

DEVOLUCIONES ILEGALES EN LA FRONTERA SUR

Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”¹

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Catedrática de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

Profesor Titular de Derecho penal. Universidad Juan Carlos I. Madrid

SUMARIO

- I. ¿QUÉ SON LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”?
- II. LA ILEGALIDAD DE LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE” A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA.
- III. LA “HUÍDA HACIA ADELANTE” DEL MINISTERIO DEL INTERIOR.
- IV. EL CONCEPTO “OPERATIVO” DE FRONTERA.
 - A. El concepto “operativo” de frontera del Ministerio del Interior
 - B. Su inadmisibilidad jurídica
- V. LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE” Y EL ACCESO CLANDESTINO POR PUESTO NO HABILITADO.
- VI. EL ACUERDO DE READMISIÓN ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS
- VII. LA REFORMA EN CURSO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA.
 - A. La fraudulenta utilización de la enmienda parlamentaria.
 - B. La escasa seguridad jurídica que aportaría la reforma.
 - C. La vulneración de derechos y garantías esenciales.
- VIII. LA VERTIENTE PENAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA
- IX. CONCLUSIONES

Fecha de publicación: 10 de febrero de 2015

¹ Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449).

I. ¿QUÉ SON LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”?

La política europea y española de gestión de la inmigración irregular interpreta los flujos migratorios como una amenaza y los gestiona en clave de seguridad, reforzando instrumentos jurídicos y medios materiales para afrontar lo que se ha denominado “lucha” contra la inmigración irregular. Se trata de una lucha despiadada en la que no se escatiman medios materiales, desde sofisticados sistemas de detección a alambradas coronadas de concertinas, pero en la que tampoco se repara en instrumentos jurídicos que a veces cortan tanto o más que las cuchillas. Una lucha que no es a la postre sino una guerra sin cuartel contra los migrantes no deseados, contra los hombres y mujeres que no tienen cabida en los angostos y excluyentes cauces de la inmigración legal. Y es también una lucha contra aquellas otras personas que huyen de la persecución o de situaciones de violencia indiscriminada y a las que la normativa internacional y nacional reconoce una protección que groseramente se ignora en las fronteras. En la denominada “Frontera Sur”, este combate desigual y desproporcionado presenta ciertas pautas de actuación que podrían calificarse de guerra “sucía”, pues el Gobierno, a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en concreto de la Guardia Civil, viene lesionando la ley y los derechos de personas, en muchas ocasiones especialmente vulnerables. Uno de los ejemplos más obvios y flagrantes de esta guerra “sucía” son las denominadas “expulsiones o devoluciones en caliente”.

Con la expresión “expulsiones o devoluciones en caliente” se alude a la actuación de las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas. En cuanto tienen como denominador común que la devolución se verifica prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, la expresión “devoluciones o expulsiones en caliente” es aplicable tanto si estas prácticas recaen sobre personas interceptadas saltando las vallas fronterizas que separan Ceuta y Melilla de Marruecos, han accedido a estas ciudades por mar o han alcanzado alguna de las islas de soberanía española situadas frente a las costas de Marruecos, por hacer referencia a los supuestos en los que existe constancia de tales prácticas. También se han acreditado casos de “expulsiones en caliente” de personas que de forma indubitada se hallaban dentro de las ciudades autónomas. Los casos documentados son incontables. A continuación, tan sólo algunos ejemplos.

Playa de Tarajal, Ceuta, madrugada del 6 de febrero de 2014 en la que murieron quince inmigrantes cuando intentaban acceder a la costa ceutí. Muchos de quienes lean estas líneas conservarán en la retina las imágenes de la Guardia Civil devolviendo sin

contemplaciones a territorio marroquí a un grupo de inmigrantes que, tras sortear pelotas de goma y botes de humo, alcanzaron exhaustos, asustados y algunos probablemente heridos la playa española².

La devolución sumaria de personas que han saltado la primera valla e incluso la valla interior es una constante especialmente en la ciudad de Melilla. Estas prácticas están documentadas a través de numerosas grabaciones. Por mostrar alguna actuación concreta podemos señalar las imágenes del pasado 15 de octubre de 2014, en las que puede verse a la Guardia Civil golpeando a un inmigrante cuando bajaba la valla y devolverlo aparentemente inconsciente a Marruecos³.

Otra variante de estas prácticas son las “devoluciones de nadadores”, que tienen lugar cuando se obliga a deshacer el camino a quienes intentando acceder a nado han alcanzado aguas españolas⁴, así como la devolución de personas que han accedido alguno de los islotes de soberanía española situados frente a la costa marroquí. Uno de los primeros episodios de esta última modalidad fue el que tuvo lugar en la madrugada del martes 4 de septiembre de 2012 cuando la Guardia Civil entregó sin observar ningún procedimiento a las Fuerzas de Seguridad de Marruecos a las 73 personas subsaharianas que habían arribado días anteriores a la Isla Tierra. También, como apuntábamos, se han producido devoluciones de personas que indubitadamente se hallaban en el interior de las ciudades de Ceuta y Melilla⁵.

² Estas imágenes pueden verse en: http://www.cuatro.com/las-mananas-de-cuatro/2014/febrero/19-02-2014/Imagenes-Guardia-Civil-actuacion-Tarajal_2_1751430092.html. Casi un año después, la investigación por las muertes prácticamente no ha avanzado y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta, mediante Auto de 17 de diciembre de 2014, ha acordado su inhihición a favor de la Audiencia Nacional, estando pendiente la resolución de esta cuestión al tiempo de escribir estas líneas. Para más información sobre los hechos del 6 de febrero, vid. CAMINANDO FRONTERAS, *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*, en concreto los testimonios contenidos en las páginas 18 y ss. El informe puede descargarse en el siguiente link: <http://www.mugak.eu/ceuta-la-muerte-en-la-frontera/informe-de-analisis-de-hechos-y-recopilacion-de-testimonios-de-la-tragedia-que-tuvo-lugar-el-6-de-febrero-caminando-fronteras>.

³ Vid. <http://vimeo.com/109091397>

⁴ Vid. <http://www.elmundo.es/espana/2014/02/11/52fa29d0ca47419a1f8b456e.html>

⁵ A nuestro juicio este sería el caso de Mohamed Camara e Ibrahima Sare, dos menores subsaharianos tutelados por la Consejería de Bienestar de la Melilla. Subrayamos “a nuestro juicio” porque las Diligencias Previas 459/2013, que en su día se abrieron por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Melilla, han sido definitivamente archivadas tras una lánguida investigación, por estimar que no queda acreditado que los menores hubieran sido llevados a Marruecos por la fuerza por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y ello a pesar de la declaración en el juzgado de uno de estos menores que afirmó poder reconocer al menos a uno de los agentes y las posibilidades de recabar más material probatorio. Sobre este caso vid. el reportaje aparecido en *Periodismo humano*: <http://periodismohumano.com/migracion/expulsado-ilegalmente-de-espana-dos-veces-siendo-menor.html>. Según el reportaje ambos menores fueron detenidos por “una persona que se identificó como “inspector” les instó a que subieran a un vehículo y les condujo hasta la valla de seguridad que separa a la ciudad autónoma de Marruecos donde, según afirman, fueron entregados a agentes

Dado su carácter eminentemente jurídico, difícilmente podemos reflejar en este artículo la situación humana que hay detrás de los intentos de acceder a España. Sin embargo, es necesario tener presente dicha realidad, así como la violencia que acompaña a los episodios de devoluciones y la brutalidad demostrada especialmente por las fuerzas de seguridad marroquíes.

Este trabajo trae causa en el informe “*Expulsiones en caliente*”: *cuando el Estado actúa al margen de la ley*⁶, en el que se pone de manifiesto la ilegalidad de estas prácticas, así como la inviabilidad de los argumentos esgrimidos por el Gobierno para justificarlas. Buena parte de dicho informe se recoge en el presente trabajo, completándose con nuevas consideraciones debidas a la evolución del tema, en particular por la imputación del máximo responsable de la Guardia Civil de Melilla por episodios de devoluciones a través de la valla, analizándose asimismo y especialmente el intento de dotar de cobertura legal estas prácticas a través de la reforma de la Ley de Extranjería que se pretende mediante la introducción de una enmienda al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, cuya tramitación parlamentaria coincide con la redacción del presente artículo.

dela Guardia Civil, quienes tras abrir una de las puertas de la valla, cerca del paso fronterizo de Mariuari, les obligaron a pasar al lado marroquí. “Nos preguntaron cómo habíamos entrado a Melilla y nos exigían que les diéramos nombres de los ocupantes, color y marca del vehículo en el que decían que habíamos entrado”, relata Mohamed. “Les repetimos que no éramos nuevos, que vivíamos desde hacía meses en el Centro de Menores. Pero no nos creyeron. Ibrahima llevaba más de un año en Melilla, estudiaba en un instituto y hablaba perfectamente español, pero no quisieron creernos. Estaban decididos a echarnos, dijéramos lo que dijéramos”.

⁶ Este informe puede descargarse en: <http://eprints.ucm.es/25993/>. Existe versión en inglés disponible en <http://eprints.ucm.es/27221/>. En su elaboración intervinieron, además de MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA y JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ, Profesor 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 TREMPES, 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); ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, Catedrático de Derecho constitucional de la Universitat Pompeu Fabra; IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ, Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo.

II. LA ILEGALIDAD DE LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE” A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA

Las devoluciones en caliente son radicalmente ilegales a la luz de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx) y del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (en adelante, RLOEx), ya que son una práctica que no responde a ninguno de los procedimientos previstos en esta normativa, a saber: la denegación de entrada, la devolución y la expulsión.

1. Empecemos por la **denegación de entrada**, también denominada retorno, rechazo en frontera, etc., que tiene lugar en aquellos supuestos en los que al extranjero no se permite el acceso al territorio nacional por los puestos fronterizos habilitados 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.

2. Por lo que se refiere 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 al objeto de este informe afecta, 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.

Por último, artículo 58.3.b) LOEx recoge la figura de la **devolución**. 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 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 no comprende o habla las lenguas oficiales.

Por tanto, esta actividad administrativa, que también carece de carácter sancionador, es desarrollada en aquellos supuestos en los que el extranjero es interceptado en la frontera o sus inmediaciones pretendiendo acceder a España por una zona no habilitada para ello.

En resumen, la legislación de extranjería no contempla la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado expulsen a ciudadanos extranjeros que están bajo su custodia fuera del territorio español mediante vías de hecho. Los supuestos en que se está acudiendo a las llamadas “expulsiones en caliente” son casos en que, al menos, habría que acudir al procedimiento de devolución, por lo que la entrega a las autoridades de Marruecos mediante una mera vía de hecho vulnera frontalmente lo dispuesto en la legislación de extranjería.

III. LA “HUÍDA HACIA ADELANTE” DEL MINISTERIO DEL INTERIOR

Hay que reconocer que las “devoluciones en caliente” no son prácticas nuevas, sino que vendrían verificándose con anteriores gobiernos. Ya en su Informe Anual 2005, el Defensor del Pueblo criticaba las expulsiones llevadas a cabo al margen de la legalidad, siendo duramente denunciadas y alcanzando repercusión mediática las practicadas por el Gobierno de Rodríguez Zapatero tras los saltos de la valla de otoño de 2005.

No obstante, sí existe a nuestro juicio un sustancial cambio en la forma de afrontar estas prácticas por los responsables políticos tras la reactivación de la polémica a raíz de los sucesos de la playa de Tarajal. Ante la atención mediática que despertó la gravedad de los hechos —lanzamiento de pelotas de goma y botes de humo por parte de la Guardia Civil para impedir que los inmigrantes que intentaban alcanzar a nado la playa ceutí lo consiguieran y el resultado de al menos quince muertos y numerosos heridos— y ante la imposibilidad de negar las expulsiones o devoluciones de los inmigrantes que alcanzaron la playa española así como las practicadas a través de la valla especialmente en la ciudad

de Melilla, habida cuenta de la cantidad de material probatorio⁷, el Ministerio del Interior, dirigido por el Sr. Fernández Díaz, en vez de tomar las medidas necesarias para poner fin a unas prácticas claramente ilegales, que degradan la imagen de nuestro país y de sus fuerzas y cuerpos de seguridad, emprendió una “huida hacia adelante” intentando justificarlas con unos argumentos que se han demostrado carentes de rigor jurídico y que analizaremos en los epígrafes siguientes.

Ante la incapacidad para convencer de los referidos argumentos y a pesar del contundente rechazo tanto a nivel nacional como internacional, el Gobierno, a través del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, el día 21 de octubre de 2014, fecha en que concluía el plazo de enmiendas parciales al Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, introducía una enmienda con la que pretende reformar la Ley de Extranjería excepcionando su aplicación en Ceuta y Melilla, donde quiere dotar de cobertura legal a las “devoluciones en caliente”, a pesar de que, como también se demostrará en el presente artículo, dichas devoluciones sumarias son contrarias a la Constitución, al derecho comunitario y al derecho internacional de los derechos humanos. La redacción de este trabajo coincide en el tiempo con este intento, por lo que daremos pormenorizada cuenta de él y de las razones por las que no debería prosperar.

IV. EL CONCEPTO “OPERATIVO” DE FRONTERA.

Como ya apuntábamos, los responsables del Ministerio del Interior, conscientes de que las llamadas “devoluciones en caliente” carecen de cobertura legal, han intentado justificarlas con diferentes argumentos de los que analizaremos tres: que el ciudadano extranjero nunca ha llegado a acceder a territorio nacional, sosteniendo para ello un concepto “operativo” de frontera (IV); que tan sólo se encontrarían en territorio nacional quienes hayan accedido a él por los puestos habilitados (V) y 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 (VI). Tal como se analiza en los epígrafes siguientes todos estos argumentos carecen a nuestro juicio de base jurídica.

Un primer intento del Ministerio del Interior de justificar las “expulsiones en caliente” se fundamenta en la idea de que esta actuación 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. Esta idea utiliza un concepto “operativo” de frontera que, sin embargo, no resulta jurídicamente asumible.

⁷ En la obtención de este material probatorio es de destacar la labor que viene llevando a cabo la asociación PRODEIN (<http://melillafronterasur.blogspot.com.es/>).

A. El concepto “operativo” de frontera del Ministerio del Interior

El concepto “operativo” de frontera utilizado por el Ministerio del Interior aparece claramente 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 acaecidos en la frontera de Ceuta el día 6 de febrero de 2014, y que fue entregado por el Ministerio del Interior al Congreso de los Diputados el 7 de marzo de 2014. Según este informe, habría que diferenciar tres supuestos de actuaciones de la Guardia Civil en relación con los intentos de acceso a territorio nacional por puestos no habilitados desde Marruecos, a los cuales sería aplicable un concepto “operativo” de frontera distinto. Estos supuestos serían los siguientes:

1. Cuando los inmigrantes intentan entrar directamente desde el mar, “ante la imposibilidad y por supuesto la ilegalidad también, de dejar a los inmigrantes a la deriva, en el mar, con grave peligro para su integridad física, en estos casos se aplica el protocolo ordinario de las restantes costas nacionales, insulares o peninsulares, que consiste, en primer lugar, en rescatarlos, y en segundo término aplicarles el régimen general de extranjería, tal y como se ha venido haciendo siempre”. Sobre esta argumentación, nada que objetar.

2. De esta práctica el referido informe excluye los casos en que el acceso a la playa ceutí se produce desde el territorio marroquí bordeando por mar el espigón que señala la línea fronteriza entre ambos países. Según el informe, “para evitar riesgos en la integridad física de quienes intentan sobrepasar el espigón nadando, las embarcaciones de la Guardia Civil no suelen interceptarlos en la línea imaginaria sobre la mar que constituiría la frontera y que podría provocar el ahogamiento, sino que la práctica consolidada es hacer un seguimiento con la embarcación por su seguridad e interceptarlos en la línea de agua de la playa anexa con una barrera de agentes que a efectos prácticos constituye el límite fronterizo”. Es decir, “mediante una decisión libre y soberana” la frontera se retrotraería hasta el lugar donde las acciones de contención y rechazo puedan llevarse a cabo, quedando dicha línea fronteriza “materializada y visibilizada por la línea de agentes de vigilancia que, en cada caso y circunstancia, se establece desde el espigón hasta el agua de la playa que se estime necesario”.

3. En tercer lugar, cuando la entrada se produce saltando la valla, se sostiene 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 acuerdo con esto, tan sólo cuando el inmigrante rebasa la valla interna “alcanza el territorio nacional y, a estos efectos, queda sujeto al régimen general de extranjería”. Esta idea se esgrime para justificar que se aplique la “expulsión en caliente” a los inmigrantes que intentan saltar la valla, pero, por ejemplo, tras saltar la externa quedan atrapados en la sirga tridimensional colocada entre la valla exterior y la interior.

B. Su inadmisibilidad jurídica

La idea de que pudiera existir una hipotética frontera constituida por 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 valla, de modo tal que sólo superada esa línea de agentes o la valla interior se accede a territorio nacional, no resulta jurídicamente asumible. Este concepto “operativo” de frontera carece de cobertura legal (1) y obvia la circunstancia de que, en cualquier caso, en su intento de entrada los ciudadanos extranjeros son interceptados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y quedan bajo su custodia en territorio español (2).

1. Las fronteras y los puestos fronterizos se fijan, las primeras por normas internacionales de obligado cumplimiento para todos los países y los segundos por normas de derecho interno con carácter general. 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.

A esta conclusión —“la frontera de España con Marruecos, quedaría en consecuencia delimitada, al menos, por la valla exterior del complejo fronterizo, debiéndose aplicar a partir de ella la legislación española, sin limitación de ningún tipo”— llega también el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla en su Auto de 11 de septiembre de 2014 tras el análisis de los Convenios firmados entre ambos países, en particular del Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860 (Fundamento Jurídico 1º).

Por otra parte, no existe ningún tipo de norma jurídica que otorgue cobertura legal a un concepto de frontera que pueda ser determinado de forma caprichosa *ad casu* violando, entre otros elementales principios, el de la prohibición de 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”.

A estos efectos resulta de interés recordar el Informe de Defensor del Pueblo de 2005, en que se señalaba que “no corresponde a la Administración española determinar dónde ha de comenzar a regir la legislación de nuestro país. Dicha aplicación territorial viene regida por los tratados internacionales o, en su caso, la costumbre internacional que

fijan los límites con los Estados vecinos. Cabe también que las leyes establezcan acotaciones territoriales para su vigencia, pero esa facultad corresponde en nuestro Derecho al poder legislativo, que deberá en todo caso sujetarse a las normas constitucionales. En el asunto que nos ocupa, no existe en las disposiciones legales que regulan el acceso de extranjeros a territorio español ninguna norma que permita excepcionar la aplicación plena de la ley española sobre una porción del territorio nacional. Así pues, en opinión de esta Institución, no parece acertada la explicación alusiva a que la Administración puede determinar dónde coloca los obstáculos que será preciso traspasar para considerar que se ha entrado en territorio español. La entrada en territorio español se efectúa cuando se han traspasado los límites internacionalmente establecidos y, en ese caso, la única ley aplicable es la española” (pág. 292).

2. Desde otra perspectiva, no menos importante, se demuestra la ilegalidad de dicho concepto operativo: la perspectiva del sometimiento de la actuación de los poderes públicos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), que 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, Fundamento Jurídico 2º).

Así lo ha declarado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que hace a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), de tal manera 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).

De ese modo, más allá de consideraciones sobre si la actividad desarrollada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en este tipo de supuestos tiene lugar sobre los ciudadanos extranjeros antes o después de que estos se sitúen en zona de soberanía española, es indubitado que lo hacen en su calidad de funcionarios públicos y en el ejercicio de sus funciones. De ese modo, quedan sometidos al estricto cumplimiento de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico y cualquier procedimiento de control migratorio desarrollado debe tener amparo en la legislación de extranjería. Es más, tampoco puede negarse que, más allá de la ficción jurídica pretendida, la actuación constitutiva de las llamadas “devoluciones en caliente” se concreta en la entrega de ciudadanos extranjeros por parte de funcionarios españoles a autoridades de un país tercero desde territorio español.

Este aspecto también fue puesto de manifiesto en el 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).

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

a. Los conceptos de frontera y zona territorial de soberanía son de carácter estrictamente jurídico y están regulados en la normativa correspondiente. En atención a esa normativa tanto las playas de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla como la zona donde están construidas las vallas –exterior e interior- de separación con Marruecos son territorio nacional español en la que España ejerce plenamente su soberanía.

b. Los conceptos “operativos” de frontera, basado en ficciones como que en las playas españolas el ámbito territorial de soberanía lo representaría una imaginaria línea formada por los cuerpos de agentes de la Guardia Civil o que en las ciudades de Ceuta y Melilla la zona de soberanía española comienza cuando se atraviesa la valla interior de protección, carecen de cualquier cobertura legal.

c. Cualquier actuación de la Administración que se desarrolle dentro o fuera de territorio nacional es una actividad realizada por funcionarios públicos españoles en el ejercicio de sus cargos que está sometida a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico español. En ese sentido, incluso aunque se sostuviera que los ciudadanos extranjeros han sido interceptados fuera de territorio nacional, las “expulsiones en caliente” no quedan excluidas de la aplicación de la legislación de extranjería, al concretarse en la entrega de ciudadanos extranjeros por parte de las autoridades nacionales desde territorio español a autoridades de un país tercero.

La conclusión, por tanto, es que el concepto “operativo” de fronteras utilizado por el Ministerio del Interior no resulta jurídicamente asumible para sustentar la legalidad de las llamadas “expulsiones en caliente”.

V. LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE” Y EL ACCESO CLANDESTINO POR PUESTO NO HABILITADO.

1. Una segunda línea de argumentación para justificar las denominadas “expulsiones en caliente” es que podría expulsarse de facto y al margen de cualquier procedimiento a toda persona que se encontrase en cualquier lugar del territorio nacional siempre que hubiera entrado clandestinamente, pues tan sólo se encontrarían en territorio nacional quienes hubieran entrado en él por los puestos habilitados.

Esta tesis abunda en la controvertida creación de limbos jurídicos y no sólo no encuentra sustento en la legislación de extranjería sino que ha sido ya expresamente desautorizada por el Tribunal Supremo español, que ha sostenido que en este tipo de supuestos lo procedente no es siquiera el procedimiento de devolución sino la incoación de un procedimiento sancionador que, en su caso, culmine con una sanción de expulsión.

2. En la madrugada del 20 de junio de 2000, agentes de la Guardia Civil interceptaron una furgoneta en Mijas (Málaga) en la que viajaban 37 ciudadanos marroquíes que se sospechaba acababan de desembarcar en algún punto de la costa española entre Tarifa y Málaga y se dirigían a la Región de Murcia para establecerse allí. A estos ciudadanos se les aplicó el procedimiento de devolución para retornarlos a su país de origen y no un procedimiento sancionador administrativo para posibilitar su expulsión. La Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/2001, de 9 de mayo, argumentó que dicha decisión era acorde con la legalidad vigente ya que “[e]l hecho de haber sido sorprendidos los inmigrantes con signos inequívocos de la inmediatez anterior y sin solución de continuidad comisión de la infracción administrativa, consistente en la entrada ilegal en territorio español, justifica la consideración de tal conducta como incluida entre las que (...) permite el retorno de aquellos que han sido detenidos cuando pretendían la entrada en España”.

En virtud de esta doctrina de la Fiscalía General del Estado, el Gobierno dispuso en el artículo 138 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobaba el Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería, al definir los supuestos de devolución, que este procedimiento resultaría aplicable “(...) a los extranjeros que sean interceptados en frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada”.

3. Con motivo de un recurso de ilegalidad interpuesto contra determinados preceptos de este Reglamento, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, dictada en el recurso núm. 488/2001, declaró la nulidad de esta previsión. Se afirmó que, tomando en consideración que el artículo 58.3.b) LOEx reserva el procedimiento de devolución solo a quienes pretenden entrar ilegalmente en España, la ampliación reglamentaria para aplicar este procedimiento a quien ya están en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada, desborda el marco legal de la LOEx y es nula. El argumento fue que “es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar, ya que esta es una situación incompatible con la encontrarse ‘en el interior’, es decir, dentro del territorio nacional”. Así, se expone que se trataría de “una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal, ampliándolo a un supuesto no previsto en éste. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional

que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos” (Fundamento jurídico 18°).

Esta jurisprudencia fue ratificada posteriormente por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2007, dictada en el recurso núm. 38/2005 (Fundamento Jurídico 12°). En virtud de ello, tal como se expuso anteriormente, en la redacción del artículo 23.1.b) RLOEx, actualmente vigente, se omitió toda referencia a los supuestos ahora controvertidos de interceptación de ciudadanos extranjeros que ya están en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada.

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

a. La presencia de ciudadanos extranjeros dentro de territorio nacional que hayan entrado clandestinamente por un puesto no habilitado fue defendida en un inicio en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 9 de mayo, y consagrada normativamente en el artículo 138 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, como uno de los supuesto en que resultaba aplicable el procedimiento de devolución y no el de expulsión.

b. Esta tesis fue declarada nula y absolutamente desautorizada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, dictada en el recurso núm. 488/2001, que declaró que en este tipo de supuestos el procedimiento legalmente establecido para posibilitar, en su caso, el retorno de los ciudadanos extranjeros a sus países de origen o de procedencia es el procedimiento sancionador administrativo por estancia irregular.

La conclusión, por tanto, es que la interceptación en territorio español de personas que hayan entrado clandestinamente en España por puesto no habilitado no justifica la aplicación de las llamadas “expulsiones en caliente”. Al contrario, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular, lo procedente para estos supuestos es la aplicación del procedimiento de expulsión con las garantías que le son inherentes.

VI. EL ACUERDO DE READMISIÓN ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS.

1. Otro argumento usado para justificar las denominadas “devoluciones en caliente” es 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. La aplicación provisional de este Acuerdo se publicó en el BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992, y su entrada en vigor definitiva se

produjo el 21 de octubre de 2012, conforme a la declaración contenida en el BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012.

Como se argumentaba en el informe “*Expulsiones en caliente*”. Cuando el Estado actúa al margen de la ley, este Acuerdo no es un título jurídico suficiente que ampare estas devoluciones sumarias en detrimento de la aplicación de los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería. Tampoco a partir de sus previsiones se justifican actuaciones de entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho.

El Acuerdo hispano-marroquí de readmisión, al igual que el resto de los acuerdos de readmisión firmados por España⁸, no coincide con la legislación de extranjería en cuanto a su objeto de regulación. Es decir, son normas de aplicación sucesiva que, en ningún caso, regulan una misma actividad administrativa a desarrollar por las autoridades españolas. La legislación de extranjería establece los procedimientos en virtud de los cuales un ciudadano extranjero puede ser sujeto de salida coactiva de territorio español. Por el contrario, la regulación del Acuerdo de readmisión se encarga de regular el modo como debe ejecutarse esa salida coactiva cuando el destino es Marruecos. Esto es, sólo una vez que, en aplicación de la legislación de extranjería, las autoridades administrativas españolas han tomado la decisión de hacer retornar a un ciudadano extranjero, entran en juego los acuerdos de readmisión –sean estos bilaterales firmados por España o multilaterales firmados por la Unión Europea- para articular materialmente la entrega a las autoridades del tercer país.

En este contexto es evidente que, por razón de la diferente materia de regulación, el Acuerdo hispano-marroquí de readmisión en ningún caso puede ser un título jurídico que permita excepcionar a las autoridades administrativas los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería respecto de la decisión de entrega de ciudadanos extranjeros en situación irregular en territorio español interceptados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Esta conclusión ya fue puesta de manifiesto por el Defensor del Pueblo en sus Informes Anuales 2009 y 2010 en relación con los procedimientos de aplicación del convenio hispano-francés, sobre readmisión de personas en situación irregular. A juicio de esta Institución, “la existencia de un convenio bilateral no afecta a la necesidad de cumplir los trámites previstos en nuestro Derecho para denegar la entrada a territorio español; en especial la asistencia letrada, prevista en el artículo 26.2 de la Ley de extranjería. La mención a la ausencia de formalidad que se contiene en el acuerdo hispano-francés sólo puede entenderse referida a los actos de transferencia de responsabilidad sobre las personas sujetas a readmisión, que es lo que puede regular un acuerdo bilateral. De

⁸ Los Acuerdos de readmisión firmados por España pueden consultarse en : <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/internacional/readmision/>

hecho, en el curso de la visita se pudo comprobar que las autoridades francesas realizan la entrega de los extranjeros sujetos a readmisión a la contraparte española una vez cumplidos los procedimientos previstos en el Derecho interno del vecino país”⁹.

A idéntica conclusión llegó el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que en Sentencia núm. 811/2009, de 16 de diciembre, desestimó el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 7 de enero de 2008 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de San Sebastián. La citada resolución confirma la sentencia de instancia por la que se establece que el Acuerdo hispano-francés no sustituye el cumplimiento de la legalidad propia de cada uno de los Estados contratantes; en concreto, con relación a la asistencia letrada prevista en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 4/2000¹⁰.

2. Es por ello que sorprende negativamente el Auto de 27 de noviembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Melilla (Procedimiento Abreviado 133/2014). En dicho procedimiento se investigaba la responsabilidad penal por un presunto delito de prevaricación de los imputados, el Delegado del Gobierno en Melilla y del miembro de la Guardia Civil que accidentalmente ostentaba el mando de la Comandancia de Melilla, por las irregularidades en torno a la devolución de 21 inmigrantes que entraron en la ciudad de Melilla los días 7 y 10 de febrero de 2013 a bordo de dos coches “kamikazes” a través de los puestos fronterizos habilitados. En relación con los hechos del día 7, según el referido Auto, se habría aplicado la legislación de extranjería, que concluyó con una resolución de devolución de acuerdo con lo dispuesto en su art 58.3 apartado b). Respecto al conductor del coche, dado que se realizó un atestado y se abrieron diligencias, se habría solicitado al Juez instructor la autorización para la

⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2009*, pág. 414, (disponible en: <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe2009.pdf>). Esta conclusión es reiterada en el *Informe Anual 2010*, págs.. 361-362, (disponible en: <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/InformeAnualCortesGenerales2010.pdf>).

¹⁰ Textualmente: “...el art. 5 del Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular, hecho "ad referéndum" en Málaga el 26.11.02 (BOE 26.12.03) establece que "cada parte contratante readmitirá en su territorio, a solicitud de la otra parte contratante y sin formalidad alguna, al nacional de un tercer Estado que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada o de estancia aplicables en el territorio de la parte contratante requirente, siempre que se acredite que dicha persona entró en el territorio de esa Parte después de haber residido o transitado por el territorio de la Parte Contratante requerida". El precepto hace referencia a las relaciones entre la República Francesa y el Reino de España, y la expresión "sin formalidad alguna" se enmarca en éste contexto, y no se limita ni se refiere al cumplimiento de la propia legalidad por cada uno de los Estados contratantes. En éste caso, el art. 26.2 de la LO 4/2000 , en cuanto a la información del derecho a la asistencia letrada. Entiende la Sala que el art. 5 del Acuerdo, no afecta a los derechos que puedan corresponder conforme a la legislación española, que deberán respetarse. Según el mencionado precepto lo que se efectúa "sin formalidad alguna" es la readmisión, en el ámbito de las relaciones entre los dos Estados contratantes” (Fundamento Jurídico 3º).

expulsión de acuerdo con lo establecido en el art. 57.7 apartado a)¹¹, que fue concedida. Según el referido Auto, el día 13 de febrero, “tras ser reseñados por la Policía Científica y notificarse la resolución de devolución, con asistencias letradas se procede al traslado de los nueve reseñados a la Frontera de Beni Enzar, en donde en cumplimiento del Acuerdo de Readmisión son entregados a la Política marroquí, con copia de todas las actuaciones” (Fundamento Jurídico 2°).

La actuación seguida respecto a los hechos acontecidos el 7 de febrero contrasta con la que se habría llevado a cabo en relación con los del día 10. Tras ser detenido el coche, se habrían puesto los hechos en conocimiento del Delegado del Gobierno, “el cual ordenó que se aplicara el Acuerdo Hispano-Marroquí de readmisión del año 1992. En hora y media aproximadamente se lograron realizar los trámites y se verificó la readmisión con las autoridades marroquíes a través del control fronterizo de Farhana” (Fundamento Jurídico 2° *in fine*). Como se constata en la referida resolución, a estas personas no se les aplicó la Ley de Extranjería, “sino exclusivamente 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”, avalando el órgano judicial dicha actuación con afirmaciones a nuestro juicio tan desacertadas como que “la devolución es un concepto definido por una Ley Orgánica española que no es de obligado cumplimiento para las autoridades fronterizas marroquíes” (Fundamento Jurídico 3°).

Se trata de una resolución criticable en su fallo y confusa y contradictoria en sus fundamentos. Junto a afirmaciones como la anterior, recoge otras en las que reconoce que la finalidad de los acuerdos de readmisión no es sustituir la decisión de retorno, sino posibilitar la ejecución de decisiones previamente adoptadas (incluidas expulsiones y devoluciones): “La UE es consciente de que la expulsión del inmigrante irregular no depende, única y exclusivamente, de la voluntad unilateral de los Estados miembros de la Unión, sino, además, de la de un tercer Estado ajeno a la UE. Si éste no permite la entrada en su territorio del inmigrante irregular no será posible llevar a cabo la expulsión. Para ello, es necesario que se celebren acuerdos de readmisión, bien a escala comunitaria o bilateral, puesto que, de otro modo, se carecerá de los instrumentos jurídicos **para que la medida acordada** (la expulsión del inmigrante irregular) sea real y efectiva” (Fundamento Jurídico 3°, subrayado nuestro). Sin embargo, en contra de sus propias consideraciones, el Auto califica de ajustada a derecho la entrega de los inmigrantes a las autoridades marroquíes sin una resolución previa y sin que la persona afectada haya tenido la posibilidad siquiera de alegar lo que a su derecho convenga.

¹¹ El tenor literal del art. 57.7 a) LOEx es el siguiente: “cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación”.

Por otra parte, la actuación que se enjuicia –entrega a Marruecos sin previa resolución administrativa de devolución o expulsión de las personas que accedieron a Melilla el día 10 de febrero- habría impedido, además, la intervención de la jurisdicción penal competente en la investigación y enjuiciamiento de estos hechos. Nótese que, respecto al conductor del coche, estaríamos al menos ante un presunto delito de favorecimiento de la inmigración irregular del art. 318 bis CP. Mientras los hechos del día 7 dieron lugar a un atestado, a la apertura de diligencias previas y a la consiguiente necesidad de autorización judicial para ejecutar expulsión, nada de ello tuvo lugar respecto a los hechos del día 10, lo que no es sino otra grave irregularidad de la actuación administrativa enjuiciada, que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Melilla ni siquiera menciona.

3. Pero aún hay más. Al margen de las obligaciones derivadas de la legislación de extranjería, el propio Acuerdo de readmisión entre España y Marruecos establece a su vez un detallado procedimiento de entrega que implica obligaciones recíprocas para las autoridades de los países signatarios, como la identificación e individualización de las personas entregadas o la documentación por escrito de dichas entregas, lo que excluye cualquier tipo de actuación administrativa por vías de hecho. Así el artículo 2 del mismo texto legal dispone que “(...) la solicitud de readmisión deberá ser presentada en los diez días posteriores a la entrada ilegal en el territorio del Estado requerido. En ella se harán constar todos los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de su entrada ilegal en el territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información de que se disponga sobre el mismo. Cuando la readmisión es aceptada, se documenta mediante la expedición por las Autoridades de frontera del Estado requerido de un certificado o de cualquier otro documento en el que se hace constar la identidad y, en su caso, la documentación poseída por el extranjero en cuestión”.

Ni siquiera estas formalidades fueron observadas. Como el propio Auto judicial reconoce, si bien se habría aportado a la causa copia de la solicitud de readmisión por parte de las autoridades españolas, “ciertamente no consta la existencia de certificación de las autoridades marroquíes relativa a la aceptación de la readmisión”. Es más, no es que no conste dicha documentación, sino que parece que ni siquiera fue emitida, habida cuenta de la explicación ofrecida por el Juez: “como ya informaron los responsables que declararon ante este Juzgado, y consta en algunos artículos doctrinales en la materia, ello deriva de las dificultades para formalizar estos trámites para evitar el reconocimiento por parte de Rabat de la soberanía española sobre Ceuta y Melilla [sic.]” (Fundamento Jurídico 4º), omisión que el Auto comentado de forma un tanto “ligera” califica de “irregularidad formal” que no obsta la validez de la readmisión. No debería ser necesario recordar que estamos hablando de entrega compulsiva –por la fuerza- de ciudadanos extranjeros, la mayoría en situaciones de gran vulnerabilidad, a las autoridades marroquíes, cuya actuación poco respetuosa con los derechos humanos ha sido

denunciada y documentada. Afirmar que la constancia de la recepción de esas personas por parte del Estado requerido es una mera irregularidad formal supone reducir a cero los mecanismos de control y de protección de los derechos humanos en la frontera con Marruecos.

En resumen, a pesar de que no se siguieron los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería, ni se adoptó ninguna resolución de devolución o expulsión, a pesar de que no se ofreció a los ciudadanos extranjeros detenidos la oportunidad de alegar lo que a su derecho interesase, a pesar de que la actuación enjuiciada hurtó a la jurisdicción penal el conocimiento de unos hechos con clara apariencia delictiva, a pesar de que ni siquiera el país requerido documentó la recepción de las personas que habrían sido entregadas, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Melilla afirma la legalidad de dicha actuación. Si el Juzgado quería sobreseer la causa penal, podría haberlo hecho negando cualquier otro elemento del delito de prevaricación, sin necesidad de afirmar tajantemente la adecuación a Derecho de un proceder a todas luces tan irregular.

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

a. El Acuerdo hispano-marroquí de readmisión y la legislación de extranjería tiene un ámbito material de regulación diferente que afecta a aspectos de la actuación de la Administración española diferentes. La legislación de extranjería establece los procedimientos para la adopción de las decisiones de salida del territorio español de los ciudadanos extranjeros. El Acuerdo de retorno regula la forma de ejecución de esas decisiones de salida cuando Marruecos es el lugar de destino.

b. El Acuerdo hispano-marroquí de readmisión establece, a su vez, un detallado procedimiento de entrega que implica obligaciones recíprocas para las autoridades de los países signatarios, como son la identificación de los ciudadanos extranjeros a entregar y la documentación por escrito del acto de entrega.

La conclusión, por tanto, es que el Acuerdo hispano-marroquí de readmisión no justifica la aplicación de las llamadas “expulsiones en caliente” por no ser susceptible, en función de la materia que regula, de excepcionar la aplicación de los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería. Al contrario, este Acuerdo establece nuevas obligaciones para la ejecución materia de estas entregas de ciudadanos extranjeros que también se están incumpliendo.

VII. LA REFORMA EN CURSO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

Las devoluciones ilegales en Ceuta y Melilla —ya antes del intento de reforma que analizaremos en este epígrafe— recibieron un contundente rechazo por parte instituciones como el Defensor del Pueblo¹², el Consejo General de la Abogacía Española¹³, asociaciones de jueces y fiscales¹⁴, Conferencia Episcopal Española¹⁵, sociedad civil¹⁶, incluso por sectores representativos de la Guardia Civil¹⁷ que muchas veces se ven obligados a actuar en contra de su conciencia. También se pronunció en contra con contundencia la anterior Comisaria Europea de Interior, Cecilia Malmstrom¹⁸, así como organismos internacionales como el Consejo de Europa¹⁹ o el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)²⁰, y otros organismos de protección de los derechos humanos. Estos pronunciamientos han acentuado su firmeza tras conocerse el intento del Gobierno de dotar de cobertura legal a estas prácticas. Así, el nuevo Comisario Europeo de Interior, Dimitris Avramopoulos, manifestó en la Eurocámara que confía que España enmendará el proyecto de Ley de seguridad ciudadana en lo relativo a los rechazos en la frontera de inmigrantes en Ceuta y Melilla²¹. También de forma contundente se ha manifestado el Comisario de Derechos Humanos Nils Muižnieks, para quien "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.

¹² Vid: <http://www.elmundo.es/espana/2014/04/09/53450cebe2704efc548b456d.html>,

¹³ Vid. por ejemplo, <http://www.abogacia.es/2014/10/21/carnicer-vuelve-a-denunciar-que-las-devoluciones-en-caliente-violan-las-leyes/>

¹⁴ Vid. <http://www.upfiscales.com/2014/10/jueces-para-la-democracia-y-la-union-progresista-de-fiscales-rechazan-las-devoluciones-en-caliente-y-exigen-explicaciones-para-los-sucesos-de-melilla/>

¹⁵ <http://www.sjme.org/sjme-en-los-medios/ifronteras-a-cualquier-precio>

¹⁶ <http://www.migreurop.org/article2552.html?lang=fr>

¹⁷ <http://www.augc.org/noticias.php?id=7586>

¹⁸ http://politica.elpais.com/politica/2014/10/30/actualidad/1414699857_139045.html

¹⁹ <http://www.europapress.es/epsocial/noticia-consejo-europa-pide-investigacion-violencia-guardia-civil-contra-inmigrantes-melilla-20141017163705.html>

²⁰ <http://www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia-acnur-preocupada-intencion-espana-legalizar-devoluciones-caliente-valla-melilla-20141028141223.html>

²¹ <http://www.lavanguardia.com/vida/20141125/54420237028/comisario-ue-confia-que-espana-enmendara-ley-de-devoluciones-en-melilla.html>

Se crearía "un precedente muy negativo", que podría suponer "el principio del fin" del sistema de asilo y protección internacional²².

A pesar de tantas y tan cualificadas voces contra las devoluciones sumarias, el Gobierno, a través del Partido Parlamentario Popular en el Congreso, el día en que en la Cámara Baja concluía el plazo para la presentación de enmiendas parciales al Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, actualmente en el Senado, introdujo una enmienda con la que pretende reformar la Ley de Extranjería excepcionando su aplicación en Ceuta y Melilla, donde quiere dotar de cobertura legal a las "devoluciones en caliente". A través de dicha enmienda se introduciría una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España (Ley de Extranjería), con el siguiente tenor literal:

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

Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla, intentando el cruce no autorizado de la frontera de forma clandestina, flagrante o violenta, serán rechazados a fin de impedir su entrada en España".

Esta redacción fue modificada tras su paso por la Comisión de Interior siendo la versión aprobada por el Congreso la siguiente:

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

Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar, en grupo, los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España."

Este intento de dotar de cobertura legal a las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla es susceptible de ser analizado desde varios puntos de vista. En este epígrafe nos ocuparemos de la técnica legislativa empleada (1), de la escasa seguridad jurídica que, a pesar de lo pretendido, dicha enmienda aporta a la actuación de la Guardia Civil en Ceuta y Melilla (2) y, lo que es aún más importante, de la vulneración de derechos y garantías fundamentales que dicha reforma conlleva (3).

A. La fraudulenta utilización de la enmienda parlamentaria.

²² http://politica.elpais.com/politica/2015/01/16/actualidad/1421410979_838743.html. Ya con anterioridad se había manifestado en idéntico sentido, vid. sus declaraciones en la tribuna del Huffington post http://www.huffingtonpost.es/nils-muiznieks/espana-no-puede-legalizar_b_6294882.html

Como hemos mencionado, el Gobierno intenta reformar la Ley de extranjería a través de una enmienda a un proyecto de ley de seguridad ciudadana con el que carece de conexión material, reforma ni remotamente aludida en el texto propuesto por el Gobierno, con el que no guarda congruencia. Se trata de una forma de proceder ilegítima y abusiva por diversos motivos.

1. Más allá del análisis estrictamente jurídico, ha de señalarse la mala imagen que transmiten estas prácticas difícilmente digeribles desde la perspectiva del principio democrático y de la división de poderes que lo sustenta. ¿Cómo cohonstar con la división de poderes el que los senadores y diputados, los grupos parlamentarios en el Congreso y en el Senado, pongan su derecho de presentar enmiendas al servicio de los dictados del Gobierno? Es patente que proviene del ejecutivo la decisión de dar cobertura legal a las devoluciones sumarias en Ceuta y Melilla, es decir, se trata de una iniciativa legislativa del Gobierno, lo cual, por otra parte, en ningún momento se ha tratado de disimular. Pero las iniciativas legislativas del Gobierno han de tramitarse a través del procedimiento establecido y con respeto a los principios que rigen el juego democrático, no mediante prácticas que no hacen sino ahondar el alejamiento y desprestigio de los políticos frente a los ciudadanos.

2. El procedimiento que se quiere seguir para la reforma de la Ley de Extranjería, elude el trámite mismo de someter las propuestas legislativas al dictamen de los órganos garantes de la observancia de nuestro ordenamiento jurídico, amén de hurtar la posibilidad de debate sobre cuestiones de tan hondo calado. En virtud de la materia a la que afectan, los proyectos de ley han de ser sometidos al dictamen de órganos constitucionales, dictámenes que versan no tanto sobre la oportunidad política como sobre la corrección técnica de las iniciativas legislativas en cuestión, permitiendo un debate parlamentario informado sobre asuntos en muchos casos de una gran complejidad. Con ello, además de otras repercusiones, la ausencia de estos dictámenes es susceptible de lesionar el derecho a acceder y ejercer en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, y con ello, el derecho de los ciudadanos a participar por medio de sus representantes en los asuntos públicos (art. 23 CE).

En atención a la materia sobre la que versa la enmienda analizada, es indubitado el carácter preceptivo del informe del Consejo General del Poder Judicial a la luz del artículo 561.1 de la LOPJ en su redacción dada por la LO 4/2013. Este precepto establece: se someterán “a informe del CGPJ los anteproyectos de ley y disposiciones generales que versen sobre las siguientes materias: (...) 6ª. Normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales. (...)”. Desde un punto de vista jurídico, la norma que se intenta introducir implicaría —al menos esa es su intención— dejar sin efecto, en los supuestos indicados, las previsiones establecidas en los artículos 26, 60, 57, 58 y 65 de la mencionada LO 4/2000, esto es, supone no formalizar ni individualizar la actuación administrativa en

materia de extranjería, **impidiéndose su control judicial** respecto de las expulsiones, devoluciones y retornos de los inmigrantes irregulares, afectando así a derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a no ser sometido a torturas y a tratos inhumanos o degradantes y el derecho de asilo, entre otros. Por otra parte, tanto el Consejo General del Poder Judicial, como el Consejo Fiscal, como el Consejo de Estado en su día emitieron dictámenes sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, iniciativa legislativa en la que ahora intenta colarse una reforma de la Ley de Extranjería que, por las mismas, debería ser objeto de valoración por los mencionados órganos constitucionales.

3. Con independencia de las eventuales consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de las irregularidades del procedimiento legislativo seguido, es obvio que la función de las enmiendas no es introducir *ex novo* un objeto de debate que no versa sobre el objeto de la iniciativa legislativa ejercitada. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, siendo de destacar la Sentencia 119/2011, de 5 de julio, en la que se avocó al Pleno un recurso de amparo con el fin de clarificar la anterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido de las enmiendas²³. Declara esta Sentencia 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.” (Fundamento Jurídico 6º)²⁴

²³ Se trataba de 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 esas enmiendas se introducían en el Código penal los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis, con los que se tipificaban nuevos delitos. Aunque esta Sentencia enjuicia el supuesto concreto de la introducción de una enmienda en el Senado, sus consideraciones generales son, en principio, perfectamente aplicables a las enmiendas que no guardan relación material con la iniciativa y que se introducen en el Congreso, como es el caso del intento de legalización de las “devoluciones en caliente”.

²⁴ Consideraciones mantenidas en posteriores Sentencias del Tribunal Constitucional, como es el caso de la STC 136/2011, donde se insiste en que toda enmienda parcial debe tener un carácter subsidiario o incidental respecto del texto a enmendar. “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,

Por otra parte, las consideraciones de urgencia tampoco podrían legitimar dicha práctica. Como argumenta la resolución citada, “... 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” (Fundamento Jurídico 7º).

B. La escasa seguridad jurídica que aportaría la reforma

Resulta razonable preguntar: si —tal como afirma el Ministerio del Interior— las “devoluciones en caliente” son escrupulosamente legales, ¿cómo se explica el empeño en darles cobertura legal a toda costa mediante una reforma tan polémica y contestada? A esta cuestión los responsables políticos responden que la finalidad de la reforma es dotar de mayor seguridad jurídica a la Guardia Civil en su actuación.

No puede desconocerse la delicada situación de los agentes de la Guardia Civil que prestan servicio en el perímetro fronterizo de ambas ciudades autónomas y que se ven en la tesitura de llevar a cabo actuaciones ilegales que pueden ir, además, en contra de su conciencia, o por el contrario desobedecer órdenes y enfrentar las consecuencias negativas que de ello se pueden derivan para su futuro personal y profesional. Por ello justo es reconocer que sectores representativos de la Guardia Civil también han hecho oír

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” (Fundamento Jurídico 8º). Estas consideraciones se repiten en la posterior STC 176/2011 y son válidas con independencia de que en el supuesto concreto concurra o no el ulterior requisito de que el uso desviado del derecho de enmienda haya supuesto, además, una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad de las Cámaras, lo cual se negó en el caso de la STC 176/2011 con el argumento de que los vicios del procedimiento legislativo no fueron denunciados por los recurrentes ante la misma Cámara. Por su parte, la STC 136/2011 desestimó el amparo al considerar que los diputados recurrentes no identificaron en su demanda los preceptos concretos respecto a los cuales se haya podido producir las vulneraciones denunciadas, considerando que no es función del Tribunal Constitucional investigar este extremo (Fundamento Jurídico 8º).

su voz no sólo exigiendo una mayor seguridad jurídica en actuación en la valla²⁵, sino también manifestando su preocupación por el respeto de los derechos humanos y por los principios éticos que han de regir su labor²⁶.

Es lógico que los agentes de la Guardia Civil reclamen mayor seguridad jurídica en su actuación, lo cual por otra parte no pasa por una reforma de la Ley de extranjería como la pretendida por el Gobierno. Sin embargo, la comprensible demanda de mayor seguridad jurídica no se va a ver en absoluto satisfecha por la disposición adicional que se pretende introducir, habida cuenta de la falta de claridad de su dicción. Recordémosla en la versión pendiente de ratificación en el Senado: “Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar, en grupo, los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”. Su claridad deja mucho que desear. Al respecto tan sólo algún comentario:

En primer lugar, esta disposición no permitiría la entrega sumaria a Marruecos de “nadadores” que han accedido a aguas interiores o mar territorial español, como tampoco podría amparar la devolución de quienes, como sucedió en Ceuta la madrugada del 6 de febrero de 2014, alcanzaron la playa de Tarajal. Tampoco la dicción de la norma propuesta permite en modo alguno las devoluciones sumarias de quienes han accedido a alguno de los islotes soberanía nacional situados frente a las costas de Marruecos.

Por lo que respecta a los accesos a través de la valla, ha de señalarse que su redacción parece seguir pivotando sobre un “concepto operativo” de frontera que a todas luces se ha mostrado incapaz de justificar las devoluciones sumarias a través de la valla de quienes claramente han alcanzado territorio nacional, por lo que la actuación de la Guardia Civil no estará dirigida “... a impedir su entrada ilegal en España”, como exige el texto²⁷. Con independencia de que los numerosos interrogantes que plantea esta

²⁵ Según noticia difundida por Europa Press, el 23 de septiembre de 2014, la Asociación Unificada de la Guardia Civil denunció coacciones a guardias civiles en Melilla por no firmar el protocolo de rechazo de inmigrantes en la valla, protocolo que no se les habría facilitado por escrito, sino que “se limitó a ser leído por los mandos a los agentes en cinco minutos” sin aceptar preguntas. La noticia completa puede leerse en <http://www.europapress.es/chance/belleza/noticia-futbolistas-prefieren-periodistas-20150119131025.html>

²⁶ Frente a la comentada enmienda el portavoz de la Asociación Unificada de la Guardia Civil “valora que se quiera dar garantía jurídica a la Guardia Civil, pero no quitándosela a los inmigrantes”, manifestando que “para la Asociación Unificada de la Guardia Civil, las devoluciones en caliente serán un marrón para los agentes, a los que se deja a los pies de los caballos, porque la legalización de esa fórmula vulnerará derechos de los inmigrantes” (según noticia difundida por la Agencia EFE de 23/10/2014, <http://www.augc.org/noticias.php?id=7586>). Sumamente interesante la entrevista a un agente de la Guardia Civil emitida en el programa de televisión *El Intermedio* (http://www.lasexta.com/videos-online/programas/el-intermedio/gonzo/agente-guardia-civil-%E2%80%9Cse-podria-decir-que-nos-obligan-incumplir-ley%E2%80%9D_2014102700219.html).

²⁷ Vid. las consideraciones realizadas sobre el “concepto operativo” de frontera en el epígrafe IV.

redacción puedan encontrar respuesta el en Protocolo de actuación que se ha prometido tras la modificación de la Ley de Extranjería, en la medida que dicho Protocolo parta del concepto operativo de frontera sobre el que parece estar anclada la norma propuesta, estaremos ante un protocolo y, por ende, ante unas prácticas contrarias al ordenamiento jurídico, pues, como afirmaba el Defensor del Pueblo en su Informe 2005, recordamos, “no parece acertada la explicación alusiva a que la Administración pueda determinar dónde coloca los obstáculos que será preciso traspasar para considerar que se ha entrado en territorio español” (pág. 292). Perdurará, por tanto, la inseguridad jurídica de los agentes de la Guardia Civil.

C. La vulneración de derechos y garantías esenciales.

El informe “*Expulsiones en caliente*”: cuando el estado actúa al margen de la ley, ya afirmaba que “las denominadas ‘expulsiones en caliente’ no sólo son incompatibles con nuestro derecho interno; también resultan contrarias a la normativa comunitaria y al derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, resulta inviable la pretensión expresada en alguna ocasión por el Ministerio del Interior de dotarlas de cobertura legal” (pág. 13).

Como se ha comprobado, lo que entonces era una mera pretensión expresada por el Ministerio del Interior, se ha concretado en la enmienda que ahora estamos analizando. Y, al igual que ya se adelantaba en el citado informe, respecto del contenido de esta enmienda lo único que ahora puede reafirmarse -en línea con los contundentes pronunciamientos de las instituciones de la Unión Europea, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas con responsabilidad en materia de derechos humanos a los que antes nos referíamos- es que se está ante el intento de legalizar unas prácticas que 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. 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-.

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 tiene

ratificados multitud de acuerdos internacionales que hacen imposible la legitimación de prácticas manifiestamente vulneradoras de derechos fundamentales de las personas. 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). Es cierto que los tiempos políticos y los judiciales tienen una cadencia muy diferente, máxime en lo que se refiere al control de constitucionalidad y convencionalidad de normas con rango legal y, por tanto, que puede pasar un dilatado tiempo antes de que una instancia jurisdiccional con fuerza vinculante desautorice desde la perspectiva de los derechos fundamentales esta reforma legislativa y las actuaciones administrativas que se desarrollen a su amparo. Sin embargo, algún día habrá que asumir con vergüenza el hecho de que la soberanía nacional española legisló en contra de los derechos humanos más esenciales reconocidos por las naciones civilizadas y que un cuerpo de seguridad cuya misión constitucional es “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades” (art. 104.1 CE) fue instrumentalizado para su vulneración.

Conviene empezar recordando cuáles son las actuaciones que la enmienda pretende introducir en nuestro ordenamiento jurídico: la Guardia Civil, cuerpo de seguridad encargado del control de las fronteras, podría aprehender o interceptar –esto es, detener- a una persona ya en territorio nacional o intentando acceder a él y entregarla, utilizando el poder compulsivo del Estado -por la fuerza- a las tropas auxiliares marroquí²⁸. Y que esto se haga sin ningún procedimiento, sin identificar a la persona, sin dar trámite audiencia, sin asistencia letrada, o sin posibilidad alguna de control judicial de esa actuación. Ante una actuación de estas características, es complejo intentar individualizar la totalidad de los derechos fundamentales y garantías esenciales que se verían vulnerados. Es la consagración de la expresión máxima de la arbitrariedad del poder y nos retrotrae a actuaciones previas a la comprensión contemporánea de los derechos humanos. En todo caso, si se pretendiera hacer una sistematización de las diversas tachas de inconstitucionalidad y vulneración de derechos fundamentales los aspectos más destacados habría que vincularlos (1) a la circunstancia de que se establece 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 (2) a 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.

²⁸ No es un dato baladí a quién se entregan a las personas migrantes. La brutalidad de las fuerzas auxiliares marroquíes está sobradamente documentada. A ella nos referiremos con más detenimiento al tratar el principio de no devolución

1. Uno de los grandes hitos 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 se concreta no sólo en su reconocimiento expreso en el art. 9.3 CE, sino también 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.

En su virtud, 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, sin embargo, también debe ser entendido como un mandato constitucional material de que la actuación de la administración pública se desarrolle conforme a un procedimiento con respeto al principio de audiencia. Así, este contenido material aparece definido en el art. 41.1.b) 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”. Si se trasladan estas consideraciones a la legislación migratoria, es patente que la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, dedica todo su capítulo III a las garantías procedimentales respecto de cualquier decisión de retorno o expulsión. Así, se establece la obligación de documentación de cualquiera de estas decisiones (art. 12) y de la concesión del derecho efectivo a recurrir o revisar esta decisión ante una autoridad administrativa o judicial, incluyendo la posibilidad de suspensión temporal, con la debida asistencia lingüística y asesoramiento jurídico gratuito (art. 13). En coherencia con ello, y tal como ya se ha expuesto anteriormente, la legislación española ha establecido, incluso en relación con la institución de 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. La pretensión de que mediante una norma con rango legal pueda obviarse un mínimo procedimiento de estas características y las esencialísimas garantías con las que debe desarrollarse choca, por tanto, con elementales principios constitucionales que han de informar la actuación de cualquier administración pública dentro de un Estado social y democrático de derecho.

También vinculado a la prohibición de arbitrariedad y al sometimiento de la administración pública a la Constitución, el art. 106.1 CE 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. No parece que sea necesario desplegar una amplia batería argumental para comprender que una norma como la pretendida por el Ministerio del Interior entra en abierto conflicto con estos preceptos constitucionales. Materialmente, lo que impide -y es incluso pretensión no disimulada de la norma- es cualquier posibilidad de control jurisdiccional de la legalidad de esa actuación de la administración pública desde el mismo momento en que, al consagrar una vía de hecho en que no resulta preciso identificar siquiera al sujeto sobre el que recae esa actuación, 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. Traslado estas reflexiones al derecho regional europeo de los derechos humanos y al concreto contexto de las expulsiones en materia de extranjería, cabe recordar que el art. 13.1 CEDH establece “(...) 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”, lo que ha servido al TEDH para, en conjunción con el artículo 3 CEDH, garantizar este derecho en los procesos de expulsión (SSTEDH de 21 de enero de 2011, *as. M.S.S. c. Bélgica y Grecia*; y 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, también desde esta perspectiva el contenido de la enmienda es materialmente contrario a normas superiores, comenzando por la propia Constitucional española.

2. La necesidad —recogida en nuestra actual legislación de extranjería y en la normativa comunitaria de la que es transposición— de observar un mínimo procedimiento para poder devolver a una persona extranjera interceptada por fuerzas de seguridad españolas, también responde a las exigencias constitucionales, de la normativa de la Unión Europea y del derecho internacional de los derechos humanos referidas al ejercicio del derecho al asilo y protección subsidiaria, la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de no devolución.

Como declaró en su visita a Melilla del mes de enero el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muiznieks, 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 internacional²⁹. A estos efectos, cabe recordar que la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, afirma que el asilo es la

²⁹ http://politica.elpais.com/politica/2015/01/16/actualidad/1421410979_838743.html

protección que se dispensa a los refugiados, y tienen esa condición “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. Las “expulsiones en caliente”, en cuanto impiden cualquier alegación y tratamiento individualizado de los ciudadanos extranjeros interceptados, imposibilitan el ejercicio del derecho al asilo. De ese modo, no sólo se vulnera la Ley 12/2009 que lo regula, sino también el art. 13 CE, que reconoce este derecho, los compromisos internacionales suscritos por España, 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, y la normativa de la UE, que también garantiza el pleno ejercicio de este derecho en el artículo 18 CDFUE.

Igualmente, las “expulsiones en caliente”, en cuanto no individualizan, identifican y documentan a los ciudadanos extranjeros entregados a las autoridades marroquí, también estarían incursas en la prohibición de expulsiones colectivas que se establece en el art. 4 del Protocolo 4º del CEDH y en el art. 19.1 CDFUE. Esta prohibición no sólo desautoriza la actual práctica española de las “expulsiones en caliente”, sino que impide la pretensión de dar cobertura legal a este tipo de actuaciones mediante una reforma de la legislación de extranjería, ya que lo determinante de esta prohibición, tal como ha sido interpretada por el TEDH en las Sentencias 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 sujeto de la expulsión o si está necesitada de una especial protección -criterio cualitativo-.

Por último, también esta normativa entra en abierta contradicción con el principio de no devolución. El contenido tradicional de este principio ha sido impedir la devolución de un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro y, como tal, 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. En la actualidad es un principio que supone una garantía esencial para todo tipo de

legislación migratoria. A esos efectos, el art. 19.2 CDFUE proclama 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 el art. 5 de la ya citada Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, también impone el respeto al principio de no devolución en su aplicación. Por su parte, el TEDH, aunque el CEDH no alude expresamente a este principio, ha hecho una interpretación del 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 que si bien se ha aplicado en diferentes 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*) resulta de aplicación a cualquier supuesto de expulsión, ya 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*). Del mismo modo, 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 devoluciones en caliente a Marruecos, no puede dejar de destacarse el contenido de las denuncias e informes de organizaciones sociales de derechos humanos³⁰ y de organismos internacionales de protección³¹, que ponen en duda el respeto de Marruecos a los derechos humanos de las personas migrantes, especialmente cuando son de origen subsahariano. Esta circunstancia también debería ser tomada en consideración para proscribir una regulación de devoluciones sumarias a Marruecos presidida por la imposibilidad de un análisis personalizado y motivado de cada expediente para garantizar el principio de no devolución.

En conclusión, la pretensión de dar cobertura legal a las “expulsiones en caliente” a Marruecos choca contra el muro insalvable de la Constitución española, la normativa de la Unión Europea y el derecho internacional de los derechos humanos.

³⁰ Solo como ejemplo, Human Rights Wacht, *Abused and Expelled. Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco* (2014) www.hrw.org/sites/default/files/reports/morocco0214_ForUpload_0.pdf; o Servicio Jesuita a Migrantes-Europa, *Migrantes forzosos en Marruecos y Melilla* (2014) www.pensamientocritico.org/jrseur0614.pdf

³¹ 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. Mendez 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-22-53-Add-2_en.pdf.

VIII. LA VERTIENTE PENAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

1. En el informe del que parte este artículo, poníamos de manifiesto que las “devoluciones en caliente” no sólo eran ilegales, sino que también podían ser delictivas. Los episodios de violencia y el trato que reciben las personas migrantes a uno y otro lado de la valla pueden ser constitutivos de múltiples delitos: lesiones, tortura, robo, omisión del deber de socorro, omisión del deber de impedir determinados delitos, dejar de promover la persecución de delitos, etc. Asimismo recordábamos el deber de presentar denuncia que tiene quien haya presenciado un delito público (art. 259 LECrim) o tenga conocimiento del mismo por cualquier otra vía (art. 264 LECrim), estando especialmente obligados quienes adquieran conocimiento del delito “por razón de sus cargos, profesiones u oficios” (art. 262 LECrim), como es el caso de la Policía o la propia Guardia Civil.

2. En el presente epígrafe nos centraremos en el análisis penal de las devoluciones propiamente dichas, es decir, de la conducta consistente en entregar sin procedimiento alguno a estas personas a las autoridades marroquíes. Tales prácticas podrían resultar subsumibles, en primer lugar, en el artículo 172 CP que castiga como autor de un delito de coacciones a quien, sin estar legítimamente autorizado, compeliere a otro a hacer lo que no quiere, viéndose agravada la pena cuando la coacción tuviere por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental.

Asimismo, también podrían aplicarse los artículos 537 y ss. CP, que tipifican varios ilícitos penales bajo la rúbrica “de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra otros derechos”. El artículo 537 CP establece pena de multa y de inhabilitación especial para “la autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención”. En la medida en que un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por la vía de hecho devuelve a un inmigrante a territorio marroquí, le está impidiendo el ejercicio de los derechos que podría ejercer si se diera curso al procedimiento legalmente prescrito. La finalidad del artículo 537 CP es la de proteger los derechos de las personas detenidas o presas y merece la calificación de detenido quien está privado de libertad en el marco de un procedimiento de devolución y expulsión, gozando de derechos como el de asistencia letrada y de intérprete (art. 22.2º LOEX) o el derecho a interponer *habeas corpus* (art. 17.4º CE); sin olvidar el mandato del artículo 17.3º CE, según el cual “toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar”. No obstante, si se considerara dudosa la condición de detenido de quien, muchas veces engrilletado, por la fuerza es devuelto a

Marruecos, entraría en consideración el artículo 542 CP. Este precepto sanciona aquellas conductas que no resultaran subsumibles en los tipos penales que le preceden y que castiga con una pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes.

3. Pero las devoluciones en caliente no sólo afectan a bienes jurídicos individuales, sino también a intereses supraindividuales, a bienes jurídicos colectivos, destacando en esta línea el delito de prevaricación. El artículo 404 CP regula la prevaricación de funcionario público de la siguiente manera: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”. Justamente por presunto un delito de prevaricación está actualmente imputado el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla. Por el interés jurídico y por la relevancia política y social³² de esta causa nos detendremos en ella para reflexionar brevemente sobre las “devoluciones en caliente” desde la perspectiva del delito de prevaricación administrativa.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, en Auto de 11 de septiembre de 2014 (Procedimiento Abreviado 866/2014), acordó la imputación del Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla por un presunto delito de prevaricación, al ser la persona que dictó la Orden de Servicio 6/2014, a la que supuestamente se habría adecuado la Guardia Civil en sus intervenciones los días de autos, además de por haber sido la persona al mando del dispositivo y por tanto responsable de las devoluciones que se practicaron. Parte de los hechos de los días 18 de julio y 13 de agosto de 2014 y que fueron grabadas por fotoperiodistas³³. En la primera fecha, los inmigrantes fueron devueltos a Marruecos desde el espacio entre las vallas y en la segunda fecha fueron devueltos un grupo de inmigrantes, parece ser que posibles solicitantes de asilo de origen maliense, que lograron encaramarse a la última valla. Según el auto, alguna de las personas devueltas estaría herida y muchos engrilletados. Además de las devoluciones propiamente dichas, en las imágenes del día 18 de julio se puede observar la entrada de las fuerzas auxiliares marroquíes en el espacio de entre vallas y gravísimos episodios de violencia sobre los inmigrantes, extremos que están siendo también investigados. Los autos a los que nos referiremos (el citado de 11 de septiembre de 2014, y el del mismo órgano judicial de 17 de noviembre de 2014) versan

³² Esta imputación ha tenido un gran impacto social en Melilla, ciudad de aproximadamente 80.000 habitantes, donde casi todo el mundo se conoce y donde la institución de la Guardia Civil está muy presente, siendo raro quien no tiene un guardia civil en su entorno familiar. Además, la inmigración es un tema que toca de lleno a una sociedad, por otra parte, tremendamente multicultural.

³³ Las imágenes el 18 de julio pueden verse en: <http://vimeo.com/98687161>, las del día 13 de agosto en: <http://melillafronterasur.blogspot.com.es/>

exclusivamente sobre la conducta de devolución propiamente dicha, si bien hay otras líneas de investigación penal que están abiertas y otras calificaciones jurídicas son posibles. A tiempo de redactar estas líneas está pendiente que la Audiencia Provincial resuelva sobre la solicitud de sobreseimiento que con una prisa e insistencia llamativa ha presentado la Fiscal jefe del área de Melilla, petición desestimada por el juez de instrucción mediante Auto de 17 de noviembre de 2014, resolución recurrida ante la Audiencia Provincial³⁴.

Desde el punto de vista fáctico, las imágenes aportadas por los querellantes muestran con claridad los hechos arriba relatados y que las devoluciones se habrían practicado por la vía de hecho, sin observar ningún procedimiento, lo cual habría sido corroborado por el imputado y por testigos. Por lo tanto, no debería suponer un obstáculo en la instrucción el bochornoso borrado de las imágenes grabadas por las cámaras de seguridad instaladas en el perímetro fronterizo el día 13 y 30 de agosto 2014, borrado que hemos conocido también al tiempo de redactar estas líneas y que, para no desviarnos del hilo de nuestra reflexión, comentaremos en nota al pie³⁵.

4. Dese el punto de vista de la calificación de los hechos, bien es sabido que la conducta típica del art. 404 requiere como elemento objetivo que se haya dictado **una resolución**, existiendo unanimidad tanto doctrinal como jurisprudencial sobre que este elemento no requiere ningún formalismo, pudiendo tratarse de decisiones escritas, verbales, expresas o incluso tácitas, siendo lo importante que estemos ante declaraciones

³⁴ Mediante Auto de 9 de enero de 2015 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla ha acordado la acumular a las diligencias previas 866/2014 la investigación de los hechos acontecidos el 15 de octubre de 2014 y que pueden verse en <http://vimeo.com/109091397>

³⁵ En respuesta a las solicitudes (186/2503, 186/2515) del diputado Jon Iñarritu, pidiendo las grabaciones del perímetro fronterizo relacionadas con los hechos del 13 de agosto y del 30 de agosto, el Gobierno ofrece la siguiente aclaración: "Las imágenes captadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se conservan conforme a los plazos legalmente establecidos en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos. Por eso motivo, las grabaciones solicitadas por Su Señoría ya no están disponibles", es decir, habrían sido borradas.

Suponiendo que dicha destrucción se ha producido, habría que señalar su carácter ilegal. Según el artículo 7 de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos, "si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación". Por su parte, el art. 8 establece que "serán destruidas en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto".

Desconocemos si el Juez de Instrucción núm. 2 había pedido o no expresamente dicho material, pero su borrado pudiera ser investigado como un delito de infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 CP), pues era público y notorio la existencia de una investigación penal y el interés que para ésta tenían las imágenes supuestamente destruidas.

de voluntad con contenido decisorio, es decir, con capacidad de incidir en los derechos de los administrados o de la colectividad en general. Difícilmente puede negarse este carácter a las órdenes que el imputado impartiera como responsable máximo al mando de los dispositivos desplegados los días 18 de julio y 13 de agosto. Asimismo no nos suscita dudas el carácter de resolución la Orden de Servicio 6/2014, de 11 de abril de 2014, titulada “Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de frontera”, en cuanto en ella se establecerían para esta ciudad autónoma los criterios de actuación a seguir por la Guardia Civil ante los intentos de entrada irregular de inmigrantes, tanto por mar como a través de la valla.

5. La prevaricación presupone la **ilegalidad de la resolución**, de las “devoluciones en caliente”, extremo éste que creemos haber razonado suficientemente a lo largo de este trabajo³⁶, pudiendo considerarse otro indicio de esta ilegalidad el precipitado intento del Gobierno de dotarlas de una supuesta cobertura legal a través de la reforma del proyecto de ley de seguridad ciudadana.

Cierto que no toda resolución ilegal dictada por autoridad o funcionario público en un asunto administrativo es típica a los efectos del delito de prevaricación. De acuerdo con el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal, no toda infracción consciente de la norma llevada a cabo por funcionario público puede ser constitutiva de delito y sus consecuencias habrá que buscarlas en el derecho administrativo. Para que estemos ante un delito es necesario algo más, un plus cuyo contenido nos planteamos con el elemento del tipo **arbitrariedad** de la resolución.

Quienes entiendan que dicho plus de injusto radica en la gravedad de la infracción cometida, no deberían albergar dudas acerca de la entidad de las normas infringidas y de la gravedad de la modalidad de lesión en los casos que nos ocupan. Así la actuación de consistente el devolver sumariamente personas al país vecino incurriría en prácticamente todas las causas de nulidad de pleno derecho que enumera el art. 62.1 de la Ley Orgánica de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: se trata de actuaciones que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (derecho a la libertad (art. 17 CE), derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derecho a la asistencia letrada (art. 24.2), etc.); quien las ordena y ejecuta carece manifiestamente de competencia, pues, de acuerdo con el ordenamiento vigente, a la Guardia Civil compete la custodia de fronteras, pero en modo alguno la toma de decisiones sobre la devolución o expulsión de ciudadanos extranjeros, ni siquiera la ejecución de dichas decisiones, para lo que es competente la Policía Nacional. Se trata de

³⁶ A esta conclusión también llega el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, pues como bien indica “mediante el uso del concepto operativo de frontera pudo haber tenido lugar una derogación de facto de los tratados internacionales suscritos entre ambos países en materia de delimitación de límites fronterizos...” (Auto de 11 de septiembre, FJ 4º), ampliando las razones de dicha ilegalidad en su Auto de 17 de noviembre de 2014.

hechos que, en principio, pueden ser delictivos y, como hemos visto, se han dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. De acuerdo con el apartado segundo del art. 62 de esta ley, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, lo cual es predicable, como se ha argumentado en este artículo, de la Orden 6/2014, si la conceptuamos como “disposición administrativa”.

Probablemente de la existencia de vicios de nulidad de pleno derecho no conlleve automáticamente y en todo caso el carácter “arbitrario” o “injusto” que exige el art. 404 CP, pero materialmente no nos cabe duda de la entidad de las vulneraciones de derechos inferidas. Baste transcribir un párrafo del Auto de 17 de noviembre de 2014, que, al hilo del procedimiento de devolución que no fue aplicado, afirma: “Este procedimiento, habría sido el adecuado para aquellas personas que en los días investigados pretendieron acceder a Melilla a través del perímetro fronterizo. No obstante se optó por no aplicarlo. Los inmigrantes no fueron asistidos de letrado o intérprete, no se les leyó sus derechos como detenidos, pese a que en las imágenes se observa que varias de estas personas son engrilladas y trasladadas inmediatamente por las diversas puertas del vallado al país fronterizo y tampoco se procedió a trasladarlos a las dependencias de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía para su identificación” (Fundamento Jurídico 7º I, 2.2.).

6. Hay quien interpreta la arbitrariedad como un “torcimiento del derecho”, una desviación de la potestad o autoridad que se ejerce, lo que presupone que se actúe **a sabiendas de su injusticia**, tal y como también exige el tipo penal. Este elemento subjetivo en principio no debería ser de difícil prueba habida cuenta de que, como es el caso del procedimiento de devolución, se trata de normas básicas cuyo conocimiento es exigible a las autoridades y a los agentes que ejercen sus funciones en el perímetro fronterizo, sobre todo a los que ocupan puestos de mando.

Si se ve el plus de injusto de la prevaricación en un ejercicio arbitrario del poder, en la imposición de la voluntad de quien dicta la orden por encima de la ley, no existiría a nuestro juicio especial dificultad en afirmar la concurrencia de dicho plus en el caso de las “devoluciones en caliente”. El que no estemos ante hechos puntuales, sino que se vienen produciendo desde hace años, lejos de ser un argumento que justifique, vendría más bien a corroborar la impresión de que durante mucho tiempo en Melilla se ha impuesto, por encima de la ley, la voluntad de no aplicar los procedimientos de devolución en la valla y en el resto del perímetro fronterizo. Tampoco sería óbice para esta conclusión el que la actuación de la Guardia Civil venga respaldada expresamente por responsables políticos, pues el delito de prevaricación lo comete todo aquel en cuyo comportamiento concurren

los requisitos, no importa si quienes cometen este delito son uno o varios³⁷. Por último, en la respuesta a estos interrogantes, debemos tener presente la importancia del bien jurídico protegido en el delito de prevaricación administrativa: el correcto desempeño de la función pública, destacando en el delito de prevaricación el sometimiento de la actuación administrativa a la Constitución, a las leyes y al derecho (arts. 9, 103 y 106 CE), que marca una diferencia clave entre el Estado de Derecho de la arbitrariedad del poder, límite más necesario si cabe cuando hablamos, como es el caso, del uso de la fuerza por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

IX. CONCLUSIONES

1. “Devoluciones en caliente” es la denominación que se aplica popularmente a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas.

2. Las llamadas “devoluciones en caliente” vulneran lo dispuesto en la legislación de extranjería, ya que (i) la legislación de extranjería no contempla la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado expulsen a ciudadanos extranjeros que están bajo su custodia mediante vías de hecho; (ii) los supuestos de ciudadanos extranjeros que intentan acceder al territorio nacional por puestos no habilitados y son interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, a lo sumo, pueden ser objeto de la devolución regulada en el artículo 58.3.b) LOEx; y (iii) esta devolución es una actuación administrativa reglada que exige el cumplimiento de una serie de requisitos como son el traslado de los ciudadanos extranjeros a la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía; su identificación; el nombramiento de un abogado del turno de oficio y, en su caso, de un intérprete; una resolución de devolución acordada por el Subdelegado o el Delegado del Gobierno, según corresponda; y que el acto material de devolución se ejecute por parte del Cuerpo Nacional de Policía.

³⁷ En sede de antijuridicidad es interesante señalar que frente a la voluntad de excluir el perímetro fronterizo de la aplicación de la normativa vigente, no cabe alegar el haber actuado en “obediencia debida”. El artículo 5.1.d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece que “en ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a la Leyes”. En cuanto a la eximente penal de cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7º CP), presupuesto para su aplicación es que dicho deber emane del ordenamiento jurídico y se ajuste a lo prescrito en él, lo que evidentemente no concurre.

3. El concepto operativo de frontera utilizado por el Ministerio del Interior – consistente en considerar que en las playas españolas el ámbito territorial de soberanía lo representaría una imaginaria línea formada por los cuerpos de agentes de la Guardia Civil o que en las ciudades de Ceuta y Melilla la zona de soberanía española comienza cuando se atraviesa la valla interior de protección carecen de cualquier cobertura legal- no resulta jurídicamente asumible para sustentar la legalidad de las llamadas “expulsiones en caliente”, ya que (i) los conceptos de frontera y zona territorial de soberanía son de carácter estrictamente jurídico y están regulados en la normativa correspondiente, careciendo de cualquier cobertura legal la ficción en que se basa este concepto “operativo” de frontera; y (ii) cualquier actuación de la Administración que se desarrolle dentro o fuera de territorio nacional es una actividad realizada por funcionarios públicos españoles en el ejercicio de sus cargos que está sometida a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico español, por lo que, aunque se sostuviera que los ciudadanos extranjeros han sido interceptados fuera de territorio nacional, las “devoluciones en caliente” no quedan excluidas de la aplicación de la legislación de extranjería, al concretarse en la entrega de ciudadanos extranjeros por parte de las autoridades nacionales desde territorio español a autoridades de un país tercero.

4. La interceptación en territorio español de personas que hayan entrado clandestinamente en España por puesto no habilitado no justifica la aplicación de las llamadas “devoluciones en caliente”. Al contrario, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular, lo procedente para estos supuestos es la aplicación del procedimiento de expulsión con las garantías que le son inherentes.

5. El Acuerdo hispano-marroquí de readmisión posibilita la aceptación por parte de Marruecos de ciudadanos extranjeros de terceros países que han accedido a territorio español a través del país alauita, pero en modo alguno justifica la aplicación de las llamadas “devoluciones o expulsiones en caliente” por no ser susceptible, en función de la materia que regula, de excepcionar la aplicación de los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería. Al contrario, este Acuerdo establece nuevas obligaciones para la ejecución materia de estas entregas de ciudadanos extranjeros que también se están incumpliendo.

6. La práctica de las “devoluciones en caliente” ha recibido durísimas críticas por parte de muy diversos sectores, instituciones y organismos tanto nacionales como internacionales. A pesar de tantas y tan cualificadas voces, el Gobierno del Partido Popular, a través de una enmienda al Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, intenta reformar la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España con el fin de excepcionar su aplicación en Ceuta y Melilla y dotar de cobertura legal a dichas prácticas. Este intento es claramente rechazable por varios motivos.

7. El procedimiento seguido para la mencionada reforma de la Ley de Extranjería supone un uso fraudulento de la enmienda parlamentaria, cuya función –como ha declarado el Tribunal Constitucional- no es introducir *ex novo* un objeto de debate sin correlación material con el objeto del texto que se pretende enmendar. Este uso de la enmienda parlamentaria, por otra parte, elude el trámite mismo de someter las propuestas legislativas al dictamen de los órganos garantes de la observancia de nuestro ordenamiento jurídico.

8. El texto de la enmienda dista mucho de ser claro, por lo que no conseguirá dotar de mayor seguridad jurídica a la Guardia Civil en su actuación. Dicha disposición, caso de aprobarse, no permitiría la entrega sumaria a Marruecos de “nadadores” que han accedido a aguas interiores o mar territorial español o han alcanzado la playa española, como tampoco permitiría las devoluciones sumarias de quienes han accedido a alguno de los islotes de soberanía española. Por lo que respecta a los accesos a través de la valla, el texto sigue pivotando sobre un concepto “operativo” de frontera incapaz de justificar las entregas por la vía de hecho.

9. La reforma pretendida choca contra el muro de la Constitución española, la normativa de la Unión Europea y el derecho internacional de los derechos humanos. Con dicha reforma se pretende dar cobertura a 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 arbitrariedad del poder público, por impedir que pueda desarrollarse un control judicial efectivo de esa actuación, lo que supone dinamitar uno de los pilares del Estado de Derecho cual es el control del poder para evitar su arbitrariedad. La necesidad de observar un mínimo procedimiento para la entrega a Marruecos de las personas interceptadas por las fuerzas de seguridad españolas resulta, además, imprescindible para la salvaguarda de derechos y garantías esenciales, como son el derecho de asilo y protección subsidiaria, la prohibición de expulsiones colectivas o el principio de no devolución.

10. La decisión, ejecución, y colaboración activa y pasiva con las “devoluciones en caliente” es susceptible de incurrir en responsabilidad penal y disciplinaria. Son distintos los tipos penales en que podrían subsumirse estas conductas como, entre otros, el delito de coacciones (art. 172 CP); los delitos de funcionarios públicos de privación de asistencia letrada (art. 537 CP), de privación del ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes (art. 540 CP), o de prevaricación administrativa (art. 404 CP), delito por el que actualmente está imputado el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla. Además, todo ciudadano está obligado a denunciar los delitos que presencie o de los que tenga conocimiento (arts. 259, 262, 264 LECrim), incurriendo

incluso en un delito del 450 CP quien pudiendo evitar estas prácticas no lo haga, y en un delito del art 408 CP la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, deje de promover intencionadamente su persecución.

11. No resulta posible, como parece pretender el Gobierno y el partido que lo sustenta, utilizar atajos en abierta contradicción con la normativa nacional, europea e internacional, con el pretexto de mayor eficacia y eficiencia. Vulnerar derechos no sólo pone en peligro a las víctimas de este desafuero, sino que maltrata a quienes, muchas veces en contra de su conciencia, se ven obligados a cumplir órdenes manifiestamente ilícitas de las que podrían derivarse responsabilidades personales. Y, por supuesto, compromete la dignidad moral de nuestra sociedad, en cuanto la pretendida reforma constituye un atentado a los valores superiores de la Constitución y a los más elementales principios éticos en que se asienta nuestra cultura.