



INFORME AL RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

“GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PARA IDENTIFICAR A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD EN LA FRONTERA SUR DE ESPAÑA”

Enero 2021

ECCHR (the European Center for Constitutional and Human Rights e.V.) es una ONG sin ánimo de lucro con sede en Berlín (Alemania), especializada en intervenciones legales para hacer frente a graves violaciones de los derechos humanos. En el ámbito de la migración, el ECCHR se centra en el carácter ilegal de las expulsiones en las fronteras de Europa. El ECCHR tiene estatus consultivo en el ECOSOC.

E.C.C.H.R. e.V., Zossener Strasse 55-58, Berlin 10961, Germany.

Tel: +49 (0)30 400 485 90. www.ecchr.eu

Persona de contacto: Hanaa Hakiki (hakiki@ecchr.eu)

FUNDACIÓN RAÍCES es una ONG sin ánimo de lucro con sede en Madrid (España) especializada en la atención integral y el acompañamiento a niños, niñas, jóvenes y familias en situación de exclusión social. En el ámbito de la migración, Fundación Raíces se centra en defender los derechos de los niños y niñas que llegan solos a España cuando éstos son vulnerados por las Administraciones Públicas, en apoyarles socialmente durante todos sus procesos y en favorecer su inserción socio-laboral.

Fundación Raíces, Calle Las Pedroñeras 41, 28043 Madrid, Spain.

Tel: +34 91 388 3076. www.fundacionraices.org

Persona de contacto: Lourdes Reyzábal (Lourdes.reyzabal@fundacionraices.eu / juridico@fundacionraices.eu)

ANDALUCÍA ACOGE es una federación de varias organizaciones de la sociedad civil presentes en la región de Andalucía y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (España). La federación está especializada en la asistencia a los inmigrantes en el ámbito social, jurídico, laboral y de integración. La federación proporciona tanto apoyo individual como trabajo de defensa a nivel nacional.

Andalucía Acoge, Calle Marqués del Nervi3n 43, 41005 Sevilla, Spain.

Tel: +34 954 90 0773. www.acoge.org

Personas de contacto: Elvira Pérez de Madrid (elvira.perezdemadrid@acoge.org) y Ángela Méndez (angela.mendez@acoge.org)



1. Introducción.

La práctica de las conocidas como “expulsiones en caliente”, “devoluciones sumarias” o “devoluciones en caliente” en la frontera terrestre sur de Ceuta y Melilla es una vía de hecho de la actuación estatal que impide el ejercicio de los derechos de las personas devueltas, con consecuencias graves para las personas en situación de especial vulnerabilidad, entre las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes¹ que viajan solos a Europa.

Como se expone en este documento, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado recientemente sobre la constitucionalidad 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, que legaliza y legitima esta práctica, haciendo particular hincapié en la necesidad de garantizar los derechos de los menores, solicitantes de asilo, mujeres embarazadas o personas con discapacidad, pero dejando un escenario normativo lleno de espacios vacíos, que el legislador está llamado a completar para que el sistema no caiga en la plena inseguridad jurídica que prohíbe el art. 9.3 de la Constitución. Desde el máximo respeto a la labor de la relatoría, consideramos que el informe de este relator podría insistir en tal extremo, por las razones que expondremos.

2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La STC 172/2020 resuelve las dudas de constitucionalidad planteadas por la oposición parlamentaria (que recogía la posición de los movimientos sociales y los académicos), frente a la DA 10ª LO 4/2000, realizando una interpretación de la norma conforme con la Constitución. Esto supone que, por deferencia al legislador, el Tribunal no declara inconstitucional la ley, pero exige que su interpretación se someta a lo que establece la sentencia, en particular su fallo.

La interpretación en cuestión valida la práctica de “los rechazos en frontera en Ceuta y Melilla”, siempre y cuando se den tres requisitos acumulativos: i) que se apliquen

¹ Cuya especial vulnerabilidad reconocen las Observaciones Generales n.º 6 – adoptada el 1 de septiembre de 2005- y n.º 14 -adoptada el 1 de febrero de 2013- del Comité de Derechos del Niño.



solo a las entradas individualizadas; ii) que se asegure el pleno control judicial; y iii) que se dé cumplimiento a las obligaciones internacionales cuando se ejecute la devolución. Leídos estos tres requisitos en el marco del pronunciamiento del Tribunal, resulta:

1. Que es necesario asegurar el control judicial sobre la vía de hecho que suponen las devoluciones en caliente, y ello no es posible formulando una interpretación sistemática del ordenamiento, si el legislador estatal no prevé expresamente el mecanismo para que ese control judicial sea posible.

Según el TC, aunque el rechazo en frontera sea una actuación material, ello no impide el control judicial “que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera” (STC 172/2020, FJ 8c). Efectivamente no lo impide porque ninguna norma prohíbe tal control y porque también las personas extranjeras son titulares del derecho de acceso a la jurisdicción derivado del art. 24.1 CE.

Pero las devoluciones sumarias hacen inviable cualquier posibilidad real de control. Para impugnar una vía de hecho es necesario, al menos, poder identificar a la persona sobre la que recae, pero tal identificación es inviable en las expulsiones en caliente porque ni se levanta un acta de la devolución, ni se redacta un atestado. Ello impide la identificación de las personas retornadas, y no existiendo esta, es difícil justificar su legitimación para incoar procedimiento judicial alguno, sin hablar del resto de garantías que debieran acompañarlos en la adopción de una decisión administrativa que afecte directamente a sus derechos subjetivos. El control de la arbitrariedad de los actos administrativos o de la mera vía de hecho (art. 9.3 CE), exige además que las personas hayan sido oídas por la administración. En el supuesto de las devoluciones sumarias, no hay escucha porque no hay procedimiento. Tampoco se da asesoramiento jurídico de ningún tipo, ni asistencia de intérprete que permita comunicar con la guardia fronteriza y de la posibilidad a la persona extranjera saber que la vía de hecho es impugnabile y cómo debe serlo.



En suma, no hay nada. No es posible controlar esta “vía de hecho”, ni controlar la desviación de poder a ella asociada, lo que supone una quiebra del propio Estado de Derecho.

En estas condiciones, el mero reconocimiento de que existe la posibilidad de recurso judicial es una mención retórica, y no asegura la existencia de “un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la vulneración haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones”, que exige el art. 13.1 CEDH. Debemos recordar aquí que, en aplicación de este precepto, combinado con el art. 3 CEDH, el TEDH² ha argumentado que las expulsiones “por la vía de hecho imposibilitan el acceso a los procedimientos de extranjería y con ello a los expulsados se les priva de la posibilidad de impugnar la ilegalidad de su expulsión y la vulneración de sus derechos”³. La persona extranjera se ve privada del ejercicio del derecho fundamental, que queda limitado ante la inexistencia de procedimiento administrativo previo⁴.

2. Que el rechazo en frontera se realizará respetando la normativa internacional. Ello supone, según el Tribunal Constitucional que “los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), debiendo atender la especial salvaguardia de los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, estar en situación de mujer embarazada o resultar afectados por serios motivos de incapacidad, incluida la

² En este sentido STEDH de 21 de enero de 2011, as. M.S.S. c. Bélgica y Grecia; que después reiteran las SSTEDH de 23 de febrero de 2012, as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia; 22 de abril de 2014, as. A.S. y otros c. España; de 21 de noviembre de 2019, as. Ilias y Ahmed c. Hungría; 25 de junio de 2020, as. Moustahi c. Francia; 23 de julio de 2020, M.K. y otros c. Polonia)

³ Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), coordinado por la profesora MARGARITA MARTINEZ ESCAMILLA, y publicado el 13 de abril de 2015.

⁴ Debe recordarse que la STEDH de 13 de febrero de 2020, en el asunto N.D. Y N.T. contra España (Demandas nº 8675/15 y 8697/15) no modifica esta doctrina ya que en ello no se trataba de violaciones del artículo 3 del CEDH.



causada por la edad avanzada y personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables” (FJ 8 c) STC 172/2020).

El respeto a la normativa internacional va implícito en el propio respeto de la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que impone el art. 9.1 CE, por lo que la observación sería innecesaria si no fuera tan importante la explicación que se da en la sentencia sobre lo que ello supone. No resulta tampoco indiferente la mención al art. 3.1 CDN, de cuya interpretación en el Dictamen CRC/C/80/D/4/2016 (asunto D.D. c. Reino de España) relativa a la devolución sumaria desde Melilla a Marruecos de un adolescente originario de Malí se tiene que deducir que no es posible efectuar devoluciones sumarias de menores de edad.

El problema es, de nuevo, el de la identificación de las personas en situación de vulnerabilidad y, en particular, de los adolescentes. La evidencia física de tal situación, a la que alude la sentencia, no puede ser más que una pauta, pero, es imprescindible mencionar las observaciones de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón en su voto particular a la STC 172/2020. Esta jueza considera insuficiente el razonamiento de la sentencia sobre la protección de las personas especialmente vulnerables *“desde el momento en que no se explica de qué modo puede hacerse efectivo el cumplimiento de esas obligaciones en ausencia de un procedimiento desarrollado con unas mínimas garantías esenciales. Si algo garantiza la existencia de un procedimiento es, precisamente, la identificación singularizada de las situaciones que rodean a las personas, y que pueden hacer de ellas sujetos particularmente vulnerables por ser menores de edad (...). La edad de las personas nunca es evidente cuando se encuentra en lo alto de la valla -como constata el dictamen del Comité de Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016)-, (...). Las salvaguardas previstas en la sentencia se apartan tanto de la realidad de las cosas que la salvaguarda deja de serlo”*.

Este voto añade además que es imposible, si se mantiene el statu quo existente, cumplir con las obligaciones internacionales del Estado respecto a los menores de edad: *“El dictamen del Comité de Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016) ya ha establecido que la práctica de este tipo de devoluciones*



sumarias practicadas por los funcionarios públicos españoles supone el incumplimiento de las obligaciones internacionales contempladas en los artículos 20.1 -protección debida por el Estado a toda persona menor privada de su medio familiar- y 37 -no sometimiento a las personas menores a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes- de la Convención de Derechos del Niño, en la medida en que no permite someter a la persona menor a un proceso de identificación y evaluación de su situación”.

El dictamen citado por la Magistrada, y en el que Fundación Raíces y ECCHR defendieron los intereses del menor D.D., evidencia la clara incompatibilidad entre las devoluciones sumarias y la protección de los derechos de la infancia: “14.3. (...) *las obligaciones del Estado de proveer protección y asistencia especiales a niños no acompañados, de acuerdo con el artículo 20 de la Convención, “se aplican incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional”.* Del mismo modo, el Comité considera que “*el aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados lo antes posible, particularmente en la frontera*”. Por lo anterior, es imperativo y necesario que, para cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 20 de la Convención y para respetar el interés superior del niño, el Estado conduzca un proceso de evaluación inicial, previo a cualquier traslado o devolución, que comprenda las siguientes etapas: a) *la determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado de la persona en cuestión y, en caso de incertidumbre, se otorgue al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal; b) la identificación del menor tras una entrevista inicial y c) el entendimiento de la situación concreta del menor y la evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad si los hubiere*”. A lo anterior, el Comité añade la prohibición de devolución del menor Sin embargo, el Comité reitera la obligación del



Estado parte de no trasladar a un niño “a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor.”⁵”.

2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Asimismo, y con independencia de la jurisprudencia constitucional al respecto, resulta necesario recordar que, de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las “devoluciones en caliente” contravienen las obligaciones internacionales de España en la materia. La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Sra. Bachelet, ha insistido específicamente en este asunto en una carta reciente enviada a la Ministra de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, la Sra. González Laya, con motivo del informe elaborado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Tercer Ciclo de Examen Periódico (EPU) a España (EPU que tuvo lugar en 2020. En dicha carta, respecto a *Los derechos de los migrantes, refugiados y solicitantes de asilo*, recomienda a España: *Considerar la revisión de la Ley de Seguridad Pública y asegurar que todas las personas que buscan protección internacional tengan acceso a procedimientos de evaluación justos y personalizados, a protección contra la expulsión sin discriminación y a un mecanismo independiente con autoridad para suspender decisiones prejudiciales.*

Con esta carta, la Alta Comisionada se suma al resto de instituciones nacionales e internacionales que se han pronunciado, en reiteradas ocasiones y por diferentes vías⁶, a lo largo de los últimos años, sobre la ilegalidad de las “devoluciones en caliente”.

⁵ Observación General No 6 del Comité: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6), párr. 12 y párr. 27.

⁶ UN Comité de los Derechos del Niño en DD. V. Spain disponible en <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2507>. Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España , 20 de julio 2015, §18, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fESP%2fCO%2f6&Lang=es . Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR), Intervención de parte tercera en frente a la gran sala del TEDH, 5 de abril 2018, disponible en https://www.refworld.org/type_AMICUS_UNHCR_ESP_5b92533f4_0.html Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Intervención de parte tercera en frente al TEDH, 9 de octubre 2015, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/ThirdPartyIntervention.pdf>. Grupo de trabajo de expertos en afrodescendientes, Informe sobre su misión en España, 14 de agosto 2018, §32, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/249/75/PDF/G1824975.pdf>.



En resumen:

1. Que el Tribunal Constitucional haya formulado una interpretación conforme a la Constitución de la disposición que regula los rechazos en frontera en Ceuta y Melilla, no significa que el marco normativo actual avale las devoluciones en caliente, ya que si se cumplen las condiciones fijadas por el Tribunal Constitucional para que el rechazo en frontera sea acorde a la Constitución (entradas individualizadas, control judicial, atención a situaciones de especial vulnerabilidad, etc.) no estaríamos ante una devolución en caliente.

2. El respeto a la Constitución y a los tratados internacionales exige la posibilidad de control judicial de la devolución y que la misma se ajuste a las garantías previstas por los convenios firmados por España, y que son también fuente de nuestro ordenamiento jurídico.

3. Ese control judicial no resulta viable a no ser que se desarrolle un procedimiento que asegure el respeto al art. 24 CE, y a la obligación de poseer un recurso efectivo que permita garantizar los derechos subjetivos (art. 13 CEDH). Por eso hay que entender la sentencia 172/2020 como un mandato implícito al legislador para que desarrolle ese procedimiento, como única vía para asegurar el respeto a la normativa internacional y el control judicial de las devoluciones sumarias. Si no lo hace, el sistema incurrirá en un vacío normativo que provocará inseguridad jurídica, siendo ello contrario al propio texto de la Constitución (art. 9.3 CE). El Comité de Derechos del niño en el Dictamen CRC/C/80/D/4/2016 (asunto D.D. c. Reino de España), ofrece algunas pautas para desarrollar el procedimiento.

4. La preservación de los derechos de las personas en situación de especial vulnerabilidad, de acuerdo con los tratados que las protegen, exige del desarrollo de ese

Para completar la argumentación sobre el particular, véase el informe de las mismas organizaciones que ratifican esta comunicación, respecto de la práctica de las devoluciones en caliente presentada al EPU: “3rd UPR CYCLE – SUBMISSION FOR THE 35th UPR WORKING GROUP SESSION ON SPAIN’S SUMMARY RETURNS IN CEUTA AND MELILLA”, disponible en [Informe-conjunto-rechazos-en-frontera EPU-2020-ingles.pdf \(fundacionraices.org\)](https://fundacionraices.org/informe-conjunto-rechazos-en-frontera-EPU-2020-ingles.pdf).



mismo procedimiento, y en esa misma línea se han pronunciado multitud de instituciones y organismos internacionales a lo largo de los últimos años.

5. En el caso de los menores extranjeros que migran solos, la identificación es particularmente importante para asegurar el respeto al art. 39.4 CE y, por la vía de apertura que este supone, a la Convención de Derechos del Niño. Sin identificación es imposible la aplicación de las garantías derivadas del Convenio. Y sin procedimiento administrativo la identificación no se puede asegurar. Sin procedimiento de identificación tras el salto de la valla, no es posible que España cumpla con sus compromisos internacionales en relación con la protección de los derechos de la infancia, ni con su propio texto constitucional.