

EXPULSIONES «EN CALIENTE», DEVOLUCIONES Y PETICIÓN DE ASILO EN CEUTA Y MELILLA

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. LAS FRONTERAS DEL ESTADO COMO CONTORNOS TERRITORIALES PARA LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA Y ASILO: 1. *Los límites territoriales de España en relación con Marruecos*. 2. *Consecuencias jurídicas de la delimitación territorial española*.—III. REGLAMENTACIÓN DE EXTRANJERÍA: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS: 1. *Planteamiento general*. 2. *De la devolución «sin expediente» (art. 58.3 LOEx)...* 3. ... *al «rechazo en frontera» del régimen especial de Ceuta y Melilla*. 4. *Procedimiento de devolución del artículo 23 REEx*.—IV. ASILO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DENTRO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE DEVOLUCIÓN: 1. *Petición del derecho de asilo y libre circulación por el territorio nacional*. 2. *Peticiones de asilo y medidas cautelares en el contencioso-administrativo*.

RESUMEN

La gestión de los flujos migratorios en la frontera que nos separa de Marruecos está provocando numerosos problemas jurídicos. En este estudio se analiza la legalidad de las formas de devolución directa de emigrantes que se están aplicando («expulsiones en caliente»), así como los problemas que plantea la regulación actual de la legislación de extranjería y asilo.

Palabras clave: «expulsiones en caliente»; rechazo de entrada; extranjería; asilo; devoluciones de extranjeros; acuerdo España-Marruecos de admisión; expulsiones colectivas; procedimiento administrativo.

ABSTRACT

The management of migratory flows on the border that separates us from Morocco is causing many legal problems. In this study the legality of the forms of direct return of migrants who are being applied, and the problems posed by the current regulation extranjeria and asylum legislation are analyzed.

Key words: push-back operations; expulsions; refusal of entry; immigration legislation; Spain-Morocco readmission agreement; asylum; international protection; collective expulsions.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La contemplación de imágenes a diario de lo que ocurre en las fronteras de Ceuta y Melilla con Marruecos y el estudio posterior de las coloquialmente conocidas como «expulsiones en caliente»¹, esto es, la deportación de hecho de individuos que están intentando entrar en nuestro país o que han conseguido traspasar la frontera por lugares no autorizados, ponen de manifiesto la separación que existe entre la legalidad y la política².

Una legislación que configura un procedimiento de devolución de extranjeros en dichas condiciones es obviada para devolver a las personas sin un procedimiento administrativo adecuado que permita, siquiera, determinar su identidad. Siendo como son actuaciones al margen de la ley (y aquí no hago referencia al tratamiento penal, que daría lugar a otro estudio), vamos a examinar la legislación con el fin de lograr una actuación de los poderes públicos que sea conforme con la exigencia de un tratamiento conforme con la dignidad de la persona y con los compromisos internacionales del Estado español.

La resolución del problema de la emigración irregular a través de Ceuta y Melilla tiene puntos que lo hacen especialmente complicado y que, además, la perspectiva es que la presión migratoria no sólo no disminuya, sino que crezca. En efecto, los datos económicos sobre las condiciones en las que se encuentra el continente africano hacen que, pese a las dificultades, sea especialmente atractivo intentar saltar las vallas de separación con Marruecos, a pesar de los padecimientos que supone llegar hasta ellas. La situación política en el norte de África y en Oriente Próximo constituye un factor complementario que complica aún más el problema. A la tradicional presión migratoria de naturaleza esencialmente económica y originada en el África subsahariana se ha añadido en los últimos años la que tiene razones esencialmente políticas y que proviene de los países en conflicto dentro de la amalgama que es el «mundo árabe». En este sentido, conviene recordar que desde 2013 ha aumentado considerablemente el número de personas que llegan irregularmente a través de esta ruta (en torno al 60% de aumento con respecto al año 2013, añadiéndose el dato de que aproxi-

¹ Para un estudio integral, que incluye los aspectos penales que no aparecen en este artículo, debe verse el Informe de M. MARTÍNEZ ESCAMILLA *et al.*, *Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la Ley*, Informe promovido desde el Proyecto I+D+I «Iusmigrante», junio de 2014; versión electrónica en <http://eprints.ucm.es/25993>.

² Una exposición general se puede ver en A. FERNÁNDEZ PÉREZ, «La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 8382, 22 de septiembre de 2014, La Ley 5683/2014.

madamente el 60% provienen de países que podrían hacerlas dignas de protección internacional). Y a los problemas anteriores han de añadirse problemas sociales de diverso tipo (protección por razón de género³, trata de mujeres, persecución a la homosexualidad⁴...) que deben encontrar un lugar de exteriorización —con las debidas garantías— dentro de las actuaciones públicas de gestión de fronteras.

Una naturaleza distinta que no ha tenido tampoco reflejo en la articulación de una política que sepa diferenciar los distintos orígenes del fenómeno migratorio. Como se ve, este distinto origen de la emigración nos coloca en dos tipos de realidades a las que el Derecho da una respuesta diferente: la que tiene razones políticas (que podría ser merecedora de protección internacional) y la que sólo tiene razones socioeconómicas (que en principio tiene más dificultades de protección internacional, salvo para problemas de persecuciones a colectivos).

El problema, posiblemente, se complique por un dato de carácter político que está latente, aunque carezca de base jurídica para sostenerlo por parte del demandante⁵: la reclamación de la soberanía marroquí sobre los territorios españoles en el norte de África. Una reclamación que hace que las actuaciones del Gobierno de España estén mediatisadas en el fondo y en la forma, a la par que se consigue la colaboración del Gobierno marroquí en la gestión de las fronteras. Una colaboración que tiene dientes de sierra que determinan la presión mayor o menor de la inmigración que pretende acceder irregularmente a territorio español.

Proporcionar una respuesta jurídica completa al problema no resulta sencillo por el abanico de cuestiones que se abren (unas que son de índole práctica y otras por el actuar de los poderes públicos).

El estudio comenzará con un análisis del territorio español a los efectos de la aplicación de la legislación de extranjería y asilo. Aquí nos encontramos, en efecto, con que la aplicación de la normativa española tiene un presupuesto, que consiste en la soberanía española so-

³ Véase la STS de 11 de mayo de 2009 por la que se resuelve el recurso planteado frente a la denegación de asilo a una mujer nigeriana víctima de mutilación genital como paso previo a un matrimonio no deseado. Puede verse el comentario de C. PICÓ LORENZO, «La persecución por motivos de género justifica la obtención de la condición de refugiada», en *Diario La Ley*, Sección Columna, núm. 7219, 16 de julio de 2009.

⁴ Véase, por ejemplo, la reciente *STJUE (Gran Sala) de 2 de diciembre de 2014*, en los asuntos acumulados C-148/13, C-149/13 y C-150/13, en donde se analiza el modo en que ha de ser estudiada la homosexualidad a los efectos de concesión de la condición de refugiado. De igual forma, debe verse la STS de 12 de febrero de 2014, Rec. 864/2013, comentada por MANZANA LAGUARDA, «Derecho de asilo y persecución por homosexualidad», en *Diario La Ley*, Sección Comentarios de Jurisprudencia, Año XXXV, núm. 8433, 2 de diciembre de 2014, La Ley 7094/2014.

⁵ Véase J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Las reivindicaciones de Marruecos sobre los territorios del Norte de África*, Real Instituto Elcano, 2004.

bre los territorios marítimos y terrestres. Una soberanía que deriva de acuerdos internacionales de los siglos XIX y XX y que determina no sólo cuándo puede actuar el Estado español, sino cuál es el marco jurídico en el que se ha de mover esta actividad. Éste consistirá en el presupuesto de la propuesta normativa, y que se considera pertinente teniendo en cuenta algunas declaraciones de los responsables públicos españoles y la justificación que se aprecia en algunos informes de órganos encargados de la gestión de fronteras.

A partir de aquí nos encontramos con dos bloques normativos que debieran estar coordinados pero que, sin embargo, no tienen el suficiente grado de integración. En efecto, en la reglamentación general (con sus problemas) que es la normativa de extranjería —que configura el marco general de acceso al territorio español— habría que establecer una norma de relación suficientemente eficaz que permita integrar el procedimiento de asilo, o por lo menos proporcionar un marco temporal suficiente para poderlo solicitar, si se dan las condiciones. Unos bloques normativos que, en su interpretación, deben integrar los múltiples pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha establecido una doctrina protectora de los derechos del migrante y que, por aplicación del artículo 10.2 de la Constitución, resulta obligatoria para los poderes públicos⁶.

Por su parte, la legislación de asilo tiene un problema de falta de adaptación a las últimas Directivas europeas. Falta de adaptación que tampoco ha permitido resolver problemas por la vía reglamentaria, a pesar de que llevan años denunciándolo las organizaciones de protección de derechos humanos. Aquí posiblemente hay una práctica administrativa, impuesta por la costumbre, que hay que erradicar.

II. LAS FRONTERAS DEL ESTADO COMO CONTORNOS TERRITORIALES PARA LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA Y ASILO

Como se ha señalado con anterioridad, las potestades de policía que tiene el Estado español en materia de protección del territorio se extienden allá donde alcanzan sus contornos. Una cuestión que, en el caso que nos ocupa, obliga a ser especialmente minucioso si tenemos en cuenta la posibilidad de activación del conflicto con Marruecos en relación con la soberanía española de estos territorios. Y, al mismo tiempo, en relación con la problemática de las expulsiones en caliente

⁶ Sobre el efecto del artículo 10.2 de la Constitución, véase J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *El Derecho internacional público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, HG Editores, Madrid, 2014.

no podemos olvidar que las explicaciones sobre lo ocurrido entre las dos vallas tienden a crear un «espacio de inmunidad» en donde no se aplica la normativa de nuestro país.

1. *Los límites territoriales de España en relación con Marruecos*

La cuestión de los límites territoriales está suficientemente determinada en los instrumentos jurídicos que ha ido suscribiendo el Estado español a lo largo de su historia. Unos límites territoriales en los que si cualquier emigrante irregular logra penetrar ha de aplicarse la legislación española en su conjunto. Dicho de otro modo, si un emigrante entra en las aguas jurisdiccionales españolas, aunque no haya llegado a tierra, está en territorio español. Un emigrante que ha superado la primera de las dos vallas que nos separan de Marruecos ya está en territorio español y, por consiguiente, una acción de deportación se ha de realizar de acuerdo con la legislación. No sería, como se está oyendo en los últimos días, una labor preventiva para evitar que entren. Es una acción que, en su caso, podría ser contraria a la legislación si no cumple con los requisitos de la Ley de Extranjería y la Ley de Asilo.

Los límites externos de España se determinaron a través de Tratados internacionales, complementados, en su caso, a través de actas de delimitación, como veremos inmediatamente. Y es dentro de los límites jurisdiccionales de Ceuta y Melilla donde se estableció la valla que pretende «impermeabilizar» estos territorios frente a los crecientes flujos migratorios en dirección a la península, y que en los supuestos en los que tienen éxito provocan el problema de las coloquialmente conocidas como «expulsiones en caliente».

En relación con *Ceuta*, se establecieron en los artículos II y III del Tratado de Paz de Tetuán, de 26 de abril de 1860. El artículo II amplió «el territorio jurisdiccional de la Plaza española de Ceuta hasta los parajes más convenientes para la completa seguridad y resguardo de su guarnición». Por su parte, el artículo III.1 determinó la «cesión en pleno dominio y soberanía, del territorio comprendido desde el Mar, siguiendo las alturas de Sierra Bullones hasta el barranco de Anghera». El párrafo segundo fijaba sus límites con mayor detalle, haciendo referencia al «acta levantada y firmada [por los comisionados] en 4 de abril del corriente año». La sucesión de preceptos concluye con el artículo III.3, en donde se determina un «campo neutral»⁷, fuera del te-

⁷ Este «campo neutral» de Ceuta se halla desde 1961 enteramente ocupado por Marruecos, contando con varios edificios oficiales, civiles y militares, en el mismo, así como algunos poblados.

territorio español, que serviría para garantizar la seguridad de la plaza. Todo lo anterior se consignó mediante la demarcación concreta de la frontera en el Acta de 17 de noviembre de 1860.

Los límites en *Melilla* tuvieron una historia algo más procelosa, aunque están determinados desde 1893. En efecto, los artículos I y II del Convenio hecho en Tetuán el 24 de agosto de 1859 ampliaron su territorio inicial «hasta los puntos más adecuados para la defensa y tranquilidad de aquel presidio», de tal manera que los límites de esta concesión «serían trazados tomando como base el alcance de un tiro de cañón de 24 libras». Asimismo, existiría un campo neutral entre las posesiones marroquíes y españolas. Este planteamiento se reafirmó en el Tratado de Paz y Amistad hecho en Tetuán el 26 de abril de 1860 y, finalmente, se llevó a cabo, tras el posterior Tratado de Madrid, de 30 de octubre de 1861, los días 13 a 26 de junio de 1862, consignándose en el Acta de demarcación de los límites de la plaza de Melilla de esta última fecha. No obstante, dicha delimitación provocó un conflicto con la población vecina por cuanto que suponía la evacuación del lugar sagrado de la mezquita y la tumba del morabito Sidi Guariach, que quedaban situadas en el nuevo territorio jurisdiccional de Melilla. Esto motivó que hubiera de hacerse un Acta de replanteo de los límites jurisdiccionales de Melilla, firmada en esta ciudad el 1 de mayo de 1891, para dejar el área de Sidi Guriach en el campo neutral, acortando la distancia radial de 2.900 metros del tiro del cañón mediante una cuña en el perímetro, con su vértice en el punto núm. 12, en el llamado Huerto del Candor.

Los límites marítimos de los territorios españoles en el norte de África podrían, hipotéticamente, resultar controvertidos. En efecto, el 21 de julio de 1975 el Gobierno marroquí adoptó el Dahir núm. 2-75-311, «determinando las líneas de cierre de las bahías en las costas marroquíes y las coordenadas geográficas del límite de las aguas territoriales y de la zona exclusiva de pesca marroquíes». La idea central que contempla es que los territorios españoles en el norte de África constituyen una ocupación ilegal que carece de efectos jurídicos en el mar y que, por consiguiente, toda la costa del norte de África afectada es territorio marroquí. La delimitación marroquí, sin embargo, fue objeto de una protesta española de 5 de febrero de 1976, en la que se manifestó que las líneas trazadas en el Decreto de 21 de julio de 1975 no son oponibles a España, tanto por las consecuencias indicadas como por su invalidez según el Derecho internacional del mar.

Si, con arreglo al Derecho internacional, nos podríamos encontrar con la manifestación de una controversia internacional, desde la perspectiva española no se puede rechazar que todo emigrante irregular

que entre por vía marítima ha entrado en territorio español. Por un lado, por las propias consecuencias que pudiera tener en relación con una eventual reclamación de Marruecos sobre los territorios del norte de África, y en particular sobre las aguas circundantes a Ceuta y Melilla. En segundo lugar, porque, por pequeño que sea el marco del agua, hay unos derechos y obligaciones españoles sobre este ámbito territorial. Y, en tercer lugar, porque el rechazo español al Dahir marroquí se ha de efectuar a todos los efectos, sin que pueda excluirse, como parece obvio, la legislación de extranjería.

2. *Consecuencias jurídicas de la delimitación territorial española*

Desde esta perspectiva, en todos los supuestos en los que un emigrante irregular haya entrado en territorio español —de acuerdo con la delimitación anterior sobre sus contornos—, ya sea por tierra o por mar, tendremos que aplicarle la legislación de extranjería, sin que se pueda entrar en consideraciones sobre si es una expulsión en caliente —prohibida— o una acción de prevención. Toda acción de prevención se desarrollaría, en consecuencia, en territorio marroquí y habría de hacerse de acuerdo con las autoridades de este país.

La práctica policial en este punto no resulta especialmente afortunada. Pese a que el concepto de frontera en el ordenamiento jurídico es único y es el límite al que llega el territorio de un Estado. Aquí hay una norma que resulta especialmente adecuada, el artículo 8.1 del Código civil, que es claro al respecto: «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español». No se entiende, por lo poco ajustada a Derecho, que en la Orden de Servicio 6/2014, titulada «Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras», firmada por el coronel-jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla el día 11 de abril de 2014, se dice que «en este sistema de vallas, la valla interna materializa la línea que delimita, a los solos efectos de extranjería, el territorio nacional»⁸.

Recurrir a un concepto externo a la legislación para intentar reducir el ámbito territorial en el que se ejercitan los derechos de las personas que han sido interceptadas por una entrada irregular en nuestro país no resulta novedoso. Incluso en relación con las fronteras de Ceuta y Melilla, que motivaron que el Informe del Defensor del Pueblo de

⁸ Recogida en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de 11 de septiembre de 2014 por el que se imputa al coronel-jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla.

2005 señalara que «nuestro territorio —y singularmente las zonas neutrales que separan Ceuta y Melilla del territorio marroquí— está también regulado por la ley española».

En efecto, ya ha habido ocasiones anteriores en las que la actuación de los poderes públicos ha pretendido crear islas de inmunidad a la aplicación de la legislación de extranjería y asilo, con la finalidad de poder efectuar deportaciones exprés, en ocasiones en casos en los que la seguridad del afectado por la devolución estaba claramente en peligro, por razones políticas, cuando llegara a su país de origen⁹.

En todo caso, sí conviene que nos detengamos un momento en cuándo se produce la entrada en territorio español. Es ilustrativo, en este sentido, cómo se ha señalado desde la Guardia Civil que este concepto operativo de frontera «es similar al existente en los pasos habilitados de las fronteras aéreas: Efectivamente, el viajero, al llegar al aeropuerto se halla efectivamente en territorio nacional; pero sólo oficializa dicha entrada, a estos efectos, cuando pasa por el control de documentación del Cuerpo Nacional de Policía, y si no reúne las condiciones se le deniega la entrada, “se le rechaza” y queda retenido en locales aeroportuarios “ad-hoc” hasta que es devuelto al punto de origen en el siguiente vuelo»¹⁰.

Esta posición, que lejanamente podría encontrar un apoyo en la legislación de extranjería, confunde, en mi opinión, el concepto genérico de frontera (como límite que nos delimita con respecto a nuestros vecinos), y cuya vulneración supone la aplicación de la legislación para la vuelta a la legalidad (ya sea con expulsión o devolución, dependiendo de los supuestos), con el concepto de paso fronterizo (que es el puesto habilitado para entrar en territorio español). En este último supuesto, la realidad física determina que se ha producido la entrada en nuestro territorio con independencia de que el control de legalidad se

⁹ Conviene recordar el *Informe del Defensor del Pueblo* de 2005, en el que se afirma que «no corresponde a la Administración española determinar dónde ha de comenzar a regir la legislación de nuestro país. Dicha aplicación territorial viene regida por los tratados internacionales o, en su caso, la costumbre internacional que fijan los límites con los Estados vecinos. Cabe también que las leyes establezcan acotaciones territoriales para su vigencia, pero esa facultad corresponde en nuestro Derecho al poder legislativo, que deberá en todo caso sujetarse a las normas constitucionales. En el asunto que nos ocupa, no existe en las disposiciones legales que regulan el acceso de extranjeros a territorio español ninguna norma que permita excepcionar la aplicación plena de la ley española sobre una porción del territorio nacional. Así pues, en opinión de esta Institución, no parece acertada la explicación alusiva a que la Administración puede determinar dónde coloca los obstáculos que será preciso traspasar para considerar que se ha entrado en territorio español. La entrada en territorio español se efectúa cuando se han traspasado los límites internacionalmente establecidos y, en ese caso, la única ley aplicable es la española».

¹⁰ Informe de 8 de febrero de 2014 de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil, dirigido al director general de la Guardia Civil, sobre los sucesos acaecidos en la frontera de Ceuta el día 6 de febrero de 2014.

produce algo después. Las circunstancias de las instalaciones aeroportuarias hacen que la persona que ha pisado el territorio español esté entrando en él hasta el momento en que pase por el puesto fronterizo. Es una situación exactamente igual a la del migrante que entra por vía marítima, que ha entrado materialmente en España pero su entrada se materializa cuando pisa tierra firme. La ventaja para la policía es que el puesto fronterizo es una vía de canalización del tránsito de personas y que permite discriminar las que tienen la documentación de las que no la tienen, mientras que la valla o la playa son lugares a los que hay que llegar para interceptar a las personas que están en proceso de entrada en nuestro territorio. En el epígrafe siguiente concretaré en qué tipo de circunstancias se puede entender que se ha producido una entrada que permita la devolución de las personas que han cruzado la frontera.

III. REGLAMENTACIÓN DE EXTRANJERÍA: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

1. *Planteamiento general*

Afirmada la pertinencia de la aplicabilidad de la normativa española en la totalidad del territorio español, incluida el área comprendida entre las dos vallas de separación de Marruecos, hemos de analizar cuál es el régimen jurídico de las devoluciones de extranjeros que pretenden entrar en nuestro país.

Es preciso tener en cuenta que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, la LOEx), parte de dos tipos de situaciones: una, la de aquellos casos en los que ha de aplicarse un procedimiento sancionador, que se aplica esencialmente a aquellos que están en territorio español fuera de los medios legales, y un procedimiento de devolución mucho más rápido, que es el que se aplicará tanto a los que han sido expulsados como sanción y, en lo que ahora nos afecta, a los que son interceptados en el momento de entrar en nuestro país.

Ahora bien, cuando se lleva a la práctica una devolución hemos de tener en cuenta que las actuaciones que realicen los poderes públicos han de permitir la armonización de dos legislaciones: la de extranjería y la de protección internacional. Dos normas que han de encontrar la forma de ser aplicadas, entre otras razones porque la normativa de protección internacional forma parte de las obligaciones que ha asumido el Estado español, tanto en el ámbito europeo como en el contexto internacional, en particular la Convención de Ginebra de 1951 sobre el

Derecho de los Refugiados, así como la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹ (TEDH).

Con carácter previo a examinar la legislación aplicable conviene eliminar un malentendido. Como es conocido, existe un 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 ilegalmente¹². Se trata de un acuerdo antiguo que, desde luego, no contempla la presión migratoria actual.

2. De la devolución «sin expediente» (art. 58.3 LOEx)...

El régimen de la actuación policial ante la interceptación de un migrante que acaba de entrar irregularmente en España está recogido en el artículo 58.3 de la LOEx. Un precepto cuya redacción no es precisamente acertada, por su imprecisión terminológica y por la mezcla que hace de realidades totalmente diferentes (nótese que a pesar de que la devolución y la expulsión son cuestiones distintas en la Ley, la primera —recogida en los apartados tercero y siguientes del artículo 58— tiene su regulación mezclada con las consecuencias generales de la expulsión). La redacción del precepto ha de entenderse en el marco de la propia norma, y en particular de los artículos que le preceden, en donde se arbitra un expediente administrativo (sería más correcto decir un procedimiento administrativo sancionador) para la expulsión. Concretamente, dispone lo siguiente:

«No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.*
- b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país»¹³.*

De los dos supuestos, el que recoge las devoluciones en caliente que se analiza en este estudio es el último, relativo a «los que pretenden en-

¹¹ Así, en Sentencias *MSS v. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, y *Hirsi Jamaa v. Italia*, de 23 de febrero de 2012.

¹² El acuerdo se firmó en Madrid el 13 de febrero de 1992. Su aplicación provisional se contuvo en el *BOE* de 25 de abril de 1992 y su entrada en vigor definitiva se produjo el 13 de diciembre de 2012 (no, no hay errata: se produjo veinte años después de su firma).

¹³ De acuerdo con la STS de 20 de marzo de 2003, se trata de un concepto «sin contenido jurídico propio que, estima la Sala no hace referencia ni al espacio aéreo ni a las aguas interiores al mar territorial adyacente a las costas, delimitado como mar territorial, comprendiendo tan sólo el espacio de tierra firme del territorio nacional».

trar ilegalmente en España»¹⁴. Un precepto que el artículo 23 del Reglamento de Extranjería —aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante, el REx)— concreta del siguiente modo: «Los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones». Posiblemente, tampoco resulte un supuesto que cubra del todo la realidad a la que se pueda aplicar, debiendo extenderse a aquellos casos en los que se interceptan en el momento de la entrada o en solución de continuidad con el hecho de la misma. Es cierto que en estos supuestos tener un momento concreto claro e indubitado resulta prácticamente imposible.

Es cierto que las expresiones «pretendan entrar ilegalmente» o, incluso, «los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones» resultan indeterminadas, posiblemente porque la situación en la que se produce la interceptación lo es. Lo que se pretende señalar en este punto es que las personas que pretenden entrar tengan una situación de continuidad con el acto del ingreso irregular en nuestro país, ya sea por vía terrestre o marítima. En este último caso el dato del momento exacto resulta más complicado de determinar por la propia naturaleza del espacio marino, aunque los medios técnicos pueden proporcionar una respuesta suficiente para determinar cuándo se produce la entrada.

De hecho, aquí nos encontramos ante tres tipos de situaciones en la frontera marítima que delimita Ceuta y Melilla de Marruecos a los que se podría aplicar el supuesto: *a) Cuando esta interceptación se produzca en el mar dentro de los límites internacionalmente establecidos como de soberanía española. b) Cuando esta interceptación se produzca en el dominio público marítimo-terrestre contiguo al límite interior a la ribera del mar y la entrada acabara de tener lugar por vía marítima. c) Cuando hallándose el extranjero en alguno de los supuestos anteriores, sea avistado y dado individualmente el alto e inmediatamente a continuación sea perseguido y capturado en territorio español».*

Y, del mismo modo, en relación con la entrada por la frontera sur terrestre de nuestro país, el supuesto sería aplicable a dos tipos de cir-

¹⁴ Así, la STS de 13 de octubre de 2003 señala que «la expresión “pretender entrar”, utilizada por la norma legal, incluye en sus propios términos no sólo la posibilidad de permitir la devolución sin expediente de los extranjeros que no cumplan los requisitos de entrada y sean interceptados en el límite fronterizo o en sus inmediaciones exteriores del mar territorial, sino también de aquellos que, en las mismas condiciones de ilegalidad de entrada, sean objeto de una actuación positiva, activa e ininterrumpida, por parte de las autoridades españolas, iniciada antes de su entrada en el país o inmediatamente después y al objeto de lograr su interceptación cuando ésta se produzca en las inmediaciones de la frontera».

cunstances «a) Cuando esta interceptación se produzca en el mismo momento en que el extranjero se encuentre atravesando ilegalmente cualquiera de los distintos elementos de protección de frontera establecidos por España. b) Cuando hallándose el extranjero en la situación prevista en la letra a) de este apartado, sea avistado y dado individualmente el alto e inmediatamente a continuación sea perseguido y capturado en territorio español».

La respuesta que se proporciona ante la entrada irregular en las circunstancias anteriores es de mera restauración de la legalidad en el momento en el que se produce la vulneración, no teniendo, en consecuencia, naturaleza sancionadora¹⁵. De hecho, la STC 17/2013, de 31 de enero, anuló el último inciso del artículo 58.7 LOEx¹⁶, que establecía que «toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años», precisamente por el carácter sancionador de esta medida, que se alejaba de lo previsto con carácter general.

Por ello, no hace falta tramitar un procedimiento sancionador de expulsión en sentido estricto, sino que resulta suficiente con una actuación más rápida que permita la devolución al lugar del que procedían. Ahora bien, como veremos con posterioridad, que sea una actuación sin expediente no significa que sea una actuación sin procedimiento¹⁷, aunque éste pueda ser sencillo.

Sí conviene tener presente una diferencia sustancial entre lo que prevén la Ley y el Reglamento de Extranjería que sirve para un adecuado entendimiento de la figura de la *devolución*, diferente de la expulsión: mientras que el artículo 23 del REx está incluido en su Título Primero, relativo al régimen de entrada y salida de territorio español, el procedimiento administrativo de *expulsión* se incluye en el REx en su Título

¹⁵ En este sentido, la STC 17/2013, de 31 de enero, examinando la naturaleza de la devolución, afirmó: «La devolución, en tanto que consiste en la decisión administrativa por la que se decide la salida de España de aquellos que han pretendido entrar en nuestro país eludiendo los requisitos que para ello exige la legislación en materia de extranjería, no supone el ejercicio del ius puniendi estatal, sino que se dicta como medida de restitución de la legalidad conculcada, expresada en el incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional (arts. 25 a 27 LOEx), carencia de requisitos que determina la salida obligatoria del territorio nacional en aplicación del mandato legal contenido en el art. 28.3.b) LOEx».

¹⁶ Obviamente, por la identidad de contenido y por tratarse de problemas de índole material, esta inconstitucionalidad ha de extenderse al artículo 23.5 REx.

¹⁷ De hecho, en la base del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de 11 de septiembre de 2014 por el que se imputa al coronel-jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla está la prevaricación por haber actuado a sabiendas de forma contraria a lo dispuesto en las normas. Hay en él un relato pormenorizado de cuáles son las contravenciones manifiestas que indican que se ha producido una auténtica vía de hecho conocida por los responsables del operativo.

lo XIV, que se refiere a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador¹⁸.

3. ... al «rechazo en frontera» del régimen especial de Ceuta y Melilla

La actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en Ceuta y Melilla ha estado siendo muy criticada desde diversos puntos de vista y por distintos colectivos y autoridades, incluida la comisaria europea Malmström. La respuesta que se ha proporcionado para su resolución ha sido incorporar una norma que pudiera servir como justificativa de lo que se estaba realizando. Concretamente, se trata de la nueva disposición adicional décima, incluida en el debate parlamentario¹⁹ y que tiene la siguiente redacción:

«Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla mientras intentan superar, en grupo, los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España».

El problema que plantean las expulsiones en caliente no consiste sólo en que exista una norma interna que pueda servir como justificación, ni que se realicen ejercicios de metalenguaje para que se pueda proporcionar una apariencia distinta a lo que es. Lo relevante sería examinar si una actuación se encuentra amparada por los textos internacionales ratificados por España y que, por consiguiente, forman

¹⁸ Conviene recordar en este punto la STS de 20 de marzo de 2003 por la que se anula el artículo 138 del Real Decreto 864/2001, en el que se recogía la posición de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 9 de mayo, por la que la entrada clandestina en territorio español habilitaba a la devolución en lugar de a la expulsión, con independencia del momento en que se hubiera interceptado a las personas que hubieran entrado de forma irregular. El supuesto de la devolución es muy específico —las interceptadas en el momento de la entrada, de acuerdo con lo que se ha visto— y no habilita para su expansión a todos los demás supuestos de entrada irregular, para los cuales habrá que tramitar el procedimiento de expulsión que recoge la ley, con todas las garantías que le son inherentes.

¹⁹ Concretamente, se trata de la enmienda núm. 191, del Grupo Parlamentario Popular, al Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, por la que se incluye una disposición final primera (nueva), con redacción transaccional, basada en la propia enmienda núm. 191; por la que se adiciona la disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la redacción que aparece en el texto.

parte de nuestro Derecho interno. Como veremos inmediatamente, el problema radica en que con esta redacción:

1) No se permite el ejercicio de la petición del derecho de asilo, tanto más necesario cuanto que aproximadamente el 40% de las personas que pretenden entrar en Ceuta y Melilla lo hacen huyendo de conflictos políticos.

2) Crea un abanico de indeterminación, concretado en el hecho de que el «rechazo» no determina cuál es el ámbito territorial en el que se puede ejercer y que, de hecho, conduce a su inaplicabilidad. Si es la parte exterior de la valla sería territorio marroquí y, por consiguiente, no puede actuar. Si es la parte interior de la valla es territorio español y ello conllevaría que hay que actuar con sometimiento a la normativa interna y a la internacional ratificada por España.

3) Configura un procedimiento especial para los grupos de personas que pretenden entrar en nuestro territorio, a los que reducen las garantías con respecto al régimen general que veremos en el epígrafe siguiente. En este punto, configurar un régimen especial para grupos contraviene la obligación que tiene el Estado de realizar un trato individualizado de cada caso en concordancia con la prohibición de expulsiones colectivas, las cuales están expresamente prohibidas en los casos de devolución, expulsión y extradición por el artículo 19.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En este sentido, conviene recordar la STEDH por la que se resuelve el caso *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, que, recogiendo sentencias anteriores, obliga a que se proceda a la identificación y al análisis individualizado de la situación de cada persona que pretende entrar irregularmente. Dicho de otra forma, el Tribunal recuerda la plena aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos a todas las actuaciones de control migratorio y de fronteras efectuadas por las autoridades de un Estado parte de la Convención.

4. *Procedimiento de devolución del artículo 23 REx*

Después de toda la exposición anterior, en la que se analizan las razones de la ilegalidad de los procedimientos de gestión de los flujos migratorios en frontera, que se articulan a través de las denominadas coloquialmente «expulsiones en frontera», corresponde dar un paso más y examinar cuál sería el régimen vigente. Es un régimen que no resulta perfecto, que debiera mejorarse en diversos extremos, pero que podría permitir —si se aplicara— un marco suficientemente garantista

para los derechos de los emigrantes y que permitiría una gestión de la frontera mejor, sin duda, sin las lamentables escenas que hemos visto en los medios de comunicación.

Tal como señala el artículo 23.2 REx, una vez que los migrantes han sido interceptados deberán ser conducidos, a la mayor brevedad posible, a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución. La obligación de identificación se ha de realizar de acuerdo con los requisitos que han de seguirse. Pueden extraerse de la abundante jurisprudencia del TEDH²⁰, que impone que ésta se realice: a) por personal especializado en la realización de este tipo de entrevistas; b) que reciban asistencia jurídica y lingüística; c) que permitan un estudio individualizado de la situación de la persona; y d) que exista constancia de que hayan podido solicitar asilo en el caso de que sus circunstancias personales así lo requieran²¹. En esta línea, el artículo 23.3 REx se acerca a los requisitos europeos al disponer que «el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar una resolución de devolución tendrá derecho a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen. Ambas asistencias serán gratuitas en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes».

El contenido anterior choca en la actualidad con el problema de que se carece de instalaciones adecuadas para realizar una adecuada gestión de esta audiencia al interesado. La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, menciona en su considerando 6 el compromiso de «*mobilizar los recursos del Fondo Europeo para los Refugiados y de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, con el fin de apoyar adecuadamente los esfuerzos de los Estados miembros para la aplicación de las normas fijadas en la segunda fase del sistema europeo común de asilo y, en particular, a los Estados miembros que se enfrentan a presiones específicas y desproporcionadas sobre su sistema de asilo en razón especialmente de su situación geográfica o demográfica*», como sería el caso de España. No podemos olvidar que éste es un problema europeo y que, en consecuencia, difícil será dar una respuesta adecuada sin su apoyo (que en el pasado sirvió, por ejemplo, para levantar el sistema de vallas).

²⁰ El TEDH es persistente a la hora de exigir estos requisitos. Además de la Sentencia *Hirsi Jamaa*, antes citada, pueden verse, entre otras, *Sultani v. Francia*, de 20 de septiembre de 2007, o *Andric v. Suecia*, de 23 de febrero de 1999.

²¹ La STEDH *Conka v. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002, impone de forma expresa la constancia de haber tenido oportunidad de solicitar el asilo antes de una deportación.

Una vez realizada la identificación, se procederá a decretar su devolución o bien pasará como solicitante del derecho de asilo, en las condiciones que veremos en el epígrafe siguiente. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

Hemos de tener presente que la resolución de devolución no se podrá llevar a cabo en tres supuestos, que hacen especialmente importante la realización de la actividad de identificación individualizada de los emigrantes irregulares, que son los siguientes: a) por razones de embarazo, en los casos en que pueda suponer un riesgo para la gestante o el embarazo; b) en los casos de personas enfermas cuya devolución pueda poner en riesgo su salud; o c) cuando «se formalice una solicitud de protección internacional, hasta que se resuelva sobre la solicitud o ésta no sea admitida conforme con lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria». Este último supuesto plantea otras cuestiones jurídicas que se tratarán en el epígrafe siguiente.

IV. ASILO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DENTRO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE DEVOLUCIÓN

Como se ha venido señalando reiteradamente, el procedimiento de devolución requiere que se encuentre un momento para que se pueda proceder a la petición del derecho de asilo. Es una consecuencia jurídica de las obligaciones que ha asumido España y una consecuencia práctica del hecho de que, sociológicamente, la emigración irregular tiene su causa tanto en razones de índole social como política, supuestos ambos que habilitan para pedir el asilo. El principio de no devolución recogido en dicha normativa obliga a la identificación del extranjero y a darle la oportunidad de solicitar la protección internacional.

No es el momento de ofrecer un análisis pormenorizado de las peculiaridades del derecho de asilo ni de las condiciones y modalidades en las que se puede solicitar, las diferencias que se plantean en función del lugar de petición ni del complejo procedimiento de admisión a trámite y posterior resolución, ya que excede de la cuestión que se está analizando²².

²² Deben verse, sobre el particular, las SSTS de 27 de marzo y 24 de junio de 2013; así como el estudio, coordinado por M.^a C. VIDAL FUEYO y realizado por R. GARCÍA MAHAMUT y J. GALPARSORO, *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*.

El alcance de las páginas siguientes se limita a estudiarlo desde la perspectiva del procedimiento de devolución de extranjeros que han entrado irregularmente en nuestro país a través de las fronteras de Ceuta y Melilla, estudiando, por tanto, los aspectos problemáticos que presenta. Éstos se refieren a dos cuestiones centrales: el régimen de suspensión de la ejecución de la orden de devolución y el régimen de acceso a la Península Ibérica durante la tramitación del procedimiento de asilo.

1. *Petición del derecho de asilo y libre circulación por el territorio nacional*

Los procedimientos de petición del derecho de asilo suelen dilatarse en el tiempo. Las dificultades de prueba de las circunstancias de asilo se transforman en un hándicap para que pueda obtenerse una respuesta en un periodo de tiempo prudencial.

Es una realidad, que incluso ha merecido el reproche del TEDH en la Sentencia de 22 de abril de 2014 (*A. C. y otros contra España*), la dilatación excesiva en el tiempo del procedimiento contencioso-administrativo. Y ello sucede a pesar de que los recursos contencioso-administrativos relativos a asuntos sobre cuestiones de extranjería e inadmisión de peticiones de asilo político se tramitan por el procedimiento abreviado ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo (art. 78 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa). Esta tramitación más rápida no obsta, sin embargo, para que los procedimientos acaben alargándose en el tiempo.

Desde este punto de vista, la situación actual plantea un problema: el de la necesidad de que se queden en Ceuta y Melilla durante todo el tiempo que dura la tramitación de los procedimientos, ya sean administrativos, ya sean judiciales. Se trata, no lo olvidemos, de solicitudes de asilo que han sido admitidas a trámite. Se trata de una práctica administrativa que proviene de mediados del año 2010, cuando se tomó la decisión de restringir el acceso a la península de los solicitantes de protección internacional en Ceuta y Melilla que eran admitidos a trámite, limitando la libertad de circulación de los mismos, restricción que no es aplicada a las personas que formalizan su solicitud en otras partes de España. La razón que sirve como motivación estriba en el diferente tratamiento que tienen las dos plazas norteafricanas en el Acuerdo de Schengen, a pesar de que en ningún sitio del Acuerdo de Adhe-

sión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen se señala un extremo de dicha naturaleza.

En efecto, el estatus especial de Ceuta y Melilla se manifiesta en el deber de las autoridades españolas de ejecutar dos tipos de mecanismos de control en función del destino del viajero: a) «mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español»; y b) «España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio». Una cosa es controlar y otra bien diferente es prohibir su traslado a la Península Ibérica.

Un tratamiento adecuado de la cuestión pasa por el reconocimiento de que aquellas cuyas solicitudes de asilo han sido admitidas a trámite son personas que se encuentran legalmente en España. Dicho de otro modo, se encuentran incluidas en el artículo 5 de la LOEx, que reconoce a los extranjeros que se encuentran legalmente en España el derecho a la libre circulación. Una legalidad que se manifiesta tanto en disponer de un documento administrativo —la documentación como solicitante de asilo que recoge el artículo 18.1 de la Ley de Asilo— que reconoce esta situación como en que está sometido a un modo, consistente en la obligación de comunicar el domicilio y todos los cambios que se produzcan. Es cierto que se trata de una legalidad transitoria, en la medida en que durará lo que el procedimiento de asilo, el cual podrá concluir tanto con el rechazo como con su aceptación.

Si la situación no fuera legal, no habría ni documento ni obligación de comunicar el domicilio²³. La admisión a trámite de la solicitud de asilo efectúa una suerte de sanción de los vicios que se han producido por una entrada irregular en territorio español que es casi sustancial a la propia petición de asilo y la sustituye por una situación transitoria de legalidad. Legalidad que, por la vinculación que tiene a la resolución del procedimiento de asilo, se encuentra modalizada por el hecho de que ha de comunicar el domicilio a las autoridades públicas²⁴. Pero, insisto, la situación es de residencia legal en España.

²³ Tomando las palabras de la STSJ Andalucía de 3 de octubre de 2010, reproducidas con posterioridad en múltiples resoluciones, «resultaría ilógico y contradictorio sostener que carece de autorización para permanecer en España a quien al mismo tiempo se le exige que comunique los cambios de domicilio. Si se reconoce que se tiene un domicilio, el cual hay que comunicar a las autoridades, es porque se está autorizando su permanencia».

²⁴ De forma bastante enfática, afirma la STSJ Andalucía de 11 de abril de 2012 lo siguiente sobre los efectos del deber de comunicar los cambios de domicilio: «la interpretación de las normas jurídicas no puede conducir al absurdo, y ello es lo que ocurre si entendemos que se tiene obligación de comunicar los cambios de domicilio pero no se tiene el derecho de circular libremente. Entonces ¿a que cambios de domicilio se refiere la norma? ¿Sólo den-

A partir de aquí se abren una serie de obligaciones para nuestro país, como ha reconocido el Tribunal Constitucional: «en tal sentido, como tiene declarado este Tribunal (SSTC 94/1993, de 22 de febrero, FJ 4; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4), los arts. 12 y 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, ratificados por España y parámetros de interpretación de los arts. 19 y 13 CE por imperativo de su art. 10.2, reconocen el derecho a la libre circulación de las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado, de forma que las Leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado de libertad que reconocen los arts. 12 y 13 del Pacto internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado y las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable» (STC 260/2007, de 20 de diciembre²⁵).

2. *Peticiones de asilo y medidas cautelares en el contencioso administrativo*

España, pese a los datos que se han proporcionado sobre el impacto de la emigración irregular sociopolítica, es uno de los países en donde menos peticiones de asilo se presentan. Posiblemente, la razón estribe no sólo en la obligación (ilegal, como se ha visto) de permanecer en Ceuta y Melilla durante su tramitación, sino también en el régimen de recursos contra la denegación.

El artículo 29 de la Ley de Asilo recoge las vías de recurso contra las decisiones adoptadas conforme a la misma, con la única particularidad de contemplar la tramitación de urgencia para la solicitud de suspensión del acto recurrido en vía contencioso-administrativa. De acuerdo con el artículo 22 de dicha Ley, «en todo caso, durante la tramitación de la petición de reexamen y del recurso de reposición previstos en los apartados cuarto y quinto del artículo 21 de la presente Ley, así como en los supuestos en los que se solicite la adopción de las medidas a las que se refiere el apartado segundo de su artículo 29, la persona solicitante de asilo permanecerá en las dependencias habilitadas a tal efecto». Una situación que no es nada halagüeña teniendo en cuenta el es-

tro de la misma calle? ¿O del mismo barrio? ¿O de la misma ciudad? ¿O sólo si la solicitud de asilo se realiza en la península pero nunca fuera de ella?».

²⁵ En un sentido similar hay que entender la STC 84/1993, que reconoce la libertad de circulación «a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio».

tado en el que se encuentran²⁶ y la demora que se acostumbra a producir en la resolución.

La situación en la que se encuentran los solicitantes de asilo ha llegado al TEDH²⁷, que ha criticado la regulación española, cuestionando que existan garantías suficientes que protejan al demandante frente a una devolución arbitraria frente al país del que ha huido (a pesar de que el principio de no devolución a un país no seguro está consagrado en el artículo 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

La regulación española tiene, en este punto, una serie de cuestiones problemáticas que aconsejarían una modificación sustancial del régimen de recursos para garantizar los derechos del solicitante de asilo²⁸.

De entrada, no es asumible que los recursos carezcan de efecto suspensivo automático en los supuestos en los que exista un alegato creíble²⁹ de violaciones de los artículos 2 y 3 CEDH a raíz de una expulsión o extradición a un tercer Estado por parte del solicitante de asilo. Dicho de otro modo, la interposición del recurso debe paralizar la devolución hasta que se haya podido examinar adecuadamente la cuestión presentada³⁰. No podemos olvidar que si se produjeran daños a los solicitantes de asilo, éstos serían, con casi total seguridad, irreparables³¹.

De hecho, la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para

²⁶ Véase el comentario al Reglamento de los CIE de A. DANIS RODRÍGUEZ, «Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros: una nueva oportunidad perdida», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 8418, 11 de noviembre de 2014, La Ley 8010/2014.

²⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de abril de 2014 (*A. C. y otros contra España*).

²⁸ Véase un problema similar en la STS de 28 de febrero de 2014, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^ª.

²⁹ La Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión y retirada de la protección internacional, exige también para ello la existencia de un alegato creíble de violaciones. Así, excepción de esta suspensión automática los supuestos de solicitudes manifiestamente infundadas, inadmisibles, las de rechazo de reapertura de solicitud o las de los solicitantes que procedan de un tercer país seguro europeo (art. 46.6). En estos casos, por tanto, la suspensión no es automática, sino que deberá ser decidida por el órgano jurisdiccional, debiendo en todo caso el solicitante poder permanecer en territorio nacional hasta que se decida sobre dicha suspensión (art. 46.8).

En todo caso, para permitir la no aplicación de la suspensión automática, la Directiva requiere el cumplimiento de unas garantías mínimas para el solicitante que aseguren su debida asistencia y un tiempo mínimo para la preparación de la solicitud y que el órgano jurisdiccional ha valorado el contenido del acto denegatorio.

³⁰ La jurisprudencia del TEDH es persistente en esta exigencia. Además de la Sentencia que afecta a España, pueden verse las que resuelven los asuntos *Gebremedhin c. Francia*, de 2007; *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, de 2011; y *M. A. c. Chipre*, de 2013.

³¹ Sobre la problemática que plantean las medidas cautelares, véase la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^ª, Auto de 25 de febrero de 2014, Rec. 405/2013.

la concesión y retirada de la protección internacional, pendiente aún de transposición, impone en su artículo 46.5 a los Estados miembros que permitan a los solicitantes de protección internacional permanecer en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso y, cuando lo hayan ejercitado, hasta que se resuelva el mismo.

El segundo problema que detecta la jurisprudencia del TEDH en relación con los recursos en materia de asilo afecta al carácter acelerado del procedimiento de medidas cautelares, que impide a los demandantes de asilo aportar las pruebas necesarias que justifiquen la suspensión de la ejecución de devolución. Un problema que resulta necesario abordar teniendo en cuenta que, pese a la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo no exigiendo pruebas de las persecuciones y sólo un relato razonable y creíble de la situación de riesgo, hay tribunales inferiores que siguen reclamándolas.

