de esta infracción, *“podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”*. Por tanto, el extranjero que esté en territorio español y carezca de la debida autorización para ello comete una infracción administrativa que, tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo sancionador, puede conllevar la sanción de expulsión del territorio nacional como sustitutiva de la multa.

(b) La denegación de entrada:

La denegación de entrada es el procedimiento establecido en la normativa de extranjería que se aplica en aquellos supuestos en que un ciudadano extranjero pretende acceder a territorio nacional por los puestos fronterizos habilitados al efecto (sean estos terrestres, marítimos o aéreos), pero no se le permite el acceso por no reunir los requisitos previstos en la legislación de extranjería. Según el artículo 26 LOEx, *“a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”*. Este régimen jurídico se desarrolla con más detalle en el artículo 15 RLOEx.

(c) La devolución:

El artículo 58.3 LOEx regula la figura de la devolución. A los efectos que ahora interesan, este precepto dispone que *“no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: (...) b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país”* y el artículo 23.1.b) RLOEx, en desarrollo de esta previsión, establece que *“se considerarán incluidos a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o sus inmediaciones”*.

Por su parte, el artículo 23.2 RLOEx establece que en estos supuestos *“las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán*

con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución”. Esta decisión administrativa de devolución ha de ser adoptada mediante resolución del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (artículo 23.1 RLOEx), y requiere la observancia de las garantías recogidas en el mencionado artículo 23.3 RLOEx: asistencia jurídica y asistencia de intérprete si el extranjero no comprende o habla las lenguas oficiales.

Por tanto, el procedimiento de devolución, que carece de carácter sancionador, es el aplicable en aquellos supuestos en los que un ciudadano extranjero es interceptado en la frontera o sus inmediaciones pretendiendo acceder a España por un puesto no habilitado para ello.

2. En el informe “*Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley*” ya se justificó ampliamente que este procedimiento de devolución era el que, como mínimo, resultaba aplicable a los supuestos de interceptación de ciudadanos extranjeros que intentaban acceder a Ceuta y Melilla por puestos no habilitados al efectos, incluyendo a quienes lo hacía a través del vallado. La nueva regulación dispensada en la disposición adicional décima LOEx al régimen especial de Ceuta y Melilla –el rechazo en frontera– parece que vendría a configurarse como un procedimiento nuevo cuyo fin es excepcionar en los supuestos que concretamente regula la aplicación del proceso de devolución. Por tanto, resulta preciso determinar cuáles son los supuestos en que, en virtud de esta nueva regulación, se aplicaría esta novedosa figura del “rechazo en frontera”.

B) El ámbito de aplicación del “rechazo en frontera”:

1. La disposición adicional décima LOEx, al regular el régimen especial para Ceuta y Melilla, establece que “*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*”.

El tenor literal de este precepto contiene dos referencias que son relevantes desde un punto de vista interpretativo para delimitar el ámbito de aplicación del “rechazo en frontera”: (i) la mención a los elementos de contención fronterizos y (ii) la mención a que el intento que se está desarrollando por los extranjeros es “*para cruzar irregularmente la frontera*” y la finalidad del rechazo es “*impedir su entrada ilegal en España*”.

Los elementos de contención fronterizos, por definición, sólo pueden aparecer referidos a estructuras de carácter permanente establecidas *ex professo* en la zona fronteriza con la finalidad de dificultar el acceso al territorio nacional. En la actualidad ese tipo de estructuras sólo existen en el trazado fronterizo terrestre. Ello determina que, conjuntamente con la mención a “*la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla*”, que claramente parece también referirse a la delimitación fronteriza terrestre,

este nuevo procedimiento sólo resulta de aplicación en los supuestos de intento de acceso por vía terrestre.

Por su parte, las referencias a “*cruzar irregularmente la frontera*” e “*impedir su entrada ilegal en España*” son inequívocas en cuanto a la necesidad de que no se haya cruzado la frontera o no se haya producido ya la entrada en territorio español. No puede pretender cruzar irregularmente la frontera quien ya la ha traspasado y está en territorio español. Del mismo modo, no se puede intervenir para impedir una entrada ilegal en España respecto de quien ya está en territorio español. Ello determina que, por decisión legislativa, este nuevo procedimiento sólo resulta de aplicación en aquellos supuestos en que todavía no se haya producido el acceso a territorio nacional.

2. De ese modo, atendiendo al tenor literal de esta nueva regulación, el procedimiento de “rechazo en frontera” no resultaría aplicable a los siguientes supuestos:

(a) El ciudadano extranjero es interceptado cuando ha accedido o intentado acceder a Ceuta y Melilla por vía marítima a nado o mediante cualquier tipo de embarcación.

Los ciudadanos extranjeros que sean interceptados en el mar territorial, las aguas interiores o en la playa no están intentando superar elementos de contención fronterizos en tanto que en la actualidad ninguna estructura estable y permanente ha sido ubicada con la finalidad de proteger ese acceso. Además, cualquier playa española es territorio nacional, como también son zonas sujetas a la soberanía española las aguas de la orilla de dichas playas y el mar territorial.

(b) El ciudadano extranjero es interceptado cuando ha accedido o intentado acceder a alguna de las islas, islotes o peñones de soberanía española situados frente a las costas de Marruecos.

De nuevo, sin entrar en la compleja cuestión de si el islote de Perejil y el Peñón de Vélez La Gomera o el Peñón de Alhucemas, los islotes de San Antonio, del Mar y de Tierra o el archipiélago de las Chafarinas forman parte de las demarcaciones territoriales de ambas ciudades autónomas, es también concluyente la ya mencionada inexistencia de elementos de contención fronterizos en el acceso a dichas plazas de soberanía, así como el hecho de que quien accede a ellas ya está en territorio nacional español.

(c) El ciudadano extranjero es interceptado cuando ya ha descendido completamente la valla interior.

Una vez que ya está superado todo el vallado, incluyendo el descenso de la llamada valla interior, cualquier actuación ya no se produce en el contexto temporal de un intento de superar un elemento de contención fronterizo. Por otro lado, además, y como se viene reiterando con otros supuestos, en estos casos la interceptación se produce ya dentro de territorio español.

(d) El ciudadano extranjero es interceptado cuando está en la zona de intervallado o encaramado a cualquiera de las vallas.

Estos supuestos son los que, en principio, parecían constituir el ámbito de aplicación genuino de la nueva figura del “rechazo en frontera”. Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente jurídica y atendiendo a los criterios de interpretación ya señalados, el procedimiento de “rechazo en frontera” tampoco podrá resultar de aplicación en estos supuestos. Nadie ha puesto en duda en ningún momento –tampoco las autoridades del Ministerio del Interior– que el vallado, elemento de contención fronteriza por excelencia de las ciudades de Ceuta y Melilla, está completamente ubicado en toda su estructura en territorio español ya sobrepasada la línea de demarcación territorial de ambas ciudades autónomas con Marruecos. Pues bien, partiendo de esa realidad incontrovertible, la intervención a desarrollar por las autoridades españolas respecto de quien se encuentre en el entramado de la valla ya no será en el marco del cruce irregular de una frontera –que ya ha sido traspasada–, ni con el fin de frustrar una entrada ilegal en España –que ya ha sido consumada–. Es el propio legislador el que, a través de una torpe redacción del precepto, imposibilita su aplicación al supuesto que pretendidamente era su objetivo regular.

3. La cuestión más inmediata que se plantea es cuál sería entonces el procedimiento aplicable a los casos de interceptación de ciudadanos extranjeros que pretenden acceder a Ceuta y Melilla superando el vallado si quedan marginados del ámbito de aplicación de la nueva disposición adicional décima LOEx. La conclusión, como ya se sostuvo y se fundamentó de manera desarrollada en nuestro anterior informe “*Expulsiones en caliente*”: *cuando el Estado actúa al margen de la ley*, es que el procedimiento aplicable tendría que ser, al menos, la devolución.

C) De nuevo sobre el concepto “operativo” de frontera:

1. Ante la argumentada imposibilidad de aplicar el “rechazo en frontera” a los supuestos que pretendidamente tenía por objeto regular, es previsible que los responsables del Ministerio del Interior vuelvan a acudir al concepto “operativo” de frontera para intentar soslayar el tenor literal del precepto y la imposibilidad de aplicación a la que aboca. Con este concepto “operativo” de frontera hasta el momento se ha pretendido justificar las devoluciones a Marruecos por vía de hecho sin la previa tramitación de un procedimiento. En nuestro informe “*Expulsiones en caliente*”: *cuando el Estado actúa al margen de la ley* ya se analizó detenidamente este concepto, destacando que no era posible su uso en el ámbito de la aplicación normativa, no sólo por carecer de cualquier sustento jurídico sino también porque es contrario al concepto de frontera derivado de la legislación nacional e internacional. De ese modo, resulta preciso volver a insistir en algunas de las ideas que entonces se desarrollaron, puesto que este concepto probablemente también se utilice por parte del Ministerio del Interior para justificar (i) que el “rechazo en frontera” tiene un ámbito de aplicación propio, (ii) que su aplicación no

exige un procedimiento, ya que los ciudadanos extranjeros entregados a las fuerzas marroquíes no han llegado nunca a acceder a territorio español; y (iii) que al haberse producido la interceptación fuera del territorio español no resultan de aplicación las garantías previstas en el ordenamiento jurídico español.

2. El concepto operativo de frontera tiene su origen en los graves sucesos de la playa ceutí del Tarajal en la madrugada del día 6 de febrero de 2014. La atención mediática que despertó el suceso puso en evidencia una realidad imposible de negar: la entrega sumaria de los inmigrantes que alcanzaron la playa española. También era ya abrumador el material probatorio que se había ido acumulando en relación con las entregas sumarias practicadas a través de la valla en la ciudad de Melilla. El Ministerio del Interior se vio obligado a cambiar su estrategia tradicional de negar la existencia de esas entregas por la de intentar justificar su legalidad. Entre los argumentos que se utilizaron destacó el relativo al concepto “operativo” de frontera.

Este concepto “operativo” de frontera aparece expuesto en el Informe de 8 de febrero de 2014, redactado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil y dirigido a su Director General, en relación con los hechos de la Playa del Tarajal, y que fue entregado por el Ministro del Interior al Congreso de los Diputados el 7 de marzo de 2014. Según dicho concepto, en casos como el de la playa de Tarajal, los inmigrantes que fueron devueltos nunca habrían estado en territorio español porque, a pesar de atravesar aguas indubitadamente nacionales y llegar a pisar la playa, no habrían conseguido traspasar la línea que formaban los cuerpos de los guardias civiles que esperaban en la arena. Con la misma lógica, el Ministerio del Interior sostiene que cuando los inmigrantes intentan acceder a las ciudades autónomas saltando la valla perimetral, hay que sortear ambas vallas pues *“la valla interna materializa la línea con la que el Estado, en una decisión libre y soberana delimita, a los solos efectos del régimen de extranjería, el territorio nacional”*. Según los responsables gubernamentales, al no haber tocado territorio nacional, a los inmigrantes no les sería aplicable la legislación de extranjería y las garantías que reconoce.

3. La idea de que la frontera pueda retrotraerse hasta la línea formada por agentes de la Guardia Civil en una playa española o por la valla interior en las ciudades de Ceuta y Melilla en las zonas de doble o triple valla, de modo tal que sólo superada esa línea de agentes o la valla interior se accede a territorio nacional, no resulta jurídicamente asumible, tal como ya se argumentó ampliamente en nuestro anterior informe (págs. 7 a 9). Las fronteras se fijan por acuerdos y normas internacionales de obligado cumplimiento. A partir de esta normativa es indubitado que cualquier playa española, también la de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, son territorio nacional, como también son zonas sujetas a la soberanía española las aguas de la orilla de dichas playas, ya que o bien son aguas interiores, al estar dentro de las líneas de base utilizadas para delimitar el mar territorial, o bien son mar territorial. Del mismo modo, también es notorio que la valla externa que delimita en determinadas zonas estas ciudades de Marruecos y que fue

levantada en un primer momento por el Gobierno español, está construida sobre territorio español. En este sentido ya se manifestaba con claridad el Defensor del Pueblo en su informe 2005 (vid. pág. 292) y recientemente, con argumentación basada en los tratados internacionales sobre el particular, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, en Auto de 11 de septiembre de 2014 en el marco de la investigación penal abierta por episodios de estas devoluciones sumarias en los que está imputado el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil en Melilla.

En términos generales, basta con llamar la atención sobre el hecho de que las fronteras no pueden ser determinadas de forma caprichosa para un caso concreto violando, entre otros elementales principios, el de la prohibición de la arbitrariedad y el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). No resulta jurídicamente defendible la tesis de que el Gobierno pueda modificar a su libre albedrío, “mediante una decisión libre y soberana” los límites del territorio nacional, aunque fuera, como textualmente se señala, “a los solos efectos de la ley de extranjería”, es decir, con la finalidad de eludir por parte de la Administración el cumplimiento de obligaciones legalmente impuestas y restringir derechos reconocidos a los ciudadanos extranjeros.

Por tanto, en la medida en que la redacción de la nueva disposición adicional décima LOEx parte de ese concepto operativo de frontera –el territorio español sólo comienza tras superarse los elementos de contención fronterizos– y que dicho concepto carece de cualquier tipo de respaldo legal, resulta imposible dotar de un ámbito de aplicación coherente a este precepto.

4. Este concepto operativo de frontera tampoco tiene capacidad para evitar que cuando un ciudadano extranjero es interceptado por autoridades españolas o sus agentes, con independencia de que sea o no territorio español, deba aplicarse el ordenamiento jurídico español en la actuación desarrollada por esas autoridades.

Hay que recordar que el sometimiento de la actuación de los poderes públicos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) se proyecta no sólo a los supuestos en que la actividad de estos poderes se desarrolla en zona de soberanía territorial española, sino que, también, quedan sometidos al imperio de la ley por la mera circunstancia de ser una actividad desarrollada por empleados públicos españoles en el desempeño de sus cargos (STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2). Así lo ha declarado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al señalar que *“cuando un Estado, mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce control y autoridad y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del artículo 1, de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título I del Convenio que sean pertinentes en la situación del individuo”* (STEDH de 27 de febrero de 2012, *as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, apartado 74). E, igualmente, ha sido puesto de manifiesto en el ya citado informe del Defensor del Pueblo de 2005, al incidir en que *“también ha de recordarse que la actuación de los funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad de nuestro país, dentro y fuera de nuestro territorio —y singularmente las zonas*

neutrales que separan Ceuta y Melilla del territorio marroquí— está también regulada por la ley española” (pág. 292).

5. En relación con lo hasta ahora expuesto, cabe afirmar que:

(a) La regulación de un régimen especial para Ceuta y Melilla en la nueva disposición adicional décima LOEx tiene como objetivo introducir un nuevo –y distinto– procedimiento en la legislación de extranjería con el fin de excepcionar cualquier posible aplicación del procedimiento de devolución en los supuestos que concretamente regula.

(b) El tenor literal de este precepto contiene dos referencias que son relevantes desde un punto de vista interpretativo para delimitar el ámbito de aplicación del “rechazo en frontera” que son la mención a los elementos de contención fronterizos y a que el intento que se está desarrollando por los extranjeros sea “*para cruzar irregularmente la frontera*” y la finalidad del rechazo sea “*impedir su entrada ilegal en España*”. Esto determina que este nuevo procedimiento sólo resulta de aplicación en los supuestos de intento de acceso por vía terrestre y cuando todavía no se haya producido el acceso a territorio nacional.

(c) El rechazo en frontera no resultaría aplicable, por tanto, cuando (i) se ha accedido o intentado acceder a Ceuta y Melilla por vía marítima, bien sea a nado o mediante cualquier tipo de embarcación; (ii) se ha accedido o intentado acceder a alguna de las islas, islotes o peñones de soberanía española situadas frente a las costas de Marruecos; (iii) ya se ha descendido completamente la valla interior; y (iv) cuando se está en la zona de intervallado o se es interceptado estando encaramado a cualquiera de las vallas, habida cuenta de la realidad incontrovertida de que las vallas están completamente ubicadas en territorio nacional ya traspasada la línea fronteriza.

(d) La imposibilidad de aplicar la nueva disposición adicional décima LOEx a los supuestos en que el ciudadano extranjero sea interceptado cuando pretende superar el vallado ubicado en Ceuta y Melilla determina que, a pesar de la pretensión expresada en la inclusión de la figura del “rechazo en frontera”, el procedimiento aplicable en estos supuestos sea, al menos, la devolución.

(e) La argumentada imposibilidad no puede soslayarse acudiendo a un concepto “operativo” de frontera, por carecer éste de cualquier sustento jurídico y ser contrario al concepto de frontera derivado de la legislación nacional e internacional.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE “RECHAZO EN FRONTERA”: DERECHOS Y GARANTÍAS IRRENUNCIABLES

1. La conclusión alcanzada en el apartado anterior no excusa que se continúe con el estudio técnico-jurídico de otros aspectos controvertidos que plantea la regulación de este nuevo procedimiento. Incluso sosteniendo que el “rechazo en frontera” es el procedimiento aplicable a quienes son interceptados intentando superar las vallas

perimetrales de Ceuta y Melilla, la disposición adicional décima incluye un apartado segundo con un contenido inequívoco: “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”.

Una muy conocida cita latina dice que “*In claris non fit interpretatio*” (ante la claridad no cabe interpretación). Esta cita es de perfecta aplicación a este caso. Sea lo que sea el “rechazo en frontera” y con independencia de cómo pretenda ejecutarse, el rechazo debe de practicarse con respeto a los derechos fundamentales y garantizando la posibilidad de asilo. No hacía falta decirlo. Ninguna norma jurídica y ninguna actuación de la administración pueden ser contrarias ni a los derechos fundamentales ni al derecho de asilo. En todo caso, la nueva redacción del apartado segundo de la disposición adicional décima LOEx no permite albergar la más mínima duda jurídica de que la forma tradicional en que venían siendo practicadas las devoluciones sumarias por parte de la Guardia Civil también es contraria a la nueva normativa. Sólo desde la más inexcusable ignorancia del derecho o desde la mala fe jurídica puede sustentarse que las devoluciones sumarias, tal como se vienen practicando, cuentan con cobertura normativa en la nueva figura del “rechazo en frontera”. Nuestro anterior informe ya señalaba que la entrega por la vía de hecho a la policía marroquí de personas que están bajo la custodia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, es contraria a la Constitución Española, a la normativa comunitaria y al derecho regional e internacional de los derechos humanos y que cualquier intento de dotarlas de cobertura legal resultaba inviable. Y ambos aspectos se ponen de manifiesto y son reconocidos con la inclusión de esta nueva cláusula.

2. A pesar de lo expuesto, existen importantes indicios que auguran que las devoluciones sumarias van a seguir realizándose tal y como se han conocido tradicionalmente y que el argumento para sustentar su legalidad va a ser, precisamente, esta reforma legislativa. La experiencia de que, al menos, desde 2005 –con gobiernos de diferentes partidos políticos– las devoluciones sumarias de ciudadanos extranjeros en las fronteras marítimas y terrestres de Ceuta y Melilla se han venido sucediendo y el hecho de que la intención expresada en reiteradas ocasiones por el Ministerio del Interior y por los Grupos parlamentarios populares del Congreso y el Senado durante la tramitación legislativa de esta reforma era que se pretendía dar una cobertura legal a este proceder de las entregas sumarias, no permiten ser optimistas en que ni los problemas interpretativos expuestos en el epígrafe anterior ni la incontrovertible claridad del apartado segundo de la disposición adicional décima LOEx sean un obstáculo para las autoridades del Ministerio del Interior. Tan obvio es ahora que el rechazo en frontera debe realizarse respetando los derechos fundamentales como lo era antes que las devoluciones a Marruecos de las personas interceptadas en la valla también debían de haberse practicado respetando los derechos fundamentales y no mediante devoluciones sumarias o “expulsiones en caliente”.

La escasa atención técnica en la redacción de la disposición adicional décima, que no concreta mínimamente ni derechos ni garantías, la inexistencia de unas pautas de actuación, así como las devoluciones sumarias que han marcado la actuación en las vallas, hacen temer que con la introducción del apartado segundo de la disposición adicional décima LOEx tan sólo se haya pretendido salir al paso del rechazo internacional provocado por estas prácticas y que al amparo de la figura del “rechazo en frontera” la Guardia Civil va a seguir entregando a las fuerzas marroquíes a los ciudadanos extranjeros interceptados al margen de cualquier procedimiento o a través de una apariencia de procedimiento que no garantice de manera efectiva los derechos de estas personas.

Ante esta sospecha, es preciso recordar que cualquier actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sobre las personas bajo su custodia –tanto si han sido interceptadas en territorio nacional como si todavía no han accedido a él–, debe respetar unos principios y unos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico al que todos, también las autoridades del Ministerio del Interior y sus agentes, están sometidos. Insistiendo en lo ya argumentado en nuestro primer informe –y en la línea de los pronunciamientos de las instituciones de la Unión Europea, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas con responsabilidad en materia de derechos humanos–, hay que volver a incidir en que las entregas sumarias y cualquier norma que pretendiera dar cobertura a esa práctica están condenadas a ser desautorizadas bien, como sería lo más deseable, por el Tribunal Constitucional (TC), por ser contrarias a la Constitución española (CE); bien por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por ser contrarias a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); bien por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por ser contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); o bien por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH-ONU), por ser contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Textos, todos ellos, de obligado cumplimiento para España y cuyo contenido, garantías esenciales de los ciudadanos frente al ejercicio del poder, debe ser respetado por todos los poderes del Estado –ejecutivo, legislativo y judicial– (art. 9.1 CE).

3. Al margen de los problemas interpretativos del ámbito de aplicación del “rechazo en frontera” que ya han sido señalados y más allá de cuál hubiera sido la finalidad perseguida con esta reforma legislativa, no cabe sostener jurídicamente que la disposición adicional décima LOEx da cobertura normativa a las devoluciones sumarias tal como se vienen realizando. Esta nueva norma, por la redacción dada a su apartado segundo y por la necesidad de que sea interpretada y aplicada de una manera sistemática y armónica con el resto de ordenamiento jurídico, no permite que a través de una simple vía de hecho y al margen de cualquier procedimiento, sin singularizar el acto administrativo, sin identificar a la persona sobre la que recae, sin darle audiencia, sin asistencia letrada, sin posibilidad alguna de control judicial de esta actuación, se entregue a ciudadanos extranjeros a las fuerzas de seguridad de un país extranjero, sin ponderar los riesgos de que no cumplan con los estándares internacionales del trato debido a las personas que se ponen bajo su

custodia. Esta actuación es expresión máxima de la arbitrariedad del poder y retrotrae a actuaciones previas a la comprensión contemporánea de los derechos humanos.

La aprehensión y entrega a las fuerzas marroquíes de ciudadanos extranjeros es un acto administrativo para cuya adopción es necesario un procedimiento que respete unos principios y unos derechos que, ante la falta de desarrollo en la nueva disposición adicional décima LOEx, conviene recordar y que se reconducen a dos grupos de garantías interrelacionados: los principios y garantías esenciales que han de regir la actuación de la Administración en un Estado de derecho (A) y la singular atención que debe dispensarse en los procesos administrativos de control migratorio a las situaciones de especial vulnerabilidad y a los principios específicos en relación con los actos que impliquen la entrega de personas a autoridades de otro país (B).

A) Principios y garantías esenciales en la actuación administrativa

1. Uno de los pilares básicos del Estado de derecho es el control del poder para evitar su arbitrariedad. En el ámbito del ejercicio del poder por parte de las administraciones públicas, la plasmación de la interdicción de la arbitrariedad tiene un reconocimiento expreso en el art. 9.3 CE y en la obligación establecida en el art. 9.1 CE de la sujeción de los poderes públicos –al igual que los ciudadanos– a la Constitución y al resto de ordenamiento jurídico y en el art. 103.1 CE del sometimiento pleno a la ley y al derecho de la Administración Pública.

El sometimiento de la actuación de la Administración al imperio de la ley se concreta en dos grandes principios: su sujeción a un procedimiento que garantice la audiencia del interesado (a) y la posibilidad del control jurisdiccional de esa actuación (b).

(a) La sujeción de la Administración a un procedimiento que garantice la audiencia del interesado.

La Constitución establece en su art. 105.c) que la Ley regulará *“el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”*. Este mandato, que se configura formalmente como una reserva de ley, también debe ser entendido como un mandato constitucional material de que la actuación de la Administración pública se desarrolle conforme a un procedimiento y que, además, en el marco de ese procedimiento se garantice la audiencia del interesado. Este contenido material aparece también definido en el art. 41.1.b) Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) cuando se establece, dentro del derecho de toda persona a una buena administración, el de *“ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente”*.

En coherencia con la Constitución y la CDFUE, nuestra Ley de extranjería, en el capítulo dedicado a las garantías jurídicas de los ciudadanos extranjeros, declara en el art. 20.2 que *“los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento”*.

administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia al interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el art. 27 de esta Ley”, que se refiere a la concesión de visados. Estas garantías procedimental y de audiencia están reconocidas expresamente en todos y cada uno de los procedimientos en materia de control de la legalidad migratoria –expulsión, denegación de entrada en puesto habilitado y devolución– regulados en la normativa de extranjería. Sólo como ejemplo, la normativa de extranjería ha establecido en relación con la devolución –que configura como una medida de restauración de la legalidad migratoria que permite excepcionar la aplicación de un procedimiento sancionador más garantista– un procedimiento en que se exige que la decisión sea adoptada mediante resolución escrita del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, previa la observancia de las garantías de audiencia, asistencia jurídica gratuita y de un intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales (art. 58 LOEx, en relación con el art. 23 RLOEx). Igualmente, el procedimiento de denegación de entrada a quien pretende acceder a territorio español por puesto habilitado sin cumplir los requisitos establecidos para la entrada, exige “resolución motivada, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el mismo momento de efectuarse el control en el puesto fronterizo” (art. 26.2 LOEx).

Es más, los importantes derechos y libertades que se arriesgan en este tipo de procedimientos administrativos de control de la legalidad migratoria determinan que la garantía de audiencia se haya visto profundamente reforzada al establecerse por el art. 22 LOEx el derecho de los ciudadanos extranjeros sometidos a estos procedimientos administrativos a la asistencia letrada y a la de intérprete, incluso con carácter gratuito si no cuentan con recursos económicos suficientes. El art. 22. 2 LOEx dispone que “los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita”.

Con la nueva reforma legislativa y la inclusión de la novedosa figura del “rechazo en frontera”, podrá haberse pretendido introducir en nuestra normativa de extranjería un nuevo procedimiento, distinto de los ya existentes, para decidir la expulsión y entrega a las fuerzas de otro país a personas interceptadas por las fuerzas de seguridad española. Sin embargo, a la luz de la normativa constitucional, la comunitaria, el derecho regional e internacional de los derechos humanos y, desde luego, de la propia exigencia del apartado segundo de la disposición adicional décima LOEx, es ineludible que el “rechazo en frontera” sólo puede configurarse y desarrollarse como un mecanismo que garantice un procedimiento debido en que se respeten los derechos de audiencia del interesado,

asistencia letrada y de un intérprete, que deberá ser gratuita en caso de carecer de medios económicos.

(b) El control jurisdiccional de la actuación de la Administración

El art. 106.1 CE, como un segundo aspecto también íntimamente vinculado a la prohibición de arbitrariedad y al sometimiento de la Administración pública a la Constitución, establece el control jurisdiccional, entre otros, de *“la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”*. En correspondencia con ello, el art. 24.1 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a que se posibilite un control judicial efectivo de las actuaciones de la Administración pública que afecten a sus derechos o intereses. Este derecho a la tutela judicial efectiva también se consagra en los art. 47 de la CDFUE, 6.1 CEDH y 14.1 PIDCP.

Así, dentro de las garantías jurídicas de los ciudadanos extranjeros, el art. 20.1 LOEx establece que *“los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva”* y el art. 21.1 LOEx, el derecho al recurso contra los actos administrativos, disponiendo que *“los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes”*. Esta garantía, además, se ve reforzada en el art. 22.1 LOEx, al reconocer que *“los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles”*.

Materialmente, las devoluciones sumarias impiden cualquier posibilidad de control jurisdiccional de la legalidad de esa actuación de la Administración pública desde el mismo momento en que, al consistir en una vía de hecho en que no resulta preciso identificar siquiera al sujeto sobre el que recae, no se singulariza a ninguna persona respecto de la que poder reconocer un eventual derecho vulnerado o un interés en que se analice la legalidad de la actuación ante los tribunales de justicia. A esos efectos, y trasladando estas reflexiones al derecho regional europeo de los derechos humanos y al concreto contexto de las expulsiones en materia de extranjería, el art. 13.1 CEDH establece como una garantía esencial *“(…) la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la vulneración haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”*. Este precepto ha servido al TEDH para, en conjunción con el artículo 3 CEDH, garantizar este derecho al control jurisdiccional de la legalidad de la actuación de la Administración en los procesos de expulsión (SSTEDH de 21 de enero de 2011, *as. M.S.S. c. Bélgica y Grecia*; de 22 de abril de 2014, *as. A.S. y otros c. España*), argumentando que las expulsiones por la vía de hecho imposibilitan el acceso a los procedimientos de extranjería y con ello a los expulsados se les priva de la posibilidad de impugnar la ilegalidad de su expulsión y la vulneración de sus derechos.

Por tanto, el rechazo en frontera, con independencia de su ámbito de aplicación, a la luz de la normativa constitucional, la comunitaria, el derecho regional e internacional de los derechos humanos y, desde luego, de la propia exigencia del apartado segundo de la disposición adicional décima LOEx, sólo puede configurarse y desarrollarse como un

mecanismo que garantice su control judicial efectivo, lo que implica, al menos, la identificación de los interesados, el dictado de una resolución administrativa individualizada debidamente motivada, que se notifique el régimen de recursos contra la misma y que se posibilite la asistencia jurídica gratuita en dicho procedimiento.

2. En conclusión, puede haberse tenido la pretensión de que la nueva regulación del rechazo en frontera excepcionara la aplicación de los procedimientos de control de la legalidad migratoria hasta ahora vigentes en la normativa de extranjería respecto de los ciudadanos extranjeros interceptados pretendiendo superar el vallado de las ciudades de Ceuta y Melilla. Sin embargo, no puede pretenderse excepcionar a través de la figura del rechazo en frontera los elementales principios constitucionales que han de informar la actuación de cualquier Administración pública dentro de un Estado social y democrático de derecho.

B) Situaciones de especial tutela en los procedimientos de extranjería.

1. La necesidad de observar un mínimo procedimiento, con respeto a las garantías y derechos esenciales acabados de exponer, para poder entregar a las autoridades de Marruecos a un ciudadano extranjero interceptado intentando superar el vallado de Ceuta y Melilla es también imprescindible para dar cumplimiento a los compromisos españoles en materia de derechos humanos. Como recordábamos en nuestro anterior informe, los derechos humanos constituyen una conquista de la dignidad frente a la barbarie y un hito que reclama continuos avances en su toma de conciencia, en su volcado al Derecho positivo y, sobre todo, en garantizar que los logros obtenidos en este ámbito sean respetados por medio del desarrollo de mecanismos para la consecución de su efectividad y la persecución y castigo de sus contraventores. El Estado español reconoce y consagra los derechos fundamentales dentro de su Constitución y tiene ratificados multitud de acuerdos internacionales que hacen imposible la legitimación de prácticas contrarias a los derechos fundamentales de las personas como son los rechazos o devoluciones sumarios. La propia Constitución española da entrada a la exigencia de una interpretación conforme de los derechos fundamentales con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás acuerdos internacionales que los despliegan y desarrollan (art. 10.2 CE).

En ese sentido, las exigencias sobre la necesidad de que el rechazo en frontera se desarrolle como un procedimiento en que se respete el principio de audiencia, así como la asistencia letrada y de intérprete si la persona no entiende o habla español, y se posibilite su control jurisdiccional efectivo deriva también del cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y, desde luego, de la propia exigencia del apartado segundo de la disposición adicional décima LOEx. La proyección de estos principios y garantías esenciales cumplen en sí mismo un fin que los hace irrenunciables en el desarrollo de toda actuación administrativa en el marco de un Estado de derecho. Ahora bien, cuando se trata de procedimientos administrativos de control migratorio, estos

principios y garantías esenciales tienen, además, una función instrumental de primer orden. Cumplen la finalidad de posibilitar el cumplimiento de la obligación del Estado español y de su Administración pública de dispensar la debida atención a situaciones de especial vulnerabilidad que están asociadas, muy frecuentemente, a la irregularidad migratoria como son los casos –pero no sólo– de menores de edad no acompañados (a) y solicitantes de asilo o protección subsidiaria internacional (b); y garantizar el cumplimiento de principios esenciales en los procedimientos migratorios que implican la entrega a autoridades de otro país como son evitar incurrir en las prohibiciones de expulsiones colectivas y el principio de no devolución (c).

(a) Los menores de edad extranjeros no acompañados.

España se ha comprometido internacionalmente, y así lo recoge su normativa interna, a proteger la indemnidad de personas migrantes en situación de especial vulnerabilidad. Uno de esos supuestos, frecuentemente presente entre quienes intentan acceder a Ceuta y Melilla, es el de los menores de edad no acompañados o separados. No debiera ser necesario recordar que, con independencia de que puedan tener la condición de refugiados o necesitar algún otro tipo de protección internacional, por su minoría de edad son destinatarios de todo el sistema de reconocimiento, promoción y protección de los derechos del niño, que parte de su vulnerabilidad y consagra la necesidad de una protección especial y de atender al interés superior del menor. Estos principios deben primar sobre cualquier otro tipo de consideraciones.

Una vez que el menor accede a territorio nacional o es interceptado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en su intento de acceder a territorio nacional, se encuentra bajo la jurisdicción del Estado español, que está obligado a garantizar el disfrute de todos sus derechos, tal y como recoge la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y nuestro ordenamiento jurídico interno. A estos efectos, es de destacar la Observación General núm. 6 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6, Septiembre de 2005). En su labor de interpretación de la Convención, el Comité establece una lista de principios aplicables que comienzan con el siguiente: *“Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican con referencia a todos los menores que se encuentran dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción (art. 2). Estas obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado. Por otra parte, las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado parte, de modo que, –salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores sin excluir a los*

solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes– con independencia de su nacionalidad o apatridia, y su situación en términos de migración” (subrayado nuestro).

Entre los principios que han de regir la aplicación de la Convención en los casos de menores migrantes no acompañados o separados, el Comité también subraya el principio de no devolución, sobre el que volveremos más adelante, pero que referido a los menores adquiere un especial contenido y alcance derivado de la triple vulnerabilidad que confluye en estos casos: la que proviene de la minoría de edad, del desamparo y de la condición de migrante irregular. Es por ello que el Comité, en su labor interpretativa, entiende que *“en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no sólo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser ulteriormente trasladado”* (punto 27 de la Observación), artículos de la Convención que aluden a los derechos básicos como el derecho a la vida, a la libertad o a no sufrir torturas. Como especificidad del principio de no devolución en el caso de los menores, el Comité establece que *“la evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”* (punto 27 de la Observación).

No parece que sea necesario un mayor desarrollo para demostrar que cualquier procedimiento, llámese devolución o rechazo en frontera, que por su forma de tramitación o por la interpretación o aplicación que se haga del mismo, implique la entrega por parte de las autoridades españolas de un ciudadano extranjero menor de edad a las autoridades marroquí sin posibilitar que se le dispense la debida protección, supone una infracción de la Convención de los Derechos del Niño, de nuestro ordenamiento interno y, por supuesto, de la Constitución española, cuyo art. 39.4 establece que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

(b) Los solicitantes de asilo y protección subsidiaria internacional.

El art. 13.4 CE dispone que *“la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”*. El derecho de asilo también está recogido en la normativa de la Unión Europea con el rango de derecho fundamental en el art. 18 CDFUE. En el ámbito internacional, además, España está comprometida a respetar y garantizar este derecho como país signatario de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. El derecho de asilo está desarrollado en España en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que define el asilo como la protección que se dispensa a los refugiados y que se definen como *“toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de*

dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país” (art. 3). Junto al asilo, la ley introduce el derecho a la protección subsidiaria que, según su artículo 4, se dispensa a aquellas personas que no tienen la condición de refugiado pero respecto a los cuales existen motivos fundados de que, de volver al país del que son nacionales o al país de su última residencia en el caso de los apátridas, su vida e integridad sufriría grave peligro en los términos del artículo 10 de esta Ley. Un ejemplo de protección subsidiaria es el de aquellas personas que, sin sufrir en su país una persecución concreta e individualizada sobre su persona, requisito del asilo, no pueden volver sin riesgo grave para sus vidas por existir, por ejemplo, una situación de guerra o de violencia indiscriminada.

Este derecho al asilo y a la protección internacional subsidiaria es otro supuesto paradigmático de situaciones a las que se debe prestar una especial atención en los procedimientos de control migratorio por la vulnerabilidad de los refugiados. Estas situaciones, sin embargo, están desprotegidas en las entregas sumarias a Marruecos de ciudadanos extranjeros y tampoco han recibido la atención que merecen en el desarrollo normativo del “rechazo en frontera”. En su visita a Melilla del mes de enero de 2015 el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muiznieks, ya declaró que las devoluciones “en caliente” de inmigrantes en la frontera “no se ajustan a la legalidad internacional” y legalizarlas pondría en riesgo el sistema de protección de asilo. Se crearía “un precedente muy negativo”, que podría suponer “el principio del fin” del sistema de asilo y protección internacional. En la pretensión de hacer frente a esa situación, en el apartado tercero de la disposición adicional décima se establece que “*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*”. Sin embargo, tras la introducción en el Senado de la enmienda que dio lugar al texto finalmente aprobado, el Sr. Muiznieks emitió una declaración, de 13 de marzo de 2015, en la que puso de manifiesto la carencia de garantías de esta nueva regulación para posibilitar el ejercicio del derecho al asilo, asegurar el principio de no devolución e impedir las expulsiones colectivas, de tal manera que “este nuevo contexto legal puede suponer una ruptura en las garantías por las que la comunidad internacional ha luchado duramente desde la Segunda Guerra Mundial”³.

Los temores del Comisario de Derechos Humanos parecen confirmarse. A los precedentes de la actuación de las autoridades del Ministerio del Interior y sus agentes en

³ <http://www.coe.int/en/web/commissioner/country-report/spain>. Esta preocupación sobre la imposibilidad de que con las devoluciones sumarias se permita identificar situaciones de especial riesgo desde la perspectiva de la necesidad de protección internacional también aparece expresamente reflejada en el *Informe al Gobierno español sobre la visita a España del Comité Europeo para la prevención de la tortura del 14 al 18 de julio de 2014* [CPT/inf (2015) 19] (<http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf>), en que el Comité recomienda que “se den instrucciones claras a los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad para asegurar que los migrantes irregulares que hayan entrado en territorio español no serán devueltos por la fuerza a Marruecos antes de una evaluación individualizada con el fin de identificar a personas que necesitan protección, evaluar las necesidades y tomar las medidas apropiadas”, apartado 50.

la valla y a la decisión de establecer una regulación legal omitiendo aspectos esenciales de cualquier tipo de procedimiento mínimamente garantista, se suma como motivo de preocupación y escepticismo las declaraciones del Ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, negando la posibilidad de solicitar asilo a quien salta la valla y vinculando dicha negativa a la reciente apertura de oficinas de asilo en los puestos fronterizos habilitados de Ceuta y Melilla⁴.

Ciertamente, si se confirma la pretensión del Ministerio del Interior de que la figura del “rechazo en frontera” tenga como único fin dar cobertura legal a las devoluciones sumarias a Marruecos tal como se han venido ejecutando, la inclusión del apartado tercero de la disposición adicional décima LOEx no tendrá ninguna relevancia más allá de poder mostrarla en los ámbitos internacionales para justificar que el derecho de asilo queda formalmente salvaguardado. Sin embargo, un análisis de este apartado tercero no permite concluir, como ha afirmado el Ministro del Interior, que quien accede a territorio nacional a través de la valla perimetral no pueda solicitar asilo fuera de las referidas oficinas.

Una interpretación de estas características, en primer lugar, supone desconocer la realidad del funcionamiento fronterizo. El acceso a las oficinas fronterizas de asilo de los puestos habilitados de Ceuta y Melilla implica el haber podido traspasar previamente el control migratorio desarrollado por las autoridades marroquí, lo que es inviable para los ciudadanos subsaharianos en situación de irregularidad migratoria. De hecho, de todas las solicitudes de asilo formuladas hasta el 15 de marzo de 2015 en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla, ninguna de ellas ha sido efectuada por ciudadanos de países subsaharianos. En todo caso, una interpretación que implique negar la posibilidad de solicitar asilo a aquellos ciudadanos que sean interceptados por la Guardia Civil intentando superar el vallado supone vulnerar el sistema de protección internacional que establece la normativa internacional, comunitaria y nacional, y que convertiría a la disposición adicional décima LOEx en una norma ilegal e inconstitucional también por este motivo.

Este apartado tercero admite una interpretación de acuerdo con la cual su finalidad es asegurar la existencia en Ceuta y Melilla de oficinas en los puestos fronterizos donde se puedan presentar solicitudes de protección internacional de acuerdo con lo previsto en el art. 21 de la Ley 12/2009. La apertura de esas oficinas de asilo en estos puestos fronterizos, en realidad, viene a paliar una grave y prolongada anomalía. A pesar de que la Ley 12/2009 recoge la posibilidad de presentar solicitudes de asilo en los puestos fronterizos, sin embargo, no era posible en Ceuta y Melilla –a pesar de ser las fronteras más sensibles desde esa perspectiva– por el simple hecho de que no existían oficinas habilitadas para tal fin. Ahora bien, ello no implica que, por la circunstancia de no haberse formalizado la solicitud de asilo en dichas oficinas, quien sea interceptado cruzando la valla quede inhabilitado o desposeído del derecho a solicitar asilo. El art. 16.1 de la Ley 12/2009 establece

⁴ Según nota emitida por Europa Press, el 9 de febrero de 2015, el Ministro habría anunciado la próxima apertura de oficinas de asilo en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla, declarando textualmente que "quedará muy claro que aquellas personas que intentan entrar ilegalmente no son personas que en principio tengan derecho a esta petición de asilo y protección internacional, porque podrán ejercerlo a través de esas oficinas habilitadas"

que las solicitudes de asilo y protección internacional, además de poder formalizarse en los puestos fronterizos y en los Centros de Internamiento para Extranjeros, pueden también presentarse dentro del territorio español. En ese sentido, no cabe negar, como ya argumentábamos en nuestro anterior informe y hemos reiterado en el presente, que los ciudadanos extranjeros interceptados en el espacio de entre vallas, cuando están encaramados a cualquiera de las vallas o una vez superada la valla interior están en territorio español. Del mismo modo, tampoco cabe discutir que, por el mero hecho de la interceptación, el ciudadano extranjero está bajo la custodia y control efectivo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. A partir de ello, la única conclusión jurídicamente posible es que el ciudadano extranjero, al estar bajo la jurisdicción del Estado español, puede hacer efectiva la solicitud de asilo en cualquiera de los modos que habilita la normativa española y no sólo en las oficinas del puesto fronterizo.

Por tanto, cualquier procedimiento, llámese devolución o rechazo en frontera, que por su forma de tramitación o por la interpretación o aplicación que se haga del mismo implique la entrega por parte de las autoridades españolas de un ciudadano extranjero a las autoridades marroquí sin posibilitar que se haga efectivo el ejercicio del derecho a solicitar asilo supone una infracción de la normativa internacional en la materia y, por supuesto, del art. 13.4 CE.

(c) La prohibición de expulsiones colectivas y el principio de no devolución.

Otra de las funciones que necesariamente debe cumplir todo procedimiento de control migratorio, especialmente los que tienen como finalidad la entrega o remisión de un ciudadano extranjero a otro país, es garantizar que no se incurre en la prohibición de expulsiones colectivas o en la contravención del principio de no devolución.

El art. 4 del Protocolo 4º del CEDH y el art. 19.1 CDFUE prohíben las expulsiones colectivas de extranjeros. Lo determinante de esta prohibición, tal como ha sido interpretada en las STEDH de 5 de febrero de 2002, *as. Conka c. Bélgica*; de 23 de febrero de 2012, *as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia*; o de 3 de julio de 2014, *as. Georgia c. Rusia*, no es que recaigan sobre un grupo más o menos numeroso de personas –criterio meramente cuantitativo–, sino que no se garantice la posibilidad de realizar alegaciones ni la constancia de quién es la persona sometida a expulsión o si está necesitada de una especial protección –criterio cualitativo–. En atención a ello, las devoluciones sumarias, tal como se viene practicando hasta ahora, o cualquier interpretación y aplicación de la nueva figura del “rechazo en frontera” que no permita individualizar, identificar y documentar a los ciudadanos extranjeros entregados a las autoridades marroquí, también estarían incursas en la prohibición de expulsiones colectivas.

Por su parte, en lo que se refiere al principio de no devolución, su contenido tradicional ha sido el de garantizar que no se hiciera entrega de un ciudadano extranjero a un país en el que su vida o libertad corran peligro o donde quede expuesto al riesgo de sufrir penas o tratos inhumanos y degradantes. Este principio, aunque aparece especialmente vinculado al derecho de asilo, con una plasmación expresa en el art. 33 de

la citada Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, ampara a cualquier persona que vaya a ser entregada a su país de origen o a un tercer país por motivos migratorios. Además, como se expuso anteriormente, su estándar de aplicación es especialmente riguroso cuando se trata de menores de edad, tal y como ha señalado en Comité de Derechos del Niño en su labor interpretativa de la Convención.

La aplicación del principio de no devolución por motivos migratorios aparece recogida en el art. 19.2 CDFUE, al proclamar que “*nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes*”, y en el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre. Por su parte, el TEDH, aunque el CEDH no alude expresamente a este principio, ha hecho una interpretación de su art. 3, en que se establece la prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, incluyendo la prohibición de expulsión de los extranjeros a un país respecto del que existan motivos suficientes para pensar que la persona expulsada puede ser sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes. De ese modo, se ha configurado una jurisprudencia que acoge el principio de no devolución y de la que se ha hecho aplicación no sólo a los supuestos de expulsión o deportación de solicitantes de asilo (SSTEDH de 11 de enero de 2007, *as. Salah Sheekh c. Países Bajos*; 23 de febrero de 2012, *as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia*; o de 19 de diciembre de 2013, *as. N.K. c. Francia*) sino a cualquier supuesto de expulsión, recordando que los Estados tienen obligación de asegurarse del trato al que se exponen los migrantes que devuelven a sus países de origen o de procedencia (SSTEDH de 5 de mayo de 2009, *as. Selle c. Italia*; o 3 de diciembre de 2009, *as. Daoudi c. Francia*). Igualmente, el Tribunal Constitucional también ha establecido esta misma limitación en relación con la posibilidad de entrega de ciudadanos a otros países al amparo del art. 15 CE (así, STC 140/2007, de 4 de junio).

En relación con esta prohibición, y tratándose de entregas a Marruecos, no puede dejar de destacarse el contenido de las denuncias e informes de organizaciones sociales de derechos humanos⁵ y de organismos internacionales de protección⁶, que ponen en duda el

⁵ Sólo como ejemplo, Human Rights Watch, *Abused and Expelled. Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco* (2014) (www.hrw.org/sites/default/files/reports/morocco0214_ForUpload_0.pdf); Servicio Jesuita a Migrantes-Europa, *Migrantes forzosos en Marruecos y Melilla* (2014) (www.pensamientocritico.org/jrseur0614.pdf); Comisión de Observación de Derechos Humanos (2014) (www.cvongd.org/ficheros/documentos/informe_melilladdhh_difusion.pdf); o Médicos sin fronteras, *Violencia, vulnerabilidad y migración: atrapados a las puertas de Europa. Un informe sobre los migrantes subsaharianos en situación irregular en Marruecos* (2013) (http://www.atrapadosenmarruecos.org/doc/informemarruecos2013_cast.pdf).

⁶ Informe del Comité contra la tortura de Naciones Unidas de 21 de diciembre de 2011, CAT/C/MAR/CO/4, §26, (http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.MAR.CO.4_sp.pdf); Informe del Relator especial sobre tortura y otras penas y tratos cueles, inhumanos y degradantes Juan E. Méndez de su misión a Marruecos de 28 de febrero de 2013, A/HRC/22/52/Add.2, §§ 24 y 25, (<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC->

respeto de Marruecos a los derechos humanos de las personas migrantes, especialmente cuando son de origen subsahariano y, en consecuencia, la existencia de indicios que permiten pensar que la persona expulsada puede ser sometida a tratos contrarios a los estándares internacionales. De ese modo, con carácter previo a cualquier entrega deben despejarse las dudas que puedan subsistir en relación con el concreto trato que va a ser dispensado a los ciudadanos extranjeros entregados a las autoridades marroquíes. Especialmente, debe seguirse la recomendación del Comité Europeo para la prevención de la tortura de que “teniendo en cuenta el riesgo de malos tratos infligidos por los miembros de las fuerzas auxiliares marroquíes a los migrantes irregulares, devueltos a Marruecos, la CPT recomienda que las autoridades españolas aseguren que ninguna persona es entregada a ellos”⁷.

Por tanto, cualquier procedimiento, llámese devolución o rechazo en frontera, que por su forma de tramitación o por la interpretación o aplicación que se haga del mismo implique la entrega por parte de las autoridades españolas de un ciudadano extranjero a las autoridades marroquíes sin posibilitar que se haga efectivo ejercicio del derecho de no devolución o poniendo de manifiesto, por la falta de individualización y singularización de la decisión, que se trata de una expulsión colectiva supone una infracción de la normativa constitucional, la comunitaria, el derecho regional e internacional de los derechos humanos y, desde luego, de la propia exigencia del apartado segundo de la disposición adicional décima LOEx.

3. En relación con lo hasta ahora expuesto, cabe afirmar que:

(a) La disposición adicional décima LOEx, al margen de los problemas interpretativos sobre su ámbito de aplicación y más allá de cuál hubiera sido la finalidad perseguida con su inclusión en la normativa de extranjería, no da cobertura jurídica a las devoluciones sumarias de los ciudadanos extranjeros que están siendo interceptados saltando las vallas perimetrales de Ceuta y Melilla, tal como se están ejecutando en la actualidad.

(b) La mención en el apartado segundo de la disposición adicional décima a la necesidad de que el “rechazo en frontera” respete la normativa internacional de derechos

[22-53-Add-2 en.pdf](#)); y, expresamente, en relación con las devoluciones sumarias en Melilla, el *Informe al Gobierno español sobre la visita a España del Comité Europeo para la prevención de la tortura del 14 al 18 de julio de 2014* [CPT/inf (2015) 19] (<http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf>) en sus apartados 42 a 55.

⁷ *“In the light of the risk of ill-treatment by members of Moroccan Auxiliary Forces of irregular migrants returned to Morocco, the CPT recommends that the Spanish authorities ensure that no person is handed over to them”, Informe al Gobierno español sobre la visita a España del Comité Europeo para la prevención de la tortura del 14 al 18 de julio de 2014* [CPT/inf (2015) 19], apartado 54 (<http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf>). Esta recomendación no ha sido objeto de ningún tipo de observación en la Respuesta dada por el Gobierno español al informe. Al respecto, Respuesta del Gobierno español al *Informe del Comité Europeo para la prevención de la tortura sobre su visita a España del 14 al 18 de julio de 2014* [CPT/inf (2015) 20] (<http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-20-inf-eng.pdf>), apartado 54, pág. 25.

humanos y de protección internacional de la que España es parte y la obligación de que esta nueva regulación sea interpretada y aplicada de una manera sistemática y armónica con el resto de ordenamiento jurídico determina que cualquier concreción del “rechazo en frontera” deba respetar (i) los principios y garantías esenciales que han de regir la actuación de la Administración en un Estado de derecho y (ii) la especial atención que debe dispensarse en los procesos administrativos de control migratorio a las situaciones de especial vulnerabilidad y a sus principios específicos.

(c) Los principios y garantías esenciales que han de ser respetados en el “rechazo en frontera” son que ha de configurarse como un procedimiento (i) en que se respeten los derechos de audiencia del interesado y a la asistencia letrada y de un intérprete, que deberá ser gratuita en caso de carecer de medios económicos; y (ii) que garantice su control judicial efectivo, lo que implica, al menos, la identificación de los interesados; el dictado de una resolución administrativa individualizada debidamente motivada y que se notifique el régimen de recursos contra la misma.

(d) El rechazo en frontera debe posibilitar de una manera efectiva que se dispense una especial atención, entre otros, a (i) los menores de edad extranjeros no acompañados y (ii) los solicitantes de asilo y protección subsidiaria. Además, el procedimiento de rechazo debe garantizar (iii) el respeto a los principios de prohibición de expulsiones colectivas y no devolución. De ese modo, la figura del “rechazo en frontera” a la luz de la normativa constitucional, la comunitaria, el derecho regional e internacional de los derechos humanos y, desde luego, de la propia exigencia del apartado segundo de la disposición adicional décima LOEx, nunca puede ser interpretada ni aplicada de modo que no permita la tutela de dichas situaciones o la observancia de los mencionados principios.

IV. CONCLUSIONES

1. A través de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, se ha reformado la Ley de extranjería, introduciendo una disposición adicional décima que crea figura del “rechazo en frontera”, estableciendo un régimen especial para Ceuta y Melilla. El objeto de este informe es el análisis de dicha figura, confrontándola con la persistente actuación de la Guardia Civil en estas ciudades autónomas consistente en la entrega a las fuerzas marroquíes, por la vía de hecho y al margen de cualquier procedimiento, de personas interceptadas en el perímetro fronterizo. Es lo que se conoce como “devoluciones en caliente”.

2. La disposición adicional décima LOEx es producto de un uso abusivo de la enmienda parlamentaria, que según la doctrina de Tribunal Constitucional no puede ser utilizada para, aprovechando un procedimiento legislativo en tramitación, introducir *ex novo* materias ajenas al mismo. Esta reforma, al ser manifiesto que responde a una decisión consciente del poder ejecutivo, debería haberse operado a través de la tramitación de la

correspondiente iniciativa legislativa del Gobierno y no mediante el subterfugio de una enmienda parlamentaria. De ese modo, se ha eludido la emisión de dictámenes preceptivos, cuya finalidad es pronunciarse sobre su corrección técnica y compatibilidad con el ordenamiento jurídico, y se ha hurtado la posibilidad de un debate en la sociedad civil sobre una reforma de tan hondo calado.

3. La prolongada práctica de las devoluciones sumarias, su justificación por el Ministerio del Interior argumentando que no eran “devoluciones” sino “rechazos”, la intención expresada de dotarlas de cobertura legal y la escasa atención técnica en la redacción de la nueva regulación, que omite aspectos esenciales de cualquier procedimiento mínimamente garantista, hacen prever que nada vaya a cambiar en la actuación de la Guardia Civil en las fronteras de Ceuta y Melilla. Ante esta sospecha, es preciso subrayar que la disposición adicional décima LOEx no da cobertura jurídica a las entregas sumarias de los ciudadanos extranjeros que están siendo interceptados cruzando las vallas perimetrales de Ceuta y Melilla, tanto por (i) problemas interpretativos en la determinación de su ámbito de aplicación como por (ii) exigencias derivadas de la normativa constitucional, la comunitaria, el derecho regional e internacional de los derechos humanos y, desde luego, (iii) del apartado segundo de la propia disposición adicional décima LOEx. Esto es, la práctica de las devoluciones sumarias sigue siendo radicalmente ilegal también a la luz de la nueva regulación y puede dar lugar a responsabilidades penales y disciplinarias.

4. El análisis de este precepto determina que este nuevo procedimiento sólo resulta de aplicación en los supuestos de intento de acceso por vía terrestre y cuando todavía no se haya producido el acceso a territorio nacional, tal como se deriva de la mención que se contiene a los elementos de contención fronterizos –que por definición sólo pueden referirse a estructuras de carácter permanente establecidas *ex professo* en la zona fronteriza con objeto de dificultar el acceso al territorio nacional– y a que el intento que se está desarrollando por los extranjeros sea “*para cruzar irregularmente la frontera*” y la finalidad del rechazo sea “*impedir su entrada ilegal en España*”. Por tanto, el rechazo en frontera no resultaría aplicable, cuando la persona extranjera: (i) ha accedido o intentado acceder a Ceuta o Melilla por vía marítima, bien sea a nado o mediante cualquier tipo de embarcación; y (ii) ha accedido o intentado acceder a alguna de las islas, islotes o peñones de soberanía española situadas frente a las costas de Marruecos. En ambos casos no se está intentando superar elementos de contención fronterizos en tanto que en la actualidad ninguna estructura estable y permanente ha sido ubicada con la finalidad de proteger esos accesos y cualquier playa española es territorio nacional, como también los son las aguas de la orilla de dichas playas, el mar territorial y las islas, islotes y peñones de soberanía española situadas frente a las costas de marruecos. Tampoco ese rechazo resulta aplicable cuando la persona extranjera (iii) ya ha descendido completamente la valla interior; y (iv) cuando esté en la zona de intervallado o ha sido interceptada encaramada en cualquiera

de las vallas, habida cuenta de la realidad incontrovertida de que las vallas están completamente ubicadas en territorio nacional.

5. La imposibilidad de aplicar la nueva disposición adicional décima LOEx a los supuestos en que el ciudadano extranjero sea interceptado cuando está intentando superar el vallado ubicado en Ceuta y Melilla determina que, a pesar de la pretensión expresada en la inclusión de la figura del “rechazo en frontera”, el procedimiento aplicable en estos supuestos sea, al menos, la devolución. Dicha imposibilidad no puede ser soslayada acudiendo a un concepto “operativo” de frontera, por carecer de cualquier sustento jurídico y ser contrario al concepto de frontera derivado de la legislación nacional e internacional.

6. El apartado segundo de la disposición adicional décima LOEx recoge expresamente la necesidad de que el “rechazo en frontera” respete la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. Además esta nueva regulación ha de ser interpretada y aplicada de una manera sistemática y armónica con el resto de ordenamiento jurídico. Ambos factores determinan que cualquier concreción del “rechazo en frontera” debe respetar (i) los principios y garantías esenciales que han de regir la actuación de la Administración en un Estado de derecho y (ii) la especial atención que debe dispensarse en los procesos administrativos de control migratorio a las situaciones de vulnerabilidad y a sus principios específicos. Cualquier concreción del “rechazo en frontera” que no posibilite estas garantías será contraria a la legalidad. La situación geográfica y singularidad de Ceuta y Melilla nunca podrán servir para justificar que son territorios en que se excepcione el Estado de Derecho.

7. Los principios y garantías esenciales que han de ser respetados en el “rechazo en frontera” son que (i) ha de configurarse como un procedimiento en que se respeten los derechos de audiencia del interesado y a la asistencia letrada y de un intérprete, que deberá ser gratuita en caso de carecer de medios económicos. Además (ii) deberá garantizar la posibilidad de control judicial efectivo, lo que implica, al menos, la identificación de los interesados, el dictado de una resolución administrativa individualizada debidamente motivada y que se notifique el régimen de recursos contra la misma. La audiencia al interesado y la posibilidad de control jurisdiccional son principios necesarios para garantizar el sometimiento de la Administración al imperio de la ley, uno de los pilares en que se sustenta el Estado de derecho.

8. Estas garantías tienen en los procedimientos administrativos de control migratorio, además, una función instrumental de primer orden: son imprescindibles para el cumplimiento de la obligación del Estado español de (iii) dispensar la debida atención a situaciones de especial vulnerabilidad como es el caso, pero no exclusivo, de los menores de edad no acompañados o de los solicitantes de asilo o protección internacional

subsidiaria, así como para (iv) garantizar la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de no devolución. Este principio proscribe la entrega de cualquier ciudadano extranjero, no sólo de solicitantes de protección internacional, a un país donde corra peligro su vida o quede expuesto al riesgo de sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes. Por tanto, con carácter previo a cualquier entrega deben despejarse las dudas que puedan subsistir en relación con el concreto trato que va a ser dispensado a los ciudadanos extranjeros entregados a las autoridades marroquíes. Especialmente, debe seguirse la recomendación del Comité Europeo para la prevención de la tortura de que “teniendo en cuenta el riesgo de malos tratos infligidos por los miembros de las fuerzas auxiliares marroquíes a los migrantes irregulares, devueltos a Marruecos, la CPT recomienda que las autoridades españolas aseguren que ninguna persona es entregada a ellos” [CPT/inf (2015) 19, apartado 54].

9. La entrega de menores extranjeros no acompañados sin respetar los principios y garantías señalados vulnera todo un sistema de protección de los derechos del niño suscrito por España, en el que prima la necesidad de una protección especial y atender al interés superior del menor por encima de cualquier otro tipo de consideraciones. Tal y como ha declarado el Comité de Derechos del Niño, en su labor interpretativa de la Convención de Derechos del Niño, “las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional”. Asimismo ha declarado que el principio de no devolución, tratándose de menores, adquiere un especial contenido y alcance derivado de la mayor vulnerabilidad que concurre en estos casos, debiendo ser singularmente rigurosos en su aplicación.

10. El apartado tercero de la disposición adicional décima, que establece que “las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos”, en modo alguno puede interpretarse en el sentido de que quien accede a territorio nacional a través de la valla perimetral no pueda solicitar protección internacional incluso fuera de las oficinas de asilo de los pasos fronterizos. Ello supondría vulnerar la normativa internacional, comunitaria y nacional al respecto. Una vez los ciudadanos extranjeros están en territorio nacional o bajo la custodia o control efectivo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se hallan bajo la jurisdicción del Estado español y pueden hacer efectiva la solicitud de protección internacional en cualquiera de los modos que habilita la normativa española y no sólo en las oficinas del puesto fronterizo.

11. Nada reclama más el principio de responsabilidad colectiva y el concurso de una ética cautelar que la preservación de los derechos humanos, siempre amenazados por el precipicio del miedo al diferente. Cuando éstos se refieren a los “otros”, a los que no constituyen el “nos-otros” y, en particular, a las personas extranjeras vulnerables, el riesgo de una anestesia moral colectiva frente a su conculcación se multiplica. Asegurar

exquisitamente los procedimientos y las formalidades en la producción legislativa y conformarla respetuosamente con el resto del ordenamiento jurídico, sobre todo si tiene rango superior, son exigencias básicas de la más elemental técnica jurídica, pero también garantía de que no bajamos el listón ético de nuestra sociedad ni la intensidad de nuestros valores democráticos. El trato a los extranjeros en la frontera sur nos puede dignificar como personas o, por el contrario, aproximarnos a la barbarie. Hoy, con nuestra falta de sensibilidad humana y de rigor jurídico, corremos el riesgo de que la barbarie, más que amenazar las murallas de nuestra civilización como antaño, crezca dentro de nosotros y de nuestros miedos para acabar devorándonos.