



Erasmus+



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

LUCÍA RODRÍGUEZ DUQUE

El rechazo en frontera ante los tribunales

Comentario a las Sentencias del TEDH de 13 de febrero de 2020 (caso *N.D.* y *N.T. c. España*) y del Tribunal Constitucional español de 19 de noviembre de 2020 (nº 172/2020)

WP IDEIR nº 40 (2021)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Lucía Rodríguez Duque 2021

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

EL RECHAZO EN FRONTERA ANTE LOS TRIBUNALES

Comentario a las Sentencias del TEDH de 13 de febrero de 2020 (caso *N.D. y N.T. c. España*) y del Tribunal Constitucional español de 19 de noviembre de 2020 (n° 172/2020)

Lucía Rodríguez Duque

SUMARIO:—I. CUESTIONES PREVIAS. 1.1 Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución Española. 1.2. Los límites del Derecho Internacional a la prohibición de entrada en sus territorios por los Estados soberanos. 1.3. El rechazo en frontera. 1.4. Los procedimientos de salida de extranjeros del territorio español.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, DE 13 DE FEBRERO DE 2020. 2.1. Tergiversación por el TEDH de la jurisprudencia acerca de existencia de expulsiones colectivas. 2.2. Referencia a circunstancias del todo irrelevantes para negar la expulsión colectiva, o a circunstancias que en realidad pertenecen al ámbito del principio de no devolución. 2.3. Consideración de que los informes de organismos de Derechos Humanos “no son concluyentes”, sin ofrecer razones sustanciales.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (172/2020) DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020. 3.1. Vulneración de los preceptos 9.3 y 106.1 de la CE, en conexión con el art. 24.1 de la CE. 3.2. Principio de no devolución.—IV. CONCLUSIÓN

I. CUESTIONES PREVIAS

1.1. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución española

El punto de partida de este análisis no puede ser otro que recordar brevemente el régimen de titularidad de derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España. Una tarea que, aunque sorprenda, no siempre resulta del todo clara pues para ello hay que sistematizar la abundante y cambiante jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado so-

bre este tema, debido a lo escueto que resulta el artículo 13 de la Constitución Española (en adelante CE), disposición que configura y delimita el marco en el que puede actuar el legislador.

Una cuestión primordial que se debe sentar en primer lugar es que, si bien el artículo 13 proclama en su literalidad que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, la STC 107/1984 ha aclarado que dicho artículo, cuando se refiere a libertades públicas, “*no tiene un significado restrictivo*”, sino que se refiere a todos los derechos y libertades contenidos en el Título I de la Constitución. Además de esta aseveración del Tribunal Constitucional, se tiene que tener en cuenta la ubicación del artículo: Capítulo I, “De los españoles y los extranjeros”, del Título I, “de los Derechos y Deberes Fundamentales”.

Otra expresión que ha requerido múltiples análisis y doctrinales acerca de su significado es el inciso final, que indica que los extranjeros gozarán de los derechos que les reconozca la CE “en los términos que establezcan los Tratados y la ley”. Estas palabras, en su momento, hicieron surgir el debate de si estos derechos son de configuración legal. Fue la importantísima sentencia del TC 107/1984 quien ofreció la respuesta, con su clasificación tripartita de derechos. Esta clasificación crea tres categorías de derechos según su titularidad por los extranjeros. En primer lugar se encuentran los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, por ser imprescindibles para garantizar la dignidad humana. En segundo lugar están los derechos que no son titularidad de extranjeros, o que solamente pueden atribuirse en caso de reconocimiento recíproco en el Estado de origen del extranjero. El último lugar, la tercera categoría agrupa a los derechos que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados Internacionales (en adelante, TTII) y las leyes, de tal manera que es admisible una diferencia de trato con los españoles respecto a su ejercicio. Se debe subrayar, por su importancia para el presente análisis por su conexión con el rechazo en frontera, que en la primera categoría, es decir, dentro de los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, se incluyen el derecho a la vida, a la integridad física y moral y a la intimidad.

Esta misma sentencia marca un importante límite para el legislador a la hora de configurar y delimitar el contenido y titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros. El TC afirma que “*los derechos y libertades de los extranjeros siguen siendo constitucionales, y por tanto dotados (dentro de su específica regulación) de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal (...)*”. Así, cabe afirmar que los derechos fundamentales de los extranjeros no son derechos de configuración legal en su totalidad:

tanto su titularidad como el contenido esencial de los mismos deriva de la propia Constitución. FERNANDO FLORES se refiere a esto como “*titularidad constitucional a priori*”, caracterizada por el hecho de que, a pesar de que las leyes puedan concretar las condiciones en que los extranjeros disfrutaran de esos derechos de configuración legal, el legislador debe respetar la titularidad y el contenido asegurados por la Constitución¹.

De ello deriva que el legislador no puede utilizar como criterio la situación de regularidad o irregularidad del extranjero para reconocerle o no determinados derechos, tal y como proclamó la STC 236/2007. El legislador sólo podrá tener en cuenta esta situación cuando se trate de regular el disfrute o la titularidad de derechos que son esenciales para la salvaguarda de la dignidad de toda persona y siempre que su contenido esencial se vea salvaguardado. Por ejemplo, nunca podrá tomarse como criterio para decidir sobre la titularidad o la protección del derecho a la vida, libertad o integridad de un extranjero.

Y el legislador no sólo debe respetar el mandato constitucional. El artículo 10.2 de la CE ordena interpretar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la CE conforme a los TTII de los que España es parte y a las declaraciones de sus órganos intérpretes.

Cabe concluir por tanto que, si bien “los extranjeros no son titulares del derecho fundamental a entrar en España”, como afirmaba una STSJ de Andalucía, el legislador debe respetar ciertos límites a la hora de regular la titularidad y contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas por parte de los extranjeros: el mandato constitucional (respecto a titularidad y contenido esencial), las disposiciones e interpretación de los TTII de Derechos Humanos de los que España es parte, y la dignidad de todo ser humano con independencia de su situación de regularidad.

1.2. Los límites del Derecho internacional a la prohibición de entrada en sus territorios por los Estados soberanos

Como se acaba de exponer, el legislador español, en materia de titularidad y derechos de las personas extranjeras, está limitado por el mandato constitucional y por los TTII ratificados por España en esta materia. Pero en lo que al rechazo en frontera concierne, también debemos tener en cuenta las limitaciones impuestas por TTII de los que España es parte en otro aspecto relacionado con los derechos de los extranjeros: las limitaciones impuestas

¹ FLORES, Fernando (2004): "Igualdad y discriminación en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros", *Libro Colectivo Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Tirant Lo Blanch. Recurso disponible en línea: www.tirantonline.com. Última visita: 3 de febrero de 2021.

a los Estados soberanos acerca de su facultad para limitar la entrada en su territorio. Las principales limitaciones en esta materia son el principio de no devolución o de non refoulement y la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros. Asimismo, en el ámbito del CEDH, se reconoce un derecho ligado al respeto de estas limitaciones: el derecho a un recurso efectivo.

El principio de no devolución o de ‘non refoulement’ implica la “obligación de no expulsar, extraditar o rechazar en la frontera a ninguna persona cuya vida o libertad pueda correr peligro como consecuencia del acto de devolución”². Este derecho está recogido en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Además, el Comité de Derechos Humanos ha proclamado que este principio se deriva de los artículos 6 (derecho a la vida) y 7 (prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes)^{3 4}. Debe citarse el artículo 1 del Protocolo de Nueva York de 1967, que aclara que la Convención de Ginebra se aplicará “sin limitación geográfica alguna”, admitiendo así su aplicación extraterritorial⁵. Respecto al CEDH, el el TEDH ha declarado que el principio de no devolución deriva de su artículo 3, de prohibición de malos tratos y, conforme al concepto de “jurisdicción de un Estado” recogido en el caso Loizidou⁶, el ámbito de aplicación espacial se extiende a todos aquellos actos u omisiones realizados por órganos estatales, aunque sea fuera de su territorio⁷. En el mismo sentido se pronunció la sentencia Hirsi Jamaa⁸, así como la STC 21/1997⁹ y el Informe del Defensor del Pueblo del año 2005.

² PERAL FERNÁNDEZ, Luis (2006): “Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 11, pág. 5.

³ Observación General Núm. 31: *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80 periodo de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), p. 12; Observación General Núm. 20: *Artículo 7 Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 44 periodo de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992).

⁴ ARLETTAZ, Fernando (2016): “La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 49, nº145. Disponible [en línea](#).

⁵ ABRISKETA URIARTE, Joana (2017): “La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, pág. 151.

⁶ STEDH Loizidou c. Turquía, 23 de marzo de 1995.

⁷ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (2014): “El alcance de las obligaciones del CEDH” en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coord.) *La Europa de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 50-52.

⁸ Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia, sentencia de la Gran Sala del TEDH de 23 de febrero de 2012.

⁹ Sentencia del TC 21/1997, de 10 de febrero.

La prohibición de expulsión colectiva de extranjeros deriva del principio de no devolución: con el objetivo de garantizarlo, se prohíbe la expulsión de extranjeros sin un procedimiento individualizado de evaluación de las circunstancias personales que atañen a cada persona. En concreto, las expulsiones colectivas fueron definidas por el TEDH como “*toda medida adoptada por las autoridades competentes que obliga a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que dicha medida se adopte al final y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo*”¹⁰. Como se observa, se trata de un criterio cualitativo (se vulnera la prohibición si hay una ausencia de examen individualizado y la celebración de un procedimiento en el que se pueda alegar a las autoridades las circunstancias personales¹¹) y no cualitativo (es irrelevante el número de personas expulsadas). Este derecho ha sido reconocido en el PIDCP como un derecho derivado de la prohibición de tratos inhumanos, el respeto de la vida familiar o la no discriminación, pues estos derechos sólo se pueden asegurar a través de un examen individualizado de la situación de cada persona susceptible de expulsión, extradición o rechazo¹². En el caso del CEDH, en esta ocasión sí que se reconoce de forma explícita: la prohibición de expulsiones colectivas se encuentra recogido en el artículo 4 del Protocolo nº4 del CEDH. En el ámbito del CEDH, este principio tiene aplicación extraterritorial por las razones expuestas en las ya citadas sentencias Loizidou y Hirsi Jamaa.

Por último, conectado a estos principios se encuentra el *derecho a un recurso efectivo*. El artículo 13 del CEDH recoge la obligación por las autoridades nacionales de prever un recurso interno que permita a la autoridad nacional competente conocer sustancialmente de la queja de una posible violación del Convenio, así como proporcionar un remedio. Respecto a la relación de este derecho con el rechazo en frontera, el TEDH se ha pronunciado expresamente sobre los “procedimientos sumarios o rápidos para la denegación de asilo”, declarando que sólo respetan el artículo 13 del CEDH si hay un examen de la solicitud¹³.

¹⁰ SETDH Sultani contra Francia, nº 45223/05, 20 de septiembre de 2007.

¹¹ PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2008): “Las garantías para los extranjeros y los límites a sus derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, 21, pág. 94

¹² ARLETTAZ, Fernando (2016): “La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 49, nº 145. Disponible [en línea](#).

¹³ CARMONA CUENCA, Encarna (2014): “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)” en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coord.) *La Europa de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 578.

1.3. El rechazo en frontera

Una vez delimitados los límites constitucionales y de Derecho Internacional que impiden que los Estados soberanos regulen con total libertad la prohibición de entrada a su territorio, cabe evaluar la polémica figura del rechazo en frontera, que pone en entredicho el respeto por el Estado español de dichos límites.

El denominado “rechazo en frontera” fue introducido en 2015 en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Esta figura no fue creada espontáneamente, sino que su origen se encuentra en la práctica administrativa popularmente conocida como “devoluciones en caliente”. Dicha práctica deriva del “concepto operativo de frontera”, descrito con claridad en el Informe de la Guardia Civil de 8 de febrero de 2014¹⁴. Este concepto implica, como se refleja en el informe citada, una ubicación de la frontera española a los efectos de aplicación de la ley de extranjería determinada por la voluntad unilateral de la Administración española, y cambiante según la posición de determinados elementos físicos. Así, según este concepto, la frontera estaba delimitada por la línea de guardias civiles en el caso de que los extranjeros trataran de entrar en el territorio español por la costa. En el caso de que los extranjeros intentasen entrar saltando la valla fronteriza entre España y Ceuta o Melilla, el concepto operativo de frontera implica que “*la valla interna materializa la línea con la que el Estado, en una decisión libre y soberana delimita, a los solos efectos del régimen de extranjería, el territorio nacional*”. Además, en este informe la Guardia Civil argumenta que, en caso de que los inmigrantes entren en territorio español de forma ilegal por puestos fronterizos no habilitados, pueden ser devueltos o expulsados sin aplicar procedimiento administrativo alguno.

Brevemente, cabe afirmar con rotundidad la ilegalidad de dicha práctica administrativa, debido a dos razones. La primera es que la frontera no puede determinarse unilateralmente por la voluntad de un Estado, sino que está determinado por el Tratado Internacional que hayan celebrado los países en frontera (art. 26 Convenio de Viena). En el caso de España, la frontera está delimitada por la valla exterior de las dos que separan el territorio de España y Marruecos en Ceuta y Melilla¹⁵. En segundo lugar, en caso de que un extranjero entre en el territorio español de forma ilegal por puestos

¹⁴ DIRECCIÓN OPERATIVA ADJUNTA DE LA GUARDIA CIVIL (2014): Informe de la Guardia Civil de 8 de febrero de 2014, sobre los hechos de la playa de El Tarajal.

¹⁵ ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel (2014): “Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y tierra de nadie”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 28, pág. 34.

fronterizos no habilitados, no pueden ser devueltos sin haberse producido un procedimiento administrativo que lo decida (lo cual implica una vía de hecho¹⁶), sino que debe aplicarse, según el caso, el procedimiento de expulsión (art. 57 LOEx) o de devolución (art. 58.3 LOEx).

El “concepto operativo de frontera” fue expuesto por la Guardia Civil para defender su actuación en los sucesos de la Playa de El Tarajal de 6 de febrero de 2014, en el que quince personas extranjeras fallecieron por ahogamiento ante el disparo de armas de fuego, pelotas de goma y gases lacrimógenos llevado a cabo por la Guardia Civil para impedir su entrada en territorio español. Las que no murieron (se trataba de un grupo de unas 300 personas) fueron expulsadas a través de la práctica administrativa de las “devoluciones en caliente”¹⁷.

Debido a que este suceso puso el foco nacional e internacional en esta práctica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles, en 2015, tan sólo un año después de los sucesos, el legislador español aprovechó la tramitación de la Ley de Seguridad Ciudadana para introducir una figura llamada “rechazo en frontera” en la Ley de Extranjería, en su disposición adicional décima. El primer apartado de este artículo prescribe lo siguiente: *1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.* Dicha figura se trata de una legalización encubierta de la práctica administrativa de las “devoluciones en caliente”: para constatar esto sólo es necesario observar los supuestos de aplicación del rechazo en frontera y advertir que, a efectos prácticos, se trata de los mismos que los de las devoluciones en caliente. Así, el supuesto de aplicación del rechazo en frontera es el intento de superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera, lo que según la Administración española ocurre: en primer lugar, cuando el extranjero ha accedido o intentado acceder a Ceuta y Melilla por vía marítima; en segundo lugar, cuando el ciudadano extranjero es interceptado habiendo accedido o intentado acceder a alguna de las islas, islotes o peñones de soberanía española situados frente a las costas de Marruecos; y en tercer lugar, cuando el extranjero es interceptado habiendo escalado o

¹⁶ CUADRÓN AMBITE, Susana (2018): *Extranjeros en frontera. Un estudio jurídico-práctico del reconocimiento protección y límites del derecho de entrada en España*, Madrid, Dykinson S.L., pág. 174.

¹⁷ CUADRÓN AMBITE, Susana (2018): *Extranjeros en frontera. Un estudio jurídico-práctico del reconocimiento protección y límites del derecho de entrada en España*, Madrid, Dykinson S.L., pág. 167.

descendido o intentado escalar o descender las vallas fronterizas¹⁸. Ante estos supuestos, se actúa de la misma forma que cuando no existía en el ordenamiento esta figura y se practicaban las “devoluciones en caliente”: se expulsa al extranjero del territorio español sin que se produzca ningún procedimiento administrativo.

Esta figura supone una flagrante vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española para los ciudadanos extranjeros, así como de los límites a la prohibición de entrada en los Estados soberanos establecidos en los principales TTII de Derechos Humanos suscritos por España en esta materia y explicados en los apartados 1 y 2 de este trabajo.

El rechazo en frontera implica expulsar del territorio a una persona extranjera sin que en ningún momento tenga lugar un procedimiento que evalúe sus circunstancias personales y, por tanto, poniendo en posible riesgo su vida, integridad o libertad. La aplicación de esta figura jurídica implica, por ello, una vulneración sistemática de estos derechos fundamentales de la CE, cuya titularidad deriva, como se dijo en el apartado 1 de ese estudio, de la conexión de estos derechos con la protección de la dignidad de todas las personas.

Además, el rechazo en frontera vulnera las tres principales limitaciones que tienen los Estados a la hora de configurar el impedimento de entrada a su territorio. En primer lugar, y como se acaba de decir respecto a los derechos fundamentales de la CE, se vulnera el principio de no devolución pues el rechazo en frontera permite que las autoridades españolas devuelvan a las personas extranjeras a un territorio en que su vida, libertad o integridad esté en peligro, sin que les sea posible presentar la solicitud de asilo. En segundo lugar, el rechazo en frontera incumple la prohibición de expulsiones colectivas, al permitir expulsiones sin la realización de un examen individual sobre sus circunstancias personales y sin ofrecer la posibilidad al extranjero de alegar sus argumentos ante una autoridad nacional, pues no tiene lugar ningún procedimiento administrativo o judicial. Por último, esta misma ausencia de procedimiento que permita la identificación del extranjero y la información sobre los derechos que le asisten deriva en la imposibilidad de interponer un recurso efectivo, lo que supone la vulneración de otra limitación internacional respecto a la libertad de los Estados soberanos de regular la entrada en su territorio.

Estas vulneraciones de los más básicos derechos fundamentales y humanos generaron la merecida expectativa de esperar que los Tribunales

¹⁸ PROYECTO I+D+i IUSMIGRANTE (2015): *“Rechazos en frontera”: ¿frontera sin derechos?*, pág. 12.

concernientes en este tema, es decir, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español, condenaran la práctica de las “devoluciones en caliente” y expulsaran la figura del “rechazo en frontera” del ordenamiento jurídico español, respectivamente. Los pronunciamientos finales de estos Tribunales distan mucho de las expectativas mencionadas.

1.4. Los procedimientos de salida de extranjeros de territorio español

Junto al régimen del rechazo en frontera explicado en el apartado anterior, y con el objetivo de comprender el contexto del ordenamiento en el que se sitúa dicha figura, conviene señalar los otros tres procedimientos de salida de extranjeros del territorio español.

Uno de ellos es el procedimiento de *retorno* al punto de origen, regulado en el art. 60 de la LOEx, y que se aplica cuando un extranjero trata de entrar legalmente en España a través de un puesto fronterizo habilitado pero no cumple los requisitos legalmente previstos (art. 26.2 LOEx y art. 15 del Reglamento LOEx).

Otro procedimiento es la *expulsión* del extranjero que se encuentra irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o por carecer o tener caducada la autorización de residencia (art. 57 LOEx y arts. 242 a 248 del Reglamento LOEx).

Finalmente, el procedimiento que se aplica cuando se intercepta a un extranjero intentando entrar ilegalmente en territorio español, incluyendo “a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”, se les aplica el procedimiento de *devolución* previsto en el art. 58.3 b) de la LOEx y desarrollado por el artículo 23 del Reglamento LOEx. Este, como se ve, es el mismo supuesto de hecho que el contenido en el rechazo en frontera: el intento de entrada ilegal en territorio español. La única diferencia es que el procedimiento de devolución puede aplicarse en todo el territorio (incluyendo Ceuta y Melilla), mientras que el rechazo en frontera solo puede aplicarse en Ceuta y Melilla. Siguiendo la literalidad de la ley en las regulaciones de ambas figuras, no hay ningún criterio para que, produciéndose un intento de entrada ilegal en Ceuta y Melilla, la Administración aplique el procedimiento de devolución o el rechazo en frontera, quedando, por tanto, al arbitrio de las FCSE. Poner cuando se habla de vía de hecho en STEDH y STC: la Administración no se está sometiendo a la ley si puede inaplicar un procedimiento con total arbitrariedad. En esto se profundizará en el apartado 3 del presente análisis.

Todas estas decisiones de salida del extranjero, ya sean en forma de retorno, expulsión o devolución, son plasmadas en una resolución administrativa fruto de un procedimiento con todas las garantías requeridas por los derechos fundamentales de los extranjeros y las exigencias de TTII en esta

manera: los extranjeros deben tener asistencia jurídica, asistencia de intérprete en caso de ser necesario, trámite de alegaciones para poder exponer y probar sus circunstancias individuales, y una resolución motivada para que los extranjeros puedan recurrirla sin sufrir indefensión. En cambio, el rechazo en frontera, con su escueta regulación de “*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*”, permite que las FCSE devuelvan a otro territorio a un extranjero sin aplicarle ninguna de estas garantías, pues el criterio para aplicar el rechazo en frontera en vez del procedimiento de devolución es inexistente, arbitrario. Así, es decisión de las FCSE decidir que un extranjero que ha entrado ilegalmente en España sea devuelto con las garantías a las que tiene derecho o no.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, DE 13 DE FEBRERO DE 2020

Antes de entrar a analizar la sentencia de 13 de febrero de 2020, dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se debe tener en cuenta su precedente, la sentencia de 3 de octubre de 2017 de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resolvía el caso N.D. y N.T. contra España. El 13 de agosto de 2014, es decir, antes de la introducción del “rechazo en frontera” en el ordenamiento español, en un intento de cruzar la valla fronteriza con España por parte de un grupo de 600 personas, los demandantes (N.D. y N.T.) consiguieron llegar a la cima de la valla interior, entrando, por tanto, en territorio español. Varias horas después, las FCSE les ayudaron a bajar, sin aplicar ningún procedimiento en que se les identificase o se les diese la posibilidad de alegar sus circunstancias personales o ser asistidos por abogados o intérpretes. Fueron devueltos a las autoridades marroquíes, que les dejaron a su suerte en Fez (Marruecos), a cientos de kilómetros de la frontera española.

Los demandantes acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos denunciando una vulneración de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros (artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH) y del derecho a un recurso efectivo (artículo 13 del CEDH). Ambas vulneraciones fueron estimadas con brevedad y contundencia. Respecto a la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros, el Tribunal afirmó que “*En ningún momento han sido objeto los demandantes de procedimiento alguno. La cuestión de garantías suficientes que acreditan una consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas afectadas ni siquiera se*

plantea en este asunto, en ausencia de todo examen de las circunstancias individuales de los demandantes, al no haber sido éstos objeto de ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas. En estas circunstancias, el TEDH estima que el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas". En cuanto al derecho a un recurso efectivo, el Tribunal declara que, como consecuencia de la expulsión colectiva, *"a los demandantes se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del artículo 4 del Protocolo 4 y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución"*. Así, la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima, por unanimidad, tanto la violación del artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH como la violación del artículo 13 del CEDH, en relación con el artículo 4 del Protocolo 4.

Sin embargo, poco después, el 14 de diciembre de 2017, el Gobierno español planteó la revisión del caso ante la Gran Sala. El pronunciamiento de la Gran Sala, recogida en la sentencia de 13 de febrero de 2020, no podía distar más del de la Sección Tercera del mismo Tribunal: el fallo es diametralmente opuesto. Se niega la vulneración de la prohibición de expulsión colectiva porque considera que *"fueron los demandantes los que se colocaron en una situación de peligro al participar en los asaltos a la valla de Melilla del 13 de agosto, tomando ventaja del alto número del grupo y usando la fuerza"*, por lo que *"la falta de decisión individual de expulsión puede ser atribuida a los demandantes, al no utilizar los procedimientos legales para entrar en territorio español y hacer uso de los derechos del Convenio"*. Por esta misma razón, se niega la vulneración del derecho a un recurso efectivo *"dado que no ha habido violación del derecho sustancial"* y porque *"la falta de remedio efectivo fue culpa de los demandantes"*.

Para llegar a este fallo, el Tribunal utiliza un razonamiento en el que tergiversa su propia jurisprudencia, alude a circunstancias irrelevantes para la estimación de vulneración de los derechos traídos a colación y da por no concluyentes informes vitales sin dar ninguna explicación fundamentada.

En concreto, el razonamiento de la sentencia de la Gran Sala incurre en las siguientes conductas.

2.1. Tergiversación por el TEDH de la jurisprudencia acerca de existencia de expulsiones colectivas

Conforme a la jurisprudencia del TEDH, para que un Estado no contravenga la expulsión colectiva de extranjeros es necesario que se asegure de que el individuo en cuestión no correrá un riesgo auténtico de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3 del CEDH en caso de ser repatriado (STEDH

Hirsi Jamaa, apartado 146). En este sentido se pronuncian, en la STEDH comentada, las observaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (“la prohibición de expulsión colectiva es distinta del principio de no devolución, pues es parte del derecho a la tutela judicial efectiva”), AIRE Centre, AI, ECRE, CDI y el Consejo Holandés para los Refugiados.

Cabe añadir que en los trabajos preparatorios del artículo 4 del P4 se señaló que, respecto a su aplicación, no se hacen distinciones entre refugiados o no refugiados, y entre migrantes en situación regular o irregular. La palabra “*extranjero*” se refiere a “*toda persona que no tenga derecho a la nacionalidad de un Estado*”.

Así, el único criterio relevante para estimar que se ha producido una expulsión “colectiva” es que el procedimiento de expulsión no se haya llevado a cabo de forma individualizada. Esto es lo que ocurrió en el presente caso, en el que los demandantes fueron expulsados sin procedimiento alguno, basándose en la automática aplicación del protocolo de la Guardia Civil de 16 de febrero de 2014, sin ser identificados.

Sin embargo, el TEDH, en la sentencia de 13 de febrero de 2020, tergiversa el significado del artículo 4 del P4 en el CEDH y en su propia jurisprudencia para llegar a la conclusión de que en el presente caso no se ha producido la vulneración.

Afirma que “*el artículo 4 del P4 no implica un deber general de los Estados contratantes de acoger en su jurisdicción a personas que están en la jurisdicción de otro Estado*”, cuando esto en ningún momento fue reclamado por los demandantes y no tiene cabida en el contexto del artículo 4 del P4. Pero la cuestión más alarmante, especialmente al ser la más determinante del fallo del TEDH respecto a la no vulneración del art. 4 del P4, es que cita casos en los que el TEDH ha estimado la vulneración del art. 4 y del P4, pero no refleja exactamente por qué en esos casos estimó dicha vulneración, de tal manera que niega que en el caso ND y NT se dieran las circunstancias de las sentencias que estimaron la vulneración del art. 4 P4 y por tanto niega la vulneración en el presente supuesto.

En concreto, el STEDH afirma que en el caso Hirsi Jamaa se apreció vulneración del art. 4 del P4 “*porque los Estados no habían ofrecido la posibilidad de un recurso efectivo con el que recurrir la devolución, y porque su devolución les exponía claramente a un riesgo real de malos tratos*”. Pero, en realidad, ese es el argumento por el que el TEDH en el caso Hirsi Jamaa estimó la vulneración del principio de no devolución, no la prohibición de expulsiones colectivas:

136. En virtud de las consideraciones que anteceden, el Tribunal considera que en el presente asunto se han presentado argumentos sustantivos suficientes para

llegar al convencimiento de que *existía un auténtico riesgo de que los demandantes fueran sometidos a tratos contrarios al artículo 3 en Libia*. El hecho de que un amplio número de inmigrantes ilegales en Libia se encontraran en la misma situación que los demandantes no significa que el riesgo en cuestión fuera menos individualizado en la medida en la que era suficientemente real y probable (véase, *mutatis mutandis*, Saadi, op. cit., párrafo 132).

137. En base a estas conclusiones y a las obligaciones de los Estados en virtud del artículo 3, el Tribunal considera que al devolver a los demandantes a Libia, *las autoridades italianas, plenamente conscientes de las circunstancias existentes, les expuso a tratos prohibidos por el Convenio*.

Y, respecto a la violación del artículo 4 del P4, el TEDH lo estimó en el mismo caso con la siguiente argumentación¹⁹:

185. En el presente asunto, el Tribunal no puede sino constatar que *el traslado de los demandantes a Libia se llevó a cabo sin examen previo alguno de la situación individual de cada demandante*. No ha sido nunca objeto de controversia ante el Tribunal el hecho de que las autoridades italianas *no sometieron a los demandantes a procedimiento alguno de identificación* sino que se limitaron a embarcar a todos los emigrantes interceptados a bordo de buques militares y a desembarcarlos en territorio libio. Además, el Tribunal observa que el personal a bordo de los buques militares *no estaba capacitado para realizar entrevistas individuales y no recibió la asistencia de intérpretes o asesores legales*. En opinión del Tribunal, esto basta para descartar que existieran garantías suficientes como para asegurar que se llevó a cabo un examen real y detenido de las circunstancias individuales de cada una de las personas implicadas.

186. A la vista de lo dicho anteriormente, *el Tribunal estima que la expulsión de los demandantes fue de naturaleza colectiva, incumpliendo así el artículo 4 del Protocolo Núm. 4*. Por lo tanto, se ha producido una violación de este artículo.

Como se puede observar, es muy diferente la verdadera razón por la que la sentencia Hirsi Jamaa estimó la existencia de una expulsión colectiva. No se estimó porque la devolución les exponía a un riesgo real de malos tratos (esto forma parte del contenido del principio de no devolución), sino porque no hubo un examen de las circunstancias individuales de cada extranjero expulsado: es decir, lo que se produjo en el caso ND y NT y sobre lo que el TEDH no se pronuncia en esta sentencia. Es este criterio el único determinante para estimar si se ha producido una expulsión colectiva, y si el TEDH no hubiese citado el caso Hirsi Jamaa de una forma tergiversada, aparecería de forma de evidente la vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas en el caso ND y NT.

¹⁹ La sentencia Conka estima la existencia de expulsión colectiva por los mismos motivos.

2.2. Referencia a circunstancias del todo irrelevantes para negar la expulsión colectiva, o a circunstancias que en realidad pertenecen al ámbito del principio de no devolución.

El Gobierno de España, respecto a la vulneración del artículo 4 del P4 del CEDH, alega argumentos del todo irrelevantes para estimar o desestimar una vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas. Uno de ellos es el argumento de que el artículo 4 del P4 es aplicable únicamente a los extranjeros que llegan al territorio estatal “*de forma pacífica*”, requisito que no aparece ni en el artículo ni en ninguna interpretación del mismo por el TEDH. Relacionado con esto y para fundamentar la actuación de las FCSE en el caso ND y NT, alegan que la presión migratoria ha sido especialmente intensa desde 2014, debido a la proliferación de redes de trata y contrabandistas, así como asaltos violentos a las vallas de Melilla. Otra circunstancia que es del todo irrelevante de cara al cumplimiento de las obligaciones exigidas por el art. 4 P4 del CEDH.

Sin embargo, el TEDH acoge por completo las alegaciones del Gobierno de España. Considera que “*no hay violación del art.4 P4 si la falta de decisión individual de expulsión puede ser atribuida a la conducta del propio demandante*” El Tribunal considera que “*esto es aplicable a las situaciones en las que una persona cruza una frontera terrestre de forma no autorizada, aprovechándose deliberadamente del alto número de personas y usando la fuerza, para crear una situación disruptiva en la que es difícil controlar y se pone en peligro la salud pública*”. Y que “*si el Estado ha provisto ese acceso pero el demandante no ha hecho uso de él, el Tribunal considerará si hay razones convincentes para no hacerlo basándose en hechos objetivos por los que el Estado pueda tener responsabilidad*”.

Así, por una parte, el TEDH culpa a los demandantes de la expulsión colectiva, diciendo que fueron los demandantes los que se colocaron en una situación de peligro, aprovechando el alto número de extranjeros intentando cruzar la valla y usando la fuerza, impidiendo de esta manera que las FCSE pudiesen ejercer su autoridad y aplicar procedimientos administrativos. Es decir, defiende la idea de que, en caso de una situación caótica y violenta, el art. 4 del P4 del CEDH puede inaplicarse. Básicamente, El TEDH, con esta aseveración, está afirmando que hay situaciones y condiciones coyunturales, ni siquiera previstas en el CEDH, que permiten que los derechos humanos previstos en el mismo dejen de tener efecto.

El TEDH, sin embargo, parece olvidar lo reflejado en su propia jurisprudencia. En concreto, el apartado 122 de la citada ya en numerosas ocasiones sentencia Hirsi Jamaa, afirma algo muy distinto respecto a la posibilidad de inaplicar el CEDH ante circunstancias coyunturales:

122. El Tribunal ya ha señalado en otras ocasiones que los Estados que forman la frontera exterior de la Unión Europea se enfrentan actualmente a dificultades considerables a la hora de hacer frente a la creciente llegada de inmigrantes y solicitantes de asilo. El Tribunal no subestima la carga y la presión que esta situación supone para los Estados en cuestión, agravadas por un contexto marcado por la crisis económica actual (véase M.S.S. contra Bélgica y Grecia [GS], núm. 30696/09, párrafo 223, 21 de enero de 2011). Es particularmente consciente de las dificultades relacionadas con el fenómeno de migración por mar, que conlleva complicaciones adicionales para los Estados a la hora de controlar las fronteras en Europa meridional. Sin embargo, *teniendo en cuenta el carácter absoluto de los derechos protegidos por el artículo 3, estas últimas consideraciones no puede eximir a un Estado de sus obligaciones derivadas de esta disposición.*

Además, el TEDH se contradice en su misma sentencia respecto a las posibilidades de inaplicar el CEDH debido a las circunstancias violentas que se dieron en los hechos juzgados en el caso ND y NT. Y es que cuando evalúa la excepción de falta de jurisdicción planteada por el Gobierno de España, la Gran Sala no detecta en los hechos indicios capaces de limitar el efectivo ejercicio de la autoridad española sobre su territorio en la frontera de Melilla.

Otra circunstancia tenida en cuenta por el TEDH para desestimar la expulsión colectiva es que “*los demandantes no han demostrado que hayan sido incapaces de usar los numerosos procedimientos legales disponibles para obtener un permiso de entrada en España*”. Una vez más, esto es irrelevante: la violación de la prohibición de expulsiones colectivas también puede producirse aunque la entrada de los extranjeros haya sido ilegal. Existen procedimientos de devolución ante la entrada ilegal de extranjeros que son de obligatoria aplicación, pues sólo de esa forma quedan salvaguardados los derechos reconocidos en el CEDH, en concreto el principio de no devolución, la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho a un recurso efectivo. El procedimiento de obligatoria aplicación en el caso de intento de entrada ilegal al territorio español es, como ya se dijo en el apartado 1.2. de este trabajo, el procedimiento de devolución, que contiene todas las garantías necesarias para proteger los derechos mencionados.

El Tribunal llega a decir que en el presente caso se trata de determinar si existían procedimientos accesibles a los demandantes que les permitían entrar en España, es decir, si se ofrecía a los demandantes una efectiva oportunidad de alegar las razones en contra de la devolución a las autoridades marroquíes. Pero no, en absoluto se trata de eso. Lo que se trata es de determinar si a los demandantes se les expulsó sin un examen de sus circunstancias individuales, con el objetivo de evitar expulsarles en caso de que exista un riesgo real de malos tratos. Además, resulta llamativa otra contradicción más que se encuentra en esta sentencia, pues, ante la excepción que opuso el Gobierno de España respecto a que no se habían agotado

las vías internas antes de recurrir al TEDH porque los demandantes podrían haber tratado de obtener visados para España, solicitar asilo en Marruecos o solicitar asilo en la embajada de Rabat, la Gran Sala respondió que “*dado que los demandantes alegan que han sido objeto de una expulsión colectiva, los procedimientos alegados por el Gobierno no pueden ser considerados remedios efectivos respecto a la alegada violación*”. Es decir, en el apartado en el que se evalúa si se han agotado o no las vías internas, el TEDH sí que interpreta correctamente el art. 4 del P4: su vulneración no se evita cuando el ordenamiento del Estado en cuestión contiene procedimientos para solicitar asilo, sino cuando el Estado, antes de devolver a un extranjero a otro territorio (haya sido su entrada legal o ilegal) realiza un examen de sus circunstancias individuales para asegurarse de que no sufrirá tratos inhumanos en ese territorio. Sin embargo, en esa misma sentencia, en el apartado en el que se evalúa si se ha producido la vulneración del art. 4 P4, el TEDH llega a una conclusión totalmente distinta y, como se ha explicado, errónea.

Por último, otra circunstancia irrelevante para la estimación de la vulneración del art. 4 del P4 pero que el TEDH utiliza es que la Gran Sala indica “que los demandantes no han demostrado la existencia de riesgos a los que pueden ser expuestos como resultado de una devolución a Marruecos o a su lugar de origen”. Circunstancia irrelevante, como se ha dicho, pues el art. 4 P4 no se vulnera cuando hay riesgos en el país al que se devuelve al extranjero, sino cuando no se ha dado la oportunidad al extranjero de explicar esos riesgos en un examen sobre sus circunstancias individuales.

2.3. Consideración de que los informes de organismos de Derechos Humanos “no son concluyentes”, sin ofrecer razones sustanciales.

En el recurso del caso ND y NT se presentan informes por varios organismos de reconocida reputación internacional en materia de DDHH, que corroboran completamente la versión ofrecida por los demandantes acerca de su imposibilidad de solicitar asilo en el puesto fronterizo de Beni Enzar por ser subsaharianos, y que por tal circunstancia tuvieron que entrar ilegalmente en España y corren peligro en caso de devolución a Marruecos.

Así, la Comisaria por los DDHH del Consejo de Europa, ante los argumentos del Gobierno de España, indica que el acceso al puesto fronterizo de Beni Enzar seguía siendo imposible para las personas del África subsahariana que estaban en el lado marroquí de la valla, para los cuales la única opción para entrar en España era escalar las vallas fronterizas.

Por su parte, ACNUR indica que antes de noviembre de 2014 era imposible solicitar asilo en el puesto fronterizo de Beni Enzar en Melilla o

en cualquier otra localización; no ha habido sistema de identificación de personas en necesidad de protección internacional. Los migrantes procedentes del África subsahariana no tenían acceso a procedimientos de inmigración y asilo en los puestos fronterizos de Melilla, pues sistemáticamente se les impedía llegar al borde del lado marroquí. De hecho, la duración del procedimiento de asilo, las condiciones de detención de los centros, particularmente el problema de la superpoblación, desaliente a los extranjeros con buena fe de buscar protección internacional allí.

Por último, CEAR indica que la mayoría de los inmigrantes que trataban de llegar a la oficina de ACNUR en Rabat era arrestados y detenidos, lo que les impedía solicitar protección. Y, según el informe especial de la ONU, los refugiados subsaharianos han sido sometidos a seria violencia y abuso sexual en su ruta a Ceuta y Melilla.

Pero el TEDH, después de todo esto, dice, sin más que “*los informes de ACNUR y del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa no son concluyentes*”. El Tribunal no da ninguna razón de por qué llega a esta conclusión. Es algo que resulta difícil de comprender, toda vez que los informes corroboran por completo la versión ofrecida por los demandantes, y que en la jurisprudencia del TEDH se observa una clara tendencia a dar mucha credibilidad a los informes de estos organismos, llegando muchas veces a ser uno de los elementos más determinantes del fallo. Por ejemplo, en la sentencia Hirsi Jamaa el TEDH otorgó un gran peso a la versión de los demandantes porque estaba corroborada por organizaciones como ACNUR o Human Rights Watch:

125. Según los varios informes mencionados anteriormente, durante el periodo en cuestión, el Estado libio no cumplía con ninguna de las normas sobre protección de los refugiados. Todo individuo que entrara en el país de forma ilegal era considerado como un clandestino y no se establecía distinción alguna entre inmigrantes ilegales y solicitantes de asilo. A consecuencia de esto, estos individuos eran arrestados y permanecían detenidos en condiciones descritas como inhumanas por los observadores externos, como las delegaciones de ACNUR, de Human Rights Watch y de Amnistía Internacional. Estos observadores denunciaron numerosos casos de torturas, condiciones de higiene mediocres y ausencia de asistencia médica apropiada. Los inmigrantes clandestinos estaban expuestos al riesgo de ser devueltos a su país de origen en cualquier momento y, si conseguían recobrar la libertad, tenían que enfrentarse a condiciones de vida precarias en razón de la irregularidad de su situación. Los inmigrantes ilegales como los demandantes estaban destinados a ocupar una posición de marginalidad y aislamiento en la sociedad libia, lo que les volvía extremadamente vulnerables con respecto a posibles ataques xenofóbicos y racistas (véanse, supra, los párrafos 35-41).

126. *Estos mismos informes muestran claramente que los inmigrantes clandestinos desembarcados en Libia tras haber sido interceptados en alta mar por las autoridades italianas, estuvieron expuestos a esos mismos riesgos.*

También resulta llamativo que el Tribunal crea a los demandantes en otros puntos, como cuando da por verídica la versión de los demandantes de los sucesos ocurridos el 13 de agosto de 2014, es decir, el día en que se produjo la devolución en caliente. Cuando el Tribunal está evaluando la alegación del Gobierno de España de que los demandantes carecen de condición de víctima, indica que los demandantes han dado una “versión coherente” de sus circunstancias individuales, de sus países de origen, de las dificultades que tuvieron en el monte Gurugú y de su participación el 13 de agosto de 2014 en el asalto (apartado 86 de la STEDH de 13 de febrero de 2020). Por esta razón el Tribunal desestima la objeción preliminar de falta de condición de víctima opuesta por el Gobierno, pues presume que los eventos alegados por los demandantes son verídicos. Carece de toda lógica que considere verídica la versión de los demandantes acerca de todos los hechos que alegan salvo únicamente el hecho de que el puesto fronterizo de Beni Enzar no es accesible para los migrantes procedentes del África subsahariana puesto que las autoridades marroquíes les impedían el paso a este puesto en la práctica. Precisamente es lo que está corroborado por los informes de ACNUR y del Alto Comisionado del Consejo de Europa para los DDHH. Y su desestimación por el Tribunal es lo que determina que, según la Gran Sala, no haya expulsión colectiva pues los demandantes “*se colocaron en una situación de peligro y aprovecharon el alto número de personas y el uso de la fuerza*” que llevó a las autoridades nacionales a no aplicar procedimiento alguno. Dato que, como ya se ha dicho, es irrelevante para estimar si se ha producido la expulsión colectiva o no y que el propio Tribunal ha rechazado en otras ocasiones.

El Tribunal vuelve a comportarse de forma arbitraria en este aspecto cuando da total credibilidad a la versión del Gobierno de España respecto a la posibilidad de solicitar asilo en los puestos fronterizos de Melilla. El TEDH llega a la conclusión de que no tiene razón para dudar de que existía la posibilidad de solicitar asilo en estos puestos, incluido en Beni Enzar, dando la razón al Gobierno de España cuando alega que entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2014 se han registrado 21 solicitudes de asilo en Melilla, 6 de ellas en Beni Enzar (siendo originarios de Algeria, Burkina Faso, Camerún, Congo, Costa de Marfil y Somalia). Pero esta lógica es absurda: los extranjeros a los que se les impidió solicitar asilo o siquiera llegar al puesto no figuran en las estadísticas. Pero la Gran Sala, lejos de pensar en esta circunstancia, para estimar la ausencia de impedimentos para solicitar asilo en el puesto de Beni Enzar utiliza como argumento el hecho de que “*entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2014 y a lo largo de todo el año de 2015 ni una solicitud proveniente de personas subsaharianas fue tramitada*”; y que solo dos peticiones fueron tramitadas en 2016 y otra en 2017. Indica que “*el mero hecho de que ha habido pocas solicitudes de*

asilo tramitadas en Beni Enzar antes del 1 de septiembre de 2014 no permite concluir que el Gobierno español no había ofrecido suficiente y genuino acceso a este puesto fronterizo". Sin embargo, ¿no sería esto un argumento para llegar a la conclusión contraria, al corroborar lo dicho por los informes de ACNUR y del Alto Comisionado para los DDHH?

Se puede afirmar, por tanto, que el TEDH no guarda ninguna línea de pensamiento lógica respecto a la cual considerar verídicas unas versiones u otras y, sin ningún motivo ni fundamento y contraviniendo el usual trato por el Tribunal de los informes de organismos con competencias en DDHH, desautoriza por completo una de las principales pruebas para estimar las vulneraciones de derechos de los demandantes.

Cabe concluir, por tanto, que la lógica y argumentos utilizados por el Tribunal para desestimar la vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas es muy pobre, se contradice a sí misma, y en ocasiones parece incluso olvidar o no entender el CEDH o su propia jurisprudencia.

Esta sentencia sentó un peligroso precedente para nuestro Tribunal Constitucional.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020

El 19 de noviembre de 2020 el Tribunal Constitucional español publicó la sentencia por la que se respondía al recurso de inconstitucionalidad formulado contra numerosos preceptos de la Ley de Seguridad Ciudadana. Entre ellos, estaba el precepto introducido por esta ley en la Ley de Extranjería, la disposición adicional décima, por la que se introducía el rechazo en frontera.

En lo que a esta disposición se refiere, el recurso de inconstitucionalidad alegaba tres vulneraciones constitucionales. En primer lugar, la falta de conexión de la Ley de Seguridad Ciudadana con la Ley de Extranjería, lo que, según los recurrentes, vulneraba el procedimiento legislativo al haberse introducido como enmienda en la Ley de Seguridad Ciudadana una modificación que realmente no estaba relacionada con el objeto de la Ley de Seguridad Ciudadana, constituyendo realmente una nueva propuesta legislativa y no una enmienda. En segundo lugar, alegaron los recurrentes que la cobertura legal de las devoluciones en caliente, proporcionada por la introducción de la figura del rechazo en frontera, constituía la introducción en el ordenamiento de una vía de hecho, una práctica administrativa libre del control de los tribunales al no estar sujeta al marco de un procedimiento administrativo, vulnerando por tanto los artículos 9.3, 24.1 y 106 de la CE. En tercer lugar, se alegó que dicha figura no respeta la jurisprudencia del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente en lo que se refiere al principio de no devolución.

El primer argumento no será analizado en el presente trabajo, al estar más encuadrado en el derecho constitucional orgánico que en los derechos fundamentales de los extranjeros. Por ello, nos centraremos en el segundo y en el tercer argumento.

3.1. Vulneración de los preceptos 9.3 y 106.1 de la CE, en conexión con el art. 24.1 de la CE

Comienza el TC haciendo un breve repaso del régimen de derechos fundamentales de las personas extranjeras conforme a la Constitución Española. A continuación recuerda los distintos procedimientos de salida de extranjeros, para así llegar a la principal conclusión en la que basa toda el examen de constitucionalidad del rechazo en frontera: según el TC, dado que existen procedimientos de salida en los que tiene lugar un procedimiento administrativo que finalice con una resolución, el hecho de que los extranjeros accedan ilegalmente al territorio legitima al Estado para introducir un régimen que permita restablecer la legalidad en el momento.

Así, en primer lugar, el Tribunal Constitucional hace alusión a la situación particular que caracteriza a Ceuta y Melilla, fronteras exteriores de España a la par que de Europa y grandes puntos de entrada de flujos migratorios en los que se produce un alto número de entradas ilegales, todas estas circunstancias justifican, según el Tribunal, la existencia del régimen específico del rechazo en frontera. En concreto, afirma que “[...] *el rechazo en frontera es un nuevo régimen ante la situación particular de Ceuta y Melilla. Permite que la Administración restablezca la legalidad. El establecimiento de un régimen específico no puede considerarse que sea irrazonable o que carezca de justificación. Esta singular situación también ha sido tomada en consideración por el TEDH en la sentencia de 13 de febrero de 2020: al valorar una queja relativa al artículo 4 del Protocolo nº4 del CEDH tendrá principalmente en cuenta si en las circunstancias del caso concreto el Estado parte en cuestión ofrece de un modo efectivo medios de entrar en él legalmente, en particular a través de procedimientos en frontera. [...] Cuando el Estado parte facilita este acceso y el recurrente no ha hecho uso de él, el Tribunal considerará si había razones imperiosas para uno usar esos medios de acceso, fundadas en hechos objetivos de los que el Estado correspondiente sea responsable [...]*”.

El Tribunal, con esta argumentación, elude totalmente las alegaciones de inconstitucionalidad formuladas por los recurrentes. Aludiendo al artículo 9.3 (que recoge la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos), al artículo 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva) y el artículo

106 de la CE (control por los tribunales de la actividad de la Administración), el recurso de inconstitucionalidad denuncia que el precepto recurrido, es decir, el régimen de rechazo en frontera, es una figura jurídica que permite una actuación administrativa que en sí misma constituye una *vía de hecho* pues, a pesar de contar con cobertura legal, se produce con ausencia de todo procedimiento y resolución administrativa, con las carencias de garantías que ello supone. El hecho de que existan otros procedimientos, como el procedimiento de retorno en caso de no reunir los requisitos de entrada (art. 26.2 LOEx) o el procedimiento de devolución en caso de haber intentado entrar ilegalmente en territorio español (art. 58.3 LOEx) no legitima que haya una figura que carezca de garantía alguna.

De hecho, la propia existencia de los otros procedimientos, especialmente del procedimiento de devolución recogido en el artículo 58.3 de la LOEx, evidencia que el rechazo en frontera es un mecanismo (no procedimiento) de salida de extranjeros que se caracteriza y se diferencia del procedimiento de devolución única y exclusivamente por el hecho de carecer de todo tipo de garantías. Ambos procedimientos tienen el mismo supuesto de hecho: el intento de entrada ilegal en el territorio español. El procedimiento de devolución se aplica si este intento de entrada se produce en cualquier punto del territorio español (incluidas Ceuta y Melilla) mientras que el rechazo en frontera sólo se aplica cuando hay un intento de entrada ilegal en Ceuta y Melilla.

Sin embargo, las consecuencias son muy diferentes. Como se indica en el artículo 23 del Reglamento de Extranjería, los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país serán conducidos por las FCSE, a la mayor brevedad posible, a una comisaría para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución. El inciso “en su caso” trae causa del hecho de que este artículo 23 del Reglamento de extranjería exige que la devolución sea acordada en una resolución adoptada como consecuencia de una serie de trámites en el que el extranjero tendrá derecho a la asistencia jurídica y de intérprete, ambos servicios gratuitos en caso de que el extranjero carezca de los recursos económicos suficientes (art. 23.3 Rex). Además, el apartado 6 del mismo artículo señala que, aunque se haya adoptado una resolución de devolución, ésta no podrá llevarse a cabo y quedará en suspenso su ejecución cuando la medida pueda suponer un riesgo para la salud del extranjero (mujeres embarazadas, personas enfermas) o se formalice una solicitud de protección internacional, hasta que ésta se resuelva o sea inadmitida.

Frente a todas estas garantías ofrecidas por el procedimiento de devolución, y que son exigencias de los derechos fundamentales otorgados por la CE a los extranjeros y de las obligaciones asumidas por España en

materia de Derechos Humanos, el rechazo en frontera no ofrece absolutamente ninguna garantía. La disposición adicional décima de la Ley de Extranjería, al regular el rechazo en frontera tan sólo indica “*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*”. A continuación, se añaden dos párrafos carentes de sentido en sí mismos pues recuerdan obviedades tales como que España deberá respetar los derechos humanos y que es posible formalizar solicitudes de protección internacional en los lugares habilitados; obviedades que están ya reguladas en su correspondiente normativa y cuya inclusión a continuación de la regulación del rechazo en frontera no implica que la aplicación del mismo tal y cómo está regulado implique una directa violación de derechos humanos. Como se observa, toda la regulación del rechazo en frontera consiste en señalar que las FCSE podrán “*rechazar a fin de impedir su entrada ilegal en España*” a los extranjeros que traten de superar los elementos de contención fronterizos de Ceuta y Melilla. No se hace referencia a un procedimiento administrativo, a una resolución fundada en derecho, a un trámite en el que las personas extranjeras puedan exponer alegaciones, al derecho de asistencia jurídica, al derecho de asistencia de intérprete, al derecho de asilo (posibilidad de formular la solicitud ante las autoridades) o al principio de no devolución (paralización de la devolución ante la constatación de que ello pondría en peligro la vida, integridad o libertad del extranjero). Todos estos derechos y garantías mencionados son, como ya se ha repetido en numerosas ocasiones, producto del régimen de derechos fundamentales de los extranjeros contenido en la Constitución Española y de las obligaciones en materia de Derechos Humanos derivadas de los TTII suscritos por España, principalmente el CEDH. Dicho régimen trató de ser excluido por el legislador al incluir esta figura, alegando que el rechazo en frontera se aplica cuando el extranjero todavía no ha entrado en España y por tanto no es de aplicación la legislación española y europea; sin embargo, como se refleja en las sentencias ya citadas Hirsi Jamaa y la del STC 21/1997, la sola actuación de las autoridades españolas sobre las personas extranjeras ya supone el ejercicio de la jurisdicción española, y por tanto la obligación de aplicar el ordenamiento español con todas las garantías.

La ausencia de toda garantía y de todo procedimiento implica, por tanto, que se esté ante una figura cuya aplicación va a suponer siempre y en todo caso una vía de hecho, una actuación de la Administración prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido, ya que, como se explicó en el apartado 1.2.2, el procedimiento a aplicar es procedimiento de devolución del art. 58.3 de la LOEx y del art. 23 de la Rex. Constituye

una vía de hecho al tratarse el rechazo en frontera de un régimen que permite la inaplicación del procedimiento de devolución sin ningún criterio, pues la disposición adicional décima de la Ley de Seguridad Ciudadana, como se ha visto, no incluye ningún criterio que ordene la discrecionalidad de la Administración española a la hora de aplicarlo, dependiendo su aplicación, por tanto, de la arbitrariedad de cada funcionario.

Además, dado que el rechazo en frontera es una coacción directa, para que su aplicación no se considere vía de hecho debe cumplir dos criterios: el principio de legalidad y la proporcionalidad²⁰. El principio de legalidad implica que para que una coacción directa esté regida por la discrecionalidad y no por la arbitrariedad, y por tanto no se considere vía de hecho, su aplicación debe respetar tres límites: los elementos reglados, el control de los hechos determinantes y el fin de la potestad discrecional²¹. Uno de los elementos reglados es la extensión de la potestad²², que implica que en todo caso la potestad administrativa, aun teniendo cobertura legal y siendo ejercida por autoridad competente, no puede vulnerar los principios generales del Derecho, incluyéndose los Derechos fundamentales. Esta exigencia no se ve cumplida en el rechazo en frontera pues, aun aplicando el procedimiento previsto en la ley por la autoridad competente, se ponen en peligro o se vulneran los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la vida, a la integridad y a la libertad, por las razones que se explicarán en el último apartado de este trabajo. También vulnera el límite de la extensión de su potestad el hecho de que la aplicación de esta medida, cuyo único criterio es “*podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España*”, depende única y exclusivamente de la arbitrariedad de la Administración Pública. Tampoco se cumple el límite del control de los hechos determinantes. Para Agirreazkuneaga un hecho determinante para la aplicación de toda coacción directa es que concurra la urgencia²³, y en la regulación del rechazo en frontera en ningún caso se exige existencia de esta circunstancia para poder aplicar el rechazo en frontera. Por último no se cumple el límite del fin de la potestad discrecional. Según García de Enterría, “*las autoridades administrativas cuentan con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso de la finalidad pública,*

²⁰ AGIRREAZKUNEAGA, Iñaki (1990): *La coacción administrativa directa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, Civitas, págs. 334-388.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1983): “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”, Madrid, *Cuadernos Civitas*, págs. 167-180.

²² SEVILLA MERINO, Ignacio (1992): *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, Madrid, Civitas, pág. 257.

²³ AGIRREAZKUNEAGA, Iñaki (1990): *La coacción administrativa directa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, Civitas, págs. 261-262.

*de la utilidad o interés general*²⁴. En el caso del rechazo en frontera, el fin ulterior es “la seguridad ciudadana”, conforme a la LOPSC que lo introdujo en el ordenamiento. El art. 104.1 de la CE, que regula las funciones de las FCSE, establece que las mismas “*tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades para garantizar la seguridad ciudadana*”. Así, el rechazo en frontera permite una actuación administrativa caracterizada por la desviación del poder, ya que sólo está destinada a una de las vertientes de la seguridad ciudadana (restauración de la legalidad) mientras que ignora la otra (el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, también de los extranjeros).

Estamos, pues, ante una vulneración frontal del principio de legalidad de la actuación de los poderes públicos contenido en el art. 9.3 de la Constitución, denunciada por los recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad, pero sobre cuyo contenido esencial el TC no se pronuncia en esta sentencia.

Existe también una clara vulneración del del art. 106 de la CE (control por los Tribunales de la actuación administrativa). El TC argumenta que este derecho no se ve conculcado recordando su doctrina sobre el art. 106 de la CE, según la cual “*no forma parte de la garantía otorgada por el art. 106 de la CE un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto. Por el contrario, las garantías derivadas de este precepto constitucional se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de los que ellos consideran un incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley*” (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11). La cuestión es que con el rechazo en frontera ni siquiera queda salvaguardado este contenido mínimo del artículo 106 de la CE. Los ciudadanos extranjeros a los que les es aplicado el rechazo en frontera no disponen de ninguna oportunidad de formular un recurso, ni en términos materiales ni en términos jurídicos. No pueden en términos materiales, pues desde el momento en que son interceptados por las FCSE españoles van a ser llevados a la fuerza al territorio de otro país, impidiendo que físicamente puedan ponerse en contacto con cualquier autoridad española. Y tampoco pueden en términos jurídicos, pues esta forma de proceder les deja desprovistos de todo tipo de elementos necesarios para interponer un recurso mínimamente viable. La ausencia de un procedimiento en el que haya trámites de identificación, de alegación de circunstancias personales, de prueba, y en el que todo quede plasmado en soporte documental hace del todo imposible la interposición de un recurso en el que verdaderamente la actuación

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1983): “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”, Madrid, *Cuadernos Civitas*, págs.168.

de la Administración pueda ser controlada. El TC, con la citada sentencia 17/2013, de 31 de enero, en realidad está haciendo referencia a que el artículo 106 de la CE prohíbe que haya campos de la actuación de la Administración exentos expresamente del control jurisdiccional. Pero no es necesario llegar a tal extremo de ausencia de exigencias del Estado de Derecho para que exista una vulneración del artículo 106 de la CE al haber una figura cuya aplicación supone, a efectos prácticos, la impunidad total de la actividad administrativa.

Ligado a las vulneraciones de los artículos 9.3 y 106 de la CE está, como alegan los recurrentes, la vulneración del art. 24.1 de la CE pues, como es obvio, la señalada carencia de garantías, como la ausencia de procedimientos, la falta de identificación, la falta de trámite de alegaciones y prueba, la imposibilidad de asistencia jurídica o de intérprete y la carencia de un procedimiento en que los actos queden registrados y reflejados en algún tipo de soporte provoca una considerable, sino absoluta, indefensión a las personas extranjeras que son objeto de aplicación del rechazo en frontera.

Es por tanto bastante cuestionable la conclusión del Tribunal Constitucional sobre que el rechazo en frontera no vulnera los artículos 9.3 y 106 en relación con el 24.1 de la CE. La escasez argumentativa del TC, centrado más en hacer referencia a los procedimientos de salida de extranjeros que sí recogen garantías que en el objeto del recurso de inconstitucionalidad, evita entrar en el verdadero contenido constitucionalmente protegido de los derechos cuya vulneración ha sido alegada. Elusión que no consigue enmascarar, sino que más bien realza, el hecho de que el TC tenga que recurrir al pobre argumento de que, dado que en la regulación del rechazo en frontera se prescribe que el mismo se realizará respetando las obligaciones asumidas en materia de derechos humanos, la constitucionalidad de dicha figura queda totalmente salvaguardada.

3.2. Principio de no devolución

Tras esta escasamente fundamentada conclusión de que el rechazo en frontera no supone una vulneración de los artículos 9.3 y 106 en relación con el artículo 24.1 de la CE, el TC entra a valorar la otra alegación de los recurrentes: el rechazo en frontera vulnera el principio de no devolución contenido implícitamente en el CEDH y desarrollado por la jurisprudencia del TEDH.

El TC desestima la vulneración del principio de no devolución remitiéndose directamente a la STEDH de 13 de febrero de 2020. Repite el argumento ya utilizado en el análisis de la alegación de vulneración de los arts 9.3, 106 y 24.1 de la CE, para llegar a la misma conclusión a la que

llegó el TEDH: aquellos Estados que cuenten con procedimientos legales de entrada en los que se pueda presentar de forma *efectiva* una solicitud de protección, “*en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales y el propio CEDH*” (STC ¿?¿? FJ 8), “*podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes, estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado*” (STEDH de 13 de febrero de 2020, apartado 210). Además, señala que la disposición adicional décima de la LOEx (el rechazo en frontera) “*en nada excepciona el régimen jurídico de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de asilo, al limitarse a indiciar dónde se han de formalizar las solicitudes [...]*”.

Con esta mera cita de la STEDH de 13 de febrero de 2020, y señalando que el régimen del rechazo en frontera no excluye la aplicación de la Ley de Asilo, el TC da por cerrado el debate acerca de si de esta regulación cumple con las exigencias derivadas del principio de no devolución. Así se puede observar cómo, una vez más, el TC evita entrar en el verdadero contenido y significado de los derechos cuya vulneración se alega, prefiriendo en su lugar realzar la existencia de otros procedimientos de entrada en el territorio español que sí que tienen garantías. Argumento falaz, pues ¿cómo van a ser esos procedimientos de entrada legal a España “*efectivas para presentar una solicitud de asilo*”, si la aplicación del procedimiento de devolución, que cuenta con la garantía de suspensión en caso de solicitud de asilo, puede ser eludida con total arbitrariedad por la Administración a través de la simple aplicación del rechazo en frontera, que contiene el mismo supuesto de hecho? Que España cuente con un procedimiento de devolución cuyas garantías exigidas por los TTII (posibilidad de solicitar asilo, asistencia jurídica gratuita, trámite de identificación) pueden ser suprimidas simplemente a través de la decisión de la Administración de aplicar el rechazo en frontera en vez del debido procedimiento de devolución no puede considerarse como que cuenta con procedimientos legales que “*permiten presentar de forma efectiva la solicitud de asilo*”, “*en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales y el propio CEDH*”. La aplicación de rechazo en frontera impide toda posibilidad de presentar una solicitud de protección internacional, permitiendo que las FCSE, sin llevar a cabo ningún trámite de identificación, evaluación de circunstancias personales, asistencia jurídica o información de derechos, devuelvan a un extranjero a un territorio en el que su vida, libertad o integridad puede estar en grave riesgo. Es este, y no otro, el criterio sobre el que el TC debería pronunciarse para estimar si el rechazo en frontera vulnera o no el principio de no devolución.

A continuación, como ya se ha indicado, el TC viene a “confirmar” la ausencia de vulneración del principio de no devolución por el rechazo en frontera al señalar que la disposición adicional décima de la LOEx no excluye la aplicación de la Ley de Asilo. Argumento vacío de significado pues aunque no haya una exclusión legal expresa en la LOEx acerca de la exclusión de la Ley de Asilo por el rechazo en frontera, el impedimento físico y material de presentar una solicitud de asilo cuando es posible la actuación de las FCSE consistente en aprehender y devolver al extranjero a un punto situado a 300 km de la frontera con España (como ocurrió en los hechos denunciados en el caso N.D. y N.T.), aparece como más que evidente. Pero es un factor que el TC prefiere omitir y resolver con el simplista argumento de que, dado que la Ley de Asilo sigue estando en vigor, el hecho de que las FCSE puedan “rechazar” a extranjeros sin permitirles en ningún momento formular solicitud de asilo, garantía sí prevista en el procedimiento de devolución, no vulnera el principio de no devolución. Sobre lo que el TC no se pronuncia es sobre cómo entonces la Administración española cumple con su “obligación de asegurarse del trato al que se exponen los extranjeros que se devuelven al país de origen o de procedencia a los efectos de no incurrir en una vulneración del art. 3 CEDH”, términos en los que la propia STC define el principio de no devolución.

Con ello, el Tribunal Constitucional finaliza su análisis de constitucionalidad del régimen del rechazo en frontera. Así, sin entrar realmente a comprobar si el verdadero contenido de los derechos alegados por los recurrentes está siendo vulnerado, y salvando la constitucionalidad de esta disposición adicional décima de la LOEx aferrándose a la existencia de procedimientos que sí cumplen las garantías exigidas por las obligaciones asumidas por España en materia de Derechos Humanos.

IV. CONCLUSIÓN

Tras el estudio de las sentencias de ambos tribunales, de argumentos y conclusiones muy similares a la hora de determinar el respeto por las devoluciones en caliente y el régimen del rechazo en frontera de una serie de derechos humanos y fundamentales cuyas vulneraciones han sido denunciadas por numerosos organismos, la conclusión que aparece como más evidente es que se trata de sentencias basadas en razonamientos pobres, excesivamente simplistas, y en muchas ocasiones elusivos respecto a los problemas jurídicos que los recurrentes tanto del TEDH como del TC intentaban poner en el foco del debate.

Dicho carácter de los razonamientos utilizados por estos Tribunales, que de ningún modo puede atribuirse a un desconocimiento por los mismos

del CEDH o de la Constitución Española, al ser los mayores intérpretes de estos instrumentos normativos respectivamente, crea la necesidad de buscar a qué otra razón se deben los escasamente fundamentados fallos de las dos sentencias analizadas.

No es propósito de este estudio dar respuesta a esa pregunta. Pero tampoco se quiere finalizar el presente análisis sin hacer mención a una expresión que utiliza el TEDH en su sentencia y es apoyada posteriormente por la sentencia del TC, y que es reflejo de la concepción sobre los Derechos Humanos que el TEDH y el TC han demostrado en sus respectivos fallos. El Tribunal Europeo dijo, en su sentencia de 13 de febrero de 2020, que no se habían producido expulsiones colectivas porque *“cuando el Estado parte facilita este acceso y el recurrente no ha hecho uso de él, el Tribunal considerará si había razones imperiosas para no usar esos medios de acceso, fundadas en hechos objetivos de los que el Estado correspondiente sea responsable”*. Porque, aunque los informes de ACNUR y de la Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa expliquen y demuestren las razones de por qué ciertas personas extranjeras no podían acceder legalmente a España para presentar la solicitud de asilo, el Tribunal Europeo estima que *“en todo caso, ninguno de estos informes requiere que el Estado español guarde responsabilidad por ello”*.

Se crea así por tanto una nueva forma de eludir las obligaciones de los Estados asumidas en materia de Derechos Humanos. Se alude a una circunstancia no recogida en los TTII de Derechos Humanos según la cual, aparentemente, si el Estado no es responsable de los hechos por los cuales los Derechos Humanos del denunciante han sido vulnerados, el Estado al que acuda esta persona no tiene ninguna obligación de asumir una labor humanitaria respecto con ella. Se impone en estos Tribunales, de esta manera, una lógica que deja desprovisto a los Derechos Humanos de su significado original, pues la razón de ser de los mismos era precisamente esta: proteger a todas las personas de todo tipo de ataque que menoscabe su dignidad, independientemente de su nacionalidad o de que el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre sea quien ha cometido dicho ataque o no.

Estas sentencias, por tanto, más allá del mero hecho de contribuir a que un régimen que pone en peligro varios derechos humanos y fundamentales permanezca en el ordenamiento jurídico español, sientan un peligroso precedente que, en caso de seguirse en otros procedimientos o de ser imitado por otros Tribunales, conducirán paulatinamente a que los Derechos Humanos queden despojados de la finalidad que llevó a su creación.