

“EXPULSIONES EN CALIENTE”: CUANDO EL ESTADO ACTUA AL MARGEN DE LA LEY

INFORME JURÍDICO¹

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Las “expulsiones en caliente” vulneran la legislación de extranjería.
- III. Las “expulsiones en caliente” y el concepto “operativo” de fronteras.
- IV. Las “expulsiones en caliente” y el acceso clandestino por puesto no habilitado.
- V. Las “expulsiones en caliente” y el Acuerdo España-Marruecos de readmisión.
- VI. La imposibilidad de dotar de cobertura legal a las “expulsiones en caliente”: Vulneración de la normativa europea y del derecho internacional.
- VII. Las “expulsiones en caliente” y el Derecho penal.
- VIII. Conclusiones

¹ En la elaboración de este Informe han intervenido MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, Catedrática de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, ex Letrada del Tribunal Constitucional; JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS, Profesor Titular de Derecho penal. Universidad Juan Carlos I; JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ, Profesor de Ética social en la Universidad Pontificia de Salamanca; JULIÁN C. RÍOS MARTÍN, Profesor de Derecho penal, Universidad Pontificia de Comillas; MERCEDES PÉREZ MANZANO, Catedrática de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid, ex Letrada del Tribunal Constitucional

I. Introducción

1. Imágenes, testigos y otras numerosas fuentes con validez probatoria acreditan la práctica de las denominadas “expulsiones en caliente” en las ciudades de Ceuta y Melilla así como desde islotos soberanía del Estado español.

En este contexto, se está conceptualizando por devoluciones o “expulsiones en caliente” la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquí por vía de hecho a los ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas.

Por tanto, la expresión “expulsiones en caliente” es aplicable tanto si estas prácticas recaen sobre personas interceptadas saltando las vallas fronterizas que separan Ceuta y Melilla de Marruecos, han accedido a estas ciudades por mar o han alcanzado alguna de las islas de soberanía española situadas frente a las costas de Marruecos, por hacer referencia a los supuestos en los que existe constancia de tales prácticas. También se han acreditado casos de “expulsiones en caliente” de personas que de forma indubitada se hallaban dentro de la ciudad, incluso residiendo legalmente en ella. A éstas expulsiones también les son aplicables las conclusiones de este informe en cuanto se verifican prescindiendo de todo cauce legal.

2. Más allá de las consideraciones jurídicas que siguen, no puede dejar de señalarse desde un principio que lo que está en juego es la efectiva vigencia de los derechos humanos y el respeto a nuestro más sagrado patrimonio ético y cultural. Se ha puesto en el centro de la protección jurídica internacional a la persona humana como fin en sí misma, digna de amparo y titular de derechos inalienables. Sin embargo, un pragmatismo jurídico miope puede hacer olvidar que el trato al otro, al diferente, constituye la prueba definitiva de los valores que sostienen a una civilización y del sistema normativo en que cristaliza. En concreto, el trato a los extranjeros ha sido en todas las culturas el validador natural de su estatura moral y de su talla jurídica. Desde el punto de vista ético, las lecturas restrictivas de los derechos, las interpretaciones que no caminan en dirección a su progresiva ampliación y universalización y, por supuesto, las que vulneran las normas que al respecto nos hemos dado, nos alejan de la civilización y nos aproximan a la barbarie. Los derechos humanos en cuanto tales constituyen una piedra millar en el lento progreso moral de la humanidad. Sin embargo, siempre estarán “en el alero”. Por ello reclaman de la ciudadanía, y particularmente de los juristas, una mirada crítica frente a relecturas minimalistas de su contenido sustancial, una toma de postura frente a actuaciones que se sitúan al margen de la legalidad, sobre todo cuando provienen de los poderes públicos y dejan en situación de extrema vulnerabilidad a seres humanos con

nombres y apellidos que arrastran tras de sí terribles historias de sufrimiento y de injusticia.

3. Volviendo a la dimensión jurídica del problema, el objetivo de este informe es poner de manifiesto que las “expulsiones en caliente” vulneran la legislación de extranjería (II) y que también carecen de base jurídica los intentos de justificación del Ministerio del Interior basados en un concepto “operativo” de frontera (III), en el acceso clandestino por puesto no habilitado (IV) y en el Acuerdo entre España y Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente (V). Igualmente se exponen las razones por las que un eventual intento de reforma de la legislación de extranjería para dar cobertura legal a este tipo de prácticas resultaría contraria a la normativa comunitaria y al derecho internacional de los derechos humanos, que las desautorizaría expresamente (VI). El informe finaliza con unas reflexiones sobre las implicaciones penales que pueden tener las “expulsiones en caliente” sobre quienes las ordenan, las ejecutan o las consienten (VII) y un apartado de conclusiones (VIII).

II. Las “expulsiones en caliente” vulneran la legislación de extranjería.

1. Las “expulsiones en caliente” vulneran la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx) y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (en adelante, RLOEx), ya que son una práctica que no responde a ninguno de los procedimientos previstos en esta normativa.

2. La legislación de extranjería distingue tres supuestos en esta materia: la expulsión en sentido estricto (A); la denegación de entrada (B); y la devolución (C).

A) Expulsiones

El artículo 57 LOEx prevé, dentro del régimen sancionador en materia de extranjería, la posibilidad de la expulsión del territorio español de los extranjeros en determinadas circunstancias. En lo que al objeto de este informe afecta, el artículo 53.1.a) LOEx establece como infracción grave el encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de autorización para la estancia o residencia en España. El artículo 57.1 LOEx dispone que, respecto de esta infracción, “podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”.

Por tanto, el extranjero que esté en territorio español y carezca de la debida autorización para ello comete una infracción administrativa que, tras la tramitación del

correspondiente expediente administrativo sancionador, puede conllevar la sanción de expulsión del territorio nacional.

B) Denegación de entrada

El artículo 26.2 LOEx establece, en relación con las personas que intentan acceder a España por los puestos fronterizos legalmente habilitados, que “[a] los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”. Este régimen jurídico se desarrolla con más detalle en el artículo 15 RLOEx.

Por tanto, esta actividad administrativa –que es conocida por diversas denominaciones: retorno, prohibición de entrada, rechazo en frontera, etc.— no tiene carácter sancionador y es la desarrollada en aquellos supuestos en los que al extranjero no se le permite acceder al territorio nacional por los puestos fronterizos habilitados por no reunir los requisitos previstos en la legislación de extranjería.

C) Devoluciones

El artículo 58.3.b) LOEx dispone que “[n]o será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: (...) b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país” y el artículo 23.1.b) RLOEx que “[s]e considerarán incluidos a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o sus inmediaciones”.

Por su parte, el artículo 23.2 RLOEx establece que en estos supuestos “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución”. Esta decisión administrativa de devolución ha de ser adoptada mediante resolución del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (artículo 23.1 RLOEx), y requiere la observancia de las garantías recogidas en el mencionado artículo 23.3 RLOEx: asistencia jurídica y asistencia de intérprete si no comprende o habla las lenguas oficiales.

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

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

(a) la legislación de extranjería no contempla la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado expulsen a ciudadanos extranjeros que están bajo su custodia fuera del territorio español mediante vías de hecho;

(b) que los supuestos de ciudadanos extranjeros que intentan acceder al territorio nacional por puestos no habilitados y son interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, a lo sumo, pueden ser objeto de la devolución regulada en el artículo 58.3.b) LOEx;

(c) que esta devolución es una actuación administrativa que, si bien no constituye un procedimiento sancionador, exige el cumplimiento de una serie de requisitos como son (i) que se traslade a estos ciudadanos extranjeros a la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, (ii) que se les nombre un abogado del turno de oficio, (iii) que, en su caso, se les provea de intérprete, (iv) que se les identifique, (v) que se dicte una resolución de devolución por el Subdelegado o el Delegado del Gobierno, según corresponda, y (vi) que el acto material de devolución se ejecute por parte del Cuerpo Nacional de Policía.

La conclusión, por tanto, es que los supuestos en que se está acudiendo a las llamadas “expulsiones en caliente” son casos en que, al menos, habría que acudir al procedimiento de devolución, por lo que, la entrega a las autoridades de Marruecos mediante una mera vía de hecho vulnera frontalmente lo dispuesto en la legislación de extranjería.

4. Los responsables del Ministerio del Interior, conscientes de que las llamadas “expulsiones en caliente” carecen de cobertura legal, están intentado justificarlas con diferentes argumentos como son (i) que el ciudadano extranjero nunca ha llegado a acceder a territorio nacional, sosteniendo para ello un concepto “operativo” de frontera; (ii) que no resulta necesaria la tramitación de ningún procedimiento para expulsar a los ciudadanos extranjeros que hayan accedido clandestinamente al territorio español por puestos no habilitados al efecto; y (iii) que estas prácticas tendrían cobertura en el Acuerdo entre España y Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente. Tal como se analiza en los apartados siguientes, todos estos argumentos carecen de base jurídica alguna.

III. Las “expulsiones en caliente” y el concepto “operativo” de fronteras.

1. Un primer intento del Ministerio del Interior de justificar las “expulsiones en caliente” se fundamenta en la idea de que esta actuación vendría a ser una especie de denegación de entrada de ciudadanos extranjeros que, intentando acceder a España por un puesto no habilitado al efecto, nunca han llegado a estar en territorio nacional. Esta idea utiliza un concepto “operativo” de frontera (A) que, sin embargo, no resulta jurídicamente asumible (B).

A) El concepto “operativo” de frontera del Ministerio del Interior:

El mejor exponente del concepto “operativo” de frontera utilizado por el Ministerio del Interior aparece en el Informe de 8 de febrero de 2014, redactado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil y dirigido a su Director General, en relación con los hechos acaecidos en la frontera de Ceuta el día 6 de febrero de 2014, y que fue entregado por el Ministerio del Interior al Congreso de los Diputados el 7 de marzo de 2014. Según este informe, habría que diferenciar tres supuestos de actuaciones de la Guardia Civil en relación con los intentos de acceso a territorio nacional por puestos no habilitados desde Marruecos, a los cuales sería aplicable un concepto “operativo” de frontera distinto. Estos supuestos serían los siguientes:

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

(b) De esta práctica el referido informe excluye —en expresa referencia a los sucesos acontecidos la mañana del día 6 de febrero, en el que el que 23 personas lograron llegar a la playa de Ceuta— los casos en que el acceso a la playa ceutí se produce desde el territorio marroquí bordeando por mar el espigón que señala la línea fronteriza entre ambos países. Según el informe, “para evitar riesgos en la integridad física de quienes intentan sobrepasar el espigón nadando, las embarcaciones de la Guardia Civil no suelen interceptarlos en la línea imaginaria sobre la mar que constituiría la frontera y que podría provocar el ahogamiento, sino que la práctica consolidada es hacer un seguimiento con la embarcación por su seguridad e interceptarlos en la línea de agua de la playa anexa con una barrera de agentes que a efectos prácticos constituye el límite fronterizo”. Es decir, “mediante una decisión libre y soberana” la frontera se retrotraería hasta el lugar donde las acciones de contención y rechazo puedan llevarse a cabo, quedando dicha línea fronteriza “materializada y visibilizada por la línea de agentes de vigilancia que, en cada caso y circunstancia, se establece desde el espigón hasta el agua de la playa que se estime necesario”.

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

B) El concepto “operativo” es jurídicamente inadmisibile:

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

(a) Las fronteras y los puestos fronterizos se fijan, las primeras por normas internacionales de obligado cumplimiento para todos los países y los segundos por normas de derecho interno con carácter general. A partir de esta normativa es indubitado que cualquier playa española, también la de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, es territorio nacional y que la valla externa que delimita en determinadas zonas estas ciudades de Marruecos y que fue levantada en un primer momento por el Gobierno español, está también construida sobre territorio español.

Por otra parte, no existe ningún tipo de norma jurídica que otorgue cobertura legal a un concepto de frontera que pueda ser determinados de forma caprichosa *ad casu* violando, entre otros elementales principios, el de la prohibición de la arbitrariedad y el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). No resulta jurídicamente defendible la tesis de que el Gobierno pueda modificar a su libre albedrío, “mediante una decisión libre y soberana” los límites del territorio nacional, aunque fuera, como textualmente se señala, “a los solos efectos de la ley de extranjería”. El argumento carece de sustento jurídico o razón teórica defendible y tampoco se puede mantener esa ficción jurídica en función de contingentes y difusos “efectos prácticos” que se utilizan para eludir por parte de la Administración el cumplimiento de obligaciones legalmente impuestas y restringir derechos reconocidos a los ciudadanos extranjeros en la legislación de extranjería.

Por tanto, en estas circunstancias la particular forma de argumentar del Ministerio del Interior respecto del concepto de frontera tiene unas potenciales consecuencias muy serias en el ámbito del Derecho Internacional, habida cuenta de que tiene efectos directos sobre el concepto de territorio de soberanía española. Al margen de ello, introduce un elemento de gran inseguridad jurídica el utilizar un criterio de delimitación fronteriza que no explica hasta dónde se puede hacer retroceder la frontera que delimita el ámbito territorial de la soberanía nacional.

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

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

(b) El sometimiento de la actuación de los poderes públicos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) se proyecta no sólo a los supuestos en que la actividad de estos poderes se desarrolla en zona de soberanía territorial española, sino que, también, quedan sometidos al imperio de la ley por la mera circunstancia de ser una actividad desarrollada por empleados públicos españoles en el desempeño de sus cargos (STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2).

Así lo ha declarado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que hace a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de tal manera que “cuando un Estado, mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce control y autoridad y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del artículo 1, de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título I del Convenio que sean pertinentes en la situación del individuo” (Hirsi Jamaa y otros contra Italia, sentencia de 27 de febrero de 2012, apartado 74).

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

Este aspecto también fue puesto de manifiesto en el citado informe del Defensor del Pueblo de 2005, al incidir en que “también ha de recordarse que la actuación de los funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad de nuestro país, dentro y fuera de nuestro territorio —y singularmente las zonas neutrales que separan Ceuta y Melilla del territorio marroquí— está también regulada por la ley española” (pág. 292).

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

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

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

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

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

IV. Las “expulsiones en caliente” y el acceso clandestino por puesto no habilitado.

1. Una segunda línea de argumentación utilizada por el Ministerio del Interior para justificar las denominadas “expulsiones en caliente” es que podría expulsarse de facto y al margen de cualquier procedimiento a toda persona que se encontrase en cualquier lugar del territorio nacional siempre que hubiera entrado clandestinamente, pues tan sólo se encontrarían en territorio nacional quienes hubieran entrado en él “por los puestos habilitados”. Esta ha sido la tesis mantenida por el Delegado del Gobierno en Melilla, Abdelmalik El Barkani, en su intervención de 21 de mayo de 2014 en las Jornadas “Algunas cuestiones relativas a la inmigración en Melilla”, celebradas en esta ciudad.

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

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

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

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

Esta jurisprudencia fue ratificada posteriormente por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2007, dictada en el recurso núm. 38/2005 (FJ decimosegundo). En virtud de ello, tal como se expuso anteriormente, en la redacción del artículo 23.1.b) RLOEx, actualmente vigente, se omitió toda referencia a los supuestos ahora controvertidos de interceptación de ciudadanos

extranjeros que ya están en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada.

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

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

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

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

V. Las “expulsiones en caliente” y el Acuerdo España-Marruecos de readmisión.

1. Un tercer argumento usado por el Ministerio del Interior para justificar las denominadas “expulsiones en caliente” es el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992. La aplicación provisional de este Acuerdo se publicó en el BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992, y su entrada en vigor definitiva se produjo el 21 de octubre de 2012, conforme a la declaración contenida en el BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012.

Este Acuerdo, sin embargo, no es un título jurídico suficiente que ampare las denominadas “expulsiones en caliente” en detrimento de la aplicación de los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería. Tampoco a partir de sus previsiones se justifican actuaciones de entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho.

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

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

3. Por otro lado, el tenor del Acuerdo hispano-marroquí de readmisión tampoco justifica las llamadas “expulsiones en caliente” del modo en que están siendo ejecutadas por el Ministerio del Interior. Este Acuerdo establece la observancia de una serie de obligaciones que España está incumpliendo. Así, por ejemplo, el artículo 1 exige una petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requirente, en la que deberán constar “todos los datos disponibles relativos a la identidad, documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y las condiciones de su entrada ilegal en territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información que se disponga sobre el mismo” (art. 2, párrafo segundo). Igualmente se establece que “[c]uando la readmisión es aceptada, se documenta mediante la expedición por las Autoridades de frontera del Estado requerido de un certificado o de cualquier otro documento en el que se hace constar la identidad y, en su caso, la documentación poseída por el extranjero en cuestión” (art. 2, párrafo tercero).

En ese sentido, al margen incluso de las obligaciones derivadas de la legislación de extranjería, el propio Acuerdo establece otra serie de obligaciones recíprocas para la ejecución de las entregas que, como la identificación e individualización de las personas entregadas o la documentación por escrito de dichas entregas, excluyen cualquier tipo de actuaciones administrativas por vías de hecho.

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

(a) El Acuerdo hispano-marroquí de readmisión y la legislación de extranjería tiene un ámbito material de regulación diferente que afecta a aspectos de la actuación de la

Administración española diferentes. La legislación de extranjería establece los procedimientos para la adopción de las decisiones de salida del territorio español de los ciudadanos extranjeros. El Acuerdo de retorno regula la forma de ejecución de esas decisiones de salida cuando Marruecos es el lugar de destino.

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

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

VI. La Imposibilidad de dotar de cobertura legal a las “expulsiones en caliente”: Vulneración de la normativa europea y del derecho internacional.

1. Las denominadas “expulsiones en caliente” no sólo son incompatibles con nuestro derecho interno; también resultan contrarias a la normativa comunitaria y al derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, resulta inviable la pretensión expresada en alguna ocasión por el Ministerio del Interior de dotarlas de cobertura legal.

2. Los derechos humanos constituyen una conquista de la dignidad frente a la barbarie y un hito que reclama continuos avances en su toma de conciencia, en su volcado al Derecho positivo y, sobre todo, en garantizar que los logros obtenidos en este ámbito sean respetados por medio del desarrollo de mecanismos para la consecución de su efectividad y la persecución y castigo de sus contraventores. El Estado español tiene ratificados multitud de acuerdos internacionales que hacen imposible la legitimación de prácticas manifiestamente vulneradoras de derechos fundamentales de las personas. La propia Constitución española da entrada a la exigencia de una interpretación conforme de los derechos fundamentales con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás acuerdos internacionales que los despliegan y desarrollan (art. 10.2 CE).

En ese sentido, las exigencias de la legislación de extranjería sobre la necesidad de dar la oportunidad a los ciudadanos extranjeros interceptados por las autoridades españolas de alegar cuáles son sus circunstancias derivan del cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Puede tratarse de menores de edad, de víctimas de trata de seres humanos para la explotación sexual u otros fines, de niñas que huyen de matrimonios forzados o de la ablación. Igualmente pudieran ser personas merecedoras del estatuto de refugiados, de personas que huyen

de la guerra o de la persecución. La necesidad de protección de personas y colectivos vulnerables como los mencionados es la que ha llevado a la elaboración y firma de acuerdos internacionales tendentes al reconocimiento y desarrollo de unas garantías que posibiliten la defensa de su indemnidad. De ello se deriva que la legislación de extranjería de los países más desarrollados y, entre ellos España, prevea que no cualquier entrada clandestina en su territorio termine en devolución, en atención precisamente a circunstancias que exigen un mayor estándar de protección (arts. 31 LOEx y 23.6 ROEx).

3. No es el objeto de este informe analizar toda la normativa comunitaria e internacional que resulta vulnerada por las “expulsiones en caliente”. Es preciso, sin embargo, referirse al menos al derecho al asilo y protección internacional que, como es sabido, es la protección que ha de dispensarse a los refugiados que huyen de la persecución o a quienes escapan de situaciones de violencia indiscriminada.

A estos efectos, cabe recordar que la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, afirma que el asilo es la protección que se dispensa a los refugiados, y tendría esa condición “toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país” (art. 3). Junto al asilo, la ley introduce el derecho a la protección subsidiaria que, según su artículo 4, se dispensa a aquellas personas que no tienen la condición de refugiado pero respecto a los cuales existen motivos fundados de que, de volver al país del que son nacionales o al país de su última residencia en el caso de los apátridas, su vida e integridad sufriría grave peligro en los términos del artículo 10 de esta Ley. Un ejemplo de protección subsidiaria es el de aquellas personas que, sin sufrir en su país una persecución concreta e individualizada sobre su persona, requisito del asilo, no pueden volver sin riesgo grave para sus vidas por existir, por ejemplo, una situación de guerra o de violencia indiscriminada.

Las “expulsiones en caliente”, en cuanto impiden cualquier alegación y tratamiento individualizado de los ciudadanos extranjeros interceptados, imposibilitan el ejercicio del derecho al asilo. De ese modo, no sólo se vulnera la Ley 12/2009 que lo regula, sino también el artículo 13 CE, que reconoce este derecho, los compromisos internacionales suscritos por España, como país signatario de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, y la normativa de la UE, que también garantiza el pleno ejercicio de este derecho en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por tanto, una eventual futura reforma legislativa de la legislación de extranjería para dar cobertura jurídica a las “expulsiones en caliente”, en la medida en que imposibilita el ejercicio del derecho de asilo, tendría el obstáculo insalvable de su inconstitucionalidad, de su contradicción con el derecho internacional y con el derecho comunitario.

4. Igualmente las “expulsiones en caliente”, en cuanto no individualizan, identifican y documentan los ciudadanos extranjeros entregados a las autoridades marroquí, también estarían incursas en la prohibición de expulsiones colectivas.

El art. 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe en su apartado primero las expulsiones colectivas. Esta prohibición no solo desautoriza la actual práctica española de las “expulsiones en caliente”, sino que impide la pretensión de dar cobertura legal a este tipo de actuaciones mediante una reforma de la legislación de extranjería, ya que esta lo determinante de esta prohibición no es que recaigan sobre un grupo más o menos numeroso de personas -criterio meramente cuantitativo-, sino que no se garantice la posibilidad de realizar alegaciones ni la constancia de quien es la persona sujeto de la expulsión o si está necesitada de una especial protección -criterio cualitativo-.

Igualmente, el art. 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama el “principio de no devolución” en su apartado 2. Conforme a esta previsión, “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”. Se trata de un derecho que no parece pueda ser sometido a las excepciones generales del art. 52.1, es decir, no podrán realizarse expulsiones colectivas por motivos de interés general ni por la necesidad de protección de otros derechos y libertades de los demás. En relación con este precepto, numerosos informes de organizaciones y organismos internacionales han denunciado que en Marruecos se violan gravemente los derechos humanos de las personas migrantes, especialmente cuando son de origen subsahariano. Esto debería suponer la proscripción absoluta de las devoluciones sumarias a Marruecos y un criterio fuertemente restrictivo, previo análisis personalizado y motivado de cada expediente de devolución. Las garantías de Marruecos acerca del adecuado trato y la exigencia del acuerdo bilateral con Marruecos de que se compromete a asegurar que el migrante llegue a su destino, reclaman desde la perspectiva de los estándares mínimos de protección de la efectividad de los Derechos Humanos un seguimiento pormenorizado pendiente de ejecución.

5. Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, si bien no alude expresamente al derecho al asilo, en la interpretación que el TEDH ha hecho de su artículo 3, que establece la prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, incluye claramente la prohibición de expulsión de los extranjeros a un país respecto del que existan motivos suficientes para pensar que la persona expulsada puede ser sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes, configurando una jurisprudencia que acoge el principio de *non-refoulement* y que se ha aplicado a diferentes supuestos de expulsión o deportación de solicitantes de asilo (vid. Cruz Varas c. Suecia, sentencia de 20 de marzo de 1991; Vilvarajah y otros c. Reino Unido, sentencia de 30 de octubre de 1991; Chahal c. Reino Unido, sentencia de 15 de noviembre de 1996; Hilal c. Reino Unido,

sentencia de 6 de marzo de 2001; Mubilanzila Makeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, sentencia de 12 de octubre de 2006; Salah Sheekh c. Países Bajos, sentencia de 11 de enero de 2007; o más recientemente la sentencia Hirsi Jamaa y otros c. Italia, sentencia de 23 de febrero de 2012); aunque ha de acentuarse que para que se considere vulnerado el art. 3 del Convenio no es necesario que se solicite asilo, pues los Estados tienen obligación de asegurarse del trato al que se exponen los migrantes que devuelven.

En el ámbito del Convenio, también las expulsiones colectivas están prohibidas expresamente en el art. 4 del Protocolo 4 al Convenio, cuyo propósito, tal y como establece el TEDH, es garantizar que ningún extranjero es expulsado sin que se examine de forma individualizada su situación sin tener la oportunidad de hacer valer sus argumentos (vid. Hirsi Jamaa y otros c. Italia, sentencia de 23 de febrero de 2012; Conka c. Belgica, sentencia de 5 de febrero de 2002).

Asimismo se vulneraría la garantía procesal del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH), que también ha servido al TEDH para, en conjunción con el artículo 3 del Convenio, garantizar este derecho en los procesos de expulsión. Las expulsiones por la vía de hecho imposibilitan el acceso a los procedimientos de extranjería y con ello a los expulsados se les priva de la posibilidad de impugnar la ilegalidad de su expulsión y la vulneración de sus derechos.

6. En conclusión, no existe la posibilidad de proceder a una modificación legislativa para dar cobertura legal a las “expulsiones en caliente”, tal como se están ejecutando actualmente, toda vez que vulneran la normativa de la Unión Europea y el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente la referida al ejercicio del derecho de asilo y protección jurídica internacional, la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de no devolución.

VII. Las “expulsiones en caliente” y el Derecho Penal.

1. La ilegalidad de las llamadas “expulsiones en caliente” resulta concluyente a partir de lo todo lo señalado. Así, no puede dejar de advertirse que obligar a un ciudadano extranjero a salir del territorio nacional al margen de lo establecido en las leyes posee relevancia penal. De ese modo, resulta preciso concluir este informe exponiendo, sin afán de exhaustividad, algunos de los tipos penales en los que podrían encontrar acomodo las “expulsiones en caliente”.

2. Con carácter previo, hay que llamar la atención acerca de la inoperancia de la obediencia debida como causa justificativa de la responsabilidad penal por la ejecución de estas conductas. Los agentes que ejecuten o de alguna manera, con su acción u omisión, favorezcan o posibiliten las “expulsiones en caliente”, no pueden pretender

quedar exentos de pena alegando actuar “en obediencia debida”. El artículo 5.1.d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece que “en ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a la Leyes”. Tampoco cabe invocar la eximente de actuar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7º del Código penal), ya que presupuesto para su aplicación es que dicho deber emane del ordenamiento jurídico y se ajuste a lo prescrito en él.

3. La “expulsiones en caliente” son subsumibles, en primer lugar, en el artículo 172 CP que castiga como autor de un delito de coacciones a quien, sin estar legítimamente autorizado, compeliere a otro a hacer lo que no quiere, viéndose agravada la pena, que puede alcanzar de un año y nueve meses a tres años de prisión o multa de dieciséis a veinticuatro meses, cuando la coacción tuviere por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental.

Se debe tener en cuenta a efectos penológicos la aplicación de la circunstancia agravante séptima del artículo 22 CP, que concurre cuando el autor de las coacciones se prevale de su carácter público, lo que claramente acontece en estos casos, al ser miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado quienes ejecutan estas conductas amparados en la autoridad que representan.

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

No obstante, si se quisiera ver algún impedimento para la aplicación del artículo 537 CP, entraría en consideración el artículo 542 CP. Es un tipo penal que recoge aquellas conductas que no resultaran subsumibles en los tipos penales que le preceden y que castiga con una pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes.

5. El artículo 404 CP regula la prevaricación de funcionario público de la siguiente manera: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

No constituye ningún obstáculo para la aplicación de este precepto la exigencia de “resolución”, pues no sólo merecen esta consideración los actos o decisiones administrativas escritas o formalizadas, sino también las tácitas o la simple vía de hecho. De ese modo, en las “expulsiones en caliente” estaríamos ante resoluciones administrativas que prescinden totalmente del procedimiento, incurriendo con ello en el vicio más grave del que pueden adolecer: la nulidad de pleno derecho, lo que al tiempo avalaría el carácter injusto y arbitrario de tal decisión. En el caso de que la decisión de “expulsión en caliente” haya sido tomada por algún miembro o mando de la de las Fuerzas de Seguridad, la prevaricación además se fundamentaría en la absoluta falta de competencia para adoptar decisiones sobre la expulsión o devolución de ciudadanos extranjeros, pues su cometido en este terreno es meramente ejecutivo en el caso de la Policía Nacional y ni siquiera eso en el caso de la Guardia Civil, a quien compete la custodia de fronteras pero no la ejecución de las resoluciones de devolución y de expulsión.

6. En cuanto a la articulación de la responsabilidad penal por las “expulsiones en caliente” conviene recordar principios generales del Derecho penal como que no sólo responden penalmente los ejecutores directos de las conductas típicas, sino también quienes las ordenan o las hacen posible, además de aquellos responsables o superiores que, teniendo noticia de tales prácticas, no toman medidas para ponerles fin. Desde esta última perspectiva, que se corresponde con una conducta penalmente relevante por omisión, la concreta relevancia penal de la no reacción ante las “expulsiones en caliente” dependerá de la posición que ocupe el omitente.

A esos efectos, tiene el deber de presentar denuncia toda aquel que haya presenciado un delito público (art. 259 LECrim) o tenga conocimiento del mismo por cualquier otra vía (art. 264 LECrim), estando especialmente obligados quienes adquieran conocimiento del delito “por razón de sus cargos, profesiones u oficios” (art. 262 LECrim), como es el caso de la Policía o la propia Guardia Civil. La denuncia es un mero acto de comunicación de hechos, que no requiere ningún formalismo y que puede presentarse ante cualquier autoridad judicial, fiscal o policía. El incumplimiento de esta

obligación se sanciona administrativamente con penas de multa que en el caso del artículo 262 LECrim se imponen por la vía disciplinaria.

No obstante, la omisión o inacción frente a las “expulsiones en caliente” puede ser también constitutiva de delito. El artículo 450 CP castiga a quien, pudiendo hacerlo, no impida la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual. El artículo 408 CP sanciona a la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables. Existe incluso la posibilidad de articular la responsabilidad en comisión por omisión por los delitos de resultado cuando el omitente tenga la obligación legal o contractual de actuar o cuando haya creado una ocasión de peligro para el bien jurídico (art. 11 CP).

7. Frente a estas amplias posibilidades de declarar la responsabilidad penal por este tipo de conductas, cabría esperar que en defensa de sus autores se alegara desconocimiento de la ilegalidad de tales prácticas, arguyendo que no concurre entonces el dolo que exige la tipicidad de algunos delitos, o bien que el sujeto incurre en un error de prohibición. Estas alegaciones defensivas pueden rebatirse señalando que la ilegalidad de las “expulsiones en caliente” puede considerarse probada sobre la base de diversos indicios o circunstancias, como el tipo de práctica realizada, pues la ilegalidad de algunas es tan obvia que carecería de toda credibilidad la alegación de haber pensado que se actuaba conforme al ordenamiento. Además el conocimiento de las normas básicas de extranjería se presupone a las autoridades en esta materia y a sus agentes y desde luego resulta exigible a quienes tienen encomendadas la toma de decisión y la ejecución de las devoluciones y expulsiones de ciudadanos extranjeros.

VIII. Conclusiones.

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

2. Las llamadas “expulsiones en caliente” vulneran lo dispuesto en la legislación de extranjería, ya que (i) la legislación de extranjería no contempla la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado expulsen a ciudadanos extranjeros que están bajo su custodia mediante vías de hecho; (ii) los supuestos de ciudadanos extranjeros que intentan acceder al territorio nacional por puestos no habilitados y son interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, a lo sumo, pueden ser objeto de la devolución

regulada en el artículo 58.3.b) LOEx; y (iii) esta devolución es una actuación administrativa reglada que exige el cumplimiento de una serie de requisitos como son el traslado de los ciudadanos extranjeros a la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía; su identificación; el nombramiento de un abogado del turno de oficio y, en su caso, de un intérprete; una resolución de devolución acordado por el Subdelegado o el Delegado del Gobierno, según corresponda; y que el acto material de devolución se ejecute por parte del Cuerpo Nacional de Policía.

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

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

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

6. No existe la posibilidad de proceder a una modificación legislativa para dar cobertura legal a las “expulsiones en caliente”, tal como se están ejecutando actualmente, toda vez que vulneran la normativa de la Unión Europea y el derecho

internacional de los derechos humanos, especialmente la referidas al ejercicio del derecho de asilo y protección jurídica internacional, la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de no devolución.

7. La decisión, ejecución, y colaboración activa y pasiva con las “expulsiones en caliente” incurriría en responsabilidad penal y disciplinaria. Son distintos los tipos penales en que podrían subsumirse estas conductas como son, entre otros, el delito de coacciones (art. 172 CP); los delitos de funcionarios públicos de privación de asistencia letrada (art. 537 CP), de privación del ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes (art. 540 CP), o de prevaricación (art. 404 CP). Sin que, por otra parte, puedan operar respecto de los mismos las circunstancias excluyentes de la responsabilidad referidas a la obediencia debida, ejercicio legítimo del cargo o el desconocimiento de la ilicitud del hecho. Además, todo ciudadano está obligado a denunciar los delitos que presencie o de los que tenga conocimiento (arts. 259, 262, 264 LECrim), incurriendo incluso en un delito del 450 CP quien pudiendo evitar estas prácticas no lo haga, y en un delito del art 408 CP la autoridad o funcionario público que deje de promover intencionadamente su persecución.

8. No resulta posible, como parece pretender el Ministerio del Interior, utilizar atajos en abierta contradicción con la normativa nacional, europea e internacional, con el pretexto de mayor eficacia y eficiencia en una política migratoria focalizada principalmente en el control de los flujos humanos, movidos mayoritariamente por flagrante necesidad. Ello constituye un atentado a los valores superiores de la Constitución y a los más elementales principios éticos en que se asienta nuestra cultura. El Estado de Derecho reclama como elemento legitimador la protección de los derechos humanos como satisfactor institucionalizado de las necesidades humanas. Vulnerar los derechos pone en peligro no sólo a las víctimas de este desafuero, también compromete la dignidad moral de nuestras democracias y desde luego la de quienes, muchas veces en contra de su conciencia, se ven obligados a cumplir órdenes manifiestamente ilícitas de las que podrían derivarse responsabilidades personales. Como decía Nelson Mandela, todo lo que introduce el principio de discriminación negativa en lo político y en lo jurídico acaba degradando a quienes la padecen y, mucho más, a quienes la promueven o, al menos, la consienten.