

Europe or Die. La ilegalidad de las expulsiones en caliente

Lucía Payero López*

“No es que Europa sea un paraíso, no lo es. Pero
los derechos humanos existen allí”

Ashavy, costamarfileño en el campamento del
monte Gurugú

¿Para qué tenemos fronteras? Ahora hay fronteras
hasta en el agua y el mar. Miras el cielo y ves que incluso
allí hay fronteras. Pero, ¿por qué deberíamos prohibir a un
ser humano cruzar las fronteras?

Nelly, camerunés en el CETI de Melilla

1. Película

Título

“Europa o muere: cruzando la valla de Melilla” (cap. 1) (*Europe or Die: Storming Spain's
Razor-Wire Fence*)

Ficha técnico-artística

Año: 2015

País: Estados Unidos

Productora: VICE News

Duración: 25 minutos

Sinopsis

Europe or Die es una serie documental que narra dos esfuerzos contrapuestos: el de quienes arriesgan su vida para llegar a Europa en busca de un futuro mejor y el de las autoridades europeas para tratar de impedirles la entrada.

* Doctora en Derecho. Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: lucpayero@gmail.com

El capítulo primero, en el que se centrará este análisis, está dedicado al cruce ilegal de la frontera hispano-marroquí a través de las vallas de Ceuta y Melilla. Las entrevistas realizadas a diversos protagonistas (a inmigrantes que han tratado de saltar la valla, unos con éxito y otros infructuosamente, al jefe de la unidad fronteriza de la Guardia Civil en Melilla, a José Palazón, un activista que documenta las actuaciones ilegales de las fuerzas de seguridad españolas) se complementan con la narración de la periodista Milène Larsson, cuyos comentarios ayudan a entender de manera cabal la situación, y algunas imágenes de archivo (matanza del Tarajal en febrero de 2014 y declaraciones de Michele Cercone, portavoz de la Comisión Europea). El equipo de grabación se desplaza desde Melilla a varios lugares de Marruecos: el campamento de inmigrantes del monte Gurugú, un hospital en Nador y el barrio Boukhalef de Tánger, donde viven muchos subsaharianos que han sido rechazados violentamente tras haber intentado atravesar la frontera y esperan, mientras se recuperan de sus lesiones, para volver a saltar la valla. El protagonismo de la cinta lo ostentan los inmigrantes, quienes constituyen la gran mayoría de los entrevistados; y ello en perfecta sintonía con el propósito de denuncia que guía al documental: se trata de poner de relieve la ilegalidad de la actuación policial en la frontera sur de la Unión Europea (en adelante, UE), así como el sufrimiento terrible al que se ven sometidos millones de personas que tratan de mejorar su destino y cuyo único delito es haber nacido en la parte maldita del mundo.

2. Temática jurídica

Palabras clave

Asilo, derechos humanos, expulsiones en caliente, inmigración, Ley de extranjería, rechazo en frontera, Unión Europea

El documental describe cómo se produce el cruce ilegal de la frontera hispano-marroquí a través de las vallas que rodean las ciudades de Ceuta y Melilla y hace referencia a determinados aspectos de la política de fronteras que allí se aplica. De entre todos ellos, me interesa especialmente el relativo a las denominadas “expulsiones en caliente”, así como el intento de legalizarlas mediante la introducción de la figura del “rechazo en frontera” a través de una enmienda a la Ley de Seguridad Ciudadana (2015)¹.

¹ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

3. Comentario de la profesora

3.1 Devoluciones en caliente

Con el término “devoluciones en caliente” se alude a una práctica que consiste en la entrega por vía fáctica a las autoridades marroquíes de aquellos ciudadanos extranjeros que, tratando de alcanzar el territorio de la UE, son interceptados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado español al cruzar la frontera en zona de soberanía española. El carácter fáctico de la actuación radica en que no se sigue ninguno de los procedimientos legales contemplados en la legislación de extranjería para el supuesto de salida del territorio español ni tampoco son observadas las garantías establecidas en los ordenamientos comunitario e internacional. Por tanto, las devoluciones en caliente son ilegales.

La legislación española de extranjería contempla tres supuestos de salida del territorio español: la expulsión, la denegación de entrada y la devolución. La expulsión es una de las posibles sanciones que cabe aplicar a un extranjero que se halle de manera irregular en España, situación constitutiva de una infracción grave tipificada en la Ley de Extranjería² (en adelante, LEX)³. Ahora bien, con carácter previo a la expulsión es necesario tramitar un expediente administrativo sancionador y emitir una resolución motivada⁴. La denegación de entrada puede ser adoptada, también mediante resolución motivada, cuando un extranjero trate de acceder al territorio español a través de un puesto fronterizo legalmente habilitado y no cumpla alguno de los requisitos de entrada⁵. Por último, los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país podrán ser devueltos sin necesidad de la tramitación previa de un expediente de expulsión⁶. Según especifica el Reglamento de Extranjería⁷ (en adelante,

² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

³ Según el artículo 53.1a) de la LEX, constituye una infracción grave “encontrarse irregularmente en territorio español”.

⁴ El artículo 57.1 de la LEX dispone que “cuando los infractores sean extranjeros y realicen (...) conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, 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”.

⁵ El artículo 26.2 de la LEX establece: “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”.

⁶ De acuerdo con el artículo 58.3b) de la LEX, “no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros (...) que pretendan entrar ilegalmente en el país”.

REX), este precepto se aplica a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o sus inmediaciones⁸.

En atención a lo expuesto, cabe afirmar que la legislación española de extranjería no contempla ningún supuesto en el que, con la finalidad de que un extranjero abandone el territorio español, se permita a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado acudir a la vía de hecho. Tanto la expulsión como la denegación de entrada y la devolución obligan a seguir un procedimiento tasado que, entre otros requisitos, incluye la identificación del extranjero, su asistencia letrada, que se le provea de intérprete si no habla castellano o alguna de las lenguas cooficiales en España y que se emita una resolución motivada. Los supuestos en los que se recurre a las devoluciones en caliente parecen casos en los que sería de aplicación –como mínimo– el procedimiento de devolución (extranjeros que pretenden entrar de manera irregular a España y son interceptados en la frontera o sus inmediaciones) y, por tanto, las garantías anteriormente mencionadas no pueden obviarse.

Por consiguiente, la entrega de inmigrantes a las autoridades marroquíes tras ser interceptados tratando de cruzar la frontera vulnera la legislación española de extranjería⁹. Sin embargo, España lleva años expulsando inmigrantes de forma sumaria en las fronteras de Ceuta y Melilla. Aún así, nunca antes el gobierno español había tratado de justificar tales acciones. No fue hasta los sucesos de la playa del Tarajal (Ceuta) –donde 15 inmigrantes murieron ahogados intentando alcanzar a nado la costa española como consecuencia de los disparos con pelotas de goma efectuados por la Guardia Civil– cuando, en respuesta a la controversia pública suscitada, el Ministerio del Interior optó por defender la actuación de la Guardia Civil y, con ello, la legalidad de las devoluciones en caliente.

Así, se dijo que los inmigrantes devueltos a Marruecos no habían llegado a tocar suelo español, por lo que, en realidad, la Guardia Civil aplicaba una especie de denegación de entrada, pese a que el extranjero accediese por un puesto no habilitado. Se recurría, de

⁷ 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, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

⁸ Conforme al artículo 23.1b del REX, se entiende por “extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país” quienes “sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”. De acuerdo con el apartado 2º, “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”.

⁹ La vulneración se agrava si, además de expulsarlos de manera sumaria, a los extranjeros se les golpea brutalmente, como ocurre en tantas –si no en todas las– ocasiones. El documental hace referencia en varias ocasiones a esta circunstancia: imágenes en el hospital de Nador, entrevista a inmigrantes en el monte Gurugú y en Boukhalef...

este modo, a un concepto “operativo” de frontera¹⁰: a los únicos efectos de extranjería, la frontera española no estaría marcada por lo establecido en las normas internacionales que proceden a delimitar los confines territoriales de cada Estado, sino que, en el supuesto de acceso por mar, sería la línea formada por los agentes que intentan repeler la entrada de inmigrantes la que señalaría dónde comienza España y empiezan a regir sus normas¹¹; para el caso de que los extranjeros traten de saltar la valla, no se entendería que hubiesen alcanzado suelo español hasta que no rebasaran la valla más interna (la tercera)¹².

Es necesario recalcar que el concepto operativo de frontera carece de cualquier cobertura legal. La frontera se determina mediante normas internacionales de obligado cumplimiento para España, no pudiendo introducirse excepciones *ad casum* y de manera caprichosa¹³. Como ha sido denunciado, “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»¹⁴. Por tanto, la línea de demarcación de la frontera terrestre

¹⁰ El Informe de incidentes de la frontera de Ceuta del 6 de febrero de 2014, elaborado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil y dirigido a su Director General, explica que “este concepto operativo (...) supone que los inmigrantes que son contenidos y rechazados en las líneas de vigilancia antes descritas no son objeto de devolución en caliente, pues este concepto parte de la base de que la devolución es consecuencia inmediata de una entrada en territorio nacional; entrada que, en los supuestos explicados, no se produce a efectos del régimen de extranjería. (...) Este concepto es similar al existente en los pasos habilitados de las fronteras aéreas: efectivamente, el viajero, al llegar al aeropuerto, se halla realmente en territorio nacional; pero sólo oficializa dicha entrada, a estos efectos, cuando pasa por el control de documentación del CNP, y si no reúne las condiciones se le deniega la entrada, «se le rechaza» y queda retenido en locales aeroportuarios «ad hoc» hasta que es devuelto al punto de origen en el siguiente vuelo” (pp. 7-8).

¹¹ En el Informe citado anteriormente la Guardia Civil establece: “en el caso de la zona del Tarajal, (...) los intentos de entrada ilegal contrarrestados por las acciones de contención y rechazo, a vanguardia de dicha línea [de contención y rechazo], no constituyen entrada ilegal en el territorio nacional, la cual sólo queda consumada cuando el inmigrante ilegal rebasa la línea de vigilancia establecida quedando, por tanto, sujeto al régimen general de extranjería” (p. 7).

¹² El Informe antedicho dispone: “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 tal forma que cuando los intentos de entrada ilegal llevados a cabo por los inmigrantes, a vanguardia de esta línea, son contenidos y rechazados por la fuerza encargada de la custodia y vigilancia de la frontera, no se produce ninguna entrada ilegal efectiva, la cual sólo se consume definitivamente cuando el inmigrante rebasa la valla interna antes citada, en cuyo caso alcanza el territorio nacional y, a estos efectos, queda sujeto al régimen general de extranjería” (p. 6).

¹³ Según se lee en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014 –al que se hace referencia en el documental–, “las fronteras entre España y Marruecos, en lo que a Melilla se refiere, se encuentran delimitadas en tratados internacionales. En particular, en el Convenio de 24 de agosto de 1859 relativo a la delimitación de las fronteras españolas con Marruecos en las plazas de Ceuta y Melilla, el Acta de Demarcación de los límites de la plaza de Melilla de 26 de junio de 1862 y el Acuerdo relativo a la conservación de los límites de la plaza de Melilla de 14 de noviembre de 1863 y, finalmente, el Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860” (FJ 2º, apartado 3).

¹⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et al*, “«Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, Informe jurídico, 27 de junio de 2014, p. 8.

queda fuera del perímetro de las tres vallas, encontrándose incluso la más externa construida sobre territorio español¹⁵. Por lo que se refiere a la frontera marítima, el mar territorial ya forma parte del ámbito de soberanía española, por lo que ni siquiera es necesario alcanzar la orilla –mucho menos sobrepasar la línea de contención formada por los guardias civiles– para que se entienda que el extranjero está en España y que resulta aplicable la legislación española.

Pero no es sólo que la frontera no pueda ser modificada discrecionalmente a efectos de extranjería, sino que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución) opera incluso fuera del territorio bajo soberanía española, es decir, cuando los agentes ejerzan jurisdicción extra-territorial. Así lo entienden nuestro Tribunal Constitucional¹⁶ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷. Esto significa que, incluso aunque fuera aceptado el concepto operativo de frontera –extremo que, como ya he explicado, aquí se rechaza–, nada autoriza a los agentes de la autoridad a dejar de aplicar las leyes españolas, tampoco las de extranjería.

3.2 Rechazo en frontera

Consciente de la ilegalidad de las devoluciones en caliente, el Gobierno trató de otorgarles cobertura legal. Para ello introdujo un cuarto procedimiento de salida en la legislación de extranjería, el rechazo en frontera, regulado en la Disposición Adicional 10ª de la LEX¹⁸. El precepto reza lo siguiente:

¹⁵ Cuestión distinta sería la valla construida por Marruecos en la frontera de Melilla, la cual se halla en territorio de soberanía marroquí. No obstante, como el documental resalta, sorprende que Marruecos, un Estado que no acepta el dominio español sobre Ceuta y Melilla, territorios que quiere recuperar, proceda de este modo. La clave parece hallarse en los acuerdos suscritos entre Marruecos y la UE en materia migratoria: a cambio de altas sumas de dinero (José Palazón menciona que durante la última década Marruecos ha recibido más de 100 millones de dólares en ayuda financiera y técnica), Marruecos “hace el trabajo sucio”, es decir, evita que lleguen inmigrantes a Europa. Por supuesto, sin respetar los derechos humanos.

¹⁶ La STC 21/1997, de 10 de febrero, establece: “«los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales (...) que al ejercer ad intra sus atribuciones» (...) y ello es aplicable a las autoridades y funcionarios dependientes de dichos poderes” (FJ 2º).

¹⁷ Según determina la STEDH de 27 de febrero de 2012, caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia, “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 de ese individuo” (párrafo 74).

¹⁸ Resulta interesante conocer que el procedimiento de aprobación de la DA 10ª de la LEX estuvo plagado de irregularidades. En primer lugar, el precepto se introdujo mediante una enmienda al Proyecto de LO de Protección de la Seguridad Ciudadana, lo que ha sido considerado un uso abusivo de la enmienda parlamentaria que, entre otros aspectos, evitó que la reforma de la LEX fuese sometida a los dictámenes que preceptúa la ley para el caso de iniciativas legislativas del Gobierno. Como la enmienda no procedía

Régimen especial de Ceuta y Melilla.

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.
2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.
3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

Llegados a este punto, cabe plantearse dos cuestiones: en primer lugar, ¿quedan incluidas las devoluciones en caliente en el ámbito de aplicación del rechazo en frontera? En segundo lugar, ¿es posible legalizar las devoluciones en caliente?

3.2.1 *Ámbito de aplicación del rechazo en frontera*

El ámbito de aplicación del rechazo en frontera se contiene en el apartado 1 del precepto. De acuerdo con su tenor literal, la nueva figura no resultaría aplicable en varios supuestos en los que se viene recurriendo a las devoluciones en caliente, como son:

a) Los intentos de acceso a Ceuta y Melilla por vía marítima (por ejemplo, los sucesos del Tarajal). La razón es que la DA 10ª LEX se refiere a “elementos de contención fronterizos” y éstos sólo existen en tierra (vallas).

b) Los intentos de acceso a las islas, islotes y peñones de soberanía española (Perejil, Vélez de la Gomera, Alhucemas, etcétera). El motivo es idéntico: no existen los citados elementos de contención.

c) Los supuestos en los que el extranjero es interceptado cuando ha superado las tres vallas, se encuentra en la zona intermedia o encaramado en alguna de ellas. Se trata de los casos más habituales en los que la Guardia Civil procede a devolver a los inmigrantes de manera sumaria. Sin embargo, no sería de aplicación el rechazo en frontera porque, según dispone el nuevo precepto, los extranjeros han de hallarse *intentando* “cruzar irregularmente

formalmente del Gobierno –sí materialmente, aspecto que nunca se ocultó a la opinión pública–, sino del Grupo parlamentario popular en el Congreso, no era exigible el requisito de los dictámenes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado, como mínimo (estos órganos fueron los que emitieron dictamen sobre el Anteproyecto de LO de Protección de la Seguridad Ciudadana). Para una información detallada sobre este extremo, remito a MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et al*, “Rechazos en frontera»: ¿frontera sin derechos?, Informe jurídico, 13 de abril de 2015, pp. 6-9.

la frontera” y la actuación policial de contención debe ir orientada a “impedir su entrada ilegal en España”. En las situaciones aquí enumeradas los inmigrantes ya están en España, puesto que cualquiera de las vallas se encuentra construida en territorio español.

Por consiguiente, y como ya se dijo anteriormente, en estos tres supuestos resultaría de aplicación, como mínimo, el procedimiento de devolución (artículo 58.3 LEX).

Lo cierto es que no resulta fácil imaginar en qué supuestos podría recurrirse al rechazo en frontera, una vez que se ha visto cómo aquellos casos en los que se venían –y se vienen– aplicando las devoluciones en caliente no entran dentro de sus presupuestos. Pero sea como fuere, la respuesta a la pregunta que nos hacíamos –¿quedan incluidas las devoluciones en caliente en el ámbito de aplicación del rechazo en frontera?– ha de ser rotundamente negativa, puesto que el apartado 2 de la DA 10ª nos recuerda, de manera redundante, que el rechazo de extranjeros ha de cumplir con las normas internacionales suscritas por España. No sería necesario haber introducido este segundo apartado, ya que ninguna norma o actuación de los poderes públicos puede contravenir los derechos fundamentales o el derecho de asilo. La razón más plausible de esta redacción conduce a pensar que el gobierno, tratando de responder a las críticas recibidas por la actuación policial en la frontera sur, quiso dotar de cobertura legal a las mismas¹⁹. Sin embargo, y como ya expliqué, los supuestos en los que se vienen aplicando las devoluciones en caliente no cumplen con los requisitos establecidos por la DA 10ª LEX para el rechazo en frontera: la torpe formulación del precepto hace que no sirva para desempeñar la función que sus creadores buscaban²⁰.

3.2.2 ¿Es posible legalizar las devoluciones en caliente?

¹⁹ En opinión de muchos especialistas, “la escasa atención técnica en la redacción de la disposición adicional décima, que no concreta mínimamente ni derechos ni garantías, la inexistencia de unas pautas de actuación, así como las devoluciones sumarias que han marcado la actuación en las vallas, hacen temer que con la introducción del apartado segundo de la disposición adicional décima LEX tan sólo se haya pretendido salir al paso del rechazo internacional provocado por estas prácticas y que al amparo de la figura del «rechazo en frontera» la Guardia Civil va a seguir entregando a las fuerzas marroquíes a los ciudadanos extranjeros interceptados al margen de cualquier procedimiento o a través de una apariencia de procedimiento que no garantice de manera efectiva los derechos de estas personas” (MARTÍNEZ ESCAMILLA *et al.*, “«Rechazos en frontera»”, *ob. cit.*, p. 18).

²⁰ Eso no quiere decir que, desde un punto de vista político-mediático, el precepto no haya resultado exitoso. El mensaje que el Gobierno ha conseguido transmitir a la sociedad es que las devoluciones en caliente ya son legales. De este modo, el problema se traslada ahora a sede jurídica: expertos en Derecho y, en última instancia, los tribunales, tendrán que discutir ahora si el rechazo en frontera ampara las actuaciones de la Guardia Civil en la frontera sur. Con ello el Gobierno ha conseguido cubrirse las espaldas frente a las críticas de la opinión pública y de las instituciones europeas; al menos, de forma temporal (PAYERO, L., “Immigration Policy within «Fortress Europe»: The Legalisation of «Hot Returns» in Spain”, en A. Cunha, M. Silva y R. Frederico (eds.) *The Borders of Schengen*, Peter Lang, Bruselas, 2015, p. 176).

Pese a que la última reforma de la LEX no consiga otorgar cobertura legal a las devoluciones en caliente debido a su deficiente redacción, cabría preguntarse: un legislador más hábil, ¿podría legalizar estas expulsiones sumarias?

Pues bien, la respuesta ha de ser necesariamente negativa. Las devoluciones en caliente no podrían ser legalizadas porque vulneran la Constitución española, el Derecho comunitario y el Derecho internacional.

Por lo que se refiere a la Constitución española, la devolución sumaria de extranjeros vulnera los principios y garantías básicos que han de regir en cualquier procedimiento administrativo. De acuerdo con los artículos 9.3, 103.1 y 105.c de la Constitución²¹, el procedimiento administrativo debe garantizar la audiencia del interesado; además, la actuación administrativa ha de hallarse sometida al control jurisdiccional (artículos 106.1, 24.1²²), sin incurrir en arbitrariedad. Por consiguiente, las devoluciones en caliente deberían, al menos, garantizar el derecho de audiencia del extranjero, su asistencia letrada y de intérprete –que ha de ser gratuita en caso de carencia de medios económicos suficientes–, su identificación, el dictado de una resolución administrativa individualizada debidamente motivada y la notificación al interesado de los recursos que cabe interponer contra la misma.

Pero aunque se modificase la Constitución de manera tan radical que amparase las devoluciones en caliente –extremo altamente improbable, dada la falta de cultura de reforma constitucional existente en España y, especialmente, el cerrojo que introduce el artículo 168, al que resultaría necesario recurrir en una reforma de este calado–, nos encontraríamos con el obstáculo que supone el Derecho comunitario, de obligado cumplimiento para España. De acuerdo con los artículos 19.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, CDFUE) y 4 del Protocolo 4 del Convenio Europeo

²¹ El artículo 9.3 de la Constitución dice: “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorable o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

El artículo 103.1 dispone: “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Por su parte, en el artículo 105c leemos: “la ley regulará (...) el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

²² De acuerdo con el artículo 106.1, “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

El artículo 24.1 regula el derecho a la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)²³, las expulsiones colectivas están prohibidas, puesto que impiden la individualización de los casos –no se identifica a los extranjeros ni se les permite efectuar alegaciones, por lo que resulta imposible saber si están necesitados de especial protección–. El apartado segundo del artículo 19 de la CDFUE establece el principio de no devolución (non-refoulement): “nadie puede ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. Los informes de distintas ONGs, así como los testimonios de las propias víctimas –algunos aparecen en el documental– no permiten concluir que Marruecos sea un tercer Estado seguro, particularmente para las personas de origen subsahariano. El mismo principio se contiene en la interpretación que ha hecho el TEDH del artículo 3 del CEDH²⁴.

En relación con el Derecho internacional de los Derechos Humanos, es importante referirse al derecho de asilo y la protección internacional –mencionados en la DA 10ª LEX–. El asilo es la protección que se dispensa a los refugiados, personas que huyen de su país de residencia porque su vida y/o integridad física corren un peligro inminente, entendiéndose por tal la existencia de guerras, persecuciones políticas o, incluso, violencia de género –se excluyen el hambre y las consecuencias derivadas del cambio climático–. Las normas internacionales que regulan el derecho de asilo son, fundamentalmente, el Convenio de Ginebra de 1951²⁵, así como su Protocolo adicional de 1967²⁶. En el ámbito comunitario, el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE garantiza el pleno ejercicio de este derecho²⁷. Por su parte, la Constitución española lo reconoce en su artículo 13.4 y, mediante el artículo 10.2, se compromete a interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales sobre esas materias que

²³ El artículo 19 de la CDFUE establece la protección debida en caso de devolución, expulsión y extradición. En su apartado 1º dice: “se prohíben las expulsiones colectivas. En el mismo sentido, leemos el artículo 4 del Protocolo nº 4 al CEDH: “quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”.

²⁴ Vid. SsTEDH de 20 de marzo de 1991, asunto Cruz Varas c. Suecia; de 30 de octubre de 1991, asunto Vilvarajah y otros c. Reino Unido; de 15 de noviembre de 1996, asunto Chahal c. Reino Unido; de 6 de marzo de 2001, asunto Hilal c. Reino Unido; de 12 de octubre de 2006, asunto Mubilanzila Makeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica; de 11 de enero de 2007, asunto Salah Sheekh c. Países Bajos; de 23 de febrero de 2012, asunto Hirsi Jamaa c. Italia.

²⁵ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950.

²⁶ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.

²⁷ El artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE dice: “se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas 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 de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

hayan sido ratificados por España –como es el caso de la Convención de Ginebra y su Protocolo adicional–. Además, existe una ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria²⁸.

Las expulsiones en caliente, al impedir la individualización de los casos y la formulación de alegaciones, frustran el ejercicio del derecho de asilo. Ello hace que, aunque se reformase a fondo el ordenamiento jurídico español para legalizarlas –no sólo la LEX y la Ley de asilo, sino incluso hasta la Constitución, como se ha dicho–, los ordenamientos internacional y comunitario –ambos de obligado cumplimiento para España– se verían violados. Por tanto, las devoluciones en caliente ni han sido ni podrán ser legalizadas en el futuro.

4. Actividades a desarrollar por l@s alumn@s

Después de ver la película, y con la ayuda de las explicaciones precedentes, así como de la bibliografía recomendada, intenta responder a las siguientes cuestiones:

a) En los supuestos en que se recurre actualmente a las devoluciones en caliente, ¿qué procedimiento sería aplicable de acuerdo con la legislación española de extranjería? Enumera las garantías jurídicas que han de observarse en dicho procedimiento.

b) ¿En qué consiste el concepto “operativo” de frontera empleado por la Guardia Civil y el Ministerio del Interior español? ¿Qué valoración legal merece dicho concepto? Comenta con tus compañeros la respuesta que ofrece el jefe de la unidad fronteriza de la Guardia Civil en Melilla cuando se le pregunta dónde empieza España (dice que no está autorizado a saberlo y remite al Delegado del Gobierno).

c) ¿Cómo afectan las expulsiones en caliente al ejercicio del derecho de asilo?

d) El documental muestra unas imágenes de archivo en las que Michele Cercone, portavoz de la Comisión Europea, denuncia la ilegalidad de las devoluciones en caliente. Igualmente, en octubre de 2014 Cecilia Malmström, Comisaria de Interior por aquel entonces, escribió una carta al Ministro del Interior español a raíz de unas imágenes difundidas por la Asociación Pro.de.in (https://www.youtube.com/watch?v=duNAcyGP_fA). En ellas un inmigrante (Danny, un camerunés de 23 años) encaramado en la valla de Melilla es golpeado por la Guardia Civil y,

²⁸ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

tras caer al suelo aparentemente inconsciente, los agentes lo arrojan por la puerta de la valla hacia Marruecos. A juicio de la Comisaria,

Una práctica de este tipo constituye una violación de la legislación de la UE, en particular el Código de fronteras de Schengen, la Directiva sobre procedimientos de asilo y la Directiva sobre el retorno, leídos en relación con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Teniendo en cuenta tales normas, así como el resto del ordenamiento comunitario, incluidos los Tratados fundacionales, determina en qué aspectos se ve vulnerada la legislación de la UE por la actuación de las autoridades españolas en este supuesto.

e) El Auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta, de 15 de octubre de 2015, archivó el procedimiento penal seguido contra 16 guardias civiles por los sucesos de la playa del Tarajal. A juicio de la magistrada, la expulsión de los 23 inmigrantes sin la tramitación de ningún expediente constituye un hecho indiscutible, a la vista de las pruebas. Se plantea así,

La problemática de las denominadas “devoluciones en caliente”, devoluciones que constituyen una práctica prolongada en el tiempo, fundada en una interpretación particular del Ministerio del Interior sobre el concepto operativo de frontera y actualmente dotada de cobertura legal.

La nueva disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/15, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana regula un régimen especial de Ceuta y Melilla para posibilitar el rechazo de quienes son interceptados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera.

La prolongada práctica de las “devoluciones en caliente”, su justificación por el Ministerio del Interior y la cobertura legal expresada determinan que las mismas carezcan de relevancia penal por cuanto excluyen la antijuridicidad y la culpabilidad o dolo de quienes en el ámbito particular de Ceuta, y más en concreto el día 6 de febrero de 2014, actuaron conforme a una práctica admitida e impuesta por el Ministerio del Interior, con cobertura legal en este momento (FJ 9º).

Dividida la clase en dos grupos, uno defenderá la postura de la magistrada y el otro la criticará. Los puntos clave de la discusión orbitarán en torno a la justificación ofrecida en el Auto para archivar el caso, a saber:

- habitualidad de una práctica administrativa vs. legalidad de la misma

- capacidad de las declaraciones del Ministerio del Interior para convertir en legal una actuación administrativa

- ámbito de aplicación de la DA 10ª de la LEX: ¿otorga este precepto cobertura legal a las devoluciones en caliente?

f) El 6 de mayo de 2009 el Servicio de Vigilancia aduanera de la policía italiana interceptó tres embarcaciones cerca de Lampedusa en las que viajaban un total de 200 inmigrantes que habían salido de Libia con dirección a Italia. Los pasajeros fueron devueltos a Trípoli a bordo de buques militares italianos, sin que en ningún momento se les informase de su destino final ni se procediese a su identificación. Al llegar a Trípoli, fueron entregados por la fuerza a las autoridades libias. 24 de estos inmigrantes (11 somalíes y 13 eritreos) plantearon el asunto ante el TEDH, que dictó Sentencia el 23 de febrero de 2012 (asunto Hirsii Jamaa y otros c. Italia).

- Lee la sentencia con detenimiento.

- Dividida la clase en tres grupos, el primero analizará y valorará la solidez de los argumentos empleados por la defensa (Estado italiano), el segundo hará lo mismo con las razones dadas por los demandantes (inmigrantes), mientras que el tercero estudiará el razonamiento ofrecido por el Tribunal para justificar el fallo.

- Poned en común las conclusiones alcanzadas en cada uno de los tres grupos.

- Compara la respuesta dada por el TEDH en este caso con la contenida en el Auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta, de 15 de octubre de 2015.

5. Lecturas recomendadas, películas relacionadas y sitios *web* de interés

Lecturas recomendadas

BROWN, W., Estados amurallados, soberanía en declive, Herder, Barcelona, 2015.

LUCAS, J. de, Mediterráneo: el naufragio de Europa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et al.*, “«Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, Informe jurídico, 27 de junio de 2014.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et al.*, “«Rechazos en frontera»: ¿frontera sin derechos?, Informe jurídico, 13 de abril de 2015.

MEZZADRA, S., Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005.

NAÏR, S., La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía, codesarrollo, Círculo de Lectores/Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2010.

PAYERO, L., “Immigration Policy within «Fortress Europe»: The Legalisation of «Hot Returns» in Spain”, en A. Cunha, M. Silva y R. Frederico (eds.) The Borders of Schengen, Peter Lang, Bruselas, 2015, pp. 163-176.

RODIER, C., El negocio de la xenofobia. ¿Para qué sirven los controles migratorios?, Clave Intelectual, Madrid, 2013.

Películas relacionadas

Terraferma, Italia, 2011, 88 min., D. Emanuele Crialese

Mare chiuso, Italia, 2012, 60 min., D. Stefano Liberti y Andrea Segri.

Dheepan, Francia, 2015, 114 min., D. Jacques Audiard

Fuocoammare, Italia, 2016, 108 min. D. Gianfranco Rosi.

Sitios *web* de interés

<http://acuerdodelaverguenza.org/>

Sitio web que denuncia el Acuerdo suscrito entre la UE y Turquía en 2016 para la repatriación de solicitantes de asilo.

<http://lasmuertesdeceuta.eldiario.es/home.html>

Proyecto multimedia de investigación sobre las muertes de la playa del Tarajal, que intenta desvelar las mentiras contenidas en la versión oficial sobre los hechos.