

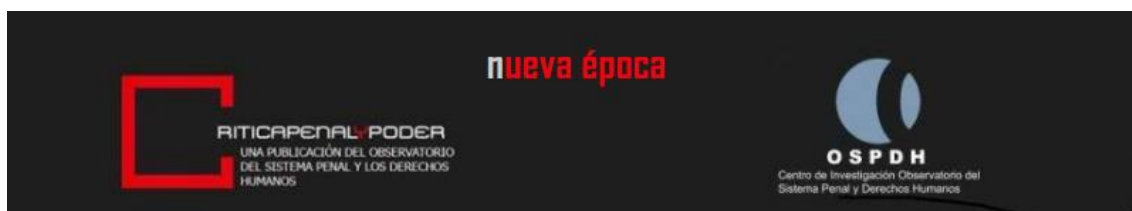
Revista Crítica Penal y Poder (Nueva Época) e-ISSN: 2014-3753

Mayo de 2024, nº 26

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona

 © García Vitoria, Ignacio



**DOSSIER “MIGRACIÓN Y TRATA. ALGUNAS SENTENCIAS RELEVANTES”:
ENTRADAS IRREGULARES EN GRUPO Y PROHIBICIÓN DE DEVOLUCIONES
COLECTIVAS (EL ASUNTO N.D. Y N.T. CONTRA ESPAÑA)***

**Dossier “Migració i tracta. Algunes sentències rellevants”:
ENTRADES IRREGULARS EN GRUP I
PROHIBICIÓ DE DEVOLUCIONS COL·LECTIVES (L'ASSUMpte N.D. I N.T. CONTRA ESPANYA)**

**Dossier “Migration and trafficking. Some relevant judgments”:
IRREGULAR GROUP ENTRIES AND
PROHIBITION OF COLLECTIVE REFOULEMENT (THE N.D. AND N.T. V. SPAIN CASE)**

Ignacio García Vitoria ** 

Universidad Complutense de Madrid

(Departamento de Derecho Constitucional, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional)

DOI: <https://orcid.org/10.1344/cpyp.2024.26.46791>

RESUMEN

El objetivo es analizar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2020 ND y NT contra España. Se buscarán los elementos de continuidad y de cambio respecto de la jurisprudencia anterior del Tribunal Europeo sobre la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo 4). El análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo se enmarca, desde la perspectiva del ordenamiento español, con una breve referencia a la legislación interna y a la posterior Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre, del Tribunal Constitucional español.

Palabras Clave: *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entrada irregular, devoluciones colectivas, principio de no devolución.*

RESUM

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión” (IUSMIGRANTE) PID2019-105778RB-100, Convocatoria Proyectos I+D+i 2019, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

** iggarcia@ucm.es

L'objectiu és analitzar la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 13 de febrer de 2020 ND i NT contra Espanya. Es buscaran els elements de continuïtat i de canvi respecte de la jurisprudència anterior del Tribunal Europeu sobre la prohibició d'expulsions col·lectives (article 4 del Protocol 4). L'anàlisi de la Sentència del Tribunal Europea s'emmarca, des de la perspectiva de l'ordenament espanyol, amb una breu referència a la legislació interna i a la posterior Sentència 172/2020, de 19 de novembre, del Tribunal Constitucional espanyol.

Paraules Clau: *Tribunal Europeu de Drets Humans, entrada irregular, devolucions col·lectives, principi de no devolució.*

SUMMARY

The aim is to analyse the Judgment of the European Court of Human Rights of 13 February 2020 ND and NT v. Spain. The paper will search for elements of continuity and change with respect to the previous case law of the European Court on the prohibition of collective expulsions (Article 4 of Protocol 4) will be sought. The analysis of the European Court's judgment will be framed, from the perspective of the Spanish legal system, with a brief reference to domestic legislation and the subsequent Judgment 172/2020, of 19 November, by the Spanish Constitutional Court.

Keywords: *European Court of Human Rights, European Court, irregular entry, collective expulsion, principle of non-refoulement.*

1. La prohibición de expulsiones colectivas.

1.1.- El control migratorio como poder soberano que encuentra límites en los derechos reconocidos en el Convenio.

El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos parte del reconocimiento a los Estados de la facultad para controlar la entrada en su territorio y fijar las causas y los procedimientos de expulsión. Esta manifestación del poder público ha sido calificada como soberana por el Tribunal Europeo. Esta proximidad con la idea de soberanía hace que el reconocimiento de límites resulte siempre difícil se mueve entre dos ideas que están en conflicto.

El surgimiento de los derechos reconocidos por el Convenio en relación con la expulsión no ha estado exento de tensiones. Los Estados se han resistido a asumir obligaciones. En el proyecto inicial, en 1963, el artículo 4 del Protocolo 4 incluía una parte relativa a la expulsión individual de un extranjero que reside regularmente en el territorio de un Estado. Esta parte, que fue descartada por el comité de expertos, precisaba los motivos legítimos para la expulsión y establecía unas garantías mínimas de procedimiento. El motivo del rechazo fue la oposición de los Estados a aceptar restricciones en sus competencias migratorias¹. Hasta 1984, los Estados no aprobaron este contenido, incluido en el artículo 1 del Protocolo número 7. El anterior fracaso se compensó, en parte, con la prohibición de expulsiones colectivas que recogió finalmente el artículo 4 del Protocolo 4.

Las mismas dificultades se trasladan a la interpretación del Convenio. El Tribunal Europeo califica como soberana a la política del Estado en materia de inmigración, pero a la vez se afirma que este

¹ Lochak, D. (1995). "Protocole 4-Article 4". En Pettiti, L-E., Decaux, E. y Imbert. P-H, *La Convention Européenne des droit de l'homme. Commentaire article par article*, Ed. Economica, p. 1083. Lochak apunta como un motivo secundario para justificar el rechazo del proyecto inicial del Protocolo 4º el posible solapamiento con el Convenio del Consejo de Europa sobre establecimiento (*Convention européenne d'établissement*, STE n° 019)

poder encuentra límites concretos en algunos de los derechos reconocidos en el Convenio. Ante la necesidad de aclarar las dudas sobre el alcance de la prohibición de las expulsiones colectivas que plantean los cambios en las estrategias de los Estados, el Tribunal se enfrenta a una elección sobre los criterios de interpretación.

Las dificultades para controlar la inmigración irregular y el consiguiente endurecimiento de la respuesta de los Estados fronterizos se reflejan en la jurisprudencia del Tribunal Europeo a partir de la Sentencia Hirsi Jamaa, de 23 de febrero de 2012². El Tribunal condenó a Italia por infringir la prohibición de realizar expulsiones colectivas, por la entrega a Libia de somalíes y eritreos que viajaban en una embarcación que las fuerzas de seguridad italianas habían interceptado en aguas internacionales mientras intentaban llegar a Lampedusa. El Tribunal destaca que se produce un cambio como consecuencia de la crisis económica y las mutaciones sociales y políticas que han afectado a ciertas regiones de África y Oriente Medio. También se menciona la novedad que supone el uso masivo de las peligrosas rutas marítimas. Ante los nuevos retos, el equilibrio en el que se mueve el Tribunal se complica. Se transmite que el Convenio no cuestiona la política migratoria estatal, pero simultáneamente se advierte de que no está justificado emplear estrategias que sean incompatibles con las obligaciones que se deducen del Convenio (Hirsi Jamaa, párrafo 179, con continuidad en la Sentencia Khlaifia, de 15 de diciembre de 2016, párrafo 241).

1.2.- Una interpretación que se separa del sentido inicial del precepto y que ha pasado por diferentes etapas.

Los trabajos preparatorios apuntan a que la intención de la prohibición era que no se repitieran las expulsiones masivas del género que habían sucedido en el pasado próximo a cuando se elaboró el Protocolo³. La experiencia traumática de la guerra determina el surgimiento de la garantía europea, pero su significado evoluciona en un contexto diferente.

La forja inicial del significado del precepto está en la doctrina de la extinta Comisión. En el asunto Becker contra Dinamarca, de 3 de octubre de 1975 (demanda 7011/75), la Comisión da la primera interpretación del precepto. El caso ya remite a las circunstancias de la Guerra Fría y no de la posguerra: la repatriación de un grupo de niños vietnamitas que huyen de la guerra.

La Comisión define en este caso el concepto de expulsiones colectivas, que posteriormente asume el Tribunal. Por un lado, se adopta un concepto genérico de expulsión, independiente del concepto que la medida tenga en el ordenamiento interno: cualquier decisión adoptada por una autoridad competente que obligue a los extranjeros a abandonar el territorio del Estado (*“means any measure of the competent authority compelling aliens as a group to leave the country”*). La Comisión vincula el carácter colectivo de la expulsión a la ausencia de una valoración razonable y objetiva de las circunstancias particulares de cada individuo (*except where such a measure is taken after and on the basis of a reasonable and objective examination of the particular cases of each individual alien of the group*).

La argumentación que utiliza la Comisión para deducir el concepto de las expulsiones colectivas es mínima. La Comisión hace suyas las razones que dan los demandantes. Respecto del concepto genérico o técnico de expulsión, la Comisión rechaza la distinción entre expulsión y reparto que

² Previamente en la Sentencia MSS contra Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011.

³ Lochak, D. (1995, p. 1083).

propone el Estado a partir de la cita de trabajos doctrinales de Derecho Internacional. A partir de un análisis de los documentos internacionales y de la doctrina, los demandantes convencieron a la Comisión de que no existía un concepto de expulsión generalmente aceptado en el Derecho Internacional y que debía adoptarse una definición propia. A continuación se afirma que un entendimiento amplio de la expulsión es más acorde con el espíritu del Protocolo. La comprensión de la prohibición de expulsiones colectivas como la exigencia de un examen individualizado no aparece expresamente motivada en la decisión citada.

La jurisprudencia del Tribunal ha asumido ambos componentes de la definición de lo que es una expulsión colectiva: el concepto amplio, no técnico, de expulsión y la ausencia de valoración individualizada como elemento que determina su naturaleza colectiva⁴. Siguiendo esta orientación, el Tribunal ha tomado como referencia la falta de identificación de los migrantes y la inexistencia de una oportunidad para esgrimir los argumentos contra la medida. El elemento común es la existencia de una situación que puede calificarse de indefensión.

La interceptación de inmigrantes en alta mar había planteado el problema de la extensión de la eficacia del Convenio Europeo a las actuaciones extraterritoriales realizadas bajo la jurisdicción de los Estados. El Tribunal Europeo consideró responsable a Italia por unos hechos que se produjeron fuera de su territorio, porque la repatriación de los inmigrantes estuvo bajo el control jurídico y de hecho de su policía. El Tribunal construye esta eficacia extraterritorial del artículo 4 del Protocolo 4 a partir del principio de efectividad del Convenio y de la interpretación evolutiva. La Sentencia apunta a que ni la redacción del precepto ni los trabajos preparatorios conducen a conclusiones definitivas sobre si el territorio constituye un elemento esencial para delimitar el alcance de las obligaciones del Estado (párrafos 173 y 174). La Sentencia invoca la idea de que el Convenio es un instrumento vivo, que debe ser interpretado de acuerdo con las condiciones del momento presente y de forma que garantice la efectividad de los derechos, que no pueden ser teóricos o ilusorios (párrafo 175). El Tribunal argumenta que la finalidad de la prohibición, que es impedir que se pueda expulsar a extranjeros sin examinar sus circunstancias personales, queda en entredicho si se aplica únicamente dentro del territorio de los Estados y las personas interceptadas en el mar son excluidas de su ámbito de aplicación (párrafo 177). La pérdida de eficacia de la obligación de examinar las circunstancias personales de los migrantes es muy relevante, porque las rutas marítimas constituyen una parte destacada de las migraciones contemporáneas.

2. El asunto N.D y N.T. contra España.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 3 de octubre de 2017, declaró que España había vulnerado dos artículos del Convenio Europeo: uno sustantivo, la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo número 4), ante la ausencia de un examen individualizado de cada caso, y otro procesal, el derecho a un recurso efectivo (artículo 13). La decisión de la Sala (7 Jueces) fue remitida a la Gran Sala (17 Jueces) por el Gobierno español. La Sentencia dictada por la Gran Sala el 13 de febrero de 2020 rectificó el criterio de la Sala y desestimó la demanda contra España.

⁴ Durán Alba, J. F. y Alonso Sanz, L. (2023). “La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros”. En García Roca, J., P Santolaya, P. y Pérez-Moneo, M. (coord.), *La Europa de los derechos. El convenio europeo de Derechos Humanos*, 4ª edición, CEPC, Madrid, pp. 1203.

La Sentencia de la Gran Sala ha sido definida como “un importante giro de carácter restrictivo en la interpretación del precepto”⁵. Desde otro punto de vista, se ha señalado que la Sentencia vincula el artículo 4 del Protocolo 4 con el principio de no devolución. Resulta significativo que la argumentación de la Sentencia se cierre defendiendo “el amplio consenso que existe en la comunidad internacional acerca de la necesidad de que los Estados controlen las fronteras de manera que se cumplan las obligaciones convencionales, en particular con el principio de *non-refoulement* (párrafo 232).

2.1.- Las devoluciones en caliente en el ordenamiento español.

El uso del término “devoluciones en caliente” se extendió a finales de 2013 para denominar el retorno a Marruecos por parte de la policía española de los grupos de inmigrantes que intentan entrar en Ceuta y Melilla saltando la valla. El llamativo nombre servía para identificar un régimen especial, cuyo origen y evolución es difícil de trazar⁶. En noviembre de 2005, un Informe del Comisario para los Derechos Humanos ya registró la devolución a Marruecos de un grupo de más de setenta personas que habían saltado el muro fronterizo. En las anónimas iniciales que sirven para identificar el caso - N.D. y N.T.- podrían reconocerse muchos subsaharianos que sobrevivieron a un penoso viaje, acamparon en el monte Gurugú, intentaron el salto, pero fueron interceptados cuando estaban cruzando la última barrera y devueltos inmediatamente a Marruecos, para a continuación volver a intentarlo.

La formalización de esta actuación dirigida a impedir la entrada en España por lugares no habilitados no se produjo hasta una década más tarde. La Guardia Civil aprobó un protocolo operativo de vigilancia de fronteras, de 26 de febrero de 2014, en el que sostenía que la entrada en el territorio de España no se producía hasta que se superara la valla interior. Eso suponía que quienes fueran interceptados cruzando las alambradas anteriores no estaban sujetos a una decisión formal sino a una actuación material de rechazo en la frontera. La consecuencia era la inaplicación de las garantías que la ley prevé para la devolución: la identificación del extranjero en la comisaría de policía, el derecho a asistencia jurídica y la posibilidad de solicitar protección internacional. El Ministerio del Interior subordinaba la aplicación de legislación de extranjería a una condición territorial: que se hubiera consumado la entrada en el país. Una estricta eficacia territorial del ordenamiento jurídico, que encontraba un límite adicional en la distinción entre la frontera geográfica y la frontera en sentido jurídico-político, que estaría “retranqueada” respecto de la primera.

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, dotó de base legal en 2015 al régimen especial de rechazo en las fronteras de Ceuta y Melilla. Se introdujo la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Habilita el rechazo en frontera, con la finalidad de impedir la entrada ilegal,

⁵ Durán Alba, J. F. y Alonso Sanz, L. (2023, p. 1207). Los argumentos aparecen más desarrollados en Alonso Sanz, L. (2021). "Deconstructing Hirsi: The Return of Hot Returns: ECtHR 13 February 2020, Nos. 8675/15 and 8697/15, ND and NT v Spain." *European Constitutional Law Review* 17, no. 2 (2021): 335-52. doi:10.1017/S1574019621000213. Puede verse también: Martínez Escamilla, M. (2021). "Las “devoluciones en caliente” en el asunto "N.D. y N.T. contra España" (sentencia de la gran sala TEDH de 13 de febrero de 2020)", en REDE. *Revista española de derecho europeo*, N.º. 78-79, pp. 309-338, DOI:10.37417/REDE/num78-79_2021_641.

⁶ Navarro Ortega, A. (2022). “El régimen singular fronterizo de Ceuta y Melilla y su controvertido impacto en la regulación de flujos migratorios: Las devoluciones en caliente, ¿bálsamo de fierabrás o parto de los montes?”, *Revista española de derecho administrativo*, N.º 217, pp. 275-320. Melero Alonso, E. (2015). “El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las "expulsiones en caliente") un supuesto de derecho administrativo del enemigo”, *Revista española de derecho administrativo*, N.º 174, pp. 401-434, opina que se establece un ámbito intermedio entre el derecho aplicable en las situaciones de normalidad y el derecho del estado de excepción.

de quienes sean detectados “mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos”. Se trata de una regulación particular respecto de la figura de la devolución, prevista en el artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, con carácter general para los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

Veremos cómo las vías para solicitar protección internacional van a ser un elemento decisivo de la Sentencia de la Gran Sala. El Gobierno sugiere que los demandantes podrían haber solicitado un visado para entrar en España o presentar una petición de protección internacional, ora en el paso fronterizo de Beni Enzar, ora en las delegaciones diplomáticas o consulares de España en los países de tránsito, incluido Marruecos⁷.

2.2.- Cuestiones procesales.

La Sala entra en el fondo de la demanda después de concluir que los hechos que se juzgan estaban bajo la jurisdicción de España. Considera que los demandantes estuvieron bajo el control exclusivo de las autoridades españolas (párrafos 54 y 55). La Sala se pronuncia tras superar dos obstáculos procesales: la falta de agotamiento de los recursos nacionales y las dificultades para acreditar que los recurrentes estuvieran en el grupo de inmigrantes que fue rechazado el 13 de agosto de 2014. Nos centraremos en la primera cuestión. La protección del Convenio Europeo es subsidiaria, lo que exige que el demandante haya interpuesto previamente todos los recursos que fueran procedentes en el Derecho interno. Sin embargo, en esta ocasión, el Tribunal Europeo se pronunció sin que el caso hubiera sido conocido por ningún tribunal español. La Sentencia no inadmite la demanda por este motivo, porque considera que la expulsión a través de una vía de hecho acarrea la privación de toda posibilidad de recurso. Podría objetarse que en el proceso contencioso-administrativo está contemplada la impugnación de actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, así como la legitimación de grupos o entidades para la defensa de derechos e intereses colectivos. No obstante, la realidad muestra cómo una actuación policial cuya constitucionalidad resulta controvertida se ha mantenido durante una década sin que los tribunales la hayan revisado, lo que avala las dudas sobre la efectividad de los mecanismos de control judicial disponibles en este tipo de casos.

En el proceso ante la Gran Sala, el Estado solicitó que se archivara el recurso por concurrir la causa prevista en el artículo 37.1 (a) del Convenio, por dudar que los demandantes tuvieran voluntad de continuar a demanda. El Gobierno afirmaba que los abogados no tenían contacto con los demandantes y continuaban el proceso por su propia iniciativa. La Sentencia no considera probada esta afirmación del Gobierno y no entra a examinar si el Tribunal puede proseguir el examen de la demanda invocando el último párrafo del citado artículo: cuando el respeto de los derechos humanos proclamados por el Convenio lo requiera.

Defiende la oportunidad de archivar el asunto el juez Pejchal, con argumentos en los que contrapone el concepto de ciudadanía y la idea de justicia universal. Afirma que cualquier demanda afecta a la vida de la comunidad de ciudadanos libres (*the life of the community of free citizens*) en todos los Estados del Consejo de Europa. Por esta razón, considera que el de Estrasburgo es un tribunal internacional que debe asegurarse de forma meticulosa de conocer sólo de “casos serios”, entendiendo por tales aquellos en los que los demandantes tienen un interés concreto. Hay una crítica clara a los litigios estratégicos, en los que predomina el interés académico en lograr un pronunciamiento sobre una cuestión. Añade que el Convenio Europeo garantiza los derechos de la comunidad de ciudadanos

⁷ Se cita el artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, desarrollado en los artículos 4, 16 y 29.4 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

libres de los Estados del Consejo de Europa frente a estos Estados y que el planteamiento de demandas por parte de ciudadanos africanos por actuaciones cuya responsabilidad principal corresponde a Marruecos debe ser excepcional, debiendo exigirse el respeto de los estándares internacionales ante el sistema africano de derechos humanos.

2.3.- La condena por parte de la Sala Tercera.

La Sentencia de la Sala aplica, sin cambios significativos, su jurisprudencia anterior. Se sitúa en la estela del principio de efectividad. El Tribunal destaca que las medidas de expulsión se llevaron a cabo sin que existiera una decisión administrativa o judicial previa. La ausencia absoluta de procedimiento, que hace que no hubiera ninguna oportunidad de tener en cuenta la situación individual de los demandantes, lleva al Tribunal a concluir que no es posible poner en duda el carácter colectivo de la expulsión.

La Sentencia fue unánime. El juez Dedov concurrió en apreciar la vulneración del Convenio, aunque consideró que, ante la entrada ilegal y violenta en el territorio, esta declaración debía constituir una reparación suficiente, sin que fuera necesario fijar una indemnización. Argumenta que no hay una violación grave del Convenio y parece sugerir que el alto nivel de exigencia que mantiene el Tribunal debe modularse en ante una situación de conducta ilícita o violenta por parte de los demandantes.

2.4. La revisión de la Gran Sala.

Leyendo el voto de la juez Koskelo se advierte que una de las cuestiones debatidas en las deliberaciones fue la aplicación del concepto de expulsión a las situaciones de rechazo en frontera. Opina que el concepto de expulsión que asume la mayoría amplía de forma injustificada el ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo 4. La Sentencia declara que la prohibición de devolución incluye la protección de los solicitantes de asilo, en los casos tanto de inadmisión (y retorno) en frontera como de rechazo en frontera, para lo que se basa en varias conclusiones del comité ejecutivo de ACNUR, la Agencia de Naciones Unidas para los refugiados (párrafo 178). En contra de esta opinión, el voto particular defiende que el Convenio Europeo no reconoce un derecho a entrar en el territorio ni a solicitar asilo, por lo que no se derivan del mismo obligaciones que puedan impedir a un Estado adoptar una política estricta de cierre de fronteras.

Respecto de cuándo una expulsión puede calificarse como colectiva, la Gran Sala sigue el camino trazado por la previa de la Sala, hasta que llegamos al párrafo 201. Ahí es donde se produce el punto de inflexión que llevará a la desestimación de la demanda. El Tribunal había recordado en el párrafo anterior que no se viola la prohibición de expulsiones colectivas si la falta de una valoración individualizada sobre la expulsión es imputable a la conducta del demandante, esto es, al migrante que llega a España de forma irregular. El razonamiento se había aplicado previamente al caso de un migrante que se haya negado a cooperar en el procedimiento de identificación (Dritsas y otros contra Italia, Decisión de 1 de febrero de 2011, párrafo 7)⁸. Abusa de su derecho la persona que ha puesto obstáculos para que su situación sea examinada de manera individualizada y luego se vale de la falta de un examen individual para recurrir la expulsión.

⁸ También se invoca como precedente el caso Berisha y Haljiti contra Macedonia del Norte, Decisión de 16 de junio de 2005, en el que se había admitido una resolución de expulsión conjunta para un matrimonio porque los cónyuges habían presentado demandas de asilo idénticas.

La Sentencia de la Gran Sala en el asunto N.D y N.T. extendió la excepción a la exigencia de individualización a los casos de saltos colectivos de la valla. Las diferencias con el caso Dritsas son significativas. Primero: los migrantes que se niegan a mostrar sus documentos identificativos a la policía han participado en un procedimiento en el que han tenido la oportunidad de exponer sus argumentos, mientras que en las expulsiones colectivas falta cualquier tipo de procedimiento que permita al extranjero explicar las circunstancias en las que se encuentra⁹. Segundo: la negativa a identificarse es un hecho que lógicamente impide cualquier examen individual. En un salto colectivo, una vez que se estabiliza la situación de seguridad, y los migrantes están bajo el control de las fuerzas del orden, no es evidente que no pueda haber una oportunidad para valorar quiénes pueden ser menores o refugiados. Tercero: desestimar la alegación de que hay una expulsión colectiva por parte de quien se ha negado a identificarse parece responder al principio clásico *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, mientras que en las devoluciones en caliente no creemos que esté presente la misma razón. Resulta necesaria otra justificación de la excepción a la prohibición de expulsiones colectivas, que no encontramos explícitamente en la Sentencia. La doctrina se ha planteado si la Sentencia se fundamenta en la doctrina del abuso de derecho, aunque no lo señale expresamente. La similitud estaría en que se aplica una de las consecuencias naturales de esta figura: privar al titular de su amparo¹⁰. Sin embargo, la diferencia es que no hay un ejercicio antijurídico de un derecho. Ni tampoco una actuación aparentemente lícita mediante la que se pretenda defraudar la normativa de control fronterizo, que sería lo característico del fraude de ley. ¿Hay que buscar la razón de esta excepción en el interés europeo en proteger las fronteras del espacio Schengen, cuya integridad es condición para la existencia de las libertades internas de circulación? La Sentencia observa que las fronteras que vigilan los Estados tienen una doble condición: son frontera nacional y límite exterior del área Schengen.

El alcance de la excepción que establece la Gran Sala no es claro y se presta a interpretaciones divergentes. Puede suscitar dudas si la excepción se refiere únicamente a los casos en los que hay un riesgo para la seguridad pública, por producirse una entrada coordinada en grupo y con uso de la fuerza o también a ejemplos de entrada clandestina no coordinada ni violenta. El párrafo 201 parece señalar que el “mismo principio” (se refiere a la utilización de la conducta del migrante como un factor para modular la garantía convencional) puede aplicarse a actuaciones capaces de “crear una situación desestabilizadora (disruptive) que es difícil de controlar y pone en peligro la seguridad pública. La situación que describe la sentencia entre las dos comas, tomar ventaja deliberadamente de ser parte de un grupo amplio y del uso de la fuerza, es uno de los posibles supuestos en los que se desestabiliza el orden público y se pone en riesgo la seguridad pública. Puede haber otros, que aún no imaginamos, pero eso no significa que el criterio que se establece en N.D y N.T. sea aplicable a cualquier tipo de entrada clandestina.

Para valorar cuándo la conducta del migrante es culpable a los efectos de excepcionar la interdicción de expulsiones colectivas, la Sentencia establece un test en dos niveles¹¹. En el primero se examina si el Estado proporcionó un acceso auténtico y efectivo a vías legales de entrada. En segundo lugar, en el caso de que existan vías legales de entrada, se debe examinar “si existen razones de peso para

⁹ En el mismo sentido Durán Alba, J. F. y Alonso Sanz, L. (2023, p. 1208).

¹⁰ Acosta Penco, T. (2021). “El Abuso de Derecho en la justificación jurisprudencial del “rechazo en frontera”. Análisis de la STC 172/2020, de 19 de noviembre, y de la STEDH, de 13 de febrero de 2020, N. D. Y N. T. C. España». *Revista Española De Derecho Internacional* 73, pp. 373-380.

¹¹ Durán Alba, J. F. y Alonso Sanz, L. (2023, p. 1209).

no hacerlo basadas en hechos objetivos de los que el Estado demandado es responsable”. La definición de estos criterios ha dado lugar a objeciones: ¿qué sucede cuando hay circunstancias que impiden el uso de las vías legales de entrada por hechos objetivos de los que es responsable un tercer Estado?

La aplicación de estos criterios al caso concreto plantea también problemas respecto de la prueba. La Sentencia atribuye al Estado la carga de acreditar que existen vías de entrada auténtica (*genuinely*) y efectivamente accesibles. Los demandantes y los terceros que intervienen en el proceso pueden cuestionar la efectividad de las vías legales de acceso al procedimiento de asilo. También les corresponde probar que existen razones imperativas (*cogent reasons*) imputables al Estado demandado que les impiden acceder a los procedimientos (párrafo 229). El examen del Tribunal Europeo pivota sobre la credibilidad de las estadísticas que aporta el Gobierno español. Respecto de la imposibilidad de acceder a las vías establecidas para solicitar asilo, que se apoyaba en informes de ACNUR y del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, la Sentencia afirma que estos informes no son concluyentes respecto de la responsabilidad del Gobierno español por la situación fáctica de los controles fronterizos en el lado marroquí de la frontera (párrafo 218).

3. El impacto de la Sentencia del Tribunal Europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La STC 172/2020, de 19 de noviembre, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el régimen especial de rechazo en frontera para Ceuta y Melilla, introducido por la disposición de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo¹². La Sentencia europea no predetermina la decisión del Tribunal Constitucional porque no hay identidad en el objeto entre ambos procesos. La Sentencia europea examina en particular una demanda individual y desestima la violación al considerar las circunstancias que rodean el caso. Hay una frase que refleja el carácter concreto del juicio que despliega el Tribunal Europeo: “el Tribunal no está convencido de que los medios legales adicionales (para solicitar la entrada en España) existentes en el momento de los hechos no fueran reales y accesibles de manera efectiva para los demandantes” (párrafo 227). Por el contrario, el Tribunal Constitucional debe enjuiciar la norma en abstracto y, por lo tanto, su posible aplicación a cualquier situación que pueda plantearse en el futuro. El Tribunal Europeo juzga basándose en la situación de los demandantes. El Tribunal Constitucional desconoce quiénes van a ser los destinatarios del rechazo en frontera en Ceuta y Melilla.

Tampoco existe identidad en cuanto al parámetro de control. Las garantías que se derivan de la Constitución española son distintas, y pueden ser más exigentes, que las que establece el Convenio. Aunque el punto de partida es el mismo: el derecho de entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros, con apoyo en el artículo 19 de la Constitución. Por el contrario, la entrada en España, está condicionada al cumplimiento de los requisitos que establece la legislación en materia de extranjería.

Además, desde la perspectiva constitucional, es relevante también la forma en que se legisla. Se plantea si es inconstitucional modificar la legislación sobre extranjería mediante la introducción de una enmienda en el Congreso de los Diputados en un proyecto legislativo sobre seguridad ciudadana. El Tribunal Constitucional desestima declarar la existencia de un vicio de procedimiento porque considera que existe cierta conexión entre la enmienda y la legislación modificada. No aprecia que

¹² Reiterada por la STC 13/2021, de 28 de enero.

exista una falta de homogeneidad suficiente como para constatar “una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad de las Cámaras” (FJ 8.B). Despejada esta incógnita, el Tribunal Constitucional, se centra en la compatibilidad de la medida con los derechos reconocidos en la Constitución.

El Tribunal Constitucional adopta una solución sobre el ámbito de aplicación territorial de las garantías constitucionales directamente inspirada en la jurisprudencia europea. Utiliza el criterio de que están bajo el control de las autoridades españolas: “con independencia de si el «rechazo en frontera» se produce antes, durante o después de traspasar los límites fronterizos, lo que es innegable es que se trata de acciones llevadas a cabo por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles”¹³ (FJ 8.C.b.i).

El Tribunal Constitucional considera que el «rechazo en frontera» es “un nuevo régimen” “ante una situación particular”. Afirma que se trata de una “actuación material de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera” (FJ 8.C.b.ii). Parece negar que se trate de una expulsión o retorno forzoso. Mientras el Tribunal Europeo caracteriza la medida como una expulsión, a efectos de aplicar el artículo 3 del Protocolo 1, el Tribunal Constitucional la define como “actuación material de vigilancia”, posiblemente con el propósito de justificar la exclusión de las garantías propias de los procedimientos administrativos sancionadores o restrictivos de derechos.

En el voto particular se objeta que la actuación de vigilancia alcanza “al acto de la interceptación de la persona que está intentando superar el vallado, pero, en ningún caso, al acto posterior de su entrega física a los agentes de la autoridad de Marruecos”. Sostiene que este segundo acto “es constitutivo de una devolución en sentido jurídico”. Y razona: “El uso del término rechazo en el precepto impugnado no permite eludir el hecho de que la persona interceptada ya está en territorio español y bajo custodia de funcionarios españoles. Por tanto, el precepto impugnado, en atención a su propia literalidad, no establece una regulación consistente en impedir el acceso a territorio nacional –la persona interceptada está ya en territorio nacional– sino en impedir que se mantenga en territorio nacional mediante su repatriación al lugar de procedencia”.

Si en el plano del Convenio, la excepción a la prohibición de las expulsiones colectivas se fundamenta en la conducta del migrante, el Tribunal Constitucional afirma que el régimen especial previsto por el legislador español puede ser aplicado por la administración y sus agentes a cualquier extranjero que sea detectado en la frontera de Ceuta o Melilla intentando superar los elementos de contención para cruzar irregularmente (FJ 8.C.b.ii). Expresamente señala el Tribunal Constitucional: “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” (FJ 8.C.b.ii). ¿Cómo conectar entonces el régimen legal con la Sentencia del Tribunal Europeo? ¿Cómo entender que el fallo condicione la interpretación de la ley a la “aplicación a las entradas individualizadas” y al “cumplimiento de las obligaciones internacionales”? La Sentencia no define qué debe entenderse por entradas individualizadas. Ni aclara qué significa llevando al fallo la citada “aplicación a las entradas individualizadas”. La frase es ambigua y podría significar tanto que está dando por bueno,

¹³ Sobre el sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico de la actuación de los poderes públicos cuando se desarrolla en un espacio situado más allá del territorio español, se citan las SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4).

desde una perspectiva constitucional, que el régimen legal se aplique a este tipo de entradas o, por el contrario, que está exigiendo una individualización de la actuación de la policía cuando no hay salto en grupo o con violencia¹⁴. Realmente la Sentencia solo afirma que cuando los migrantes actúen prevaliéndose del número o del uso de la fuerza, se “agrava” la potestad de rechazo en frontera, que con carácter general viene a juzgar no disconforme con las exigencias del art. 4 del Protocolo núm. 4 (FJ 8.C.b). ii). En cambio, podría entenderse que cuando no concurren estas circunstancias, la autoridad debe actuar atendiendo a las obligaciones que se deducen del Convenio e individualizar la devolución.

Del marco constitucional compuesto por los artículos 9.3, 106.1 y 24.1 de la Constitución, la Sentencia únicamente extrae el derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de los que ellos consideran un “incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley”¹⁵ (FJ 8.C.b). iii). Esta exigencia de control judicial se incorpora al fallo y su examen se remite a posteriores procesos constitucionales que se puedan suscitar. Como destaca el voto particular, surge el interrogante de si el control judicial de las devoluciones que se producen en la valla de Ceuta y Melilla es posible. Puede temerse que la declaración interpretativa sobre el control judicial que el Tribunal lleva al fallo sea ilusoria.

El apartado segundo de la disposición legal señala que el rechazo «se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte». El Tribunal Constitucional afirma que en la actuación de rechazo en frontera, 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, mujeres embarazadas y personas con discapacidad o edad avanzada. Nuevamente, la ausencia de control judicial lastra la eficacia de estas declaraciones¹⁶.

En último lugar, la Sentencia se pronuncia sobre la compatibilidad de la Ley con el principio de no devolución, desde la perspectiva del ejercicio del derecho de asilo previsto en el artículo 13.4 de la Constitución. El Tribunal Constitucional se limita a los mínimos que establece el Tribunal Europeo: que los procedimientos que permiten acceder al asilo deben existir y ser efectivos.

En resumen, el Tribunal Constitucional no deduce, a partir de los artículos 13.4 y 24.1 de la Constitución, estándares de protección de los derechos fundamentales más exigentes respecto de las

¹⁴ El voto particular parece entenderlo en el primer sentido: Resulta absolutamente contradictorio afirmar que el rechazo en frontera debe cumplir con la normativa internacional de los derechos humanos, entre la que se encuentra el art. 4 del Protocolo núm. 4 CEDH, y establecer al tiempo que no es necesario que se cumpla una de las condiciones impuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para validar un rechazo en frontera como sujeto a la prohibición de las devoluciones colectivas, que es la realización de un análisis razonable y objetivo del caso concreto de cada una de las personas a expulsar. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como máximo y auténtico intérprete de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, ha dictaminado en la citada STEDH de 13 de febrero de 2020, que la devolución inmediata y forzosa de personas desde una frontera solo resulta asumible en el contexto del intento de un gran número de personas de cruzar dicha frontera de manera no autorizada y masiva, entonces, la posición de la opinión mayoritaria de ampliar la aplicabilidad de este precepto a supuestos no autorizados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es lo que se hace en el apartado tercero, apartado a) del fallo –«aplicación a las entradas individualizadas»–, se contradice con lo establecido en el apartado tercero, apartado c) del fallo –«cumplimiento de las obligaciones internacionales»–.

¹⁵ Se basa en la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11.

¹⁶ Como señala Margarita Martínez Escamilla, (2019, p. 335): “Difícilmente podrán atenderse las situaciones de vulnerabilidad sin un mínimo de procedimiento donde la persona interceptada tenga la oportunidad de explicar su situación”.

normas internacionales. Tampoco se esfuerza por interpretar los derechos reconocidos en la Constitución de acuerdo con el principio de protección real y efectiva de los derechos. Después de que haya pasado un tiempo desde las Sentencias del Tribunal Constitucional, la eficacia de las referencias del fallo sobre el control judicial y el respeto a las obligaciones internacionales parece dudosa.

Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional no se ha producido una modificación del régimen legal de las devoluciones en la frontera de Ceuta y Melilla. La derogación de las devoluciones en caliente fue uno de los puntos de desacuerdo que impidió en 2023 una reforma de la Ley de seguridad ciudadana. En el inicio de la nueva legislatura no hay noticias sobre la implantación de mecanismos de devolución más garantistas¹⁷.

4. Recapitulación.

Las Sentencias del Tribunal Europeo y del Tribunal Constitucional han respaldado el régimen excepcional de devolución en Ceuta y Melilla con argumentos muy vinculados al caso concreto. Está abierto el debate sobre el impacto que estas decisiones tendrán en el sistema general de protección de derechos fundamentales. Si deben interpretarse como un episodio singular, siguiendo el conocido adagio legal de “hard cases make bad law”¹⁸, o si forman parte de una tendencia más amplia de retroceso en la interpretación de los derechos de los migrantes.

¹⁷ Tampoco parece previsible que en los próximos años la Unión Europea adopte una posición de mayor protagonismo en la protección de las fronteras de Ceuta y de Melilla, atribuyendo mayores responsabilidades a FRONTEX, y que esto conlleve un mayor garantismo, como apuntaba Navarro Ortega, A. (2022, p. 320).

¹⁸ Es la opinión de Navarro Ortega, A., *idem*.