

# Revista Aranzadi Unión Europea

2021

Número 1 (2021)

Comentarios de Jurisprudencia

## Comentarios de Jurisprudencia

### 1 Devoluciones en caliente Análisis de la reciente STC desde una perspectiva europea \*)

Compulsory return in border Study of the recent sentence of the Spanish TC under a European perspective

**PUERTO SOLAR CALVO**

*Jurista de II.PP.*

**ISSN 1579-0452**

**Revista Aranzadi Unión Europea 1  
Enero 2021**

#### Sumario:

- I. Exposición de la norma
- II. La stedh, de 13 de febrero, sobre un caso particular
- III. La stc sobre la valoración de constitucionalidad
- IV. Por una valoración de fondo, garantista y humanitaria

#### RESUMEN:

La STC de 19 de noviembre de 2020 sobre la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, ha otorgado viabilidad constitucional al régimen especial de devolución establecido para Ceuta y Melilla en su disposición final primera. Esto es, permite la continuidad de las conocidas como devoluciones en caliente. Con ello, nuestro TC asume la STEDH de 13 de febrero de este mismo año. El presente trabajo analiza esta reciente resolución a la luz de la decisión europea mencionada.

**PALABRAS CLAVE:** devoluciones en caliente - expulsiones colectivas - sentencia TEDH - sentencia TC

#### ABSTRACT:

devoluciones en caliente, expulsiones colectivas, sentencia TEDH, sentencia TC.

**KEYWORDS:** Returns in border - Group expulsions - Sentence of the European Court of Human Rights - Sentence of the Spanish Constitutional Court

**Fecha recepción original:** 9 de Diciembre de 2020

**Fecha aceptación:** 9 de Diciembre de 2020

## I. EXPOSICIÓN DE LA NORMA

La [disposición final primera \(en adelante DF 1\)](#) de la [LO 4/2015](#), establece el Régimen especial de Ceuta y Melilla, las conocidas como devoluciones en caliente. De acuerdo con la misma: "1. Se adiciona una [disposición adicional décima](#) a la [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción: Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 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. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional".

Su introducción normativa supuso importantes dudas interpretativas por la innovación y a la vez similitud, respecto de lo previsto en el [art. 58](#) LO 4/2000, sobre efectos de la expulsión y devolución. De acuerdo con el mismo: "1. La expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años. 2. Excepcionalmente, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años. En las circunstancias que se determinen reglamentariamente, la autoridad competente no impondrá la prohibición de entrada cuando el extranjero hubiera abandonado el territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador por alguno de los supuestos contemplados en las [letras a\) y b\) del artículo 53.1](#) de esta Ley Orgánica, o revocará la prohibición de entrada impuesta por las mismas causas, cuando el extranjero abandonara el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión. 3. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país. 4. En el supuesto de que se formalice una solicitud de protección internacional por personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional. Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. 5. La devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión. 6. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión. 7. La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años"<sup>1)</sup>.

Como vemos, en relación con el apartado 3 del precepto anterior, la [DF 1](#) de la LO 4/2015 parece introducir un nuevo supuesto que va más allá de los contemplados en la propia [LO 4/2000](#). Ello no obstante sin el establecimiento de un procedimiento específico y dando entrada, como de hecho sucede, a la práctica de las devoluciones en caliente, próximas en su esencia a las llamadas expulsiones colectivas. Veamos la postura del TEDH y de nuestro TC en relación a la aplicación de esta controvertida norma. Tras el análisis sucesivo de ambas resoluciones, llevaremos a cabo una breve valoración sobre el impacto de las mismas. Adelantamos que las sentencias que pasamos a

comentar parecen adaptarse más a la realidad que abordan y pretenden atajar, que al ordenamiento garantista que paradójicamente dicen asumir.

## II. LA STEDH, DE 13 DE FEBRERO, SOBRE UN CASO PARTICULAR

Como recoge MARTÍNEZ ESCAMILLA, "los hechos que se enjuiciaban eran los siguientes: el 13 de agosto de 2014 los demandantes intentaron entrar en España con un grupo de subsaharianos saltando el sistema disuasorio que delimita la frontera entre Melilla y Marruecos. Este sistema disuasorio está compuesto por tres vallas consecutivas –dos exteriores de 6 metros de altura y una interior de 3 metros– y un sistema de cámaras de vigilancia por infrarrojos y sensores de movimiento. Los dos demandantes avanzaron hasta la tercera valla –la más cercana a Melilla– y en ella estuvieron encaramados hasta que horas después bajaron con la ayuda de agentes de la Guardia Civil que los detuvieron, esposaron y entregaron a las autoridades de Marruecos. En ningún momento fueron identificados ni tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos"<sup>2)</sup>.

Al respecto, el TEDH entiende que la actuación de España en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, aplicando al caso descrito la [disposición adicional décima \(en adelante DA 10\)](#) de la LO 4/2000, introducida por la DF 1 de la LO 4/2015, no contraviene el número 4 del Protocolo 4 a la Convención Europea de Protección de Derechos Humanos que prohíbe específicamente las expulsiones colectivas. Si bien no se discute que el Estado español actúa a través de funcionarios públicos plenamente sometidos al derecho de aplicación en España –aspecto éste que había sido contestado por las autoridades nacionales para desvincularse de las actuaciones–<sup>3)</sup>, otorga el visto bueno europeo a la aplicación de la DA 10 de la LO 4/2000 en base a dos argumentos principales.

En primer lugar, "la Gran Sala interpreta el término de expulsión de manera amplia independientemente de la situación de legalidad de la persona implicada". Pero más específicamente en relación a lo que nos ocupa, en cuanto a la colectividad de la expulsión, es importante destacar que la sentencia el Tribunal establece que "no es relevante el número de personas expulsadas sino el hecho de que no hayan podido acceder a una individualización de sus casos, salvo que ello sea atribuible a su conducta, esto es si, por ejemplo, no colaboran al no querer mostrar sus documentos de identificación. En este caso, el Tribunal considera que los demandantes se pusieron ellos mismos en una conducta de ilegalidad al no utilizar las vías de acceso establecidas por la ley"<sup>4)</sup>.

Por tanto, el TEDH entiende que no hay violación del número 4 del Protocolo 4 si la falta de un procedimiento de expulsión individual se puede atribuir a una conducta de quien intenta acceder al territorio de otro país<sup>5)</sup>. Se trata de un argumento que no deja de ser paradójico. Ello en tanto permite despojar de los derechos y garantías vinculadas al desarrollo de un procedimiento individualizado de expulsión, a quien, por los motivos que sea y que no se entran a analizar, ha realizado una conducta que le ha colocado en la situación perjudicial cuya viabilidad jurídica se analiza. Como refiere MARTÍNEZ ESCAMILLA, "se utiliza una narrativa criminalizadora, que culpabiliza a los demandantes"<sup>6)</sup>. Esto es, se desvía el foco del análisis del objeto de la actuación administrativa a la conducta previa de los sujetos que la discuten.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, el TEDH trata de explicar la situación en que los demandantes se han colocado, valorando el uso de la fuerza empleada, el número elevado de personas que intentaban acceder y la opción de realizar una entrada de manera regular. A su vez, el TEDH destaca que los demandantes "no fueron capaces de argumentar por qué no habían intentado acceder a España por vías legales, es decir, solicitando un visado en su país de origen, en los países de tránsito, incluido Marruecos, o pidiendo asilo en los consulados o Embajada de Marruecos"<sup>7)</sup>. Sin embargo, entendemos que el TEDH prescinde de llegar al fondo de los motivos de los demandantes para no actuar del modo que les reclama, dado lo irrealizable de la práctica de estas entradas legales en los supuestos concretos analizados. Ello tanto por la situación de los países de origen, como por la imposibilidad práctica de acceso a las vías de entrada legal que se refieren<sup>8)</sup>.

En definitiva, el TEDH entiende justificado la inexistencia de un procedimiento individualizado y

por ende garantista de expulsión, si quien ha entrado en el territorio nacional lo ha hecho por propia voluntad y al margen de los cauces legales. Lo anterior con independencia de analizar si dichos cauces legales pueden efectivamente utilizarse en cada caso concreto y, también relevante, si la situación humanitaria de quienes llegan a la frontera de este modo puede considerarse que permite aplicar el principio de voluntariedad a este tipo de entradas.

Como acertadamente apunta CEAR, "la sentencia del TEDH sobre el asunto N. D. y N. T. contra España del 13 de febrero de 2020 ha supuesto un retroceso en materia de garantía de los derechos de las personas forzosamente desplazadas apartándose la Gran Sala del Tribunal de su propia jurisprudencia". Entre otros, el TEDH "había condenado a España por unanimidad en el año 2017 por este asunto, sino que también, recientemente, el Comité de Derechos del Niño ha emitido un dictamen por el que condena a España por una expulsión sumaria de un menor no acompañado que trataba de acceder por la valla de Melilla. Asimismo, el propio Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en sus visitas a España ha venido recomendando de manera reiterada que las prácticas de las devoluciones en caliente cesen. El Comité de Discriminación Racial se ha pronunciado en el mismo sentido"<sup>9</sup>). Sin duda, una oportunidad perdida para construir un régimen de protección de derechos universales más garantista.

### III. LA STC SOBRE LA VALORACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

La STEDH del pasado 13 de febrero ha influido enormemente en la valoración del recurso de inconstitucionalidad contra la LO 4/2015 y el régimen específico de devolución contemplado en su DF 1. Lo anterior, a pesar de que nuestro TC podía haber optado por una interpretación más amplia, en la medida en que la STEDH tenía por objeto un caso concreto de aplicación de dicha norma, y el TC la constitucionalidad de la misma en abstracto. Sin embargo, como veremos a continuación, es inevitable encontrar paralelismos en el argumentario de ambas resoluciones.

El TC comienza su análisis de la DF 1 LO 4/2015 y por ende, la DA 10 LO 4/2000, haciendo referencia a la especial situación en que se encuentran las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En concreto, "el examen de la nueva disposición adicional décima de la LOEx, introducida por la [disposición final primera](#) de la LOPSC, exige tener en cuenta, en primer lugar, la singular situación de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. El Acuerdo de Schengen, firmado el 14 de junio de 1985 y al que se adhirió España por el Protocolo de 25 de junio de 1991 (BOE de 30 de julio), impulsó la creación de un espacio de libre circulación de personas, mediante la progresiva supresión de los controles en las fronteras interiores, trasladándolos a las fronteras exteriores de los Estados signatarios; de forma tal que las fronteras externas de los Estados europeos son al tiempo las fronteras externas de los demás Estados partes en aquel Acuerdo. Posteriormente, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (BOE de 7 de mayo de 1999), el acuerdo queda integrado en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea, la cual tiene como uno de sus objetivos mantener y desarrollar "un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia". Por este motivo, las ciudades autónomas, situadas ambas en el continente africano, son actualmente la frontera exterior terrestre entre la Unión Europea y terceros Estados, lo que las convierte en una de las principales vías de acceso de los flujos migratorios hacia Europa. Todo ello hace que, en muchas ocasiones, el Estado español se vea desbordado en sus esfuerzos por contener los intentos de grupos de personas de cruzar ilegalmente la valla o arribar en embarcaciones a las costas de soberanía española; lo que prueba que estamos ante un problema humanitario de tal dimensión que su trascendencia es, cuando menos, europea, y exigiría la adopción de medidas de carácter supraestatal".

Tras destacar la peculiar situación geográfica que en materia de extranjería tienen estas dos ciudades autónomas, el TC determina el siguiente orden de análisis: "en primer lugar, en cuanto la medida incide sobre personas extranjeras, recordaremos algunos aspectos del estatuto constitucional de los extranjeros en España relevantes a los efectos de este proceso. A continuación, examinaremos el régimen previsto en la legislación en materia de extranjería sobre salidas forzosas del territorio español, paso previo necesario para determinar la naturaleza del

“rechazo en frontera” y poder así enjuiciarlo desde la perspectiva de los [arts.9.3](#), [24.1](#) y [106.1](#) [CE](#). En último lugar, analizaremos si el precepto impugnado no respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el principio de “no devolución”, impidiendo el ejercicio del derecho de asilo previsto en el [art. 13.4](#) [CE](#)”.

Comenzando por el primer aspecto, y tras el análisis del [art.13](#) [CE](#), el TC recuerda que “el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España”.

En segundo lugar, sobre el régimen específico que introduce la DF 1 LO 4/2015, el TC entiende que lo que denomina “rechazo en frontera”, es una “actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar, como expresamente señala el apartado segundo del precepto impugnado, la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional. A la persona extranjera que está siendo rechazada mientras se encuentra en los elementos de contención ubicados en territorio español, integrados en el sistema de seguridad fronterizo, le son aplicables las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico”. Por tanto, el rechazo en frontera es “un nuevo régimen que ante una situación particular – la detección de extranjeros 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 – permite que la Administración y sus agentes practiquen una actuación material de vigilancia orientada a reestablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera”.

Para justificar esta regulación específica, el TC acude de nuevo a la especial situación geográfica de Ceuta y Melilla. Así, “el establecimiento de un régimen específico para Ceuta y Melilla, en la medida en que en sus puestos fronterizos concurre la singularidad de su ubicación geográfica – única frontera exterior del espacio Schengen en tierras africanas – no puede considerarse que sea irrazonable o que carezca de justificación”. De hecho, de acuerdo con el TC, “esta singular situación también ha sido tomada en consideración por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 13 de febrero de 2020, caso N.D. y N.T. v. España, que afirma que “en este contexto, sin embargo, el Tribunal, al valorar una queja relativa al Art. 4 de Protocolo 4, 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 no usar esos medios de acceso, fundadas en hechos objetivos de los que el Estado correspondiente sea responsable” (& 201). Y también razona que “cuando tales mecanismos [de entrada legal] existan y aseguren el derecho de pedir la protección que otorga la Convención, y en particular su art. 3, de un modo efectivo, la Convención no obsta a que los Estado Parte, en cumplimiento de su obligación [Schengen] de controlar las fronteras, exijan que las personas que quieran esa protección la soliciten en los puntos habilitados para el cruce de frontera. [...] Consecuentemente, los Estados Parte pueden rechazar la entrada en su territorio de los extranjeros, incluido los peticionarios de asilo, que, sin concurrir razones imperiosas, no hayan ajustado su conducta a estos mecanismos de entrada, sino que han buscado cruzar la frontera por lugares distintos a los habilitados, sobre todo, pero no necesariamente cuando, como ocurre en este caso, se prevalieron de su gran número y del uso de la fuerza” (& 210)”.

Por tanto, “es cierto que el “rechazo en frontera” previsto específicamente para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las

personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. Actuación material que lo será, sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera. El régimen de “rechazo en frontera” previsto específicamente para Ceuta y Melilla en la disposición adicional décima de la LOEx, tal como ha sido configurado en el apartado primero, no incurre en inconstitucionalidad. Como resulta obligado en un recurso de inconstitucionalidad, esta apreciación deriva de considerar la disposición de una manera abstracta, sin perjuicio, por tanto, de que las circunstancias concurrentes en que cada una de sus aplicaciones deban ser ponderadas convenientemente en los procesos constitucionales en que se susciten. Además, en el apartado segundo se dice que el rechazo “se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte”. Esto significa que la actuación ha de llevarse a cabo con las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del [art. 10.2 CE](#), con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades ([STC 36/1991, de 14 de febrero](#) (RTC 1991, 36), FJ 5). Serán las disposiciones que se adopten para cumplir de un modo real y efectivo con las normas internacionales de derechos humanos las que tengan que asegurar el pleno respeto a las garantías derivadas de la dignidad de la persona, que nuestra Constitución reconoce a todas las personas sometidas a la actuación de los poderes públicos españoles ([STC 53/2002, de 27 de febrero](#) (RTC 2002, 53), FJ 4”).

Finalmente, sobre si la DA 10 LOEx respeta la jurisprudencia del TEDH, en lo que se refiere a la aplicación del principio de no devolución, desincentivando el ejercicio del derecho de asilo previsto en el [art. 13.4 CE](#), el TC concluye que “teniendo en cuenta que la disposición adicional décima de la LOEx en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la [Ley 12/2009, de 30 de octubre](#), reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de asilo, al limitarse a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes –puestos fronterizos de Ceuta y Melilla–, y que los medios, que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español, deben existir y ser efectivos, en cumplimiento por el Estado español de las obligaciones internacionales, no se pueden acoger los reproches de inconstitucionalidad formulados por los recurrentes”.

Por todo ello, “la disposición final primera por la que se introduce la disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es conforme a la Constitución, siempre que se interprete tal y como se ha indicado en el fundamento jurídico 8 C), concretado en los siguientes puntos: 1. Aplicación a las entradas individualizadas. 2. Pleno control judicial. 3. Cumplimiento de las obligaciones internacionales”.

#### IV. POR UNA VALORACIÓN DE FONDO, GARANTISTA Y HUMANITARIA

asume al completo los argumentos de la Gran Sala y tanto de la lectura de la resolución europea, como de la nacional, se extraen una serie de conclusiones que debieran hacernos reflexionar.

A modo de valoración inicial, resulta chocante que, desde el punto de vista de las garantías jurídicas y su aplicación, se parta no ya de su vigencia en términos absolutos, sino de la concreta situación que de hecho presenta una determinada zona geográfica. Con ello, parece que el juzgador quiere evitar aplicar la norma y las garantías básicas que se le asocian, debido a las dificultades prácticas que ello supone en un terreno geográfico complejo desde el punto de vista migratorio.

En segundo lugar, replicando lo aportado anteriormente en relación a la STEDH, no parece de recibo que las circunstancias fácticas sean las que puedan determinar la aplicación o no de determinadas garantías jurídicas que, reiteramos, tienen un carácter básico. La conducta de una persona no puede hacer decaer su derecho a un procedimiento. En cualquier situación, una persona puede obrar erróneamente, pero en ningún caso el Estado puede utilizar ese error para olvidar sus obligaciones jurídicas.

Por último, lo asombroso de la situación, es que esa negación de todo proceso de expulsión se basa

no sólo en la conducta realizada, sino que parte de que dicha conducta pudiera haber sido otra. Esto es, que las garantías internacionales podían haberse aplicado. La lectura de la STEDH de 13 de febrero es claro ejemplo de que ello es imposible en muchos casos. Sin embargo, ambos tribunales acuden a garantías meramente formales para justificar la aplicación de una norma con fundamentos que resultan alarmantemente abstractos.

A modo de cierre, es necesario volver al objeto de discusión principal, para ser conscientes de sus limitaciones –un resultado diferente de las resoluciones comentadas no hubiera supuesto la legalización generalizada de quien trasvasa la frontera–, pero también su importancia. Siguiendo a MARTÍNEZ ESCAMILLA, "el que las fuerzas y cuerpos de seguridad puedan actuar por la vía de hecho supone una quiebra indiscutible de los principios y garantías esenciales que han de regir la actuación de la Administración en un Estado de Derecho, como son el principio de interdicción de la arbitrariedad y el sometimiento al ordenamiento jurídico. Pero estos principios básicos, que son a su vez garantía de derechos individuales, solo pueden cumplirse si la Administración en su actuación sigue un procedimiento que garantice la audiencia al interesado y si dicha actuación puede ser sometida a control. Conviene además no perder la vista las actuaciones de las que estamos hablando. Se trata del uso del poder coercitivo del Estado sobre personas migrantes y refugiadas, en muchos casos especialmente vulnerables y que arrastran experiencias terriblemente duras, siendo expulsadas en contra de su voluntad a Marruecos donde su situación es muy complicada sobre todo en las zonas cercanas a la frontera"<sup>10</sup>).

En definitiva, constada la importancia de lo que la DA 10 de la LO 4/2000 niega –un procedimiento de expulsión individualizado– y teniendo en cuenta la situación que de hecho se produce en la STEDH, queda patente la enorme dificultad de que el control judicial y la normativa sobre el derecho de asilo que el TC presupone que acompañan a las devoluciones en caliente, puedan efectivamente aplicarse.

---

## FOOTNOTES


---

•

El presente artículo se encuadra dentro del Proyecto de I+D+i "Exclusión social y sistema penal y penitenciario: Análisis y propuestas acerca de tres realidades (Inmigración y refugio, Enfermedad mental y prisión)". PID2019-105778RB-I00

---

1

Es necesario tener en cuenta que la  [STC 17/2013, de 31 de enero](#) (RTC 2013, 17), declaró inconstitucional y nulo el último inciso del apartado 7.

---

2

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., "Las devoluciones en caliente tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)", *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, abril 2020, pp.62-63.

---

3

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2020, p.64 destaca la importancia de este aspecto. Así, "con independencia de que la actividad de los agentes de la Guardia Civil tuviera lugar en zona de soberanía española o fuera de ella, lo relevante desde la perspectiva de la normatividad a aplicar es que lo hacen en calidad de funcionarios públicos y en el ejercicio de sus funciones, quedando sometidos al estricto cumplimiento del derecho nacional, regional e internacional de los derechos humanos, que es de aplicación en España (§§ 105-111 de la STEDH), con lo que queda desactivado definitivamente el concepto operativo de frontera".

---

4

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), "Análisis de la Sentencia N.D. y N.T. contra España, de 13 de febrero de 2020", pp.3-4, disponible en:

<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf>.

---

5

A pesar de que la sentencia supone un retroceso en la interpretación garantista que el propio TEDH había realizado en ocasiones anteriores, tal y como posteriormente referimos, lo cierto es que ciertas resoluciones previas hacían sospechar que se abría la puerta a una interpretación más restringida de la aplicación del número 4 del Protocolo 4. Así, como señala CEAR, p.4, "el TEDH únicamente ha condenado por expulsiones colectivas en seis ocasiones: Conka c. Bélgica, Hirsi Jamma c. Italia, Georgia c. Rusia, Sharifi y otros c. Italia y Grecia Shioshvili y otros c. Rusia, Berdzenishvili y otros c. Rusia". Sin embargo, la resolución que comentamos escapa de cualquier previsión, al consolidar un régimen de expulsión que en otras ocasiones se discutía.

---

6

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2020, p.67.

---

7

CEAR, p.5.

---

8

Como apunta CEAR, pp.5-6: "Las opciones de que se conceda el asilo en una Embajada o Consulado son mínimas, el [artículo 38](#) de la [Ley de Asilo](#), que regula esta opción, no está activado. Así, según el Ministerio de Interior, durante el año 2018, solo un 0,67% de las solicitudes de asilo fueron presentadas en representaciones diplomáticas españolas únicamente en la modalidad de extensión familiar. Por otro lado, las opciones de conseguir un visado de trabajo para alguien procedente de un país de África subsahariana son mínimas por no decir imposibles. En los consulados o Embajada de Marruecos tampoco existe esta opción y además las personas subsaharianas en este país sufren una continua persecución y discriminación por parte de las autoridades alauíes. Por otro lado, en cuanto a la vía del reasentamiento, las cifras a las que se compromete el Gobierno no incluyen a día de hoy a personas de las nacionalidades de los demandantes. Tampoco existe una opción de acudir a esta vía desde Marruecos o desde los países

límites a Malí o Costa de Marfil. Tampoco es realista pensar que los demandantes podrían haber accedido a las oficinas de asilo en frontera (par. 220 STEDH), que además se encuentran en territorio español y que no estaban abiertas en el momento de producirse los hechos (par. 152 STEDH). Uno de los problemas a los que se enfrenta la población subsahariana en Marruecos es la imposibilidad material de salir del país. No se ha registrado ninguna solicitud de asilo de personas de origen subsahariano en estas oficinas tras su puesta en marcha, salvo contadas excepciones (probablemente por personas que hayan entrado camuflándose entre la gente o en coches, jugándose la vida también). La situación de violencia indiscriminada que sufren las personas africanas en Marruecos es sobradamente conocida y queda perfectamente documentada en el caso que estamos analizando, con los informes aportados y las declaraciones de las terceras partes. Además, España y la UE llevan colaborando con Marruecos desde hace más de una década en materia migratoria y el país vecino se ha convertido en un socio clave en materia de externalización de fronteras." En el mismo sentido, sobre la imposibilidad real de lo que plantea la Gran Sala, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2020, pp. 65-66.

---

9

CEAR, p.1.

---

10

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2020, p.68.