

“A vueltas con la pretendida legalidad de las devoluciones sumarias acaecidas recientemente en la Ciudad Autónoma de Ceuta”

Juan Bautista Cartes Rodríguez

*Citación: J. B. Cartes Rodríguez, “A vueltas con la pretendida legalidad de las devoluciones sumarias acaecidas recientemente en la Ciudad Autónoma de Ceuta”, *TheCitizen*, 21 de mayo de 2021.

Como respuesta a la decisión de España de acoger a Brahim Gali, líder del Frente Polisario y Presidente de la República Árabe Saharaui Democrática, en los últimos días miles de personas han cruzado la frontera marroquí para dirigirse a Ceuta aprovechando la inacción de las fuerzas y cuerpos de seguridad de este Estado. Ante la crisis migratoria, política y diplomática surgida, España ha reaccionado devolviendo sumariamente a Marruecos a miles de los recién llegados mayores de edad. Pero, ¿es posible esta acción por parte del Estado español? ¿se encuentra España cumpliendo la legalidad internacional con tal práctica? La respuesta, ya avanzamos, es negativa. El razonamiento jurídico aparece contenido a lo largo de este artículo.

El punto de partida se encuentra en el año 1998 cuando, una vez entrado en vigor el Acuerdo de Schengen, y con objeto de contener el acceso irregular de migrantes desde Marruecos, fue construida, con fondos europeos, una valla fronteriza en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla; vallado que sería reforzado en 2005 por un partido político de distinto signo a aquel que ordenó su construcción.

Al respecto, dos fechas son claves en el devenir de dichas prácticas: el verano del mismo año 2005 en el que se comenzaría a evidenciar tanto en el plano institucional como en el social tal problemática con la multiplicación de los intentos de salto a la valla de Melilla; y el año 2014 en el que acaeció la tragedia del Tarajal, que resultaría en la muerte de quince personas ahogadas, dando lugar a una amplia difusión tanto nacional como internacional de las prácticas acometidas.

Ante la evidencia de que ni en la Ley Orgánica de Extranjería ni en su Reglamento de desarrollo aparecía regulado ningún tipo de procedimiento que amparase las actuaciones del Estado español¹, se intentó justificar su legalidad sobre la base de dos ejes: por un lado, un concepto “operativo” de frontera, en base al cual la persona devuelta a Marruecos nunca había entrado en territorio español; y, por otro, el defender que tales prácticas quedaban amparadas por el *Acuerdo de readmisión de extranjeros entrados*

¹ Los procedimientos previstos en la normativa de extranjería española son tres: “denegación de entrada”, “expulsión” y “devolución”, y todos ellos cuentan con garantías sustantivas y procedimentales. Para un análisis detallado al respecto, Cfr. Acosta Penco, T. (2018). Rechazo en frontera y derechos humanos. *Revista española de Derecho Administrativo*, 193, 278-281.

ilegalmente firmado por España y Marruecos el 13 de febrero de 1992 –este último, precisamente, el resquicio que parece ser alegado en los últimos días–.

No obstante, ni uno ni otro argumento ostentan la más mínima solidez jurídica. Respecto del primero, incluso las vallas más externas de Ceuta y Melilla se encuentran plenamente situadas en territorio español, tal y como se desprende del Tratado de Paz celebrado entre los Reinos de España y Marruecos en 1860. Además, el establecer la línea fronteriza “a los solos efectos de la ley de extranjería”, es una ficción jurídica que no tiene cabida ni en el Derecho nacional ni internacional, y que vulnera, entre otros, los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de legalidad y de seguridad jurídica (Martínez Escaramilla, 2019). Más aún, como ha sido afirmado por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “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 Europeo de Derechos Humanos que sean pertinentes en la situación del individuo”, (*Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, párr. 74). Por lo tanto, aún cuando las vallas no se encontrasen en territorio español, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado *al ejercer su control y autoridad* deben observar en todo caso la normativa nacional e internacional aplicables.

A propósito del Acuerdo de readmisión de extranjeros de 13 de febrero de 1992 firmado entre el Reino de España y de Marruecos, segundo subterfugio alegado, su objeto es completamente distinto a la práctica de devoluciones sumarias, pues regula las condiciones materiales de entrega respecto de personas a las que, habiéndose seguido el procedimiento oportuno, se ha acordado su repatriación a Marruecos. Por ello, en ningún caso dicho acuerdo puede excluir la aplicación de la normativa de extranjería respecto de las entregas sumarias de ciudadanos de terceros países en las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla. Además, el propio acuerdo establece garantías adicionales que no son observadas en las devoluciones en caliente. Así, por ejemplo, se exige 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” (art. 2.2).

Ante la evidente ilegalidad de las prácticas cometidas, la respuesta del Gobierno español fue dar cobertura legal a las devoluciones en caliente incluyéndolas en la legislación nacional mediante la figura de “rechazo en frontera”. Al efecto, aprovechando la tramitación del Proyecto de Ley de protección de la seguridad ciudadana se introdujo una enmienda que añadía una nueva disposición adicional décima en la Ley de Extranjería. De manera tal que, bajo la rúbrica “Régimen especial de Ceuta y Melilla”, se establece lo siguiente:

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

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

Sin embargo, en relación con tal precepto debemos advertir deficiencias tanto procedimentales como sustantivas de gran significación (Martínez Escaramilla, 2015). Comenzando por las primeras, como ha sido expuesto, la modificación de Ley de Extranjería se realizó en virtud de una enmienda parcial al Proyecto de Ley de protección de la seguridad ciudadana, cuyo objeto nada tiene que ver con la Ley de Extranjería. Así pues, como ha sido afirmado por el Tribunal Constitucional español, “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” (STC 119/2011, de 5 de julio, FJ6º). Además, al utilizarse el procedimiento de enmienda, se prescindió de los informes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado y del Consejo Fiscal que tienen por fin la salvaguarda del ordenamiento jurídico y la oportunidad del texto legal.

En lo que atañe al contenido, el legislador no fue nada acertado al regular la figura del “rechazo en frontera”. En primer lugar, en tanto que la misma pretende regular los intentos de superar “los elementos de contención fronterizos”, dejaría al margen, por ejemplo, los supuestos en los que los ciudadanos de terceros países pretendan entrar a nado a territorio español, pues en tal situación no se dan tales elementos de contención. Más aún, derivado del hecho de que las vallas exteriores de Ceuta y Melilla se encuentran en territorio español, las personas que intentan saltar tales dispositivos tampoco quedarían incluidas por la nueva figura del “rechazo en frontera”, pues, siguiendo con la dicción del precepto, no se les puede “impedir su entrada ilegal en España”, en tanto que *de facto* y *de iure* la entrada ya está consumada. Por ende, con esta obtusa dicción, el legislador deja fuera precisamente al supuesto de hecho que pretendía regular.

En todo caso, a pesar de que la dicción y el procedimiento hubieran sido los óptimos, la problemática no reside en que tales prácticas no cuenten con una cobertura legal, sino que las mismas constituyen una palmaria violación tanto de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, como en la normativa internacional–regional como universal–ratificada por el Estado español y que, en nuestro ordenamiento, tiene rango supralegal (art. 31 Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales). Entre tales derechos se encuentra el respeto del principio de *non refoulement*, principio absoluto y no derogable que impide devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro; así como la prohibición de la tortura.

Recordemos, a este último respecto, que el Comité europeo para la prevención de la tortura (CPT); órgano perteneciente al Consejo de Europa, en un informe de 2014 dirigido al Gobierno español afirmaba que “teniendo en cuenta el riesgo de malos tratos infligidos por los miembros de las fuerzas auxiliares marroquíes a los migrantes irregulares, devueltos a Marruecos, la CPT recomienda que las autoridades españolas aseguren que ninguna persona es entregada a ellos” [CPT/inf (2015) 19], párr. 54.

Por otro lado, si bien es cierto que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una sentencia de 13 de febrero de 2020 avaló las devoluciones sumarias acaecidas el 13 de agosto de 2014 –sentencia muy discutida por distintos juristas y organizaciones no gubernamentales, y que llega a contradecir un pronunciamiento previo de la Sección Tercera de ese mismo Tribunal–; en el supuesto que nos encontramos en los últimos días no se dan las condiciones especiales que condujeron a la Gran Sala a dicho pronunciamiento, en concreto, la forma y modo en la que los migrantes cruzaron el dispositivo fronterizo.

Ante todo lo expuesto, no cabe sino mantener que la devolución y el traslado *ipso facto* a las autoridades marroquíes sin la más mínima intención de realizar el examen individualizado requerido a los migrantes mayores de edad y sin ningún tipo de procedimiento, una vez que estos se encontraban en territorio español, carece de sustento legal y supone un quebrantamiento de las normas más esenciales del Derecho internacional de los derechos humanos.