

Rechazos en frontera. Una violación sistemática de derechos humanos con respaldo institucional. ¿Hacia la normalización de una frontera sin derechos?

Pushbacks. A systematic violation of human rights with institutional backing. Towards the normalization of a border without rights?

Nacho Hernández Moreno
Universitat de València
ORCID ID 0000-0002-6686-662X
nacho.hernandez@uv.es

Cita recomendada:

Hernández Moreno, N. (2024). Rechazos en frontera. Una violación sistemática de derechos humanos con respaldo institucional. ¿Hacia la normalización de una frontera sin derechos? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 58-94.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8502>

Recibido / received: 05/07/2023
Aceptado / accepted: 16/02/2024

Resumen

El rechazo en frontera es la pretendida cobertura legal de devoluciones sumarias que vulneran derechos humanos de personas que pretenden entrar en el territorio español. Se trata de unas actuaciones contrarias al derecho internacional de los derechos humanos que, sin embargo, han sido defendidas por el Gobierno de España. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional han mostrado su respaldo a la práctica de devoluciones automáticas en la frontera de Ceuta y Melilla, y el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo parece abrir la puerta a derogaciones de derechos humanos en la frontera que permitirían favorecer una vía de hecho que contraviene las obligaciones internacionales de España.



Palabras clave

Rechazo en frontera, devoluciones sumarias, derecho de asilo, principio de no devolución, instrumentalización.

Abstract

Border rejection is the alleged legal cover for summary returns that violate the human rights of individuals seeking entry into Spanish territory. These actions are contrary to international human rights law, yet they have been defended by the Spanish government. The European Court of Human Rights and the Constitutional Court have expressed their support for the practice of automatic returns at the borders of Ceuta and Melilla, and the New Pact on Migration and Asylum appears to open the door to human rights derogations at the border that would enable the lack of guarantees and procedures that contravenes Spain's international obligations.

Keywords

Pushbacks, summary returns, right to asylum, principle of non-refoulement, instrumentalization.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Rechazos en frontera. Normalización de una ilegalidad. 2.1. La figura de los rechazos en frontera: evolución, posicionamiento del Tribunal Constitucional y críticas del Defensor del Pueblo. 2.1.1. La introducción de una nueva figura para expulsar a personas migrantes. 2.1.2. Vulneración sistemática de derechos humanos en la frontera. 2.1.2.1. El principio de no devolución. 2.1.2.2. Trata de seres humanos. 2.1.2.3. Protección de menores no acompañados. 2.2. El Tribunal Constitucional y la constitucionalidad condicionada del rechazo en frontera. 2.3. Críticas y recomendaciones del Defensor del Pueblo. 3. Una visión internacional de las devoluciones sumarias en España. 3.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su doctrina de la conducta culpable. 3.2. Naciones Unidas. 3.2.1. Consejo de Derechos Humanos. 3.2.1.1. Examen Periódico Universal. 3.2.1.2. Procedimientos especiales. 3.2.2. Órganos de los tratados. 4. El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo y la «instrumentalización». Hacia una nueva política de gestión fronteriza menos garante de los derechos humanos. 4.1. Contexto. 4.2. Respaldo político y jurídico a la derogación de derechos humanos en las fronteras exteriores de la Unión Europea. 5. Conclusiones.

1. Introducción

El empleo del término «devoluciones en caliente» o «devoluciones sumarias» ha permitido referenciar mediáticamente actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que constituyen una vulneración flagrante de la normativa interna y de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español en materia de derechos humanos. Esa cobertura lingüística –que no legal– ha propiciado el encaje de prácticas ilícitas como una categoría aséptica y neutral de deportación de personas desplazadas. En el caso del Gobierno español se ha ido incluso más allá al defenderlas como ajustadas al ordenamiento jurídico antes siquiera de dotarles de un amparo legal que precisamente plantea el interrogante de si realmente era necesario legalizar como «rechazo en frontera» actos que, supuestamente y siempre según aquel, eran conformes a la ley (Espiniella Menéndez, 2016).

La gestión fronteriza se enmarca en un universo metafórico de deshumanización y animalización de las personas migrantes. El eco mediático que

asocia la movilidad humana a catástrofes naturales o bélicas normaliza el uso de términos como «avalancha» o «asalto» para hacer referencia al intento de acceder al territorio español a través de las estructuras valladas. No es infrecuente tampoco la descripción de hechos con sustantivos como «invasión», «oleada», «marea», «aluvión», «tsunami» o con términos racistas, ni la asimilación del trabajo de los guardias fronterizos con el de cazadores como si de una batida se tratara (Concepción Sepúlveda, Rodrigo Alsina y Medina Bravo, 2008).

La jurisprudencia, lejos de emplear un enfoque de derechos humanos – precisamente en el ámbito de los derechos humanos –, no solo no ha resuelto el problema, sino que mediante interpretaciones erróneas de hechos y restrictivas de derechos, así como a través de tesis insólitas (De Lucas, 2020) ha pretendido justificar la licitud de estas actuaciones en la frontera. Así se ha hecho por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual no se pronunció realmente sobre los rechazos en frontera, y el Tribunal Constitucional, que declaró la constitucionalidad de la norma condicionada a unos requisitos de imposible cumplimiento ya que, de observarse su mandato, no estaríamos hablando propiamente de rechazos en frontera, sino de la figura de devolución de la normativa de extranjería (Fernández Pérez, 2021).

A pesar de las claras evidencias en contra de este tipo de actuaciones como prácticas no acordes con la normativa interna ni con el derecho internacional de los derechos humanos, planean en el horizonte comunitario una serie de propuestas reglamentarias que pueden socavar los intentos de reconducir la situación hacia el lado de los derechos humanos y no de la barbarie. Se trata de posibles futuras distorsiones que reducen considerablemente las garantías en la frontera común exterior de la Unión Europea, incluido en el procedimiento de protección internacional. Con el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo y sus instrumentos, como la propuesta de reforma del Código de fronteras Schengen, la propuesta de reglamento relativo a las situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo sobre la que existe ya acuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo, u otras que se están negociando. Estamos siendo testigos de un debate público que evidencia un futuro incierto para los derechos de las personas desplazadas con escasos recursos que tienen como objetivo la Europa fortaleza y que pretenden acceder a ella por las fronteras terrestres.

El presente trabajo estudia el rechazo en frontera como una figura que, a pesar de su supuesto intento de legalización, es contraria al derecho por cuanto su práctica impide el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional para que sean ajustadas al ordenamiento y ponen en serio peligro el principio de *non-refoulement* y la protección de personas en situación de vulnerabilidad en la frontera. Se tienen también en consideración los diferentes instrumentos propuestos como reglamentos por el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo que limitarán la protección internacional en la frontera común exterior a través del uso del concepto de «instrumentalización de migrantes» al generar un espacio propicio para la práctica de devoluciones sumarias de personas desplazadas. Esta investigación, por tanto, pretende analizar la figura del rechazo en frontera a través de una lectura de la normativa y de la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional para que sean admisibles jurídicamente; revisar críticamente el posicionamiento del TEDH con relación a la prohibición de expulsiones colectivas en la frontera sur; estudiar las vulneraciones de derechos que implican las devoluciones sumarias que pretenden ampararse bajo el rechazo en frontera; reseñar los argumentos del Defensor del Pueblo y de distintos órganos de Naciones Unidas con respecto a esta práctica; y, finalmente, examinar las implicaciones que tiene la instrumentalización de migrantes

en el contexto de la Unión Europea para el derecho de asilo de las personas desplazadas y su conexión con las devoluciones sumarias en la frontera.

Así, en un primer momento, este texto abordará la problemática jurídica de los hoy explicitados legalmente como rechazos en frontera mediante el análisis de su evolución normativa, la interpretación dada por parte del Tribunal Constitucional para que sean jurídicamente admisibles, las recomendaciones del Defensor del Pueblo, institución crítica con esta práctica, y los problemas que suscitan para la protección de los derechos humanos en la frontera. Posteriormente se recogen, desde una perspectiva internacional, los posicionamientos del TEDH y de diversos órganos de naciones Unidas acerca de las devoluciones sumarias reconocidas como rechazos en frontera en Ceuta y Melilla. Finalmente, dedicaremos un espacio a las propuestas reglamentarias en marcha en la Unión Europea que abordan la instrumentalización de la migración como elementos clave en el afianzamiento de una Europa cerrada a la inmigración sin capital y cada vez menos garante de los derechos humanos de las personas que tocan a su puerta.

2. Rechazos en frontera. Normalización de una ilegalidad

El Estado español ejerce la función de frontera exterior comunitaria de una Unión Europea (UE) que tiene como mandato desarrollar «una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, [...], así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas» (TFUE, art. 79) sin perder nunca de vista la obligación de «garantizar el respeto del principio de no devolución» (TFUE, art. 78) consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, tal y como informan los artículos 78 y 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Sobre el papel, por lo tanto, son objetivos de la UE la gestión eficaz de la inmigración, la prevención de la inmigración irregular y la lucha contra la trata de seres humanos. Ahora bien, esos compromisos jurídicamente vinculantes no se están logrando porque las políticas no están orientadas hacia su consecución y así lo demuestra la práctica. Las entradas irregulares detectadas en la frontera no hacen sino aumentar¹ y no existen vías para una migración segura y legal tal y como prescribe el Pacto Mundial de las Migraciones², todo lo cual repercute negativamente en las personas refugiadas y en las víctimas de trata, quienes se topan con unas vallas físicas y simbólicas para alcanzar su ansiada paz y seguridad. Realmente, y tal y como señala Arce Jiménez, las políticas comunitarias en materia de migración

no frenan los flujos migratorios irregulares [y] configuran un contexto muy propicio para las organizaciones que se lucran con [la trata de personas por ser] las únicas con capacidad para facilitar el acceso material al territorio europeo ante la ausencia casi

¹ Frontex (2022). *EU external borders in October: Number of irregular entries on the rise*. <https://tinyurl.com/3dzf8kuz>; Frontex (2023). *Half of arrivals to the EU through the Central Mediterranean*. <https://tinyurl.com/faj8u77u>. Asimismo, en su informe sobre riesgos, Frontex dice que este tipo de entradas siguen suponiendo un reto para la agencia y probablemente lo serán aún más en el futuro ya que se espera un nuevo aumento de las entradas clandestinas [Frontex (2022). *Risk Analysis for 2022/2023*. Frontex, p. 16].

² Aunque se trata de un instrumento no vinculante, es una herramienta de *soft law* de relevancia que España aprobó y se comprometió a cumplir. En mayo de 2022 reiteró su compromiso para llevar a cabo una gestión fronteriza integrada, segura y coordinada mediante una cooperación bilateral y regional sobre la base del respeto al Estado de derecho, las obligaciones internacionales y los derechos humanos. Véase Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (2022). El secretario de Estado de Migraciones reafirma en Naciones Unidas el compromiso de España con el Pacto Mundial de Migraciones. Nota de prensa de 2º de mayo de 2022. <https://tinyurl.com/2sr7jsw4>

absoluta de vías de acceso legales y seguras para ello (Arce Jiménez, 2019, pp. 172-173).

De ello se desprende la siguiente argumentación lógica: si no se están logrando los objetivos establecidos en el TFUE es porque las herramientas que se han diseñado a tal fin no son eficaces. Si a pesar de ello se insiste en usar esos instrumentos, no es descabellado preguntarse si en verdad lo que se está persiguiendo es algo distinto a los objetivos declarados, una «intencionalidad política última [que está] lejos de ser declarada» (Arce Jiménez, 2019, p. 148). En efecto, puede que el ejercicio de unas políticas nefastas para alcanzar las metas de la UE en el ámbito fronterizo y que repercuten muy negativamente en los derechos humanos de personas desplazadas que los Estados miembros se han obligado a respetar, proteger y garantizar se deba al simbolismo de la frontera como un espacio en el cual el Estado, con una soberanía cada día más débil, puede proyectar su fortaleza. Y lo hace sobre las personas, el «último reducto de la soberanía estatal» toda vez que el control de las mercancías y los capitales ya no está a su alcance (Solanes Corella, 2016, p. 149).

La frontera que separa España de Marruecos en Ceuta y Melilla marca no solo la extensión y límite de la jurisdicción de cada uno de esos Estados, sino también, y como desgraciadamente vemos a menudo, la tenue y fina separación entre el mundo del derecho y el de la barbarie; una distancia con consecuencias trágicas para las vidas de muchas personas³. La organización *Human Rights Watch* ha declarado que «la política de devoluciones sumarias de España contribuyó a las muertes de migrantes en sus fronteras terrestres y marítimas» (2023, p. 555). El Estado español, a través de su Gobierno, ha mostrado siempre su más firme apoyo a la expulsión ilegal de personas en dichas fronteras con las devoluciones sumarias como una «práctica consolidada» desde 2005 (González García, 2017, p. 31)⁴.

2.1. La figura de los rechazos en frontera: evolución, posicionamiento del Tribunal Constitucional y críticas del Defensor del Pueblo

2.1.1. La introducción de una nueva figura para expulsar a personas migrantes

La normativa de extranjería contempla tres herramientas para la deportación de personas extranjeras. Se emplea la expulsión como sanción administrativa en el caso en que sean halladas en situación irregular en el territorio español (artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; en adelante, «LOEX»), mientras que la devolución es la solución prevista para aquellas que habiendo sido expulsadas previamente se encuentren de nuevo en España incumpliendo la prohibición de entrada y para aquellas «que pretendan entrar ilegalmente en el país» (artículo 58.3 LOEX). La tercera vía es la denegación de entrada prevista para quien no reúne los requisitos durante el control en el puesto fronterizo (artículo 26.2 LOEX). Todas ellas son procedimientos administrativos que conforme a la citada ley y a su reglamento de desarrollo conllevan una serie de garantías y derechos para la persona afectada con el fin de asegurar la

³ La muerte y desaparición de, al menos, 37 y 76 personas respectivamente, según Amnistía Internacional, el 24 de junio de 2022 en Melilla constituyen un ejemplo de estas características en la gestión fronteriza en dicha ciudad autónoma. Amnistía Internacional (26 de junio de 2023). *Tragedia en la valla de Melilla: Un año de impunidad tras la masacre*. <https://rb.gy/adf0j0>

⁴ Baste indicar que en solo dos incidentes (mayo de 2021 en Ceuta y el mencionado previamente de junio de 2022 en Melilla), las autoridades llevaron a cabo alrededor de 6000 devoluciones sumarias y colectivas de migrantes. Véase Asylum Information Database (2022). Informe de país: España 2021. Resumen ejecutivo, p. 2, disponible en: <https://rb.gy/4doo0h>; y Asylum Information Database (2023). Informe de país: España 2022. Resumen ejecutivo, p. 2. <https://rb.gy/y9ubs0>

tutela judicial efectiva a la que tienen derecho tal y como señala el artículo 20.1 LOEX. Ello incluye la existencia de un procedimiento contradictorio, con audiencia y con resoluciones motivadas y recurribles, y el derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la asistencia de intérprete (artículos 21 y 22 LOEX). Esas tres son las únicas herramientas legales y conformes al derecho internacional con las que cuenta el Estado español para excluir a las personas desplazadas no deseadas.

Sin embargo, a veces la respuesta legal no es la más rápida o la más ágil para lograr los objetivos reales que pueda tener un Estado. Efectivamente, es posible actuar con mayor celeridad si obviamos el derecho puesto que las garantías, el examen de las circunstancias, la motivación de las decisiones y el control de un procedimiento reglado requieren de un mínimo razonable de tiempo. La tutela judicial efectiva requiere de esfuerzos por parte del Estado. Si su meta es rechazar a personas indeseadas que pretenden entrar en su territorio y asocia una gestión eficaz de las fronteras a una respuesta rápida y urgente, puede caer fácilmente en la tentación de actuar al margen de la ley. En cambio, si por el adjetivo «eficaz» entendemos el respeto pleno de los derechos humanos de las personas afectadas, solo la vía del derecho y de los derechos humanos es posible. El Estado español ha optado por el primero de estos dos caminos y así lo evidencia la situación en Ceuta y Melilla. Debido a la situación geográfica de estas dos ciudades autónomas, únicos territorios de soberanía europea que tienen frontera física y terrestre con el continente africano en el que se encuentran, España ha venido practicando una deportación sumaria sistemática en dichos lugares para evitar la entrada de personas y el empleo de las herramientas jurídicas de las que dispone para llevar a cabo su objetivo de excluirlas.

Conocidas mediáticamente como «devoluciones en caliente», estas deportaciones sin procedimiento alguno y sin identificación de las personas afectadas han sido la respuesta clave en la gestión fronteriza del Estado español en aquellas ciudades autónomas. Se trata de prácticas que «contravienen radicalmente la legalidad internacional y nacional» (De Gil Blanco Rajoy, 2020, p. 26) que no ha escondido o negado, sino que, al contrario, ha defendido desde el primer momento. Para apoyarlas, primero aludió a su legalidad e incluso propuso un absurdo concepto «operacional» de frontera, inadmisibles jurídicamente, para indicar que la jurisdicción española comenzaba no con la entrada en el territorio, sino una vez se traspasara el dispositivo policial destinado a controlar la entrada de personas migrantes (Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, 2015). El Gobierno español parecía olvidar que es la realidad física la que determina la entrada en un territorio dado con independencia de que el control de su legalidad se produzca en un momento posterior (González García, 2015). Posteriormente, mediante una enmienda añadida de manera irregular (Martínez Escamilla *et al.*, 2015) con el fin de evitar los trámites preceptivos pertinentes a la tramitación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana o Ley de Seguridad Ciudadana (LSC) que añadió finalmente la disposición adicional décima (DA10) a la LOEX se dio cobertura legal mediante la figura del «rechazo» o rechazo en frontera a unos hechos que, supuestamente y siempre bajo el prisma del Gobierno, eran ya conformes a la ley.

La DA10, por tanto, crea un instrumento que más que dar cobertura legal, dota de «apariencia de legalidad» a lo que el Estado español venía practicando y que consideraba ya amparado por la ley, pero en puridad las devoluciones en caliente no pueden ni siquiera ser justificadas bajo el nuevo término técnico de rechazos en frontera (González García, 2017, p. 31). Conforme a estos, en efecto, «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», lo cual implica una vía de hecho, es decir, una práctica sin procedimiento que vele por la tutela judicial efectiva del afectado. Sin embargo, se exige que, «en todo caso» dicho rechazo se lleve a cabo «respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional» para lo cual se determina que las solicitudes de asilo se formalicen «en los lugares habilitados al efecto». La redacción del texto hace que esta disposición sea inaplicable por contradictoria más allá de su imposible encaje con el derecho porque ¿cómo se puede respetar dicha normativa si no existe un procedimiento que incluya la identificación individualizada de personas necesitadas de protección? Para Vacas Fernández, la respuesta es clara: «la teoría jurídica construida para sostener la legalidad de las expulsiones sumarias no casa, porque es imposible que lo haga, con la realidad en que consiste dicha *actuación material coactiva*» (Vacas Fernández, 2021, p. 371). Asimismo, y teniendo en cuenta que los «elementos de contención fronterizos» se sitúan en territorio español, la DA10 estaría haciendo referencia a la interceptación de personas migrantes dentro del Estado español y bajo la custodia de funcionarios españoles, por lo que no se trataría en puridad de rechazar a quien no ha traspasado la frontera, sino de impedir que la persona que lo haya hecho continúe permaneciendo en el territorio en el que ya se halla, por lo que nos hallamos ante un caso para el cual existe ya una herramienta, la devolución prevista en el artículo 58.3 LOEX (González García, 2017).

Al ser del todo incompatible el cumplimiento de las obligaciones internacionales con una práctica sin procedimiento (Carbó Xalabarder y Sanz Villar, 2016; Fernández Pérez, 2021), las devoluciones en caliente no pueden estar amparadas en ningún caso por la DA10 de la LOEX. Y esto es así porque, por un lado, la literalidad de dicha disposición implicaría introducir un procedimiento reglado que es inexistente en la práctica de las devoluciones sumarias; por otro lado, porque el respeto, protección y garantía del derecho internacional de los derechos humanos tiene unas exigencias mínimas que requieren de la identificación de las personas en la frontera y de un procedimiento individualizado con tutela judicial efectiva. El Estado español tiene la obligación de respetar el derecho de asilo que ha sido además consagrado como derecho fundamental (artículo 13.4 CE). Se regula en la Ley 12/2009, de 12 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en la cual se enumeran una serie de derechos para las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional como son el derecho a la información sobre el procedimiento para las personas solicitantes o con indicios de reunir los requisitos de persona refugiada (artículo 17.3); la prohibición de devolver o expulsar a personas refugiadas o solicitantes de asilo (artículos 5 y 18.1, letra d); el derecho a la acogida (artículo 30) en los términos establecidos por el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional; o el derecho al trabajo pasados seis meses desde la formalización de la solicitud (disposición adicional vigesimoprimer 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).

Asimismo, la falta de identificación afectaría, entre otras, a víctimas de trata de seres humanos o a menores no acompañados quienes serían deportadas sin cumplir por tanto España con sus responsabilidades internacionales e internas con respecto a estos dos colectivos. No hay identificación de colectivos en situación de vulnerabilidad específica ni de las necesidades de protección de cualesquiera personas que se hallen en esa situación y tampoco existe un procedimiento en el que la persona interesada cuente con asistencia jurídica gratuita, la asistencia de un intérprete y tenga derecho a recurrir una decisión debidamente motivada. Todo ello desaparece y el derecho se suspende de esta forma en las fronteras de Ceuta y Melilla.

El Gobierno, sin embargo, insiste en ello y considera que están cubiertas por la DA10 e incluso que ya lo estaban antes de la introducción de su introducción en la LOEX y que, además, la jurisprudencia le ha dado la razón al respecto. Cuanto menos, se puede decir que, efectivamente, las sentencias del Tribunal Constitucional y del TEDH que se analizan en este trabajo no son un rechazo explícito de las devoluciones en caliente o de la figura de los rechazos en frontera si bien, a nuestro juicio, tampoco son un apoyo incondicional y sin fisuras.

2.1.2. Vulneración sistemática de derechos humanos en la frontera

Las devoluciones sumarias o rechazos en frontera vulneran la propia normativa de extranjería al privar a las personas afectadas de una tutela judicial efectiva, que incluye la asistencia letrada y de intérprete, y el derecho a un recurso (artículos 20-22 LOEX), ante la falta de un procedimiento que vele por dichas garantías y pueda ser sometido a revisión judicial. Asimismo, podría afirmarse que la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que las llevan a cabo podría subsumirse en diferentes tipos penales. Así, un funcionario que devuelva o expulse de forma sumaria y forzosamente a una persona extranjera que se halle en territorio español y bajo su custodia podría estar impidiendo de forma coactiva el acceso de aquella a un derecho fundamental como es el derecho de asilo, le estaría privando de asistencia letrada, e incluso podría argumentarse que está llevando a cabo una vía de hecho arbitraria a sabiendas de su injusticia. Todo ello podría conllevar una responsabilidad penal por conductas tipificadas como delito de coacciones (artículo 172 del Código Penal, CP), el delito de privación de asistencia letrada (artículo 537 CP), el delito de privación del ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos constitucionalmente y por la ley (artículo 540 CP) o el de prevaricación (artículo 404 CP) (Martínez Escamilla *et al.*, 2014). Sin embargo, aquí se reflejarán aquellas vulneraciones de derechos humanos relacionadas con las obligaciones internacionales vinculantes para España en virtud de los tratados internacionales que son expresamente mencionadas por la DA10 y la interpretación dada por el TC para condicionar la constitucionalidad de dichas prácticas.

2.1.2.1. El principio de no devolución

El artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe expresamente la expulsión y devolución de personas refugiadas a «territorios donde su vida o su libertad peligre» por los motivos de persecución enumerados en su definición de persona refugiada. Recogido también en el artículo 5 de la ley de asilo, se trata del principio de *non-refoulement* que se ha consagrado ya como norma de *ius cogens* y cuya imperatividad se ha visto apoyada por su vinculación con otras normas del derecho internacional de los derechos humanos (Solanes Corella, 2021).

En efecto, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y el artículo 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) prohíben expresamente la expulsión de migrantes a lugares en los cuales puedan ser sometidos a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Por su parte, el 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH]) protegen a las personas frente a dicho tipo de maltrato, pero sin mencionar medidas de expulsión o devolución. Sin embargo, tanto el Comité de Derechos Humanos como el TEDH han hecho extensiva la protección dispensada por dichos preceptos al ámbito del retorno forzado de personas migrantes. El primero de ellos así lo reflejó en su Observación general número 7 sobre el artículo 7, adoptada el 10 de marzo de 1982,

en su noveno párrafo, reemplazada en 1992 por su Observación general número 20 sobre la misma materia y que de nuevo incluye la alusión al ámbito de aplicación de esta prohibición en el contexto de la extradición, expulsión o devolución, también en su párrafo noveno. Este mismo comité ha vinculado incluso el artículo 6 referido al derecho a la vida al principio de *non-refoulement*⁵. Por su parte, el TEDH ha vinculado la prohibición de un trato inhumano o degradante a dicho principio entendiendo que la protección frente a ello es uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas y que expulsar a una persona a un territorio en el que haya riesgo de sufrir ese tipo de trato supondría una vulneración del artículo 3 del CEDH⁶. Se trata, además, de un derecho absoluto en el derecho internacional ante el cual no caben excepciones (Carbó Xalabarder y Sanz Vilar, 2016, p. 377).

El rechazo en frontera, como devolución sumaria que es, implica la vulneración directa de esta norma imperativa del derecho internacional. La falta de un procedimiento para la identificación de necesidades de protección internacional impide reconocer a personas solicitantes de asilo que no son sino personas refugiadas en potencia. Conviene destacar aquí que, si bien el estatuto de persona refugiada se otorga a la persona que solicite asilo con éxito, dicha concesión no es constitutiva de su condición de persona que huye de su país de origen por alguno de los motivos enumerados en la normativa de asilo, sino que es meramente declarativo de dicha situación (López Garrido, 1991). Expulsar o devolver a personas que tienen intención de solicitar asilo equivaldría a retornar forzosamente a personas que pueden ser ya refugiadas, pero que requieren de un procedimiento para que se les considere como tal por parte del Estado español. Se trataría de personas refugiadas a la espera de dicho reconocimiento. Por ello, los estándares y normas referidos a las personas refugiadas deben ser también aplicados a las solicitantes mientras esperan el resultado de su petición.

En el caso del Estado español, el ordenamiento jurídico prevé una autorización temporal de permanencia en el territorio durante la tramitación del procedimiento de protección internacional y que implica necesariamente el respeto del principio de no devolución. Asimismo, se contemplan otros derechos esenciales para la integración de personas refugiadas mientras son solicitantes, como el de trabajo una vez hayan transcurrido seis meses desde la formalización de su solicitud y el de ser receptoras de condiciones materiales de acogida. Este último se extiende más allá de la solicitud para abarcar también a personas que ya son beneficiarias del estatuto de persona refugiada o de la protección subsidiaria. El rechazo en frontera imposibilita el disfrute de estos derechos y al tratarse de una actuación carente de procedimiento vulnera también los preceptos de la normativa de extranjería referidos anteriormente relacionados con la tutela judicial efectiva (art. 20 LOEX) y el derecho a un recurso (art. 21 LOEX).

2.1.2.2. Trata de seres humanos

La ausencia de identificación también pone en entredicho las obligaciones internacionales de España en materia de prevención de la trata de seres humanos y de protección de sus víctimas. Tipificada como delito que lleva aparejada una pena privativa de libertad de cinco a ocho años conforme al artículo 177 *bis* del Código Penal, la trata está regulada en varios instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes para el Estado español. La Convención sobre la eliminación de todas las

⁵ Asunto de *Ioane Teitiota contra Nueva Zelanda*, dictamen a la comunicación número 2728/2016, aprobado el 24 de octubre de 2019 (CCPR/C/127/D/2728/2016).

⁶ Sentencia del TEDH de 23 de julio de 2020, *M.K. y Otros c. Polonia*, demandas 40503/17, 42902/17 y 43643/17 (párrafos 166-168).

formas de discriminación contra la mujer contempla la trata como una forma de violencia y discriminación ante la cual se deben tomar todas las medidas apropiadas para suprimirla (artículo 6). Por su parte, y de forma más detallada, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo) obliga a los Estados parte ofrecer información a las víctimas sobre los procedimientos existentes en la normativa, adoptar medidas para favorecer su recuperación física, psicológica y social y garantizar su seguridad física mientras se hallen bajo su jurisdicción (artículo 6). Por lo que respecta a la frontera, se contempla la repatriación de víctimas solo en condiciones de seguridad (artículo 8), pero se solicita a los Estados a establecer vías para permitir la permanencia temporal o indefinida en el territorio (artículo 7). Asimismo, se menciona el deber estatal de reforzar el control fronterizo para prevenir y detectar la trata, y de establecer redes de cooperación transfronteriza (artículo 11). Este refuerzo no puede entenderse en clave securitaria y restrictiva de derechos, sino de ser efectivos en la identificación con el objetivo de prevenirla. El Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas de 2010 también recoge la necesidad de capacitar a agentes en las fronteras para encontrar e identificar a víctimas de trata (párrafo 29).

Otro instrumento fundamental en esta materia, en este caso en el contexto europeo, es el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia). De forma similar al Protocolo de Palermo, insta a los Estados a establecer mecanismos idóneos para la identificación de víctimas (artículo 10) con el objetivo de prevenir la trata y de dotarles de la asistencia que sea necesaria (artículo 12), y de reforzar los controles fronterizos con ese mismo fin. Reiteramos aquí lo mencionado a propósito del Protocolo de Palermo cuando afirmábamos que dicho refuerzo no debe entenderse desde una perspectiva de limitación o derogación de derechos, sino de capacitación del personal y medios para asegurar una correcta identificación de víctimas de trata. A diferencia del Protocolo de Palermo, el Convenio de Varsovia obliga a los Estados a crear permisos de residencia renovables cuando se considere necesaria la permanencia de las víctimas ateniéndose a su situación personal o cuando sea pertinente a efectos de su cooperación con las autoridades en la investigación penal correspondiente (artículo 14).

En el seno de la Unión Europea, conviene destacar la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. En ella se recogen elementos ya vistos en el Protocolo de Palermo y en el Convenio de Varsovia que afianzan las obligaciones del Estado español en este ámbito. La norma comunitaria prevé medidas para asistir y apoyar a víctimas, entre las cuales se destaca su necesaria identificación (artículo 11.4), para lo cual se requiere de los Estados que formen periódicamente al funcionamiento y agentes de primera línea en las fronteras para detectar a las víctimas con el fin de brindarles la protección prevista en esta Directiva (artículo 18.3).

Al igual que sucede en el caso de personas con necesidades de protección internacional, la ausencia de identificación de víctimas de trata impide dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado español y, lo que es peor, imposibilita atender, apoyar y proteger a aquellas. El rechazo en frontera también plantea serios problemas de encaje con la propia norma que lo establece. El artículo 59bis LOEX, sobre víctimas de la trata de seres humanos, determina que las autoridades adoptarán las medidas que sean necesarias para detectarlas conforme al artículo 10 del Convenio de Varsovia. Asimismo, cuando aquellas crean que existen motivos razonables para creer que una persona en situación administrativa irregular

haya sido víctima, le informarán de las vías legales existentes y solicitarán un periodo de restablecimiento y reflexión, de al menos 90 días, en el cual se suspende la ejecución de la expulsión o devolución del territorio. Posteriormente, y teniendo en cuenta el Convenio de Varsovia, se le ofrece a la víctima el retorno asistido o se le otorga una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando sea necesario para su cooperación con las autoridades o debido a su situación personal. ¿Cómo pueden llegar a la conclusión de que existen esos motivos si no hay identificación previa? Nunca se podrá si se llevan a cabo devoluciones sumarias.

2.1.2.3. Protección de menores no acompañados

Otro ámbito esencial de derechos humanos en la frontera que se ve gravemente afectado por las devoluciones sumarias es el de la protección del menor. El Estado español ha sido denunciado de forma reiterada por el Comité de los Derechos del Niño (CDN) por el procedimiento de determinación de edad aplicado a menores no acompañados (Solanes Corella y Hernández Moreno, 2022), pero también por la práctica de las devoluciones sumarias en la frontera.

En concreto, el CDN emitió un dictamen en febrero de 2019⁷ en un asunto en el cual el denunciante era un menor de nacionalidad maliense que permaneció varias horas encaramado a una de las vallas de Melilla y que posteriormente, una vez en el suelo, fue detenido y expulsado a Marruecos sin ser identificado y sin que en ningún momento se le ofreciera asistencia, agua, comida o un intérprete para comunicarse con él. Planteó una queja individual ante el CDN alegando que la deportación sumaria no tuvo en cuenta su interés superior como menor, que no recibió la protección y asistencia especial del Estado como menor privado de su medio familiar, y que la devolución, sin procedimiento e identificación, le expuso a daños irreparables por entender que las autoridades españolas debían saber el riesgo que corría de sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes en Marruecos por su condición de menor y extranjero.

En sus conclusiones, el CDN afirmó la violación de los artículos 3, 20 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño al considerar que la falta de un proceso de identificación y evaluación de su situación y haberle negado la oportunidad de presentar alegaciones a su eventual deportación son contrarios al principio del interés superior del menor y a su derecho a recibir protección estatal contemplados en los artículos 3 y 20, respectivamente. Asimismo, entiende que las autoridades españolas, antes de devolverlo a Marruecos, debían haber identificado al menor, escuchar sus circunstancias personales y evaluar el riesgo de persecución o de daño irreparable en territorio marroquí, por lo que la ausencia de todo procedimiento supuso una violación del artículo 37. Además, en este sentido el CDN advirtió que la vulneración de dicho precepto no se debió exclusivamente a no tener en cuenta dicha amenaza para la vida del menor, sino que se incumplió también por el trato recibido en territorio español. Así, para el CDN haber sido detenido y esposado en un contexto de migración internacional sin haber sido escuchado, sin asistencia jurídica y sin intérprete constituye en sí mismo un trato o pena cruel, inhumano o degradante conforme a dicho artículo.

⁷ Asunto de *D.D. contra España*, dictamen a la comunicación número 4/2016, aprobado el 1 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016).

2.2. El Tribunal Constitucional y la constitucionalidad condicionada del rechazo en frontera

El 19 de noviembre de 2020, el Tribunal Constitucional (TC) dio respuesta a un recurso de inconstitucionalidad planteado por miembros de diversos grupos parlamentarios con relación a varios artículos de la LSC, entre los cuales se incluía su disposición final primera que adicionó la DA10 de la LOEX sobre el «régimen especial de Ceuta y Melilla»⁸. Para los recurrentes, dicha disposición final no tenía relación con la normativa de extranjería y creaba un nuevo régimen contrario a los mecanismos existentes en el ordenamiento para proceder al retorno de personas desplazadas en situación administrativa irregular. Al no existir un procedimiento como tal, entendían, además, que se abría la puerta a una verdadera vía de hecho en la frontera que era contraria a la jurisprudencia del TEDH y a la aplicación del principio de no devolución. Conviene destacar en este punto que el recurso se interpuso en 2015 y las sentencias del TEDH que citaron eran de los años inmediatamente anteriores como, por ejemplo, la del asunto *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* de 23 de febrero de 2012.

El examen del TC comienza afirmando que no reunir los requisitos de estancia o residencia en el territorio español «no permite al legislador privarles de derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa» y que las personas que están siendo rechazadas en la frontera «mientras se encuentra en los elementos de contención ubicados en el territorio español» son titulares de las garantías del ordenamiento jurídico español⁹. La sentencia manifiesta de forma expresa que las personas en situación administrativa irregular gozan de los derechos que la Constitución recoge y garantiza para todas las personas, de forma que la irregularidad no supone bajo ningún concepto una ausencia total de titularidad de derechos. Asimismo, y después de enumerar los distintos procedimientos relativos a la salida obligatoria de personas en esa situación, enfatiza la importancia de la tutela judicial efectiva de la que son titulares en ese contexto específico y que incluye el respeto de las garantías del procedimiento administrativo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita y de intérprete como refuerzo a su derecho de defensa, y el derecho a un recurso.

Posteriormente analiza en detalle la figura del rechazo en frontera. Menciona que guarda similitud con la devolución prevista en el artículo 58.3 LOEX y que la singularidad de Ceuta y Melilla como única frontera exterior del espacio Schengen en tierras africanas permite defender la razonabilidad de establecer un régimen específico en dichas ciudades autónomas, si bien, como sostienen algunos autores, la presión migratoria o la especificidad de dichas ciudades autónomas no pueden servir de justificación o pretexto para eximir a España de sus obligaciones internacionales y para reducir las garantías procesales y limitar los derechos humanos de las personas migrantes (González García, 2017, p. 57; De Gil Blanco Rajoy, 2020, p. 27). A diferencia del TEDH que, como veremos, realiza un examen sobre las expulsiones de carácter colectivo y aplica la tesis de la conducta culpable o propia conducta para entender que no se vulnera la prohibición de expulsiones colectivas cuando la falta de decisiones individuales depende del comportamiento de las personas interesadas, el TC va más allá para aceptar la aplicabilidad del rechazo en frontera, es decir, de una práctica carente de procedimiento y garantías, también en el caso de entradas individuales y sin que medie violencia alguna.

⁸ Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad 2896-2015. «BOE» número 332, de 22 de diciembre de 2020.

⁹ Todas las referencias realizadas aquí a esta sentencia se hallan en su fundamento jurídico octavo.

Por lo que respecta a la existencia de una vía de hecho, la sentencia recuerda su doctrina que determina que la garantía contemplada por el artículo 106 de la Constitución no crea un derecho a

la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto [ya que] las garantías derivadas de este precepto constitucional se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de los que ellos consideran un incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley (TC, 172/2020).

Aquí, el TC está citando el fundamento jurídico undécimo de su sentencia 17/2013, de 31 de enero¹⁰. Dicho pronunciamiento versaba sobre la disposición adicional cuarta de la LOEX, es decir, sobre la inadmisión a trámite automática en determinados supuestos, pero sin que ello impidiera recurrir dicha actuación. No se trata, por lo tanto, de situaciones del todo similares. Además, termina su mención expresa de aquella decisión de 2013 en una frase que continuaba de la siguiente forma:

Extremo que se asegura mediante la obligación de motivación y el carácter impugnabile de la decisión administrativa, evitando así que existan comportamientos de la Administración pública inmunes al control judicial, pues aun cuando la decisión administrativa consista en la inadmisión se trata de una decisión adoptada en el ejercicio de potestades públicas y, por tanto, sujetas al control de los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Tales supuestos se cumplen en el supuesto examinado pues, en todo caso, la decisión de inadmisión ha de ser motivada (art. 20.2 LOEX) y recurrible (art. 21.1 LOEX) y la misma habrá de ser notificada al interesado con indicación de los recursos a interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlo, con lo que queda abierta la posibilidad de poder solicitar el correspondiente control jurisdiccional sobre la regularidad de la decisión adoptada. Apreciado que nada impide a los órganos jurisdiccionales examinar la conformidad o disconformidad a derecho de la decisión administrativa y, llegado el caso, ordenar que se proceda a la tramitación de la solicitud inicialmente inadmitida, ha de desecharse la alegada vulneración del art. 106 CE (TC, 172/2020).

El TC parece omitir intencionadamente esto último. Pone como ejemplo de cumplimiento del artículo 106 aquellas actuaciones motivadas y recurribles para evitar la arbitrariedad y que los actos de la Administración sean inmunes al control judicial, pero emplea solo la primera parte de la argumentación de la sentencia de 2013 para dictaminar que no toda ausencia de procedimiento implica una vía de hecho. Así lo hace constar en el contexto del rechazo en frontera, definido por el TC como

una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre [y que será una actuación material] sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera. (TC, 172/2020).

Sin embargo, el control judicial o las acciones o recursos mencionados por la sentencia solo podrá llevarse a cabo o interponerse si existe algún procedimiento que pueda ser sometido a revisión. Si no hay una identificación de la persona y una posterior resolución administrativa de rechazo, no podrá haber control del acto administrativo ni posibilidad de recurrir (Fernández Pérez, 2021; Cuadrón Ambite, 2021). Se trata, por lo tanto, de una vía de hecho (Martínez Escamilla y Sánchez

¹⁰ Sentencia 17/2013, de 31 de enero de 2013, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad 1024-2004. «BOE» número 49, de 26 de febrero de 2013.

Tomás, 2015) o, en palabras de Espiniella Menéndez (2016), de una cobertura legal de una vía de hecho.

Incluso si se aceptase el hecho de que la ausencia de todo procedimiento de identificación que culmine en una resolución motivada que pueda ser recurrida no constituye una vía de hecho, el Estado español tiene vigente un acuerdo bilateral con el Estado marroquí¹¹ para la readmisión de personas extranjeras que impone al Estado requirente el deber de identificar a la persona afectada en un procedimiento de solicitud al Estado requerido en el que constará la documentación poseída por aquella, las condiciones de su entrada y cualquier otro tipo de información pertinente. Por otro lado, se prevé la denegación de dicha readmisión cuando se pretenda devolver a una persona al Estado requerido con el objetivo de que sea posteriormente a otro Estado cuando corra el riesgo de sufrir malos tratos en el Estado de destino. Es decir, incluso en este caso se exige identificación de la persona en un procedimiento que debe velar por su seguridad en caso de que exista peligro de sufrir tratos inhumanos o degradantes.

El TC concluye afirmando la constitucionalidad condicionada de la disposición final primera de la LSC. Conforme a la sentencia, para que la DA10 de la LOEX resultante sea conforme a la Constitución, debe interpretarse conforme a tres principios. En primer lugar, debe aplicarse a entradas individualizadas. De esta forma, previene posible práctica de expulsiones colectivas prohibida por el artículo 4 del Protocolo número 4 del CEDH. Sin embargo, la devolución en caliente de grupos de personas es habitual, pública y notoria en las fronteras de Ceuta y Melilla y dicha práctica se justifica al amparo del rechazo en frontera. En segundo lugar, debe permitir un pleno control judicial. En este sentido, tal y como afirmábamos anteriormente, no podrá examinarse una actuación cuya materialización física no ha sido trasladada al mundo del derecho ante la falta de procedimiento y de resolución. Por último, se exige que se cumplan las obligaciones internacionales¹². Este punto, relacionado estrechamente con el anterior, es del todo inviable.

La falta de identificación de las personas interesadas, la ausencia de acto administrativo sometido a un procedimiento con una resolución motivada y recurrible impiden, y no solo dificultan, el cumplimiento de deberes como la protección de víctimas de trata de seres humanos, de menores, o el respeto del principio de no devolución de personas refugiadas o solicitantes de asilo, así como de aquellas cuya devolución pueda suponer un trato inhumano o degradante ya sea en el país al que sean devueltas o en su país de origen o residencia a través de la devolución en cadena. De forma similar se posicionó en su voto particular la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, a través del cual expresó que no existe justificación constitucional para restaurar la «legalidad migratoria transgredida» la ausencia de un procedimiento que permita el respeto a las garantías esenciales, ni entiende que pueda afirmarse que el rechazo en frontera cumple estrictamente con la Constitución. Para esta magistrada, la ausencia de procedimiento y la imposibilidad de llevar a cabo los rechazos en frontera de forma individualizada no permiten hacer real y efectivo el ejercicio de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1), garantizar los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de las autoridades (artículo 9.3), ni controlar judicialmente la legalidad de los actos administrativos ni someterlos a los

¹¹ Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13 de febrero de 1992. «BOE» número 100, de 25 de abril de 1992. Este instrumento entró en vigor el 21 de octubre de 2012 («BOE» número 299, de 13 de diciembre de 2012).

¹² El TC reiteró la constitucionalidad condicionada de esta disposición en su sentencia 13/2021, de 28 de enero, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad 3848-2015. «BOE» número 46, de 23 de febrero de 2020.

fines que los justifican (artículo 106.1). Por todo ello, para la magistrada debería haberse declarado la nulidad e inconstitucionalidad de la DA10 forma íntegra.

La decisión del TC es un varapalo a las aspiraciones garantistas que esperaban a una resolución favorable a una interpretación basada en derechos humanos después de la sorprendente decisión de la Gran Sala del TEDH meses antes. No obstante, una lectura paciente y reflexiva no hace sino indicar que el rechazo en frontera es realmente contrario a la Constitución por cuanto se declara su constitucionalidad condicionada a tres requisitos de los cuales el pleno control judicial y el cumplimiento de las obligaciones internacionales no pueden reunirse en ningún caso en este contexto y de hacerse dejarían de ser devoluciones en caliente para convertirse en otra figura hoy desconocida o las más semejantes y legales de expulsión y devolución que permiten el ansiado control judicial, individualización y cumplimiento de obligaciones internacionales.

Así, hoy sigue vigente la sistematización de la suspensión de derechos y del Estado de derecho para las personas migrantes en las fronteras de Ceuta y Melilla. En efecto, la práctica de devoluciones sumarias no es sino la total anulación del derecho (Aparicio, 2023) y eso es lo que parece desprenderse también de una reciente sentencia del Tribunal Supremo (TS) en la que se ha pronunciado sobre la expulsión de miles de menores que habían llegado a Ceuta los días 17 y 18 de mayo de 2021. En su sentencia de 22 de enero de 2024, el tribunal destaca varios puntos relevantes y que se diferencian de la postura del TC en su análisis de la práctica real del rechazo en frontera. Así, para el TS, en cualquier actuación administrativa las autoridades deben llevar a cabo sus actuaciones siguiendo un procedimiento reglado, y con más motivo si se trata de derechos fundamentales; no hacerlo sería contrario al imperativo del artículo 105 de la Constitución. Por lo tanto, la expulsión de los menores en un contexto de «absoluta inobservancia de trámites procedimentales» constituye una vía de hecho y una expulsión colectiva prohibida por el artículo 4 del Protocolo número 4 del CEDH ante la cual

no cabe oponer que el retorno se produjo materialmente por grupos de pocas decenas, ni que se llevó una relación escrita de los nombres de los menores retornados: no por ello su salida del territorio nacional dejó de ser consecuencia de una decisión de las autoridades españolas indiscriminadamente relativa a todos ellos, por no mencionar que tampoco el hecho material de cruzar la frontera de vuelta a Marruecos fue individual (TS, 86/2024)¹³.

2.3. Críticas y recomendaciones del Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo, como Institución Nacional de Derechos Humanos, ha sido activo en la denuncia del rechazo en frontera desde la creación de esta figura mediante la LSC. En 2015 este organismo formuló unas recomendaciones con el objetivo de que el nuevo régimen especial para Ceuta y Melilla respetara la jurisprudencia del TC y la normativa internacional. En concreto, consideró necesario el desarrollo urgente por disposición reglamentaria de la DA10 y se instó sin éxito al Ministerio del Interior a que siempre que se produjera un rechazo en la frontera se dictara «una resolución administrativa, con asistencia letrada y de intérprete e indicación de los recursos que se podrán interponer contra ella» dentro de un procedimiento en el que quedara constancia escrita de que a la persona migrante se le ha informado sobre protección internacional y de que se ha verificado su edad y su

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, sección cuarta), de 22 de enero de 2024, recurso número 6480/2024, resolución número 86/2024, ECLI:ES:TS:2024:114, FJ 7 y 8.

posible situación de víctima de trata de seres humanos (Defensor del Pueblo, 2016b, pp. 56-57).

Más recientemente, en 2021, el Defensor del Pueblo recordó a este mismo ministerio su deber legal de respetar el principio de no devolución de aquellas personas migrantes que entren en contacto con autoridades españolas, recordatorio que fue rechazado (Defensor del Pueblo, 2022, p. 125). En marzo de 2022 insistió, de nuevo sin éxito, en las obligaciones de la Secretaría del Estado de Seguridad del Ministerio del Interior de respetar la integridad física y moral de las personas migrantes y de evitar que sean sometidas a tratos inhumanos o degradantes, así como la necesidad de que los cuerpos y fuerzas de seguridad se encuentren siempre identificados y se abstengan de llevar a cabo prácticas abusivas, arbitrarias o discriminatorias y sin atenerse a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad¹⁴.

En octubre de 2022, debido a los hechos ocurridos el 24 de junio de ese mismo en Melilla, este organismo envió una recomendación a la Subsecretaría de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación para garantizar que las personas con necesidades de protección internacional puedan tramitar sus visados para solicitar asilo en España en la embajada y consulados en territorio marroquí. Ese mismo día formuló otra serie de recomendaciones y de recordatorios de deberes legales de nuevo ante la Secretaría de Estado de Seguridad, que volvieron a ser rechazadas. En concreto, solicitó, tal y como ya hizo en 2015, el desarrollo urgente de la DA10 de conformidad con la interpretación realizada por el TC y la existencia de un procedimiento que permita la identificación de personas con necesidades de protección internacional, de menores de edad y de víctimas de trata de seres humanos, y recordó las obligaciones de España sobre los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado a las que aludió en su comunicación con la Secretaría de Estado de Seguridad en marzo de ese mismo año. Como añadido, en esta ocasión el Defensor del Pueblo también recomendó adaptar la relación transfronteriza hispano-marroquí al Pacto Mundial de las Migraciones y su objetivo de gestionar la frontera de forma integrada, segura y coordinada para evitar la externalización del control migratorio que implica, en la práctica, abusos de derechos humanos por parte de unas autoridades marroquíes que impiden la llegada de personas migrantes a la frontera. Para ello, es imprescindible incrementar los operativos de atención humanitaria en la frontera y aplicar un enfoque basado en derechos en este ámbito¹⁵.

En su informe de 2022 aborda en un apartado específico el rechazo en frontera y denuncia que las actuaciones de las autoridades españolas que vigilan la frontera en Ceuta y Melilla impiden detectar menores de edad, solicitantes de asilo o personas con discapacidad ya que aquellas tienen como objetivo impedir que todas las personas que pretenden superar la valla no lo hagan y sean devueltas sumariamente. Para el Defensor del Pueblo, las vías de entrada seguras y regulares a la Unión Europea son inaccesibles para muchas de las personas desplazadas que buscan refugio en Europa. En contra de la postura del TEDH, este organismo advierte de la «imposibilidad de acceso físico a la embajada o consulados de los países por los que pasan en su tránsito migratorio», ya que la práctica totalidad de los trámites se realizan mediante citas telemáticas gestionadas por empresas subcontratadas para realizar la tramitación de visados, así como la ausencia de oportunidades para usar

¹⁴ Defensor del Pueblo. Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Melilla. 4 de marzo de 2022, disponible en: <https://tinyurl.com/4v28297m>.

¹⁵ Defensor del Pueblo. Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Melilla. 14 de octubre de 2022, disponible en: <https://tinyurl.com/muyr827s>.

el procedimiento de asilo previsto en la normativa, por lo cual un número significativo de personas arriesgan su vida con el fin de acceder al territorio a través de la valla para solicitar protección internacional (Defensor del Pueblo, 2023, p. 58 y ss.).

3. Una visión internacional de las devoluciones sumarias en España

El rechazo en frontera constituye una práctica contraria al derecho internacional de la cual España «es pionera y adalid» en Europa y «representa la última barrera para impedir el acceso a los derechos y garantías que los Estados europeos han de respetar al inmigrante irregular por exigencias del Estado de Derecho» (Sánchez Legido, 2020, p. 238). Se trata unas actuaciones que vienen ocurriendo «sin solución de continuidad desde el año 2005», tal y como afirmaba ya en 2014 el entonces ministro del Interior Fernández Díaz¹⁶, y que siguen siendo hoy recurrentes. De hecho, en 2021 y 2022 fueron muchos los casos denunciados de rechazos en frontera, devoluciones sumarias y expulsiones colectivas en las fronteras de Ceuta y Melilla (Asylum Information Database, 2023). Al erigirse el Estado español como uno de los países de la Unión Europea en los que más se lleva a cabo esta práctica y al ser una de las principales puertas de entrada a Europa, es pertinente hacer referencia aquí a organizaciones internacionales que se han manifestado expresamente sobre la admisibilidad o no de estos actos en la frontera, como han sido el Consejo de Europa a través del TEDH o la Organización de las Naciones Unidas mediante el Consejo de Derechos Humanos y los órganos de los tratados.

3.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su doctrina de la conducta culpable

La sentencia clave en el contexto europeo del rechazo en frontera en la frontera hispano-marroquí es la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 13 de febrero de 2020 en el asunto *N.D. y N.T. contra España*¹⁷. La sección tercera del TEDH había examinado en 2017 las demandas interpuestas por un nacional maliense y otro marfileño que habían sido objeto de devoluciones sumarias, sin procedimiento y sin posibilidad de recurrir la actuación de las autoridades españolas durante su intento de entrada a territorio español a través de las vallas de Melilla el 13 de agosto de 2014. En su sentencia de aquel año, la Sala concluyó que el Estado español había vulnerado el artículo 4 del Protocolo número 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido también como Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que prohíbe la práctica de expulsiones colectivas de personas desplazadas. En este caso, entendió que se trató de una expulsión y que fue colectiva al no existir una decisión individual de retorno para cada uno de los demandantes. Asimismo, consideró que España había violado también el artículo 13 del CEDH referido al derecho a un recurso efectivo ante la falta de procedimiento recurrible.

Llama particularmente la atención de esta decisión el voto particular emitido por el juez Dedov precisamente por el uso del lenguaje que denunciábamos anteriormente para referirse a las personas migrantes. En concreto, menciona que se trató de una «invasión» y un ataque a la frontera, personificada y protegida por los agentes de la Guardia Civil que, para el juez, «son personas como nosotros» y cuya situación ante la llegada de inmigrantes, a quienes no caracteriza en este caso como

¹⁶ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (2014). Comparecencia del señor ministro del Interior (Fernández Díaz), sesión núm. 25 de la Comisión de Interior, celebrada el jueves 13 de febrero de 2014, X Legislatura, núm. 500, p. 8.

¹⁷ Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *N.D. y N.T. contra España*, demandas número 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020.

personas, le hace plantear si no era la benemérita «[la] más vulnerable en este caso concreto» de «violencia» ejercida por aquellos.

La sentencia fue recurrida y la Gran Sala se reunió para emitir su veredicto el 13 de febrero de 2020. De forma sorpresiva, sobre todo por la fundamentación jurídica aportada, llena de contradicciones e incoherencias jurídicas, así como de errores de hecho (Carrera, 2020, p. 22), el TEDH dio un giro de ciento ochenta grados y decretó que el Estado español no había vulnerado el CEDH mediante aquella actuación. La postura discordante del juez Dedov en 2017 encontró acomodo en una Gran Sala que si bien reconoce que el contexto migratorio no puede justificar el desamparo jurídico y que los problemas de gestión migratoria no permiten llevar a cabo prácticas contrarias al convenio o sus protocolos, no tiene reparos en concluir que la devolución conjunta de personas migrantes sin procedimiento, sin identificación individualizada y sin permitirles la posibilidad de solicitar protección internacional o de otro tipo no vulnera la prohibición de expulsiones colectivas, a diferencia de lo establecido por la sección tercera en su sentencia de tres años antes.

Una expulsión es colectiva cuando no hay un análisis razonable y objetivo de cada caso individual de cada una de las personas que forman el grupo. No obstante, a su vez, la sentencia manifiesta que el hecho de que haya decisiones similares referidas a una multitud de personas no implica necesariamente la existencia de expulsiones colectivas si se les ofrece a aquellas la oportunidad de presentar alegaciones individuales ante la medida de expulsión, y que, además, el artículo 4 del Protocolo número 4 no garantiza el derecho a una entrevista individual en todos los casos ya que se cumplen sus requisitos si la persona extranjera tiene una «posibilidad real y efectiva» de presentar aquellas alegaciones. La decisión del tribunal da la clave después al mencionar que la propia conducta del interesado es un «factor relevante», de forma que, si la ausencia de una decisión individual se debe a aquella, no habrá vulneración de dicho precepto. El foco se está alejando de las obligaciones del Estado español para dirigirse al comportamiento de las personas en un contexto de violencia desproporcionada que dificulta el acceso a la justicia y al procedimiento de asilo de estas (Carreta, 2020) a través de un pronunciamiento que condiciona la prohibición de las expulsiones colectivas a dicha conducta mediante el empleo de un test de «dudosa eficacia [...] que representa un precedente potencialmente restrictivo, si no lesivo, del contenido y alcance de los derechos humanos protegidos por el CEDH (Sosa Navarro, 2020, p. 1058).

Para contextualizar su doctrina de la conducta culpable, hace mención expresa del asunto *Khalifa y Otros contra Italia*, de *M.A. contra Chipre*, los cuales hacen lo propio referenciando a los otros dos que también incluye la Gran Sala, el asunto *Berisha y Haljiti contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia* y el asunto *Dritsas contra Italia*. En *Berisha y Haljiti*, dos personas realizaron una solicitud conjunta de asilo que fue denegada. No se puede hablar aquí de conducta culpable. En el caso de *Dritsas*, según la versión dada por parte de las autoridades, que el TEDH consideró tan válida como una contrapuesta dada por los demandantes, estos se negaron a identificarse y ello propició la expulsión conjunta de decenas de ellos. Para la Gran Sala, estos casos se relacionan por la «falta de cooperación activa» cuando solo el último de ellos, si únicamente tenemos en cuenta la versión de las autoridades italianas, podría permitir hablar de dicha falta de cooperación.

Dicho principio de falta de cooperación activa como justificación para arbitrar la no vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas en el caso de la devolución sumaria de un conjunto de personas es la que considera el TEDH que debe aplicarse ante situaciones que reúnan las siguientes características: cruces sin autorización, por parte de un gran número de personas, las cuales emplean la fuerza,

y crean una «situación claramente perturbadora y difícil de controlar y pone en peligro la seguridad pública», siempre que el Estado proporcione un «acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada». Es decir, solo cuando no exista ese tipo de acceso a los cauces establecidos normativamente para acceder al territorio español podría hablarse de expulsión colectiva prohibida por el Protocolo número 4. ¿Existe un acceso efectivo y real a dichas vías? El TEDH se centra en dos concretas: el visado y el procedimiento de protección internacional. Es en este último donde centra su atención.

Por un lado, la Gran Sala examina la accesibilidad del puesto fronterizo de Beni Enzar habilitado para evaluar solicitudes de asilo. Para el TEDH no hay problema alguno en ello. Reconoce que de enero a agosto de 2014 solo se emitieron seis peticiones y que el número aumentó hasta alcanzar 404 desde septiembre hasta diciembre de ese año, pero que en ese número no se hallaban personas de origen subsahariano. Además, la propia sentencia determina que la cifra de solicitudes por parte de estas personas fue nula en 2015 y 2017, y que solo dos pudieron hacerlo durante 2016. Un informe del Defensor del Pueblo de 2016 ratifica la completa ausencia de solicitudes de personas subsaharianas tanto en Beni Enzar como en el puesto fronterizo de Ceuta y que, además, la llegada a dicho lugar no implica la formalización de la solicitud, sino simplemente la obtención de una cita para acudir de nuevo en otra ocasión (2016a). En su informe anual de 2022 reitera que «la única opción» disponible para muchas personas, mayoritariamente las de aquel origen, es «jugarse la vida en el intento de llegar, a cualquier precio, a un lugar seguro» (Defensor del Pueblo, 2023, p. 61) ante la imposibilidad de acceder a los puestos fronterizos habilitados para solicitar asilo.

La Gran Sala solo hace alusión a las estadísticas para argumentar que el aumento de solicitudes se debió solo a la llegada de personas sirias, cuando realmente esos números dan la razón a quien, como el ACNUR en sus observaciones escritas como tercera parte interviniente en este asunto, denuncia las dificultades e incluso la imposibilidad de personas africanas para acceder al procedimiento en este puesto fronterizo. Como señala Arce Jiménez, la oficina de Beni Enzar es un fracaso porque precisamente las autoridades marroquíes impiden que accedan a ella el perfil mayoritario del flujo migratorio en esa zona, las personas de origen subsahariano (2019). Esto lo corrobora el representante especial del secretario general para la migración y los refugiados a España del Consejo de Europa, el embajador Tomáš Boček, quien en su visita a España en 2018 constató que las autoridades españolas, cuando detectan movimientos cercanos a la frontera, avisan a la policía marroquí para que esta evite la llegada de personas migrantes a España¹⁸. Se trata de un ejemplo de externalización del control fronterizo que permite la vulneración de derechos humanos sin consecuencias jurídicas por cuanto el TEDH, sin negar la veracidad de lo concluido por Boček, señala que el Estado español no puede ser responsabilizado de lo que hagan las fuerzas y cuerpos de seguridad de Marruecos en el territorio de este último Estado, aun cuando ello impida la llegada de personas desplazadas a la frontera española y sea consecuencia de las advertencias de los agentes fronterizos españoles.

Además, la Gran Sala señala que los demandantes no demostraron siquiera haber intentado entrar por medios legales y que mencionaron las dificultades para acceder a Beni Enzar «solo en abstracto». El TEDH parece exigir aquí que los afectados deben verse directamente dificultados o imposibilitados personalmente en

¹⁸ *Report of the fact-finding mission by Ambassador Tomáš Boček, Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, to Spain, 18-24 March 2018 [SG/Inf(2018)25], 3 September 2018.*

su intento de solicitar protección internacional por los procedimientos legales para que luego puedan entrar de forma irregular sin ser sometidos a expulsión colectiva. Pero ¿cómo van a saber las autoridades si han utilizado esas vías sin éxito si se permiten las expulsiones colectivas «en abstracto»? Y aquí sí puede emplearse este término. Es decir, solo podrá saberse *a posteriori* que una persona expulsada ha intentado acceder personalmente a esa vía, ya que es imposible saberlo en el momento de la entrada si las autoridades españolas pueden proceder a su devolución sumaria sin identificación y sin procedimiento alguno.

Por otro lado, el TEDH alude al artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria («ley de asilo»), que contempla la posibilidad de que las representaciones diplomáticas del Estado español promuevan el traslado de solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de su petición conforme al procedimiento de protección internacional previsto en dicha norma. Para la Gran Sala, bastaba con su argumentación dada para defender la accesibilidad de Beni Enzar para justificar la aplicación de la doctrina de la falta de cooperación activa que permite concluir la ausencia de vulneración de la prohibición de las expulsiones colectivas, pero pretende reforzar su débil posicionamiento mediante, esta vez de nuevo, un «desconocimiento grosero de la realidad», por emplear las palabras de De Lucas (2020, p. 89), a la hora de explicar el procedimiento de protección internacional y la supuesta viabilidad de solicitar asilo en embajadas y consulados. Para el TEDH es suficiente con la existencia de dicho artículo y con el hecho de que en 2014 se hubieran presentado 346 solicitudes en dichas representaciones diplomáticas conforme a los datos aportados en el caso por parte de las autoridades.

Sin embargo, no hay posibilidad de solicitar protección internacional en esos lugares y es el margen de discrecionalidad que ofrece la redacción del artículo 38 el principal motivo de incumplimiento de este precepto (Sánchez Legido, 2020). Se trata, a fin de cuentas, de una clara falta de voluntad política. En efecto, a pesar de la posibilidad planteada, las cifras que ofrece la Oficina de Asilo y Refugio en sus informes anuales incluyen todas ellas, desde 2011, un asterisco para indicar que todas aquellas solicitudes que aparecen reflejadas como presentadas en embajadas son en realidad «solicitudes de extensión familiar» al amparo del artículo 40 de la normativa de asilo¹⁹. Esta figura, con el objetivo de mantener la unidad familiar, se prevé para otorgar el mismo tipo de protección a ascendientes, descendientes, cónyuges u otros familiares de una persona beneficiaria del estatuto de persona refugiada o de protección subsidiaria; es decir, no es una petición nueva, sino que está vinculada necesariamente a una solicitud de protección internacional emitida en España y que ha tenido éxito en su resolución.

Conforme a lo visto, el TEDH emplea el principio de falta de cooperación activa para convertirlo en una doctrina de la conducta culpable cuando supuestamente las personas afectadas tienen acceso real a medios legales de entrada, pero deciden no usarlos. Convierte una omisión como la falta de cooperación en una acción como se desprende de su idea de comportamiento culpable que impide a aquellas acogerse a las garantías del derecho. Se trata, por tanto, de un principio que implicaría que el reo no pudiera acogerse a las garantías de la normativa penal. Por si fuera poco, la Gran Sala advierte que los abogados de los demandantes no demostraron que, en caso de respetar el derecho interno o internacional, se hubiera impedido su expulsión si se hubieran registrado individualmente. Esto, en primer lugar, preocupa porque el TEDH parece reconocer expresamente que no se ha cumplido el derecho interno ni el

¹⁹ Véanse todos los informes de «Asilo en cifras» correspondientes a esos años publicados por la Oficina de Asilo y Refugio, disponibles en: <https://tinyurl.com/arff2kz4>.

derecho internacional. Por otro lado, se desprende que la sentencia está indicando que es indiferente incumplir la normativa si finalmente no iban a recibir ningún tipo de protección; es decir, que la prohibición de expulsión colectiva que les protege de decisiones arbitrarias no les habría servido porque no tienen derecho a entrar.

Como para el TEDH los demandantes saltaron la valla en gran número, empleando la fuerza y sin usar los procedimientos legales existentes, la ausencia de resoluciones individuales «puede deberse» a su propia conducta culpable. Sobre la base de esta posible causalidad concluye la inexistencia de vulneración por parte del Estado español del artículo 4 del Protocolo número 4 del CEDH. Y se trata de la misma argumentación para tumbar la petición de los demandantes de declarar a España responsable de vulnerar su derecho a un recurso efectivo en virtud del artículo 13 del mismo tratado. Para la Gran Sala no hay incumplimiento a pesar de no existir ni siquiera un recurso; el Estado puede tratar a las personas que se colocan en situación de ilegalidad como seres que se hallan fuera de las garantías del Estado de derecho. El TEDH condiciona aquí por vez primera la protección frente a la expulsión o devolución a la forma en la que se ha entrado en el territorio del Estado (Sosa Navarro, 2020), de forma que el tribunal está dando carta blanca a los Estados europeos para llevar a cabo expulsiones automáticas y devoluciones sumarias de personas que acceden irregularmente al territorio, incluidas quienes requieren protección internacional, ya que la excepción a la prohibición de expulsiones colectivas se aplica también a solicitantes de asilo (Carreta, 2020).

A pesar de abordar las devoluciones sumarias en Melilla, el TEDH no aborda propiamente el rechazo en frontera, ya que centra su desacertado análisis en el carácter colectivo de las expulsiones que se produjeron. Es decir, hubo expulsión, pero no fue colectiva, por lo que no procede aplicar el artículo 4 del Protocolo número 4 que prohíbe expresamente las expulsiones que revisten tal carácter. En cambio, meses después el TC sí examinó en concreto aquella figura y en su análisis mencionó directamente la sentencia de la Gran Sala para defender su posición. De esta forma, el TEDH y el TC, aunque defendamos que en realidad no hayan avalado el rechazo en frontera en el sentido de la práctica de devoluciones en caliente que ocurren en dichas ciudades autónomas (el TEDH por examinar solo el carácter colectivo de las expulsiones y el TC por exigir requisitos de imposible cumplimiento en el contexto de aquellas actuaciones), ambas resoluciones parecen haber dado un apoyo al Gobierno para seguir justificando lo ilícito como jurídicamente válido.

3.2. Naciones Unidas

El rechazo en frontera ha sido abordado críticamente por diferentes órganos de derechos humanos de Naciones Unidas. Aquí se examinarán las referencias realizadas a este tipo de devoluciones sumarias en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos, tanto en los diferentes ciclos del Examen Periódico Universal de España como en diversos procedimientos especiales que han estudiado el asunto. Posteriormente, se aludirá a la labor de supervisión de los distintos tratados universales de derechos humanos por sus respectivos comités y, en concreto, se tendrán en cuenta las observaciones finales realizadas por dichos órganos de los tratados a los distintos informes periódicos presentados por el Estado español en las cuales se trate la problemática de las devoluciones sumarias en Ceuta y Melilla.

3.2.1. Consejo de Derechos Humanos

3.2.1.1. Examen Periódico Universal

Ya en el primer ciclo del Examen Periódico Universal a España en 2010, Nueva Zelanda solicitó al Estado español que respetara plenamente el principio de *non-refoulement* y que asegurara un acceso efectivo al procedimiento de asilo²⁰. España aceptó la recomendación neozelandesa indicando que ya se encontraba «perfectamente implementada» en cuanto al respeto del principio de no devolución, el cual es considerado «la base del sistema español de protección internacional»²¹.

Durante el segundo ciclo, las recomendaciones se intensificaron. Así, el Estado israelí pidió a España que asegurara el respeto de las garantías procesales, incluyendo el acceso a asistencia letrada e intérprete, para las personas que pretenden acceder al territorio de forma irregular en las ciudades de Ceuta y Melilla. Canadá solicitó que se investigaran con premura las alegaciones de maltrato de migrantes por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad en la frontera para garantizar que se les ofrezca la protección y el trato conforme a las obligaciones internacionales de derechos humanos contraídas por el Estado español. En respuesta a Israel, España, aceptando la recomendación, afirmó que los procedimientos de repatriación de migrantes cumplen con las garantías de la normativa de extranjería, incluyendo el derecho a asistencia jurídica e intérprete. De forma similar respondió a Canadá cuando informó de su aceptación de la recomendación de dicho Estado argumentando que la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad se ajusta a los principios básicos de su legislación específica²².

Austria y la República Checa también llamaron la atención del Consejo de Derechos Humanos sobre la situación en la frontera de las ciudades autónomas y con motivo de la introducción de la DA10 en la LOEX que creaba el régimen especial y el rechazo en frontera. El primero recomendó revisar las prácticas de devoluciones sumarias en Ceuta y Melilla, así como la propuesta de reforma de la LSC para garantizar el derecho de asilo. Por su parte, el segundo instó a España a asegurar que la normativa de extranjería fuera conforme con el principio de no devolución y con la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, en especial aquellas disposiciones que permiten la devolución sumaria de migrantes sin el procedimiento debido. En este caso, el Estado español aceptó parcialmente la primera y completamente la segunda argumentando, en el primer caso, que no consideraba necesario revisar los procedimientos de retorno de la normativa de extranjería porque se practican «con pleno respeto a todas las garantías fijadas» en la LOEX. Asimismo, el Estado español indicó que la DA10 garantiza explícitamente el respeto a las obligaciones internacionales, en especial la del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, ya que a pesar del rechazo que pueda producirse ante las entradas irregulares en el territorio español, las personas afectadas podrán solicitar el reconocimiento de su condición de persona refugiada o de la protección subsidiaria en los lugares habilitados para ello en los puestos fronterizos. Con respecto a la segunda sugerencia emitida por la República Checa, España la aceptó alegando que la DA10 es plenamente respetuosa con el principio de no devolución y con la

²⁰ Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal – España, A/HRC/15/16, párrafo 86.28.

²¹ Opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por el Estado examinado al informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal de España, A/HRC/15/6/Add.1, párrafo 23.

²² Anejo explicativo de las observaciones de España a las recomendaciones recibidas por España con ocasión del segundo ciclo del Examen Periódico Universal (anejo al documento A/HRC/29/8/1), recomendaciones 131.173 y 131.176, pp. 23 y 86.

prohibición de tratos inhumanos o degradantes, así como el resto de las obligaciones en materia de derechos humanos que le vincule, y concluyó afirmando que «en nuestro país no hay procesos de repatriación de inmigrantes que se lleven a cabo sin el debido proceso»²³.

En el tercer y, hasta ahora, último ciclo de examen realizado en 2020, de nuevo Austria y Canadá reiteraron su preocupación por el rechazo en frontera y los graves problemas de derechos humanos que implica. El país europeo solicitó a España revisar las prácticas de deportación y el norteamericano pidió que se asegurara que los procedimientos de la normativa de extranjería y sus garantías procesales en relación con la inmigración irregular y el derecho de asilo, especialmente en Ceuta y Melilla, sean consistentes con las obligaciones internacionales de derechos humanos. En este caso, el Estado español aceptó de nuevo las sugerencias. En su respuesta, indicó que los procedimientos de expulsión, devolución y denegación de entrada cumplen con las exigencias del ordenamiento jurídico y que las solicitudes de protección internacional presentadas en las ciudades autónomas tienen las mismas garantías que las formalizadas en el resto del territorio. Finalmente, para concluir, y con motivo de las devoluciones sumarias, hizo referencia expresa a la sentencia del TEDH al mencionar que este tribunal «reconoce que España ofrece disponibilidad y accesibilidad real de vías jurídicas para solicitar la admisión en su territorio nacional» y que las solicitudes presentadas en los puestos habilitados se estudian de manera individual y cumplen con la legislación internacional de derechos humanos²⁴.

Es cierto que la sentencia afirmaba la posibilidad real y efectiva de acceder a Beni Enzar para solicitar protección internacional, pero también es verdad que para llegar a dicha conclusión se basó exclusivamente en la información aportada por el propio Estado español que ahora se apoya en el TEDH para argumentar tal extremo. Asimismo, conviene recordar que la propia sentencia reconoció que el número de solicitudes presentadas por personas de origen subsahariano era nulo o simbólico, ya que solo se formalizaron dos durante el tramo de tiempo estudiado por el TEDH; es decir, desde agosto de 2014 hasta finales de 2017²⁵.

3.2.1.2. Procedimientos especiales

En el ámbito de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, destacan tres trabajos que evidencian la preocupación de personas expertas en derechos humanos debido a las devoluciones sumarias en Ceuta y Melilla y las consecuencias que tienen para las personas afectadas en el disfrute de sus derechos humanos. El Grupo de Trabajo de Expertos sobre Afrodescendientes («GTEA»), en el informe sobre su visita a España durante febrero de 2018, declaró precisamente la imposibilidad de solicitantes de asilo para llegar a los puestos fronterizos habilitados para ello debido a, como reconocieron las autoridades españolas al GTEA, la actitud y el trabajo de la policía marroquí para evitar que las personas migrantes puedan llegar al territorio español. Además, mostró su preocupación por las expulsiones colectivas y el significativo número de devoluciones sumarias, y pidió expresamente

²³ *Ibid.*, recomendaciones 131.180 y 131.182, pp. 89 y 90.

²⁴ Anejo explicativo de las observaciones de España a las recomendaciones recibidas por España con ocasión del segundo ciclo del Examen Periódico Universal (anejo al documento A/HRC/44/7/Add.1), recomendaciones 150.259 y 150.265, pp. 85, 89 y 90.

²⁵ Sentencia del TEDH, Gran Sala, asunto *N.D. y N.T. contra España*, 13 de febrero de 2020, párrafo 216.

el fin de este tipo de prácticas con el objetivo de respetar el principio de *non-refoulement* y permitir la identificación de necesidades de protección internacional²⁶.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes publicó en 2021 un informe centrado específicamente en las devoluciones sumarias de migrantes (A/HRC/47/30). Empleando el término devoluciones en caliente, definió estas prácticas como todo tipo de

medidas, acciones o políticas de ese tipo que dan lugar efectivamente a la expulsión de migrantes, de forma individual o colectiva, sin una evaluación individualizada de cada caso que sea conforme a las obligaciones en materia de derechos humanos y las garantías procesales (A/HRC/47/30, §33).

De entrada, y sin necesidad de llegar a las conclusiones, podemos ver cómo el documento indica que esta práctica demuestra el incumplimiento de los Estados de sus obligaciones internacionales de proteger los derechos humanos de las personas migrantes que se hallan en las fronteras internacionales. El texto guarda un hueco para España. El Relator Especial indica que desde 2015 en Ceuta y Melilla se aplica el régimen especial que permite los rechazos en frontera y muestra su

honda preocupación ante los obstáculos que pone España para acceder al asilo en la práctica, habida cuenta de la creación de zonas de excepción en la frontera, y ante las informaciones que indican que los migrantes procedentes de África Subsahariana pueden ser objeto de discriminación y se les puede impedir la salida de Marruecos por su aspecto, y que se ven privados efectivamente de acceso a España (A/HRC/47/30, §35).

El informe destaca que las devoluciones sumarias son muestra de prejuicios arraigados contra las personas desplazadas en forma de discriminación y de denegación de derechos humanos, y que a menudo dichas actuaciones quedan impunes ante la falta de control judicial que supone la ausencia de procedimientos o mecanismos de supervisión. En este sentido, ante la falta de una evaluación individualizada de las circunstancias personales de cada persona migrante y de otras garantías procesales, las devoluciones sumarias son

una violación de la prohibición de la expulsión colectiva y aumentan el riesgo de que se cometan nuevas violaciones de los derechos humanos, y son incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, en particular la prohibición de la devolución (A/HRC/47/30, §71).

Por ello insta a los Estados a poner fin a estas actuaciones en las fronteras internacionales, así como a adoptar un enfoque basado en derechos humanos en la gestión fronteriza y en los procedimientos de extranjería y de protección internacional, con perspectiva de género y de edad y garante con los derechos de todas las personas desplazadas, incluidas aquellas que se hallan en situación irregular²⁷.

Este mismo Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, junto con la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, y el Relator Especial sobre la tortura y otros

²⁶ Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes acerca de su misión a España, A/HRC/39/69/Add.2, publicado el 14 de agosto de 2018, párrafos 30, 54, 64 y 65.

²⁷ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar, A/HRC/47/30, publicado el 12 de mayo de 2021, párrafos 33, 35, 71, 101, 103, 104 y 107.

tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes emitió una comunicación conjunta en abril de 2021 ante el Estado español después de haber recibido información sobre el cierre indefinido de los puestos fronterizos en Melilla desde marzo de 2020 debido a la pandemia, sobre el aumento de intentos de entradas irregulares de personas que arriesgan su vida e integridad física ante la falta de vías seguras y regulares de entrada, y sobre la práctica sistemática de devoluciones sumarias y colectivas, incluso de personas heridas. En su escrito enviado al Gobierno de España, muestran su preocupación por los rechazos en frontera y el maltrato que supone la vulneración del principio de no devolución que, como bien recuerdan en esta comunicación, vulnera los artículos 3 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tal y como indicó el CDN en el asunto *D.D. contra España*.

Según estas relatorías, el derecho internacional de los derechos humanos obliga a España a evaluar las necesidades de protección de las personas migrantes y refugiadas de forma individual, y a garantizar el acceso efectivo al territorio y al procedimiento de asilo para la persona que lo requiera. De nuevo aquí se reitera la importancia del respeto al principio de *non-refoulement* cuando afirman que los Estados tienen el deber de garantizar que «todas las medidas de gobernanza fronteriza adoptadas en las fronteras internacionales, incluidas las destinadas a hacer frente a la migración irregular, se ajusten al principio de no devolución y a la prohibición de las expulsiones arbitrarias o colectivas» y que ello solo es posible mediante un examen individualizado de las necesidades de cada persona. Concluyen que una norma como la DA10 que pretende legitimar devoluciones sumarias en la frontera sin un procedimiento de identificación y conocimiento de las circunstancias personales «priva a los migrantes y a los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla de las garantías internacionales mínimas, lo que conllevaría riesgos de violaciones significativas y sistemáticas del principio de no devolución» (AL ESP 3/2021, p. 5)²⁸.

En su respuesta, el Gobierno, a través de la Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales, manifestó que las prácticas en la frontera de Ceuta y Melilla respetan el derecho internacional de conformidad con la sentencia del TEDH y el ordenamiento jurídico español al llevarse a cabo conforme a la interpretación dada por el TC a la DA10 de la LOEX, si bien, como se verá ahora, no se alude en su documento a los tres criterios exigidos por este último para que el rechazo en frontera sea conforme a la Constitución. Así, en su escrito afirma que se ofrece protección a personas en situación de vulnerabilidad, entre las cuales incluye a menores «que lo sean manifiestamente», mujeres embarazadas y personas de edad avanzada o con daños físicos. La alusión a una minoría de edad «manifiesta» corrobora el hecho de que no existe examen individualizado, sino que se procede a devolver de forma sumaria atendiendo a las características físicas de las personas; es decir, arbitrariamente. Aunque no se indique que la mujer embarazada debe serlo «manifiestamente», en la práctica sucede lo mismo que con los menores que pueden no aparentarlo. Una mujer puede estar embarazada sin que lo parezca y sin un proceso de identificación las autoridades españolas desconocerían su situación. Lo mismo puede aplicarse a las personas de edad avanzada. En su explicación, el Gobierno de España deja claro que no hay identificación de personas en situación de vulnerabilidad, entre las cuales llama sorpresivamente la atención la ausencia de mención expresa de las víctimas de trata de seres humanos (AL ESP 3/2021, p. 12)²⁹.

²⁸ Comunicación AL ESP 3/2021 conjunta de los distintos mandatos referidos de 14 de abril de 2021, p. 5.

²⁹ Respuesta de España a la comunicación AL ESP 3/2021 de varios procedimientos especiales sobre rechazo en frontera en Melilla, p. 12.

Por otro lado, defiende que el rechazo en frontera garantiza el acceso al derecho de asilo y respeta el principio de no devolución. En su argumentación afirma que existen medios genuinos y efectivos para solicitar protección internacional y que quienes intentan un «asalto» a la valla son quienes optan por esa vía irregular y no por las alternativas legales existentes, de forma que son esas personas quienes se sitúan en una «posición de ilegalidad» que, conforme a la doctrina de la conducta culpable del TEDH permite al Gobierno proclamar que son responsables de sus propias conductas y no así el Estado español. Recordando las palabras de De Lucas (2021), se evidencia aquí el desconocimiento grosero de los hechos en la frontera. No se puede sostener que las personas migrantes, ante una alternativa insegura para su integridad física y su vida y otra eficaz para solicitar protección internacional vayan a escoger la primera. De hacerlo, debe haber un motivo de relevancia como es el hecho atestiguado, entre otros, por el ACNUR o el representante especial del secretario general para la migración y los refugiados a España del Consejo de Europa, el embajador Tomáš Boček (ambos citados en la sentencia del TEDH, pero desechados por los miembros del tribunal) de que las autoridades marroquíes trabajan con celo para evitar la llegada de migrantes a los puestos fronterizos habilitados para pedir asilo y del que la cifra reconocida por el propio TEDH de dos solicitudes en más de tres años es prueba fehaciente.

La respuesta gubernamental concluye afirmando que la «aplicación práctica de la DA10 ya respeta las condiciones determinadas por el TC en su Sentencia [...] tanto en lo relativo a personas vulnerables, como en lo tocante al derecho de asilo» y que «las autoridades, en todo caso, están vigilantes para que la aplicación concreta del precepto sea, siempre, respetuosa con las especificaciones marcadas por el TEDH, el TC y el derecho internacional» (AL ESP 3/2021, p. 13). Centrando ahora nuestro análisis en estas últimas frases, debemos indicar que el TEDH no estipula ninguna especificación más allá del criterio de conducta culpable para eximir a España de sus responsabilidades que tiene como consecuencia sacar del mundo del derecho a personas que no tienen otra alternativa que jugarse la vida y su integridad física para acceder al territorio español. Por lo que respecta al TC y como venimos advirtiendo, es imposible que una actuación sin procedimiento, por mucho que en su sentencia el TC indicara que no se trata de una vía de hecho, pueda permitir el «pleno» control judicial de las actuaciones y el cumplimiento de las obligaciones internacionales como el principio de no devolución. En cuanto al derecho internacional, baste lo dicho al respecto del principio de *non-refoulement*. Es manifiestamente contrario por ser del todo incompatible con la práctica de devoluciones sumarias. No hay forma alguna de encajar ambas piezas sin que aquel se vea resentido.

Como se ve, el Gobierno de España no atiende a los criterios mencionados por el TC referidos a la aplicación del rechazo en frontera a entradas individuales, con pleno control judicial y cumpliendo con las obligaciones internacionales de España. Solo sobre este último punto menciona que se protegen a las personas en situación de vulnerabilidad, pero ya se ha advertido cómo, y que también se respeta el principio de no devolución, pero basta una reflexión carente de profundidad para rechazar dicha afirmación. Falta conocer cómo considera que se protegen las necesidades de las personas víctimas de trata y de aquellas cuya devolución les colocaría en riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos, crueles o degradantes.

Los procedimientos especiales han continuado activos en este contexto con motivo de los hechos ocurridos en la frontera hispano-marroquí de Melilla el 24 de junio de 2022, varios procedimientos especiales enviaron una nueva comunicación al Estado español para solicitar información al respecto. En concreto, y entre otras cuestiones, preguntaron sobre las investigaciones y conclusiones de las autoridades

al respecto, sobre el procedimiento llevado a cabo para identificar los cadáveres y para comunicárselo a los familiares, así como las medidas adoptadas para evitar el uso excesivo y letal de la fuerza en la gestión fronteriza³⁰.

La respuesta del Estado español, emitida el 4 de agosto de 2022, es similar a la realizada en 2021. Afirma que las autoridades en el control fronterizo actúan siempre siguiendo criterios de proporcionalidad y respetando plenamente los derechos humanos. Recuerda que los rechazos en frontera han sido avalados por el TC y el TEDH y que los procedimientos de expulsión, devolución y denegación de entrada se llevan a cabo garantizando los derechos humanos y el principio de no devolución; es decir, ni tan siquiera el Estado español en su respuesta menciona expresamente a los rechazos en frontera como una herramienta de gestión migratoria que respete el principio de *non-refoulement*. Por último, mantiene que las solicitudes de protección internacional en los puestos fronterizos de Ceuta y de Melilla son posibles tal y como reconoce el TEDH en su sentencia de 2020. Tal y como hacía España en su respuesta a las recomendaciones del Examen Periódico Universal de España en 2020, se basa en el posicionamiento del TEDH para afirmar que existe una posibilidad real de solicitar asilo en las oficinas habilitadas para ello en la frontera cuando las conclusiones de la sentencia se basaron solo en la información aportada por el propio Estado español defendiendo la existencia de dicha posibilidad. La respuesta española se complementó el 22 de febrero de 2023 indicando que las diligencias de investigación abiertas por la fiscalía general del Estado habían sido archivadas al

no existir elementos que determinen que el día de los hechos los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuantes incurriesen en infracción penal alguna, ni en su actuación general durante el desarrollo de estos ni posteriormente en el momento de la materialización de los rechazos en frontera (AL ESP 7/2022)³¹.

De nuevo en esta ocasión el Estado español argumenta una ausencia de responsabilidad ante unos hechos que conllevaron la muerte y desaparición de varias decenas de personas que pretendían alcanzar el territorio español por la única vía que les era posible y el sometimiento de centenares a un uso excesivo de la fuerza y a tratos inhumanos y degradantes. La falta de responsabilidad del Estado español que el TEDH avala como consecuencia de la supuesta conducta culpable de quienes pretenden acceder a España a través de las vallas de contención situadas dentro del territorio español (Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, 2019) es una tónica en la respuesta del Gobierno de España ante este tipo de comunicaciones y lo es también en su política de gestión fronteriza que fomenta una externalización del control migratorio que necesariamente deriva en la vulneración sistemática y grave de derechos humanos ante la cual España elude cualquier tipo de deber.

3.2.2. Órganos de los tratados

Las actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en Ceuta y Melilla han sido también objeto de estudio por parte de diversos comités que velan por el cumplimiento de tratados universales de derechos humanos. En este punto se analizarán las últimas observaciones finales emitidas en el procedimiento de informes

³⁰ Comunicación AL ESP 7/2022 conjunta del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia; del Grupo de Trabajo de Expertos sobre Afrodescendientes; del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; y del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, de 13 de julio de 2022.

³¹ Respuestas del Gobierno de España a la comunicación conjunta de procedimientos especiales sobre el incidente en la frontera hispano-marroquí de Melilla (AL ESP 7/2022), de 4 de agosto de 2022 y de 22 de febrero de 2023.

periódicos por el Comité de Derechos Humanos (CDH), el Comité contra la Tortura (CCT), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) y el CDN.

En 2015 coincidieron las conclusiones de este proceso en el seno del CDH y del CCT. En la revisión del sexto informe periódico de España ante el primero, este comité expuso su preocupación por la práctica de devoluciones sumarias realizadas «sin las garantías suficientes para que se respete el principio de no devolución» y por el caso de «solicitantes de asilo no sirios [a quien] se les niega el acceso a las oficinas de asilo en Ceuta y Melilla». El CDH denuncia, asimismo, las alegaciones de malos tratos y de violencia tanto por parte de las autoridades españolas como de las marroquíes que actúan dentro del territorio español y lamenta, en concreto, la muerte de quince personas en febrero de 2014 durante una expulsión colectiva. Es fundamental para este comité que se revise la LSC y garantizar el acceso real a «procedimientos de evaluación justos e individualizados, a la protección frente a la devolución sin discriminación y a un mecanismo independiente con autoridad para suspender las decisiones negativas», así como adoptar todas las medidas necesarias para evitar que autoridades extranjeras cometan violaciones de derechos humanos en el territorio español y para capacitar y formar a las españolas sobre el «uso de la fuerza en las interacciones con los inmigrantes» (CDH, 2015, CCPR/C/ESP/CO/6, §18-19)³². El CDH, en el listado de cuestiones previo al séptimo informe periódico de España, reiterando así su preocupación en este contexto, ha solicitado a España que le indique qué medidas ha adoptado para «cesar la práctica de devoluciones sumarias», para revisar la figura del rechazo en frontera y para asegurar el «pleno respeto del principio de no devolución» y el acceso a un procedimiento de asilo individualizado y recurrible con efectos suspensivos (CDH, 2019, CCPR/C/ESP/QPR/7, §19³³).

Meses antes el CAT había adoptado sus observaciones finales al sexto informe periódico de España ante dicho comité con conclusiones similares. Así, también mostró su preocupación por las devoluciones sumarias en Ceuta y Melilla al tratarse de actuaciones que se practican «sin una evaluación previa del riesgo de retorno e impiden el acceso a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado» y en el contexto de las cuales se llevan a cabo «abusos cometidos contra inmigrantes por parte de los agentes encargados de vigilar las fronteras». Por ello, el comité pide a España que revise la normativa de extranjería y de asilo para «respetar incondicionalmente el derecho de no devolución» y para garantizar la identificación de posibles víctimas de trata y de necesidades de protección internacional³⁴. Al igual que el CDH, el CAT mantiene su firme interés por continuar examinando este ámbito en su siguiente revisión del cumplimiento por parte del Estado español de la Convención contra la Tortura. Así, en su listado de cuestiones previo al séptimo informe periódico de España, le solicita información sobre qué medidas ha adoptado para acabar con las devoluciones sumarias, para revisar la DA10, para garantizar la tutela judicial efectiva de las personas sometidas al rechazo en frontera, y para prevenir malos tratos y uso excesivo de la fuerza en ese contexto³⁵.

³² Comité de Derechos Humanos (2015). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, CCPR/C/ESP/CO/6, párrafos 18 y 19.

³³ Comité de Derechos Humanos (2019). Listado de cuestiones previas al séptimo informe periódico de España emitidas por el Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/QPR/7, párrafo 19.

³⁴ Comité contra la Tortura (2015). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, CAT/C/ESP/CO/6, párrafos 13 y 18.

³⁵ Comité contra la Tortura (2017). Listado de cuestiones previas al séptimo informe periódico de España, CAT/C/ESP/QPR/7, párrafos 10 y 11.

Un año antes de su dictamen en el asunto *D.D. contra España* de 2019, el CDN abordó esta problemática en sus observaciones finales que concluyeron la evaluación del quinto y sexto informe periódico presentados conjuntamente por España ante este comité. En concreto, manifestó su contrariedad ante la «devolución automática de los niños que buscan protección internacional en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, sin las garantías necesarias», por lo que instó a España a poner fin a estas actuaciones para asegurar el principio de no devolución, cumplir con las obligaciones internacionales y nacionales, así como para respetar plenamente el interés superior del menor³⁶. De forma similar a los anteriores comités, en el listado de cuestiones previo al siguiente informe el CDN le ha preguntado al Estado español qué medidas ha adoptado para respetar el principio de no devolución en todos los casos de menores migrantes, incluidos aquellos en situación administrativa irregular³⁷.

En sus recientes observaciones finales, el Comité CEDAW alerta de la falta de procesos de identificación en la frontera que implica que la mayoría de las víctimas de trata de seres humanos no sean detectadas en la frontera por parte de las autoridades españolas. También denuncia la falta de perspectiva de género en los procedimientos de extranjería, en especial para las mujeres y niñas llegadas a las ciudades de Ceuta y Melilla de forma irregular. Si bien no hace mención expresa de las devoluciones sumarias, sí tiene en cuenta la necesidad de mejorar el acceso a la justicia y a la asistencia jurídica para las mujeres y niñas víctimas de trata de seres humanos y para las que requieran protección internacional³⁸. No obstante, el Comité CEDAW sí había solicitado información a España respecto de la violencia en los controles fronterizos y de las medidas adoptadas para mejorar la protección de mujeres y niñas solicitantes de asilo en las ciudades autónomas, pero en su respuesta el Estado español hizo caso omiso³⁹.

4. El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo y la «instrumentalización». Hacia una nueva política de gestión fronteriza menos garante de los derechos humanos

4.1. Contexto

Las devoluciones automáticas y sumarias no son una herramienta exclusiva del Estado español para rechazar la alteridad que supone la categorización de la persona como inmigrante, sino que se trata de una práctica normalizada y sistematizada en la frontera común exterior de la Unión Europea como la de Bulgaria, Croacia, Rumanía, Polonia, Eslovaquia o Hungría (Luyten, 2022, p. 7). En este último caso, el propio Gobierno admite públicamente la devolución sumaria de más de 150 000 migrantes durante 2022.

La UE ha mostrado sus cartas de una baraja que no cumple con las reglas del juego que ella misma propone. Como veremos a propósito de la conocida como «instrumentalización de migrantes», el apoyo político, logístico y jurídico a la derogación de derechos humanos de personas desplazadas en la frontera choca frontalmente con los valores en los que basa su existencia. Nada tienen que ver los principios de «respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado

³⁶ Comité de los Derechos del Niño (2018). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de España, CRC/C/ESP/CO/5-6, párrafos 44 y 45.

³⁷ Comité de los Derechos del Niño (2023). Listado de cuestiones previas al séptimo informe periódico de España, CRC/C/ESP/QPR/7, párrafo 30.

³⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2023). Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de España, CEDAW/C/ESP/CO/9, párrafos 14, 26, 40 y 41.

³⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2019). Listado de cuestiones previas al séptimo informe periódico de España, CEDAW/C/ESP/QPR/9, párrafo 21.

de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías» consagrados como comunes por el Tratado de Lisboa en su artículo 2, ni con sociedades caracterizadas por el «pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres» tal y como continúa enumerando dicho precepto. La CDFUE añade incluso el valor universal e indivisible de la solidaridad.

Muy al contrario, lejos de la protección de la dignidad y de los derechos y de un entendimiento solidario de estos, la gestión fronteriza y las políticas de migración y asilo llevan la impronta de un discurso de seguridad en un universo comunitario que considera el desplazamiento humano como una amenaza para la integridad, en clave identitaria, de la UE, y ante la cual responde como si de una crisis se tratara aludiendo a la salvaguardia de su seguridad y de sus Estados miembros (Ceccorulli, 2018, p. 303). Una situación de excepcionalidad que justifica la violencia en la frontera que tal y como Walters la concibe es una verdadera frontera humanitaria porque es una en la que se decide la lucha entre la vida y la muerte (2011).

4.2. Respaldo político y jurídico a la derogación de derechos humanos en las fronteras exteriores de la Unión Europea

En 2016 la Comisión Europea (CE) defendió la compatibilidad del régimen especial de Ceuta y Melilla de la DA10 con el derecho de la UE antes siquiera de elaborar el Nuevo Pacto sobre Asilo y Migración que, como veremos, abre la puerta a la derogación de derechos humanos en la frontera. Así lo hizo en respuesta a una pregunta parlamentaria que pretendía conocer su posicionamiento en este sentido con motivo de la entonces reciente introducción de dicha disposición a la normativa de extranjería⁴⁰. La CE respondió afirmando que las garantías incluidas en la DA10 con relación a la protección internacional y a la posibilidad de solicitarla en la frontera tenían una «importancia fundamental» para concluir que dicho régimen cumplía con las exigencias del derecho de la UE. Además, consideró como un desarrollo positivo el hecho de que se hubieran habilitado oficinas en Ceuta y Melilla para que las personas nacionales de terceros países pudieran formalizar sus solicitudes⁴¹.

El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, propuesto en septiembre de 2020 y que fue acogido con estupor por parte de las organizaciones de la sociedad civil, incluía una serie de polémicas recomendaciones y propuestas normativas en el ámbito comunitario que obstaculizan el ejercicio efectivo del derecho de asilo y el favorecimiento de una migración segura y regular. El paquete de medidas se ha ido ampliando con el paso de los meses para incluir, por ejemplo, la propuesta de revisión del Código de fronteras Schengen o la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización de migrantes como consecuencia de la crisis diplomática surgida en 2021 entre la UE y el Gobierno bielorruso que ha llevado a decenas de miles de personas a las fronteras de Polonia, Lituania y Letonia.

La respuesta restrictiva en derechos y que incluye la detención de solicitantes de asilo en condiciones deplorables de acogida y la práctica de devoluciones sumarias fue apoyada por la UE. Así lo reconoció la propia CE en el contexto de su propuesta de Reglamento sobre instrumentalización de migrantes⁴² que fue lanzada meses

⁴⁰ Información actualizada sobre la situación en Ceuta y Melilla. Pregunta parlamentaria E-010830/2015, 3 de julio de 2015, disponible en: <https://tinyurl.com/umfzdrru>

⁴¹ Respuesta del Sr. Avramopoulos en nombre de la Comisión, E-010830/2015(ASW), 9 de febrero de 2016, disponible en: <https://tinyurl.com/muzdkz55>

⁴² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de instrumentalización en el ámbito de la migración y el asilo, COM(2021) 890 final, 14 de diciembre de 2021.

después junto con la propuesta de revisión del Código de fronteras Schengen⁴³ con el objetivo de «dotar plenamente a los Estados miembros de los instrumentos jurídicos necesarios para hacer frente a potenciales situaciones de instrumentalización futuras» inspirándose para ello en las medidas aplicadas por Polonia, Lituania y Letonia en sus fronteras con Bielorrusia. La CE ya había empleado dicho término semanas antes en una comunicación en la cual describía esta instrumentalización como «una forma particularmente cruel de amenaza híbrida» y como «uno de los retos más complejos». En concreto, determinó que se trata de «un peligro real y presente para la seguridad de la Unión», que la UE «en su conjunto está siendo amenazada» y considera que se trata de una situación que preocupa también a toda la comunidad internacional⁴⁴.

En lugar de entender el empleo de personas migrantes como un fin en sí mismo en el sentido de tratarse de un problema para dichas personas que requerirán protección ante dicho trato, la UE quiso entender esta instrumentalización como un medio para poner en riesgo su seguridad como si las personas desplazadas jugaran el papel de arma en un escenario de guerra híbrida. En ese clima de hostilidad hacia estas personas se enmarcan las propuestas normativas comunitarias del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo que ha recobrado fuerza en 2023 con el acuerdo alcanzado por el Consejo para reformar la legislación sobre asilo y migración.

Si bien no se ha llegado a un acuerdo sobre la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización, la propuesta de revisión del Código de fronteras Schengen sigue en pie y es en este instrumento donde se define precisamente ese concepto. Así, conforme al artículo 2.27 del texto propuesto, se entiende por aquella toda situación en la que un tercer país favorezca la llegada de personas migrantes hacia las fronteras de la UE sin autorización para entrar en su territorio

cuando tales acciones sean indicativas de una intención de un tercer país de desestabilizar a la Unión o a un Estado miembro, y siempre que la naturaleza de tales acciones pueda poner en peligro funciones esenciales del Estado, incluida su integridad territorial, el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de su seguridad nacional.

Conforme a la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización que parece que finalmente no prosperó, esta situación, descrita mediante conceptos jurídicamente indeterminados y una vaguedad conceptual que deja un mayor margen para la arbitrariedad, permitía eximir a los Estados miembros de sus obligaciones establecidas en el ordenamiento comunitario en materia de asilo y migración hasta el punto de aceptar derogaciones de derechos que amenazarían, y aquí esta palabra sí tiene cabida, el ejercicio efectivo del derecho de asilo. Y es que bastaría la mera intención y no solo el resultado de «desestabilizar» y también la mera existencia de un «peligro», es decir una potencialidad, para «funciones esenciales» sin que en ningún caso se defina qué se entiende por todos esos conceptos y quién se encargaría de evaluar la concurrencia de dichos requisitos.

El posible adiós definitivo a la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización no significó, sin embargo, una despedida del término y de sus consecuencias, ya que las derogaciones previstas en dicha proposición normativa

⁴³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, COM(2021) 891 final, 14 de diciembre de 2021.

⁴⁴ Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Respuesta a la instrumentalización de migrantes auspiciada por el Estado en la frontera exterior de la Unión, JOIN (2021) 32 final, emitida el 23 de noviembre de 2021.

siguen en la mente de la UE y se han trasladado a otros instrumentos que han recabado el apoyo conjunto del Consejo y del Parlamento. La instrumentalización y su uso como excepcionalidad con graves consecuencias para los derechos humanos sigue viva y ha sido reforzada con la mayoría alcanzada por el Consejo para seguir adelante con el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

En efecto, la propuesta de Reglamento sobre situaciones de crisis y fuerza mayor en el contexto migratorio y de asilo presentada por la CE en septiembre de 2020 habilitaba a los Estados para derogar determinadas normas relacionadas con el derecho de asilo⁴⁵. En junio de 2023, la propuesta de la presidencia sueca del Consejo incluyó el término instrumentalización en su título y es incluso más restrictiva que la malograda propuesta específica sobre instrumentalización⁴⁶ al incorporar en la definición de este término a agentes no estatales como posibles inductores de dicha situación y no solo a terceros países como se proponía inicialmente. En esta nueva versión se mantiene la posibilidad de ampliar el plazo para registrar solicitudes de asilo hasta un máximo de cuatro semanas, saltándose la limitación general prevista por la actual Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional que exige un registro de un máximo de tres o seis días dependiendo de las circunstancias. Por otro lado, conforme al texto presentado por la presidencia sueca en junio de 2023, la decisión sobre la admisibilidad y sobre el fondo puede llevarse a cabo en la frontera exterior, en «la proximidad» de dicha frontera o en zonas de tránsito en el caso de una situación de instrumentalización de migrantes, todo lo cual conlleva a posibles detenciones de facto de solicitantes de asilo que, conforme se contempla en la propuesta está prevista de iure por un máximo de ocho semanas.

Este rechazo a la entrada de personas desplazadas debe leerse juntamente con la conocida como ficción de no entrada propuesta por otro de los instrumentos del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo: la propuesta de Reglamento sobre control (*screening*) de migrantes en las fronteras exteriores⁴⁷. Conforme a este texto, se crea una especie de limbo jurídico por el cual una persona que está físicamente dentro del territorio de un Estado miembro de la UE se entiende que, a efectos jurídicos, no se halla en él hasta que se le ha autorizado la entrada por parte de un agente de la autoridad en la frontera. Se trata de un intento de aplicar el régimen de las zonas de tránsito aeroportuarias a la frontera física exterior de la UE.

Las peculiaridades introducidas por la propuesta del Consejo no se acaban ahí. Se propone una duración máxima de veinte semanas del procedimiento de protección internacional en frontera, un mecanismo excepcional y menos garante que el previsto para el territorio y que con estas nuevas herramientas legales pretendidas por la UE podría convertirse en el más empleado. Conviene destacar aquí que la propuesta de Reglamento sobre la instrumentalización mantenía un plazo máximo de dieciséis semanas. La propuesta de la presidencia sueca, además, incluye una nueva disposición no encontrada en aquella y que se refiere a la posibilidad de omitir la entrevista personal con quien solicite protección internacional cuando la autoridad decisora tenga evidencias para conceder la protección subsidiaria, a pesar de que la persona haya solicitado el estatuto de persona refugiada. Por otro lado, se limitan las

⁴⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo, COM (2020) 613 final, 23 de septiembre de 2020.

⁴⁶ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis, instrumentalization and force majeure in the field of migration and asylum. Presidency compromise text, 14 June 2023, 10463/23.*

⁴⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores, COM (2020) 612 final, de 23 de septiembre de 2020.

condiciones materiales de acogida a las que tienen derecho las personas solicitantes de asilo para quienes presenten su petición en los puestos fronterizos durante una situación de instrumentalización. Por último, si bien la propuesta de Reglamento de instrumentalización proponía una extensión máxima de doce meses de dicha situación, la nueva propuesta del Consejo de junio de 2023 amplía el periodo de posibles derogaciones hasta los dieciocho meses.

La idea de instrumentalización o la visión del desplazamiento humano como amenaza está también presente en la propuesta de Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración que parece gozar de buena salud con el acuerdo alcanzado en junio sobre el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. El documento de posición del Consejo para las negociaciones con el Parlamento Europeo de junio de 2023 mantiene el polémico elemento de responsabilidad flexible o adaptada prevista en la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización, a pesar de no mencionarlo expresamente, al permitir la derogación de derechos previstos en el ordenamiento jurídico comunitario cuando se considere necesario para reaccionar ante un «reto migratorio específico»; aquí se va más allá de las situaciones de instrumentalización para ampliar el ámbito de aplicación de las derogaciones a un contexto definido mediante el concepto jurídico indeterminado de «reto migratorio específico». Por si fuera poco, el artículo en el que se introduce este supuesto menciona una «caja de herramientas permanente de apoyo a la migración en la UE». Si hasta ahora hemos mencionado situaciones de instrumentalización que a pesar de su dilatada extensión son concebidas como excepcionales, con este «caja de herramientas permanente» se amenaza con normalizar el empleo de las derogaciones y de la responsabilidad adaptada o flexible por parte de los Estados (Peerboom, 2023). A pesar de no explicitar las restricciones y limitaciones de derechos, las habilita indirectamente al mencionar, esta vez sí de forma expresa, las contempladas en los diversos instrumentos que se están negociando en virtud del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo como los vistos en este apartado.

Este nuevo acuerdo, a pesar de no haberse materializado aún en normativa comunitaria, ha introducido el concepto de instrumentalización y con él, la consagración jurídica del desplazamiento humano como amenaza para la UE y sus Estados miembros. Se habilitan procedimientos diferenciados para distintas categorizaciones de personas migrantes que permiten un trato diferente entre ellas por el contexto de su llegada. Si son «instrumentalizadas», pierden garantías esenciales. Vemos aquí otro enfoque de culpabilidad sobre estas personas. En este caso, la UE parece responsabilizarlas a pesar de ser tratadas como un medio por terceros Estados ya que la consecuencia de dicha instrumentalización es la pérdida de derechos humanos y la seria limitación de su derecho de asilo como si de un castigo se tratara.

El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo y sus instrumentos propuestos no contemplan de forma expresa las devoluciones sumarias como herramienta para hacer frente a la expulsión de personas migrantes, ya que, de otro modo, estarían contraviniendo el derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, es destacable el hecho de que la tendencia a reducir las garantías y el acceso a derechos en la frontera que implantan las propuestas normativas facilita la práctica de rechazos en frontera contrarios a la normativa comunitaria e internacional.

Como decíamos, la expulsión o devolución sumaria y automática sin identificación de las personas afectadas en la frontera de Ceuta y Melilla y que se ha sistematizado también en la frontera exterior común de la UE constituye una vulneración de derechos humanos que, sin embargo, ha recibido el respaldo institucional. Los nuevos procedimientos fronterizos previstos, con menores

garantías, o la ficción de no entrada, entre otros elementos, muestran la voluntad política de retroceder en el ámbito de la protección de seres humanos y favorecen actuaciones al margen de la normativa por parte de los agentes fronterizos. Con un ordenamiento tendente a la restricción de derechos, las personas desplazadas, incluidas las refugiadas, solicitantes de asilo, las víctimas de trata, menores y cualesquiera otras en situación de vulnerabilidad, tendrán mayores dificultades para acceder al territorio donde buscan un lugar seguro donde salvaguardar su vida, su dignidad y su integridad física y psíquica. Se verán obligadas a continuar arriesgando todo ello para cruzar una frontera humanitaria, empleando las palabras de Walters, ante la falta de alternativas para entrar en los Estados miembros de la UE de forma segura y regular.

5. Conclusiones

Las migraciones son inherentes a la humanidad y las cifras del desplazamiento humano, incluido el forzado, describen hoy un fenómeno estructural que aumenta significativamente. Entre la opción de ofrecer protección y seguridad a las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, o el refuerzo del racismo cultural e institucional mediante el rechazo sistemático de la alteridad materializada en la persona desplazada, la UE y sus Estados miembros están apostando por la segunda de estas alternativas. La inmigración se ha institucionalizado como un problema para la sociedad y el desplazamiento humano se está consagrando jurídicamente como una amenaza de tal gravedad que justificaría renunciar a la universalidad de los derechos humanos y a sus garantías.

La práctica sistemática de devoluciones sumarias en la frontera hispano-marroquí en Ceuta y Melilla es un ejemplo de vulneración de derechos humanos en la respuesta institucional a la inmigración. El Estado español ha llevado a cabo devoluciones automáticas de forma rutinaria y siempre ha defendido su conformidad con la legislación interna y la normativa internacional. No obstante, considero necesario crear un régimen especial para dichas ciudades autónomas en 2015 mediante la figura del rechazo en frontera. Si dicha práctica se adecuaba realmente al ordenamiento jurídico y a las obligaciones internacionales de España, ¿qué necesidad había de legalizarlas mediante la DA10 de la LOEX? En puridad, nunca se ajustaron a la normativa interna ni a los tratados, ni lo hacen ahora, ya que las devoluciones sumarias en ningún caso pueden siquiera cumplir con la literalidad de la DA10 que supuestamente les otorga cobertura legal porque una devolución sumaria no puede en ningún caso respetar «la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte» tal y como dictamina dicha disposición. Que exista una disposición legal en la que se indique un régimen especial para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla no legitima unas actuaciones que son contrarias a los derechos humanos consagrados en diversos instrumentos internacionales vinculantes para el Estado español.

Los rechazos en frontera, como nombre que pretende dar cobertura legal a las devoluciones sumarias, son contrarios al derecho internacional de los derechos humanos por violar de forma directa el principio de no devolución consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura, la CDFUE, y el CEDH; así como el Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia en materia de trata, y la Convención sobre los Derechos del Niño en caso de que las personas afectadas fueren menores. En todos los casos, la ausencia de un procedimiento de identificación impide detectar las necesidades de protección internacional de quien intenta entrar al territorio español, así como las de quienes sean víctimas de trata de seres humanos o sean menores no acompañados.

La sentencia de la Gran Sala del TEDH de febrero de 2020 avaló sorprendentemente la práctica de expulsiones colectivas prohibida por el CEDH llevada a cabo por España. Aunque el artículo 4 del Protocolo número 4 de dicho tratado no ofrece excepciones ni limitaciones, ya sean expresas o implícitas, a aquella prohibición, el TEDH creó una excepción sobre la base de su doctrina de la conducta culpable de las personas afectadas. Responsabilizando a las personas migrantes, exime al Estado español de su responsabilidad de aplicar y garantizar los derechos humanos en su frontera. Y declara que son culpables quienes teniendo posibilidad de solicitar asilo en representaciones diplomáticas de España o en las oficinas habilitadas a tal efecto en la frontera, optan por entrar de manera irregular a través de las vallas. La imposibilidad de solicitar asilo en embajadas y consulados, así como la de hacerlo en los puestos fronterizos, en especial para las personas de origen subsahariano convierten a todas las personas desplazadas en culpables y potenciales víctimas en un escenario, el de la frontera hispano-marroquí, de ausencia de derechos humanos y garantías.

A nuestro juicio, al contrario de lo que en algunos espacios se afirmó, la sentencia de noviembre de 2020 del TC no avaló la práctica de rechazos en frontera llevada a cabo por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en los pasos fronterizos de Ceuta y Melilla. El TC afirmó que la constitucionalidad de dicho acto administrativo dependía de ser realizado de forma individualizada, con pleno control judicial, y respetando las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español. Una devolución sumaria e inmediata no puede nunca cumplir con los dos últimos requisitos. La ausencia de un procedimiento de identificación y de resolución impide la detección de necesidades de protección internacional, de personas víctimas de trata o de menores, imposibilita su «pleno» control judicial, e implica posibles violaciones sistemáticas del principio de *non-refoulement*.

En el ámbito comunitario, el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo supone un serio riesgo para el respeto y garantía de los derechos humanos en la frontera común exterior de la UE. Los diversos instrumentos que se están negociando habilitan a los Estados para implementar derogaciones de derechos humanos, incluido del derecho de asilo. La crisis diplomática con Bielorrusia abrió la puerta al uso del término instrumentalización para hacer referencia al empleo de personas migrantes como un medio para atacar a la UE. En lugar de centrar sus esfuerzos en la protección de las personas utilizadas, las considera un arma de guerra que puede desestabilizar funciones esenciales de la UE y que, por ello, justifica una menor responsabilidad comunitaria y de los Estados miembros con respecto a sus obligaciones de derechos humanos. La situación crítica con el Estado bielorruso le vino bien a la UE para implantar la idea del desplazamiento humano como amenaza. Aquel buscó usar la migración como un elemento de amenaza ante una UE que aceptó el juego propuesto por Lukashenko al considerarlas, en efecto, un riesgo para la seguridad comunitaria. Que no prosperara la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización no acabó desgraciadamente con este término ni con sus consecuencias perniciosas para los derechos humanos en la frontera. Perdura en la estrategia de gestión fronteriza comunitaria y en otros instrumentos del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo a pesar de que las personas migrantes no son un arma para atacar a la UE. El arma es el derecho y el objeto del ataque son esas personas.

Los derechos humanos son un fin en sí mismos y nunca un mero medio para lograr objetivos de forma que si no son útiles para expulsar a personas migrantes se obvian para emplear mecanismos más ágiles en el rechazo a la alteridad. Si el derecho y los derechos humanos son un impedimento en la política migratoria y de gestión fronteriza, dicha estrategia ante el desplazamiento humano será siempre

contraria a las nociones más mínimas de la dignidad humana y cruzará la estrecha línea que nos separa de la barbarie.

Bibliografía

- Aparicio, M. (2023). Las «devoluciones en caliente» y la fría razón de Estado. Un análisis de las implicaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el contexto de la política de fronteras de la Unión Europea. *Oñati Socio-Legal Studies*, 13 (3), 936-953. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1387>
- Arce Jiménez, C. (2019). Frontera Sur: Una realidad política y jurídica 'construida' que genera violaciones de Derechos Humanos. *Revista de Fomento Social*, 74 (2), 145-176. <https://doi.org/10.32418/rfs.2019.294.1544>
- Asylum Information Database (2023). *Country Report: Spain. 2022 Update*. <https://rb.gy/00e1us>
- Carbó Xalabarder, C. y Sanz Vilar, E. (2016). Las devoluciones en caliente: ¿una respuesta deshumanizada? *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 34, 373-381. <http://hdl.handle.net/10486/681223>
- Carreta, S. (2020). The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders? *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*. European University Institute. <https://hdl.handle.net/1814/66629>.
- Ceccorulli, M. (2018). Back to Schengen: the collective securitization of the EU free-border area. *West European politics*, 42 (2), 302-322. <https://doi.org/10.1080/01402382.2018.1510196>
- Concepción Sepúlveda, L. G., Rodrigo Alsina, M. y Medina Bravo, P. (2008). Niveles semánticos de las representaciones sociales de la inmigración subsahariana. Los sucesos de Ceuta y Melilla según ABC. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 14, 129-148. <http://hdl.handle.net/10230/33557>
- Cuadrón Ambite, S. (2021). Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿Quebrantamiento de un derecho fundamental? *Revista Española de Derecho Internacional*, 73 (2), 381-387. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.2b.03>
- De Gil Blanco Rajoy, J. J. (2020). Garantías procedimentales convertidas en papel mojado. Legalidad de los rechazos en frontera a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 110, 1-34. <https://doi.org/10.14422/icade.i110.v2020.008>
- De Lucas, J. (2020). El derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia N.D. y N.T. contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Derecho*, 27, 84-96. <https://doi.org/10.36151/td.2020.005>
- Defensor del Pueblo (2016a). *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. <https://tinyurl.com/35ws5nb9>.
- Defensor del Pueblo (2016b). *Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales. I. Informe*. <https://tinyurl.com/mrxne2ve>.
- Defensor del Pueblo (2022). *Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales. Volumen I. Informe*. <https://tinyurl.com/86uvs9ha>.
- Defensor del Pueblo (2023). *Informe anual 2022. Volumen I*. Madrid: Defensor del Pueblo. <https://tinyurl.com/3uzv6msy>.
- Espiniella Menéndez, Á. (2016). Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla. *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2), 321-328. <https://doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.2.03>
- Fernández Pérez, A. (2021). La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones 'en caliente' frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13 (2), 190-208. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6255>
- González García, J. V. (2016). Expulsiones «en caliente», devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla. *Revista de Administración Pública*, 196, 309-329.

- González García, I. (2017). Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017. *Revista General de Derecho Europeo*, 43, 17-57.
- Human Rights Watch (2023). *World Report 2023. Events of 2022*. <https://rb.gy/uh1izi>
- López Garrido, D. (1991). *El derecho de asilo*. Trotta.
- Luyten, K. (2022). *Addressing pushbacks at the EU's external borders*. Parlamento Europeo. <https://tinyurl.com/34kyjutr>.
- Martínez Escamilla, M., Sánchez Tomás, J. M., Segovia Bernabé, J. L., Díez Ripollés, J. L., García España, E., Gimbernat Ordeig, E., González García, J., Pérez Alonso, E., Pérez Manzano, M., Pérez Tremps, P., Pérez Vera, E., Revenga Sánchez, M., Rey Martínez, F., Ríos Martín, J. C., Saiz Arnaiz, A. y Villaverde Menéndez, I. (2014). «Expulsiones en caliente»: Cuando el Estado actúa al margen de la ley. <https://tinyurl.com/4jan83r2>.
- Martínez Escamilla, M., Sánchez Tomás, J. M., Segovia Bernabé, J. L., Díez Ripollés, J. L., García España, E., Gimbernat Ordeig, E., González García, J., Pérez Alonso, E., Pérez Manzano, M., Pérez Tremps, P., Revenga Sánchez, M., Rey Martínez, F., Ríos Martín, J. C. y Villaverde Menéndez, I. (2015). «Rechazos en frontera»: ¿Frontera sin derechos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/29379/>
- Martínez Escamilla, M. y Sánchez Tomás, J. M. (2015). *Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas «devoluciones en caliente»*. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/33771>
- Martínez Escamilla, M. y Sánchez Tomás, J. M. (2019). La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera. *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, 28-39.
- Peerboom, F. (2023). Flexible Responsibility of the End of Asylum Law as We Know It? *Verfassungsblog on Matters Constitutional*. [10.17176/20230426-204658-0](https://doi.org/10.17176/20230426-204658-0)
- Sánchez Legido, Á. (2020). Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza? *Revista Española de Derecho Internacional*, 72 (2), 235-259. <https://doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.1b.03>
- Solanes Corella, Á. (2016). Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 32, 145-184.
- Solanes Corella, Á. y Hernández Moreno, N. (2022). El controvertido procedimiento determinación de la edad: la necesidad de una reforma legal a partir de los dictámenes del Comité de Derechos del Niño. *Revista de Estudios Europeos*, 80, 273-290.
- Sosa Navarro, M. (2020). Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable. El asunto «N.D. y N.T. contra España» ante el TEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 24 (67), 1039-1061. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.08>
- Vacas Fernández, F. (2021). Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. Sombras, y algunas luces, en las sentencias de la Gran Sala del TEDH y del TCE de 2020 sobre expulsiones sumarias en frontera: ¿aval judicial a un derecho de excepción permanente en materia de protección internacional de personas? *Revista Española de Derecho Internacional*, 73 (2), 365-372. <https://doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.2b.01>
- Walters, W. (2011). Foucault and Frontiers: Notes on the Birth of the Humanitarian Border. En Bröckling, U., Krasmann, S. y Lemke, T. (Ed.), *Governmentality. Current Issues and Future Challenges* (pp. 138-164). Routledge.