

Las «devoluciones en caliente» tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (*N.T. y N.D. vs España*)*

Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA

I. Antecedentes

Con la expresión “devoluciones en caliente” se alude a la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad consistente en detención de ciudadanos extranjeros ya en territorio nacional o intentando acceder a él y su entrega sumaria, utilizando el poder compulsivo del Estado, a las autoridades marroquíes sin ningún tipo de procedimiento, sin identificar a la persona, sin dar trámite de audiencia, sin asistencia letrada y sin posibilidad de control judicial. La modalidad más conocida, pero no la única, es la de personas interceptadas tras saltar las vallas fronterizas que separan Ceuta y Melilla del Reino de Marruecos¹.

* Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)]. Desde este proyecto se promovieron dos informes jurídicos sobre el tema, elaborados por académicos expertos en diferentes disciplinas jurídicas. En ellos se analizan detenidamente las variadas cuestiones que se apuntan en este epígrafe. Estos informes son: Martínez Escamilla et al.: “*Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley*”, 2014, accesible en <https://eprints.ucm.es/25993/>, y: Martínez Escamilla et al.: “*Rechazos en frontera: ¿frontera sin derechos?*”, 2015, accesible en <https://eprints.ucm.es/29379/>

Al tiempo de la elaboración de este artículo Sentencia analizada no había sido traducida al español por los servicios jurídicos del Estado, por lo que se ha manejado una traducción propia.

1 Sobre otras modalidades de “devoluciones en caliente”, con referencias a casos concretos, vid. Martínez Escamilla M. y Sánchez Tomás, J.M.: “Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas ‘de-

Estas entregas sumarias vienen de lejos. Ya en 2005 el Defensor del Pueblo, en su *Informe Anual*, advertía de su ilegalidad², evidente a la luz de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) y del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (RLOEx). Estas prácticas no respondían a ninguno de los procedimientos previstos en esta normativa: la denegación de entrada, la expulsión y la devolución. De la lectura del art. 58.3.b) LOEx y del art. 23 RLOEx se deducía con claridad que las personas interceptadas en las fronteras o sus inmediaciones debían ser conducidas a comisaría para que les fuera aplicado el procedimiento de devolución. Sin embargo, en Ceuta y Melilla ha existido durante años una contumaz voluntad de no aplicar los procedimientos legales de extranjería a las personas interceptadas en su intento de acceder de forma irregular.

Los sucesos de Tarajal de 6 de febrero de 2014, en el que murieron al menos 14

voluciones en caliente”, en Maqueda Abreu, Martín Lorenzo y Ventura Püschel (coords.), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1081-1103. Este artículo es accesible también a través de internet en: <https://eprints.ucm.es/28256/>

2 Defensor del Pueblo, *Informe 2005*, 2006, p. 265.

personas, reavivaron la polémica al verse las imágenes de migrantes que eran devueltos sumariamente tras alcanzar la playa ceutí. Ante la imposibilidad de seguir negando estas prácticas, los responsables políticos trataron de justificarlas acudiendo a un “concepto operativo de frontera”, que permitiera negar que las personas interceptadas hubieran accedido a territorio español, concepto que nunca resultó jurídicamente asumible.

Esta huida hacia adelante culminó con el intento de dotar de cobertura legal a estas prácticas a través de la introducción en LOEx de la figura de los “rechazos en frontera”, consagrando un régimen especial para Ceuta y Melilla (disposición adicional décima), si bien desde muy diferentes instancias se advirtió que difícilmente podía legalizarse lo que es contrario a la Constitución y a la normativa comunitaria e internacional. La nueva regulación entró en vigor el 1 de abril de 2015 y fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, pendiente de resolución al tiempo de redactar este artículo y al que me referiré en el último epígrafe³. Bajo la rúbrica “Régimen especial de Ceuta y Melilla”, el tenor literal de la disposición adicional décima es el 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.

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”.

Diversos intentos de llevar las “devoluciones en caliente” ante los tribunales españoles resultaron infructuosos⁴, lo que determinó que estas prácticas llegaran ante el TEDH. La STEDH (Sala 3ª) de 3 de octubre de 2017 (*as. N.D. y N.T. c España*), condenó por unanimidad a España al considerar que estas actuaciones suponían la violación de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4 del Protocolo 4 del CEDH) y del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH).

Resumidamente, 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 circunstan-

3 Ciento catorce diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; IU, IPC-EUiA, CHA: la Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; y Mixto interpusieron un recurso de inconstitucionalidad (RI 2896/2015) contra la aprobación de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, incluyendo la figura del rechazo en frontera.

4 Sobre los diversos intentos, vid. Martínez Escamilla y Sánchez Tomás: “La vulneración de derechos en la frontera sur: de las ‘devoluciones en caliente’ al rechazo en frontera”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, pp. 28-39, pp. 35 y ss.

cias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos⁵.

El Tribunal recordaba al Gobierno que, desde el momento que las personas migrantes están bajo el poder de las autoridades españolas, estas deben respetar las garantías y derechos del Convenio (§ 54), con lo que desmonta el “concepto operativo de frontera” manejado para intentar justificar estas prácticas. A partir aquí, el razonamiento de la Salta Tercera consiste en la aplicación de la jurisprudencia sobre la prohibición de expulsiones colectivas. El TEDH se limita a una mínima constatación de la realidad de cómo se desarrollaban estas prácticas. Así, se afirma, por un lado, que “en ausencia de todo examen de las circunstancias individuales de los demandantes, al no haber sido estos, objeto de ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas [...] el TEDH estima que el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas” (§107); y, por otro, que “los demandantes han sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas y que no han tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión. Hay, en este caso, un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio” (§ 120).

5 Resumen tomado de Sánchez Tomás, J.M.: “Las ‘devoluciones en caliente’ en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: (STEDH, as. N.D. y N.T. vs. España, de 03.10.2017)”, en *Revista española de derecho europeo*, nº 65, 101-135. Este artículo ofrece un exhaustivo análisis de dicha sentencia.

Frente a esta resolución el Estado español hizo una solicitud de remisión a la Gran Sala (art. 43.1 CEDH), que fue resuelta por la Sentencia de 13 de febrero de 2020, cuyo contenido más relevante se analiza a continuación.

II. Contenido

Contra todo pronóstico, la Gran Sala, en Sentencia de 13 de febrero de 2020 consideró que los demandantes fueron devueltos sumariamente, pero sin vulneración ni del art. 13 del CEDH, ni de la prohibición de expulsiones colectivas del art. 4 del Protocolo 4^o ⁶. La resolución ha causado un gran impacto, dando lugar al rechazo de entidades sociales y juristas, y se ha dicho de ella que respalda un endurecimiento de la política migratoria en la Unión Europea a costa de los derechos humanos⁷. Por su trascendencia⁸, cabría esperar que el fallo estuviera sólidamente fundamentado, pero no es el caso.

En este epígrafe me detendré en el análisis de los argumentos en los que la Gran Sala fundamenta la desestimación. Pero antes, tan solo apuntar que, aunque la sentencia supone un gran retroceso, no hace tabla rasa de la anterior jurisprudencia del TEDH sobre la prohibición de expul-

6 La Sentencia cuenta con dos votos particulares, que no discrepan del fallo, sino que se limitan a introducir matizaciones sobre los argumentos expuestos.

7 Muy dura, por ejemplo, la valoración que Sami Nair, quien considera que la sentencia “es emblemática tanto porque supone una drástica ruptura de su corriente garantista de estos últimos años, como por plegarse a las actitudes de los Gobiernos enfrentados a la demanda migratoria en un contexto siempre creciente de estigma de la inmigración” (“Decisión peligrosa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *El País*, 17.02.2020).

8 La relevancia del asunto queda acreditada por el hecho de que el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ejerciera su derecho a tomar parte en el procedimiento, compareciendo como terceras partes ACNUR, ACNUDH, CEAR, entre otras organizaciones y entidades de derechos humanos. También intervinieron como terceras partes el Gobierno italiano, belga y francés.

siones colectivas, sino que conserva y con ello consolida algunos elementos doctrinales de gran importancia. Entre ellos un concepto de jurisdicción en el que, 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), con lo que queda desactivado definitivamente el “concepto operativo de frontera”. En relación con esta idea, la Sala mantiene con un concepto amplio de “expulsión”, en el que lo determinante no es desde dónde se practique, sino que las personas afectadas se encuentren bajo la jurisdicción del Estado y una noción de “colectivas” definido en función de si la expulsión ha estado o no precedida de un examen individualizado del caso⁹.

A continuación, me detendré en los argumentos en los que la Gran Sala fundamenta la desestimación, que son básicamente dos: la constatación de la existencia de vías legales y efectivas para acceder a territorio y la atribución del no examen individualizado a la propia conducta del demandado.

1. “La existencia de vías legales y efectivas de acceso. Los datos y su interpretación

1.1. *La posibilidad de pedir asilo en el puesto fronterizo de Beni Enzar*

El fallo desestimatorio tiene como premisa la siguiente afirmación: “el derecho español ofrecía a los demandantes varias maneras posibles de solicitar un visado o solicitar protección internacional, en particular en el punto de cruce de la frontera de Beni Enzar, pero también en las representaciones diplomáticas o consultares de España en los países de origen o de tránsito o incluso en Marruecos” (§ 212).

Esta afirmación causó incredulidad por ser un hecho notorio las graves dificultades que tienen las personas migrantes, especialmente si son subsaharianas, para acceder a la parte española del puesto fronterizo de Beni Enzar. Esto implica tener que traspasar previamente el control migratorio desarrollado por la policía marroquí, cuya misión por otra parte es mantener a estas personas alejadas de la frontera.

Para sustentar la anterior afirmación, la Sentencia maneja unos datos –proporcionados por el Estado español– que, lejos de resultar concluyentes, apuntarían la conclusión contraria, es decir, la dificultad de solicitar asilo en frontera. Incluso reconoce la Gran Sala que, al tiempo de los hechos, todavía no funcionaba la oficina de asilo del puesto fronterizo, apertura que tuvo lugar el 1 de septiembre de 2014. Sin embargo, “el Tribunal no tiene razón para dudar de que antes incluso de la apertura de la oficina de asilo en Beni Enzar, había no solo la obligación de aceptar las solicitudes de asilo en el puesto fronterizo sino también la posibilidad de aceptar dichas solicitudes” (§ 214). Como prueba de ello esgrime que –siempre según los datos aportados por el Estado demandado–, en-

9 Sobre estos conceptos, vid. entre otros, Bollo Arocena: *Expulsión de extranjeros, Derecho internacional y Derecho europeo*, Ed. Aranzadi, 2016, pp. 55 y ss. Vid. También, *Guide on Article 4 of Protocol N° 4 of the European Convention on Human Rights*, Consejo de Europa, 29.02.2020, disponible en internet.

tre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2014 se habrían presentado en Melilla, a través del puesto fronterizo, seis solicitudes de asilo de personas procedentes de África¹⁰. Y continúa, pretendidamente en apoyo de la existencia de vías legales y efectivas, que “ni una sola solicitud de asilo de personas del África subsahariana fue presentada en Beni Enzar entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2014 o durante todo el 2015, mientras que solo dos de dichas solicitudes fueron presentadas en 2016 y una en 2017” (§216).

En resumen, en uno de los pasos fronterizos más transitados de África, en una de las rutas migratorias más importantes, el que desde 2014 hasta finales de 2017 se presentarán un total de nueve solicitudes de asilo de personas africanas en el puesto de Beni Enzar, demostraría a juicio de la Gran Sala que el acceso al procedimiento de asilo en frontera es una posibilidad real y accesible también para personas del perfil de los demandantes. Con tales indicios, mantener que el Estado español proveía genuino y efectivo acceso a este puesto fronterizo (§217), parece algo más, incluso, que ignorancia deliberada.

1.2. *Solicitudes de asilo en embajadas y consulados*

Aunque la Gran Sala considera concluyente la argumentación anterior, añade que “los demandantes también tenían acceso a las embajadas y consulados españoles donde, según el derecho español,

¹⁰ Estas seis solicitudes habrían sido de personas procedentes de Argelia, Burkina Faso, Camerún, Congo, Costa de Marfil y Somalia (§ 213). Hubiera sido interesante saber si estas personas efectivamente llegaron al puesto fronterizo desde Marruecos y la forma de acceso. Se ha denunciado que las personas de fenotipo parecido al marroquí, como puede suceder con las de origen sirio o yemení, para acceder a la parte española de Beni Enzar han de pagar relevantes cantidades de dinero a la policía marroquí.

cualquiera puede presentar una solicitud de protección internacional” (§ 222).

También esta afirmación dejó perplejas a entidades sociales y especialistas en derecho de asilo. “Durante 25 años España permitió que se formalizasen solicitudes de asilo en embajadas y consulados. Esta vía legal fue cerrada *de facto* con la entrada en vigor de la Ley 12/2009, 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Ocho años después, en el marco de la mayor crisis de refugiados en Europa desde la Segunda Guerra Mundial, es necesario construir una propuesta que vuelva a habilitar una vía de acceso legal y segura para que los refugiados no tengan que recurrir a las mafias y traficantes para poder cruzar el Mediterráneo y encontrar protección en Europa”. Estas palabras de Fernández Burgueño¹¹, reflejarían la percepción de juristas y entidades sociales acerca de la imposibilidad de pedir asilo en embajada.

La Gran Sala asume nuevamente los argumentos del Estado español, centrados en el Capítulo V de la Ley de Asilo, que bajo el título “Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados” contiene un único artículo que, ni se refiere al acceso al procedimiento de asilo, ni se ha desarrollado, ni tampoco parece que esté siendo aplicado¹².

¹¹ Fernández Burgueño, B: “Solicitudes de asilo patrocinadas presentadas en embajadas y consulados: un modelo basado en la experiencia española y en el programa canadiense de «private sponsorship»”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 35, 2018, p. 1.

¹² El tenor del art. 38 de la Ley de Asilo es el siguiente: “Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley. El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el

Sin tener en cuenta las advertencias de organismos y entidades que en apoyo de los demandantes actuaron como terceras partes, acerca de que el art. 38 no se estaría aplicando, la Sala reproduce las explicaciones del Gobierno español: a falta del necesario reglamento de desarrollo de la Ley de Asilo, estaría vigente el reglamento de la Ley anterior y una Circular de 20 de noviembre de 2009, que incluiría alguna instrucción a los embajadores sobre la aplicación del art. 38 (§ 224).

La Sentencia reproduce además en sus fundamentos las cifras aportadas por el gobierno según las cuales en 2014 se habrían presentado 346 solicitudes de asilo en embajadas españolas y consulados. Pero esta afirmación no es correcta pues dichas cifras no son auténticas solicitudes de asilo, sino “extensiones de solicitud familiar”, es decir, un mecanismo que permite que los familiares más cercanos de quien ya ha obtenido el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria en España, puedan acceder al procedimiento de asilo a través de las embajadas¹³.

La Gran Sala incluso da por hecha la posibilidad que los demandantes habrían tenido de acercarse al Consulado de Nador, a pocos kilómetros del bosque donde vivían y donde tendrían acceso al procedimiento de protección internacional. Quizá hubiera sido pertinente que la Sala, antes de asumir esa “realidad paralela”, hubiera realizado alguna indagación siquiera mínima, como por ejemplo preguntar el número de genuinas solicitudes de asilo de personas subsaharianas tramitadas en los

últimos años en el Consulado de Nador. Me atrevo a pensar que la respuesta es que ninguna.

2. El “criterio de la propia conducta” y el derecho al procedimiento

Tras la constatación de la (supuesta) existencia de alternativas legales y seguras para acceder a territorio, afirma la Gran Sala que la ausencia de decisiones individualizadas de expulsión puede ser atribuida al hecho de que los solicitantes no hicieron uso de los procedimientos oficiales de entrada existentes, a los que deberían haber acudido para hacer valer derechos de la Convención, por lo que no se habría vulnerado la prohibición de devoluciones colectivas del Artículo 4 del Protocolo 4º (§ 231). “La propia conducta del solicitante es un factor relevante para evaluar la protección que debe otorgarse en virtud del art. 4 del Protocolo 4º” (§ 200).

A pesar del calado de esta afirmación, no viene acompañada de una argumentación consistente. Como apunta Maximilian Pichl¹⁴, la Gran Sala pretende transmitir que en este punto se limita a seguir una línea jurisprudencial consolidada acerca del criterio de la “propia conducta”, pero en realidad no es así y está introduciendo aspectos completamente inéditos¹⁵.

14 Maximilian Pichl: “«Unlawful» may not mean rightless. The shocking Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T.”, en *Verfassungsblog matters of constitutional*, 14-02-2020, disponible en internet.

15 Efectivamente, por lo que he alcanzado a ver, de la jurisprudencia que cita la Gran Sala como antecedente de este criterio, tan sólo dos sentencias lo utilizan como *ratio decidendi*. En la Sentencia de 11 de junio de 2003 (as. *Berisha y Haljiti c. la ex República Yugoslava de Macedonia*) los demandantes eran cónyuges y el TEDH inadmitió su queja argumentando que el que las autoridades hubieran dictado una sola decisión para ambos, como cónyuges, era consecuencia de su propia conducta, pues presentaron conjuntamente la solicitud de asilo, las mismas pruebas y apelaciones conjuntas. Por su parte, en la Sentencia de 1

procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos”.

13 Así consta en los datos oficiales. Vid. *Ministerio del Interior, Asilo en cifras 2014*, Ed. Dirección General de Política Interior, Subdirección General de Asilo, Oficina de Asilo y Refugio, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, 2015, p. 28.

Utiliza además la Gran Sala una narrativa criminalizadora, que culpabiliza a los demandantes. Se consigna en la Sentencia que “de hecho los demandantes se pusieron a sí mismos en peligro, participando en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla el 13 de agosto 2014, sacando ventaja de ser un grupo numeroso y del uso de la fuerza” (§ 231). Aunque la supuesta existencia de vías legales accesibles a los demandantes fue la consideración determinante del fallo, el carácter supuestamente violento de la entrada se apunta como otra posible excepción a la prohibición de expulsiones (§ 201)¹⁶.

La misma idea sirve a la Gran Sala para desestimar la lesión del art. 13 CEDH: “[...] la Sala considera que los demandantes se colocaron en una situación de ilegalidad, intentando entrar en España cruzando la protección fronteriza de Melilla el 13 de agosto de 2014, como parte de un grupo grande y por un punto no autorizado. Ellos, por tanto, eligieron no utilizar los procedimientos legales existentes para entrar en España [...]. En la medida que la Sala entiende que la falta de un procedimiento individualizado para su expulsión fue consecuencia de la propia conducta de los demandantes al intentar entrar en Melilla de forma no autorizada [...], no se puede hacer responsable al Estado demandado por no

facilitar un remedio legal contra dicha expulsión” (§ 242).

Pero aún hay más. Aunque sin especial énfasis, ni ulterior desarrollo, entre los argumentos de la sentencia, se apunta el que podríamos denominar como “falta de lesión material”. Puede leerse: “en cualquier caso, el Tribunal observa que los representantes de los demandantes, ni en sus observaciones escritas, ni durante la audiencia, pudieron indicar el más mínimo hecho concreto o motivo legal que, de conformidad con el derecho internacional o nacional, habría impedido su expulsión si hubieran sido objeto de una decisión individualizada” (§ 230). Es decir, si los demandantes no eran solicitantes de protección internacional, menores de edad o se encontraban en alguna otra situación que pudieran oponer a la expulsión, no se habría lesionado la prohibición de expulsiones colectivas en cuanto la ausencia de un examen individualizado no habría supuesto la lesión de ningún derecho sustantivo.

Esta tesis es una carga de profundidad en el precario estatuto jurídico de las personas migrantes y refugiadas en los espacios frontera. Es cierto que no toda persona que accede a territorio tiene derecho a quedarse, pero sí lo tiene a que su expulsión se verifique a través de un procedimiento en el que poder alegar su situación y defender sus legítimos derechos. Se acepta que constituye un elemento esencial de la soberanía estatal la potestad para decidir quién entra y quién permanece en el territorio. Pero esta potestad tiene unos límites, pues hay situaciones que el Estado se ha obligado a tutelar, como puede ser el caso, pero no exclusivo, de los menores de edad no acompañados, de los posibles solicitantes de asilo o de protección internacional, amén del respeto al principio de no devolución. Efectivamente, el procedimiento sirve para poder detectar estas

de febrero de 2011 (*as. Dritsas y otros c. Italia*), se declaró la inadmisibilidad de la demanda pues los demandantes, ciudadanos griegos que habían llegado a Italia con el fin de asistir a las manifestaciones contra la cumbre del G8, aunque inicialmente mostraron sus documentos de identidad a la policía no lo hicieron cuando posteriormente fueron requeridos a los efectos de emitir las órdenes de expulsión, por lo que la no individualización de las órdenes no sería atribuible al Estado demandado.

¹⁶ El ministro del interior, el Sr. Grande-Marlaska, precisamente acentuó esta idea tras la publicación de la Sentencia. Vid. *Eldiario.es*: “Marlaska, sobre el fallo de las devoluciones en caliente: «La violencia de los migrantes es un límite a sus derechos fundamentales»” (17.02.2020).

situaciones y protegerlas. Ahora bien, de este carácter instrumental no puede deducirse –como parece apuntar la Gran Sala– que solo tenga derecho al procedimiento –articulado en la jurisprudencia del TEDH a través de la prohibición de expulsiones colectivas y del derecho a un recurso efectivo– la persona extranjera que no ha tenido acceso a vías legales o quien, de haber tenido un trámite de audiencia, hubiera podido oponer alguna excepción frente a la expulsión.

Como señala Maximilian Pichl, esta forma de entender la prohibición de devoluciones colectivas por la Sentencia analizada, carece de sentido: “el art. 4 del Protocolo 4º de ahora en adelante solo proporcionará protección si no había una alternativa a una entrada irregular, lo que nunca puede verificarse ya que la persona expulsada no tiene, en ausencia de un procedimiento individual, ninguna posibilidad de explicarse”¹⁷. Efectivamente, la Sentencia parece desconocer la importancia del procedimiento en sí mismo considerado como garantía de derechos, como mecanismo preventivo de protección: ¿cómo proteger los derechos si no hay posibilidad de alegarlos? La única forma de proteger los derechos sustantivos de las personas migrantes y refugiadas es entendiendo la importancia de un procedimiento donde las personas interceptadas tengan la oportunidad de hacer valer sus derechos y declarando la vía de hecho –en cualquier caso– contraria, en el marco del Convenio, a la prohibición de expulsiones colectivas y al derecho a un recurso efectivo.

Por otra parte, 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 Administra-

ción 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 frontera¹⁸. En estas circunstancias, la Gran Sala niega a las personas algo tan humano como es la palabra, el derecho a hablar, a ser escuchado, a defenderse, en definitiva: el derecho al procedimiento. La Gran Sala ahonda con ello en la deshumanización de las personas migrantes, que de cara al CEDH parecen ser de peor condición que quienes han cometido un delito, pues nadie se plantea suprimir los derechos procesales de los presuntos delincuentes¹⁹.

Hay dos demandas individuales más ante el TEDH contra el Reino de España por “devoluciones en caliente” pendientes de resolución: los asuntos *Doumbe Nnabuchi c. España* –núm. 19420/15– y

18 Se aconseja ver el video “Redada”, de José Palazón Osma. Aunque las imágenes son de hace algunos años, las “devoluciones en caliente” siguen produciéndose en la actualidad y estas escenas de violencia son susceptibles de repetirse. Disponible en: <https://vimeo.com/104342756>

19 Se ha puesto de manifiesto cómo la lógica de la “conducta culpable” podría conducir a negar los derechos procesales en el ámbito de la justicia penal. Vid. De Lucas, Javier: “El Derecho contra los derechos”, en el diario *Levante*, 18.02.2020.

17 Op. cit. Maximilian Pichl.

Balde y Abel c. España –núm. 20351/17. Tendremos, pues, ocasión de comprobar si el TEDH consolida o rectifica la restrictiva doctrina sentada en esta sentencia.

III. Alcance y perspectivas

Una vez repuestos de la conmoción inicial que ha supuesto esta Sentencia, procede una reflexión si quiera breve sobre su alcance, que quizá en un primer momento se haya exagerado.

1. El CEDH como una protección de mínimos

Hay que recordar que el CEDH, en la interpretación ofrecida por el TEDH, constituye una protección de mínimos. Su art. 53 establece que ninguna de sus disposiciones se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Estado firmante del Convenio o en cualquier otro Convenio en el que sea parte. Nuestro derecho interno, nuestra Constitución, el derecho comunitario y el resto del derecho regional o internacional de los derechos humanos pueden contener mayores garantías respecto a los derechos implicados en las “devoluciones en caliente”, que la interpretación que de la prohibición de devoluciones colectivas y del derecho al recurso ha hecho la Gran Sala.

La propia CE da entrada a la exigencia de una interpretación de las normas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE). Entre estos, permítaseme una especial mención a la Convención de Derechos del Niño, pues buena parte de quienes intentan acceder de forma irregular a Ceuta o

Melilla son menores de edad no acompañados, adolescentes, infancia migrante destinataria de un sistema de protección que parte de su vulnerabilidad y consagra la necesidad de una protección especial y de atender al interés superior del menor. Estas obligaciones de protección claramente se vulneran con las “devoluciones en caliente”.

Así lo consideró de forma inequívoca el Comité de los Derechos del Niño, en su dictamen de 1 de febrero de 2010 (*asunto D.D. contra España*). El autor de la comunicación era un niño no acompañado procedente de Mali, de quince años que el día 2 de diciembre de 2014 consiguió encaramarse a la última valla de Melilla y, tras pasar varias horas, al descender fue detenido, esposado y directamente devuelto de forma sumaria a Marruecos por la Guardia Civil, sin que su situación se hubiera sometido a evaluación, ni prestado asistencia de ningún tipo (§ 14.5). En un intento anterior habría sido golpeado por las Fuerzas Auxiliares marroquíes, que le habrían roto los dientes frontales.

Recomiendo la lectura de este dictamen. El Comité concluye que la actuación del Estado vulneró el art. 3 –que consagra el criterio del interés superior del menor– y el art. 20 del Convenio –según el cual, los niños privados de su medio familiar tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado–. También se habría vulnerado el art. 37 –que obliga a los Estados a velar para que ningún niño sea sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes–, no solo porque el menor fue entregado sin una evaluación a la luz del principio de no devolución, sino también por el propio trato dispensado por las autoridades españolas, pues “la forma en que se llevó a cabo la deportación del autor, en condición de niño no acompañado privado de su medio familiar, en un

contexto de migración internacional, habiendo sido detenido y esposado, sin haber sido escuchado, recibido asistencia legal o de un intérprete o tenido en cuenta sus necesidades, constituye tratos prohibidos por el art. 37 de la Convención” (§ 14.9). Como consecuencia de las vulneraciones, se concluye que Estado debe proporcionar al autor una reparación adecuada y que “el Estado parte tiene asimismo la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en un futuro, por lo que debe de revisar la disposición adicional décima de la Ley de Extranjería” (§ 15).

2. La denunciada inconstitucionalidad de la disposición adicional décima de la LOEx

Al tiempo que se redacta este artículo, el Tribunal Constitucional está deliberando sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados de diversos grupos parlamentarios contra varios artículos de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, entre los que está la disposición final primera que modificó la LOEx introduciendo un régimen especial para Ceuta y Melilla (disposición adicional décima).

Evidentemente, la Sentencia de la Gran Sala en el asunto N.T. y N.D. no puede condicionar el fallo del TC. No sólo por los diferentes parámetros de enjuiciamiento, sino también porque, como se ha apuntado²⁰, mientras el TEDH enjuiciaba dos casos concretos, el Tribunal Constitucional ha de enjuiciar una norma: la disposición adicional décima de la LOEx²¹.

20 García Vitoria, I: “El TC no está obligado a permitir las «devoluciones en caliente»”, *Agenda Pública*, 17.02.2020.

21 Los argumentos en que se fundamenta la impugnación son por un lado la vulneración del art. 23.2 CE

Con la disposición adicional décima se produce un extraño efecto. Al igual que ocurría con el gobierno del Partido Popular, el Ministerio del interior del gobierno de coalición sigue invocando esta disposición como cobertura legal de las devoluciones sumarias²², que se siguen produciendo. Del otro lado, quienes sostenemos que las devoluciones sumarias siguen siendo radicalmente ilegales también a la luz de la disposición adicional décima, que exige que estos rechazos se realicen “respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte”.

No me atrevo a pronosticar cuál será el fallo del TC. Cabe la posibilidad de que entienda que, en lo que afecta a los derechos humanos, la disposición adicional décima no es contraria a la Constitución, al contener en su apartado segundo una cláusula genérica de salvaguarda. Quizá se limite a dictar una sentencia interpretativa o a poner de manifiesto la necesidad de un reglamento que concrete el procedimiento donde hacer valer los derechos.

Espero que no sea así y que esta disposición se declare inconstitucional. La supuesta salvaguarda de derechos de su apartado segundo es un brindis al sol. El que las fuerzas y cuerpos de seguridad puedan actuar por la vía de hecho, al margen de cualquier procedimiento, supone

porque esa disposición fue introducida por la vía de enmienda sin conexión alguna con el Proyecto de Ley en que se incluyó; y, por instituirse un nuevo régimen de devolución sin regular su procedimiento ni establecer una garantía de revisión judicial, lo que supone consagrar una verdadera vía de hecho.

22 El secretario de Estado de Seguridad, Rafael Pérez, defendió recientemente que las “devoluciones en caliente” están amparadas por la ley y que las fuerzas de seguridad actúan correctamente al ejecutarlas. “Mientras no se modifique la normativa aplicable” –en referencia a la Ley de Seguridad Ciudadana de 2015–, “el proceder de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad será el mismo porque ha sido correcto y tendrá que seguir siendo igual”, afirmó (*El País*, 26.02.2020).

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 (art. 9.1 de la CE) y el sometimiento pleno a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico

(arts. 9.3 y 103 CE), así como la posibilidad de control judicial de su actuación (art. 106.1 CE). Las “devoluciones en caliente” son expresión de la máxima arbitrariedad del poder y nos retrotraen a actuaciones previas a la comprensión contemporánea de los derechos humanos.



Acampada en la carretera. Dorothea Lange. 1935