

Revista Crítica Penal y Poder
2019, nº 18
Diciembre (pp. 28-39)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



**LA VULNERACIÓN DE DERECHOS EN LA FRONTERA SUR:
DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE AL RECHAZO EN FRONTERA**

THE VULNERATION OF RIGHTS IN THE SOUTHERN BORDER:

FROM HOT RETURNS TO REJECTION IN BORDER

Margarita Martínez Escamilla*

Catedrática de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid

José Miguel Sánchez Tomás*

Letrado del Tribunal Constitucional

Profesor Titular de Derecho penal. Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

Las fronteras de Ceuta y Melilla son las únicas fronteras terrestres de España con países que no son de la Unión Europea y las únicas que actualmente mantiene la Unión Europea con África. Esas fronteras se han convertido en un preciado paso para acceder a la Unión Europea por los migrantes provenientes de Asia y África sin tener que intentar un, siempre peligroso, acceso marítimo. Su protección se ha convertido en una prioridad. Físicamente, son fronteras que se protegen por un complejo de altas vallas metálicas coronadas por peligrosos elementos cortantes. Este trabajo analiza, en primer lugar, las políticas públicas y los instrumentos normativos usados por España en protección de esas fronteras. Estas políticas han evolucionado desde las meras devoluciones en caliente - entrega de las personas interceptadas en las vallas sin ningún tipo de procedimiento ni posibilidad de

* Investigadora Principal del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)], en cuyo marco se ha elaborado este artículo.

* Miembro del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)], en cuyo marco se ha elaborado este artículo.

tutela jurídica - a un intento de darles cobertura normativa mediante la regulación del rechazo en frontera. Este trabajo también expone, en segundo lugar, la lucha jurídica desarrollada por parte de la sociedad civil para evitar que en estas prácticas el estado español vulnerara los derechos fundamentales de los migrantes. De momento, el TEDH ha dictado la primera sentencia condenatoria a España. Se está a la espera de que se resuelva el reenvío solicitado por el Gobierno de España y de otros asuntos planteados ante ese Tribunal para solventar de manera definitiva esta crisis jurídica de los derechos humanos protagonizada por los gobiernos españoles durante los últimos 15 años.

Palabras clave: frontera sur, devoluciones en caliente, expulsiones sumarias, rechazo en frontera, prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros.

ABSTRACT

The borders of Ceuta and Melilla are the only land borders of Spain with non-European Union countries and the only ones currently maintained by the European Union with Africa. These borders have been converted is a precious step to access the European Union for migrants from Asia and Africa without having to try, always dangerous, maritime access. Your protection has become a priority. Physically, they are borders that are protected by a complex of high metal fences crowned by dangerous sharp elements. This paper analyzes, in the first place, the public policies and the normative instruments used by Spain in protection of those borders. These policies have evolved from mere hot returns - delivery of people intercepted on the fences without any procedure or possibility of legal protection - to an attempt to provide them with regulatory coverage by regulating od rejection in border. This work also exposes, secondly, the legal struggle developed by civil society to avoid that in these practices the Spanish state violates the fundamental rights of migrants. For the moment, the ECHR has issued the first sentence condemning Spain. It is waiting for the resubmission requested by the Government of Spain and other matters raised before that Court to resolve this legal crisis of human rights led by the Spanish governments during the last 15 years.

Keywords: southern border, hot returns; push back, rejection in border, prohibition of collective expulsion of aliens.

1. El control de la frontera sur y las devoluciones en caliente

La necesidad del control del acceso irregular de migrantes y la entrada en vigor del Acuerdo de Schengen el 26 de marzo de 1995 propiciaron la construcción, a cargo de fondos europeos, de un vallado protector en las fronteras de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla con Marruecos en la segunda mitad de los años 90 del siglo XX bajo el gobierno del Partido Popular. En 2005, con el Partido Socialista Obrero Español en el gobierno, se refuerzan esas vallas fronterizas con el argumento de los continuos asaltos en grupo a estas fronteras por parte de migrantes. Jurídicamente, un problema vinculado a la construcción de estas vallas fue la actuación a desarrollar cuando alguien era interceptado intentado superar estos dispositivos de control fronterizo. Muy temprano la sociedad civil denunció que la práctica desarrollada por los agentes de la Guardia Civil - cuerpo competente para la custodia de las fronteras - era entregar a Marruecos a las personas interceptadas en las vallas sin seguir ningún procedimiento.

Dos fechas esenciales destacan en estas prácticas. La primera es el verano de 2005, caracterizado por la profusión de intentos de superar el vallado de Melilla, con la correlativa respuesta española de entregar a las personas interceptadas a las autoridades de Marruecos sin ningún tipo de procedimiento. Ello provocó una respuesta institucional del Defensor del Pueblo, que, en su informe de 2005 presentado ante las Cortes Generales, denunció estas prácticas anticipando todos los problemas de vulneración de derechos humanos que planteaban (Defensor del Pueblo, 2006; 290-310). La segunda fecha fue el 6 de febrero de 2014. Unas 300 personas se concentraron en la zona marroquí de la playa El Tarajal intentando acceder a nado hasta la zona española en la ciudad de Ceuta. La desproporcionada reacción de la Guardia Civil fue el uso de material antidisturbios contra las personas que estaban nadando en el agua. Resultaron muertas quince personas por ahogamiento. Veintitrés de los migrantes, que lograron acceder a la playa de Melilla, fueron detenidos por agentes de la Guardia Civil y devueltos sin procedimiento alguno a Marruecos a través de puertas de servicio del vallado (Ca-minando Fronteras, 2014). Lo más destacado es que hubo imágenes de esas entregas y, por primera vez, la opinión pública española tomó conciencia de la existencia de estas prácticas¹. La evidencia de la actuación provocó un doble fenómeno: (i) el intento de justificación jurídica de estas prácticas por parte del Ministerio de Interior y (ii) una eclosión de estudios jurídicos académicos, institucionales y de la sociedad civil sobre este fenómeno, que de manera unánime ponían de manifiesto la ilegalidad de estas actuaciones del Estado español (Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, 2016: 1091; Sánchez Tomás, 2018: nota 11).

¹ La más completa compilación de imágenes de estas prácticas son las captadas en la valla de Melilla por el fotoperiodista y activista de los derechos humanos don José Palazón Osma, que recopila desde 2007 en el blog: <https://melillafronterasur.blogspot.com/> (acceso: 9 de diciembre de 2019).

2. El frustrado intento de justificar la legalidad de las devoluciones en caliente

La tragedia de la playa El Tarajal y la desafortunada respuesta para la pretendida protección de la frontera española generó una inquietud política que conllevó la necesidad de que el Gobierno explicará en sede parlamentaria aquellas actuaciones. Por lo que se refiere a las llamadas devoluciones en caliente, los responsables del Ministerio del Interior utilizaron dos líneas argumentales: (i) que el ciudadano extranjero nunca ha llegado a acceder a territorio nacional, sosteniendo para ello un concepto “operativo” de frontera; y (ii) que estas prácticas tendrían cobertura en el Acuerdo entre España y Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente.

La primera línea argumental es que la entrega inmediata sin ningún tipo de procedimiento previo ni documentación del hecho vendría a ser una especie de denegación de entrada de ciudadanos extranjeros que, intentando acceder a España por un puesto no habilitado al efecto, nunca han llegado a estar en territorio nacional. El fundamento de esta afirmación es un pretendido concepto “operativo” de frontera. Este concepto 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, entregado por el Ministerio del Interior al Congreso de los Diputados el 7 de marzo de 2014. En lo que se refiere al acceso a través del vallado, se afirma que “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”, de modo tal que solo cuando el inmigrante rebasa la valla interna “alcanza el territorio nacional y, a estos efectos, queda sujeto al régimen general de extranjería”.

Esta idea nunca resultó jurídicamente asumible. Es indubitado que incluso la valla externa que delimita en determinadas zonas Ceuta y Melilla de Marruecos está enteramente construida sobre territorio español. Además, no existe ninguna norma jurídica –nacional o internacional- que otorgue cobertura legal a este concepto operativo de frontera que pretende una delimitación caprichosa de la soberanía territorial violando elementales principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). En cualquier caso, un concepto operativo de estas características carecía de cualquier tipo de sustento en el concepto de responsabilidad internacional. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en lo que hace a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ha reiterado 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*, § 74). Por tanto, con independencia de que la actividad de los agentes de la Guardia Civil tuviera lugar en zona de soberanía española o fuera de ella, lo relevante desde la perspectiva de la normatividad a aplicar es que lo hacen en calidad de funcionarios públicos y en el ejercicio de sus funciones, quedando sometidos al estricto

cumplimiento del derecho nacional, regional e internacional de los derechos humanos, que es de aplicación en España.

La segunda línea argumental utilizada por el Ministerio del Interior para justificar estas prácticas fue el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, de aplicación provisional desde el 25 de abril de 1992, y con entrada en vigor definitiva el 21 de octubre de 2012. Pero tampoco resultaba jurídicamente asumible. Este acuerdo no permite desplazar la normativa interna respecto del procedimiento a desarrollar para tomar la decisión de que un migrante queda sometido a una medida de retorno coactiva. Mas limitadamente, el objeto de este tipo de acuerdos internacionales es determinar cómo se articular materialmente la entrega a las autoridades de un tercer país de una persona respecto de la que ya se ha decidido su repatriación. Por tanto, el acuerdo de readmisión no es un título jurídico que permita excepcionar los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería respecto de la decisión de entrega de ciudadanos extranjeros en situación irregular en territorio español. Al margen de ello, además, el propio acuerdo establece otra serie de obligaciones recíprocas para la ejecución de las entregas, como la identificación e individualización de las personas entregadas o la documentación por escrito de dichas entregas, que tampoco estaban siendo respetadas por estas prácticas de las devoluciones en caliente, constitutivas de meras vías de hecho.

Frente a estos ejes argumentales, un análisis de la regulación de extranjería española - Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) y del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (RLOEx) - evidencia la radical ilegalidad de estas prácticas por no responder a ninguno de los procedimientos previstos en esta normativa, como son (i) la denegación de entrada, (ii) la expulsión y (iii) la devolución.

(i) La denegación de entrada es la decisión administrativa adoptada por un agente del Cuerpo Nacional de Policía - cuerpo encargado del control migratorio en los puestos fronterizos - de no autorizar a un extranjero el acceso al territorio nacional por los puestos fronterizos habilitados al efecto por considerar que no reúne los requisitos establecidos en la normativa de extranjería. Como toda decisión administrativa, está sometida a un procedimiento que es el establecido en el art. 26 LOEx, conforme al cual “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 procedimiento se desarrolla con más detalle en el artículo 15 RLOEx. En este contexto normativo, incluso con el intento de justificación del Ministerio del Interior de las devoluciones en caliente como una suerte de denegación de entrega de personas que no han llegado a acceder a territorio

nacional por un puesto no habilitado, hubiera sido necesario, al menos, aplicar este procedimiento regulado en los arts. 26 LOEx y 15 RLOEx.

(ii) La expulsión es la decisión administrativa sancionatoria adoptada por el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente a imponer frente a la comisión de determinadas infracciones administrativas en materia de extranjería (art. 57 LOEx). A los efectos que ahora se analizan, mientras el art. 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 art. 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”². De nuevo, esta decisión sancionadora de expulsión está sometida al desarrollo de un procedimiento con todas las garantías, incluidas las constitucionales del art. 24.2 CE, propia del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Por tanto, tampoco bajo esta institucionalidad la práctica de las devoluciones en caliente cuenta con la necesaria cobertura legal.

(iii) La devolución, por su parte, es la decisión administrativa de restauración de la legalidad migratoria adoptada por el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente en determinados supuestos previstos legalmente. Así, el art. 58.3.b) LOEx establece 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 art. 23.1.b) RLOEx 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 también requiere la observancia de las garantías recogidas en el mencionado artículo 23.3 RLOEx: asistencia jurídica y asistencia de intérprete si no comprende o habla las lenguas oficiales. Por tanto, esta actividad administrativa carente del carácter sancionador propia de la decisión de expulsión es la que más se ajusta en sus presupuestos fácticos a la situación de las personas interceptadas intentando superar el vallado en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, pero, como puede comprobarse, cuenta también con un procedimiento a desarrollar por las autoridades españolas.

En conclusión, una vez que acceden al conocimiento de la opinión pública las sedicentes prácticas de los agentes de la Guardia Civil de las llamadas devoluciones en caliente, los pretendidos intentos de justificación jurídica desarrollados por el Estado español chocaron

² La STJUE (Sección 4ª) de 23 de abril de 2015, *caso Zaizoune* (as. C-38/14), determinó que la expulsión no pudiera ser alternativa a la multa sino la consecuencia principal.

con la evidencia de su manifiesta ilegalidad y que solo encubrían vías de hechos lesivos de derechos de los ciudadanos migrantes.

3. La pretensión de su legalización mediante el rechazo en frontera

El Gobierno español, en la idea de que la única forma eficiente de controlar la frontera sur era persistiendo en las devoluciones sumarias, pero ya convencido de que eran unas prácticas sin cobertura legal, consideró que el problema quedaría solventado incluyendo en la legislación de extranjería este tipo de actuaciones. De ese modo, aprovechando la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, a través del Grupo Parlamentario del Partido Popular, introdujo una enmienda para incluir una disposición adicional décima en la LOEx, estableciendo un régimen especial de Ceuta y Melilla. Tras diferentes intentos de redacción, la disposición resultó con el tenor siguiente: “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.”

El procedimiento seguido para esta reforma y su contenido fueron objeto de fundadas críticas (Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, 2016: 1091-1099). La utilización de la figura de la enmienda parlamentaria no pudo disimular una utilización fraudulenta cuyo único objetivo era eludir el someter esta regulación excepcional al dictamen previo de determinados órganos garantes de la observancia del Ordenamiento jurídico, como son el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal o el Consejo de Estado. Pero, ante todo, una regulación de esas características no resolvía el problema de fondo de estas prácticas policiales, que no era tanto que carecieran de cobertura legal como que al constituir una vía de hecho suponían una actuación contraria a las más elementales garantías presentes en el derecho nacional, regional e internacional de los derechos humanos³. Ante la pretensión de que pudiera legalizarse una actuación consistente en que agentes de la

³ Ciento catorce diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; IU, IPC-EUiA, CHA: la Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; y Mixto interpusieron un recurso de inconstitucionalidad (RI 2896/2015) contra la aprobación de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, incluyendo la figura del rechazo en frontera, que está todavía pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional. Los argumentos en que se fundamenta la impugnación son: (i) la vulneración del art. 23.2 CE de los diputados porque esa disposición fue introducida por la vía de enmienda sin conexión alguna con el Proyecto de Ley en que se incluye; y (ii) se instituye un nuevo régimen de devolución sin regular su procedimiento ni establecer una garantía de revisión judicial, con vulneración de los arts. 9.3, 24.1 y 106 CE, lo que supone consagrar una verdadera vía de hecho que también es contraria a la jurisprudencia del TEDH.

Guardia Civil detengan a una persona ya en territorio nacional o intentando acceder a él y entregarla, utilizando el poder compulsivo del Estado, a las tropas auxiliares de fronteras marroquíes sin ningún tipo de procedimiento, sin identificar a la persona, sin dar trámite audiencia, sin asistencia letrada y sin posibilidad alguna de control judicial de esa actuación, es complejo intentar individualizar la totalidad de los derechos fundamentales y garantías esenciales que se ven vulnerados. Son unas prácticas que representan la expresión máxima de la arbitrariedad del poder y retrotraen a actuaciones previas a la comprensión contemporánea de los derechos humanos. En todo caso, entre las diversas tachas de inconstitucionalidad y vulneración de derechos fundamentales que pueden señalarse están: (i) que constituye una vía de hecho sin procedimiento alguno, caracterizada por la no singularización o individualización de la persona sobre la que recae el acto, que determina la negación de las garantías mínimas de cualquier procedimiento y una infracción de la prohibición de la interdicción de la arbitrariedad del poder público por impedir que pueda desarrollarse un control judicial efectivo de esa actuación; y (ii) que implica la vulneración de principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos como son los principios de protección internacional y el de no devolución y la prohibición de expulsiones colectivas.

4. El imposible pronunciamiento judicial sobre la ilegalidad de estas prácticas

La propia naturaleza de estas prácticas, caracterizadas porque no se identifica a las personas y se las entrega a un poder soberano extranjero, dificulta hasta hacer casi imposible su judicialización por los afectados para conseguir un pronunciamiento judicial sobre su legalidad. A pesar de todo, organizaciones de la sociedad civil lo intentaron por vías indirectas bien a través de la impugnación de los ya citados protocolos operativos de fronteras bien ejerciendo la acción popular en procesos penales para confirmar su ilicitud penal. Ninguna dio los resultados pretendidos.

(i) La Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) formuló recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Dirección General de la Guardia Civil que aprobaba el Protocolo Operativo de Vigilancia de Fronteras, que establecía las denominadas devoluciones en caliente, ante el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 9. El recurso fue inadmitido por Auto núm. 107/2014, de 7 de noviembre, al considerar que constaba de modo “inequívoco y manifiesto haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación (...) por tratarse de actuación no normativa o resolución no publicadas, ni acto administrativo susceptible de recurso”. La Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de abril de 2015 confirmó ese criterio, afirmándose que “[e]n el caso de autos, ni siquiera se trata de una instrucción o circular, porque el Protocolo no tiene por objeto regular aspectos organizativos de ningún órgano, sino establecer criterios dirigidos a los agentes de la Guardia Civil, en la misión de impedir la entrada ilegal de inmigrantes en territorio nacional, y en concreto en la jurisdicción de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.”

(ii) La Coordinadora de Barrios también lo intentó impugnando la Orden de Servicio de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla núm. 6/2014, de 11 de abril, sobre dispositivo anti-intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de costas y fronteras, que incluía entre sus referencias normativas el “Protocolo Operativo de vigilancia de fronteras de fecha 26/03/2014 del Mando de Operaciones de la Dirección General de la Guardia Civil”. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Melilla, por Auto núm. 422/2014, de 17 de diciembre, inadmitió el recurso afirmando que debía haberse recurrido primero en vía administrativa. Esta decisión fue revocada por la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga) de 29 de mayo de 2015. No obstante, por Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Melilla núm. 286/2015, de 19 de junio, se acordó de nuevo la inadmisión negando también el carácter normativo de esta orden de servicio para su impugnación judicial autónoma.

(iii) Diversas asociaciones presentaron una querrela en relación con las devoluciones en caliente ocurridas el 18 de junio de 2014 tras el intento de salto en la valla de Melilla, dando lugar a la incoación de las diligencias previas núm. 866/2014 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, en que resultó imputado el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla. A pesar de los esfuerzos del Juez instructor, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, por Auto núm. 83/2015, de 7 de abril, acordó el sobreseimiento parcial y provisional de la causa si bien no porque estas prácticas no fueran ilegales sino porque no podían ser consideradas un delito de prevaricación. Esta resolución fue concluyente al establecer que “el rechazo de forma inmediata de los inmigrantes interceptados en la zona intermedia del vallado, través de las puertas de la valla más cercana al territorio marroquí, sin observancia de lo estipulado por nuestro ordenamiento jurídico en materia extranjería, constituye una decisión contraria a derecho, en cuanto prescinde absolutamente de los procedimientos legales previstos, ya sea expulsión, devolución o denegación de entrada, al tiempo que ignora las garantías que asisten a los extranjeros en caso de expulsión —entendida en sentido amplio—; esto es, asistencia letrada y, en su caso, intérprete, así como derecho a un recurso efectivo, y, priva o limita gravemente el derecho a solicitar asilo” (FD 5º).

5. La condena a España en el TEDH y lo que queda por venir

La imposibilidad de judicializar el asunto ante los órganos judiciales españoles determinó que las devoluciones en caliente se llevaran ante el TEDH. La STEDH (Sala 3ª) de 3 de octubre de 2017, *as. N.D. y N.T. c España*, condenó por unanimidad a España al considerar que estas actuaciones suponen la violación de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4 del Protocolo 4 del CEDH) y del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH). Es importante destacar, por la desautorización general que suponía del concepto operativo de frontera, que el TEDH rechazó el argumento de que los hechos habían

ocurrido fuera de territorio español por no haberse superado la valla interior con una doble consideración: (i) no responde a la tozuda realidad de los hechos amparados por la legalidad internacional de que las vallas están construidas sobre territorio que de acuerdo con los tratados internacionales forma parte del Reino de España (§ 53); y, (ii) en cualquier caso, lo determinante para establecer la jurisdicción del TEDH - y, por tanto, la eventual responsabilidad de España - radica en el hecho incontestable de que esa actuación había sido desarrollada bajo control del estado español (§ 54).

A partir de ello, el razonamiento para concluir por unanimidad las vulneraciones de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros y del derecho a un recurso efectivo trae causa de la aplicación de jurisprudencia ya conocida del TEDH. Los razonamientos del TEDH para sustentar ambas vulneraciones se han limitado a una mínima constatación de la realidad de cómo se desarrollaban estas prácticas. Así, se afirma, por un lado, que “en ausencia de todo examen de las circunstancias individuales de los demandantes, al no haber sido estos, objeto de ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas [...] el TEDH estima que el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas” (§ 107); y, por otro, que “los demandantes han sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas y que no han tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión. Hay, en este caso, un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio” (§ 120). Esta resolución no es firme porque el Estado español hizo una solicitud de remisión a la Gran Sala (art. 43.1 CEDH), que fue aceptada por decisión de 29 de enero de 2018, estando todavía pendiente de resolución.

Hay dos demandas individuales más contra el Reino de España ante el TEDH por las devoluciones en caliente, pendientes de resolución: los asuntos *Doumbe Nnabuchi c. España* - núm. 19420/15 - y *Balde y Abel c. España* - núm. 20351/17 -. La segunda de ellas se refiere a hechos ya consumados después de la regulación del rechazo en frontera por lo que podrá enjuiciarse la pretendida función legalizadora de esa reforma legislativa. En ambas demandas, además, se ha preguntado al gobierno español sobre la invocación del derecho a no ser sometido a tortura (art. 3 CEDH). En el primer caso se trata de la denuncia de unos malos tratos sufridos por parte de los agentes de la Guardia Civil que consumaron su entrega a las autoridades de Marruecos y, en el segundo caso, se trata de la denuncia de malos tratos sufridos por los agentes auxiliares de fronteras de Marruecas tras consumarse la devolución en caliente. La constatación de estos tratos inadecuados por ambos cuerpos policiales a los lados de la frontera aparece reflejada en el Informe al Gobierno español sobre la visita a España del 14 al 18 de julio de 2014 del Comité Europeo para la prevención de tortura [CPT/inf (2015) 19]⁴, donde se menciona que (i) “El CPT recomienda que periódicamente se recuerde a los miembros de la Guardia Civil que el uso excesivo de

⁴ www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf (acceso: 9 de diciembre de 2019).

la fuerza está prohibido y que se castigará en consecuencia. Además, deben estar entrenados para prevenir y minimizar la violencia cuando arresten a extranjeros en la frontera. Sin embargo, cuando el uso de la fuerza es esencial, los oficiales de Guardia Civil deben poder aplicar técnicas profesionales que minimicen el riesgo de lesionar a las personas que intentan detener” (apartado 50); y “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” (apartado 54).

La pendencia de estos recursos y la práctica reiterada de estas devoluciones incluso tras la STEDH de 3 de octubre de 2017 y su justificación por parte de los responsables del Ministerio del Interior del Gobierno del PSOE, el mismo que las consideró inconstitucionales, hace albergar muy serias dudas de que su fin esté cerca. No obstante, la lucha por los derechos humanos sigue un avance imparable, aunque sea más lento de lo deseable y tendiendo enfrente a quienes en teoría debían estar en la lucha por su consolidación.

BIBLIOGRAFÍA

Ca-minando Fronteras (2014): *Informe de análisis de hechos y recopilación de testimonios de la tragedia que tuvo lugar el 6 de febrero de 2014 en la zona fronteriza de Ceuta*. Disponible en: caminandofronteras.files.wordpress.com/2014/03/informe-tarajal-marzo-2014-sn-2.pdf (acceso: 9 de diciembre de 2019).

Defensor del Pueblo (2006): *Informe anual 2005 y debate en las Cortes Generales*, Madrid, Defensor del Pueblo. Disponible en: www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2005informe.pdf (acceso: 9 de diciembre de 2019).

Gadem, Migreurope, Cimade y APDHA (2015): *Ceuta & Melilla: Centros de selección a cielo abierto a las puertas de África*. Disponible en: www.gadem-asso.org/wp-content/uploads/2016/11/rapport-ceuta-melilia-spanish.pdf (acceso: 9 de diciembre de 2019).

García Andrade, P. (2015): “Devoluciones en caliente de ciudadanos extranjeros a Marruecos”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 67, 214-220.

González García, J.V. (2015): “Expulsiones ‘en caliente’, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla”, en *Revista de Administración Pública*, nº 196, 309-329.

López-Sala, A. (2015): “La inmigración irregular en Ceuta y Melilla en 2014: prácticas de control y debate público”, en *Anuario de la Inmigración en España 2014: Flujos cambiantes, atonía institucional*, 170-191.

Martínez Escamilla, M. et al. (2014): *Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la Ley*, Madrid. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/25993> (acceso: 9 de diciembre de 2019).

- (2015): “*Rechazos en frontera: ¿frontera sin derechos?*”, Madrid. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/29379> (acceso: 9 de diciembre de 2019).

Martínez Escamilla, M. y Sánchez Tomás, J.M. (2016): “Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas ‘devoluciones en caliente’”, en M.L. Maqueda Abreu, M. Martín Lorenzo y A. Ventura Püschel (coords.), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1081-1103.

Sánchez Tomás, J.M. (2018): “Las ‘devoluciones en caliente’ en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: (STEDH, as. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)”, en *Revista española de derecho europeo*, nº 65, 101-135.