

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CRÍTICA AL RÉGIMEN ESPECIAL DE RECHAZOS EN LA FRONTERA DE CEUTA Y MELILLA*

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

Profesor de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN.—2. ¿NECESIDAD?—3. ¿FUNCIONALIDAD?—4. ¿SISTEMATICIDAD?—5. ¿CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL?—6. EN RESUMEN, ¿CONSTITUCIONALIDAD?

1. PRESENTACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN

1. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana¹ ha incluido una nueva disposición adicional X a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social² (en adelante LOEx), relativa al «régimen especial de Ceuta y Melilla». Se trata de regular el problema de las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla donde, del lado marroquí, aguardan numerosos extranjeros para cruzar irregularmente la frontera. Ello había ocasionado ciertas actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado consistentes en devolver a los extranjeros de forma inmediata, aprovechando la interceptación de estos extranjeros en la misma valla de separación de fronteras, en ocasiones con cierto uso de la fuerza intimidatoria o coactiva («devoluciones en caliente»). Con esta normativa, se busca que estos extranjeros

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto nacional de I+D+I DER2013/44950-R «Hacia un modelo migratorio europeo: la movilidad de personas conforme a su estatuto en la UE», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y del que son investigadores principales la Dra. P. Jiménez Blanco y el autor, ambos de la Universidad de Oviedo. Vaya también desde aquí el agradecimiento del autor al Prof. M. Presno Linera por su asesoramiento en la redacción de este comentario.

¹ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

² BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

que pretenden entrar irregularmente puedan ser rechazados en esa frontera con respeto a la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional³.

Este comentario cuestiona la necesidad, funcionalidad, sistematicidad y conformidad con el Derecho internacional de esta disposición, para, a modo de conclusión final, cuestionar su propia constitucionalidad.

2. ¿NECESIDAD?

2. No deja de ser llamativo que se regule a partir de 2015 una práctica que ya se había realizado en repetidas ocasiones, especialmente en los años 2013 y 2014, y que, a juicio del Ministerio de Interior, resultaba totalmente acorde con la legalidad⁴. ¿Para qué regular una situación que, según el Ministerio, ya tenía cobertura legal? Quizá con esta nueva regulación se reconoce que las devoluciones previas no tenían fundamentación jurídica. Se invocaba como base legal 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, vigente desde 21 de octubre de 2012⁵ pero aplicado provisionalmente ya desde 1992⁶. Sin embargo, numerosas voces ya habían destacado que la devolución en caliente, antes de la Ley Orgánica 4/2015, no tenían ninguna cobertura legal⁷. No solo porque el Acuerdo con Marruecos se refiere a la ejecución de las decisiones de salida de territorio español, pero no al procedimiento de adopción de decisiones en esta materia, sino también porque el propio Acuerdo impone obligaciones internacionales entre los Estados firmantes que no se estaban respetando en estas devoluciones, como la identificación de los ciudadanos a entregar y la documentación por escrito del acto de entrega (art. 2).

³ En particular, la nueva disposición adicional contiene tres párrafos. En el primero se delimita el contenido del rechazo en frontera y su ámbito de aplicación: «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». En el segundo párrafo se recuerdan los principios rectores de esta actuación: «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». En el tercer párrafo se hace una mención especial para la protección internacional de los inmigrantes que puedan ser rechazados: «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».

⁴ Véase, por ejemplo, la sesión parlamentaria de control al Gobierno de 10 de diciembre de 2014, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 247, 2014, pp. 8-9; en la prensa, puede verse, por ejemplo <http://www.abc.es/espana/20140505/abci-fernandez-diaz-devolucion-inmigrantes-201405051320.html> (consultado el 6 de junio de 2016).

⁵ BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012.

⁶ BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992.

⁷ Véase el informe dirigido por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la Ley», publicado el 27 de junio de 2014, pp. 1-21, <http://eprints.ucm.es/25993> (última consulta el 6 de junio de 2016), y que firman reputados penalistas, constitucionalistas e internacional-privatistas.

Si la nueva disposición adicional X de la LOEx viene a dar base legal a una práctica habitual en la frontera, la pregunta es, también en términos de oportunidad, si tal práctica es necesaria. Desde luego, se necesita, además de recursos humanos y materiales suficientes para afrontar la entrada masiva ilegal de inmigrantes a través de las vallas de Ceuta y Melilla, un protocolo de actuación de los cuerpos de seguridad del Estado en relación con una situación tan compleja como la de interceptar a una persona que se encuentra encaramada en una valla, y todo ello garantizando su seguridad y la de los propios funcionarios de policía. Pero lo que no está tan claro es que se necesitase una normativa sobre cómo actuar cuando el inmigrante ya ha descendido de la valla y se encuentra en territorio español. Para ello ya existía el procedimiento ordinario de devolución, regulado en el art. 58 de la LOEx, sustanciado en un plazo de setenta y dos horas de forma ágil y expeditiva.

3. ¿FUNCIONALIDAD?

3. Enmarcada la necesidad de la norma, debe precisarse exacta y claramente el ámbito de aplicación de este régimen especial de Ceuta y Melilla, pues no resulta una norma técnicamente precisa. Este régimen solo es posible respecto de extranjeros detectados en la «línea fronteriza» de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos. Con la dicción literal de la norma, cabe excluir de estas devoluciones sumarias a los extranjeros que ya hayan superado los elementos de contención fronterizos y descendido completamente la valla fronteriza, pues ya ha terminado la acción («mientras intentan superar») y propiamente existe una devolución de una persona que ya se encuentra en territorio español (incluidas islas, islotes y peñones de soberanía española frente a las costas marroquíes) y que ha superado la línea fronteriza. También cabría excluir a los extranjeros irregulares que accedan por vía marítima en la medida en la que no hay elementos de contención fronterizos situación apenas regulada y que ha dado ocasión a vulneraciones manifiestas de derechos humanos por repelerse la llegada a las costas españolas a nado y ocasionar fallecimientos por ahogo. Incluso se ha criticado que este procedimiento se aplique a extranjeros interceptados en la zona de intervallados o encaramados a las vallas, como parece ser la finalidad de la norma, porque estas zonas ya son territorio español⁸.

4. Cuando este régimen resulte aplicable, se procede a un rechazo inmediato a fin de impedir su entrada en territorio español. Sin embargo, el funcionamiento de la normativa también ha planteado serias dudas. Es curioso el uso del término «rechazo» en lugar de «devolución», cuando, has-

⁸ Véase, con detalle, el segundo Informe dirigido por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Rechazos en frontera: frontera sin derechos», publicado el 13 de abril de 2015, <http://eprints.ucm.es/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf> (última consulta el 6 de junio de 2016).

ta ahora, aquel se había reservado siempre a la denegación de entrada del extranjero en puestos fronterizos habilitados al efecto, lo que implicaba su retorno. Ello no ocurre en el presente caso porque precisamente se trata de superar la frontera por zonas no habilitadas y que presentan elementos de contención.

Pero lo más llamativo no es la cuestión terminológica sino que desaparecen los elementos esenciales del procedimiento de devolución y las garantías jurídicas asociadas a este⁹. Así, mientras que en la devolución ordinaria existe el mandato expreso y claro para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras de conducir a los extranjeros interceptados a la mayor brevedad posible a la comisaría correspondiente del Cuerpo Nacional de Policía, donde se procede a su identificación y se incoa el procedimiento de devolución (art. 23.2 RLOEx)¹⁰, nada de esto se contempla en estos rechazos en frontera. Al contrario, se trata de dar un amparo legal a la vía de hecho de devolver inmediata y automáticamente a las personas que se hallan en la línea «fronteriza». A lo sumo, solo se concreta un mínimo mecanismo jurídico en relación con las solicitudes de protección internacional, que, según esta disposición adicional X, se formalizarán en los «lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos». Quedan, pues, muchas dudas respecto de quiénes van a ser conducidos a esos «lugares habilitados» y qué condiciones materiales deben reunir estos, a diferencia, por ejemplo, de las instalaciones destinadas a las personas a las que se les deniega la entrada por puestos habilitados que, según la normativa, deben tener una dotación mínima de servicios sociales, jurídicos y sanitarios acordes con su cifra media de ocupación (art. 15.4 RLOEx). Tampoco se indica si estos lugares habilitados en los pasos fronterizos deben ubicarse en los puestos fronterizos «habilitados», cuya habilitación cumple unas garantías legales mínimas aprobada por Orden del Ministerio de la Presidencia¹¹. En suma, la vaguedad de la norma sobre devoluciones sumarias contrasta con la precisión del procedimiento de devolución ordinario tanto en lo que respecta a los «lugares habilitados» como a la conducción de los extranjeros a ellos.

4. ¿SISTEMATICIDAD?

5. Llegados a este punto, ya se puede deducir que no hay un procedimiento mínimo de rechazo en frontera sino una cobertura legal a una

⁹ Véase, sobre estos aspectos y la naturaleza no sancionadora de este procedimiento, la STC 17/2013, de 31 de enero, esp. FJ 12.

¹⁰ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

¹¹ A propuesta conjunta de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y Hacienda, de conformidad con el interés nacional y convenios internacionales y previo acuerdo con las autoridades del país limítrofe (art. 2 RLOEx).

vía de hecho. Se trata de una norma sin una mínima sistemática jurídica, en contraste con el procedimiento ordinario de devolución. En efecto, no existe ningún órgano para acordar el rechazo en frontera¹², a diferencia de la devolución se resuelve por el subdelegado de Gobierno o el propio delegado en las Comunidades uniprovinciales (arts. 58.5 LOEx y 23.4 RLO-Ex). Se observa, igualmente, la ausencia de cualquier resolución motivada y notificada sin información acerca de los recursos y plazos y derecho a la asistencia letrada (art. 15.1 RLOEx en relación con la denegación de entrada). No se contempla posibilidad alguna de medida de internamiento, que en el procedimiento de devolución se solicita a la autoridad judicial la adopción de una medida de internamiento (arts. 58.6 LOEx y 23.4 RLO-Ex), ni comunicación a la embajada o consulado del país de origen como ocurre en la denegación de entrada por puesto habilitado (art. 15.6 RLO-Ex). Tampoco existe referencia expresa a la protección jurisdiccional del interesado, a diferencia del procedimiento de devolución o de denegación de entrada por puesto habilitado en el que, cuando el extranjero se halle privado de libertad, debe hacerse constar en acta incorporada al expediente la voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo, una vez agotada la vía administrativa y a los efectos de acceder a la asistencia jurídica gratuita (arts. 15.2 y 23.4 RLOEx). También es una diferencia respecto de la denegación de entrada por puesto habilitado, en la que incluso se admite que los recursos administrativos y jurisdiccionales se interpongan a través de las representaciones diplomáticas o consulares (art. 15.7 RLOEx). Así pues, en relación con el nuevo rechazo en frontera, surgen, en este contexto, numerosas dudas sobre el alcance y la materialización de la audiencia al interesado, la asistencia de letrado e intérprete, los plazos para proceder a esa «devolución en caliente» o el control jurisdiccional de la actuación de la Administración.

Tampoco existe regulación precisa en torno a la posible suspensión de la ejecución del rechazo en frontera, a salvo de la que procede por formalizar una solicitud de protección internacional¹³. Así, no existe mención alguna a la posible suspensión del rechazo de personas enfermas cuya devolución pone en riesgo su salud, como tampoco a la suspensión del rechazo de mujeres embarazadas cuya devolución puede suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Por poco habitual que resulte a la luz de la tipología de inmigrantes que intentan sobrepasar la valla fronteriza, deberían haberse previsto, tal y como ocurre con la precisa regulación del procedimiento ordinario de devolución (arts. 58.4 LOEx y 23.6 RLOEx)¹⁴. Tampoco existe

¹² *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, núm. 27765/09, párrs. 166 y ss., TEDH, 2012. En esta sentencia el Tribunal ha dejado constancia de la importancia de una autoridad competente ante la que poder alegar las circunstancias personales que llevarían a no adoptar una medida de expulsión.

¹³ En cuyo caso la mera admisión a trámite conlleva la autorización de entrada y permanencia provisional del solicitante y cuya suspensión de la ejecución se levantará cuando se resuelva la solicitud o esta no sea admitida a trámite (art. 19.1 de la Ley 12/2009).

¹⁴ Tampoco existe en estos rechazos en frontera regulación alguna sobre la posible revocación de la devolución, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario cuando se haya solicitado

mención alguna en el régimen especial de rechazo en frontera a la identificación de un menor extranjero no acompañado. Se trata de menores de dieciocho años que lleguen a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable legalmente o por costumbre o si, pese a darse dicha compañía, se aprecia riesgo de desprotección por no hacerse cargo efectivamente del menor (art. 189 RLOEx). En este contexto, la disposición adicional X de la LOEx no garantiza mínimamente la adopción de medidas protectoras de acuerdo con el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENAs¹⁵.

5. ¿CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL?

6. Analizado el contenido del régimen de rechazo en frontera, cabe preguntarse por su conformidad con el Derecho internacional. Es verdad que la disposición adicional X de la LOEx se refiere al respeto «en todo caso» a la «normativa internacional de derechos humanos». Parece obvio que toda actuación de la Administración española debe respetar la normativa de derechos humanos; lo que no lo es tanto es determinar cuáles son las condiciones materiales de actuación para respetar dicha normativa, siendo la alusión excesivamente genérica.

Por un lado, como la disposición adicional X de la LOEx da reflejo legal a una vía de hecho, aumentan enormemente las posibilidades de que se produzcan expulsiones colectivas de extranjeros, expresamente prohibidas por el Protocolo 4 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante CEDH), hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (art. 4), por no garantizar un examen razonable y objetivo de la situación individual¹⁶. En esta misma línea, surgen dudas sobre si la norma ofrece garantías efectivas para la solicitud del derecho de asilo¹⁷. Por otro lado, se ha cuestionado la posibilidad de expulsar a una persona si corre el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino, prohibidos por el art. 3 del CEDH¹⁸ y demás normas concordantes, lo que han denunciado numerosas asociaciones y observadores internacio-

una autorización de residencia por circunstancias excepcionales y de su análisis se deduzca la procedencia de la concesión (art. 23.8 RLOEx).

¹⁵ Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría de Presidencia por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014). Básicamente se trata de que, identificado un menor, se pone a disposición del servicio de protección de menores, que le informará con constancia escrita del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud (art. 190.3 RLOEx).

¹⁶ Véase *Čonka c. Bélgica*, núm. 51564/99, párrs. 56 y ss., TEDH, 2002.

¹⁷ Véase *M. S. S. c. Bélgica y Grecia* (GS), núm. 30696/09, párrs. 214 y ss., TEDH, 2011; *A. C. y otros c. España*, núms. 6528/11 y otros, párrs. 81 y ss., TEDH, 2014.

¹⁸ *Hilal c. Reino Unido*, núm. 45276/99, párrs. 59 y ss., TEDH, 2001; *Salah Sheekh c. Países Bajos*, núm. 1948/04, párrs. 135 y ss., TEDH, 2007; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, núm. 27765/09, párrs. 145 y ss., TEDH, 2012.

nales¹⁹, e incluso el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa²⁰.

Si la adecuación de este régimen especial de rechazo al Derecho internacional ya resulta dudosa, todavía lo es más cuando se realiza un estudio sobre su aplicación a determinadas personas en situación especialmente vulnerable. Difícilmente puede entenderse que el régimen de rechazo en frontera cumple con las obligaciones previstas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia, de 16 de mayo de 2005²¹. También se ha destacado el preocupante silencio por lo que respecta a los menores y a las obligaciones que impone la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, de conformidad con las Observaciones Generales núm. 6 (2005) y núm. 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño²².

6. EN RESUMEN, ¿CONSTITUCIONALIDAD?

7. A modo de valoración final, y teniendo además en cuenta la interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales conforme al Derecho internacional (art. 10.2 de la Constitución española²³, en adelante CE), no sorprende el cuestionamiento de la constitucionalidad de esta norma. Así, el Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencias de 9 de junio de 2015²⁴ y de 21 de julio de 2015²⁵, ha acordado admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad sobre este procedimiento sumario de rechazo en frontera²⁶. Las dudas sobre la constitucionalidad de la norma surgen tanto desde la perspectiva de la actuación de la Administración como desde la perspectiva del acceso a la justicia.

En el ámbito administrativo, si la disposición no hace otra cosa que amparar una vía de hecho, conculca el art. 105.c) de la CE. No parece que la ley

¹⁹ Véase por todos el Informe «Análisis de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana a los efectos de la posible vulneración de los arts. 1, 9.2, 10.1, 14, 15, 20, 21, 24 y 25 de la Constitución Española», publicado el 7 de mayo de 2015, y elaborado conjuntamente por distintas ONGs y la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española [disponible en <http://rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/3d3d492cacc2a6705ccec427f61dd51b86c0f94b.pdf> (última consulta el 6 de junio de 2016)].

²⁰ Informe sobre la visita del citado Comité a España entre el 14 y el 18 de julio de 2014, publicado el 9 de abril de 2015 [disponible en <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf> (última consulta el 6 de junio de 2016)].

²¹ BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

²² CRC/GC/2005/6 [disponible en <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf> (última consulta el 6 de junio de 2016)] y CRC/C/GC/14 [disponible en http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf (última consulta el 6 de junio de 2016)].

²³ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

²⁴ BOE núm. 143, de 16 de abril de 2015.

²⁵ BOE núm. 177, de 25 de julio de 2015.

²⁶ El primero, el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015, promovido por más de 50 diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUiA, CHA: la Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Grupo Mixto del Congreso de los Diputados; el segundo, el recurso de inconstitucionalidad núm. 3848-2015, promovido por el Parlamento de Cataluña.

regule, como exige la CE, el procedimiento a través del cual se produzcan los actos administrativos, ni esté garantizando -cuando proceda- la audiencia al interesado. Este régimen contrasta, además, con el derecho a la asistencia de letrado e intérprete previsto en el procedimiento ordinario de devolución con carácter gratuito si el interesado carece de recursos económicos conforme a la normativa de asistencia jurídica gratuita (art. 23.3 RLOEx). Con esta vía de hecho se están viendo afectados principios tan fundamentales como el de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). En el recurso de inconstitucionalidad, de hecho, se destaca la indeterminación del término «podrán ser rechazados», sin concretar el cuándo, el modo y los medios. Ello resulta especialmente gravoso, como ya se ha adelantado, para grupos vulnerables como menores o personas que precisen de asistencia sanitaria por enfermedad o accidente grave, lo que podría incluso integrar el contenido esencial del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE).

Desde la perspectiva del acceso a la justicia, existen dudas sobre la adecuación de este régimen a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos y sobre el derecho de defensa y asistencia jurídica (art. 24 CE y normas concordantes del Derecho internacional)²⁷. Se trata de un derecho fundamental del que disfruta toda persona, independientemente de la situación regular o irregular del extranjero²⁸, cuya restricción no parece que se ajuste a los requisitos constitucionalmente exigibles: que se fijen por ley y que respeten el contenido esencial del derecho fundamental²⁹. En este caso, no existe forma de que los tribunales controlen la legalidad de la actuación administrativa y su sometimiento a los fines que la justifican, de conformidad con el art. 106 de la Constitución.

Palabras clave: inmigrantes en situación irregular, rechazo automático, régimen especial, Ceuta y Melilla.

Keywords: immigrants without permission, automatic return, special rules, Ceuta and Melilla.

²⁷ Véase STC 115/1987, de 7 de julio, FFJJ 1 y ss.

²⁸ Véase STC 95/2003, de 22 de mayo, esp. FJ 4; STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 13.

²⁹ Véase, por todas, STC 32/1986, de 21 de febrero, FJ 3.