

2018 - 04 - 23

Revista Española de Derecho Europeo

2018

Núm. 65 (Enero-Marzo 2018)

Comentarios de Jurisprudencia

2. Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017) (JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS)

2 Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)*)

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

Profesor Titular de Derecho Penal Universidad Rey Juan Carlos (Madrid) Letrado del Tribunal Constitucional

ISSN 1579-6302

**Revista Española de Derecho Europeo 65
Enero - Marzo 2018**

Sumario:

- I. Introducción
- II. Las devoluciones en caliente en la frontera de Melilla
- III. Las devoluciones en caliente ante el TEDH
 - 1. La supuesta falta de jurisdicción
 - 2. La excepción de la falta de condición de víctima
 - 3. La excepción de falta de agotamiento de la vía interna: ¿concurriría también la dispensa por una reiterada actuación administrativa que cuenta con la tolerancia oficial del Estado?
 - 4. La violación de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros
 - 5. La violación del derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional
- IV. Los asuntos pendientes de pronunciamiento ante el TEDH y su relevancia
- V. Respuestas y soluciones
- VI. Bibliografía

RESUMEN:

En 1998 se construyeron en Ceuta y Melilla unas vallas para delimitar la frontera entre España y

ABSTRACT:

In 1998, fences were constructed in Ceuta and Melilla to delimit the border between Spain and

Marruecos. Desde ese mismo año se han repetido los intentos de ciudadanos subsaharianos de saltar esas vallas para acceder a España. La respuesta aportada por España, cuando los migrantes eran interceptados en el dispositivo fronterizo, es su entrega inmediata a las autoridades de Marruecos sin identificar a los migrantes detenidos y sin instruir ningún tipo de procedimiento que individualice las circunstancias personales de cada uno de ellos. Estas prácticas, conocidas en España como «devoluciones en caliente», son las enjuiciadas en la STEDH, as. N.D. y N.T. vs. España, de 03.10.2017, que ha condenado por unanimidad a España por la vulneración de los arts. 4 del Protocolo CEDH – prohibición de expulsiones colectivas- y del art. 13 CEDH - derecho a un recurso efectivo-.

PALABRAS CLAVE: Devoluciones en caliente - Expulsiones sumarias - Prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros - Derecho a un recurso efectivo - Ceuta - Melilla

Morocco. Since that same year, the attempts of sub-Saharan citizens to jump over these fences to access Spain have been repeated. The response provided by Spain, when the migrants were intercepted in the border device, is its immediate delivery to the Moroccan authorities without identifying the detained migrants and without instructing any type of procedure that individualizes the personal circumstances of each one of them. These practices, known in Spain as "hot returns", are those prosecuted in the STEDH, as. N.D. and N.T. vs. Spain, of 03.10.2017, which has condemned Spain unanimously for the violation of arts. 4 of the Protocol ECHR - prohibition of collective expulsions - and of art. 13 ECHR - right to an effective remedy-.

KEYWORDS: Hot returns - Push back - Prohibition of collective expulsion of aliens - Right to an effective remedy - Ceuta - Melilla

Fecha recepción original: 20 de Diciembre de 2017

Fecha aceptación: 10 de Enero de 2018

A don José Palazón Osma. Nadie sacrificó tanto por esta causa

I. INTRODUCCIÓN

La STEDH (Sala 3.^a), as. [N.D. y N.T. vs España](#) (TEDH 2017, 74) , de 03.10.2017, (demandas núms. 8675/15 y 8697/15) (ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD000867515), ha condenado por unanimidad al Reino de España por la violación de los derechos de los demandantes del art. 4 del Protocolo 4 del CEDH –prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros– y del art. 13 CEDH, en relación con el anterior –derecho a un recurso efectivo contra una expulsión colectiva de extranjeros–. La resolución no es firme, ya que el Gobierno ha solicitado su remisión a la Gran Sala, de conformidad con el art. 43.1 CEDH, lo que ha sido aceptado por decisión del Colegio de cinco jueces de la Gran Sala de 29 de enero de 2018 (art. 43.2 CEDH), determinando que esta deba pronunciarse acerca del asunto por sentencia (art. 43.3 CEDH)

La sentencia solo analiza los hechos de los que fueron víctimas los dos demandantes, ya que responde a una demanda individual presentada al amparo del art. 34 CEDH. Esos hechos, de manera resumida, son que el 13 de agosto de 2014 los demandantes intentaron entrar en España con un grupo de subsaharianos saltando el sistema disuasorio que delimita la frontera entre Melilla y Marruecos. Este sistema disuasorio está compuesto por tres vallas consecutivas –dos exteriores de 6 metros de altura y una interior de 3 metros– y un sistema de cámaras de vigilancia por infrarrojos y sensores de movimiento. Los dos demandantes avanzaron hasta la tercera valla –la más cercana a Melilla– y en ella estuvieron encaramados hasta que horas después bajaron con la ayuda de agentes de la Guardia Civil que los detuvieron, esposaron y entregaron a las autoridades de Marruecos. En ningún momento fueron identificados ni tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos.

Esta sentencia, más allá de la cuestión individual planteada por los dos recurrentes, supone el enjuiciamiento de la política española en el control de sus fronteras terrestres extracomunitarias que les separa de Marruecos ante las diversas ocasiones en que grupos de personas han intentado acceder a territorio español saltando el vallado. La relevancia de este pronunciamiento queda acreditada por la circunstancia de que el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, en aplicación de lo establecido en el art. 36.3 CEDH y el art. 44.2 del Reglamento de Procedimiento del TEDH, ejercitara su derecho a tomar parte en el procedimiento y presentara observaciones por escrito, y que comparecieron como terceras partes en este procedimiento, autorizadas por el Presidente del TEDH de conformidad con el art. 36.2 CEDH y el art. 44.3 del Reglamento de Procedimiento del TEDH, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) y, conjuntamente, el Centro de Asesoramiento sobre los Derechos de la Persona en Europa («el Centro AIRE»), Amnistía Internacional (AI), el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE) y la Comisión Internacional de Juristas (ICJ).

Una comprensión exacta del significado que tiene esta resolución en el contexto de la política europea de control de su frontera sur implica comenzar por contextualizar la práctica de las denominadas devoluciones en caliente (II). Solo a partir de ese contexto podrá entenderse la respuesta jurídica aportada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), tanto en lo que se refiere a la desestimación de las diferentes excepciones preliminares planteadas por el Reino de España como la condena unánime por las violaciones de determinadas garantías del CEDH, que estas prácticas suponen (III). En todo caso, habida cuenta de que restan por resolver otras dos demandas planteadas por estas mismas prácticas, es necesario analizar la relevancia que pueden tener (IV), para finalizar con una reflexión general sobre las respuestas y soluciones que pueden aportarse desde el derecho español y la práctica de las autoridades de control de fronteras para superar esta condena (V).

II. LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE EN LA FRONTERA DE MELILLA

La soberanía española sobre la ciudad de Melilla suele situarse en el siglo XV, cuando el 19 de septiembre de 1497, Pedro de Estopiñán, la conquista por encargo del Ducado de Medina Sidonia, siendo traspasada a la Corona española en 1556. La delimitación fronteriza, sin embargo, no se produce hasta finales del siglo XIX, haciéndose por medio de hitos –mugas– y no con la colocación de un vallado. No será hasta 1971 cuando con motivo de una epidemia de cólera se perimetra la frontera con una verja de un metro de altura. La construcción del vallado, en la ubicación que hoy se le conoce, comienza en 1998 por decisión del entonces Gobierno del Partido Popular, presidido por don José María Aznar López y siendo Ministro del Interior don Jaime Mayor Oreja, con la finalidad de controlar el incremento que estaba sufriendo la entrada irregular de migrantes¹. De ese modo, a finales de ese año está prácticamente completado un dispositivo fronterizo consistente en una doble valla de tres metros de altura. En 2005, por decisión del entonces Gobierno del Partido Socialista Obrero Español, presidido por don José Luis Rodríguez Zapatero y siendo Ministro del Interior don José Antonio Alonso Suárez, se aumenta la altura del doble vallado a los seis metros y se construye entre ambas vallas un tercer dispositivo consistente en una estructura metálica formada por barras clavadas en el suelo y unidas por una red de cables –la conocida como sirga tridimensional–². Nuevamente el argumento fueron los continuos asaltos en grupo a las fronteras de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla por parte de inmigrantes³.

La construcción de la valla llevó aparejado un nuevo problema de cómo se debía actuar cuando alguien era interceptado intentado superar este dispositivo fronterizo⁴. Desde el

comienzo empezaron a alzarse voces desde la sociedad civil en que se denunciaban entregas de personas a las autoridades de Marruecos sin seguir ningún procedimiento⁵. No obstante, hay que señalar dos momentos esenciales en relación con estas prácticas: los años 2005 y 2014. El primero implica el inicio de la toma de conciencia social e institucional del problema, ya que dicho año fue especialmente intenso en intentos de acceder a la ciudad de Melilla superando el vallado⁶. De ese modo, comienzan a desarrollarse los primeros trabajos que denuncian la ilegalidad de la reacción estatal con la práctica de la entrega directa de los migrantes que son interceptados en la valla a las autoridades marroquíes sin la tramitación de procedimiento⁷. El año 2014, por su parte, supuso la definitiva publicitación de estas prácticas y su acceso a la opinión pública mundial con la conjunción, por un lado, de la tragedia de la playa del Tarajal en Ceuta⁸ y, por otro, de la masiva captación y difusión de grabaciones sobre cómo se ejecutaban las devoluciones en caliente⁹, lo que también supuso una eclosión de estudios jurídicos sobre este fenómeno¹⁰.

III. LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE ANTE EL TEDH

Las dos primeras demandas planteadas ante el TEDH por estas prácticas tardaron en llegar. La complejidad de articular unas quejas individuales con cierta viabilidad –tanto por las dificultades reales que plantea la prueba e identificación de las víctimas de estas prácticas como por los diferentes intentos seguidos para intentar obtener un pronunciamiento de las instancias judiciales españolas– ha tenido reflejo en que se ha tardado al menos diez años en acudir a esta instancia internacional para sustanciar la eventual vulneración de derechos del CEDH que suponen las denominadas «devoluciones en caliente». Las concretas invocaciones contenidas en estas demandas han sido la violación de los artículos 3 y 13 CEDH y 4 del Protocolo n.º 4 CEDH, con fundamento en que los demandantes fueron objeto de un rechazo inmediato a Marruecos (i) sin valorar los malos tratos a los que corrían el riesgo de ser sometidos en ese país; (ii) en el marco de una expulsión colectiva de extranjeros en que no se les había dado la posibilidad de ser identificados ni de alegar sus circunstancias individuales; y (iii) sin contar con un recurso efectivo con efecto suspensivo ante el Estado español para sustanciar todas estas circunstancias. La invocación del art. 3 CEDH –prohibición de la tortura– fue excluida liminarmente por el TEDH que únicamente trasladó al Gobierno, mediante una decisión de 7 julio 2015, las quejas respecto del art. 4 del Protocolo n.º 4 y del artículo 13 CEDH y de estos dos artículos puestos en relación entre sí¹¹.

La defensa de la representación de España ha consistido tanto en la alegación de una serie de excepciones preliminares, referidas a la supuesta falta de jurisdicción del TEDH para el conocimiento de la demanda (A), a la falta de condición de víctima de los dos recurrentes (B), y a la falta de agotamiento de la vía interna (C); como a la inexistencia de los dos únicas vulneraciones que fueron admitidas a trámite, que eran la violación de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros del art. 4 del Protocolo 4 del CEDH (D) y la violación del derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional respecto de la citada prohibición de expulsión colectiva de extranjeros del art. 13 CEDH, en relación con el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH (E).

1. LA SUPUESTA FALTA DE JURISDICCIÓN

La primera de las consideraciones defensivas que utilizó España contra estas demandas fue invocar el art. 1 CEDH. Este precepto establece que «[l]as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio »¹². A su amparo, se alegó que los hechos base de las demandas habían ocurrido fuera de territorio español, ya que los demandantes no llegaron a superar el dispositivo de protección del puesto fronterizo. Junto a ello, el Reino de España también

argumentó que, aunque la valla se situara dentro de la zona terrestre española, el ejercicio de la jurisdicción « *puede tener un ámbito objetivo variable respecto de cada uno de los derechos protegidos por el Convenio* » (§ 44).

Esta línea argumental no resultaba novedosa. Políticamente, el Gobierno español ha insistido de manera reiterada, ante la evidencia de que la integridad del vallado se sitúa dentro del territorio español, en un concepto operativo de frontera. El Defensor del Pueblo ya puso de manifiesto en su Informe de 2005 el rechazo a este cuestionamiento sobre si el perímetro fronterizo debía ser considerado territorio español. Así, señaló que «*[a] la luz de los diversos convenios entre España y Marruecos firmados durante el siglo XIX que fijan los límites jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma de Melilla, puede afirmarse que el perímetro está construido –como por otra parte es lógico– en territorio español; que su titularidad plena pertenece a España y que su custodia sólo se realiza por fuerzas españolas (...). [N]o 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* »¹³⁾.

De manera más desarrollada, esta idea operativa de frontera aparece expuesta en un Informe de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil de 8 de febrero de 2014 dirigido a su Director General y entregado por el Ministerio del Interior al Congreso de los Diputados el 7 de marzo de 2014. En este informe se manifiesta un concepto de frontera distinto para las diversas actuaciones a desarrollar por la Guardia Civil en el perímetro fronterizo de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla como cuerpo de seguridad encargado del control de fronteras. En concreto, por lo que se refiere al acceso 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* »¹⁴⁾. Este concepto tan flexible y adaptable de frontera a los intereses del Estado español para obviar la aplicación de la normativa vigente fue pronto objeto de crítica, en atención a su falta de cobertura legal tanto en el derecho internacional como nacional¹⁵⁾.

Más allá del debate sobre la territorialidad, también fue destacado que, desde una perspectiva de responsabilidad del Estado español por ese tipo de actividades, lo determinante no era tanto la cuestión territorial como que se trataba de una conducta desarrollada por empleados públicos españoles en el desempeño de sus cargos¹⁶⁾. Ello implicaba que fueran unas prácticas que quedaban sometidas al estricto cumplimiento de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2) y a las garantías previstas en el CEDH, ya que, como había señalado el TEDH, « *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, as. Hirsi

Jamaa y otros c. Italia, de 27.02. 2012, § 74). Este aspecto también fue anticipado por el Defensor del Pueblo en su citado Informe de 2005 en que se señala que « *la actuación de los funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad de nuestro país, dentro y fuera de 9 nuestro territorio –y singularmente las zonas neutrales que separan Ceuta y Melilla del territorio marroquí– está también regulada por la ley española* »¹⁷).

Con estos antecedentes, no es de extrañar que la posición de los recurrentes y de las terceras partes que efectuaron observaciones por escrito fuera atacar este argumentario desde una doble perspectiva fáctica y funcional. La fáctica consistía en poner de relieve que la integridad del dispositivo de protección fronteriza –esto es, la totalidad del sistema de vallado– está ubicada en zona territorial española¹⁸. La funcional se fundamentó en que, con independencia del lugar donde se desarrollara la actuación de los agentes de la Guardia Civil, suponía el ejercicio de jurisdicción en el sentido del art. 1 CEDH, al quedar las víctimas bajo el control efectivo de las autoridades españolas (§§ 45-48). Y, en efecto, como es una opinión comúnmente aceptada, si bien la expresión « *toda persona dependiente de su jurisdicción ha de ser entendida en el sentido de que la competencia jurisdiccional es sobre todo territorial, partiendo del principio que es ejercida normalmente dentro de conjunto de su territorio* »¹⁹, ese principio general puede verse ampliado cuando los actos son cometidos por un agente estatal con efectos que se materializan fuera de su territorio²⁰.

La apreciación del TEDH, para rechazar esta alegación defensiva del Estado español, parte de una primera constatación de que « *la línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla ha sido delimitada por los tratados internacionales en los que son parte los Reinos de España y de Marruecos y que no puede ser modificada a instancia de uno de estos Estados por las necesidades de una situación concreta de hecho* » (§ 53). Ello supone un pronunciamiento concluyente del TEDH, por un lado, respecto de la constatación fáctica de que la integridad de la valla está construida en territorio de soberanía española desde la perspectiva de la legalidad de los convenios internacionales en que se sustenta la delimitación fronteriza; y, por otro, respeto de la desautorización del concepto operativo de frontera, que había pretendido imponerse como concluyente para eludir no solo la aplicación del ordenamiento jurídico español sino también las obligaciones internacionales contraídas por el Reino de España con la firma y ratificación del CEDH.

No obstante, en línea con lo señalado anteriormente, en esta Sentencia se incide en que lo determinante para establecer la jurisdicción del TEDH, desde la perspectiva del art. 1 CEDH –y, por ende, la eventual responsabilidad del Estado español–, radica en el hecho incontestable de que la actuación objeto de demanda había sido desarrollada bajo control de agentes del Reino de España. A esos efectos, y con cita de la jurisprudencia establecida en la mencionada STEDH, *as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 27.02.2012, § 74, se afirma que « *desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, de facto, de las autoridades españolas. Ninguna especulación que atañe a las competencias, funciones y actuación de las fuerzas del orden españolas en cuanto a la naturaleza y el fin de su intervención podría llevar al TEDH a otra conclusión* » (§ 54). La conclusión no puede ser más contundente, cuando se establece que « *no hay ninguna duda de que los hechos que sustentan las alegadas violaciones están bajo la “jurisdicción” de España con arreglo al artículo 1 del Convenio*» (§ 55).

2. LA EXCEPCIÓN DE LA FALTA DE CONDICIÓN DE VÍCTIMA

La segunda de las alegaciones del Reino de España fue que los demandantes no habían acreditado suficientemente su condición de víctimas, con arreglo al art. 34 CEDH, al no

aportar pruebas de que formaban parte del grupo de personas devueltas el día de autos a las autoridades marroquíes. Esta alegación resulta sorprendente si se toma en consideración que los demandantes también denunciaban el hecho de que las expulsiones se hacían sin un previo procedimiento de identificación, lo que suponía un obstáculo no solo para poder acreditar su condición de víctima ante el TEDH, sino también ante los propios órganos judiciales españoles a los efectos de poder ejercer el derecho a un recurso efectivo del art. 13 CEDH.

El TEDH ha establecido el carácter autónomo del concepto de víctima utilizado en el art. 34 CEDH, en relación con el sentido que pueda tener en cada uno de los países parte²¹). De ese modo, dicho Tribunal señala en su Guía práctica sobre admisibilidad que « *la noción de “víctima” se interpreta de forma autónoma e independientemente de las normas nacionales tales como las de interesado o legitimado (Gorraiz Lizarraga y otros v. España, § 35) »*, incidiendo en que « *ha sido objeto de una interpretación evolutiva a la luz de las condiciones de vida actuales y su aplicación debe hacerse sin excesivo formalismo»*²²). En atención a ello, en la Sentencia se rechazó esta excepción preliminar destacando (i) el esfuerzo realizado por los demandantes para acreditar su condición de víctimas mediante la aportación de material audiovisual que diera verosimilitud a un relato coherente sobre su participación en los hechos y (ii) que no se « *puede ignorar que, si los demandantes no pueden aportar documentos que les identifiquen de manera más nítida entre el grupo de inmigrantes expulsados el día 13 de agosto de 2014, es ante todo porque, en el momento de su expulsión, los extranjeros devueltos no fueron objeto de ningún procedimiento de identificación. Estima que el Gobierno no puede escudarse tras la ausencia de identificación cuando él mismo es el responsable* » (§ 60).

3. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA INTERNA: ¿CONCURRIRÍA TAMBIÉN LA DISPENSA POR UNA REITERADA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE CUENTA CON LA TOLERANCIA OFICIAL DEL ESTADO?

La última de las excepciones preliminares invocada por el Reino de España fue la falta de agotamiento de la vía interna. Su planteamiento habría que calificarlo, cuanto menos, de confuso. No cabe obviar que si alguna de las excepciones parecía tener cierta viabilidad en este procedimiento era esta. Desde la perspectiva del principio de subsidiariedad en que se sustenta la jurisdicción del TEDH, es un elemento esencial dar la oportunidad a los órganos judiciales de los países miembros que se pronuncien y, en su caso, restablezcan de manera temprana los derechos fundamentales que se alegan vulnerados²³). Sin embargo, la representación del Reino de España fundamentó esta alegación no en la ausencia de una impugnación directa por parte de los demandantes de la devolución de que fueron objeto el día 13 de agosto de 2014, sino de las órdenes de expulsión dictadas posteriormente el 7 de noviembre de 2014 y el 26 de enero de 2015 con motivo de que los recurrentes, tras un segundo intento de saltar la valla, accedieran a España. En atención a este concreto razonamiento, el TEDH rechazó esta excepción sin demasiada complejidad argumental, recordando que la queja de los demandantes se refiere a los hechos del 13 de agosto de 2014, en que las autoridades españolas habrían llevado a cabo su expulsión sin haber seguido ningún procedimiento de identificación, recabar ninguna información respecto de sus circunstancias personales ni documentar esa actuación (§ 65).

La argumentación del Estado español quizá hubiera podido sofisticarse en cuanto a este particular, intentando fundamentar la falta de agotamiento bien en la circunstancia de que ni siquiera se intentó impugnar esta actuación desde el exterior o bien de que, habiendo ya accedido a territorio español en ese segundo intento, no se impugnó la actuación o devolución sumaria de que habían sido objeto en agosto de 2014. Es muy probable que esta vía de argumentación tampoco hubiera tenido mayor éxito, pero, al menos, sí hubiera obligado al TEDH a realizar un mayor esfuerzo de razonamiento. La

exigencia del art. 35.1 CEDH de que se hayan agotado las vías de recurso internas, « *tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos* », viene siendo interpretada, como se afirma en la Guía práctica sobre admisibilidad, por un lado, en el sentido de que « *[l]os demandantes están únicamente obligados a agotar las vías internas de recurso disponibles y efectivas, tanto teóricamente como en la práctica, en el momento de los hechos, es decir, cuando fueran accesibles, susceptibles de ofrecerles la reparación de sus quejas y existieran razonables perspectivas de éxito* »²⁴; y, por otro, que la dispensa de la obligación de agotar las vías internas de recurso disponible « *se aplica cuando está probada una práctica administrativa consistente en la repetición de actos prohibidos por el Convenio y la tolerancia oficial del Estado, de modo que cualquier procedimiento sería vano o inefectivo (Aksoy c. Turquie, § 52)* » o « *[s]i, en un supuesto concreto, exigirle al demandante que plantee un recurso sería en la práctica irracional y constituiría un obstáculo desproporcionado para el ejercicio eficaz de su derecho de recurso individual (...)* »²⁵.

En ese sentido, respecto de la posibilidad de que los demandantes hubieran intentando agotar la vía nacional una vez devueltos a Marruecos, hay que reconocer que el TEDH en su Guía práctica sobre admisibilidad afirma que « *los demandantes que residen fuera de la jurisdicción de un Estado contratante no quedan exentos de la obligación de agotar las vías de recurso internas en ese Estado, a pesar de los inconvenientes prácticos que tal extremo representa o de reticencias personales comprensibles* »²⁶. Ahora bien, en las concretas circunstancias de los demandantes no hubiera resultado tampoco proporcionada esa exigencia de agotamiento por dos razones fundamentales como son, la primera, la situación de irregularidad que mantenían en el Reino de Marruecos y la actuación que respecto de ellos desarrollaron las autoridades de dicho país, que, como se refleja en la Sentencia, fue su conducción, junto con otras personas que habían sido también rechazadas en circunstancias similares, a Fez, a unos 300 kilómetros de Nador, donde fueron abandonados a su suerte (§ 13). La segunda razón es la necesidad de que hubieran debido otorgar poder notarial en un consulado español o, en su caso, instar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para el nombramiento de profesionales del Turno de oficio. A esa misma conclusión, debería llegarse respecto de la eventual posibilidad de que se hubiera intentado agotar la vía judicial previa una vez que se accedió a España habida cuenta que, tratándose la actuación administrativa a impugnar una vía de hecho, ya habían transcurrido los plazos para formular el recurso.

Por otra parte, los diversos intentos que desde la sociedad civil se desarrollaron para conseguir un pronunciamiento sobre la ilegalidad de estas prácticas también chocaron con la evidencia de que se trataba de una reiterada actuación administrativa que cuenta con la tolerancia oficial del Reino de España, lo que implica una dispensa al deber de agotamiento de la vía nacional interna. A esos efectos, caben mencionar la impugnación del llamado Protocolo operativo de fronteras (1); el proceso penal por prevaricación a determinados miembros de la Guardia Civil en Melilla (2) y el intento de legalización de esas prácticas mediante la modificación de la legislación de extranjería (3).

1. *Los intentos de impugnación del protocolo operativo de fronteras:* Diversas organizaciones de la sociedad civil, ante la dificultad de judicializar este tipo de prácticas mediante su impugnación por los directamente afectados, optaron, en función de su legitimación como personas jurídicas dedicadas a la defensa de los derechos de los migrantes, por intentar impugnar directamente el denominado protocolo operativo de fronteras o cualquier otro instrumento jurídico que lo recogiera. Así, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado formuló recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Dirección General de la Guardia Civil que aprobaba el Protocolo Operativo de Vigilancia de Fronteras que establecía las denominadas «devoluciones en caliente» ante el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 9, dando lugar al procedimiento ordinario

núm. 27-2014²⁷⁾. El recurso fue inadmitido por Auto núm. 107/2014, de 7 de noviembre, al considerar que constaba de modo « *inequívoco y manifiesto haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación (...) por tratarse de actuación no normativa o resolución no publicadas, ni acto administrativo susceptible de recurso (...)* » (FD 3.º). Esta decisión fue confirmada en apelación por Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de abril de 2015 [ECLI:ES:AN:2015:1707], afirmándose que « *[e]n el caso de autos, ni siquiera se trata de una instrucción o circular, porque el Protocolo no tiene por objeto regular aspectos organizativos de ningún órgano, sino establecer criterios dirigidos a los agentes de la Guardia Civil, en la misión de impedir la entrada ilegal de inmigrantes en territorio nacional, y en concreto en la jurisdicción de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (...). Y porque no, al amparo de los criterios establecidos en el Protocolo, pueden dictarse normas de carácter general que, igualmente, podrán impugnarse en esta vía contencioso administrativa, pero dicho protocolo como tal no lo puede ser, porque no constituye una disposición de carácter general, al no formar parte, por tanto, del ordenamiento jurídico* » (FD 3.º)²⁸⁾.

Por su parte, la Coordinadora de Barrios para seguimiento de menores y jóvenes también intentó un pronunciamiento sobre el fondo de estas actuaciones mediante la impugnación judicial de la Orden de Servicio de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla núm. 6/2014, de 11 de abril, sobre dispositivo anti-intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de costas y fronteras. En esta ocasión, la estrategia seguida consistía en la impugnación directa de esta orden en la medida en que incluía entre sus referencias normativas el « *Protocolo Operativo de vigilancia de fronteras de fecha 26/03/2014 del Mando de Operaciones de la Dirección General de la Guardia Civil* » y reiteraba su contenido afirmando que « *[e]n este sistema de vallas, la valla interna materializa la línea que 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 solo 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* » (4-5).

Nuevamente, la decisión judicial fue la de inadmitir el recurso. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Melilla, por Auto núm. 422/2014, de 17 de diciembre, dictado en el procedimiento ordinario núm. 16/2014, consideró que lo impugnado era un acto no firme que no había agotado la vía administrativa, ya que debía haber sido recurrido en alzada ante el superior jerárquico al Jefe de la Comandancia. En ese caso, el recurso de apelación interpuesto contra esta decisión sí fue estimado por la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga) de 29 de mayo de 2015, dictada en el recurso de apelación núm. 522/2015 [ECLI:ES:TSJAND:2015:6129]. La estimación, que se fundamentó en que el Auto apelado no había dado respuesta a la cuestión planteada sobre si la Orden impugnada era una disposición de carácter general y no un mero acto administrativo que podría no agotar o poner fin a la vía administrativa, tuvo únicamente un efecto anulatorio, ordenándose retrotraer las actuaciones para que se pronunciara sobre ese eventual carácter de norma general. La solución definitiva fue aportada por Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Melilla núm. 286/2015, de 19 de junio, que acordó una nueva inadmisión negando también la consideración de disposición general a esta orden de servicio y, por tanto, su carácter normativo. Este Auto devino firme al no haber sido recurrido en apelación.

2. *El proceso penal contra miembros de la Guardia Civil de Melilla por la práctica de las*

devoluciones en caliente: Un segundo intento de obtener un pronunciamiento sobre la ilegalidad de estas actuaciones se verificó mediante la presentación de una querrela por parte de la Federación Andalucía Acoge, Federación de Asociaciones de SOS Racismo del Estado Español y de la Asociación PRODEIN en relación con los hechos acaecidos el 18 de junio de 2014 en un intento de salto en la valla de Melilla en que se reiteró la práctica de estas devoluciones en caliente y la denuncia formulada ante la Fiscalía de Melilla por la Coordinadora de Barrios para seguimiento de menores y jóvenes. La querrela, que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, dio lugar a que por Auto de 5 de agosto de 2014 se incoaran las diligencias previas núm. 866/2014²⁹⁾, con la posterior imputación del Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla por Auto de 11 de septiembre de 2014³⁰⁾ [ECLI:ES:JPII:2014:14A], que fue confirmada por Auto de 17 de noviembre de 2014, al rechazarse la petición de sobreseimiento provisional interesada por el Ministerio Fiscal a la que se había adherido la Abogacía del Estado en defensa del Coronel imputado. No obstante, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, por Auto núm. 83/2015, de 7 de abril [ECLI:ES:APML:2015:1A], estimó el recurso de apelación interpuesto en el sentido de acordar el sobreseimiento parcial y provisional de la causa respecto de la citada Orden 6/2014 y de las órdenes verbales que impartió los días 18 de junio y 13 de agosto de 2014, con ocasión de sendos intentos de entrada en España a través de la valla.

Es relevante destacar que dicho archivo se fundamentó no en que estas prácticas no fueran ilegales sino en que concurrían factores concomitantes que impedían considerar que esa actuación ilegal pudiera ser considerada un delito de prevaricación. En efecto, esta resolución fue concluyente al establecer que « *el rechazo de forma inmediata de los inmigrantes interceptados en la zona intermedia del vallado, través de las puertas de la valla más cercana al territorio marroquí, sin observancia de lo estipulado por nuestro ordenamiento jurídico en materia extranjería, constituye una decisión contraria a derecho, en cuanto prescinde absolutamente de los procedimientos legales previstos, ya sea expulsión, devolución o denegación de entrada, al tiempo que ignora las garantías que asisten a los extranjeros en caso de expulsión –entendida en sentido amplio– esto es, asistencia letrada y, en su caso, intérprete, así como derecho a un recurso efectivo, y, priva o limita gravemente el derecho a solicitar asilo* » (FD 5.º)³¹⁾.

3. *El intento de dar cobertura legal a estas prácticas* : El elemento más definitorio de que debía resultar de aplicación a estas demandas la dispensa de agotamiento de la vía interna con fundamento en la tolerancia oficial del Estado a este tipo de prácticas es, sin duda, la pretensión de su legalización mediante una regulación específica en la normativa de extranjería. Las muy diversas críticas que venían recibiendo estas prácticas tanto desde la sociedad civil como desde instancias internacionales competentes en materia de derechos humanos, propiciaron, en una huida hacia adelante por parte del Gobierno español, el vano intento de dar cobertura legal a estas prácticas, lo que también concitó una severa reacción de la sociedad civil³²⁾. Se pretendía que una mera modificación legislativa podría reconducir a una actuación legítima lo que ya a todas luces era una conducta de Estado español lesiva de los más elementales estándares del derecho nacional, regional e internacional de los derechos humanos³³⁾. A esos efectos, aprovechando la tramitación en curso del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, el Grupo parlamentario popular en el Congreso, que con mayoría absoluta sustentaba al Gobierno, introdujo una enmienda en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), para incluir la novedosa figura del «rechazo en frontera» a aplicar exclusivamente en las fronteras de Ceuta y Melilla³⁴⁾.

De manera casi unánime, la doctrina consideró que esta nueva disposición, por si sola, no era suficiente para dar cobertura legal a estas prácticas, poniendo de relieve la necesidad

de que se desarrollara expresamente un procedimiento que permitiera colmar las exigencias mínimas derivadas de toda actuación administrativa y su posible control judicial, así como el respeto a las garantías del derecho a la protección internacional³⁵. Esta regulación también fue recibida con preocupación por el Defensor del Pueblo que formuló dos recomendaciones al Ministro del Interior. La primera se refería a la necesidad de que se desarrollara de manera reglamentaria el concreto procedimiento del rechazo en frontera, incluyendo el dictado de una resolución administrativa con la correspondiente indicación de recursos y el derecho a la asistencia letrada³⁶. La segunda se centraba en el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de protección de las personas en situación de especial vulnerabilidad –menores, víctimas de trata y solicitantes de protección internacional–³⁷. Del mismo modo, el ACNUR también rechazó este intento de legalización insistiendo en que no se pueden avalar estas prácticas³⁸. Finalmente, también hay que destacar que ciento catorce Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; IU, IPC-EUiA, CHA; la Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; y Mixto interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra la aprobación de la LOPSC, incluyendo la figura del rechazo en frontera³⁹.

Determinados pronunciamientos judiciales, sin embargo, en una línea que parecía reforzar la idea de tolerancia oficial del Estado español a estas prácticas, en principio, venían considerar que con esta reforma legislativa se les daba cobertura legal suficiente. Así, en el ya citado Auto de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 83/2015, de 7 de abril [ECLI:ES:APML:2015:1A], en que, con revocación de la decisión impugnada, se acuerda el sobreseimiento parcial y provisional de la causa seguida por prevaricación contra el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardias civiles de Melilla, se afirma que *«[e]sta enmienda dota de cobertura legal, desde un punto de vista objetivo, las decisiones imputadas a título de prevaricación que constituyen el objeto de nuestro análisis, pues establece para supuestos idénticos al aquí analizado una respuesta similar a la discutida, esto es, la devolución automática en frontera. Lo que resulta de gran trascendencia, pues pone de manifiesto que las resoluciones administrativas objeto de recurso podrían acomodarse a cánones interpretativos admisibles desde una perspectiva jurídica del derecho interno español. Ciertamente el texto finalmente aprobado, difiere de la proposición de ley inicialmente planteada en el Congreso de los Diputados, al introducir como condición que la devolución o rechazo en frontera respete los mínimos de derecho humanitario, pero en todo caso, instituye como se ha dicho, el rechazo en frontera junto con las otras alternativas previstas en la Ley de Extranjería, esto es, expulsión, devolución y denegación de entrada »*, (FD 5.º) ⁴⁰.

En conclusión, más allá de la eventual torpeza de la representación del Reino de España en la formulación de esta excepción preliminar de la falta de agotamiento de la vía interna, parece que, en cualquier caso, esta es una excepción que estaba condenada a ser rechazada por el TEDH. Es fácil constatar, por todo lo anteriormente señalado, que los demandantes estaban impugnando una actuación administrativa reiterada desde largo tiempo por el Reino de España respecto de la que existía una tolerancia oficial del Estado tanto a nivel del Poder ejecutivo –que es el que directamente las desarrollaba–; como del Poder legislativo –que es el que pretendió dotarles de una cobertura legal justificativa–; como del Poder Judicial –que es el que o bien se resistía a pronunciarse sobre las mismas o cuando lo hacía lo era en términos justificativos–. Por tanto, no sería tampoco complejo apreciar que concurría este supuesto de dispensa a la obligación de agotamiento de la vía nacional.

4. LA VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN COLECTIVA DE EXTRANJEROS

El art. 4 del Protocolo 4 CEDH establece que *« quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros »*. Los demandantes fundamentaron la invocación de este precepto en que

habían sido objeto de una expulsión sin un examen individualizado de sus circunstancias. La argumentación defensiva de España consistió en tres alegaciones principales como eran que (i) los demandantes eran inmigrantes que habían intentado entrar ilegalmente en el territorio español atravesando una frontera terrestre sin formular petición de entrada por puesto habilitado, lo que es contrario al sistema del Convenio, que no puede garantizar el derecho a vulnerar el dispositivo de protección de la frontera; (ii) los demandantes podían haber optado por presentar solicitudes de asilo en los países de tránsito o en los Consulados de España en esos países o en el puesto fronterizo; y (iii) los demandantes no habían sido objeto de expulsión ya que no lograron rebasar el dispositivo de protección de la frontera, que es lo que da derecho a la tramitación de un procedimiento (§§ 68-79). Los demandantes rebatieron esas indicaciones señalando que (i) las dificultades en la gestión de los flujos migratorios o en la acogida de los demandantes de asilo no pueden justificar el recurso a unas prácticas incompatibles con las obligaciones derivadas del CEDH; (ii) en cuanto a la posibilidad de solicitar asilo en los países de tránsito, Marruecos no tiene un sistema nacional de asilo, no hay reconocimiento automático del estatuto de refugiado y los solicitantes de asilo registrados por el ACNUR no reciben ninguna asistencia por parte del Estado y, además, en lo que respecta al puesto fronterizo se afirma que, antes de la apertura de la oficina de asilo en noviembre de 2014, no se tenían acceso al procedimiento de asilo y con posterioridad es inaccesible desde Marruecos a los solicitantes de asilo subsaharianos. Por último, se insistía en que (iii) se ha producido una expulsión colectiva ya que la falta de la individualización en el procedimiento de expulsión es el elemento determinante para apreciar esta vulneración (§§ 80-85). Por su parte, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y todas las terceras partes intervinientes estuvieron de acuerdo en que (i) la reforma de la normativa de extranjería para regular los rechazos en frontera no se había implementado todavía cuando sucedieron los hechos; (ii) no se garantiza la posibilidad de solicitar protección internacional ni antes ni después de la apertura de las oficinas en la frontera española; y (iii) las devoluciones de las personas interceptadas en la valla se producen al margen de cualquier procedimiento oficial y sin identificación de las personas afectadas ni evaluación de sus circunstancias individuales, lo que impediría a los inmigrantes ejercer su derecho de solicitar la protección internacional en España, quedando privados de todo recurso efectivo para impugnar esa actuación o reclamar una reparación por los eventuales malos tratos que se les infligieran (§§ 86-95).

La valoración por parte del TEDH fue unánime al considerar que sí hubo violación del art. 4 del Protocolo 4 CEDH⁴¹. El Tribunal, a pesar de que fueron aspectos sobre los que se habían exployado todas las partes intervinientes, no entró en consideraciones sobre la ilegalidad del intento de acceder al territorio nacional por parte de los demandantes ni tampoco controvertió la cuestiones relativas a las posibilidades de tener un acceso efectivo al procedimiento de protección internacional. Su análisis, ante la simplicidad de la prohibición de «expulsiones colectivas» contenida en el precepto invocado, se limitó al estudio de si las prácticas denunciadas por los demandantes constituían, efectivamente, una «expulsión» y si había sido «colectiva»⁴². A los efectos de calificar la conducta enjuiciada como una expulsión, insistió, como había hecho anteriormente en relación con el análisis preliminar sobre la jurisdicción de Tribunal, que lo relevante no era si los demandantes han sido expulsados después de haber entrado en territorio español o si han sido rechazados antes de poder hacerlo, sino, aplicando la jurisprudencia sentada en la STEDH, *as. Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, de 21.09.2014, § 212, que los demandantes se encontraban bajo control continuado y exclusivo de las autoridades españolas cuando fueron entregados contra su voluntad a Marruecos (§§ 102-105)⁴³. Por lo que respecta al carácter colectivo de la expulsión, el TEDH reafirmó la jurisprudencia ya establecida en la STEDH, *as. Čonka c. Bélgica*, de 05.02.2002, §§ 61-63, sobre que lo determinante es verificar si las decisiones de expulsión habían tomado en consideración las circunstancias particulares, poniendo de manifiesto que las llamadas devoluciones en caliente que

sufrieron los demandantes habían sido ejecutadas « en ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa. En ningún momento han sido objeto los demandantes de procedimiento alguno. La cuestión de garantías suficientes que acreditan una consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas afectadas ni siquiera se plantea en este asunto, en ausencia de todo examen de las circunstancias individuales de los demandantes, al no haber sido estos, objeto de ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas. En estas circunstancias, el TEDH estima que el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas de los individuos afectados » (§ 107).

5. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO ANTE UNA INSTANCIA NACIONAL

El art. 13 CEDH establece que « Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional (...) ». En el presente caso, los demandantes pusieron este precepto en relación con el art. 4 del Protocolo 4 CEDH a los efectos de denunciar que, ante la ausencia de cualquier procedimiento en que quedaran identificados, se les imposibilitó impugnar ante las autoridades españolas, mediante un recurso con efecto suspensivo, las actuaciones de que fueron objeto⁴⁴). El argumentario del Estado español fue negar la vulneración de este precepto, además de porque no se habría producido tampoco una expulsión colectiva, reiterando que los demandantes podían haber presentado una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo cuando se encontraban en territorio marroquí, lo que les hubiera permitido disfrutar de los correspondientes procedimientos administrativos y jurisdiccionales (§ 111). Los demandantes rebatieron esta apreciación insistiendo en que nunca habían sido objeto de procedimiento de identificación alguno, no contando con asistencia jurídica y lingüística ni sometidos a cualquier tipo de procedimiento relativo a su expulsión, por lo que fueron privados de todo acceso a procedimientos y garantías legales y que su rechazo se efectuó en ausencia de toda decisión individual susceptible de ser objeto de un recurso (§ 112).

La conclusión del TEDH sobre la vulneración del art. 13 CEDH fue otra vez unánime⁴⁵). De nuevo, sin entrar en consideraciones relativas a la posibilidad o no de acceso al procedimiento de protección internacional⁴⁶), el TEDH se limitó a constatar que « los demandantes han sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas y que no han tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión. Hay, en este caso, un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio (Sharifi y otros, antedicha, § 242) » (§ 120).

IV. LOS ASUNTOS PENDIENTES DE PRONUNCIAMIENTO ANTE EL TEDH Y SU RELEVANCIA

El Gobierno español se ha negado en todo momento a dar las cifras exactas de las personas que desde el comienzo de estas prácticas de las devoluciones en caliente han sido entregadas a la guardia auxiliar de fronteras de Marruecos⁴⁷). En todo caso, además de los dos demandantes que han dado lugar a la Sentencia que ahora se comenta, han formulado demanda individual contra el Reino de España ante el TEDH otras tres personas, dando lugar a los asuntos *Doumbe Nnabuchi c. España* –núm. 19420/15– y *Balde y Abel c España* –núm. 20351/17, ambos pendientes de resolución. En principio, las invocaciones que en estos asuntos se han hecho de los art. 13 y 4 del Protocolo 4 no resultan problemáticas y cabe aventurar que serán resueltas en los mismos términos que lo ha hecho la presente Sentencia. Lo relevante de ambas demandas es que, de nuevo,

reinciden en la invocación del art. 3 CEDH –prohibición de la tortura– y que, además lo hacen desde perspectivas muy diferentes.

Como ya se señaló anteriormente, en las demandas que dieron lugar a la Sentencia que ahora se está analizando, se sostuvo una invocación expresa del art. 3 CEDH con fundamento en la existencia de un riesgo genérico de que los podrían ser sometidos a malos tratos en Marruecos, lo que fue liminarmente rechazado por el TEDH, en aplicación del art. 35.3.a) CEDH, al considerar que era una invocación carente de contenido suficiente por estar « *manifiestamente mal fundada* ». En estos dos nuevos casos pendiente de pronunciamiento ante el TEDH, la invocación del art. 3 CEDH tiene una fundamentación diferente, ya que, en el primer caso, se trata de la denuncia de unos malos tratos sufridos por parte de los agentes de la Guardia Civil que consumaron su entrega a las autoridades de Marruecos; y, en el segundo caso, se trata de la denuncia de malos tratos sufridos por los agentes auxiliares de fronteras de Marruecas tras consumarse la devolución en caliente.

En concreto, en el asunto *Doumbe Nnabuchi c. España*, la vulneración del art. 3 CEDH se fundamenta en el uso de una violencia desproporcionada por parte de los agentes de la Guardia Civil española para su inmovilización durante la detención con el fin de ser entregado a las autoridades marroquíes. En la demanda se relata que el 15 de octubre de 2015, en un intento grupal de acceder a Melilla superando el dispositivo fronterizo de control, el demandante llegó a la tercera valla en la que se mantuvo unas horas, siendo requerido por agentes de la Guardia Civil española para que descendiera de la misma. El demandante comenzó a descender la valla por una escalera proporcionada por los agentes de la Guardia Civil, cuatro de los cuáles empezaron a golpearlo con sus porras, al principio en las piernas, luego en el costado y los brazos. Tras caer al suelo desde una altura de dos metros como consecuencia de los golpes que estaba recibiendo, el demandante quedó tendido en el suelo inconsciente. En esas condiciones, fue inmovilizado embridando sus manos en la espalda, siendo arrastrado y posteriormente trasportando en volandas por varios agentes de la Guardia Civil quienes le entregaron a los miembros del cuerpo auxiliar de fronteras marroquíes sin ningún tipo de asistencia sanitaria⁴⁸⁾. En atención a esta invocación y tomando en consideración la contundencia de las pruebas audiovisuales aportadas con la demanda, el TEDH, en su comunicación de 14 de diciembre de 2015⁴⁹⁾, entre las cuestiones planteadas a las partes, ha incluido la pregunta sobre si «*¿El demandante ha sido sometido a trato inhumano o degradante por parte de agentes de la Guardia Civil en violación del artículo 3 de la Convención durante su descenso de la valla de Melilla?* »⁵⁰⁾.

Por su parte, en el asunto *Balde y Abel c España*, la alegación resulta más compleja al ponerse la invocación del art. 3 CEDH en relación con los malos tratos previos y posteriores que infligirían a los demandantes las fuerzas auxiliares marroquíes⁵¹⁾. De ese modo, en ese asunto, entre las preguntas sometidas por el TEDH a la consideración de las partes en la comunicación de 12 de junio de 2017), están, « 1. *¿Han sido sometidos los solicitantes, en violación del artículo 3 de la Convención, a un trato inhumano o degradante por parte de agentes de la Guardia Civil o, como afirma el segundo solicitante, también por miembros de las fuerzas auxiliares que fueran atribuibles al Estado demandado, en su descenso de la valla de Ceuta?* » y « 2. *¿Antes de su expulsión, las autoridades españolas examinaron el riesgo alegado por los solicitantes de ser sometidos a un trato contrario al artículo 3 de la Convención en caso de su regreso a Marruecos, en particular a la luz de la información de fuentes nacionales e internacionales sobre migraciones* ⁵²⁾ ? *¿El estado físico del segundo solicitante respecto de la posibilidad de haber sido objeto de malos tratos por parte de las fuerzas auxiliares marroquíes antes de intentar escalar la frontera de Ceuta fue tomado en consideración?* ». La información más relevante a la que se refiere el TEDH es, sin duda, el Informe al Gobierno español sobre la visita a España del Comité Europeo para

la prevención de la tortura del 14 al 18 de julio de 2014, en que dicho Comité afirma 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* » (apartado 54)⁵³.

Por último, también es de interés destacar que este último asunto se refiere a hechos producidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Disposición adicional décima de la LOEx, lo que permitirá despejar cualquier duda sobre la pretendida legalización de esas conductas que, como ya ha sido destacado anteriormente, se ha seguido sustentando por parte del Gobierno del Reino de España incluso tras esta primera condena⁵⁴.

V. RESPUESTAS Y SOLUCIONES

La condena que esta Sentencia representa para las devoluciones en caliente desarrolladas y justificadas desde hace años por los diferentes gobiernos españoles parece que deberían suponer el principio del fin de estas prácticas. Lo concluyente de este pronunciamiento del TEDH pone de manifiesto que no se trata de una conducta que, por falta de cobertura legal, vulnera los compromisos internacionales adquiridos por España de respeto de los derechos humanos; sino que, en sí misma, por representar una intolerable vía de hecho respecto de personas en situación de especial vulnerabilidad, resulta contraria a las más elementales garantías propias de los estados democráticos respetuosos con estándares mínimos de los derechos humanos. Nadie dudaría que no ya en ejecución y respeto a la autoridad que representa el TEDH, sino por propia convicción democrática, la única alternativa posible sería el cese inmediato de estas prácticas. No ha sido ese el camino seguido por el Reino de España. El Ministro del Interior, en sede Parlamentaria, una vez conocida esta Sentencia ha insistido de manera vehemente en negar la ilegalidad de estas prácticas, reiterando que cuentan con el aval de la Unión Europea⁵⁵ y que esta situación ha sido subsanada con la introducción en el derecho español del rechazo en frontera y la apertura de las oficinas de asilo en Ceuta y Melilla⁵⁶. De hecho, con posterioridad a esa sentencia se han dado a conocer por la prensa nuevas devoluciones sumarias⁵⁷.

En este contexto, es poco viable que la solución a las devoluciones en caliente venga dada por la libre asunción del Gobierno español de la legalidad internacional vulnerada bien por la vía de no insistir en su práctica, bien por la vía, ya sugerida en su día por el Defensor del Pueblo y defendida también por el ACNUR⁵⁸, de que se establezca reglamentariamente un procedimiento regulador del rechazo en frontera respetuoso con las garantías mínimas esenciales⁵⁹. Tampoco parece que, desde una perspectiva legislativa, corriera mejor suerte la simple derogación de la disposición adicional décima de la LOEx⁶⁰. Como ya se ha expuesto con anterioridad, estas prácticas han sido reiteradas tanto en presencia como en ausencia de esa concreta regulación.

La única solución plausible para dar estricto cumplimiento a esta sentencia del TEDH es la de una modificación legislativa que clarifique de una vez por todas que el procedimiento a aplicar en los casos de interceptación de migrantes intentando acceder sobrepasando los dispositivos de contención fronterizos es el general de devolución regulado en el art. 58 LOEx⁶¹, sin dejar ningún margen de maniobra normativa al Gobierno. De ese modo, parece que la derogación de la disposición adicional décima LOEx debe de ir acompañada de una reforma más incisiva del art. 58 LOEx, en el sentido de clarificar en su art. 58.3.b) la aplicabilidad del procedimiento de devolución a cualquier persona interceptada intentando acceder por cualquier vía a Ceuta y Melilla⁶², ya que es preciso establecer un tratamiento normalizado de este tipo de supuestos frente a la pretensión de excepcionalidad que se intentaba aportar con la inclusión de la DA 10.^a LOEx. Si con carácter general a cualquiera que intenta acceder ilegalmente a España por cualquier sitio

que no sea un puesto fronterizo habilitado al efecto se le aplica el procedimiento de devolución, no hay razón objetiva para no aplicar ese mismo régimen en Ceuta y Melilla con independencia de que el intento de acceder lo sea por la frontera terrestre saltando la valla, o accediendo mediante una embarcación o a nado. Por otra parte, el intento de instaurar cualquier tipo de procedimiento alternativo a los actualmente existentes por muy garantista que se pretenda hacer, lo único que haría es reincidir en que cualitativamente son supuestos diferentes a los anteriores. Sin embargo, hay que insistir en que técnicamente no hay ninguna diferencia que justifique un tratamiento diferenciado⁶³). La gran preocupación mostrada por el efecto que tienen este tipo de prácticas sobre personas que puedan ser merecedoras de una especial protección en atención a su situación de vulnerabilidad también posibilita que cualquier solución legislativa que se aporte pase por calificar en el ámbito del art. 58.4 LOEx que en estos supuestos de interceptación de migrantes en Ceuta y Melilla debe posibilitarse el ejercicio del derecho de formalizar una petición de asilo o de protección internacional subsidiaria y/o recibir cualquier tratamiento adecuado a una eventual situación de vulnerabilidad – minoría de edad⁶⁴), víctima de trata de seres humanos, víctima de violencia de género–⁶⁵). Por último, habida cuenta de que la única garantía procedimental del proceso de devolución que aparece establecida en el art. 58 LOEx es que la devolución sea acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión, quedando regulado el resto de garantías en el art. 23.3 de su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril), también resultaría adecuado consolidar todas estas garantías en una normativa de rango de ley formal⁶⁶).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA SÁNCHEZ, M.A, «Las fronteras terrestres en España en Melilla: Delimitación, vallas fronterizas y “Tierra de nadie”», en *Revista Electrónica de Estudios internacionales* , núm. 28, 2014. (www.reei.org/index.php/revista/num28/articulos/fronteras-terrestres-espana-melilla-delimitacion-vallas-fronterizas-tierra-nadie) (última consulta 25/11/2017).

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU), *American exile: Rapid deportations that bypass the Courtroom* , Nueva York, 2014.

(www.aclu.org/sites/default/files/field_document/120214-expeditedremoval_0.pdf).

Resumen ejecutivo en castellano: *Exilio estadounidense: deportaciones rápidas que evitan el tribunal* (www.aclu.org/files/assets/120114-expiditedremovalspanish.pdf) (última consulta 25/11/2017).

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Miedo y Vallas: Los planteamientos de Europa para contener a las personas refugiadas* , Reino Unido, 2015 (www.amnesty.org/download/Documents/EUR0325442015SPANISH.PDF) (última consulta 25/11/2017).

ARRESE IRIONDO. M.N, «Derecho a un recurso efectivo», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* , Civitas, Madrid, 3.ª ed., 2015, pp. 717-757.

ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA (APDHA), *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2014* , Sevilla, 2014 (www.apdha.org/media/frontera_sur_2014_web.pdf) (última consulta 25/11/2017).

BOLLO AROCENA. M.D, «Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia (2012)», en TORRES BERNARDEZ, S (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez*

Rodríguez , Iprolex, Madrid, 2013, pp. 647-666.

BOZA MARTÍNEZ, D.: *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos* , Universidad de Cádiz, Cádiz, 2007.

CA-MINANDO 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, 2014*, (caminandofronteras.files.wordpress.com/2014/03/informe-tarajal-marzo-2014-sn-2.pdf) (última consulta 25/11/2017).

CARMONA CUENCA, E, «El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)», en GARCÍA ROCA, J. y SANTAOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos* , CEPC, Madrid, 3.ª ed., 2014, pp. 565-586.

CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CASTRO SÁNCHEZ, C, «TEDH - Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa e.a. c. Italia*, 27765/09 - Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo n.º 4 - Tortura y tratos inhumanos y degradantes - derecho a un recurso efectivo - prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* , núm. 46, 2013, pp. 1119-1135

CHAVERRA AGUDELO, R.; FERNÁNDEZ GRISOLIA, T.; GIRALDO CANO, N.; y GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J. «La política de inmigración en España como instrumentalización de la alteridad», en *Revista Crítica Penal y Poder* , núm. 9, 2015, pp. 193-216.

CHUECA SANCHO, A.G, «El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* , núm. 1, 2002, pp. 9-36.

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, *Informe 2015: Las personas refugiadas en España y Europa* , Madrid, 2015 (www.cear.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe-2015-de-CEAR2.pdf) (última consulta 25/11/2017).

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 1996 y debate en las Cortes Generales* , Madrid, 1997 (www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME1996informe.pdf) (última consulta 25/11/2017).

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 1998 y debate en las Cortes Generales* , Madrid, 1999 (www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME1998informe.pdf) (última consulta 25/11/2017).

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2005 y debate en las Cortes Generales* , Madrid, 2006 (www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2005informe.pdf) (última consulta 25/11/2017).

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2015 y debate en las Cortes Generales* , Madrid, 2016 (www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/02/Informe2015.pdf) (última consulta 25/11/2017).

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre el asilo en España: La protección internacional y los recursos del sistema de acogida* , Madrid, 2016 (www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo en España 2016.pdf) (última consulta 25/11/2017).

DURÁN ALBA, J.F, «La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4 P4)»,

en GARCÍA ROCA, J. y SANTAOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 3.ª ed., 2014, pp. 777-782.

ENÉRIZ OLAECHEA, J, «El rechazo de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla. Alcance de la Disposición Adicional Décima de la Ley Orgánica de Extranjería», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2017.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A, «La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías», en *Diario La Ley*, núm. 8382, 22 de septiembre de 2014.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A, «El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 1)», en GARCÍA ROCA, J. y SANTAOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 3.ª ed., 2014, pp. 43-56.

GADEM, MIGREUROPE, CIMADE y APDHA, *Ceuta & Melilla: Centros de selección a cielo abierto a las puertas de África*, 2015 (www.gadem-asso.org/wp-content/uploads/2016/11/rapport-ceuta-melilla-spanish.pdf) (última consulta 25/11/2017).

GARCÉS-MASCAREÑAS, B. «Fuera de campaña electoral: devoluciones en caliente, refugiados e inmigrantes irregulares», en *Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016*, 2016, pp. 320-337.

GARCÍA ANDRADE, P, «“Devoluciones en caliente” de ciudadanos extranjeros a Marruecos», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. Núm. 67, 2015, pp. 214-220.

GARCÍA VITORIA, I, «El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la expulsión de inmigrantes», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 20, 2015.

GARCÍA SAN JOSÉ, D.I. «Cuestiones relacionadas con la jurisdicción de los estados parte en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales a propósito de actos extraterritoriales», en *Anuario de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, pp. 177-200.

GONZÁLEZ GARCÍA, I, «El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol XXII, 2006, pp. 255-284.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. «Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla», en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, pp. 309-329.

GONZÁLEZ VEGA, J.A. «¿Colmando los espacios de 'no derecho' en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia», en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXIV, 2008, pp. 141-175.

GONZÁLEZ VEGA, J.A. «El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos», en *Revista CIDOB d'afers internacionals*, núm. 111, 2015, pp. 173-193.

GRACIA PÉREZ DE MERGELINA, D, «El “rechazo” de inmigrantes en las fronteras de Ceuta y Melilla», en *Diario La Ley*, núm. 9057, 9 de octubre de 2017.

KARAGIANNIS, S. «Expulsion d'étrangers et Convention européenne des droits de l'homme Le risque de mauvais traitements dans l'Etat de destination», en *Anuario Colombiano de*

Derecho Internacional , vol. extra 3, 2010, pp. 57-115.

LASAGABASTER HERRARTE, I. «Prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* , Civitas, Madrid, 3.ª ed., 2015, pp. 971-977.

LEE KOH, J.; SRIKANTIAH, J.; y TUMLIN, K, *Deportation without Due Process* , USA, 2011 (www.nilc.org/wp-content/uploads/2016/02/Deportation-Without-Due-Process-2011-09.pdf) (última consulta 25/11/2017).

LÓPEZ-SALA, A. «La inmigración irregular en Ceuta y Melilla en 2014: prácticas de control y debate público», *Anuario de la Inmigración en España 2014: Flujos cambiantes, atonía institucional* , 2015, pp. 170-191.

LÓPEZ ULLA, J.M. «Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado la obligación positiva de no dejarle en desamparo», en *Teoría y realidad constitucional* , núm. 32, 2013, pp. 481-497.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. «Reflexiones a propósito de algunos riesgos para el adecuado cumplimiento del Derecho de la Unión Europea sobre las repercusiones de la expulsión de gitanos de Francia», en *Revista Española de Derecho Constitucional* , núm. 92, 2011, pp. 11-40.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et alt.* , *Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la Ley* , Madrid, 2014 (<http://eprints.ucm.es/25993>) (última consulta 25/11/2017).

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et al.* , «Rechazos en frontera»: ¿frontera sin derechos? , Madrid, 2015 (<http://eprints.ucm.es/29379>) (última consulta 25/11/2017).

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. «Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”», en MAQUEDA ABREU, M.L, MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A (coords.), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* , Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 1081-1103.

MORGADES GIL, S. «La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* , núm. 37, 2010, pp. 801-842.

MORTE GÓMEZ, C, *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* , Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

PASTOR RIDRUEJO, J.A. «La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas escogidos», en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* , núm. 1, 2007, pp. 239-276.

REMACHA TEJADA, J.R, «Las fronteras de Ceuta y Melilla», en *Anuario Español de Derecho Internacional* , núm. 10, 1994, pp. 195-238.

RUIZ SUTIL, C. «El rechazo en frontera o la denominada “devolución en caliente” y su regulación en la LOEX», en *Revista Española de Derecho Internacional* , vol. 68/2, julio-diciembre 2016, pp. 329-336.

SAN MARTÍN ONTORIA, A.B, «Derecho a un recurso efectivo y con efecto de suspensión

automática en el ámbito del TEDH. La sentencia del 22 de abril de 2014, *asunto A.C. y otros contra España* », en PASTOR PALOMAR, A (dir.), *Temas relevantes de Derecho internacional público ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa* , Ministerio de Justicia, Madrid, 2016, pp. 87-96.

SANTAMARÍA ARINA, R. y BOLAÑO PIÑERIO, M.C, «Prohibición de la tortura», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* , Civitas, Madrid, 3.ª ed., 2015, pp. 54-95.

SILVEIRA GORSKI, H.C. «La legalarbitrariedad como mecanismo jurídico de control de la inmigración irregular», en *Crítica Penal y Poder* , núm. 12, 2017, pp. 34-54.

SOS RACISMO, *Informe frontera sur 1995-2006: 10 años de violación de los derechos humanos* , Gakoa, Donostia, 2007.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Guía práctica sobre la admisibilidad* , 2014, (www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf) (última consulta 25/11/2017).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Guide on Article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights* , 30 de abril de 2017, (www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_4_ENG.pdf) (última consulta 25/11/2017).

FOOTNOTES

1

Una descripción de la situación vivida en aquella época en Ceuta y Melilla con motivo de la creciente población de migrantes en SOS RACISMO, 2007, 8-16; o APDHA, 2014, 12-21. Tampoco es ajena a esta decisión la entrada en vigor del Acuerdo de Schengen el 26 de marzo de 1995. Resulta relevante que la financiación del vallado de Ceuta y Melilla se haya hecho con cargo a fondos europeos, tal como venía a reconocer el Ministro del Interior don Jaime Mayor Oreja en su comparecencia de 18 de diciembre de 1997 ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados –Comisiones– VI Legislatura, núm. 363, de 18 de diciembre de 1997, pp. 10717-10718) (www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/DS/CO/CO_363.PDF) (última consulta 25/11/2017).

2

Una descripción detallada sobre los aspectos relativos a la delimitación fronteriza y la evolución de la construcción del vallado en Melilla puede consultarse en ACOSTA SÁNCHEZ, 2013, 6-23. Respecto de la valla de Ceuta, APDHA, 2014, 21-23.

3

Ampliamente, sobre los acontecimientos que dieron lugar a este reforzamiento de las vallas en Ceuta y Melilla, SOS RACISMO, 2007, 26-71; o APDHA, 2014, 26-30. En general, sobre la complejidad del control de la inmigración irregular en ambas ciudades, LÓPEZ SALA, 2015, 178-181.

4

Antes de la construcción de estos dispositivos de contención, la permeabilidad de la frontera permitía un acceso fácil a Ceuta y Melilla. De ese modo, la política preferente diseñada para afrontar la presencia de migrantes en situación irregular era su traslado a la península (SOS RACISMO, 2007, 9-15). No obstante, ya se informó de devoluciones sumarias en octubre de 1995, afirmándose que, en distintas ocasiones, miembros de las fuerzas de orden público españolas detuvieron a inmigrantes irregulares en la ciudad de Ceuta y los expulsaron a Tierra de Nadie (SOS RACISMO, 2007, 9). La actuación más controvertida en aquella época se produjo en junio de 1996, cuando se produce la deportación de 103 migrantes drogados en vuelos militares desde Málaga, a donde habían sido trasladados desde Melilla (SOS RACISMO, 2007, 10-11). El Defensor del Pueblo, en su informe de 1996, recordaba sobre este suceso que « *Tras la investigación practicada por el Defensor del Pueblo se concluyó que el proceso había tenido una serie de anomalías que, por su naturaleza, habían supuesto la alteración y lesión de las previsiones legales tanto de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, antes citada, como de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. El fundamento de la anterior afirmación se justificaba desde el momento que la expulsión de unas personas y la devolución de otras, no respondía a otro criterio que a la eficacia de poder agrupar a todos en una expulsión-devolución colectiva y facilitar con ello que abandonasen el territorio nacional en grupos hacia los distintos países que los admitieron*» (DEFENSOR DEL PUEBLO, 1997, 222). Junto a ello, hizo un recordatorio de deberes legales al Ministerio del Interior sobre la necesidad de garantizar la integridad física de cualquier persona privada de libertad, impidiendo el uso de medios que menoscaben dicha integridad. Así, en el citado informe se afirma que « *Este recordatorio fue hecho con motivo de la tramitación de la queja surgida a raíz de la expulsión de estos 103 inmigrantes de la ciudad de Melilla, donde se acreditó el uso de un fármaco, que fue vertido en el agua dada a estas personas con el fin de sedarlos para poder así trasladarlos en avión a los distintos puntos de destino. El Ministro del Interior, en comparecencia en el Congreso de los Diputados, justificó esta medida ante la situación de agresividad y alteración nerviosa en que se encontraban estos ciudadanos y previendo que ésta no mejoraría en el interior del avión, de obligado reposo físico y espacio reducido en que habían de encontrarse por lo que, consultados los servicios médicos de la Comisaría de Málaga, se prescribió este fármaco para utilizar en caso de altercado que pudiera poner en peligro su vida y la de los demás ocupantes de la aeronave (9619851)* » (DEFENSOR DEL PUEBLO, 1997, 224-5).

5

Consta que en junio de 1998 hay nuevas devoluciones ilegales de personas que ya estaban en territorio español, incluyendo menores de edad (SOS RACISMO, 2007, 15-16). En relación con las devoluciones ilegales de menores en Ceuta, con detalle APDHA, 2014, 20-21. El DEFENSOR DEL

PUEBLO, 1999, 262, afirma sobre este particular que « *Tres policías locales de Ceuta denunciaron que integrantes de este cuerpo detenían a menores de origen marroquí que deambulaban por aquella ciudad y los entregaban a las autoridades marroquíes, sin intervención del Cuerpo Nacional de Policía. Tras la investigación practicada se puede aseverar que, efectivamente, la policía local de Ceuta procede, con relativa asiduidad, a recoger menores marroquíes que cruzan diariamente la frontera de España con Marruecos para devolverlos al país de origen, sin que se haya podido acreditar con exactitud qué tipo de medidas preventivas adopta la policía local en orden a garantizar la seguridad de estos menores* ».

6

Según relata la Secretaria de Estado para la Seguridad al Defensor del Pueblo, la Guardia Civil, con la cooperación de efectivos de un Tercio de la Legión, actuaron el 23 de junio de 2005 en uno de esos intentos grupales, empleando material antidisturbios (unas 100 pelotas de goma) para disuadir a los inmigrantes y consiguiendo frustrar la entrada ilegal de unas 190 personas y deteniéndose a 80 más (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2006, 287-288), quien señala que « *El informe no precisa qué se hizo con los detenidos, ni qué se entiende por frustrar la entrada* », 288. El Defensor del Pueblo también informa de los hechos del 29 de agosto de 2005 en que apareció junto a la valla de Melilla el cadáver de un ciudadano subsahariano, horas después de que se reprimiera un intento de entrada de alrededor de unas 300 personas con empleo de material antidisturbios (pelotas de goma y defensas) (*Ibidem* , 288-290). Una detallada cronología de estos sucesos y de todos los acontecidos en la frontera sur durante 2005 se refleja en SOS RACISMO, 2007, 30-71. Más resumidamente, APDHA, 2014, 26-32, que identifica la muerte de 14 migrantes y centenares de heridos en el verano de 2005.

7

El dictamen más importante, por la posición institucional que ocupa, es el extenso y detallado estudio realizado por el Defensor del Pueblo en su informe sobre 2005, en que ya se anticipan todos los problemas jurídicos que planteaban estas prácticas (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2006, 290-310). También es relevante el informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España 10-19 de marzo 2005 y el análisis que hace de la entrega de España a Marruecos de 73 migrantes de origen subsahariano que serían posteriormente abandonados a su suerte por el Reino de Marruecos en el desierto del Sahara sin ningún tipo de atención (pp. 45-49) (rm.coe.int/16806db842) (última consulta 25/11/2017). Fueron diversas las aportaciones jurídicas de las diferentes organizaciones de la sociedad civil y, académicamente, es de destacar el análisis de GONZÁLEZ GARCÍA, 2006.

8

El 6 de febrero de 2014, aproximadamente unas 300 personas se concentraron en Marruecos al lado de la zona del Tarajal intentando acceder a nado hasta la playa en zona española. La reacción de las autoridades españolas fue el uso de material antidisturbios contra las personas

que estaban nadando en el agua, apareciendo finalmente 15 personas muertas por ahogamiento. Los 23 migrantes que lograron acceder a la playa de Melilla fueron detenidos por agentes de la Guardia Civil y devueltos sin procedimiento alguno a Marruecos a través de puertas de servicio ubicadas en el vallado. El informe más detallado sobre estos hechos es el realizado monográficamente por CA-MINANDO FRONTERAS, 2014. Más resumidamente, APDHA, 2014, 40-43. Los hechos dieron lugar a la incoación de las diligencias previas núm. 123/2014 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta mediante Auto de 11 de febrero de 2014. Por Auto de 15 de octubre de 2015 se acordó sobreseer provisionalmente la causa por los delitos de homicidio y lesiones imprudentes –uso del material antidisturbios contra los migrantes que estaban en el agua– y libremente por el delito de prevaricación por la práctica de las devoluciones en caliente. Este Auto fue anulado por el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de enero de 2017, dictado en el rollo de apelación núm. 86/2016 (ECLI:ES:APCE:2017:2A), ordenando la continuación de la instrucción. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta, mediante Auto de 26 de enero de 2018, ha vuelto a acordar el sobreseimiento libre y el archivo de la causa, lo que ha sido de nuevo impugnado por las acusaciones particulares.

9

Las devoluciones en caliente practicadas con motivo de los hechos del Tarajal fueron objeto de grabación y están incorporadas a la causa penal. La mayor colección de imágenes sobre estas prácticas son las captadas por don José Palazón Osma en la valla de Melilla, que recopila desde 2007 en el blog melillafronterasur.blogspot.com.es.

10

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et alt* , 2014, ACOSTA SÁNCHEZ, 2014, APDHA, 2014, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2014, GARCÍA ANDRADE, 2015, GONZÁLEZ GARCÍA, 2015, LÓPEZ-SALA, 2015; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et alt* , 2015, MARTÍNEZ ESCAMILLA/SÁNCHEZ TOMÁS, 2016; RUIZ SUTIL, 2016. También hubo numerosos pronunciamientos institucionales y de la sociedad condenando su práctica tal como se detalla en MARTÍNEZ ESCAMILLA/SÁNCHEZ TOMÁS, 2016, 1091.

11

hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156743 (última consulta 25/11/2017).

12

Este es el tenor literal de este precepto tal como aparece establecido en la inserción de este Convenio en el BOE núm. 243, del 10 de octubre de 1979. En ese sentido, el uso del verbo «reconocer» en su forma del presente de indicativo responde a la traducción del texto original francés del convenio en que se utiliza la expresión « *reconnaissent* ». En el original en inglés –que

es el otro texto autenticado– se utiliza la expresión « *shall secure* », cuya traducción es «asegurarán», lo que le dota de un sentido imperativo y más proactivo en relación con los derechos recogidos en el CEDH que su mero reconocimiento. Respecto de la relevancia de esta cuestión lingüística y la posición adoptada por el TEDH sobre el particular, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2014, 44-48.

13

DEFENSOR DEL PUEBLO, 2006, 292.

14

Esta idea de que en los supuestos de devoluciones en caliente no se ha sobrepasado la línea fronteriza ha sido también defendida por el Gobierno, por ejemplo, en la respuesta parlamentaria dada el 28 de junio de 2017, cuando fue preguntado por el Senador don Jon Iñarritu García del Grupo Mixto (EH Bildu), sobre los datos de estas prácticas. La respuesta fue que « *en lo relativo a los posibles rechazos en frontera, no existe una contabilización de los mismos al entender que de “facto” no han entrado en nuestro país* ». (www.senado.es/web/expedientdocblobServlet?legis=12&id=54176) (última consulta 25/11/2017). Como destaca AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2015, 33, lo relevante de este discurso del Reino de España es que a diferencia de las devoluciones que esa organización había denunciado en Bulgaria y Grecia «(...) *el gobierno español no trata de ocultarlas, sino que intenta convencer al mundo de que son legales y no vulneran la legislación española ni las obligaciones internacionales contraídas por el país* ». Para el encuadre de este concepto operativo de frontera dentro de los estudios fronterizos, LÓPEZ SALA, 2015, 184-185.

15

MARTÍNEZ ESCAMILLA *et alt*, 2014, 7-9; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2014, 16-17; ACOSTA SÁNCHEZ, 2014, 24-30; GONZÁLEZ GARCÍA, 2015, 312-317; GONZÁLEZ VEGA, 2015, 187-188, MARTÍNEZ ESCAMILLA/SÁNCHEZ TOMÁS, 2016, 1085-1086; o GRACIA PÉREZ DE MERGELINA, 2017, 1-3. También fue censurado en algún pronunciamiento judicial, como el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla de 11 de septiembre de 2014, dictado en las Diligencias previas núm. 866/2014 (ECLI:ES:JPII:2014:14A), incidiendo en que « *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* » (FJ 1.º). No obstante, en el Auto de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 83/2015, de 7 de abril, dictado en el rollo de apelación núm. 437/2014 (ECLI:ES:APML:2015:1A), en sentido contrario se afirma que « *[l]a valla tiene como finalidad evitar la entrada de inmigrantes en territorio español, se trata de un concepto desconocido en la legislación, criticado pero no prohibido, claramente restrictivo de los derechos de los inmigrantes. En este marco, aun cuando existen otras interpretaciones respetuosas y favorecedoras al ejercicio de derechos de los extranjeros en materia de inmigración, la definición de frontera contenida en los citados protocolos de actuación, en sí misma considerada no es arbitraria, ni absurda o ilógica, y se adecua a la propia naturaleza y*

finalidad del control fronterizo al que está destinada la valla » (FD 5.º).

16

MARTÍNEZ ESCAMILLA *et alt* , 2014, 8-9; AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2015, 34; o MARTÍNEZ ESCAMILLA/SÁNCHEZ TOMÁS, 2016, 1087.

17

DEFENSOR DEL PUEBLO, 2006, 292.

18

Ampliamente, sobre los aspectos jurídicos y facticos de las fronteras terrestres y marítimas de Ceuta y Melilla, REMACHA TEJADA, 1994. Más en concreto, sobre la delimitación de la frontera terrestre de Melilla, ACOSTA SÁNCHEZ, 2014.

19

CASADEVALL, 2012, 48-49.

20

En igual sentido, GARCÍA SAN JOSÉ, 2002, 191-194; o FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2014, 50-52. Ampliamente, sobre la interpretación y aplicación *ratione loci* del CEDH, PASTOR RIDRUEJO, 2007, 268-274; o GONZÁLEZ VEGA, 2008.

21

MORTE GÓMEZ, 2011, 169; o CASADEVALL, 2012, 59.

22

TEDH, 2014, 14.

23

Ampliamente, MORTE GÓMEZ, 2011, 108-123; o CASADEVALL, 2012, 89-96.

TEDH, 2014, 25.

Ibidem , 26. En la enunciación de CASADEVALL, 2012, 92, esta dispensa se produce « *si se puede acreditar la existencia de una práctica administrativa, conocida y manifiestamente tolerada por el Estado, consistente en una repetición de actos de naturaleza idéntica o análoga incompatibles con el Convenio, de tal manera que cualquier procedimiento sea vano* ».

TEDH, 2014, 26.

CEAR, 2015, 64-65.

No deja de resultar peculiar que, mientras los órganos judiciales españoles niegan el carácter normativo a este Protocolo como argumento para evitar tener que pronunciarse sobre su compatibilidad con el Ordenamiento jurídico, el TEDH incluya y mencione expresamente en la Sentencia ahora analizada este Protocolo en la relación de Derecho interno aplicable (§ 17).

A estas diligencias se acumularon primero las diligencias de investigación incoadas por la Fiscalía de Melilla por denuncia de la Asociación Coordinadora de Barrios, que también se personó en la causa como acusación, y las núms. 1279/2014 y 1461/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Melilla incoadas con motivo de las querellas formuladas por hechos semejantes ocurridos el 15 de octubre de 2014, entre otros, por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDH-A), que también actuó como acusación.

Un extenso resumen de este Auto puede consultarse en GARCÍA ANDRADE, 2015.

Por Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla de 11 de agosto de 2015 se sobreseyó provisionalmente el procedimiento respecto de los agentes de la Guardia Civil que habían sido imputados, lo que fue confirmado, primero en reforma, por Auto de 2 de noviembre de 2015, y, posteriormente en apelación, por Auto de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 92/2016, de 6 de abril, dictado en el rollo de apelación núm. 43/2016. Un segundo intento para obtener un pronunciamiento en vía interna sobre la ilegalidad de estas prácticas bajo la consideración de que son constitutivas de un delito de prevaricación se produjo con ocasión de las devoluciones en caliente practicadas en Ceuta el 6 de febrero de 2014. También en un momento inicial, tal como se ha señalado en la nota 9, por Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta de 15 de octubre de 2015 se sobreseyó la causa libremente respecto de este delito, lo que fue anulado por el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de enero de 2017, estando todavía imprejuzgada esta cuestión. Más ampliamente, sobre el análisis penal de esas conductas y su consideración como delito de prevaricación, MARTÍNEZ ESCAMILLA/SÁNCHEZ TOMÁS, 2016, 1099-1103.

32

Sobre la reacción de la sociedad civil a este intento de legalización, GARCÉS-MASCAREÑAS, 2016, 323-327.

33

Se advertía ya de la imposibilidad de dar cobertura legal a estas devoluciones en caliente, por implicar una vulneración de la normativa de la Unión Europea y del Derecho internacional, por MARTÍNEZ ESCAMILLA *et alt* , 2014, 13-16.

34

La redacción definitiva de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC), que entró en vigor el 1 de abril de 2015, es la siguiente:

« *Disposición adicional décima. 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 ».

Una exposición detallada del concreto devenir de la tramitación parlamentaria de esta disposición, en ENÉRIZ OLAECHEA, 2017, 2-4. Para una crítica a la propia tramitación parlamentaria, MARTÍNEZ ESCAMILLA *et alt* , 2015, 6-9; o MARTÍNEZ ESCAMILLA/SÁNCHEZ TOMÁS, 2016, 1092-1094.

35

GONZÁLEZ GARCÍA, 2015, 321-322; GONZÁLEZ VEGA, 2015, 188; MARTÍNEZ ESCAMILLA *et alt* , 2015, 16-30; AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2015, 43-44; MARTÍNEZ ESCAMILLA/SÁNCHEZ TOMÁS, 2016, 1091-1099; RUIZ SUTIL, 2016, 333-335; GRACIA PÉREZ DE MERGELINA, 2017, 7-9. También, ENÉRIZ OLAECHEA, 2017, 6, destacando que « *si la voluntad es la expulsión de hecho, la norma podría ser inconstitucional por vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva y por causarse indefensión (art. 24.1 CE) y por actuarse sin audiencia en un procedimiento en que se emite un acto que afecta al interesado [art. 105.c) CE], además de contraria a los tratados sobre derechos humanos* ». Por su parte, CHAVERRA AGUDELO *et alt* , 2015, 208-209, desde una perspectiva criminológica considera que con esta disposición « *se busca dar legalidad a estos crímenes de Estado (Rivera, 2014) cuando lo que se está produciendo es el trato de estas personas como si fueran fardos (...). Esta institucionalización del rechazo pone de manifiesto la concepción del alter como un despojo y por tanto, el ya degradado rol de extracomunitario irregular, se profundiza en estos contextos fronterizos en un trato deshumanizado* ». En este sentido, esta disposición normativa bien podría ser considerada un ejemplo más de lo que SILVEIRA, 2017, han venido a calificar como mecanismos de la *legalarbitrariedad* en materia de control de la migración irregular.

36

El concreto texto de la Recomendación es el siguiente: 1.º). *Que se desarrolle con carácter urgente, y por disposición reglamentaria, el procedimiento establecido en la Disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, que contemple la necesidad de dictar una resolución administrativa, con asistencia letrada y de intérprete e indicación de los recursos que se podrán interponer contra ella. El propósito de esta recomendación es garantizar que la figura del rechazo prevista en el apartado primero de la citada Disposición tiene en consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de extranjería* » (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2015, 56-57).

37

El concreto texto de esta Recomendación es el siguiente: 2.º). *Que se deje constancia escrita en dicho procedimiento de que al extranjero se le ha facilitado información sobre protección internacional y que se ha verificado, mediante un mecanismo adecuado de identificación y derivación, las necesidades de protección internacional, que no es menor de edad o la concurrencia de indicios de que pudiera ser víctima de trata de seres humanos. El propósito de esta*

recomendación es garantizar la interpretación del apartado segundo de la Disposición adicional décima de conformidad con la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte » (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2015, 56-57). Esta institución volvió a insistir sobre la preocupación en que estas prácticas afectaran al acceso al procedimiento de protección internacional de los solicitantes de asilo, recordando que el hecho de la apertura de las oficinas de asilo en determinados puestos fronterizos de Ceuta y Melilla « no ha paliado los problemas ante la imposibilidad de acceso a dichas oficinas de los potenciales solicitantes subsaharianos », constatando que « no se ha recibido ninguna solicitud de protección internacional de ciudadanos subsaharianos en los puestos fronterizos en Ceuta y Melilla. Los intentos de entrada por puestos no habilitados y la formalización de solicitudes de protección internacional de aquellos que consiguen entrar, permiten afirmar que este colectivo no tiene acceso al puesto fronterizo y, por tanto, no tiene acceso al procedimiento » (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2016, 56-58).

38

El ACNUR, en un comunicado de prensa hecho público el 27 de mayo de 2016, señalaba que « ACNUR reitera que la enmienda a la ley de extranjería, aprobada en marzo de 2015 por la que se establecía un régimen especial para Ceuta y Melilla mediante la introducción de la figura del “rechazo en frontera” –y cuya retirada ACNUR había solicitado– no avala las devoluciones automáticas al hacer referencia expresa a las obligaciones internacionales que debe cumplir España en materia de derechos humanos y protección internacional (Disposición adicional 10). Tanto el Consejo de Europa como otros organismos internacionales coinciden con ACNUR al señalar que estas prácticas y la interpretación de la enmienda realizada por las autoridades españolas no son acordes con la legislación internacional y europea que expresamente prohíben las expulsiones colectivas y sin garantías. Estas prácticas contrastan con las garantías que las propias autoridades españolas han defendido en Bruselas, con el respaldo de las Cortes españolas, en relación a la aplicación del acuerdo de la Unión Europea con Turquía que incluiría un tratamiento individualizado a toda persona que llega a territorio europeo, asegurando el derecho a pedir asilo » (acnur.es/noticias/noticias-de-espana/2491-2016-05-27-10-00-19).

39

Este recurso de inconstitucionalidad fue turnado con el núm. 2896/2015 y está todavía pendiente de resolución. Los argumentos en que se fundamenta la impugnación, siguiendo lo que era la tónica general en la doctrina, son los relativos a (i) la vulneración del art. 23.2 CE de los diputados porque esa disposición fue introducida por la vía de enmienda sin conexión alguna con el Proyecto de Ley en que se incluye; y (ii) se instituye un nuevo régimen de devolución sin regular su procedimiento ni establecer una garantía de revisión judicial, con vulneración de los arts. 9.3, 24.1 y 106 CE, lo que supone consagrar una verdadera vía de hecho que también es contraria a la jurisprudencia del TEDH.

40

Algo semejante se defiende en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta de 15 de octubre de 2015, dictado en las diligencias previas 123/2014, en que se sobreseyó libremente la causa relativa, entre otros hechos, a la devolución en caliente de 23 migrantes en Ceuta acontecidas el 6 de febrero de 2015, si bien este pronunciamiento fue posteriormente anulado –y desautorizada dicha interpretación– por Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de enero de 2017 (ECLI:ES:APCE:2017:2A).

La idea de que esta disposición adicional reguladora del rechazo en frontera da cobertura legal a las devoluciones en caliente ha sido sustentada por el Gobierno incluso después de la presente sentencia del TEDH. Así, el 10 de octubre de 2017 el Ministro del Interior, don Juan Ignacio Zoido Álvarez, compareció en el Pleno del Senado a responder a la pregunta de la Senadora Olivia María Delgado Oval, del Grupo Parlamentario Socialista sobre la valoración que hace el gobierno de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pone en entredicho la validez de las devoluciones en caliente (núm. exp. 680/000303). En su respuesta, el Ministro afirmó; « *Señora Delgado, como bien conoce usted, los hechos se remontan al año 2014. Usted lo acaba de describir. Posteriormente, se modificó la ley, precisamente para dar una mayor garantía jurídica a las situaciones que se venían planteando* » (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados –Senado– año 2017, XII Legislatura, núm. 43, de 10 de octubre de 2017, p. 26) (www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_P_12_43.PDF) (última consulta 25/11/2017).

41

Con esta condena, España ha entrado en el grupo de países condenado por la vulneración este precepto, junto con Bélgica (STEDH, *as. Čonka c. Bélgica*, de 05.02.2002); Rusia (SSTEDH, *as. Georgia c. Rusia (I)*, de 03.07.2014; *as. Shioshvili y otros c. Rusia*, de 20.12.2016; y *as. Berdzenishvili y otros c. Rusia*, de 20.12.2016) e Italia (SSTEDH, *as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23.02.2012; y *as. Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, de 21.10.2014).

42

Para un análisis más detenido de la jurisprudencia del TEDH sobre este particular, en general, DURÁN ALBA, 2014; LASAGABASTER HERRALDE, 2015; TEDH, 2017. Más específicamente, en relación con la STEDH *as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23.02.2012, BOLLO AROCENA, 2013; o CASTRO SÁNCHEZ, 2013. Para un análisis desde la perspectiva más global del derecho internacional de los derechos humanos, CHUECA SANCHO, 2002. En cuanto a la perspectiva desde el derecho comunitario y centrado en las expulsiones de gitanos, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2011.

43

Un análisis de la jurisprudencia del TEDH en relación con la garantía sobre la expulsión de extranjeros no vinculado a su carácter «colectivo» en BOZA MARTÍNEZ, 2007; o GARCÍA VITORIA,

2015.

44

Las prácticas estatales expeditivas de expulsión de extranjeros en situación irregular en evitación de su judicialización también han sido frecuentemente denunciadas en Estados Unidos. Al respecto, ACLU, 2014 o LEE KOH/SRIKANTIAH/TUMLIN, 2011.

45

Un estudio detallado referido al art. 13 CEDH puede consultarse en CASADEVALL, 2012, 393-399; CARMONA CUENCA, 2014; o ARRESE IRIONDO, 2015. En comentario a la STEDH, *as. A.C. y otros contra España*, de 22.04.2014, SAN MARTÍN ONTORIA, 2015.

46

La negativa del TEDH en esta Sentencia a entrar en la polémica sobre el acceso al procedimiento de asilo no significa que no exista una desarrollada jurisprudencia del TEDH sobre el particular y su afectación a los derechos consagrados por el CEDH (ampliamente, MORGADES GIL, 2010). La cuestión es que más allá del vivo debate con el Gobierno español sobre la falta de garantías de ese acceso no era un aspecto relevante para este caso. No obstante, sí creo preciso destacar algunos aspectos sobre este debate. El primero es que, tras la apertura de las oficinas de asilo en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla en 2014, las cifras e identificación de las nacionalidades de quienes han solicitado protección internacional en frontera ponen de manifiesto que en la práctica no existe un acceso a dicho procedimiento por parte de los nacionales de países subsaharianos. Así, en la respuesta dada por el Gobierno español a la pregunta formulada por el Senador don Jon Iñarritu García del Grupo Mixto (EH Bildu), se reconoce que respecto de la oficina de Melilla en 2014 hubo 413 solicitudes; en 2015, 6000; en 2016, 2209; y, hasta el 31 de mayo, 763. De todas ellas solo consta que en 2016 se formalizara una solicitud por un ciudadano de Guinea u otro de Senegal (www.senado.es/web/expedientdocblobServlet?legis=12&id=47912). El segundo es que, en relación con la posibilidad de que los migrantes subsaharianos puedan solicitar protección internacional en el consulado de Nador, la posición del propio Gobierno español es contradictoria respecto de la propia legalidad de esas solicitudes. Así, en dos nuevas respuestas dadas al mismo Senador, mientras se niega esa posibilidad en la aportada el 22 de diciembre de 2016, se afirma en la de 12 de enero de 2017. En concreto en la primera de ellas, se dice que « *En relación con las cuestiones planteadas, se informa que el artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, relativo a las solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados señala que será el Reglamento de desarrollo de esta Ley quien determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos. Así pues, se precisa la aprobación del reglamento de desarrollo de la Ley de asilo para poder articular este procedimiento. Dicho reglamento se encuentra ahora en fase de estudio y reflexión, a la espera de la evolución de los trabajos de reforma del Sistema Europeo*

Común de Asilo (SECA), base fundamental en la que se asienta nuestra propia Ley de Asilo. Cualquier cambio en estos ámbitos afectará a los trabajos de desarrollo del propio reglamento » (www.senado.es/web/expedientdochblobservelet?legis=12&id=31071). Por el contrario, en la segunda lo que se responde es que « *La normativa española reguladora del derecho de asilo, de la protección subsidiaria y de la condición de refugiado (Ley 12/2009, de 30 de octubre y Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero) contempla que el extranjero que desee obtener asilo en España podrá presentar la solicitud ante varias dependencias, entre ellas, las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero. En este sentido, el artículo 38 de la Ley 12/2009 recoge expresamente las solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados y conforme al artículo 6 del Real Decreto 203/1995, las solicitudes de asilo presentadas en el extranjero serán cursadas a la Oficina de Asilo y Refugio a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, acompañadas del correspondiente informe de la Misión Diplomática u Oficina Consular »* (www.senado.es/web/expedientdochblobservelet?legis=12&id=54176) (última consulta de todos estos documentos 27/11/2017). En cualquier caso, lo cierto es que en la práctica no se aceptan peticiones de asilo en el Consulado de Nador.

47

El Gobierno, en la respuesta parlamentaria dada el 28 de junio de 2017, cuando fue preguntado por el Senador don Jon Iñarritu García del Grupo Mixto (EH Bildu) sobre los datos de estas prácticas, afirmó que « *en lo relativo a los posibles rechazos en frontera, no existe una contabilización de los mismos al entender que de “facto” no han entrado en nuestro país »*. (www.senado.es/web/expedientdochblobservelet?legis=12&id=54176). Por su parte, en el Portal de Transparencia, en un informe de 19 de abril de 2015, el Ministerio del Interior también informa que este tipo de prácticas « *que se desarrolla habitualmente en un breve espacio de tiempo como una respuesta inmediata ante intentos de asalto masivo por desbordamiento en puestos no habilitados, orientadas al desalojo de la misma hacia el lugar de procedencia, sin posibilidad por ello de recuento estadístico oficial al respecto »* (www.interior.gob.es/documents/10180/2894648/001-001862.pdf) (última consulta de ambos documentos 25/11/2017). No obstante, en GADEM *et al*, 2015, 39, citando fuentes de la Guardia Civil de Melilla, se afirman 17.281 devoluciones en caliente en 2014 y 3.446 hasta el 27 de mayo de 2015.

48

Las imágenes de estas actuaciones, que han servido de fundamento a esta demanda, pueden verse en melillafronterasur.blogspot.com.es/2014/10/asi-defiende-espana-el-ministerio-del_16.html (última consulta 25/11/2017). Las imágenes fueron tomadas por el activista de derechos humanos don José Palazón Osma, que, con su actuación individual, captando las imágenes de este tipo de prácticas, se ha convertido en el verdadero puntal para poder someterlas con un mínimo de garantía de éxito ante el TEDH.

hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159932 (última consulta 25/11/2017).

El uso desproporcionado de la fuerza utilizada en este concreto caso ya fue puesto de manifiesto tanto por AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2015, 45, como por el Comité Europeo para la prevención de tortura en su Informe al Gobierno español sobre la visita a España del 14 al 18 de julio de 2014, donde se menciona que *«[d]urante la visita, la delegación recibió muchas denuncias de uso excesivo de la fuerza por miembros de la Guardia Civil durante las detenciones de migrantes irregulares en la frontera (con bastones mientras que los extranjeros estaban todavía colgando de la cerca o uso innecesario de la fuerza mientras los migrantes ya estaban bajo control). En este contexto, se llamó la atención del CPT sobre un incidente que tuvo lugar el 15 de octubre de 2014. Según el video, un gran grupo de extranjeros fue interceptado en la frontera española por miembros de la Guardia Civil en la última valla de 6 metros de altura. Uno de los extranjeros fue golpeado al menos ocho veces por miembros de la Guardia Civil cuando bajaba de la valla. Una vez en una escalera sujeta contra la valla, parece que fue derribado por un miembro de la Guardia Civil y cayó desde aproximadamente 2 metros de altura. Aunque su cuerpo parecía inerte, fue esposado y transportado a Marruecos, a través de la valla, por varios agentes de las fuerzas de seguridad españolas.*

El CPT considera que en este caso el uso de la fuerza por miembros de la Guardia Civil era innecesaria y desproporcionada, y que el tratamiento a esa persona después de su caída era totalmente inadecuado.

El CPT recomienda que periódicamente se recuerde a los miembros de la Guardia Civil que el uso excesivo de la fuerza está prohibido y que se castigará en consecuencia. Además, deben estar entrenados para prevenir y minimizar la violencia cuando arresten a extranjeros en la frontera. Sin embargo, cuando el uso de la fuerza es esencial, los oficiales de Guardia Civil deben poder aplicar técnicas profesionales que minimicen el riesgo de lesionar a las personas que intentan detener» (apartado 50) [CPT/inf (2015) 19], (www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf) (última consulta 25/11/2017).

La Jurisprudencia del TEDH ha incluido dentro del ámbito de garantías del art. 3 CEDH los supuestos de riesgo de malos tratos extraterritoriales en caso de entrega a un tercer país tanto en relación con demandantes de protección internacional (SSTEDH, *as. Salah Sheekh c. Países Bajos*, de 11.01.2007; *as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23.02.2012; *as. N.K. c. Francia*, de 19.12.2013) como en supuestos generales de expulsión de migrantes (SSTEDH, *as. Selle c. Italia*, de 05.05.2009; o *as. Daoudi c. Francia*, de 03.12.2009). Más ampliamente, KARAGIANNIS, 2010; SALADO OSUNA, 2014, 105-110; o SANTAMARÍA ARINAS/BOLAÑO PIÑEIRO, 2015, 88-93. En palabras de CASADEVALL, 2012, 228 *« las cualidades de inderogable y absoluto del artículo 3 le confieren, en determinadas situaciones, efectos extraterritoriales en la medida en que la protección contra la*

tortura y los malos tratos se extienden más allá de los límites territoriales de los Estados miembros, sea quien sea el potencial autor, funcionarios estatales o personas privadas. Si un estado, en uso de su soberanía en materia de entrada y estancia de extranjeros, decide una expulsión o consiente una extradición, debe tener la certeza o bien debe de obtener garantías formales de las autoridades competentes del Estado receptor, de que la persona afectada por la medida no será sometida a tratos prohibidos por el art. 3 (...) ». La aplicación del principio de no devolución por motivos migratorios aparece también recogida en el art. 19.2 CDFUE, al proclamar 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 en el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

52

Con carácter general, ha sido muy diferentes los informes tanto de la sociedad civil como de instancias internacionales que han advertido sobre los riesgos ciertos de sufrir malos tratos por parte de las autoridades de Marruecos a los migrantes entregados de manera sumaria por los agentes de la Guardia Civil en la Frontera, como detalladamente se relata en MARTÍNEZ ESCAMILLA *et alt* , 2015, 28-29, notas 5 y 6, y MARTÍNEZ ESCAMILLA/SÁNCHEZ TOMÁS, 2016, 1099, notas 30 y 31.

53

[CPT/inf (2015) 19], (www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf). Es de destacar que esta recomendación no ha sido objeto de ningún tipo de observación en la Respuesta dada por el Gobierno español al informe. Al respecto, Respuesta del Gobierno español al Informe del Comité Europeo para la prevención de la tortura sobre su visita a España del 14 al 18 de julio de 2014 (apartado 54, 25) [CPT/inf (2015) 20] (www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-20-inf-eng.pdf) (última consulta de ambos documentos 25/11/2017). En todo caso, según AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2015, 34, parece que esta actuación a posteriori de las Fuerzas auxiliares marroquíes no es infrecuente.

54

Vid. supra , nota 41.

55

El 11 de octubre de 2017 el Ministro del Interior, don Juan Ignacio Zoido Álvarez, compareció en el Pleno del Congreso de los Diputados a responder a la pregunta de la Diputada doña Ione Belarra Urteaga, del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, referida a ¿qué medidas piensa tomar el gobierno, incluidas legislativas, para cumplir con la

sentencia del tribunal europeo de derechos humanos que declare ilegales las denominadas devoluciones en caliente? (número de expediente 180/000362). En su respuesta, el Ministro afirmó que « *En Bruselas se ha avalado la aplicación de los rechazos en frontera y, por eso, la Comisión Europea considera que la política migratoria de España en Ceuta y Melilla, incluyendo el rechazo en frontera, en la valla, es compatible con la Directiva Europea de Retorno. No obstante, como queremos cambiar las políticas migratorias, todo esto lo vamos a tratar en el seno de la Unión Europea y estamos dispuestos a mejorar los sistemas, pero no cabe la menor duda de que también tenemos que proteger las fronteras; tenemos que proteger el derecho de Schengen pero, al mismo tiempo, tenemos que proteger a aquellos que tienen derecho al asilo* » (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados –Pleno y Diputación Permanente– año 2017, XII Legislatura, núm. 81, de 11 de octubre de 2017, p. 9) (www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-81.PDF) (última consulta 25/11/2017).

56

El 10 de octubre de 2017 el Ministro del Interior, don Juan Ignacio Zoido Álvarez, compareció en el Pleno del Senado a responder a la pregunta de la Senadora Olivia María Delgado Oval, del Grupo Parlamentario Socialista sobre la valoración que hace el gobierno de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pone en entredicho la validez de las devoluciones en caliente (núm. exp. 680/000303). En su respuesta, el Ministro afirmó que « *Señora Delgado, como bien conoce usted, los hechos se remontan al año 2014. Usted lo acaba de describir. Posteriormente, se modificó la ley, precisamente para dar una mayor garantía jurídica a las situaciones que se venían planteando* ». Y añade « *Si la intención de los asaltantes del perímetro fronterizo fuera sencillamente pedir asilo, no haría falta saltarlo, solo haría falta que fueran al puesto fronterizo y solicitaran la protección internacional. Para eso está el Gobierno de España y sus autoridades, para concedérselo si reúnen todos los requisitos reconocidos en nuestra legislación y en la legislación anterior* » (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados –Senado– año 2017, XII Legislatura, núm. 43, de 10 de octubre de 2017, p. 26) (www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_P_12_43.PDF) (última consulta 25/11/2017). Sobre la posibilidad práctica de instar estas solicitudes en frontera o en el consulado de Nador, *vid. supra* nota 47.

57

La prensa ha dado a conocer, al menos, cuatro devoluciones en caliente sin ningún tipo de procedimiento el 21 de noviembre de 2017 (www.eldiario.es/desalambre/Gobierno-devolviendo-migrantes-Ceuta-Estrasburgo_0_710429361.html) y otras nueve el 3 de diciembre de 2017 (www.eldiario.es/desalambre/personas_0_714978604.html) (última consulta de ambas publicaciones 06/12/2017).

58

El ACNUR, en un comunicado de prensa hecho público el 23 de noviembre de 2015, destacó que « *Tras la aprobación de dicha enmienda, ACNUR solicitó el cese inmediato y definitivo de las*

devoluciones automáticas y la puesta en marcha de un marco procedimental claro para la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que incluya un mecanismo de identificación de personas en necesidad de protección internacional y su derivación al procedimiento de asilo. Asimismo, debería contemplar garantías fundamentales como la apertura de un expediente individual, asistencia legal, de intérprete y atención médica cuando sea necesaria y una explícita referencia al Principio de no devolución. Este marco procedimental aún no se ha desarrollado. Las devoluciones sumarias y colectivas están prohibidas por la legislación internacional y de la Unión Europea, porque pueden exponer a las personas concernidas a situaciones de riesgo » (www.acnur.es/noticias/noticias-de-espana/2312-acnur-preocupado-por-las-devoluciones-en-la-valla-de-melilla). Posteriormente, en un comunicado de prensa hecho público el 27 de mayo de 2016, afirma que « ACNUR reitera la necesidad de poner fin de forma inmediata a esta práctica de las devoluciones automáticas y solicita la adopción de un procedimiento que incluya mecanismos de identificación que respeten los derechos humanos y aseguren el acceso al asilo de quienes huyen de la guerra y la persecución » (acnur.es/noticias/noticias-de-espana/2491-2016-05-27-10-00-19) (última consulta de ambos comunicados 25/11/2017).

59

En esta estrategia debe situarse la Proposición de Ley de reforma de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana (Orgánica) (122/000062), presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), en que se propone la modificación del apartado 2 de la disposición adicional décima LOEx, que quedaría redactado como sigue: « 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. A tal fin, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno dictará las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de lo señalado en el párrafo anterior. Transcurrido dicho plazo sin que se hubieran dictado las citadas disposiciones y hasta que estas se dicten, no podrán adoptarse las medidas contempladas en el apartado 1 anterior» (Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados– XII Legislatura, núm. 79-1, de 30 de enero de 2017, p. 12) (www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-79-1.PDF#page=1) (última consulta 25/11/2017).

60

En esta línea debe situarse la Proposición de Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y derogación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. (122/000050), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, en que se propone la simple derogación de la citada disposición adicional décima LOEx (Boletín Oficial de las Cortes Generales –Congreso de los Diputados– XII Legislatura, núm. 61-1, de 16 de diciembre de 2016, p. 14) (www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-65-1.PDF#page=1) (última consulta 25/11/2017).

En esta línea está la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (622/000013), presentada por el presentada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Senado, en que se proponía, al unísono con la derogación de la DA 10.^a LOEx, que se diera nueva redacción a la letra b) del apartado 3 del artículo 58 LOEx, en el sentido de aplicar el procedimiento de devolución a *«[l]os que pretendan entrar ilegalmente en el país, incluyendo aquellos 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, accedan a sus aguas territoriales o a sus costas»* (Boletín Oficial de las Cortes Generales –Senado– XII Legislatura, núm. 148, de 21 de septiembre de 2017, p. 4)

(www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_148_1228.PDF). El Pleno del Senado, en su sesión número 26, celebrada el día 8 de noviembre de 2017, acordó no tomar en consideración esta Proposición que, como consecuencia fue rechazada.

(www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_172_1407.PDF).

En ese sentido, una redacción adecuada a ese propósito sería hacer expreso en el art. 58.3.b) LOEx la aplicación del procedimiento de devolución a *«[l]os que pretendan entrar ilegalmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, aquellos 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 terrestre o acceder a sus aguas territoriales o a sus costas; y quienes hayan accedido a los islotes, peñones o cualquier accidentes geográficos sobre los que España ejerza soberanía o jurisdicción»*. Aunque son casos muy excepcionales, merecería la pena aprovechar cualquier reforma del art. 58.3.b) LOEx para regular no solo las cuestiones de intento de acceso a las ciudades de Ceuta y Melilla sino también de islotes o peñones en África sobre los que España ejerce soberanía o jurisdicción.

Ampliamente, sobre que el procedimiento adecuado para aplicar en estos casos es el de devolución, MARTÍNEZ ESCAMILLA *et alt*, 2014, 3-5 y 9-11; MARTÍNEZ ESCAMILLA/SÁNCHEZ TOMÁS, 2016, 1083-1084. También defendiendo esa idea GONZÁLEZ GARCÍA, 2015, 318-321; o FERNÁNDEZ PÉREZ, 2014, 11-14.

Sobre las obligaciones de atención de los Estados miembros a los menores de edad no acompañados que ha establecido la Jurisprudencia del TEDH, derivadas del art. 3 CEDH,

ampliamente LÓPEZ ULLA, 2013, analizando la trascendental STEDH, *as. Rahimi c. Grecia*, de 05.04.2011, en que se de manera pionera se considera trato prohibido el desamparo y no asistencia a un menor en situación de irregularidad migratoria.

65

Una redacción adecuada del art. 58.4 LOEx a este propósito sería: « *Todas aquellas personas a las que se les aplique el procedimiento de devolución por incurrir en los supuestos indicados en el apartado anterior, incluyendo aquellos que sean detectados en la línea fronteriza mientras intentan superar los elementos de contención, accedan a sus aguas territoriales o a sus costas y quienes hayan accedido a los islotes, peñones o cualquier accidentes geográficos sobre los que España ejerza soberanía o jurisdicción, tendrán derecho en todo caso a formalizar solicitud de protección internacional así como a acceder a todos aquellos instrumentos legales reconocidos en la legislación para dichos supuestos, debiendo ponderarse de manera individualizada las razones humanitarias que pudieran desaconsejar la devolución.*

No podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional.

No podrán ser devueltas quienes sean víctimas, perjudicados o testigos de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, adoptándose todas las medidas necesarias para la identificación e información de las víctimas de la trata de personas, así como las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre, así como tampoco podrán ser devueltos aquellas personas con graves enfermedades o dolencias.

Se adoptarán todas las medidas necesarias cuando pudieran resultar menores de edad no documentados para su sometimiento a procedimientos de determinación de la edad. En todo caso, no se procederá a la devolución hasta la resolución definitiva de este procedimiento y cuando el principio de presunción de minoría de edad sea desvirtuado judicialmente por sentencia firme».

66

Una redacción adecuada para el art. 58.5 LOEx sería: « *La devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión, mediante un procedimiento en que se tendrá derecho a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen. Ambas asistencias serán gratuitas en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita. Igualmente, en este procedimiento se garantizará el derecho de audiencia, estableciéndose un plazo razonable al efecto, y el derecho a la interposición de un recurso judicial contra la decisión de devolución con efectos suspensivos hasta que la autoridad judicial pueda pronunciarse sobre la adopción de las medidas cautelares que considere oportunas ».*

El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D «La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización» (DER2016-74865-R), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited]