

Aportaciones sobre las prácticas de pushbacks y su impacto en los derechos humanos de las personas migrantes en el caso del Estado español en respuesta al cuestionario planteado por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes:.

Organizaciones que presentan la comunicación: Andalucía Acoge, Asociación Elin, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), Federación SOS Racismo, Irídia - Centro para la Defensa de los Derechos Humanos, Médicos del Mundo, Red Acoge.

Por medio de la presente comunicación queremos trasladar al Relator especial de los derechos de las personas migrantes los obstáculos jurídicos existentes en la legislación española en relación con el derecho a solicitar y pedir asilo en las fronteras internacionales del Estado español así como las graves consecuencias de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) desestimado la demanda de N.D y N.T contra España en febrero de 2020

La legislación española permite el “rechazo en frontera”. Estos rechazos que se llevan a cabo en la frontera Sur del Estado español, son en la práctica devoluciones sumarias que no garantiza la individualización de cada persona y su derecho a ser escuchado, su derecho a la asistencia letrada, a un intérprete y al control judicial efectivo. Contraviene de esta forma, la esencia misma del derecho de asilo al no contemplar procedimiento alguno y estar vulnerando el principio de no devolución, piedra angular de este derecho

Así lo han manifestado los órganos de los tratados y los procedimientos especiales de Naciones Unidas, que han expresado en reiteradas ocasiones, su *grave preocupación por la práctica de devoluciones sumarias por parte de las fuerzas de seguridad españolas en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla.*

Desde el año 2015, en todos los informes realizados por los órganos de los Tratados, se ha incluido una recomendación específica sobre el intento de legalización de esta práctica prohibida internacionalmente. El Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de los Derechos del Niño, el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, entre otros, ha pedido al Estado español que cumpla con sus obligaciones internacionales poniendo fin a esta práctica y revisando la normativa vigente para cumplir con la legalidad internacional.

Además, tras el tercer ciclo del Examen Periódico Universal (EPU) de España, cuyo resultado final fue adoptado por el Consejo de Derechos Humanos en su 44ª sesión, en julio del año 2020, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha destacado como una de las medidas que requieren especial seguimiento y urgencia *“considerar la revisión de la Ley de Seguridad Pública y asegurar que todas las personas que buscan protección internacional tengan acceso a procedimientos de evaluación justos y personalizados, a protección contra la expulsión sin*

discriminación y a un mecanismo independiente con autoridad para suspender decisiones perjudiciales”.

Las devoluciones sumarias no son hechos aislados que se den de forma espontánea en el Estado español, sino que es una práctica establecida en las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla con el objetivo de restringir, bloquear, impedir la entrada de personas independientemente de su situación particular o del riesgo que corra su vida. La Guardia Civil, de forma arbitraria y sin previa evaluación, expulsa a personas que pisan territorio español a través de estas ciudades sin evaluar si son personas víctimas de trata, menores no acompañados o solicitantes de protección internacional. Cualquier persona detectada intentado saltar la valla puede ser interceptada y expulsada limitando el derecho a la solicitud y petición de asilo.

El intento de cobertura jurídica la encontramos en la Disposición Adicional 10ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que regula el “rechazo en frontera”. Dicha Disposición fue incorporada en esta Ley, a través de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana.

Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

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

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

Esta Disposición Adicional dejaba sin efecto lo establecido en los artículos 26, 60, 57, 58 y 65 de la LOEX, impidiéndose su control judicial y afectando a derechos fundamentales: la vida, la integridad física y moral, el derecho a no ser sometidos a torturas y a tratos inhumanos y degradantes y el derecho de asilo, entre otros.

En este sentido, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros no contiene la figura del rechazo en frontera sino que las figuras existentes son la denegación de entrada (artículo 26 LODYLE y 15 de su Reglamento), o de expulsión en sentido amplio, dentro de la que puede distinguirse la expulsión stricto sensu (artículo 55.1 LODYLE) y la devolución (artículo 58.3 LODYLE y 23 de su Reglamento). La denegación de entrada, de acuerdo a la ley, se produce cuando el sujeto pretende entrar por los puestos habilitados sin cumplir los requisitos para ello. Dicha denegación, tal y como expresa el Reglamento, se realizará mediante resolución motivada y notificada, con información acerca de los recursos que puedan interponerse contra ella, el plazo para hacerlo y el órgano ante el que deban formalizarse. De esta forma, tanto la expulsión como la devolución requieren de procedimientos administrativos específicos mientras que los rechazos en frontera no requieren de estos procedimientos.

En mayo de 2015, diferentes grupos parlamentarios que conformaban el Parlamento español en aquel momento, interpusieron un recurso de inconstitucionalidad¹ donde se incluía esta “disposición adicional décima” añadida a la LO 4/2000 señalando que “crea un nuevo procedimiento de devolución de extranjeros que entran ilegalmente en España en el que no se regula procedimiento de ningún tipo, de manera que la decisión de devolución resulta arbitraria, con vulneración del artículo 9.3 CE, no sujeta a revisión judicial, en contra del artículo 106 CE, y priva al extranjero de su derecho a la tutela judicial efectiva al no garantizarle el acceso a los tribunales en condiciones que aseguren el efectivo ejercicio de sus derechos de defensa, como prescribe el artículo 24.1 CE.”

El Tribunal Constitucional resolvió este recurso el pasado 19 de noviembre de 2020 (Pleno. Sentencia 172/2020), meses después del fallo de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que se ha anulado la condena de 2017 a España por las prácticas de devoluciones sumarias en Frontera Sur.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España en 2017 por realizar dos devoluciones sumarias, impidiendo que estas personas tuvieran acceso a solicitar protección internacional o se las abriera un procedimiento de expulsión con las consiguientes garantías que prevé la legislación. En su decisión, este Tribunal señaló por unanimidad que las actuaciones realizadas por parte de la Guardia Civil habían atentado contra el Convenio Europeo de Derechos Humanos habiéndose producido violación del artículo 4 por el cual se prohíben de forma expresa las expulsiones colectivas de extranjeros y del artículo 13 sobre el derecho a un recurso efectivo.

Esta sentencia del TDH fue recurrida por el Estado español y la Gran Sala del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) se pronunció en febrero de 2020, desestimando la demanda de N.D y N.T contra España, en un cambio de criterio respecto a la primera sentencia de octubre de 2017. Esta decisión abre la puerta a que los Estados Europeos puedan impedir el ingreso a su territorio, en cumplimiento de su obligación de controlar sus fronteras, incluido a potenciales peticionarias de refugio, que hayan obviado los mecanismos formales de ingreso a su territorio, en especial abusando de su carácter colectivo (grandes grupos de personas intentando ingresar).

Son varios los aspectos preocupantes de esta sentencia:

Por un lado, reconoce que todo procedimiento de expulsión, devolución, inadmisión de entrada o rechazo en frontera, tiene que respetar unas garantías mínimas y determina que los demandantes fueron víctima de una expulsión colectiva al no haber sido individualizados ni haber tenido acceso a recursos judiciales o administrativos. Sin embargo, señala, que debe valorarse la conducta de los demandantes para determinar la legitimidad o no de los hechos, considerando que se pusieron ellos mismos en una conducta de ilegalidad al no utilizar las vías de acceso establecidas por la ley. Parece que el TEDH está dando una nueva interpretación al concepto de “conducta del interesado” (par. 231), lo que resulta ser extremadamente grave al atribuir una conducta de las posibles víctimas de una violación de derechos humanos como medio para legitimar la decisión de un Estado. Toda persona tiene unos derechos humanos básicos, independientemente de su conducta y esto es algo inherente a cualquier Estado de Derecho.

¹ Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015. Interpuesto por más de cincuenta diputados de los grupos parlamentarios Socialista, La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Mixto del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana

El TEDH combina la argumentación de la “conducta del interesado” con la del uso de la fuerza y el número elevado de personas que intentaban acceder y con la opción de realizar una entrada de manera regular (par. 201 y 231). Admite dos excepciones a las garantías de contar con un procedimiento personalizado: cuando un individuo no coopera activamente en las labores de identificación, y cuando quienes han atravesado la frontera ilegalmente fuera de los pasos fronterizos se han prevalido del efecto de la masa y del uso de la violencia. Son casos en los que luego no podrían exigir la aplicación de garantías perfectamente válidas con carácter general.

Es preocupante, y se puede afirmar que es contraria al principio de no devolución y del derecho de asilo, el hecho de que la sentencia esté estableciendo que se pueda expulsar de manera automática a aquellas personas como consecuencia de “su propia conducta” y que no utilicen los procedimientos oficiales de entrada (par. 231), no quedando por tanto amparados por la protección que ofrece el CEDH. Es el propio Tribunal el que recuerda en esta misma decisión (par. 232) que la gestión de fronteras ha de respetar la obligación de non-refoulement.

La interpretación que ha realizado el TEDH es uno de los mayores retrocesos en materia de derechos humanos que cuestiona la propia universalidad de los mismos y refuerza las políticas de los Estados europeos en cuanto al cierre y robustecimiento del control de las fronteras.

Encontramos un claro ejemplo en la repercusión que ha tenido esta sentencia en el caso español donde el Tribunal Constitucional se ha servido de ella para resolver el recurso de inconstitucionalidad sobre la Disposición Adicional 10ª de la Ley Orgánica 4/2000, avalando esta disposición que dota de cobertura legal a las denominadas “devoluciones en caliente”, sumarísimas, de las personas recién llegadas a Ceuta o Melilla con una vulneración a sus derechos esenciales.

Cabe resaltar que el Tribunal Constitucional mantiene un criterio opuesto respecto al alcance del “rechazo en frontera” al sostenido por la abogacía del Estado que considera “que el rechazo opera en una fase previa a la eventual devolución o expulsión de extranjeros, por cuanto estos aún no han entrado en territorio español: la entrada ilegal no ha culminado” y concretamente establece que:

1. *“Resulta evidente que el acceso o la entrada en el territorio español se realiza cuando se han traspasado los límites fronterizos fijados internacionalmente, e igualmente, que los puestos fronterizos y los elementos de contención (vallas, muros o barreras) se ubican y construyen sobre el territorio español. **No existe cobertura legal para operar con un concepto de frontera que pueda ser establecido de forma discrecional por la Administración española, aunque sea a los meros efectos de determinar la aplicación de la legislación en materia de extranjería; entre otras razones, porque se pondría en riesgo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)**”.*

2. *“En todo caso, **con independencia de si el “rechazo en frontera” se produce antes, durante o después de traspasar los límites fronterizos, lo que es innegable es que se trata de acciones llevadas a cabo por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles; y son, en principio, actuaciones realizadas desde el territorio español**”.*

3. *“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”.

En este sentido, como se destaca en el voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón la sentencia **“desautoriza el rechazo en frontera si se desarrolla, como se viene aplicando hasta ahora, sin la posibilidad de control judicial y respeto a las obligaciones internacionales, entre las que destaca la individualización de la actuación para identificar situaciones de especial vulnerabilidad”**.

Los requisitos citados a los que se condiciona la propia constitucionalidad de la disposición no son materialmente posibles de garantizar si atendemos a que en la práctica el rechazo en frontera es una devolución en caliente caracterizada en la práctica por su inmediatez. No hay procedimiento que pueda establecer las garantías necesarias y suficientes en la regulación de este proceso, incluyendo la debida asistencia jurídica e interpretativa, la posibilidad de presentar recurso judicial y los requerimientos establecidos para la solicitud de protección internacional, entre los aspectos a tener en cuenta. Es imposible detectar adecuadamente a las personas en situación de vulnerabilidad o susceptibles de optar a asilo si el procedimiento de expulsión se instruye y ejecuta de manera inmediata.

Aunque el propio Tribunal Constitucional ha reiterado que la brevedad de los plazos no implica per se la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en el caso de las “devoluciones en caliente” debido a la inmediatez con las que se producen ni siquiera entraríamos a evaluar la brevedad o no de los plazos porque la celeridad con la que se lleva a cabo esta práctica deviene incompatible al desarrollo material de actuaciones encaminadas a la salvaguarda de la tutela judicial efectiva. De hecho, la normativa contempla un procedimiento preferente de expulsión dando lugar a las conocidas como “devoluciones exprés” -en el plazo de 72 horas- no exentas de controversias por las vulneraciones de derechos que se producen en gran medida debido a la reducción de plazos respecto del procedimiento ordinario y pese a su declarada constitucionalidad.

Las organizaciones que presentamos este informe consideramos que la Disposición Final Primera de la Ley de Seguridad Ciudadana así como los pronunciamientos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (13 de febrero de 2020 - asunto N.D. y N.T contra España) y del Tribunal Constitucional (19 de noviembre de 2020) avalando la Disposición Final Primera, dan respaldo a un tipo de prácticas que conllevan a la vulneración del principio de no devolución, siendo contrarias a los derechos reconocidos a toda persona en los tratados internacionales ratificados por el Estado español que protegen el derecho al asilo y prohíben las expulsiones colectivas y el principio de no devolución, como son la Convención de Ginebra de 1951, la Convención contra la Tortura, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la propia Convención Europea de Derechos Humanos.