

DE LA CRISIS DE CEUTA Y LA TRAGEDIA DE MELILLA: ASPECTOS SOCIALES Y LEGALES

The crisis in Ceuta and the tragedy in Melilla: social and legal aspects

Raquel Alonso Chamorro*

Resumen

Con sendas crisis política y migratoria, ocurridas en un intervalo de tiempo de un año, Ceuta y Melilla se han convertido en foco de atención mundial. Inmigración y otros problemas derivados de su ubicación geográfica sacuden a ambas ciudades españolas. Entradas irregulares de personas, devolución sin garantías de menores, imputaciones penales derivadas de tales prácticas, así como resquicios legales del sistema de asilo, serán objeto de análisis en este artículo. Todo ello sin obviar el papel que juega Marruecos, país vecino con el que cada día existe una mayor interrelación, tanto en la generación de obstáculos como en la búsqueda de soluciones.

Palabras clave

Política, inmigración, rechazo en frontera, menores de edad, asilo.

Información del artículo:

Fecha de recepción: 23/11/2022

Fecha de aceptación: 29/11/2022

Abstract

Ceuta and Melilla have become a visible global centre of attention as a consequence of both the political and migratory crisis which has occurred in the span of a year. Immigration and other issues derived from their geographical location have shattered both Spanish cities. Unlawful entries, minors refoulement, criminal charges derived from such practices, as well as loopholes related to the asylum system, will be an object of analysis in this paper. All of the above will be dealt with not leaving out the role played by Morocco, the neighbouring country with which there is a growing interrelation both in terms of the creation of problems and in the search for solutions.

Keywords

Politics, immigration, border rejection, minors, asylum.

Cómo citar este artículo:

Alonso Chamorro, R. (2022). De la crisis de Ceuta y la tragedia de Melilla: aspectos sociales y legales, *El Criminalista Digital*, 10, 1-16.

Sumario: I. Introducción: antecedentes migratorios en Europa y en España. II. La crisis de Ceuta y la tragedia de Melilla: contexto social y político. III. De las devoluciones en caliente al rechazo en frontera en Ceuta y Melilla. IV. La devolución de los menores de edad en la crisis de Ceuta. V. Repercusión penal de las prácticas de devolución llevadas a cabo en Ceuta. VI. La reforma del SECA y la libertad de residencia del solicitante de asilo en Ceuta y Melilla VII. Conclusiones. Bibliografía. Webgrafía.

I. Introducción

Desde que Europa lograra su reconstrucción tras la Segunda Guerra Mundial, superada la crisis del petróleo de 1973 y la caída del Muro de Berlín, así como la creación de la Unión Europea con el Tratado de Maastricht en 1992, nuestro continente se ha consolidado como una importante organización política, social y económica, que la configuran como un destino amable para aquéllos que, desde una situación más delicada en sus países de origen, buscan una vida mejor.

Tradicionalmente han sido tres los puntos de entrada a Europa en virtud de las tres rutas seguidas por los inmigrantes: la ruta del Mediterráneo Occidental, que supone la llegada a España cruzando el Estrecho de Gibraltar desde el Norte de África, principalmente, Marruecos y Argelia; la ruta del Mediterráneo Central, que tiene como destino las costas de Sicilia, Malta e isla italiana de Lampedusa a través de otros países del norte de África, sobre todo Libia, Egipto y Túnez; y la ruta del Mediterráneo Oriental, utilizada por quienes hacen el trayecto marítimo entre Turquía y Grecia procedentes de países de Oriente Medio asolados por el conflicto, como Siria, Irak y Afganistán. Todo ciudadano europeo tiene presente, en mayor o menor medida, el problema de la inmigración y es capaz de situar en el mapa, la hasta entonces desconocida isla de Lampedusa, debido al naufragio de un barco lleno de inmigrantes en octubre de 2013 con un resultado aproximado de 360 muertos. Igualmente, ha quedado grabada en nuestras retinas la imagen del desembarco de miles de ciudadanos sirios en las costas griegas, con récord de llegadas en 2015, probablemente el peor año en cifras de la última década.

Por lo que respecta a España, constituye nuestro país la vía de acceso a Europa a través de la anteriormente mencionada ruta del Mediterráneo Occidental, que implica la llegada de miles de subsaharianos en patera, cuando no marroquíes, a las costas andaluzas en particular y, en menor número, a las costas de Murcia, Baleares y Comunidad Valenciana. Todo ello sin obviar el elevado número de cayucos que, procedentes de Mauritania y el Sáhara Occidental, acceden a las Islas Canarias a través de la peligrosa travesía del Océano Atlántico. En este sentido, no olvidamos los españoles la denominada "crisis de los cayucos", que alcanzó su punto álgido en el año 2006, se reprodujo recientemente en el año 2020 y que presenta al puerto de Arguineguín como escenario principal del hacinamiento de cientos de personas en lista de espera para una solución.

Y, cómo no, son también puerta de entrada a Europa las dos ciudades que, estando en África, son España. Es precisamente la ubicación geográfica de Ceuta y Melilla la que las convierten en un continuo trasiego de inmigrantes que arriban de múltiples formas: acceso ilegal a través de la frontera terrestre que separa España de Marruecos (coches kamikazes, coches con dobles fondos en que viajan ocultos los inmigrantes, entrada a pie mediante un documento de identidad falso, etc.); llegada a sus costas (pateras, motos de agua, a nado, etc.) o saltando las vallas que separan ambas Ciudades Autónomas de Marruecos.

No se puede dejar de lado en este análisis inicial, el papel que juegan las mafias en toda la problemática relacionada con la inmigración. Son esencialmente éstas las responsables de conducir a los inmigrantes desde sus países de origen a su punto de destino, mediante un lucro, materializado en la mayoría de las ocasiones, en cantidades de dinero previamente establecidas en función del modo de traslado, distancia del itinerario seguido o dificultad del trayecto efectuado, entre otros.

Y tampoco se puede omitir el plan de contingencia utilizado por la Unión Europea en la gestión de los flujos migratorios, casi siempre consumado con el destino de cantidades ingentes de fondos europeos para la inhibición de la inmigración en origen, esto es, la asignación de dinero a los países que se erigen en la línea de salida del viaje final del inmigrante hacia Europa. De esta forma, puede afirmarse que Turquía, Libia y Marruecos, han sido los grandes beneficiarios, con un resultado de dudosa eficacia en países que, como Libia, adolecen de una inestabilidad política persistente que deriva de la ausencia de gobiernos sólidos, motivada por

* Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 3 de Melilla.

una guerra que todavía no ha concluido¹. Es también fundamental la vigilancia en las costas a través de Frontex, la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, mediante la llevanza de diversas operaciones en el Mediterráneo, tales como Themis, Poseidón e Indalo, así como la gestión eficiente de las fronteras gracias a la implementación de nuevos y más desarrollados sistemas informáticos². Igualmente, junto a las reseñadas medidas preventivas, cabe señalar el trabajo en el desarrollo de sistemas más eficientes de reubicación y reasentamiento de inmigrantes entre todos los Estados miembros. Finalmente, como complemento de todo lo anterior, es necesaria una potente política de asilo basada en el Sistema de Dublín. En la actualidad, se está trabajando en la consecución de unos criterios comunes de protección que sean de obligado cumplimiento para los Estados miembros, a fin de que todos éstos y no sólo los más afectados por la inmigración, se impliquen en el acogimiento de los refugiados llegados a nuestros territorios³.

A mayor abundamiento, hay que poner de manifiesto las prácticas para hacer frente a los flujos migratorios llevadas a cabo por los Estados miembros a título particular. Así, aparte de las medidas preventivas y otras disposiciones en conjunto adoptadas por los diversos organismos e instituciones con competencias en materia migratoria, España no difiere de la gestión ejercida por Europa de forma global. De este modo, en el aspecto monetario, se puede contabilizar en unos cuantos millones de euros la cantidad entregada a Marruecos para la lucha contra la inmigración y la trata de seres humanos. Está por ver si tras la reconducción de las relaciones después de la crisis de Ceuta y el reconocimiento al plan que Marruecos tiene sobre el Sáhara Occidental, esa cifra es suficiente para el Reino alauita o exige de una mayor contraprestación⁴.

II. La crisis de Ceuta y la tragedia de Melilla: contexto social y político

Nada tiene que ver la crisis de Ceuta de mayo de 2021 con el problema migratorio referido en la introducción de este artículo, salvo que numerosas personas en situación difícil fueron utilizadas como arma arrojadiza frente a España por otro tipo de motivaciones⁵. El acogimiento en un Hospital de Logroño el 18 de abril de 2021 del líder del Frente Polisario y presidente de la autoproclamada República Árabe Saharaui Democrática, Brahim Ghali, parece ser el desencadenante inmediato de la llamada “crisis de Ceuta”, desarrollada en la Ciudad Autónoma los días 17 y 18 de mayo de 2021 y que supuso la entrada en ella de entre 8000 y 10000 personas, de las cuales unos 1100 eran niños. Fue el momento álgido del conflicto Marruecos-España consumado en esa fecha, pero que ha sido precedido por otros episodios anteriores, como pudo ser la ausencia de la, ya consuetudinaria primera visita institucional del recién elegido presidente de Gobierno a

¹ El 16 de diciembre del año 2020 se aprobó por el Parlamento Europeo el presupuesto para el periodo 2021-2027, siendo que el gasto en el apartado “Migración y gestión de las fronteras” ascendería a 22700 millones de euros. Previamente, con la Declaración UE-Turquía del 18 de marzo de 2016 se implementó, entre otras medidas, una inyección de recursos económicos a Turquía a fin de combatir la crisis provocada por la guerra de Siria, que supuso la llegada de miles de inmigrantes procedentes de este país, con el objetivo de evitar que éstos pudieran alcanzar las costas griegas. Toda la información puede obtenerse de la página web del Consejo Europeo, a través del recurso electrónico <https://www.consilium.europa.eu/es/european-council/>

² Para más datos sobre estas operaciones se pueden consultar las publicaciones de Frontex en su página web a través del recurso electrónico <https://frontex.europa.eu/es/>

³ En la página web del Consejo Europeo se detalla de forma cronológica las medidas adoptadas recientemente por la Unión Europea en materia migratoria, en el apartado *Cronología-Política de migración de la UE*, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/migratory-pressures/history-migratory-pressures/>

⁴ Se desconoce la cifra concreta de dinero entregado a Marruecos para hacer frente a la inmigración irregular, en particular a partir de junio de 2021, cuando la directora general de Relaciones Internacionales y Extranjería determinó denegar el acceso al expediente de concesión de una ayuda al Reino de Marruecos en materia de cooperación policial internacional “por considerar que concurren límites de seguridad nacional y pública”. Accesible en MINISTERIO DEL INTERIOR, recurso electrónico obtenido a través de la Web https://www.interior.gob.es/opencms/documentacion/Portal-de-Transparencia/ResolucionesDenegatorias_2021/001-057052.pdf

⁵ En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo en el artículo *La “invasión de Ceuta” y la devolución de los menores*, Global Politics and Law, 22 de agosto de 2021, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2021/08/22/la-invasion-de-ceuta-y-la-devolucion-de-los-menores/>

Marruecos o el reconocimiento de EE. UU. de la soberanía de Marruecos sobre el Sáhara Occidental, lo que era una presión añadida a nuestro país para que imitara la postura americana. Por entonces, los medios de comunicación se centraron, sobre todo, en el drama humanitario que acompañaba a aquéllos que pasaron o intentaron pasar. Poco protagonismo se dio al ceutí y a la Ciudad de Ceuta, pero cabe recordar que el miedo, la incertidumbre por el “qué pasará” y la angustia se apoderó de los residentes, obligados a cambiar sus rutinas por la inseguridad de encontrar en sus calles a miles de personas con nada que perder. Así, muchos ciudadanos se quedaron en sus casas, se cerraron comercios y los niños no acudieron a clase. Igualmente, las Administraciones Públicas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se vieron desbordadas en el manejo de un acontecimiento extraordinario y hasta entonces desconocido. De hecho, año y medio después, siguen coleando las consecuencias de dicha gestión, que como se verá a continuación, ya se ha saldado con la declaración del procedimiento de devolución de menores de edad como contrario a Derecho, mientras continúa la investigación sobre la comisión del delito de prevaricación administrativa, por este motivo.

En Melilla un año después, concretamente el pasado 24 de junio de 2022, varias decenas de inmigrantes (23 según la versión oficial, 37 según versión de alguna ONG) fallecieron y otros tantos resultaron heridos cuando pretendían, no saltar la valla en este caso, sino forzar la puerta de uno de los cuatro pasos fronterizos de los que dispone la ciudad (paso fronterizo del Barrio Chino) para, de esta forma, acceder a ella. Sin que se hayan podido esclarecer los hechos, al parecer, la avalancha y amontonamiento de inmigrantes en un espacio muy reducido, condujo a la muerte por asfixia y aplastamiento de los que se aglutinaban para poder entrar. Es importante reflejar que la mayoría de los miles de inmigrantes que buscaban el acceso a Europa procedían de Sudán, país con alta inestabilidad social, tensiones políticas y económicamente muy lastrado. Y casi puede darse por seguro, que no será la única ocasión utilizada para alcanzar Melilla, sino que sobrevendrán muchas otras. Al otro lado de la valla, se dilucida por un Juzgado de Primera Instancia y el Tribunal de Apelación de Nador, las condenas a imponer a los inmigrantes detenidos durante los hechos⁶. En el lado español, las primeras conclusiones del Defensor del Pueblo al respecto de la investigación llevada a cabo y un reciente documental de la BBC⁷, cuestionan la legalidad del modus operandi con el que se afrontaron los acontecimientos⁸.

A los dos episodios, la crisis de Ceuta y la tragedia de Melilla, hay que unir el cierre de forma unilateral por parte de Marruecos de la aduana comercial Melilla el 1 de agosto de 2018, así como la clausura de las fronteras terrestres a raíz de la pandemia COVID-19, lo que ha puesto a ambas Ciudades en un complicado contexto económico por la interrupción de las relaciones comerciales con nuestro país vecino.

Los dos fenómenos, aunque por causas distintas, son una demostración de los problemas que afectan a las Ciudades Autónomas, proporcionándoles estos episodios, desgraciadamente, un papel protagonista en la esfera mundial. Derechos humanos, seguridad exterior, defensa de las fronteras interiores del país, control de los flujos migratorios, intereses políticos y económicos, confluyen en dos enclaves europeos de apenas 18 y 12

⁶ Así lo establece EFE en recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://elfarodemelilla.es/pospuesto-el-juicio-en-nador-contr-a-15-migrantes-relacionados-con-el-24j/>

⁷ “Death on the Border” es el documental con el que el programa “Africa Eye” de la BBC determina también la responsabilidad de España en la tragedia de Melilla. Al visionado del documental puede accederse desde el recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.bbc.co.uk/programmes/p0dbnttd>

⁸ El Defensor del Pueblo en un comunicado fechado el 14 de octubre de 2022, “concluye que se efectuó un rechazo en frontera de 470 personas sin contemplarse las previsiones legales tanto nacionales como internacionales”. Añade que “no ha dado por concluida esta actuación y ha solicitado a la Secretaría de Estado de Seguridad la remisión de más imágenes del 24 de junio del perímetro fronterizo que podrían ayudar a aclarar algunos extremos” y “se recomienda que se impulse la revisión de los protocolos de actuación que se activan con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de Marruecos cuando se produzcan intentos de entrada irregular en los perímetros fronterizos de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (...) así como recomienda que se desarrolle, con carácter urgente, la disposición décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, de conformidad con la interpretación del Tribunal Constitucional que, como ya se ha señalado, establece qué ha de tenerse en cuenta cuando se produce un rechazo en frontera”. A la lectura de la totalidad del comunicado puede accederse desde el recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/sucesos-melilla/>

km2 ubicados en el continente africano. La implicación de España y Europa para con las dos Ciudades, serán de vital importancia para contener la inmigración y mantener la soberanía nacional.

III. De las devoluciones en caliente al rechazo en frontera en Ceuta y Melilla

La entrada legal de extranjeros en España exige del cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 25 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, esto es, la llamada Ley de Extranjería. A saber, se requiere que se haga por puestos fronterizos habilitados al efecto; con pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad y sea válido para dicho fin; con la documentación que justifique el objeto y las condiciones de estancia; mediante la acreditación de medios de vida suficientes para tal estancia en España y visado.

Tanto en la crisis de Ceuta como en la tragedia de Melilla se produjo una entrada ilegal de extranjeros en España, habida cuenta de la inobservancia de la totalidad de las exigencias referidas con anterioridad y, tienen a las vallas que separan a ambas Ciudades Autónomas de Marruecos, como protagonistas de la irregularidad. Construidas en 1993 y 1998 respectivamente, han sido objeto de numerosas reformas (verja militar previa en Melilla desde 1971, doble y tercera valla o sirga tridimensional, elevación de metros, concertinas, etc.) a fin de configurarse como un elemento de contención de la inmigración⁹.

Derivado de los saltos irregulares a las vallas de Ceuta y Melilla se acuñó el concepto de “devolución en caliente”, para referirse a las prácticas llevadas a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, implicaban la devolución inmediata a Marruecos del inmigrante que era interceptado en las proximidades de la valla, ya una vez el salto se había producido y se hallaban éstos en territorio español. ¿Por qué han sido objeto de discusión las “devoluciones en caliente”? Porque previo a la introducción de la Disposición Adicional Décima de la Ley de Extranjería en el año 2015, que regula el procedimiento de devolución sumaria previsto en exclusiva para los supuestos de entradas irregulares en Ceuta y Melilla, las devoluciones en ambas Ciudades debían regirse por el procedimiento de devolución ordinario que, a grandes rasgos exigía, según el artículo 23.2 y 3 del Reglamento de Extranjería, la conducción por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía para proceder a su identificación y, en su caso, a su devolución, con derechos de asistencia jurídica e intérprete para el inmigrante. Ninguna de las condiciones descritas en el ROEX se verificaban en las devoluciones allí ejecutadas y fueron las denuncias de Naciones Unidas, Unión Europea, otros organismos internacionales, ONG, e incluso el Defensor del Pueblo Español¹⁰ los que llevaron a que por el Gobierno español se adoptase la necesidad de prever un régimen específico de devolución para los casos de Ceuta y Melilla, que se materializó la introducción de la Disposición Adicional Décima de la Ley de Extranjería a través de la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que reza de la manera que sigue: “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.”

Así, se llegó al término de “rechazo en frontera” para referirse a este procedimiento de devolución sumario, que omitía los trámites ya reseñados que exigía el procedimiento de devolución ordinario previsto en

⁹ Puede obtenerse una completa información sobre la valla de Melilla en la obra de ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. (2016). “Las fronteras internacionales de España en África: Melilla”. Madrid: Editorial Reus.

¹⁰ En este sentido, la Recomendación 200/2013, de 27 de noviembre, formulada al Ministerio del Interior, insta a «impartir instrucciones a la Dirección General de la Guardia Civil con el fin de que se recuerde a todos los efectivos que prestan servicio en la frontera de la Ciudad Autónoma de Melilla que cuando se intercepte a un extranjero cuyo propósito sea entrar irregularmente en España, la respuesta debe ser por parte de los agentes de la Guardia Civil la puesta a disposición del Cuerpo Nacional de Policía, para que se incoe el oportuno expediente administrativo previsto en la legislación de extranjería”, pág. 536.

la Ley de Extranjería. De esta forma, se daba cobertura legal a prácticas que durante años fueron ilegales y tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han avalado esta disposición específica para las Ciudades Autónomas¹¹. No obstante, la regulación no ha estado exenta de polémica, ya que a pesar de recoger en el apartado segundo la necesidad de respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional, muchos colectivos sociales, juristas e instituciones estiman que ninguna de las praxis observadas en las fronteras puede ser conforme con las legislaciones existentes sobre derechos humanos y protección de la persona¹².

Volviendo al tema de la crisis de Ceuta, según las afirmaciones del ministro del Interior posteriores al Consejo de ministros de 18 de mayo de 2021, ese mismo día 18 ya se habrían podido devolver unos 2700 migrantes a Marruecos¹³. Teniendo presente que de dicha cifra sólo unas cuantas personas habrían conseguido ser rechazadas en frontera por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en aplicación de la famosa Disposición Adicional Décima (procedimiento sumario), surge la duda de determinar qué procedimiento se ha seguido para los restantes, dado que el procedimiento ordinario exige de los trámites ya expuestos (identificación de la persona, asistencia legal y de intérprete) de difícil cumplimiento en menos de 24 horas, ante el elevado número de sujetos. En este sentido, el ministro se refirió a la aplicación del 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, de 13 de febrero de 1992. Es éste un acuerdo bilateral de cooperación entre las dos partes que tiene por objeto, entre otros, regular el contexto posterior a una entrada ilegal y respecto al que resulta curioso advertir, cómo tan sólo se ha utilizado en limitadas ocasiones previas a esta crisis¹⁴, lo que dificulta entender el desarrollo de los acontecimientos: en primer lugar, Marruecos deja vía libre en la frontera con Ceuta para que entre 8000 y 10000 personas accedan a España; en segundo, Marruecos readmite, con récord de

¹¹ El Tribunal Constitucional considera que esta Disposición “es conforme a la Constitución siempre que se interprete conforme a lo indicado en el fundamento jurídico 8 C), concretado en los siguientes puntos: 1. Aplicación a las entradas individualizadas. 2. Pleno control judicial; 3. Cumplimiento de las obligaciones internacionales” en *Nota informativa 108/2020. El Pleno del TC avala la constitucionalidad de la Ley de protección de la seguridad ciudadana de 2015 salvo las grabaciones “no autorizadas” al a Policía*.

Igualmente, tal régimen especial para Ceuta y Melilla de rechazo en frontera de los extranjeros que intenten entrar ilegalmente es conforme a la doctrina del TEDH, tal y como se ha dispuesto en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) sobre el asunto N. D. y N. T. contra España, de 13 de febrero de 2020 (demandas n.º 8675/15 y 8697/15) consistente en que el “rechazo en frontera es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. La actuación material [será constitucional], sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera”.

¹² Un análisis muy exhaustivo y crítico con la legalidad de los rechazos en frontera en consonancia con la protección de los derechos humanos es realizado por profesores de Derecho Internacional Público, como ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel en “*Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla*”. Revista Española de Derecho Internacional, Volumen 68/2, 2016, Madrid, págs. 321-328.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y otros en Informe jurídico “*Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley*”, Proyecto I+D+i Iusmigrante, 27 de junio de 2014; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y otros en Informe jurídico “*Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos? Análisis 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 Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*, Proyecto I+D+i Iusmigrante, 13 de abril de 2015; y GIL BLANCO-RAJOY, Juan Jonás en “*Garantías procedimentales convertidas en papel mojado: legalidad de los rechazos en frontera a la luz del convenio europeo de derechos humanos*”. Icade: Revista de la Facultad de Derecho, nº 110, julio-diciembre 202, págs.1-34.

¹³ En la rueda de prensa posterior al Consejo de ministros de 18 de mayo de 2021, el ministro del Interior aseguró que 2700 personas ya habían sido devueltas. Se recoge también dicha declaración en el apartado “Consejo de ministros. Resúmenes” de la página web del Gobierno (www.lamoncloa.gob.es) en el siguiente sentido: “Fernando Grande-Marlaska ha avanzado que 2.700 personas, entre las que no se encuentra ningún menor, ya han sido devueltas a Marruecos”, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2021/180521-cministros.aspx>

¹⁴ En la línea del texto, MORENO, Sonia. *La historia del acuerdo de devolución de migrantes a Marruecos que Pedro Sánchez ha sacado del cajón*. El Diario, 25 de agosto de 2018, recurso electrónico obtenido a través de la Web https://www.eldiario.es/desalambre/acuerdo-readmision-migrantes-marruecos-magrebies_1_1966985.html, donde se pone de manifiesto cómo este Acuerdo firmado en 1992 no logró aplicarse en ninguna ocasión desde 2005 hasta 2018, por la negativa de las autoridades marroquíes.

personas y tiempo, a unos 2700 individuos en un solo día. Ciertamente es que muchas críticas fueron vertidas sobre nuestro país vecino desde distintos entes internacionales, por su actitud contraria a la salvaguarda de los derechos humanos. Podría pensarse que Marruecos admitía y, por ende, enmendaba de esta forma su craso error. Sin embargo, la respuesta pudiera hallarse en el ya aludido Consejo de ministros del día 18 de mayo, en plena crisis, cuando una partida de 30 millones de euros fue aprobada con destino Rabat¹⁵.

IV. La devolución de los menores de edad en la crisis de Ceuta

1097 menores son los que lograron entrar en Ceuta los días 17 y 18 de mayo de 2021¹⁶. Si bien hemos analizado en apartados anteriores el régimen de devolución previsto para quien de forma irregular entra en las Ciudades Autónomas, hay que hacer un matiz específico con aquéllos que, accediendo de forma ilegal, no han alcanzado todavía la mayoría de edad.

No cabe duda de que el Derecho Internacional blindo a los menores con una protección ampliada, derivada de la vulnerabilidad asociada a la inmadurez física y mental propia de su edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, es un tratado internacional ratificado por casi la totalidad de países del mundo, que supone la salvaguarda de un elenco de derechos asociados a la dignidad y valor de sin ninguna distinción, en aras de proporcionarles una especial protección, cuidado y asistencia. A ello, se añaden los acuerdos de colaboración o cooperación suscritos entre diversos Estados, así como las legislaciones nacionales propias de cada país.

En el binomio Marruecos-España, que es el que nos interesa para este artículo, la devolución de los menores de Ceuta está supeditada, principalmente, a la ya mencionada Convención de los Derechos del Niño, el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007, Directiva de retorno 2008/115/CE, de 16 de diciembre, Constitución Española y normativa de extranjería, constituida en particular por la Ley y el Reglamento de Extranjería. Sin embargo, de todos los anteriores, sólo se ha invocado por los mandatarios españoles el Acuerdo de Rabat, a fin de justificar las devoluciones ya practicadas de 55 niños y cuyo artículo 5 otorga a la autoridad competente española la capacidad para decidir sobre el retorno del niño a su país de origen "con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios de derecho internacional y lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño".

Es precisamente dicho artículo 5, el alegado ya en bastantes resoluciones judiciales para poner en entredicho el cumplimiento de la normativa afecta a la devolución de los menores, no sólo cuestionada desde el punto de vista administrativo sino, como veremos posteriormente, también en el ámbito penal.

Y es que sólo atendiendo a lo que establece la legislación española en la materia, Ley y Reglamento de Extranjería, se vislumbra un expediente muy garantista que exige de unos trámites muy concretos. Así, el artículo 35 LOEX regula todo lo referente a los menores no acompañados, desarrollado por los artículos 189 y siguientes ROEX. De la lectura de éstos, se desprende cómo diferencia la normativa española entre dos supuestos: aquéllos en los que resulta indubitada la minoría de edad de la persona y los casos en los que existen

¹⁵ Fue en el Consejo de ministros de 18 de mayo de 2021 cuando se aprobó esa partida para Marruecos, a pesar de no incluirse en la página web del Gobierno (www.lamoncloa.gob.es) en el apartado "Consejo de ministros. Resúmenes. Por el contrario, sí se hacen eco de la noticia diversos medios. A título de ejemplo, MARTÍN, María. *España aprueba dar 30 millones de euros a Marruecos para frenar la inmigración irregular*", El País, 18 de mayo de 2021, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://elpais.com/espana/2021-05-18/espana-entregara-30-millones-de-euros-para-ayudar-a-marruecos-para-frenar-la-inmigracion-irregular.html> o EUROPA PRESS, "El Gobierno aprueba una ayuda de 30 millones a Marruecos para el despliegue policial contra la inmigración ilegal" recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.europapress.es/nacional/noticia-marlaska-cifra-30-millones-ayudas-coordinacion-marruecos-otros-paises-contra-inmigracion-ilegal-20210518133847.html>

¹⁶ Cifra concreta extraída de la Sentencia de 23 de junio de 2022 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla (Apelación Nº 555/20220).

cierta incertidumbre sobre tal minoría de edad. Para los primeros, el artículo 190 ROEX exige la puesta a disposición de los servicios de menores competentes, dando cuenta al Ministerio Fiscal y requiriendo el expediente de repatriación de la incoación, tramitación y resolución del procedimiento allí previsto (entre otras actuaciones, solicitud de informe al país de origen del menor sobre sus circunstancias familiares, solicitud de informe a la entidad competente en materia de menores sobre su situación, solicitud de informe a la Administración autonómica del domicilio del menor y del domicilio de la entidad competente en materia de menores, alegaciones, periodo de prueba y trámite de audiencia) con resolución final del Delegado o Subdelegado del Gobierno correspondiente. Para los segundos, minoría de edad dudosa, previo a tramitar el mismo procedimiento, el Ministerio Fiscal dispondrá lo necesario para la determinación de edad requiriendo para ello de los informes elaborados por las instituciones sanitarias oportunas, que realizarán las pruebas pertinentes.

En agosto de 2021, 55 menores no acompañados que llegaron a Ceuta en la crisis de los días 17 y 18 de mayo, fueron devueltos por España a Marruecos. Han sido dos las ONG que presentaron sendas demandas de derechos fundamentales ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 1 de Ceuta, dando lugar a los procedimientos de DF 139/2021, promovido por la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes en representación de 8 menores y el procedimiento de DF 137/2021 en la que la Asociación Coordinadora de Barrios y Fundación Raíces representaron a otros 12 menores, todos ellos ya retornados a Marruecos.

Cabe recordar que este tipo de demandas desemboca en un procedimiento especial recogido en los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que tutela los derechos y libertades de la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución española (artículos 14 a 29 de la misma) a través de una tramitación preferente y sumaria, lo que garantiza la celeridad en la resolución del expediente. De hecho, ya hay fallo en las actuaciones. Así, por ejemplo, el procedimiento DF 139/2021 ha concluido con sentencia de 14 de febrero de 2022 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 1 de Ceuta que aprecia lesión del derecho a la integridad física y moral y ordena a la Delegación de Gobierno en Ceuta que “cese en la actuación constitutiva de vía de hecho y adopte las medidas necesarias para el retorno de los menores de edad repatriados”. La misma fue recurrida tanto por la Ciudad Autónoma de Ceuta como por la Delegación del Gobierno de Ceuta, dando lugar a la apelación 555/2022 conocida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que ha dictado sentencia en 23 de junio de 2022 ratificando la decisión de la primera instancia. Si bien habrá que esperar al pronunciamiento final del Tribunal Supremo, hasta ahora todas las decisiones judiciales se han manifestado en el sentido de entender irregular las actuaciones tendentes a la devolución de los menores a Marruecos.

A grandes rasgos, la estimación de la demanda en instancia y ratificación posterior por el TSJ, en la que se aprecia lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral, se produce por los siguientes argumentos: no hay procedimiento de devolución formal (incoación, petición de informes, fase de alegaciones, trámite de audiencia, fase de prueba ni resolución que acuerda la repatriación) ni material (ausencia de trazabilidad del expediente de repatriación); no es preciso que la lesión a la integridad se haya consumado, sino que basta un riesgo relevante de que la lesión pueda producirse; y ese riesgo se manifiesta en la posibilidad de que los MENA puedan quedar en situación de abandono y desamparo una vez sean repatriados a su país de origen, al no existir informe alguno sobre la conveniencia de una efectiva reagrupación familiar, ni haberse determinado en qué condiciones quedarían éstos una vez realizada su entrega (si se entregarán a su familia natural o algún familiar cercano o si alguna institución nacional se haría cargo de su guarda y custodia, no constando aceptación expresa escrita al respecto). Las alegaciones de fondo de los recurrentes, fundamentadas en las circunstancias extraordinarias que concurrieron en Ceuta los días 17 y 18 de mayo, la falta de indicios sobre la posibilidad de lesión del derecho a la integridad de los menores, así como que la actuación de

devolución se acomodó al Acuerdo de Rabat de 6 de marzo de 2007, fueron íntegramente desestimadas por el TSJ¹⁷.

La consecuencia de la estimación de una demanda promovida al amparo del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales previsto en la LJCA, en los casos en los que el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, no sólo es la declaración de la actuación como contraria a derecho, sino también la restitución, es decir, que se ordene el cese de dicha conducta y que se adopten, en su caso, las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica afectada, tal y como disponen los artículos 32.2 y 31.2 LJCA. En el presente asunto, se “estima sustancialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto (...) contra la vía de hecho señalada en el antecedente de hecho primero de la presente resolución”. Por ende, tal y como correctamente se dispone en la sentencia de instancia, para la restitución deben “adoptarse las medidas necesarias para el retorno de los menores de edad repatriados”¹⁸.

Una de las alegaciones utilizadas en fase de recurso con carácter subsidiario por la Delegación del Gobierno en Ceuta al respecto de las medidas necesarias para el retorno de los menores es la “imposibilidad de materializar lo dispuesto en el fallo, habida cuenta de las dudas sobre la verdadera identidad de los menores retornados y la ausencia de cobertura jurídica que dicha actuación implicaría estando ya bajo la custodia de sus representantes legales (padres o tutores, o en una institución legalmente constituida al efecto)”. Al respecto el TSJA manifiesta que “es un pormenor propio de la ejecutoria respecto al que no cabe ahora dilucidar prematuramente”¹⁹.

Pues bien, aventurándonos a visualizar lo que podría ocurrir en esa fase de ejecución de sentencia, en mi opinión, nos hallaríamos ante dos posibles situaciones:

Primera situación, que efectivamente la sentencia sea inejecutable, escenario en el que me posiciono indefectiblemente. Téngase en cuenta que los menores se encuentran ya bajo la jurisdicción de otro país y, probablemente, sujetos a la protección de sus representantes legales o de una institución, que exigiría para el retorno no sólo la cooperación de Marruecos sino el beneplácito de sus guardadores. En este caso, nos situaríamos en el contexto previo a todo el procedimiento judicial, más allá de haber conseguido la paralización de las devoluciones previstas para los menores que todavía se hallan en Ceuta y el tirón de orejas dado a la Administración por no haber actuado conforme a Derecho.

Segundo supuesto, que se logre el cumplimiento del fallo, retornando a los menores de edad a España. Llegados a este punto, se plantean las siguientes cuestiones: si el niño ahora no quiere volver a nuestro país, ¿le obligamos a venir? ¿Retornamos a los menores a España para iniciar, ahora sí, un procedimiento con observancia de la normativa de extranjería que termine, de nuevo, en su devolución a Marruecos? ¿Le hacemos abrigar la esperanza de quedar en España, si es su deseo, para finalmente regresar a Marruecos? ¿O acogemos en España para siempre a 1097 menores que, no hay que olvidar, entraron de forma irregular en nuestro país? En realidad, estos interrogantes responden a un análisis muy simplista de lo que podría pasar en esa futura fase de ejecución de sentencia, cuya complejidad superaría todas las cálculos y opiniones que pueden barajarse en este momento. Lo único que cabe advertir ahora respecto a lo que suceda ulteriormente es que se tendrá en cuenta el principio que vertebra todo el sistema de protección del menor, que no es otro que el principio de interés superior del niño, informador de toda actuación que les afecte y que garantiza la defensa de sus derechos e intereses.

¹⁷ Argumentación recogida en la Sentencia 51/2022, de 14 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Ceuta y Sentencia de 23 de junio de 2022 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla (Apelación N° 555/2020).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

V. Repercusión penal de las prácticas de devolución llevadas a cabo en Ceuta

El 10 de junio de 2022 fue presentada por la Fiscalía de Ceuta una denuncia contra la Delegada de Gobierno en Ceuta y la Vicepresidenta y Consejera de Presidencia y Relaciones Institucionales del Ejecutivo local de esta Ciudad por presunto delito continuado de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal por la repatriación de 55 menores de edad llevadas a cabo a partir del 13 de agosto de 2021 y que fue paralizada cautelarmente por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Ceuta el 16 de agosto de 2021. Al parecer, tras las Diligencias de Investigación Penal emprendidas por la Fiscalía al amparo del artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, después de la denuncia presentada en agosto de 2021 por la ONG Asociación para el Desarrollo Integral L'escuela, el Ministerio Público finalizó su investigación determinando que en las operaciones de repatriación se habían omitido trámites preceptivos del procedimiento, por lo que se imputaba a las dos reseñadas. A día de la fecha, la denuncia de la Fiscalía ha recaído en el Juzgado de Instrucción N° 2 de Ceuta y la investigación sigue vigente²⁰.

Ha quedado acreditada desde el punto de vista administrativo, a expensas del pronunciamiento del Tribunal Supremo, la ilegalidad cometida en la repatriación de los menores de edad, pero es la comisión de delito de prevaricación lo que se tiene que dirimir por el Juzgado de Instrucción N° 2 de Ceuta. Se regula en el artículo 404 del Código Penal y establece que “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 y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”. Sin poder hacer una valoración jurídica conforme a los concretos hechos que se están investigando, habida cuenta de la lógica falta de acceso a las actuaciones, sí se pueden establecer los elementos que conforman este delito, así como la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los mismos. En este sentido, son la necesidad de resolución administrativa, la arbitrariedad de ésta y la consciencia de la injusticia de la resolución, los pilares en los que se fundamenta el ilícito penal. Así lo indica el Tribunal Supremo en STS 82/17, de 13 de febrero o STS 477/18, de 17 de octubre cuando se refiere a “i) una resolución dictada por un funcionario en un asunto administrativo; (ii) que sea objetivamente contraria a Derecho; (iii) que la contradicción con el Derecho sea de tal entidad que no pueda ser explicada con argumentación jurídica razonable; (iv) que ocasione un resultado injusto; y (v) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad de la autoridad o funcionario público”. Por parte de la doctrina se analiza el concepto distinguiendo entre un elemento objetivo y elemento subjetivo. Tal y como examina MORILLAS CUEVA, “el primero se estructura con tres requisitos: a) dictar una resolución arbitraria por parte de la autoridad o funcionario público; b) que sea injusta; c) que se dicte en asunto administrativo. El segundo que se haga a sabiendas”²¹.

Todo lo anterior conjugando el principio de legalidad y el principio de intervención mínima del Derecho Penal. El primero, teniendo en cuenta que no se da el hecho delictivo con una mera infracción de ley, sino que tiene que ser una “severa y dolosa ilegalidad”²², es decir una “consciente aplicación torcida del Derecho que perjudica o beneficia a alguien”²³. En el mismo sentido, la STS de 6 de octubre de 1995, que establece que “la simple y pura ilegalidad de un acto administrativo no entraña un ilícito penal, pues el elemento normativo del

²⁰ En tal sentido, EUROPA PRESS, “Fiscalía denuncia a la delegada del Gobierno y a la vicepresidenta de Ceuta por la expulsión de 55 menores marroquíes” recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.europapress.es/ceuta-y-melilla/noticia-fiscalia-denuncia-delegada-gobierno-vicepresidenta-ceuta-expulsion-55-menores-marroquies-20220610144644.html>

²¹ MORILLAS CUEVA, L. (2021). La compleja interpretación del término “a sabiendas” en la prevaricación administrativa. En *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero*, Volumen II, primera edición (pp. 1625-1644). Madrid: Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

²² STS 627/19, de 18 de diciembre. También STS 331/2003, de 5 de marzo; STS 1015/2002, de 31 de mayo; STS de 4 de diciembre de 2003 que añaden que “el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho”.

²³ STS 2653/1993, de 23 de noviembre; STS 1147/1999, de 9 de junio, entre otras.

tipo es la resolución injusta, no la simple resolución ilegal". Además, hay que sumar a lo anterior la arbitrariedad de la resolución, entendiendo por tal "la suplantación de la ratio y el fin de la norma por personales razones y finalidades que no pueden ser amparadas por el ordenamiento jurídico, convirtiendo la propia voluntad en la fuente de una norma particular"²⁴. En igual término, las STS 674/98, de 9 de junio y STS 1015/2002, de 31 de mayo que disponen que "no se sanciona la mera ilegalidad sino la arbitrariedad" añadiendo que "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder". Y como decíamos, la apreciación de tales circunstancias exigirá tener también muy presente el principio de intervención mínima del Derecho Penal, concebido para las situaciones en las que no exista otro modo de protección menos lesivo²⁵. Al respecto, no hay que olvidar que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas recoge en los artículos 47 y siguientes un gran número de supuestos de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos, por lo que la calificación del delito de prevaricación requerirá de la confluencia de los detalles apuntados, es decir, de un plus que permita diferenciarlo de la mera ilegalidad administrativa. En igual sentido, parte de la doctrina opta también por el concepto restrictivo del delito de prevaricación, lo que precisa de un conocimiento pleno tanto de la injusticia como de la arbitrariedad de la resolución. Así, MORILLAS CUEVA considera que "cuando el sujeto actúa a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. Ello significa que obra teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento"²⁶. Y añade que se excluiría del tipo penal "aquellos supuestos en los que el funcionario o autoridad tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución"²⁷ para concluir que "la magnitud que acoge el término 'a sabiendas' me lleva, como a buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia, a excluir de este ámbito prevaricador las situaciones de acción más cercanas al Derecho administrativo"²⁸. De conformidad con este razonamiento, la comisión del delito de prevaricación administrativa exige dolo directo, excluyéndose, por consiguiente, no sólo las conductas imprudentes sino también el dolo eventual. No obstante, en este último aspecto existen autores, como ORTS BERENGUER o IGLESIAS RÍO, partidarios de aceptar la posible comisión del delito por dolo eventual cuando, dudando de la legalidad de la resolución, se asume su resultado²⁹. Igualmente, el término "a sabiendas" empleado en la definición, hace complicado incardinar en este delito figuras como el error de tipo y el error de prohibición³⁰.

²⁴ STS 1318/2005, de 17 de noviembre, entre otras.

²⁵ Como muy bien apunta MORILLAS CUEVA en "La compleja interpretación del término "a sabiendas" en la prevaricación administrativa" cit., pág. 1633, "en ningún caso el Derecho penal puede derivar en un expansionismo injustificado conculcador de los derechos fundamentales que dan cobertura al Estado social y democrático de Derecho, garantista y minimalista en el ámbito punitivo. Y nunca igualmente con pretensión de usarlo para la resolución o creación de conflictos políticos".

²⁶ *Ibidem*, pág. 1638.

²⁷ *Ibidem*, pág. 1638-1639.

²⁸ *Ibidem*. También en: MORILLAS CUEVA, L. Delitos contra la Administración Pública. En L. Morillas Cueva (dir.). *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed. (pp. 1239-1240). Madrid: Dykinson.

²⁹ ORTS BERENGUER, E. (2022). Lección XXXVII. Delitos contra la Administración pública (I). En J.L. González Cussac (coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*. 7ª ed. (p. 706) Valencia: Tirant lo Blanch. IGLESIAS RÍOS, M.A. (2015). De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. En M. Gómez Tomillo (dir.). *Comentarios prácticos al Código Penal* (pp. 199-200). Navarra: Aranzadi (para el autor el dolo eventual "tiene difícil encaje", "aunque no se excluye ab initio").

³⁰ En la línea del texto, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "La compleja interpretación del término "a sabiendas" en la prevaricación administrativa" cit., págs. 1639-1641. En parecido sentido, aunque más limitado en la negación: IGLESIAS RÍOS, M.A. *De la prevaricación...cit*, págs. 199-200.

Como puede comprobarse, no es sencilla ni banal la apreciación de todos los requisitos, sino que exige de una evaluación exhaustiva de acuerdo con los acontecimientos acaecidos y las circunstancias concurrentes en cada supuesto. De hecho, en un caso de similares características ocurrido en Melilla en el año 2014 por el retorno de inmigrantes sin observar lo que entonces exigía del procedimiento ordinario de devolución, existieron en la investigación criterios discrepantes entre el instructor, proclive a la imputación (al que se sumaron algunos autores³¹) y la Fiscalía y la Audiencia Provincial. Así, esta última confirmó la petición de sobreseimiento solicitada por el Ministerio Público, al entender que no concurrían los elementos del delito de prevaricación antes definidos³².

Muchos se han atrevido ya a condenar a las ahora imputadas en la causa de Ceuta, pero es imprudente aventurarse a emitir un veredicto sobre aquello que todavía se está investigando. Se desconocen los hechos concretos, declaraciones y entresijos de una actuación ilegal administrativamente, pero de muy difícil valoración desde el punto de vista penal. Veremos qué ocurre finalmente.

VI. La reforma del SECA y la libertad de residencia del solicitante de asilo en Ceuta y Melilla

Mucho se ha elucubrado desde la crisis de los refugiados sirios para la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), tratándose de implementar las modificaciones legislativas necesarias desde diversas instituciones europeas, con especial ahínco desde septiembre de 2020, fecha en la que la Comisión Europea propuso un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo³³.

Es el Convenio o Sistema de Dublín el pilar actual en el que se asienta el SECA, esto es, la cobertura ofrecida por la Unión Europea ante las solicitudes de protección internacional, determinando el Estado miembro que debe hacerse cargo de una petición de asilo en particular. Y, a grandes rasgos, implica que el país de llegada del inmigrante es el país que articula la petición de asilo y en el que debe permanecer el interesado hasta la resolución de su expediente. Para evitar la sobrecarga en Estados receptores de inmigrantes como España, Italia, Malta o Grecia, la reforma se orientaría hacia la eliminación del Convenio de Dublín y su sustitución por un nuevo sistema de gestión del asilo y la migración basado en la redistribución de solicitudes, de tal manera que, equitativa y solidariamente, cada Estado miembro asumiera un determinado número de peticiones de protección internacional. A fin de cuentas, la repercusión actual de la inmigración no es la misma en Italia que en Dinamarca.

Paralizada en estos momentos, esta modificación supondría una considerable mejora en la política de inmigración y asilo de nuestro país. Como ya se apuntó, España es puerta de entrada a Europa a través de la ruta del Mediterráneo Occidental. Y son también vía de acceso a Europa, las dos Ciudades Autónomas. Una delgada línea separa la inmigración del asilo. Pero lo que está claro es que, de partida, todo inmigrante es candidato a refugiado. La valoración de los requisitos para la protección internacional, en caso de persecución en sus países de origen, se determinará una vez que la llegada a Europa ya se haya producido.

³¹ Entre esos autores ESCAMILLA, Margarita y otros en su Informe jurídico "Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos? Análisis 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 Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, Proyecto I+D+i Iusmigrante, 13 de abril de 2015, pág. 3 en la que reseña que "la obstinación en mantener la práctica de estas devoluciones sumarias en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla sólo puede ser interpretada como la contumaz voluntad de no querer aplicar lo establecido en la legislación de extranjería y desobedecer la normativa internacional"

³² El Auto 83/15, de 7 de abril, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª de Melilla confirma la petición de sobreseimiento de la causa por el Ministerio Fiscal respecto a la Orden 6/2004 y las órdenes verbales dadas los días 18 de junio y 13 de agosto de 2014 por el coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil. Tales órdenes se fundamentan en el "concepto operativo de frontera" y la Audiencia Provincial determina que, aunque son contrarias a la legislación de extranjería, no son merecedoras de reproche penal, en virtud de un análisis muy minucioso de las circunstancias arriba mencionadas.

³³ En la página web del Consejo Europeo se recogen las propuestas legislativas para la reforma de las normas de asilo de la Unión Europea, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/eu-asylum-reform/>

Pocas solicitudes de asilo ha habido hasta ahora en Ceuta y Melilla entre los inmigrantes que han logrado el acceso a ellas, con un cambio reciente al alza en dicha tendencia. La razón del incremento de peticiones puede hallarse en la Sentencia 1130/20, de 29 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con interés casacional en cuanto al derecho de libertad de residencia y movimiento del solicitante de asilo y protección internacional. En concreto, tal y como de forma literal establece la resolución, supone determinar “si el solicitante de asilo y protección internacional, una vez admitida a trámite la solicitud y en tanto se dicte la resolución, son titulares del derecho fundamental de libertad de residencia y movimiento dentro de todo el territorio del estado Español; en segundo lugar y caso de haber concluido que son titulares de ese derecho, si en el caso de que se hubiese solicitado la protección en alguna de las Ciudades Autónomas, existe la especialidad de que, en tales supuestos, están restringidos esos derechos de tal forma que no pueden trasladar su residencia ni desplazarse a la Península e incluso a ningún otro lugar del territorio del Estado”. El requisito único para que se pudiera producir esa modificación de residencia sería la mera admisión a trámite de la solicitud, tal y como también se refleja en la sentencia, al disponer que “la admisión a trámite de la petición de protección internacional (...) comporta el efecto directo de que no puede ser objeto de retorno, devolución o expulsión en tanto no se resuelva su solicitud, con la obligación, por su parte, de comunicar su domicilio y cambio del mismo, lo cual comporta el derecho al cambio de domicilio”.

En puridad, se trataba de resolver el recurso presentado por un ciudadano argelino solicitante de protección internacional en España al que la Comisaría General de Extranjería y Fronteras le denegó su cambio de residencia desde Melilla a Almería. Es decir, antes de dicha sentencia, no se discutía que el demandante de asilo en Ceuta y Melilla debía permanecer en las Ciudades Autónomas hasta la resolución del expediente. A partir de esta sentencia, de acuerdo con la interpretación efectuada por el Alto Tribunal de la legislación en esta materia, se da por sentado que el solicitante puede establecerse en cualquier lugar de la Península hasta la finalización del procedimiento, con el único condicionante de la admisión a trámite de la petición de asilo. Nada hay que objetar si después de la tramitación del expediente, se estima la solicitud. El problema se plantea cuando se determina que el peticionario no es merecedor de protección internacional.

Las consecuencias de la modificación de la situación a raíz de esta resolución las define muy bien el juez decano de Melilla en un artículo publicado en el diario “El Mundo”. Explica el autor que la libertad de residencia y movimiento del demandante de asilo prevista en la normativa que lo regula y consagrada a partir de esta resolución del Supremo, también aplicada ya por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Melilla, facilita la llegada del inmigrante por motivos económicos a España, pues la sola petición de asilo en los puestos fronterizos de ambas Ciudades Autónomas les faculta para viajar a la Península e incluso Europa³⁴.

Podría pensarse que el inmigrante que llega a Ceuta y Melilla ya ha conseguido su propósito. Nada más lejos de la realidad. Valgan de ejemplo los intentos de alcanzar la Península como polizones en los barcos, las estadísticas sobre el delito de falsificación de documento público (utilizado para colarse en barco o avión) en ambas ciudades o los internamientos como medida cautelar en los expedientes de devolución, en los que el inmigrante no tiene ningún problema en asumir su privación de libertad durante dos meses en un CIE, con el único objetivo de lograr su traslado a la Península.

De momento, tal y como se manifiesta en el propio artículo, los 850 inmigrantes que lograron saltar la valla en marzo abril, solicitaron el asilo³⁵. Después de la tragedia de Melilla del 24 de junio de 2022 en la que consiguieron entrar aproximadamente 130 de unos 1500 inmigrantes, decenas de ellos están esperando una oportunidad al otro lado de la valla para entrar. Habrá que estar atento a las peticiones de protección internacional.

VII. Conclusiones

³⁴ PORTILLO RODRIGO, Fernando. “Vendo patera. Razón: Melilla”. El Mundo, 5 de abril de 2022, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.elmundo.es/opinion/2022/04/05/624abfede4d4d8c60d8b45e0.html>

³⁵ *Ibidem*.

Se ha intentado demostrar a través de los epígrafes que integran este artículo, la complejidad de la situación en las Ciudades Autónomas, que no se reduce exclusivamente a un problema migratorio. Ciertamente, como se puso de manifiesto a través de la crisis de Ceuta, que se hizo un uso de la inmigración, pero para la consecución de otros fines, que no son otros que los intereses que tiene Marruecos en sus relaciones con España. Política, integridad del Estado, economía y defensa de las fronteras exteriores confluyen en esta partida en que Marruecos y España se enfrentan con cartas muy distintas.

En el aspecto político, el acogimiento del líder del Frente Polisario, Brahim Ghali, fue el detonante de la crisis de Ceuta. Con posterioridad, se produjo el reconocimiento sobre el plan marroquí sobre el Sáhara por parte del presidente del Gobierno, desconociendo los españoles las razones a día de la fecha, quién sabe si también con alguna repercusión para las dos ciudades españolas. Económicamente, no han sido buenas las noticias para Ceuta y Melilla. De hecho, se habla de "asfixia económica" por el cierre unilateral de la aduana comercial en Melilla, primero y de la frontera terrestre después, lo que limita o anula las relaciones mercantiles con Marruecos. Obsta decir que la integridad del Estado siempre ha estado sobre la mesa por el deseo anexionista de Marruecos sobre las ciudades norteafricanas, quizá intensificado en la actualidad por la coyuntura política que la envuelve. Y la defensa de las fronteras exteriores es un tema preponderante porque la inmigración cada vez está más presente con saltos más cuantiosos.

En todo este escenario, Marruecos adquiere un papel cada vez más protagonista. Y es que la dependencia de España respecto a nuestro país vecino se va acentuando de forma progresiva. Hasta ahora su colaboración, en temas como la inmigración, se ha logrado a base de dinero. Fondos europeos y españoles destinados al Reino alauita para su contención. Pero nadie asegura que llegue un momento en que el dinero le resulte, a todas luces, insuficiente. Ténganse en cuenta que, en esta partida de múltiples y entrelazados intereses, España juega en desventaja, por momentos pareciera que sin naipes. Es por lo que, más que nunca, se necesita de una estrategia fuerte en todos los aspectos referenciados: desde el punto de vista político, con una respuesta contundente de nuestros gobernantes, sin allanamiento ante el chantaje. En el aspecto económico, barajando otras posibilidades para la lastrada economía ceutí y melillense, que no puede fundamentarse exclusivamente en el comercio con Marruecos. Ni que decir tiene que la integridad del Estado no puede estar en entredicho y que la españolidad de Ceuta y Melilla, no se discute. Y, finalmente, la defensa de las fronteras exteriores pasa por el freno de la inmigración en las vallas.

En ese punto de defensa de las fronteras exteriores, los saltos cada vez son más masivos y, en ocasiones, violentos. De hecho, después de la tragedia de Melilla del pasado 24 de junio, unos 2000 sudaneses se hallan al otro lado de la valla preparados para poder entrar cuando las circunstancias lo permitan. Normalizar saltos de esa dimensión no es el camino. Con la crisis de Ceuta se vio que la legislación de extranjería no está preparada para dar respuestas a situaciones "anormales". Y es que tenemos que "agradecer" a Marruecos, 30 millones de euros mediante, que se lograra la devolución relativamente rápida de las personas mayores de edad que lograron entrar. No por la aplicación de nuestra legislación de extranjería sino por la decisión unilateral del Reino alauita de hacer uso del 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. Ese acuerdo bilateral que sólo se ha utilizado en treinta años cuando Marruecos lo ha creído oportuno.

Todo lo anterior pone de manifiesto cómo no existe en la legislación de extranjería posibilidad normativa extraordinaria para situaciones excepcionales. Quizá por eso no es descabellado pensar que la Disposición Adicional Décima haya quedado obsoleta en la actualidad. Ahora bien, de nada vale una regulación de extranjería adaptada a las nuevas circunstancias si existen resquicios en la legislación de asilo que pueden ser aprovechados por quien realmente no es merecedor de protección internacional. A lo mejor habría que plantearse que una revisión de ambas es más que conveniente.

Bibliografía

ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. (2016). *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*. Madrid: Editorial Reus.

DEFENSOR DEL PUEBLO. Anexo E.1. Recomendaciones 2013. Recomendación 200/2013, de 27 de noviembre,

formulada al Ministerio del Interior, sobre la retirada de la concertina colocada sobre el vallado exterior en Melilla, sustituyéndola por un mecanismo no cortante que dificulte el salto de la valla, pág. 536.

- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. (2016). Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla. *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2), 2016, 321-328.
- GIL BLANCO-RAJOY, J.J. (2020). Garantías procedimentales convertidas en papel mojado: legalidad de los rechazos en frontera a la luz del convenio europeo de derechos humanos. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 110, julio-diciembre.
- IGLESÍA RÍOS, M.A. (2015). De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. En M. Gómez Tomillo (dir.). *Comentarios prácticos al Código Penal* (pp. 199-208). Navarra: Aranzadi.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros. Informe jurídico “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, Proyecto I+D+i Iusmigrante, 27 de junio de 2014.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros. Informe jurídico “Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos? Análisis 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 Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”, Proyecto I+D+i Iusmigrante, 13 de abril de 2015.
- MORILLAS CUEVA, L.:
- (2021). La compleja interpretación del término “a sabiendas” en la prevaricación administrativa. En *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero*, Volumen II, 1.ª edición (pp. 1625-1644). Madrid: Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
 - (2021) “Delitos contra la Administración Pública. Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”. En L. Morillas Cueva (dir.). *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed. (pp. 1229-1242). Madrid: Dykinson.
- ORTS BERENGUER, E. (2022). Lección XXXVII. Delitos contra la Administración pública (I). En J.L. González Cussac (coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*. 7ª ed. (pp. 699-717) Valencia: Tirant lo Blanch.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. “Nota informativa 108/2020. El Pleno del TC avala la constitucionalidad de la Ley de protección de la seguridad ciudadana de 2015 salvo las grabaciones “no autorizadas” a la Policía”.

Webgrafía

- BBC. Death on the Border, Africa Eye, 1 de noviembre de 2022, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.bbc.co.uk/programmes/p0dbnttd>
- CONSEJO EUROPEO. Cronología-Política de migración de la UE, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/migratory-pressures/history-migratory-pressures/>
- CONSEJO EUROPEO. Reforma del sistema de asilo de la UE, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/eu-asylum-reform/>
- DEFENSOR DEL PUEBLO. El Defensor avanza sus primeras conclusiones sobre lo sucedido en el perímetro fronterizo de Melilla, 14 de octubre de 2022, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/sucesos-melilla/>
- EFE. Pospuesto el juicio en Nador contra 15 migrantes relacionados con el 24J. El Faro de Melilla, 21 de septiembre de 2022, recurso electrónico obtenido a través de la Web

<https://elfarodemelilla.es/pospuesto-el-juicio-en-nador-contra-15-migrantes-relacionados-con-el-24j/>

EUROPA PRESS. El Gobierno aprueba una ayuda de 30 millones a Marruecos para el despliegue policial contra la inmigración ilegal, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.europapress.es/nacional/noticia-marlaska-cifra-30-millones-ayudas-coordinacion-marruecos-otros-paises-contra-inmigracion-ilegal-20210518133847.html>

EUROPA PRESS. Fiscalía denuncia a la delegada del Gobierno y a la vicepresidenta de Ceuta por la expulsión de 55 menores marroquíes, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.europapress.es/ceuta-y-melilla/noticia-fiscalia-denuncia-delegada-gobierno-vicepresidenta-ceuta-expulsion-55-menores-marroquies-20220610144644.html>

FRONTEX. Publicaciones. 2020 en resumen, recurso electrónico obtenido a través de la Web [frontex.europa.eu/assets/Publications/General/In_Brief_2020/Frontex_Inbrief_2020_ES.pdf](http://webfrontex.europa.eu/assets/Publications/General/In_Brief_2020/Frontex_Inbrief_2020_ES.pdf)

LA MONCLOA. WEB OFICIAL DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO Y EL CONSEJO DE MINISTROS. El Gobierno está adoptando las medidas necesarias para proteger la integridad de las fronteras, recurso electrónico obtenido a través de la Web www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2021/180521-cministros.aspx

MARTÍN, María. España aprueba dar 30 millones de euros a Marruecos para frenar la inmigración irregular". El País, 18 de mayo de 2021, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://elpais.com/espana/2021-05-18/espana-entregara-30-millones-de-euros-para-ayudar-a-marruecos-para-frenar-la-inmigracion-irregular.html>

MINISTERIO DEL INTERIOR. Dirección General de Relaciones Internacionales y Extranjería. Oficio 16 de junio de 2021, recurso electrónico obtenido a través de la Web https://www.interior.gob.es/opencms/documentacion/Portal-de-Transparencia/ResolucionesDenegatorias_2021/001-057052.pdf

MORENO, Sonia. La historia del acuerdo de devolución de migrantes a Marruecos que Pedro Sánchez ha sacado del cajón. El Diario, 25 de agosto de 2018, recurso electrónico obtenido a través de la Web https://www.eldiario.es/desalambre/acuerdo-readmision-migrantes-marruecos-magrebies_1_1966985.html

PORTILLO RODRIGO, Fernando. Vendo patera. Razón: Melilla. El Mundo, 5 de abril de 2022, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.elmundo.es/opinion/2022/04/05/624abfede4d4d8c60d8b45e0.html>.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo en el artículo La "invasión de Ceuta" y la devolución de los menores, *Global Politics and Law*, 22 de agosto de 2021, recurso electrónico obtenido a través de la Web <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2021/08/22/la-invasion-de-ceuta-y-la-devolucion-de-los-menores/>