

ANEXO

A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL RECHAZO EN FRONTERA

1. Reflexión sobre las sensibilidades que condicionan el juicio

El 3 de diciembre pudimos leer la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que se pronuncia sobre la constitucionalidad de la disposición adicional décima de la ley de extranjería y el voto particular de una magistrada que no estaba de acuerdo con el criterio mayoritario.

Leídos ambos documentos, queda la clara impresión de que el TC ha avalado condicionalmente la constitucionalidad del texto que regula el *rechazo en frontera*. En realidad, se remite al desarrollo normativo que compete al Gobierno de España para regular unas prácticas que solo serán constitucionales si cumplen las tres condiciones publicadas por el propio TC cuando dio la noticia de la sentencia: aplicación individualizada, que preserven el pleno control judicial y que cumplan las obligaciones internacionales en materia de asilo y de Derechos Humanos.

Podría decirse que el TC intuye que el problema se produce en el terreno de la práctica, aun sin atreverse a valorar en qué medida el modo como se practican los *rechazos en frontera* dejan las cautelas del texto legal en letra muerta. Solo el voto particular señala con muchísimo acierto las contradicciones del texto que no ve o no quiere ver la mayoría del pleno.

El TC se muestra sensible al desafío político y humanitario de la presión migratoria sobre España y la Unión Europea en Ceuta y Melilla. Es conspicua la alusión a las muchas ocasiones en las que “el Estado español se ve desbordado en sus esfuerzos por contener los intentos de grupos de personas de cruzar ilegalmente la valla o arribar en embarcaciones a las costas de soberanía española”. Tras la lectura de la sentencia y del voto particular queda la nítida impresión de que la polaridad entre posturas “conservadora” y “progresista” denota una mayor sensibilidad hacia la sociedad políticamente organizada que pretende controlar los movimientos migratorios o hacia las personas que han accedido al territorio fuera de los cauces legalmente establecidos y muestran necesidades de protección asumidas por el ordenamiento jurídico español y europeo.

El problema de una sentencia “conservadora” es que adelgace tanto las garantías que protegen a las personas necesitadas de algún tipo de protección, que las vuelva inoperantes en la práctica. Una sentencia auténticamente “progresista” no puede sino concluir que la

introducción de un procedimiento de *rechazo en frontera* desvirtúa las garantías ya establecidas en el procedimiento de devolución.

Si se quiere jugar con posturas intermedias, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el primer ponente de la sentencia, don Fernando Valdés, establecieron el salto de la valla en grupos numerosos y ejerciendo violencia (prevaliéndose del efecto masivo y del uso de la violencia) como límite ante el cual pueden ceder las garantías. Esta sentencia afirma la salvaguarda del principio de individualización del *rechazo en frontera* y su control judicial sin detallar cómo sean posibles, mientras que se contenta con el pensamiento de que las oficinas de asilo y refugio situadas en los puestos fronterizos o los consulados de España son accesibles para toda persona necesitada de protección internacional que no la ha obtenido de Marruecos.

Más allá de la impresión general sobre la sentencia, conviene analizar la argumentación que recorre la sentencia y el voto particular. El SJM no está especialmente interesado en la cuestión sobre la idoneidad del procedimiento legislativo que aprovechó la regulación de cuestiones de seguridad ciudadana para añadir una disposición adicional décima a otra ley orgánica, la de extranjería. El TC se muestra sensible a los riesgos que imprime la presión migratoria en los perímetros fronterizos de Ceuta y Melilla, cuidándose de protestar que no se puede vincular necesariamente el aumento de la inmigración con el de la inseguridad ciudadana. El voto particular no entra tampoco en esta primera cuestión.

2. Análisis del *rechazo en frontera* según la sentencia y el voto particular

El TC se propone determinar la naturaleza del “rechazo en frontera” tal como viene regulado en el texto legal para enjuiciar si infringe los artículos 9.3, 24.1 y 106.1 CE antes de analizar si el precepto impugnado no respeta la jurisprudencia del TEDH sobre el principio de “no devolución”, impidiendo el ejercicio del derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE.

La tutela judicial efectiva como derecho inherente a la dignidad humana de toda persona

Antes de determinar la naturaleza del “rechazo en frontera” dentro del panorama de procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico para imponer la salida del territorio a las personas que tratan de acceder o se encuentran en él sin autorización administrativa, incide sobre una de las cuestiones centrales en juego: la tutela judicial efectiva (junto con el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita), que reconoce entre los derechos inherentes a la dignidad humana de toda persona, que la Constitución reconoce directamente a las personas extranjeras cualquiera que sea su situación administrativa. Recuerda que la regulación constitucional de los derechos humanos debe interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales sobre la materia suscritos por España. Y se detiene en el derecho de asilo, que no se encuentra entre los derechos fundamentales, sino que está regulado como consecuencia de un mandato constitucional.

Desautorización del “concepto operativo” de frontera

El TC zanja la cuestión sobre el momento en el que se considera cruzada la frontera, negando a la Administración la potestad discrecional para desplazarla siquiera a efectos de control migratorio. Y, apoyándose en la jurisprudencia del TEDH, afirma lo siguiente sin ambages:

El “rechazo en frontera”, en cuanto actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar, como expresamente señala el apartado segundo del precepto impugnado, la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional. A la persona extranjera que está siendo rechazada mientras se encuentra en los elementos de contención ubicados en territorio español, integrados en el sistema de seguridad fronterizo, le son aplicables las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuestión sobre la relación entre la devolución y el rechazo en frontera

El peso que otorga el TC al contexto singular de Ceuta y Melilla le lleva a negar la identidad entre el *rechazo en frontera* y la devolución, para afirmarlas como procedimientos similares. El TC no profundiza en la relación de similitud. Materialmente, el resultado del *rechazo en frontera* es idéntico al de la devolución y al de la expulsión: la salida forzosa del territorio nacional.

Si cabe establecer una diferencia, es que esa salida forzosa se produce por el acceso más cercano al punto de detención: uno de los portillos que jalonan las vallas o el mar por el que se comunican sendas patrulleras española y marroquí. Y aún, que la salida es inmediata a la detención, o que se produce en el menor lapso hasta que se puede proceder a la entrega.

¿Son esas diferencias tan significativas como para afirmar que la devolución y el *rechazo en frontera* solo guardan “cierta similitud”? La diferencia más significativa es la ausencia de las garantías previstas para la devolución por el artículo 23 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Cuestión sobre la naturaleza del rechazo en frontera como actuación material o como actuación material a la que se une un procedimiento

Probablemente, la razón por la que el TC prescinde de las garantías del procedimiento de devolución reposa en su calificación del *rechazo en frontera* como una “actuación material de vigilancia orientada a reestablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera”. El voto particular nota la falta de finura de la que adolece la posición mayoritaria al distinguir entre la actuación material producida en la interceptación y la devolución subsiguiente a territorio marroquí, propiamente un procedimiento:

Ahora bien, entiendo que esa categorización alcanzaría, en su caso, al acto de la interceptación de la persona que está intentando superar el vallado, pero, en ningún caso, al acto posterior de su entrega física a los agentes de la autoridad de Marruecos. Este segundo acto es constitutivo de una devolución en sentido jurídico. El uso del término rechazo en el precepto impugnado no permite eludir el hecho de que la persona interceptada ya está en territorio español y bajo custodia de funcionarios españoles. Por tanto, el precepto impugnado, en atención a su propia literalidad, no establece una regulación consistente en impedir el acceso a territorio nacional -la persona interceptada está ya en territorio nacional- sino en impedir que se mantenga en territorio nacional mediante su repatriación al lugar de procedencia. De ahí que esta regulación y las actuaciones que pretende dar cobertura tengan que ser calificadas como una devolución en sentido jurídico que, por otra parte, es como también han sido definidas por la STEDH de 13 de febrero de 2020, § 191.

Y, como todo procedimiento, debe estar sometida a procedimiento, siquiera mínimo, y a las garantías previstas por el ordenamiento.

Cuestión sobre las razones imperiosas por las que los solicitantes de protección no entran por los puestos fronterizos habilitados

El TC se apoya en el §210 de la sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020 que resuelve el caso N.D. y N.T. v. España para justificar el rechazo en frontera de personas extranjeras, incluidas las que se disponen a solicitar asilo, cuando no han entrado por los lugares legalmente habilitados para la entrada en el territorio y para solicitar protección, salvo que hayan concurrido razones imperiosas. También insiste en que la alusión a los cruces por parte de grupos numerosos que se prevalecen del “efecto masivo y del uso de la violencia” se refiere al caso particular juzgado en el caso N.D y N.T v. España, y que añade una “especial” pertinencia al rechazo practicado. Mientras que el voto particular considera que el TEDH dictamina “que la devolución inmediata y forzosa de personas desde una frontera solo resulta asumible en el contexto del intento de un gran número de personas de cruzar dicha frontera de manera no autorizada y masiva”.

Una de las cuestiones que nos tocará observar a McD en la recogida de testimonios, en el acceso más inmediato posible a las actuaciones por las que la Guardia Civil practica *rechazos en frontera*, es si las personas rechazadas tienen perfil de protección internacional, si han tratado de solicitar protección en el consulado de España más cercano o en la oficina de asilo y refugio del puesto fronterizo más cercano, y cuáles son las razones imperiosas por las que han elegido cruzar la frontera saltando las vallas, nadando o a bordo de alguna embarcación.

El TC deja en el limbo la actuación de la Guardia Civil en el mar

Define el “*rechazo en frontera*” previsto específicamente para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla como una actuación material de carácter coactivo cuya finalidad es restablecer

inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre por parte de las personas extranjeras.

Un dato curioso: de acuerdo con el TC no cabría la aplicación de este procedimiento a las personas que tratan de acceder a las ciudades autónomas por vía marítima, no importa que sea a bordo de cualquier embarcación o nadando. Y lo admite con tal que la persona extranjera pueda interponer acciones y recursos mediante los que se efectúe el control judicial de la actuación administrativa mencionada.

La distancia entre el texto legal en abstracto y las prácticas documentadas

El TC reconoce que su juicio de constitucionalidad se ciñe al texto en abstracto de la disposición adicional primera de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Abre claramente la prueba a la interposición de recursos de amparo cuando en cada aplicación concreta del *rechazo en frontera* se vulneren los derechos constitucionales.

Por su parte, el voto particular insiste en la imposibilidad de garantizar real y efectivamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque no es posible controlar judicialmente actuaciones carentes del más mínimo procedimiento que no pueden ser singularizadas. Ni ve posible garantizar los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa y su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). De ahí su defensa de que el TC debía haber declarado la íntegra inconstitucionalidad y nulidad del precepto.

¿De verdad es posible el control judicial efectivo?

La cuestión sobre la posibilidad o imposibilidad de lograr el control judicial de los *rechazos en frontera* vuelve a poner de relieve cómo el juicio queda muy condicionado por la sensibilidad de quien lo emite.

La mayoría del Pleno que suscribe la sentencia se limita a suponer la posibilidad de que una persona rechazada en frontera interponga acciones y recursos contra la actuación administrativa sufrida. No se plantea si eso es posible permaneciendo en el extranjero o si será una vez que logre entrar en territorio español sin ser rechazada de nuevo o sin ser devuelta. Ni se plantea cómo es posible identificar al guardia civil o a los guardias civiles que practicaron el rechazo. No entra en detalles prácticos que sí preocupan a la magistrada que publica el voto particular. Ni advierte la contradicción señalada por esta magistrada entre el apartado primero de la disposición adicional y los apartados segundo y tercero:

El problema del proceso argumental desarrollado por la opinión mayoritaria sobre este particular es, de nuevo, hacer compatible la interpretación de apartado primero del precepto impugnado, conforme al cual se considera el rechazo en frontera como una mera actuación material coactiva que por su propia naturaleza quedaría excluida de cualquier tipo de procedimiento administrativo, con las exigencias impuestas en los

otros dos apartados de la necesidad de respetar la normativa internacional de derechos humanos y el derecho a la protección internacional.

***Sin desarrollo normativo que regule las garantías
no es posible pensar rechazos en frontera constitucionales***

La sentencia pasa rápidamente sobre el modo de ligar el apartado primero cuando posibilita el *rechazo en frontera* con la proclamación en el segundo de que esta se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

Apenas insta a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado a que presten atención a algunas categorías de personas que califica como especialmente vulnerables. Introduce un listado abierto, según se mire, restrictivo más bien: apariencia manifiesta de minoría de edad (sobre todo de adolescentes no acompañados por sus familiares adultos), embarazo y serios motivos de incapacidad (incluida la edad avanzada).

El voto particular insiste en la insuficiencia de la proclamación mencionada realizada en ausencia de un procedimiento que desarrolle las mínimas garantías esenciales que expresen el cumplimiento de la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional. Igualmente, señala oportunamente que las situaciones de vulnerabilidad no tienen por qué ser patentes y que sin un procedimiento que regule la identificación entre el momento de la detención y el de la devolución es imposible, incluso, que la propia persona detenida alegue sus circunstancias de vulnerabilidad.

Expulsiones colectivas y la ilusión de la accesibilidad de las oficinas de asilo y refugio

La última cuestión que examina el Pleno del TC es si la disposición adicional décima de la LOEX no respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que se refiere a la aplicación del principio de “no devolución” (cuya finalidad es impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, integridad o libertad corran peligro) desincentivando el ejercicio del derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE.

El TC señala que el TEDH traduce el principio de no devolución en la obligación que tienen los Estados de asegurarse de que los extranjeros devueltos al país de origen o de procedencia no van a sufrir tortura, trato inhumano o degradante, lo cual vulneraría el art. 3 CEDH. Igualmente, lo traduce en el deber de poner a disposición de todas las personas que se enfrenten a una persecución con riesgo para su vida o integridad y alcanzan las fronteras, un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para presentar una solicitud de protección (ex art. 3 CEDH) en condiciones tales que garanticen su tramitación de manera coherente con las normas internacionales y el propio CEDH (§ 209). A partir de ahí, el TEDH “concluye que, si tales medios existen y son efectivos, los Estados «podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes (...), estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado...» (§ 210)”.

Pero el TC opera un curioso ejercicio de conclusión del razonamiento a partir de las premisas anteriormente expuestas. Se limita a examinar formalmente el tenor del párrafo tercero de la disposición adicional décima LOEX:

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.

Efectivamente, nada en ese texto se opone o establece excepciones al régimen establecido por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. El problema está en la realidad observada constantemente por los actores que se encuentran en Ceuta y en Melilla: la práctica imposibilidad de acceso a las OAR abiertas en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla para las personas necesitadas de protección salvo cuando su apariencia puede confundirse con la de la población marroquí y lleva pasaporte o documento de identidad marroquí.

Deber de la Guardia Civil de recoger las solicitudes de protección y de derivarlas a las autoridades competentes

El voto particular trae a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2020 que resuelve el asunto C-36/20, la cual aporta una importante precisión sobre el acceso al procedimiento de protección internacional:

(...) que el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, establece la posibilidad de que la solicitud de protección internacional se formule no solo ante la autoridad competente para su registro sino también ante otras autoridades que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas, citando expresamente a la policía, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento, imponiendo la obligación a los Estados de que estas autoridades dispongan de la información pertinente y su personal reciba la formación necesaria acorde a sus funciones y responsabilidades, así como instrucciones, para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional.

En relación con el artículo 13.4 CE, el voto particular reprocha a la opinión mayoritaria que no tenga en cuenta que los agentes llamados a practicar los *rechazos en frontera* tienen la condición legal de “otras autoridades” que pueden recibir solicitudes de protección internacional. De nuevo, “la ausencia de un mínimo procediendo con respeto a garantías esencial imposibilita también el cumplimiento de esa obligación internacional que se impone como condición de constitucionalidad del precepto impugnado”.