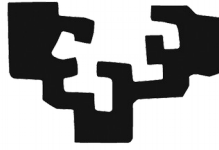


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco
(UPV/EHU)
Donostia - San Sebastian

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**PROHIBICIÓN DE EXPULSIONES COLECTIVAS:
¿REALIDAD O FALACIA?
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA TEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2020,
N.D. Y N.T. C. ESPAÑA.**

AUTORA: Irene Rubio Olascoaga.

TUTORA: Maria Dolores Bollo Arocena.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	3
1.1 Principio de no devolución.	4
1.2 Devoluciones en caliente.	5
2. ASUNTO N.D. Y N.T. C.ESPAÑA.	8
2.1 Jurisdicción en las vallas.	9
2.2 Condición de víctima.	11
2.3 Expulsiones colectivas.	12
2.3.1 El compromiso del TEDH con los derechos humanos: Análisis de la STEDH de 3 de octubre de 2017.	14
2.3.2 El decepcionante giro del TEDH: Análisis de la STEDH de 13 de febrero de 2020.	16
A. Constatación de existencia de vías legales: ¿Reales?	18
B. Conducta del interesado: la ‘criminalización’ de la víctima.	22
3. EL AVAL DEL TC AL RÉGIMEN DEL ‘RECHAZO EN FRONTERA’: LA STC 172/2020 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020.	24
3.1 Las alegaciones de las partes.	26
3.2 Decisión del TC.	27
4. REFLEXIONES FINALES.	31
5. ANEXOS.	33
6. FUENTES.	35

1. INTRODUCCIÓN.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), constituido como la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa, ha generado un revuelo inesperado tras la publicación de la Sentencia de la Gran Sala de 13 de febrero de 2020¹ sobre el asunto N.D. y N.T. contra España. Esta resolución ha sido dictada a partir de la solicitud de remisión a la citada sala, por parte del Gobierno de España, de la Sentencia de 3 de octubre de 2017² que condenaba a España por haber violado el artículo 4 del Protocolo N.º 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales respecto a los demandantes del proceso, a saber, un hombre maliense y un hombre marfileño, que alegaron haber sido víctimas de una expulsión colectiva tras saltar el 13 de agosto de 2014 las vallas del puesto fronterizo de Melilla desde Marruecos.

En palabras de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, la sentencia *“ha supuesto un retroceso en materia de garantía de los derechos de las personas forzosamente desplazadas apartándose la Gran Sala del Tribunal de su propia jurisprudencia”*³.

Así, el objeto del presente trabajo es analizar la mencionada sentencia, contrastándola con el examen de su predecesora, y tratar de distinguir los elementos diferenciadores entre una y otra. Previamente se estudiará el principio de no devolución consagrado en múltiples textos internacionales y la práctica, que ha obtenido gran relevancia en los últimos años, de las devoluciones en caliente. Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha publicado recientemente la Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre de 2020⁴, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad sobre diversos preceptos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, de los que, en interés de estas páginas, se analizará lo relativo a la Disposición Final Primera donde se regulan los *“rechazos en frontera”*, de la misma manera que en 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.

1 N.D y N.T c. España, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020.

2 N.D y N.T c. España, STEDH de 3 octubre de 2017.

3 CEAR, *“Análisis de la sentencia N.D. y N.T. contra España de 13 de febrero de 2020”*, p.1

4 STC 172/2020 de 19 de noviembre de 2020.

1.1 Principio de no devolución.

El principio de no devolución (*non-refoulement*) está consagrado en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra y dispone que, '*Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas*'⁵. Esta norma *ius cogens*⁶ implica una limitación a la soberanía de los estados en tanto prohíbe expulsar o devolver a un extranjero cuando esté en peligro su vida y seguridad y, como tal, es vinculante para todas las partes firmantes.

En principio, y al tenor literal del precepto, el principio de no devolución se debería aplicar únicamente a los refugiados formalmente reconocidos. Ahora, y a pesar de las provisiones de la Convención, la práctica de los Estados y la propia lógica del principio brindan su aplicación también a aquellos que todavía no han obtenido tal reconocimiento. En este sentido, la determinación de la condición de refugiado es de naturaleza declarativa: una persona no se convierte en refugiada porque se le reconoce como tal, sino que se le reconoce porque es refugiada. En consecuencia, el principio de no devolución se aplica no solo a los refugiados reconocidos, sino también a aquellos a quienes no se les ha declarado formalmente su estatuto⁷. Así, el principio de no devolución es aplicable a cualquier persona cuya devolución implique un riesgo para su vida y libertad⁸.

En todo caso, tal prohibición se extiende, en primer lugar, al Estado donde la persona se encuentre o donde aquel tenga jurisdicción sobre ella, y, en segundo lugar, al Estado donde se vaya a producir la devolución.

5 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951, *Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, n.º 2545, Vol 189.

6 Las normas imperativas aparecen reguladas en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969: '*Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*'.

7 ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, Ginebra, 2007, p. 2, parr 6

8 REMIRO BROTONS, A., y otros, *Curso General de Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2010, p. 471

Por su parte, debe plantearse si la obligación de *non-refoulement* se limita a aquellos refugiados que se hallen dentro del territorio donde pretenden ser “acogidos”, o, si por el contrario, se extiende también a las solicitudes de asilo de las personas que se encuentran en la frontera. Así, como señala Gortázar Rotaecche, si nos atenemos al sentido que se da a la obligación de *non-refoulement* que habla de “*no poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o libertad peligre (...)*” cabe afirmar la inclusión del “*no rechazo en frontera*” dentro del concepto de la obligación⁹ y en consecuencia, la obligación se extiende a las solicitudes de asilo de las personas que se encuentran en la frontera.

En este sentido, el principio de no devolución está estrechamente vinculado con la obligación de los Estados de cerciorarse de que la persona en cuestión que esté dentro de su territorio o jurisdicción no quedará expuesta a la situación mencionada en las líneas anteriores. Es decir, si la prohibición de devolución significa que cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita reconocimiento como tal puede acogerse a esta protección para evitar su expulsión, ello implica necesariamente que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones¹⁰.

1.2 Devoluciones en caliente.

En el caso de la regulación de la inmigración, el Derecho Internacional no ha sido un instrumento frecuente. Ésta, tradicionalmente, ha estado sometida a la actividad reguladora del Estado, en ejercicio de su soberanía, y se ha limitado a determinar las circunstancias relativas al estatuto de los extranjeros: su entrada y salida del territorio y las condiciones de permanencia en el mismo.

Los Estados, al menos los occidentales, no están en disposición de concretar una voluntad común que se manifieste en la adopción de normas relativas a los inmigrantes, salvo las que restrinjan o impidan el acceso a sus territorios. Tan es así que, primando el desacuerdo, se revela imposible el consenso en una sociedad internacional escindida entre países receptores y países emisores de migrantes¹¹.

9 PEREZ BARAHONA, S., “El estatuto de refugiado en la Convención de Ginebra de 1952”, *Redur*, nº1, 2003, p. 10

10 CIDH, “Movilidad humana. Estándares interamericanos”, OEA, Vol II, Doc 46/15, 2015, p. 204, parr. 439

11 PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., “Inmigración y Derecho Internacional. ¿Un acuerdo imposible?, Problemas actuales de la inmigración”. *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastian*, SOROETA LICERAS, J. (Coord.),

En este escenario, la Directiva 2008/115/CE relativa a las normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva Retorno)¹², surgió ante la necesidad de los Estados de homogeneizar y legalizar prácticas de retorno en aras de dar credibilidad al control (garantista) de la inmigración irregular. En cambio, y a la luz de los hechos acaecidos constantemente, esta ha venido a legitimar mecanismos jurídicos que obvian el respeto de los derechos humanos consagrados en numerosos textos internacionales.

Entre ellos encontramos la práctica por excelencia denominada como “devoluciones en caliente”, término que hace alusión al acto mediante el cual agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entregan por la vía de hecho a un migrante interceptado en territorio de soberanía española a las autoridades marroquíes sin respetar garantías legales nacionales, internacionales ni regionales. En este contexto, la respuesta que otorga España, cuando los migrantes son interceptados en el dispositivo fronterizo, es su entrega inmediata a las autoridades de Marruecos sin identificar a los migrantes detenidos y sin instruir ningún tipo de procedimiento que individualice las circunstancias personales de cada uno de ellos.

En palabras de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales, *“el principal obstáculo a la protección de los derechos de los migrantes no es la ausencia de leyes, sino la inobservancia de los convenios, acuerdos y declaraciones que los Estados han aceptado libremente”*¹³. Por su parte, Martínez Escamilla declara firmemente que *“es un combate desigual y desproporcionado que la Frontera Sur presente unas pautas de actuación que permiten hablar de guerra ilegal, de guerra sucia porque el Gobierno, a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, actúa en ocasiones vulnerando la ley y lesionando los derechos de personas, en gran parte de los casos, especialmente vulnerables”*¹⁴.

Con la intención de proseguir con su labor y al margen de las múltiples vulneraciones de derechos humanos que se constituyen a raíz de la realización de estas prácticas, el Gobierno Español ha venido tejiendo un entramado de disposiciones normativas para dotar de cobertura legal

Vol VII, 2007, p. 138

12 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular 16 de diciembre de 2008, Diario Oficial de la Unión Europea, L 348/98

13 PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., “Inmigración y Derecho Internacional. ¿Un acuerdo imposible?...”, *op. cit.*, p. 155

14 MARTINEZ ESCAMILLA, M., “Devoluciones en caliente. Guerra sucia en la frontera del Sur”, *Revista Crítica*, n.º 994, 2014, p. 41

sus actuaciones (se tratará la constitucionalidad de la normativa existente en el apartado 3) y así proceder a tales devoluciones, usando un poder absolutamente arbitrario y nada garantista, sin ningún respaldo o protección internacional (o eso se creía hasta ahora).

En primer lugar, el artículo 58.3b de la Ley de Extranjería¹⁵ dispone que *“no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. b) los que pretendan entrar ilegalmente en el país”*. En segundo lugar, el artículo 23.1 del Reglamento de Extranjería¹⁶ repite el anterior precepto y además añade que *“se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”*. Sin embargo, el apartado 2 del mismo artículo realiza una precisión sobre cómo se debe realizar esa devolución (aunque se vulnera en la práctica), y establece que, *“las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución”*. En este sentido, se ha llevado a cabo el intento de normativizar un procedimiento (algo) más efectivo, en el que se tendrá derecho a *“la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen”*. No obstante, el precepto que más controversia ha generado ha sido la Disposición Adicional Décima de la Ley de Extranjería, que legaliza la práctica de las devoluciones en caliente con la siguiente afirmación: *“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”*.

Por su parte, también tiene gran trascendencia el 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 ilegalmente¹⁷, cuyo fin principal es posibilitar la entrega a Marruecos de ciudadanos de

15 *Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Madrid, 11 de enero de 2000, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 10, 12 de enero de 2020.

16 *Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*, Madrid, 20 de abril de 2011, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 103, 30 de abril de 2011.

17 *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*, Madrid, 13 de febrero de 1992, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 100, 25 de abril de 1992, pp. 13969-13970

terceros países siempre que se acredite que hayan accedido a España desde Marruecos. Así, el Gobierno de España avala las devoluciones que realiza en la valla fronteriza de Melilla y, aunque en el Acuerdo se requiera también la obligación de identificación de los migrantes¹⁸, esta se incumple sistemáticamente.

Así, hoy nos encontramos con una práctica, que tras su repetición, ha llevado a la normalización de la ilegalidad, a pesar de su total incompatibilidad con los derechos humanos y principios consagrados en textos internacionales y que deja en evidencia la falta de escrúpulo y respeto tanto a la ley como a la ética, en la que brilla por su ausencia el trato igualitario y no discriminatorio, ya que es la procedencia de una persona la que marca, de alguna manera, una justificación para privarla del goce y el ejercicio de sus derechos.

2. ASUNTO N.D. Y N.T. C. ESPAÑA.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala Tercera) se pronunció por primera vez sobre el Asunto N.D. y N.T. contra España el 3 de octubre de 2017 y tras una petición de remisión por parte del Gobierno de España, el asunto se elevó a la Gran Sala, la cual ha dictaminado en sentencia que se ha publicado el 13 de febrero de 2020.

La justificación de los fallos de las sentencias toman cauces diferentes y en consecuencia, en la primera de ellas se condena al Estado Español por la vulneración del artículo 4 del Protocolo N.º 4 del CEDH y del artículo 13 del CEDH y en la segunda, sin embargo, se estima que no existe ninguna vulneración.

Así, tras haber permanecido en el Monte Gurugú, el 13 de agosto de 2014 los demandantes, un nacional maliense y un nacional marfileño, intentaron entrar en España con un grupo de subsaharianos, atravesando el sistema disuasorio que delimita la frontera entre España y Marruecos¹⁹. Este sistema está compuesto por tres vallas consecutivas –dos exteriores de 6 metros de altura y una interior de 3 metros– y un sistema de cámaras de vigilancia por infrarrojos y

18 *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos...*, *op. cit.*, art. 2: “... se harán constar todos los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de su entrada ilegal en el territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información de que se disponga sobre el mismo”.

19 Véase “Valla de Melilla: la peligrosa frontera que separa la UE de África” para contextualizar el caso. <https://www.youtube.com/watch?v=ntc0kC9II6A>

sensores de movimiento. Los dos demandantes llegaron a alcanzar la tercera valla y en ella estuvieron encaramados hasta que horas después bajaron con la ayuda de agentes de la Guardia Civil, quienes les detuvieron, esposaron y entregaron a las autoridades de Marruecos. En ningún momento fueron identificados ni tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos. Asimismo, denunciaron la imposibilidad de establecer su identidad, de hacer valer sus circunstancias individuales, de impugnar ante las autoridades españolas su regreso a Marruecos y de tener en cuenta el riesgo de malos tratos a los que se podían enfrentar en Marruecos.

Las concretas invocaciones contenidas en estas demandas se refirieron a la violación de los artículos 4 del Protocolo N.º 4 del CEDH y 13 del CEDH, con fundamento en que los demandantes fueron objeto de un rechazo inmediato a Marruecos en el marco de una expulsión colectiva por no haber sido identificados ni haber tenido la oportunidad de alegar sus circunstancias individuales y sin contar con un recurso efectivo con efecto suspensivo ante el Estado español para explicar su situación.

En palabras de Sánchez Tomás, *“Estas sentencias, más allá de la cuestión individual planteada por los dos recurrentes, suponen el enjuiciamiento de la política española en el control de sus fronteras terrestres extracomunitarias que les separa de Marruecos ante las diversas ocasiones en que grupos de personas han intentado acceder a territorio español saltando el vallado”*²⁰.

Con todo, los epígrafes posteriores contendrán el análisis comparativo de los elementos fundamentales de cada sentencia, con el propósito de establecer las similitudes y las diferencias entre ambas.

2.1 Jurisdicción en las vallas.

La primera línea argumental que sostiene el Gobierno español en ambos procedimientos ha sido la de alegar que *“los demandantes no habrían conseguido superar el dispositivo de protección del puesto fronterizo de Melilla y por tanto no habrían entrado en territorio español”*²¹. En

20 SÁNCHEZ TOMAS, JM., “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 65, 2018, p. 2

21 *N.D y N.T c. España*, STEDH de 3 octubre de 2017, parr. 44

consecuencia, y si así fuera realmente, el asunto no incumbiría al Estado español porque los hechos no habrían acontecido en territorio cuya jurisdicción pertenece a España, teniendo en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción es una condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser considerado responsable de los actos u omisiones que le sean imputables²². Así, según el Gobierno español no sería de aplicación el artículo 1 del Convenio donde se establece que *“las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del ... Convenio”*. Esta defensa viene de la mano del “concepto operativo de frontera”, que como explica Martínez Escamilla se basa en que *“al no haber tocado territorio nacional, a los inmigrantes no les sería aplicable la legislación de extranjería y las garantías que reconoce”*²³. Incluso, el Gobierno español llega a mantener de forma ambigua que, *“aunque la valla fronteriza se situara eventualmente dentro de las fronteras terrestres de España, el ejercicio de la jurisdicción, aún dentro del territorio de los Estados Miembros, puede tener un ámbito objetivo variable respecto de cada uno de los derechos protegidos por el Convenio”*²⁴, aludiendo a la existencia de una excepción sobre la jurisdicción.

En cambio, ante esta cuestión, el Tribunal en el año 2017 determinó que *“... desde el momento en que un Estado, a través de sus agentes que operan fuera de su territorio, ejerce su control y su autoridad sobre un individuo, y por consiguiente su jurisdicción, recae sobre él, en virtud del artículo 1, una obligación de reconocer a aquel los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio”*²⁵. Por su parte, la Gran Sala, tras volver a analizar los extremos de la jurisdicción, también reconoce la jurisdicción de España en el presente asunto y de la literalidad de las páginas que completan la sentencia del 2020 se extrae que *“la existencia de una valla situada a cierta distancia de la frontera no autoriza a un Estado a excluir, modificar o limitar unilateralmente su jurisdicción territorial, que comienza en la línea fronteriza”*²⁶ y *“el Convenio no puede restringirse de forma selectiva a algunas partes del territorio de un Estado mediante una reducción artificial del alcance de su jurisdicción territorial”*²⁷.

22 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 102

23 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Las devoluciones en caliente tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 de febrero de 2020 N.T y N.D vs España”, *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, abril 2020, p. 63

24 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 105

25 *N.D y N.T c. España*, STEDH de 3 octubre de 2017, parr. 54

26 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 109

27 *Ibid.*, parr. 110

En todo caso, esta cuestión, a pesar de haberla traído a colación en el presente asunto, ya estaba más que superada en los años anteriores. A este respecto resulta de gran relevancia el informe del Defensor del Pueblo de 2005 que se pronunció acerca de la jurisdicción de España en el puesto fronterizo de Melilla donde defendió que *“...puede afirmarse que el perímetro está construido – como por otra parte es lógico– en territorio español; que su titularidad plena pertenece a España y que su custodia sólo se realiza por fuerzas española. No corresponde a la Administración española determinar dónde ha de comenzar a regir la legislación de nuestro país. Dicha aplicación territorial viene regida por los tratados internacionales o, en su caso, la costumbre internacional que fijan los límites con los Estados vecinos”*²⁸. Por tanto, desde que los agentes de la Guardia Civil bajaron a los demandantes de la tercera valla, se estaba ejerciendo la jurisdicción española ya que estos quedaron sometidos al control de las fuerzas de seguridad del estado español. En este sentido, el Tribunal determina en el año 2017 que *“desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, de facto, de las autoridades españolas”*²⁹ y en el año 2020 que *“el Tribunal no constata ninguna situación apremiante de facto, ni elementos de hechos objetivos, capaces de limitar el ejercicio efectivo de la autoridad del Estado español sobre su territorio en la frontera de Melilla”*³⁰.

2.2 Condición de víctima.

El Gobierno de España, en ambas ocasiones y con expresiones semejantes, intentó alegar otra excepción basada en la idea de que los demandantes no habían adquirido la condición de víctima, que muy a su pesar, no fue aceptada por el Tribunal. Esta no adquisición derivaba, según palabras del Gobierno, de que *“han afirmado, sin documentos oficiales de identidad acreditativos, haber participado, al amanecer del día 13 de agosto de 2014, al asalto que se dio al puesto fronterizo de Melilla”*³¹, defendiéndose, por otro lado, con que *“la mala calidad de las grabaciones de video en cuestión... impediría el cotejo de las imágenes filmadas con las fotos de los archivos oficiales de identidad”*³². Es asombroso como el Gobierno utiliza para defenderse el incumplimiento de una obligación que le es propia (identificar al asaltante previo a la expulsión), ya que, si realmente esta se produjera, no habría alegación alguna sobre la falta de acreditación de la participación de los demandantes en los hechos ocurridos el día en cuestión.

28 SÁNCHEZ TOMAS, JM., “Las «devoluciones en caliente» ...”, *op.cit.*, p. 5

29 *N.D y N.T c. España*, STEDH de 3 octubre de 2017, párr. 54

30 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, párr. 108

31 *N.D y N.T c. España*, STEDH de 3 octubre de 2017, párr. 56

32 *Ibidem*

El Tribunal, ante ello, declara en la sentencia de 2017 el rechazo a esta excepción destacando que ‘no se puede ignorar que, si los demandantes no pueden aportar documentos que les identifiquen de manera más nítida entre el grupo de inmigrantes expulsados el día 13 de agosto de 2014, es ante todo porque, en el momento de su expulsión, los extranjeros devueltos no fueron objeto de ningún procedimiento de identificación. Estima que el Gobierno no puede escudarse tras la ausencia de identificación cuando él mismo es el responsable’³³. Por su parte, siguiendo la misma línea argumental la sentencia de 2020 determina que ‘hay que tener presente que la ausencia de identificación y de trato personalizado por parte de las autoridades del Estado demandado en el presente caso ... constituye el núcleo de la denuncia de los demandantes. En consecuencia, el Tribunal tratará de determinar si los demandantes han aportado pruebas prima facie que sustenten su versión de los hechos’³⁴. Para ello, el Tribunal destaca la explicación coherente de los demandantes sobre los hechos acontecidos previo al asalto a las vallas y dispone que ‘el Tribunal considera que los demandantes han aportado pruebas prima facie de su participación en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla del 13 de agosto de 2014, que no han sido refutadas de manera convincente por el Gobierno’³⁵.

2.3 Expulsiones colectivas.

El entramado principal del presente trabajo versa sobre las denominadas ‘expulsiones colectivas’ que de forma sintetizada suponen el acto jurídico o comportamiento atribuible a un Estado, por el que un grupo de personas extranjeras es compelido a abandonar el territorio de dicho Estado. En este sentido, desde un punto de vista jurídico, en palabras de Juan Manuel Batuecas Florindo, la expulsión es ‘la sanción administrativa impuesta al extranjero incluido en el ámbito de aplicación de la legislación de extranjería, que, tras una tramitación, se decreta su repatriación, junto con otras consecuencias’³⁶.

33 *Ibid.*, parr 60

34 *N.D y N.T c. España*, STEDH de 3 octubre de 2017, parr. 85

35 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 88

36 BATUECAS FLORINDO, JM., *La expulsión del extranjero en la legislación española*, Alicante, Editorial Club Universitario, 2009, p. 12

En todo caso, las expulsiones colectivas están prohibidas, tal como se extrae de la literalidad del artículo 4 del Protocolo N.º 4 del CEDH³⁷: *“Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”*. Si bien es cierto que la redacción es escueta, no deja de ser clara y en una primera aproximación no cabría admitir interpretaciones. Ahora bien, el precepto requiere de una puntualización imprescindible. Se prohíben las expulsiones colectivas a raíz de la idea de “colectividad”, es decir, al entender que la expulsión se aplica a un grupo de personas que han sido tratadas como un conjunto y, en consecuencia, no como personas individuales. Así, el objetivo es evitar que los Estados hagan que determinados extranjeros tengan que abandonar su territorio sin que previamente se examinen sus situaciones de forma individual y expresen sus circunstancias personales concretas, de tal modo que puedan exponer argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente³⁸.

En este asunto, el Tribunal ha seguido esa línea argumental y valora la existencia de expulsiones colectivas *‘según si la medida de expulsión adoptada es resultado de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo y en función de si cada uno de los afectados ha tenido la oportunidad de alegar, de forma individual, ante las autoridades competentes los argumentos en contra de su expulsión’*³⁹.

De la misma forma, se extrae del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, *‘se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, o bien, ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente y hacerse representar con tal fin ante ellas’*⁴⁰.

Estas apreciaciones nos invitan a *‘recordar que no todo vale en la lucha contra la inmigración irregular y que existen en este terreno toda una serie de derechos básicos y también algunas obligaciones, que todo Estado, también las organizaciones internacionales, tienen el deber*

37 *Protocolo número 4 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconociendo ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio*, Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 247, 13 de octubre de 2009

38 SOLANES CORELLA, A., ‘Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente’, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, diciembre 2017, p. 199

39 *Ibid.*, p. 201

40 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 19 de diciembre de 1976, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 103, 30 de abril de 1977

de respetar”⁴¹. Tanto es así que, asumida la competencia del Estado de legislar en la materia, esta debe quedar sujeta a determinadas limitaciones y, en suma, a ciertas garantías que derivan del Derecho Internacional. En definitiva, se trata de que “*se configure cierta limitación a la soberanía de los Estados que ceda ante la protección de los derechos humanos de las personas extranjeras*”⁴².

2.3.1 El compromiso del TEDH con los derechos humanos: Análisis de la STEDH de 3 de octubre de 2017.

Como ya se ha mencionado en apartados anteriores, las demandas se basaron en alegar la violación del artículo 4 del Protocolo N.º 4 del CEDH, por ser los demandantes presuntamente víctimas de una expulsión colectiva en la que no se respetó el procedimiento legal estipulado.

El Gobierno de España defendió, en base a diferentes argumentos, que no hubo vulneración de dicho precepto. En primer lugar, afirmó que existía la posibilidad de que los demandantes formularan una solicitud de entrada en el territorio, en vez de intentar entrar ilegalmente en el territorio español atravesando la frontera⁴³. Esta oportunidad que confiere el Estado español se centra en disponer de tres puntos en cuestión para tal fin: presentar una solicitud de asilo en los países de tránsito, a saber, Mauritania y Marruecos; o hacerlo en los Consultados que España tiene en dichos países; o bien en el puesto fronterizo autorizado de Beni-Eznar. Más si cabe, el Gobierno de España alegó que “*a quien no ha utilizado las vías legales indicadas y a su vez no ha logrado rebasar el dispositivo de protección de la frontera – lo que sería el caso de los demandantes – se le ofrece ayuda para descender de las vallas*”⁴⁴. Pues bien, a este respecto debe plantearse, sin entrar al fondo de la cuestión ya que se tratará en la sentencia de 2020 (véase apartado 2.3.2), cómo de efectivos son estos recursos y si realmente es posible acceder a ellos. La respuesta a este planteamiento se encuentra en la propia sentencia al disponer, en palabras del Comisario de DDHH, que “*...en noviembre de 2014, una oficina encargada de las cuestiones de asilo fue creada en Beni-Eznar, uno de los puntos de paso entre Melilla y Marruecos... aparte de las personas que huían del conflicto sirio, esta posibilidad ha quedado fuera del alcance de las personas originarias del África subsahariana*”⁴⁵.

41 BOLLO AROCENA, M.D., “Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDHh en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia (2012)”, *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Iprolex, 2013, p. 660

42 PALACIOS SANABRIA M., “Los derechos de los extranjeros como límite a la soberanía de los Estados”, 23 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, 2013, p. 331

43 *N.D y N.T c. España*, STEDH de 3 octubre de 2017, parr. 70

44 *Ibid.*, parr. 75

45 *Ibid.*, parr 85

Por su parte, mayor trascendencia tiene analizar el argumento que utiliza el Tribunal para adoptar la decisión sobre que sí existió vulneración del artículo 4 del Protocolo N.º 4 el CEDH. El análisis, a partir de los precedentes en las sentencias *Hirsi Jamaa y otros*⁴⁶ y *Sharifi y otros*⁴⁷, parte de la simplicidad de la prohibición de expulsiones colectivas contenida en el precepto invocado⁴⁸. Asimismo, según los demandantes *“la cuestión de la individualización en el procedimiento de expulsión es por tanto el punto crucial que se debe examinar”*⁴⁹.

La valoración del Tribunal fue por tanto clara en base a que *“se les ha aplicado una medida de carácter general consistente en contener y rechazar los intentos de los inmigrantes de rebasar ilegalmente la frontera... las medidas de expulsión han sido tomadas en ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa. En ningún momento han sido objeto los demandantes de procedimiento alguno”*⁵⁰. De esta manera, el carácter colectivo no se determinó en base al número de personas que fueron expulsadas en el mismo momento, sino por la ausencia de un análisis individualizado de cada caso particular. Debido a la afectación de derechos que implica la expulsión de una persona de un Estado, ese análisis debe ser razonable, adecuado, justo y respetuoso con las garantías legales, análisis que no reconoce el Tribunal en el presente caso y que por tanto concluye con que *“la expulsión de los demandantes revestía un carácter colectivo contrario al artículo 4º del Protocolo N.º4 del Convenio. En consecuencia, ha habido violación de esta disposición”*⁵¹.

Por su parte, el segundo precepto alegado por los demandantes fue el artículo 13 del CEDH⁵² puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo N.º 4 al CEDH que establece que *“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”*. Es decir, se alegó que la imposibilidad de establecer la identidad de las partes demandantes era el resultado de no haber podido impugnar la decisión de expulsión mediante un recurso con efecto suspensivo⁵³.

46 *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012

47 *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, STEDH (Gran Sala) de 21 de octubre de 2014

48 SÁNCHEZ TOMAS, JM. ‘Las «devoluciones en caliente»...’, *op. cit.*, p. 16

49 *N.D y N.T c. España*, STEDH de 3 octubre de 2017, parr. 84

50 *Ibid.*, parr. 107

51 *N.D y N.T c. España*, STEDH de 3 octubre de 2017, parr. 108

52 *Convenio Europeo de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, 4 de noviembre de 1950, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 108, 6 de mayo de 1999

53 *N.D y N.T c. España*, STEDH de 3 octubre de 2017, parr. 109

La conclusión del Tribunal sobre la vulneración del presente artículo fue determinada en consonancia con la decisión previamente analizada. De nuevo, sin entrar en consideraciones relativas a la posibilidad o no de acceso al procedimiento de protección internacional, el Tribunal se limitó a constatar que *“los demandantes han sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas y que no han tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión. Hay, en este caso, un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio”*⁵⁴.

En definitiva, y antes de entrar al análisis de la segunda sentencia que echa por tierra lo construido por esta, la sentencia determinó que las expulsiones en caliente, tan desarrolladas y normalizadas, tratan de una conducta que, por falta de cobertura legal, vulneran los compromisos internacionales adquiridos por España de respeto de los derechos humanos⁵⁵.

2.3.2 El decepcionante giro del TEDH: Análisis de la STEDH de 13 de febrero de 2020.

A pesar de que en opinión de muchas organizaciones la STEDH de 3 de octubre 2017 supuso un logro y un avance en materia de protección de los derechos humanos, la STEDH de 13 de febrero de 2020 ha dado un giro radical a la decisión precedente. Ahora bien, la Gran Sala mantiene que *“el criterio decisivo para que una expulsión sea calificada de colectiva es la ausencia de un análisis razonable y objetivo y del caso particular de cada uno de los extranjeros del grupo”*⁵⁶, sin embargo, utiliza nuevos argumentos para que la omisión de dicha obligación no sea responsabilidad del Gobierno español y así no constatar la posible vulneración del artículo 4 del Protocolo N.º 4 del CEDH. El eje de la decisión se determina de forma clara: *“no hay vulneración del artículo 4 del Protocolo N.º 4 si la ausencia de una decisión individual de expulsión puede atribuirse a la propia conducta del demandante”*⁵⁷.

54 *Ibid.*, parr. 120

55 SÁNCHEZ TOMAS, JM. “Las «devoluciones en caliente»...”, *op. cit.*, p. 26

56 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 196

57 *Ibid.*, parr 200

Es a partir de esta afirmación cuando se vierten un sinnúmero de acusaciones a la conducta de los demandantes que además, a mi juicio, distan de la lógica jurídica que venía manteniendo el Tribunal. En todo caso, considero que atribuir una conducta a las posibles víctimas de una violación de derechos humanos como cauce para legitimar la decisión de un Estado es cuando menos cuestionable y, en todo caso, decepcionante.

En palabras de Martínez Escamilla *“la resolución ha causado un gran impacto, dando lugar al rechazo de entidades sociales y juristas, y se ha dicho de ella que respalda un endurecimiento de la política migratoria en la Unión Europea, a costa de los derechos humanos. Por su trascendencia, cabría esperar que el fallo estuviera sólidamente fundamentado, pero no es el caso”*⁵⁸. Por su parte, González Vega apunta que *“la decisión, en último término, en un difícil ejercicio de equilibrio, brinda crédito a los argumentos expuestos por el Gobierno español – abriendo un cauce para la futura operatividad de un margen de apreciación en la materia – sin perjuicio de recordar su eventual inadmisibilidad cuando se vean afectados principios fundamentales (como el de no devolución) inherentes a las garantías de la Convención”*⁵⁹. Y añade además que *“la sensible demora que venía arrastrando la resolución del asunto, junto con el desusado interés que había cobrado el caso a nivel europeo – como pusiera de relieve la personación de Estados como Bélgica, Francia e Italia en el procedimiento – sumado todo ello al sensible malestar de muchos Estados europeos desde el desencadenamiento de la actual crisis migratoria en 2020 ante las limitaciones e interferencias judiciales para el ejercicio de sus políticas migratorias permitían augurar una solución distinta”*⁶⁰.

Por lo tanto, la resolución deja de lado el carácter - que se creía - imperativo de la prohibición de las expulsiones colectivas y responsabiliza a los demandantes de la ausencia del análisis de sus circunstancias personales debido a la conducta que mantuvieron. De esta forma, el Tribunal considera que fueron los propios demandantes los que cometieron una conducta ilegal y, en consecuencia, no pueden aducir que sus derechos han sido vulnerados. Tal es así que en palabras de CEAR *“es preocupante y se puede afirmar que es contraria al principio de no devolución y al*

58 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “Las devoluciones en caliente tras la sentencia...”, *op. cit.*, p. 63

59 GONZÁLEZ VEGA, JA., “¿Un difícil equilibrio? La sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, N.D y N.T.C. España, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”, *Revista General de Derecho Europeo* 52, 2020, p. 1

60 *Ibid.*, p. 3

*derecho de asilo, el hecho de que la sentencia esté estableciendo que se pueda expulsar de manera automática a aquellas personas como consecuencia de su propia conducta”*⁶¹.

A partir de estos apuntes es momento de centrarse en los argumentos que brinda el Tribunal para su decisión y entender cómo define la conducta del interesado y cómo se construye esta. De forma muy sintetizada, que se analiza a continuación, los argumentos se centran principalmente en la constatación de la existencia de vías legales de acceso al territorio y cómo, ante ellas, los demandantes decidieron no utilizarlas.

A. Constatación de existencia de vías legales: ¿Reales?

El Gobierno de España alegó con contundencia que *“los demandantes intentaron entrar en territorio español de manera ilegal, sin llegar a demostrar la imposibilidad de utilizar los numerosos procedimientos legales disponibles para obtener autorización para cruzar la frontera con España”*⁶² y pasó a detallar en qué consistían las opciones y defendió la total efectividad de estas.

En primer lugar, el Gobierno de España ofrece a los interesados la posibilidad de solicitar protección internacional en el punto de cruce de la frontera de Beni Enzar. Para demostrar la efectividad de este recurso el Gobierno de España arrojó ciertos datos que después el Tribunal analizó. Así, dispuso que *“entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2014 se habían presentado 21 demandas de asilo en Melilla, incluidas seis demandas de asilo presentadas en el puesto fronterizo de Beni Enzar”*⁶³ y prosiguió con que *“ni una sola solicitud de asilo de personas del África subsahariana fue presentada en Beni Enzar entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2014”*⁶⁴. Pues bien, a mi entender, tratar de justificar de forma tan presuntamente convincente la efectividad de un recurso, cuando para ello se usan datos tan mínimos, resulta irrisorio y teniendo en cuenta la elevada cantidad de intentos de personas subsaharianas en entrar en territorio español aun siendo de forma ilegal, debe plantearse si realmente existe tal acceso o si este no conlleva mayores peligros y riesgos para los que huyen de sus países que los que de hecho padecen cuando deciden saltar la valla.

61 CEAR. *“Análisis de la sentencia N.D y N.T...”*, *op. cit.*, p.6

62 *N.D y N.T c. España*, STEDH de 3 octubre de 2017, parr. 204

63 *Ibid*, parr. 213

64 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 216

Sin embargo, la cuestión que podría plantear serias dudas al Tribunal para desconfiar de esta vía legal, que *“lejos de resultar concluyentes, apuntarían la conclusión contraria, es decir, la dificultad de solicitar asilo en la frontera”*⁶⁵, se reduce de tal forma, que el Tribunal ni siquiera la discute. Y es que es ilógico y no conforme con un actuar mínimamente racional, considerar que cualquier persona, de las cuales muchas cumplen con el perfil de solicitantes de asilo y lo podrían obtener de manera legal, elija arriesgar su propia vida en la valla o pasar al territorio de forma ilegal antes que utilizar dicha vía si realmente tuviese acceso a ella⁶⁶.

No es así, en cambio, para el Tribunal, ya que estima que *“el mero hecho de que se presentaran muy pocas solicitudes de asilo en Beni Enzar antes del 1 de septiembre de 2014 no permite concluir que el Estado demandado dejase de facilitar un acceso real y efectivo a ese puesto fronterizo”* y añade que *“las alegaciones generales presentadas por los demandantes ante la Gran Sala de que en el momento de los hechos, no era posible que nadie solicitara asilo en el puesto fronterizo de Beni Enzar es insuficiente para invalidar esta conclusión”*⁶⁷. Ante esta afirmación, considero del todo acertado el término que utiliza Martínez Escamilla para calificar la defensa que realiza el Gobierno español y que el Tribunal considera acertada: *“ignorancia deliberada”*⁶⁸.

En segundo lugar, y para indicar que, además de la posibilidad anteriormente detallada, existen otras, el Tribunal dispone que *“además de tener acceso real y efectivo al territorio español en el paso fronterizo de Beni Enzar, los demandantes también tenían acceso a las embajadas y consulados españoles donde, según la legislación española, cualquier persona puede presentar una solicitud de protección internacional”*⁶⁹. Para ello, el Gobierno Español pone en valor el contenido del artículo 38 de la Ley de Asilo que señala que *“con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”*⁷⁰. La disposición

65 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *“Las devoluciones en caliente...”*, op. cit, p. 64

66 Véase *“La Guardia Civil se emplea con contundencia en un cuevo salto a la valla de Melilla”* para entender la tensión y dureza que se vive al intentar atravesar la valla. <https://www.youtube.com/watch?v=B5xnbmhzxc0>

67 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 217

68 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *“Las devoluciones en caliente...”*, op. cit, p. 65

69 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 221

70 *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, Madrid, 30 de octubre de 2009, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 263, 31 de octubre de 2009

señala a continuación que *“el Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados”*⁷¹.

Sin embargo, el elemento crucial de la cuestión, como en el caso anterior, no es poner en duda la existencia de dicha vía, sino analizar su efectividad, que, en todo caso, también es cuestionable. En su defensa, el Gobierno de España argumentó que *“entre 2014 y 2018 se presentaron en las embajadas y consulados españoles 1.308 solicitudes de asilo, de los cuales 346 se presentaron en 2014”*⁷². Martínez Escamilla aclara esta cuestión, diciendo que *“esta afirmación no es correcta pues dichas cifras no son auténticas solicitudes de asilo, sino extensiones de solicitud familiar, es decir, un mecanismo que permite que los familiares más cercanos de quien ya ha obtenido el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria en España, puedan acceder al procedimiento de asilo a través de las embajadas”*⁷³.

Por su parte, es esencial subrayar que el desarrollo reglamentario que se menciona en el precepto nunca se ha dado y en su defensa el Gobierno de España alega que *“a falta del necesario reglamento de desarrollo de la Ley de Asilo, estaría vigente el reglamento de la Ley anterior y una Circular de 20 de noviembre de 2009, que incluiría alguna instrucción a los embajadores sobre la aplicación del artículo 38”*⁷⁴. Por ende, se mantiene la defensa de la efectividad de esta vía legal de acceso a pesar de no haber sido debidamente completada. Y así lo hace recordar la STS 1327/2020, de 15 de octubre de 2020 cuando desestima un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en cuyo escrito de interposición alega, entre otros, la falta del desarrollo reglamentario del artículo 38 que precisa la Ley de Asilo señalando que *“no existe como tal un procedimiento administrativo para poder aplicar ese artículo, lo que considera imprescindible para determinar los órganos competentes y las condiciones en las que un Embajador puede promover el traslado a España a los efectos de solicitar asilo así como para determinar las consecuencias prácticas de tal medida”*⁷⁵. En palabras del TS *“se rechaza el planteamiento del Abogado del Estado sobre la incidencia en la resolución de la falta de desarrollo reglamentario del artículo 38 de la Ley 12/2009, refiriéndose a la argumentación en contrario defendida por la Abogacía del Estado sobre la no vulneración del artículo 13 de la CEDH, sentencia TEDH de 13 de febrero de 2020, y*

71 *Ibidem*.

72 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 225

73 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Las devoluciones en caliente...”, *op. cit*, p. 65

74 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 224

75 STC 1327/2020, de 15 de octubre de 2020, p. 19

*argumentando la parte ampliamente sobre la existencia de previsiones reglamentarias que permiten el desarrollo y aplicación de estas solicitudes”*⁷⁶.

En todo caso y sin encontrar mayores contradicciones ni indagar sobre el fondo de estos mecanismos, el Tribunal hace suyos los argumentos del Gobierno de España. Para el Tribunal *“los demandantes ni siquiera alegaron en un primer momento que hubieran intentado entrar en territorio español por medios legales, refiriéndose a las dificultades mencionadas sólo en abstracto”*⁷⁷. Considero este reproche una manifestación del adagio que contiene el refrán español que afirma aquello de *“ver la paja en el ojo ajeno y no la viga en el propio”*, ya que quién de forma abstracta analiza la cuestión de la efectividad de las vías legales de acceso es, precisamente, la Gran Sala. Y por esta línea se decantan algunas de las críticas que ha recibido la sentencia, ya que se le achaca que el enfoque por el que ha optado *“parece a primera vista inconciliable con su afán por garantizar a quienes se encuentran bajo su jurisdicción derechos prácticos y efectivos, no teóricos o ilusorios”*⁷⁸.

Por lo tanto, el Tribunal muestra excesiva confianza ante el supuesto buen hacer de las autoridades españolas⁷⁹ ya que, incluso, estima que *“en ningún momento los demandantes alegaron en este contexto que los obstáculos supuestamente encontrados, en caso de ser confirmados, fueran responsabilidad de las autoridades españolas”*⁸⁰ y finaliza determinando que *“aun suponiendo que existieran dificultades para acceder a este puesto fronterizo del lado marroquí, no ha quedado demostrado ante este Tribunal la responsabilidad del Gobierno demandado por dicha situación”*⁸¹.

No puede darse por cerrado este apartado sin hacer referencia a cuál es la situación real que se vive en el paso fronterizo de Beni Enzar para que diversas entidades y juristas coincidan en que las vías legales descritas no son en absoluto efectivas y, en cambio, el Tribunal así las declare, de forma superficial y poco humana. Con el fin de recoger cuáles son en realidad los obstáculos con los que las personas migrantes tienen que lidiar para conseguir una entrada legal en territorio español, adjunto Anexos al final de estas páginas con testimonios reales.

76 *Ibid.*, p. 21

77 *Ibid.*, parr 220

78 GONZALEZ VEGA, JA., “¿Un difícil equilibrio? La sentencia TEDH ...”, *op.cit.*, p. 18

79 *Ibid.*, p. 19

80 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 220

81 *Ibid.*, p. 221

B. Conducta del interesado: la “criminalización” de la víctima.

Hasta ahora, al margen de encontrar en la jurisprudencia del Tribunal menciones a la conducta del interesado, esta no había obtenido la relevancia que se aprecia en esta sentencia en materia de expulsiones colectivas. A modo de ejemplo, *“la falta de una decisión de expulsión individual puede atribuirse a la conducta culpable del interesado”*⁸². Sin embargo, es a raíz de la publicación de esta sentencia cuando el reproche a la conducta de los reclamantes cobra una mayor intensidad, ya que el análisis se centra en la apreciación del comportamiento individual dotándolo así de relevancia y, en consecuencia, de culpabilidad. Culpabilidad que hasta entonces para el Tribunal era expresión de una conducta negligente o de renuncia ante los requerimientos de las autoridades pero que ahora añade además la buena fe del interesado⁸³. En este sentido, dispone el tribunal que *“si efectivamente deseaban hacer valer sus derechos en virtud del Convenio, no hicieron uso de los procedimientos formales de entrada existentes a tal efecto”*⁸⁴.

Otro enfoque novedoso a la par que alarmante que, además, aporta el Tribunal es que *“de hecho los demandantes se pusieron a sí mismos en peligro, participando en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla el 13 de agosto 2014, sacando ventaja de ser un grupo numeroso y del uso de la fuerza”*⁸⁵. En este sentido, la sentencia ya no solo aprecia ausencia de vulneración de derechos, sino que, además, señala y criminaliza a los interesados por haber ejecutado un acto delictivo. Solo quien es capaz de obviar la desesperación y la necesidad humana de una forma tan frívola como para afirmar que uno mismo se pone en tal situación de peligro como si fuese por gusto, podría entender tales argumentos de la sentencia, los cuales, en todo caso, desprenden a mi juicio, una grave falta de empatía hacia la desesperanza ajena.

Por tanto, si hasta entonces parecía haber quedado claro que las expulsiones colectivas están prohibidas en virtud del artículo 4 del Protocolo N.º 4 del CEDH y que estas precisan de un análisis individual y del caso concreto de cada expulsado perteneciente al grupo, a ojos del Tribunal *“la ausencia de decisiones individualizadas de expulsión puede ser atribuida al hecho de que los solicitantes no hicieran uso de los procedimientos oficiales de entrada existentes ... por lo que no ha habido vulneración alguna del artículo 4 del Protocolo N.º 4 del Convenio”*⁸⁶.

82 *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012, párr. 184

83 GONZALEZ VEGA, JA., *“¿Un difícil equilibrio? La sentencia TEDH...”*, op. Cit, p. 16

84 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, párr. 231

85 *Ibidem*.

86 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, párr. 231

En este punto se encuentra la mayor contradicción de toda la sentencia. Así, lo largo de las dos sentencias se exige, de forma exhaustiva y repetitiva, que es esencial el examen de cada uno de los integrantes del grupo para que la expulsión no se califique como colectiva, y en consecuencia, no esté prohibida. En cambio, una vez que entra en juego la apreciación de la “conducta del interesado”, parece que este concepto constituye una excepción a la obligación del Estado de estudiar, previo a la expulsión, las circunstancias personales del mismo. Ahora bien, si se consideraba que la razón de ser del examen individualizado era justamente conocer las circunstancias vitales y las concretas razones de obrar de la persona, se entiende que, dentro del juicio de valor administrativo, necesariamente ha de tener cabida el propio análisis de la conducta del interesado y así poder recoger los pormenores que justifiquen el salto a la valla. Difícilmente se pueden conocer las vicisitudes por las que un individuo ha actuado, si no se le da la oportunidad de explicarlas y si además la falta de dicha opción es protegida por los Tribunales. En este sentido, Martínez Escamilla se pregunta “¿cómo proteger los derechos si no hay posibilidad de alegarlos?”⁸⁷ y es que la Gran Sala ha negado algo tan humano como es la palabra y ello provoca la deshumanización de las personas migrantes.

Pero ante todo, si se infringe una norma, ¿se renuncia a las garantías jurídicas? Pongamos un ejemplo: ¿si cometes un delito de falsificación de documento público, al haber actuado en contra de la ley, pierdes el derecho a la tutela judicial efectiva y en consecuencia, a la defensa de un abogado? Pues bien, la respuesta a esta pregunta sería negativa para cualquier conocedor de los elementos básicos del Estado de Derecho en el que vivimos, por lo que de igual forma, la entrada irregular, entendida como una infracción administrativa, no debería derivar en que las garantías decayeran y justamente esto es, lo que sin mayor profundidad, ha avalado el mismísimo Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, debe hacerse alusión al análisis que se realiza sobre la posible vulneración del artículo 13 del CEDH en relación con el artículo 4 del Protocolo N.º 4 del CEDH, que adelanto, obtiene el mismo “éxito” que el pronunciamiento anterior. En la medida que la Gran Sala entiende que la falta de un procedimiento individualizado de expulsión fue fruto de la conducta de los propios demandantes, el Tribunal dispone que “no se puede hacer responsable al Estado demandado por no facilitar un remedio legal contra dicha expulsión”⁸⁸. Es decir, si en la sentencia de 2017 se condenaba a España por vulnerar el artículo 4 del Protocolo N.º 4 del CEDH y en

87 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Las devoluciones en caliente...”, *op.cit.*, p. 68

88 *N.D y N.T c. España*, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, parr. 242

consecuencia, el artículo 13 del CEDH que recoge el derecho a un recurso efectivo, la Gran Sala entiende que al no haber habido violación del artículo 4º del Protocolo N.º 4 del CEDH, no se puede *“exigir la disponibilidad de un recurso interno para tratar el fondo de una queja justificada en virtud del Convenio y conceder una reparación adecuada”*⁸⁹ y, por consiguiente *“no se ha vulnerado el artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo N.º 4 del Convenio”*⁹⁰.

3. EL AVAL DEL TC AL RÉGIMEN DEL “RECHAZO EN FRONTERA”: LA STC 172/2020 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020.

La sentencia que ha sido objeto de estudio en las anteriores páginas hace referencia a un hecho ocurrido en el 2014 donde la forma de actuar de las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado español era totalmente defendida por el Abogado del Estado. Ahora bien, resulta llamativo que una práctica que el Gobierno de España consideraba legal se regulara a posterior bajo la rúbrica de “rechazo en frontera” en la Ley de Extranjería en el año 2015 y lleva a plantearse que sería factible que el Gobierno de España fuera consciente de que la forma de actuar era inconciliable con el derecho internacional y quisiera proteger bajo la apariencia de la legalidad las prácticas que ha venido llevando a cabo.

Así, el presente apartado tiene por objeto el análisis de la disposición adicional décima⁹¹ de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx), introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, por el que se valida un “régimen especial” para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, cuya práctica consiste en la actuación de las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado respecto de la entrega a las autoridades marroquíes, por vía de hecho, de ciudadanos extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera.

89 *Ibid.*, 240

90 *Ibid.*, 244

91 Véase apartado “Devoluciones en caliente”, p. 5

La justificación de esta enmienda en el Congreso puso de manifiesto que el fin del nuevo precepto era introducir un procedimiento para afrontar la especialidad geográfica y fronteriza que caracteriza a las mencionadas ciudades⁹². De hecho, el rechazo en frontera es frecuentemente confundido con la devolución a la que hace alusión el artículo 58.3 de la LOEx⁹³. Sin embargo, pese a sus similitudes, se trata de una nueva figura que, a diferencia del régimen general vigente de la devolución, no cuenta con un procedimiento en el que se garantice al extranjero el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos del artículo 24.1 de la Constitución Española⁹⁴.

Así, mientras que en caso de una devolución se exige a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que conduzcan a los extranjeros interceptados a la comisaría correspondiente del Cuerpo Nacional de Policía para proceder a su identificación e incoarse el procedimiento de devolución⁹⁵, no se encuentra ninguna alusión semejante al respecto en el enunciado del precepto del rechazo en frontera. En todo caso se concreta, al menos, un mínimo mecanismo jurídico en relación con las solicitudes de protección internacional que *‘se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional’*, a pesar de que su escasa efectividad ya haya quedado latente.

En definitiva, en palabras de Espiniella Menéndez *‘se puede deducir que no hay un procedimiento mínimo de rechazo en frontera sino una cobertura legal a una vía de hecho. Se trata de una norma sin una mínima sistemática jurídica, en contraste con el procedimiento ordinario de devolución. En efecto, no existe ningún órgano para acordar el rechazo en frontera. Se observa, igualmente, la ausencia de cualquier resolución motivada y notificada sin información acerca de los recursos y plazos y derecho a la asistencia letrada’*⁹⁶.

La escasa atención técnica en la redacción de la disposición adicional décima, que no concreta mínimamente ni derechos ni garantías, salvo la mención a ellas en el segundo apartado, la inexistencia de unas pautas de actuación, así como las devoluciones sumarias que han marcado la

92 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., y otros, “Rechazos en frontera, ¿fronteras sin derechos?”, *Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE*, Der 2011-26449, 2015, p. 9

93 Véase apartado “Devoluciones en caliente”, p. 5

94 RUÍZ SUTIL, C., “El rechazo en frontera o la denominada devolución en caliente y su regulación en la LOEx”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, p. 332

95 *Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*, Madrid, 20 de abril de 2011, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 103, 30 de abril de 2011, art. 23

96 ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 324-325

actuación en las vallas, hacen temer que con la introducción de la disposición adicional décima LOEx tan sólo se haya pretendido salir al paso del rechazo internacional provocado por estas prácticas⁹⁷.

Esta reforma ha sido criticada por numerosos juristas y organizaciones, tanto es así que se planteó el recurso de inconstitucionalidad n.º 2896 interpuesto por varios partidos políticos cuya sentencia se ha visto recientemente publicada: la STC 172/2020, de 19 de noviembre. El objeto del recurso era impugnar diversos preceptos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, entre los cuales se encuentra la disposición final primera denominada “régimen especial de Ceuta y Melilla” por la que se introdujo la disposición adicional primera de la LOEx.

3.1. Las alegaciones de las partes.

Las principales alegaciones de los recurrentes se centran en que la norma impugnada *“crea un nuevo régimen de devolución de extranjeros que entran ilegalmente en España que exceptúa lo previsto en el artículo 58.3 LOEx y en el artículo 23 del Reglamento LOEx”* en el que *“no se regula ningún procedimiento y se excluye la revisión judicial de la decisión adoptada, vulnerando con ello los artículos 9.3, 24.1 y 106 CE”*⁹⁸.

En este sentido, nos encontramos ante *“una actuación administrativa que se lleva a efecto prescindiendo de manera plena del procedimiento establecido o por órgano manifiestamente incompetente”* y *“se faculta así la ejecución de los rechazos en frontera dejando al libre arbitrio de la administración no solo el modo y los medios de realizar dichas actuaciones, sino su realización misma, habilitando una actuación imprevisible e indeterminada que no tiene encaje en el marco constitucional”*⁹⁹. En definitiva, *“la nueva disposición adicional de la LOEx conlleva la vulneración de la tutela judicial efectiva... y se pretende habilitar una actuación independiente y autónoma del derecho de todo ser humano a solicitar el auxilio judicial en aquellas decisiones que le afecten y que considere contrarias a la Constitución o a las leyes”*¹⁰⁰.

97 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Rechazos en frontera, ¿fronteras sin derechos?”, *op. cit.*, p. 18

98 STC 172/2020 de 19 de noviembre, p.5

99 *Ibidem.*

100 *Ibidem.*

Por su parte, el abogado de Estado centra su defensa en los siguientes argumentos, cada cual más inaudito al anterior. En primer lugar dispone que *“a través de la nueva figura se cubre un vacío normativo respecto de una actuación puramente material que se desarrolla en el marco del ejercicio de las labores de vigilancia fronteriza encomendadas al Estado español... y el carácter especial reside en que, a diferencia de los procedimientos hasta ahora previstos, actúa en una fase previa en la que los extranjeros intentan rebasar los obstáculos que impiden acceder a España”*¹⁰¹. Tras esta afirmación, sin mayor concreción ni vinculación al régimen que se está estudiando, alega que *“existen actuaciones materiales de la administración que se manifiestan sin una formalización, sin que por ello dejen de ser jurídicamente legítimas”*¹⁰².

En segundo lugar, como si la cuestión de la jurisdicción en el entramado de las vallas no estuviera más que superada, afirma que *“las personas destinatarias de la norma, además de extranjeros, son personas que no han entrado en España, ni de iure, ni de facto. Es por ello que, más allá del respeto a su dignidad personal, que la ley ni nadie puede desconocer, estas personas no disponen de los derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros que si están en España”*¹⁰³ y en consecuencia, *“a quienes no se encuentren en territorio español, sino intentando acceder ilegalmente a él, no les son aplicables las garantías constitucionales y legales, en relación con la necesaria tramitación de un procedimiento, con audiencia y resolución motivada, y la revisión de esta decisión por la jurisdicción”*¹⁰⁴.

3.2 Decisión del TC.

Con ambas posturas totalmente opuestas, el Tribunal procede a examinar la norma en base a tres elementos que se señalan a continuación y falla a favor de la constitucionalidad de esta avalando los “rechazos en frontera”. En primer lugar, el Tribunal procede a resaltar algunos *“aspectos del estatuto constitucional de los extranjeros en España relevantes a los efectos del proceso”*¹⁰⁵. Comienza señalando que *“los extranjeros gozan de ciertos derechos por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles”*¹⁰⁶. Sin embargo, recuerda que *“el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que*

101 *Ibid.*, p. 12

102 *Ibid.*, p. 13

103 *Ibidem.*

104 *Ibidem.*

105 *Ibid.*, p. 49

106 *Ibid.*, p. 50

sean titulares los extranjeros con apoyo en el artículo 19 CE¹⁰⁷ y por tanto, ‘se regulan varios procedimientos relativos a la salida obligada del territorio español de las personas extranjeras’¹⁰⁸, entre los que se encuentran ‘la devolución de los que pretendan entrar ilegalmente, incluyendo a os extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones’¹⁰⁹. Con esta introducción, el TC, sin mayor precisión, se ciñe a recordar la potestad del Estado en controlar sus fronteras y en consecuencia a proceder a las devoluciones.

En segundo lugar, el Tribunal considera esencial el examen del ‘régimen previsto en la legislación en materia de extranjería sobre salidas forzosas del territorio español’¹¹⁰ como paso previo para ‘determinar la naturaleza del rechazo en frontera y poder así enjuiciarlo desde la perspectiva de los artículos 9.3, 24.1 y 106.1 CE’¹¹¹. Para ello, hace una vaga mención a la normativa internacional disponiendo que ‘el rechazo en frontera está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar, como expresamente señala el apartado segundo del precepto impugnado, la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional’¹¹². No obstante, utiliza los términos de ‘cauce flexible y rápido’ y ‘actuación orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida’¹¹³ para definir la práctica del rechazo en frontera. Estas afirmaciones llevan a pensar que cualquier acto jurídico caracterizado por la inmediatez y poca precisión quedarán lejos de un respeto íntegro y exhaustivo a las obligaciones del estado en materia de protección de derechos humanos. En palabras de CEAR ‘al no existir un protocolo de actuación en las vallas, la inseguridad jurídica no desaparece y por consiguiente no se cumplen con las obligaciones internacionales de derechos humanos adquiridas’¹¹⁴. Además, el Tribunal utiliza, como cabría esperar, los argumentos aportados por el TEDH en el Asunto N.D y N.T contra España. En este sentido hace uso del requerimiento de utilizar los mecanismos legales de entrada habilitados a los que pretendan entrar en España. Así, ‘los Estados parte pueden rechazar la entrada en su territorio de los extranjeros... cuando no hayan ajustado su conducta a estos mecanismos de entrada’¹¹⁵.

107 *Ibidem*.

108 *Ibidem*.

109 *Ibid.*, p. 51

110 *Ibid.*, 49

111 *Ibidem*.

112 *Ibid.*, p. 52

113 *Ibidem*.

114 CEAR., ‘Resumen y valoración STC noviembre 2020, disposición final primera LOPSC’, p. 3

115 STC 172/2020 de 19 de noviembre, p. 53

Por su parte, el TEDH entendió que España puede rechazar la entrada en su territorio de los extranjeros que hayan intentado entrar por puestos no habilitados cuando se prevalieron de su gran número y del uso de la fuerza. Sin embargo, el TC da un paso más, nuevamente sin mayor detalle, y dispone que *‘pero no es necesario, con carácter general, que se aprecien las circunstancias de actuación en grupo numeroso y con violencia para la aplicación del precepto, sino que basta el intento por personas individualizadas de entrar en España y ser sorprendidos en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla’*¹¹⁶.

Resulta visiblemente contradictorio sostener que la devolución debe cumplir con la normativa internacional de los derechos humanos de la cual España es parte como asegura el TC, y al mismo tiempo, considerar que no es necesaria la condición impuesta por el TEDH¹¹⁷. Y en definitiva, que el TEDH haya avalado las devoluciones sumarias en un caso concreto de dos inmigrantes en 2014 no implica que el TC deba ratificar este tipo de prácticas de manera general como lo hace¹¹⁸.

En tercer lugar, antes de declarar la constitucionalidad de la norma, el TC analiza *‘si el precepto impugnado no respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el principio de no devolución’*¹¹⁹. Y volviendo a utilizar el argumento de la culpabilidad utilizado por el TEDH concluye que como las personas que saltan las vallas deciden no utilizar los mecanismos legales de acceso, los Estados podrán denegar su entrada.

En conclusión, *‘la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en los términos en que ha sido interpretada en este fundamento jurídico, se ajusta al marco constitucional, por lo que se ha de desestimar su inconstitucionalidad’* y finalmente, el TC hace un ‘esfuerzo’ en mencionar los requisitos para que la devolución se ajuste a derecho, a saber, *‘aplicación a las entradas individualizadas, pleno control judicial y cumplimiento de las obligaciones internacionales’*¹²⁰. Pues bien, esta última aportación elude la obligación de identificación de los extranjeros hayan accedido al territorio en grupo o de forma individual.

116 *Ibidem*.

117 VENDRAMIN, B., ‘El Tribunal Constitucional contra los derechos de los inmigrantes:sobre la STC 172/2020’, *Epoje*, 2020, parr. 10

118 *Ibidem*.

119 STC 172/2020 de 19 de noviembre, p. 49

120 *Ibid.*, p. 55

Además, el Tribunal nuevamente hace gala de un desconocimiento profundo de la realidad migratoria de Ceuta y Melilla que hace impracticable la exigencia del control judicial. En primer lugar, porque no hay procedimiento administrativo alguno que se arbitre al momento de devolver a los inmigrantes. Y, en segundo lugar, porque se los devuelve inmediata y coactivamente a las fuerzas de seguridad marroquíes, quienes generalmente aplican sobre los inmigrantes altos niveles de violencia y abusos policiales¹²¹.

Para finalizar, sobre el requerimiento de las obligaciones internacionales, estas son las mismas que el propio Tribunal se ha olvidado de introducir a la hora de declarar constitucional una práctica que atenta contra el principio de no devolución. En palabras de CEAR, ‘*los requisitos establecidos en el fallo son de difícil aplicación en la práctica y además no quedan del todo clarificados, lo que genera una inseguridad jurídica en tanto en cuanto no vaya acompañado de una modificación legislativa que garantice el pleno ejercicio de los derechos*’¹²².

Para dar por finalizado este apartado y antes de entrar en las (decepcionantes) conclusiones que se extraen del contenido de estas páginas, es conveniente añadir un extracto del voto particular que emite la magistrada Maria Luisa Balaguer Callejón, con el fin de aportar una argumentación más esperanzadora que la anterior. Así, destaco que ‘*en ausencia de un mínimo procedimiento y de la posibilidad de singularización de cada acto de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, mediante un posterior control judicial de esa concreta actuación. Tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican. Por tanto, habría que haber declarado la íntegra inconstitucionalidad y nulidad del precepto*’¹²³.

121 VENDRAMIN, B., ‘El Tribunal Constitucional contra los derechos de los inmigrantes...’, *op. cit*, parr. 11

122 CEAR., ‘Resumen y valoración STC...’, *op. cit*, p. 3

123 STC 172/2020 de 19 de noviembre, p. 69

4. REFLEXIONES FINALES.

Las anteriores páginas han querido mostrar la evolución argumentativa que ha experimentado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en los últimos tres años sobre las expulsiones colectivas. Si bien en el año 2017 el TEDH era firme defensor del total respeto a los derechos humanos, y así lo hacía constar condenando a España por haber realizado una expulsión colectiva sin ningún procedimiento legal e identificaciones individuales a los dos asaltantes de la valla, en el año 2020 el TEDH desvirtúa por completo los requisitos anteriormente expuestos y utiliza acusaciones – ambiguas y poco fundamentadas – para despojar de responsabilidad al Gobierno de España y culpabilizar de la actuación de las autoridades a los recurrentes.

La sentencia del TEDH del 2020 ha dejado patente un total desconocimiento, probablemente deliberado, sobre la situación que se vive en la frontera de Melilla. Tampoco se han valorado las fatales consecuencias que pueden traer una decisión como la que ha tomado, avalando una expulsión colectiva desprovista de cualquier protección ni garantía.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha hecho suya la justificación del TEDH y siguiendo la misma línea no ha declarado inconstitucional una norma que, a juicio de diversas organizaciones y expertos en la materia, es contraria a la Constitución por no respetar un elemento tan consagrado como es el derecho a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento.

Como destaca Martínez Escamilla *“estas decisiones, y en consecuencia, el trato que se sigue dando a las personas en la frontera, es la prueba del nivel de la calidad y de la decencia de nuestra democracia y de los valores constitucionales en que se asienta. De poco sirven las proclamas contra la xenofobia y el racismo, cuando ambas corrupciones del alma humana son inherentes a determinada manera de legislar e interpretar las leyes. El sufrimiento indecible de personas que llevan meses y años de periplo migratorio, en condiciones extremadamente precarias, con frecuencia jugándose literalmente la vida, no puede dejar indiferente a nadie. Especialmente, cuando, además, el derecho positivo invocado no contribuye a proteger de la vulnerabilidad ni*

*satisface necesidades humanas básicas, sino que se constituye en un elemento de exclusión que atenta contra la dignidad. Esto demanda no sólo una elemental tacha ética sino también un severo reproche jurídico*¹²⁴”.

En todo caso, independientemente de la denominación que se de a las diversas prácticas que se han analizado a lo largo de estas páginas – expulsiones colectivas, devoluciones en caliente o rechazos en frontera – en todas se reduce al ser humano a convertirlo en un objeto cuya palabra es negada y en definitiva, no solo estamos ante una práctica antijurídica sino también inmoral. Más aun teniendo en cuenta que estas personas son entregadas a las autoridades marroquíes, que nunca se han caracterizado por la defensa de los derechos humanos en sus procedimientos y hacen uso de una elevada violencia.

Así, la frontera de Melilla como barrera de contención se ha convertido en una trampa para ratones donde prevalece el miedo y la inseguridad jurídica, y donde haciéndose uso de la violencia se están aplicando medidas que exceptúan la legalidad hasta límites imprevisibles. Tal es así que el material que se utiliza para frenar el paso a personas en la valla, está prohibido en España para cazar animales.

No queda duda de que el objetivo de la Unión Europea es convertirse en una fortaleza inquebrantable cuya máxima defensa es alegar que no hay capacidad para acoger una emigración masiva de África. La falta de recursos ha desembocado en adquirir potestades desmesuradas, cuyas prácticas echan por tierra lo que se había hecho creer que era la Unión Europea: una entidad geopolítica plena defensora de derechos humanos. Lo que está en peligro es la esencia de Europa.

124 MARTINEZ ESCAMILLA, M., “Rechazos en frontera, ¿fronteras sin derechos?”, *op. cit.*, p. 5

5. ANEXOS

Los siguientes anexos están compuestos por testimonios reales de personas subsaharianas que en los últimos años han accedido a España tras saltar la valla de Melilla. El objetivo de las entrevistas es buscar explicaciones de por qué las vías legales cuya efectividad defiende España no son accesibles y cuales son los motivos que empujan a las personas migrantes a entrar en territorio español de forma ilegal.

Las entrevistas las he realizado por mi misma, con ayuda y colaboración de diferentes organismos y entidades de mi localidad, cuyo anonimato voy a respetar por la confianza que han depositado en mi y por la confidencialidad con la que trabajan. Así mismo, los nombres de las personas que aparecen son ficticios y no determinaré su actual paradero ni situación administrativa.

Ojalá estos testimonios aporten a estas paginas elementos de realidad y humanidad.

ANEXO I

Abdulaye, 27 años, Mali.

¿Cómo llegaste a España?

Decidí irme de Mali porque ni yo ni mi familia teníamos nada para comer y porque tuve que vivir mucha violencia y muerte de personas allegadas. Intenté recoger el mayor dinero posible y mi familia me ayudó para que cuando llegara a España y trabajase les ayudara desde aquí.

Salí de Mali con tres amigos de siempre pero nos separamos por el camino. Yo conocí a otro grupo de personas y llegué hasta Nador con ellos. En Nador me volví a quedar solo pero busqué un grupo para llegar a España en patera. Pagué 2.000 euros para viajar en una patera y íbamos 36 personas. Cuando estábamos cerca de llegar a Lanzarote tras muchas horas de viaje, caímos al agua y murieron ocho personas ahogadas. A los demás nos rescató la policía española.

¿Intentaste acceder de alguna forma legal a España?

Sólo puedes entrar de forma legal a España si tienes un visado. Yo no tenía nada, ni el pasaporte.

¿Conocías la posibilidad de solicitar una entrada legal en la frontera de Beni Enzar en Melilla?

Yo me acerqué a la frontera para intentar pasar la primera vez y no se podía. Había mucha gente y mucho ruido. La gente está desesperada y tiene hambre. En el paso fronterizo a las personas de Siria que intentaban pasar porque en su país hay guerra no les dejaban. La policía marroquí prohíbe la entrada y si lo intentas te empujan o te pegan y no les importa hacerte daño.

En Marruecos puedes estar sin peligro por la ciudad pero cuando te acercas a la playa o a la frontera empiezan los problemas. Te tratan como si has matado a alguien y tu solo quieres sobrevivir. Nadie te escucha ni deja que expliques tu situación. Para la policía marroquí eres basura.

ANEXO II

Didier, 44 años, Nigeria.

¿Cómo llegaste a España?

Me fui de Nigeria con mi hijo de 25 años y llegamos a Marruecos. Sufrimos mucho por el camino y conocimos a muchas personas que no llegaron con nosotros. Es muy duro no tener nada para dar de comer a tu familia y yo aunque me muriera por el camino tenía que intentarlo.

Después de esperar mucho tiempo en el Monte Gurugú intenté saltar la valla por primera vez pero no lo conseguí porque se me quedó atrapada la mano y finalmente perdí dos dedos. Sufrí mucho en el hospital porque no me atendieron bien y la policía marroquí no me trató bien. Tres meses después lo conseguí.

¿Intentaste acceder de alguna forma legal a España?

No lo intenté porque sabría que no lo conseguiría. Mi idea era llegar a Alemania donde mi hermano vivía y que me ayudara a buscar un trabajo. La gente dice que venimos a hacer daño pero no es así, solo queremos trabajar porque nuestras familias se mueren de hambre.

Yo entiendo que nos tengan que llevar a la comisaría para coger las huellas e identificarnos para que quede constancia que estamos en España. Cuando a mi me detuvieron tenía abogado e intérprete.

También entiendo que España no es un país rico y que no hay solución para alimentar a todos los que venimos. Nosotros agradecemos que nos den de comer pero lo que realmente queremos es una forma para poder buscar esa comida. Muchos de los que llegamos a España somos profesionales con experiencia en nuestros países y queremos contribuir a la economía.

¿Conocías la posibilidad de solicitar una entrada legal en la frontera de Beni Enzar en Melilla?

Las personas que pasan la frontera de forma legal solo lo hacen para llevar mercancía y después volver porque tienen un permiso especial. Los que venimos de África no tenemos ninguna oportunidad de nada. Tenemos que escondernos de la policía marroquí y si conseguimos saltar la valla también de la policía española porque quieren cogernos y devolvernos directamente a Marruecos.

ANEXO III

Ngolo, 26 años, Ghana.

¿Cómo llegaste a España?

Llegué a España hace un año y ocho meses después de saltar la valla de Melilla por segunda vez. La primera vez la policía española no nos dejó saltar la valla. Fue imposible y al final nos rendimos.

Se vive mucha tensión y terror durante las horas que pasas intentando saltar la valla. Entiendo que la policía española hace su trabajo pero parece que olvidan que somos seres humanos buscando una vida mejor.

¿Intentaste acceder de alguna forma legal a España?

No hay ninguna forma legal de acceder a España. Sólo pueden hacerlo las personas que están empadronadas cerca de Melilla porque después vuelven.

¿Conocías la posibilidad de solicitar una entrada legal en la frontera de Beni Enzar en Melilla?

No hay posibilidad de hacer ninguna solicitud porque no te dejan hablar con las autoridades españolas. Hay mucha gente cerca de la frontera suplicando hablar con alguien porque necesitan ayuda y están desesperados. Eres invisible y si insistes mucho al final la policía marroquí te pega para que te alejes del lugar. Sólo consigues libertad si pagas a la policía marroquí pero es un dinero que nosotros no tenemos.

6. FUENTES

BIBLIOGRAFÍA

BATUECAS FLORINDO, JM., *La expulsión del extranjero en la legislación española*, Alicante, Editorial Club Universitario, 2009

BOLLO AROCENA, M.D., “Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDHh en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia (2012)”, *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Iprolex, 2013

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 321-328

GONZALEZ VEGA, JA., “¿Un difícil equilibrio? La sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, N.D y N.T C. España, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”, *Revista General de Derecho Europeo* 52, 2020

MARTINEZ ESCAMILLA, M., “Devoluciones en caliente. Guerra sucia en la frontera del Sur”, *Revista Crítica*, n.º 994, 2014

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Las devoluciones en caliente tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 de febrero de 2020 N.T y N.D vs España”, *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, abril 2020, pp. 61-71

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., y otros, “Rechazos en frontera, ¿fronteras sin derechos?”, *Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE*, Der 2011-26449, 2015

PALACIOS SANABRIA M., “Los derechos de los extranjeros como límite a la soberanía de los Estados”, *23 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, 2013, pp. 319-352

PEREZ BARAHONA, S., “El estatuto de refugiado en la Convención de Ginebra de 1952”, *Redur*, n.º 1, 2003

PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastian*, SOROETA LICERAS, J. (Coord), Vol VII, 2007

REMIRO BROTONS, A., y otros, *Curso General de Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2010

RUÍZ SUTIL, C., “El rechazo en frontera o la denominada devolución en caliente y su regulación en la LOEx”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 329-336

SÁNCHEZ TOMAS, JM., “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 65, 2018

SOLANES CORELLA, A., ”Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, diciembre 2017

VENDRAMIN, B., “El Tribunal Constitucional contra los derechos de los inmigrantes: sobre la STC 172/2020”, *Epoje*, 2020.

NORMATIVA

INTERNA:

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, Madrid, 13 de febrero de 1992, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 100, 25 de abril de 1992, pp. 13969-13970

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, Madrid, 30 de octubre de 2009, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 263, 31 de octubre de 2009

Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, Madrid, 20 de abril de 2011, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 103, 30 de abril de 2011

Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Madrid, 11 de enero de 2000, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 10, 12 de enero de 2000.

INTERNACIONAL:

Convenio Europeo de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 108, 6 de mayo de 1999

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951, *Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, n.º 2545, Vol 189.

Protocolo número 4 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconociendo ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio, Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 247, 13 de octubre de 2009

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1976, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 103, 30 de abril de 1977

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, Estrasburgo, 16 de diciembre de 2008, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 348/98

JURISPRUDENCIA

STC 172/2020 de 19 de noviembre.

STC 1327/2020, de 15 de octubre de 2020,

N.D y N.T c. España, STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020

N.D y N.T c. España, STEDH de 3 octubre de 2017

DOCUMENTOS

ACNHUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, Ginebra, 2007

CEAR, “*Análisis de la sentencia N.D. y N.T. contra España de 13 de febrero de 2020*”

CEAR., “*Resumen y valoración STC noviembre 2020, disposición final primera LOPSC*”

CIDH, “*Movilidad humana. Estándares interamericanos*”, OEA, Vol II, Doc 46/15, 2015