

EL DERECHO CONTRA LOS DERECHOS. UN COMENTARIO A LA SENTENCIA *N.D.*  
*Y N.T. CONTRA ESPAÑA* DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

THE LAW AGAINST THE RIGHTS. A COMMENT ON THE JUDGEMENT *N.D.*  
*AND N.T. VS. SPAIN* OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

*Javier de Lucas*

*Catedrático de Filosofía del Derecho*

*Instituto Universitario de Derechos humanos*

*Universitat de València (España)*

RESUMEN

El artículo lleva a cabo un análisis de la sentencia *Caso N.D. y N.T. contra España* dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 13 de febrero de 2020. Resolución en la que el tribunal juzga si la expulsión de dos ciudadanos, uno nacional de Malí y el segundo de Costa de Marfil es conforme con el Convenio Europeo de Derechos humanos. El texto examina críticamente tanto la apreciación de los hechos en los que se apoya la Sentencia que pueden ser calificados, como la coherencia de los fundamentos jurídicos en relación con normas básicas del Derecho internacional de los derechos humanos, y en particular con lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de refugiados, así como categorías jurídicas básicas: frontera, expulsión, principio de no devolución. Desde ahí, se valoran los límites que esta decisión autoriza al ejercicio del derecho de los no nacionales a la búsqueda de protección internacional a través de procedimientos de evaluación correctos e individualizados.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, frontera, expulsiones, principio de no devolución.

ABSTRACT

This article carries out an analysis of the Case *N.D. and N.T. vs. Spain*, issued by the European Court of Human Rights on 13 February 2020. In this resolution, the court examines whether the expulsion of two citizens, one a Malian national and the other an Ivorian national, is in conformity with the European Convention on Human Rights. The text critically examines both the assessment of the facts on which the judgment is based to be qualified, and the consistency of the legal bases with some basic rules of International Human Rights law, in particular regarding some provisions of the Geneva Convention of 28 July 1951 relating to the Status of Refugees, as well as the following basic legal categories: border, expulsion, principle of non-refoulement. From there, the limits that this decision authorises to the exercise of the right of non-nationals to seek international protection through correct and individualised assessment procedures are examined.

KEY WORDS

European Court of Human Rights, border, expulsions, principle of non-refoulement.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2020.005](https://doi.org/10.36151/td.2020.005)

# EL DERECHO CONTRA LOS DERECHOS. UN COMENTARIO A LA SENTENCIA *N.D. Y N.T.* *CONTRA ESPAÑA* DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS\*

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Instituto Universitario de Derechos humanos  
Universitat de València (España)

**Sumario:** 1. Los antecedentes de la STEDH de 13 de febrero de 2020. 2. Tres argumentos para la discusión. 2.1. Rechazo en frontera o expulsión del territorio de soberanía propia. Sobre el polémico «concepto operativo» de frontera. 2.2. Sobre el argumento de que, quien se comporta ilegalmente no puede beneficiarse de la cobertura legal que ofrece el CEDH y sobre la existencia de vías legales para ingresar en territorio de soberanía española en África. 2.3. Sobre la práctica en sí de las denominadas «devoluciones en caliente». 3. Algunas conclusiones acerca del impacto de la STEDH de 13 de febrero de 2020 en el modelo de política migratoria y de asilo. 3.1. Primera. 3.2. Segunda. 3.3. Tercera. 3.4. Cuarta. Notas. Bibliografía.

## 1. LOS ANTECEDENTES DE LA STEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2020

El 13 de febrero de 2020 se hizo pública la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictada en el caso *N.D. y N.T. vs. España*<sup>1</sup>. En esa

\* Quiero agradecer a Paloma Favieres, directora del servicio jurídico de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado toda la información que me ha facilitado desde el inicio del caso *N.D. y N.T. contra España*, en el que CEAR ha desempeñado un papel muy destacado y, sobre todo, la posibilidad de discutir con ella los argumentos jurídicos en liza con una generosidad y paciencia que son, creo, prueba de amistad.

Sentencia se examinó el recurso presentado por el Gobierno español contra la Sentencia de la Sala 3ª del propio TEDH, de fecha 3 de octubre de 2017<sup>2</sup>, que falló contra España en el recurso presentado por N.D. y N.T. Hagamos, en primer lugar, un resumen sucinto de los hechos que dieron lugar a los recursos presentados ante el TEDH y, a su vez, de las STEDH objeto de este comentario.

El 13 de agosto de 2014, N.D. y N.T., ciudadanos nacionales de Mali y Costa de Marfil, franquearon la frontera vallada de Marruecos con la ciudad autónoma de Melilla. La frontera es un entramado de tres vallas alambradas que dispone de concertinas puntiagudas, sirga tridimensional e instalaciones de videovigilancia. Ambos ciudadanos saltaron la última valla que separa el territorio español (concretamente, la ciudad autónoma de Melilla) del de Marruecos, y entraron, por tanto, de forma *ilegal* en territorio de soberanía española. Ambos fueron enviados inmediatamente de vuelta por las autoridades españolas a territorio marroquí. Es decir, fueron objeto de la práctica de expulsión conocida popularmente como «devoluciones en caliente». Como es sabido, se trata de una práctica supuestamente legalizada por la Disposición final primera de la LO 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana, titulada «Régimen especial de Ceuta y Melilla». La aprobación la LO 4/2015 —y, concretamente, de la Disposición final primera a la que se ha hecho referencia— motivó la adición de una Disposición adicional —la décima— a la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>3</sup>.

El Gobierno español alegó que no se trataba propiamente de una *expulsión*, sino de un *rechazo* en frontera (recurriendo al denominado y altamente polémico «concepto operativo de frontera») y que, por tanto, no se habría producido la entrada en territorio español. Los representantes legales de los demandantes N.D. y N.T. alegaron que se trataba de una expulsión colectiva prohibida por el artículo 4 del protocolo 4º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y que se había denegado su derecho a un recurso efectivo en su defensa garantizado por el artículo 13 del mismo Convenio. Adicionalmente, el CEAR (una de las ONG que presentaron la demanda contra España en defensa de N.D. y N.T.) argumentó que la práctica de las autoridades españolas suponía una violación del principio de *non-refoulement* consagrado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de refugiados, dado que se había impedido la identificación de personas necesitadas de protección internacional y el acceso a las mismas al procedimiento de asilo. La STEDH admite expresamente que el principio de *non-refoulement* no puede ser objeto de desconocimiento o infracción en ningún caso.

La Sentencia, adoptada por unanimidad, supone un giro de 180 grados respecto a la Sentencia recurrida de la Sección 3ª del mismo Tribunal, aunque, en puridad, no afronta suficientemente la muy polémica noción de «devoluciones en caliente». La Sentencia declara que España no vulneró la prohibición de expulsiones colectivas del artículo 4 del Protocolo 4º del CEDH ni el derecho a un recurso efectivo garantizado por el artículo 13 CEDH. El argumento clave que justifica este giro en la decisión del Tribunal es que el Gobierno español no tiene responsabilidad alguna en la decisión, porque es la propia conducta «ilegal» de los demandantes —que no recurrieron a las «vías legales» que tenían a su disposición para entrar en España— la causante de los hechos (parágrafo 155 STEDH).

Concretamente, el paso fronterizo de Beni Ensar, situado entre las ciudades de Melilla (España) y Beni Ensar (Marruecos), habilitado como paso de entrada legal entre ambos países. Se da la circunstancia, no solo alegada, sino estadísticamente comprobada, de que la entrada de personas subsaharianas por ese paso fronterizo es igual a cero<sup>4</sup>.

## 2. TRES ARGUMENTOS PARA LA DISCUSIÓN

### 2.1. RECHAZO EN FRONTERA O EXPULSIÓN DEL TERRITORIO DE SOBERANÍA PROPIA. SOBRE EL POLÉMICO «CONCEPTO OPERATIVO» DE FRONTERA

La STEDH de la Gran Sala confirmó lo que ya había sostenido la Sentencia de su Sección 3ª<sup>5</sup>, esto es, que las actuaciones del Gobierno español supusieron un acto de expulsión de N.D. y N.T. de forma colectiva y sumaria tras haber saltado la valla de Melilla: esas actuaciones tuvieron lugar bajo control efectivo de las autoridades españolas y, por lo tanto, *bajo jurisdicción española*.

Ello desvirtúa el alegato del Gobierno español, que negaba esa circunstancia recurriendo al denominado «concepto operativo de frontera», según el cual los demandantes no habían llegado a territorio español en sentido estricto, pues fueron apresados en la valla que marca la frontera y, por tanto, los hechos constituían un rechazo del intento de entrar y no de una expulsión. La representación legal del Gobierno español sostuvo que, dado que no se había tratado de un expulsión, no procedía entrar a considerar su eventual carácter no individual ni los requisitos de procedimiento que han de concurrir en un acto de expulsión en garantía de derechos fundamentales.

La Sentencia es inequívoca sobre este particular: «[...] no se discute que los hechos en cuestión tuvieron lugar en territorio español» (par. 104), y añade, reafirmando jurisprudencia reiterada, que bajo ningún concepto cabe admitir que haya excepciones a esa jurisdicción en determinadas partes del territorio, que quedarían excluidas de la aplicación del CEDH (par. 105-111)<sup>6</sup>. Por otra parte, eso deja sin apoyo al argumento al que reiteradamente recurrió la representación legal del Gobierno español, a saber, la posibilidad de distinguir entre la frontera acordada entre dos Estados en un tratado internacional (entre España y Marruecos, en el caso de Melilla del que aquí se trata) y un «concepto operativo de la misma» que determina unilateralmente uno de los Estados. No hay tal: la frontera, sin discusión posible, queda trazada e identificada en el instrumento convencional bilateral entre los Estados que la establecen y, por consiguiente, *toda la triple valla se encuentra en territorio español*. A esos efectos, queda claro que el TEDH mantiene una línea jurisprudencial clara sobre la fijación de la frontera, incluso en relación con los movimientos migratorios y la denominada «presión migratoria». Por ello, el TEDH considera de todo punto aplicable el artículo 4 del Protocolo Adicional 4 en caso de devoluciones (expulsiones) de extranjeros fuera del territorio nacional<sup>7</sup>.

## 2.2. SOBRE EL ARGUMENTO DE QUE, QUIEN SE COMPORTA ILEGALMENTE NO PUEDE BENEFICIARSE DE LA COBERTURA LEGAL QUE OFRECE EL CEDH Y SOBRE LA EXISTENCIA DE VÍAS LEGALES PARA INGRESAR EN TERRITORIO DE SOBERANÍA ESPAÑOLA EN ÁFRICA

El núcleo de la argumentación que, a juicio del TEDH (recordemos, la STEDH de 13 de febrero de 2020 se adoptó por unanimidad), permite rechazar la pretensión de los demandantes de haber sufrido violación de derechos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es la sorprendente e insólita tesis de acuerdo con la cual quien se comporta ilegalmente no puede pretender beneficiarse de los efectos de ese Convenio.

En efecto, el TEDH (parágrafos 227-228) entiende que los demandantes no pueden invocar tal protección, puesto que, en lugar de tratar de acceder legalmente a territorio de soberanía española a través del paso fronterizo de Beni Ensar, habilitado entre Melilla (España) y Beni Ensar (Marruecos), previa solicitud de visado (que podían haber solicitado en sus países de origen o en los de tránsito, incluido Marruecos) o mediante presentación de demanda de asilo en la frontera (parágrafo 222), N.D. y N.T. lo hicieron de forma ilegal, saltando la valla que delimita la frontera entre ambos Estados.

Para ser más exactos, el TEDH matiza esta tesis al añadir dos elementos que justifican semejante privación de la garantía de derechos (parágrafos 201 y 231): no se trata solo de que, deliberadamente, N.D. y N.T. no quisieron utilizar las vías legales y optaron por actuar ilegalmente saltando el triple vallado, sino que, además, recurrieron a la violencia y actuaron coordinadamente con otros, pues se trató de un «salto colectivo».

De un lado, insisto, sorprende que el TEDH sostenga la tesis de que quien ha cometido una infracción administrativa (cruzar la frontera sin documentación en regla) o, incluso, un ilícito penal (utilizar colectivamente la violencia contra los representantes de la fuerza pública para saltar el triple vallado), queda por ello privado de derechos tan elementales como el derecho a defensa y al procedimiento debido, o se le suspenda la vigencia del principio de *non-refoulement*, criterio básico del sistema de derecho de asilo y refugio que pone en pie el Convenio de 1951 de Estatuto de Refugiados, principio que, según reconoce expresamente la STEDH (parágrafo 232), no puede anularse en ningún caso.

De otro, como han argumentado las ONG que intervinieron en defensa de los demandantes, pero también como han testimoniado unánimemente todas las ONG que trabajan en la frontera de Melilla en apoyo de inmigrantes y demandantes de refugio (la propia CEAR, Andalucía Acoge, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), Servicio Jesuita para Migrantes, Amnistía Internacional) e incluso representantes institucionales como el Comisionado Europeo de Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo de España e incluso la propia ACNUR, los supuestos en los que se basa la decisión evidencian un total desconocimiento de la práctica en la frontera, de la realidad, es decir, de los hechos: no existe, de hecho, posibilidad alguna de cruzar el paso fronterizo u obtener visado o resolución favorable a la tramitación de la demanda de asilo en ese paso fronterizo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 de la LO 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, para las personas de origen subsaharia-

no. La estadística es terminante: ni un solo caso<sup>8</sup>. Por no decir que las oficinas de asilo en frontera se encuentran en territorio español (no en el marroquí de Beni Ansar) y no solo no se encontraban abiertas en el momento de producirse los hechos (parágrafo 152), sino que, al expulsar de forma inmediata a los dos demandantes, se les impidió en cualquier caso la personación en dichas oficinas.

En suma, los elementos de hecho en los que se apoya la SETH pueden ser razonablemente considerados endeble y parciales, si es que no cabría incluso hablar de un desconocimiento grosero de la realidad de lo que sucede en esos dos puntos de la verdadera frontera sur de Europa. A esto hay que añadir la incoherencia de los fundamentos jurídicos de la sentencia con normas básicas de Derecho internacional de los derechos humanos, en particular con lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados.

### 2.3. SOBRE LA PRÁCTICA EN SÍ DE LAS DENOMINADAS «DEVOLUCIONES EN CALIENTE»

En su 6º examen periódico al Estado español, el 6 y 7 de junio de 2015, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ya se había pronunciado con contundencia contra la práctica de las «devoluciones en caliente». En esa ocasión, y a propósito de las «devoluciones en caliente» en Ceuta y Melilla, el Comité advirtió: «Al Comité le preocupa que dichas expulsiones sumarias se realizan sin las garantías suficientes para que se respete el principio de no devolución, cuando corresponda. El Comité también está preocupado por informes que dan cuenta de casos de solicitantes de asilo no sirios en que se les niega el acceso a las oficinas de asilo en Ceuta y Melilla». Ante esa situación, el Comité expresó su preocupación por «[...] frecuentes informes que dan cuenta de denuncias de malos tratos durante las operaciones de expulsión de inmigrantes, incluyendo solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla, tanto por las autoridades españolas como por las autoridades marroquíes que actúan en territorio español», e instó al Estado español a la revisión de la LO 4/2015 de Seguridad ciudadana, para que «[...] garantice que todas las personas que solicitan protección internacional tengan acceso a procedimientos de evaluación justos e individualizados».

Una consideración importante, en la que ha insistido la Comisión Española de Ayuda al Refugiado en sus actuaciones a lo largo de este procedimiento es que, en la medida en que se trata de actuaciones de hecho que permiten eludir el procedimiento administrativo preceptivo en las actuaciones de expulsión del territorio de extranjeros que hayan entrado de forma ilegal, las denominadas «devoluciones en caliente» posibilitan burlar «[...] la observancia de las debidas garantías y salvaguardas procesales, privan a las personas necesitadas de protección internacional del acceso al derecho de asilo contemplado en el artículo 13.4 CE»<sup>9</sup>.

Ya en 2014, un informe jurídico enmarcado en el proyecto de investigación conducido por la profesora Martínez Escamilla y titulado «Devoluciones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley», concluía que esta práctica vulneraba más de una docena de normas de Derecho interno e internacional<sup>10</sup>. La vulneración del Derecho

vigente en España se argumentaba en estos términos: «[...] [estas devoluciones] vulneran lo dispuesto en la legislación de extranjería, ya que *i*) la legislación de extranjería no contempla la posibilidad de que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado expulsen a ciudadanos extranjeros que están bajo su custodia mediante vías de hecho; *ii*) los supuestos de ciudadanos extranjeros que intentan acceder al territorio nacional por puestos no habilitados y son interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, a lo sumo, pueden ser objeto de la devolución regulada en el artículo 58.3.b) LOEx; y *iii*) esta devolución es una actuación administrativa reglada que exige el cumplimiento de una serie de requisitos como son el traslado de los 20 ciudadanos extranjeros a la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía; su identificación; el nombramiento de un abogado del turno de oficio y, en su caso, de un intérprete; una resolución de devolución acordado por el subdelegado o el delegado del Gobierno, según corresponda; y que el acto material de devolución se ejecute por parte del Cuerpo Nacional de Policía». El informe advertía incluso de la posible responsabilidad penal de las actuaciones en cuestión: «La decisión, ejecución, y colaboración activa y pasiva con las “expulsiones en caliente” incurriría en responsabilidad penal y disciplinaria. Son distintos los tipos penales en que podrían subsumirse estas conductas como son, entre otros, el delito de coacciones (art. 172 CP); los delitos de funcionarios públicos de privación de asistencia letrada (art. 537 CP), de privación del ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes (art. 540 CP), o de prevaricación (art. 404 CP). Por otra parte, no pueden operar respecto de los mismos las circunstancias excluyentes de la responsabilidad referidas a la obediencia debida, ejercicio legítimo del cargo o el desconocimiento de la ilicitud del hecho. Además, todo ciudadano está obligado a denunciar los delitos que presencie o de los que tenga conocimiento (arts. 259, 262, 264 LECrim), incurriendo incluso en un delito del 450 CP quien pudiendo evitar estas prácticas no lo haga, y en un delito del art 408 CP la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, deje de promover intencionadamente su persecución».

Conviene recordar que el comisario europeo de Derechos Humanos intervino ante el TEDH en el caso *N.D. y N.T.* y dejó clara su denuncia de la práctica de las devoluciones en caliente: «[...] la existencia de una práctica establecida por la que los agentes de fronteras de España devuelven sumariamente a Marruecos a los inmigrantes que intentan entrar en Melilla saltando la valla [...] que se realizan sin ningún procedimiento formal ni identificación de las personas afectadas o una evaluación de su situación individual». Esta práctica, declaró, «[...] impide que los inmigrantes ejerzan de modo efectivo su derecho a buscar protección internacional». En sus observaciones escritas, el comisario de Derechos Humanos destacó que los inmigrantes devueltos a Marruecos «[...] no tienen acceso a un recurso eficaz que les permitiría impugnar su expulsión o buscar una reparación para el maltrato que puedan haber sufrido»<sup>11</sup>. En idéntico sentido se han pronunciado reiteradamente los representantes de la Relatoría Especial de Derechos Humanos de los Migrantes, de la ONU (sucesivamente, el canadiense François Crépeau y el chileno Felipe González), que han considerado esta práctica contraria a los principales tratados internacionales generales de derechos humanos del ámbito de la ONU y de la UE, así como a los instrumentos específicos en materia de derechos de los refugiados y de los inmigrantes<sup>12</sup>.

### 3. ALGUNAS CONCLUSIONES ACERCA DEL IMPACTO DE LA STEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2020 EN EL MODELO DE POLÍTICA MIGRATORIA Y DE ASILO

3.1. Primera. Quizá, antes de cualquier otra consideración, se impone recordar que el fallo del TEDH no obliga a nuestro Tribunal Constitucional (ni a nuestro Gobierno) a adoptar necesariamente lo que, por las razones aquí expuestas, consideramos una rebaja del rasero garantista adoptada por el TEDH en la STEDH objeto de este comentario

Lo ha explicado muy bien el profesor Presno Linera (2020)<sup>13</sup> al comentar el alcance de la remisión constitucional del artículo 10.2 de la Constitución: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados... (sin embargo) a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las “devoluciones en caliente” el Tribunal Constitucional tendrá en cuenta lo que acaba de decir la Gran Sala del TEDH, pero eso no implica que su fallo dependa, en exclusiva, de que dichas prácticas hayan sido declaradas conformes al CEDH porque la citada medida debe, en todo caso, ajustarse a lo previsto por los preceptos constitucionales que regulan el asilo y la tutela judicial efectiva y el TC no debería dar primacía a lo que resulta compatible, según el TEDH, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos si la Constitución española ha elevado el ámbito de protección de los derechos. En suma, si lo que no es compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos no lo es con la Constitución española, no todo lo que es compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos lo es con la Constitución española».

Ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni la jurisprudencia del TEDH —al menos desde el punto de vista de una teoría de los derechos fundamentales adecuada a nuestra Constitución— pueden originar límites adicionales a los derechos protegidos por la Constitución española, más allá de los previstos en la legislación orgánica (en este caso, la Ley de extranjería, por vía de la Ley de seguridad ciudadana). Dicho de otra manera, no todo lo que el TEDH considera compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos es necesariamente compatible con nuestra Constitución, que hasta hoy mantiene un estándar más garantista, por ejemplo, en materia de asilo y garantía judicial efectiva en cuestiones que pueden afectar a los derechos humanos de no nacionales. Lo cierto es que el Tribunal Europeo, garante de los derechos humanos reconocidos en el Convenio Europeo, ha optado en este fallo por lo que ha sido calificado como *un enfoque punitivista* en la protección de tales derechos, reduciendo la titularidad de los mismos a aquellos individuos que no hayan cometido una infracción administrativa —como la entrada irregular al territorio—. Por tanto, puede alegarse que, en virtud del art. 53 del propio CEDH, tanto nuestro Tribunal Constitucional como el propio Gobierno español no tienen por qué vincularse a ese estándar menos garantista que acaba de fijar esta STEDH. Y es que, sin duda alguna, un principio básico del Estado constitucional de Derecho es que el hecho de que una persona haya cometido un acto criminal no le priva del derecho a la protección judicial efectiva. Contra lo que sostiene el TEDH, entrar irregularmente en España no priva del derecho a defensa y a una decisión judicial que justifique la expulsión.

Así lo declara en el ya citado «Manifiesto por una política migratoria y de asilo propia de una sociedad democráticamente avanzada», impulsado por CEAR y publicado el 20 de febrero de 2020: «[...] no existe una obligación de que el Tribunal Constitucional haga suyos los argumentos del Tribunal de Estrasburgo, por lo que no existe impedimento para que pueda declarar estas prácticas inconstitucionales por vulnerar los artículos 9.3, 15, 24 y 106 de nuestra Constitución, tal y como se argumentó en el recurso de inconstitucionalidad. El Convenio Europeo de Derechos Humanos es una garantía “de mínimos” y, conforme a su artículo 53, ninguna de sus disposiciones se puede interpretar limitando o perjudicando aquellos derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la legislación de los Estados parte o en cualquier otro Convenio. El Gobierno está legitimado para poner fin a estas prácticas, aunque el Alto Tribunal finalmente las declarase constitucionales, ya que el artículo 97 de la Constitución le asigna la dirección de “política interior y exterior”. De esta manera, el actual Gobierno sería coherente con lo argumentado en el recurso de inconstitucionalidad y con sus compromisos electorales»<sup>14</sup>.

Esa interpretación del TEDH, en suma, supone, a mi juicio, *la utilización de forma bastarda el Derecho contra los derechos* con el fin de rebajar el contenido, la garantía y las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales. Es evidente que necesitamos seguridad jurídica en las fronteras (también para las fuerzas de seguridad que trabajan con ese objetivo, desde luego), pero eso no puede significar en modo alguno la *suspensión en las fronteras* de normas elementales del Estado de Derecho, como la garantía de la tutela judicial efectiva, cuando están en juego derechos humanos y fundamentales. Lo contrario constituye una aberración jurídica.

3.2. Segunda. Frente a algunas interpretaciones interesadas, conviene precisar el uso de los términos jurídicos. Conocemos la lección de *Alicia a través del espejo*: el secreto del Derecho consiste en que quien tiene el poder de dictar las normas, tiene el poder de imponer el sentido de las palabras o incluso de inventar otras. En este caso, como en la mayoría de las mal llamadas «devoluciones en caliente», se nos dice que se trata de *rechazos* en frontera, no de *expulsiones*. Muchos pensamos que es una perversión del lenguaje, como cuando se habla de *retorno* y lo que en realidad se produce es la *deportación*. No: los hechos demuestran palpablemente que esas personas *traspasaron la frontera* y no fueron rechazadas, sino que, *tras entrar, fueron expulsadas*. Y se hizo, como señaló en su día el presidente del Comité de Derechos Humanos, el profesor Fabián Salvioli, en el arriba citado 6º examen periódico del Estado español ante el Comité en julio de 2015, en abierta contradicción con lo que exige el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, que obliga a España como Estado parte y asimismo fueron consideradas por el Comité contrarias a exigencias básicas del Estado de Derecho y al Derecho internacional de derechos humanos, a comenzar por la violación del principio de *non-refoulement*.

3.3. Tercera. Es cierto que el Gobierno (y el propio TC) esperaron prudentemente a que se conociera el criterio del pleno del TEDH sobre las devoluciones en caliente. Pero no cabe hablar solo de prudencia: lo cierto es que el Gobierno, sostenido por dos partidos que impugnaron abiertamente la reforma de la Ley Orgánica de extranjería llevada a cabo por la Ley Orgánica de seguridad ciudadana y el mismo Gobierno recién llegado al poder

en las elecciones de 2018, sostuvo ante el TEDH el mantenimiento del recurso contra la STEDH de 2017. Pero, a mi juicio, el hecho de haber esperado al pronunciamiento de la Sentencia a propósito de la práctica que está en el centro del debate jurídico, las «devoluciones en caliente», no ha servido de nada. Ante todo, porque, como hemos tratado de argumentar, la STEDH de 2020 no se pronuncia sobre la cuestión. Además, y sobre todo, porque, como bien sabemos todos, en el fondo el problema es la ausencia de vías legales, accesibles y seguras de acceso al procedimiento de asilo, y también de vías legales, accesibles y seguras para los varios millones de inmigrantes que *necesitamos imperiosamente acoger y acomodar entre nosotros*. Lo explicó apenas tomó posesión el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: entre 2020 y 2050 necesitaremos recibir entre 8 y 10 millones de trabajadores si queremos mantener el nivel del mercado laboral, asegurar elementos básicos del Estado de bienestar y evitar la «japonización» de nuestra economía, esto es, la aceptación pasiva del envejecimiento demográfico. Hoy por hoy, no tenemos más alternativa que esa *apertura reglada* a la inmigración. Pero no se trata de recibir esclavos, sino sujetos de derechos, para lo que es clave diseñar políticas de acogida e inclusión equitativas.

3.4. Cuarta. *De lege ferenda*, me parece que son de todo punto asumibles las propuestas de modificaciones legislativas formuladas por CEAR, a las que se han sumado otras instancias<sup>15</sup>. Resumo a continuación las tres que, a mi juicio, son las más importantes:

3.4.1. La primera y más evidente es la necesidad de la derogación de la Disposición adicional décima de la LO 4/2000 introducida a través de la Disposición final primera de la LO 4/2015, que regula *ad hoc* el rechazo en frontera en Ceuta y Melilla y propicia así las «devoluciones en caliente», una práctica imposible de conciliar con la legalidad interna e internacional, en contraste con el propio tenor literal de la Disposición adicional décima de la LO 4/2000, que remite a la legalidad internacional. En efecto, esa disposición supone una violación directa del principio de *non-refoulement*, sobre el que descansa toda la arquitectura legal de la Convención de Ginebra relativa al estatuto de los refugiados, y es incompatible con el derecho de defensa y el derecho a un procedimiento legal individualizado previo a todo acto administrativo de expulsión (que, además de asistencia letrada y control judicial efectivo, incluye, por ejemplo, el derecho a disponer de traducción en las comunicaciones que afectan a la persona a la que se trata de expulsar)<sup>16</sup>.

3.4.2. En segundo lugar, la modificación de la restricción sobre solicitud de asilo desde la reformulación de la LO 12/2009 que en su artículo 38 convierte la tramitación de solicitudes recibidas en embajadas y oficinas consulares españolas en una *facultad discrecional* del embajador o representante consular español, que podrá, o no, decidir la tramitación, acabando así con la interpretación más favorable, que obligaba a los representantes diplomáticos españoles a cursar las solicitudes presentadas en sus legaciones, conforme a la tradición latinoamericana del asilo diplomático, que España mantenía como excepción entre los Estados miembros de la UE<sup>17</sup>. Esta medida sería más acorde con las orientaciones del Global Compact on Refugees de diciembre de 2018.

3.4.3. En tercer lugar, el establecimiento de vías complementarias de entrada legal a territorio español. En coincidencia con lo que han señalado diferentes expertos y con las recomendaciones del Global Compact for safe, orderly and regular migration, impulsado por la ONU desde la declaración de la Asamblea General de 18 de diciembre de 2018, CEAR propone estas tres:

3.4.3.1. Facilitar la concesión de *visados humanitarios*, especialmente necesarios en el caso de los *asylum seekers*, dado que este tipo de visados podrían favorecer que las personas que quisiesen solicitar protección internacional pudiesen acceder a España sin arriesgar sus vidas<sup>18</sup>.

3.4.3.2. Reforzar la vía del *reasentamiento*, que supone en realidad un bajo coste, según la estadística facilitada por el propio Gobierno. Sería deseable, claro, que en el repertorio de nacionalidades se prestara especial atención a los países del área subsahariana.

3.4.2.3. Una demanda en la que se viene insistiendo desde decenios es la flexibilización de la *reagrupación familiar*.

## NOTAS

1. STEDH en el caso *N.D. y N.T. vs. España*, de 13 de febrero de 2020 (demandas nº 8675/15 y 8697/1) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201353>>.. Conviene precisar que existen otros dos casos contra España pendientes de resolución en el TEDH que se fundamentan en una vulneración del artículo 3 CEDH (*Doumbe Nnabuchi contra España y Balde y Abel contra España*).

2. STEDH (Sala 3º), en el caso *N.D. y N.T. vs. España*, de 3 de octubre de 2017 (demandas nº 8675/15 y 8697/15) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177683>>

3. El texto de esta Disposición final primera establece lo siguiente: «Disposición final primera. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 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.» 2. La disposición final cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, queda redactada del siguiente modo: «Disposición final cuarta. *Preceptos no orgánicos*. 1. Tienen naturaleza orgánica los preceptos contenidos en los siguientes artículos de esta Ley: 1, 2, 3, 4.1, 4.3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 18, 18 bis, 19, 20, 21, 22.1, 23, 24, 25, 25 bis, 27, 29, 30, 30 bis, 31, 31 bis, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 59 bis, 60, 61, 62, 62 bis, 62 ter, 62 quáter, 62 quinquies, 62 sexies, 63, 63 bis, 64, 66, 71, las disposiciones adicionales tercera a octava y décima y las disposiciones finales. 2. Los preceptos no incluidos en el apartado anterior no tienen naturaleza orgánica».

4. «Los negros no entran», así, lo explicaba un testimonio de la defensa de N.D. y N.T., José Palazón, presidente de PRODEIN, ONG de protección de la infancia en Melilla.

5. En la decisión previa de la Sala Tercera, no se consideró necesario establecer si la valla se encuentra en territorio español o no (par. 54).

6. *Vid.* entre otros pronunciamientos del TEDH, los casos: *Matthews vs. Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999 (demanda no. 24833/94), par. 29; y *Assanidze vs. Georgia*, de 8 de abril de 2004 (demanda n.º 71503/01), par. 140 y 142. Además, pese a que el TEDH reconoce la presión migratoria que afecta a algunos Estados, también considera que no es un motivo para la no aplicación de los derechos garantizados por el Convenio (M. S. S., par. 223).

7. Cfr. por ejemplo caso *Hirsi Jamaa y otros*, par. 122, *Sharifi y otros vs. Italia y Grecia*, de 21 de octubre de 2014 (demanda n.º 16643/09), par. 176.

8. La representación de CEAR ante el TEDH lo argumentó de este modo: «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 limítrofes a Malí o Costa de Marfil».

9. Así se sostiene en el «Manifiesto por una política migratoria y de asilo propia de una sociedad democráticamente avanzada», publicado el 20 de febrero de 2020, suscrito por un centenar de expertos académicos y con experiencia en procedimiento de asilo y refugio [en línea] <<http://www.cear.es/manifiesto-devoluciones-en-caliente/>>. El Manifiesto subraya: «Las denominadas “devoluciones en caliente”, como vía de hecho sin procedimiento y sin las debidas garantías y salvaguardas procesales, privan a las personas necesitadas de protección internacional del acceso al derecho de asilo contemplado en el artículo 13.4 CE. Esto supone un atentado contra el Estado de Derecho, debido a que la actuación material de la Administración se efectúa sin un acto previo que la legitime».

10. Informe «Devoluciones en caliente: cuando el estado actúa al margen de la ley», del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), dirigido por la profesora Martínez Escamilla y publicado en junio de 2014, [en línea]: <[https://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027\\_6\\_2014%20%281%29.pdf](https://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf)>.

11. Cfr. [en línea] <[https://www.eldiario.es/politica/Comisario-DDHH-Espana-devoluciones-caliente\\_0\\_754875205.html](https://www.eldiario.es/politica/Comisario-DDHH-Espana-devoluciones-caliente_0_754875205.html)>.

12. Cfr., por ejemplo, [en línea] <<http://www.cvongd.org/va/info/4533>>. Se trata de *tesis ampliamente compartidas por organizaciones como* Jueces para la Democracia, el Consejo General de la Abogacía, la Asociación de los abogados extranjeristas, y numerosos grupos de investigación universitarios sobre inmigración, asilo y refugio.

13. Presno Linera (2020).

14. Una referencia a las críticas formuladas desde la mayor parte de las Asociaciones y ONG especializadas en derecho de migración y asilo puede encontrarse en: [en línea] [https://www.eldiario.es/desalambre/Decepcion-denunciantes-devoluciones-derechos-gobiernos\\_0\\_995301255.html](https://www.eldiario.es/desalambre/Decepcion-denunciantes-devoluciones-derechos-gobiernos_0_995301255.html)>., donde también se recogen las reacciones favorables a la STEDH formuladas desde asociaciones profesionales de policía y guardia civil.

15. Vuelvo a referirme aquí al Manifiesto de CEAR que he citado en la nota 8 y que suscribí en su día.

16. Por no hablar de las violaciones de tratados internacionales por la existencia de malos tratos (Convención contra la tortura), o las violaciones de los artículos de la CEDH ya mencionados.

17. Así lo dispone la nueva redacción del artículo 38 de la LO 12/2009: Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados: «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 procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos».

18. Hay que recordar que en el caso *X. y X. vs. Bélgica* de 7 de marzo de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que las solicitudes de visado humanitario entraban únicamente dentro del ámbito de aplicación de la legislación nacional, por lo que es responsabilidad de España contribuir a facilitar que se pueda acceder a esta vía. En este momento está pendiente de examinar el recurso presentado por *M.N. and others vs. Belgium*: se trata de un caso en el que una pareja con dos hijos, de nacionalidad siria, solicitaron un visado de corta duración en la Embajada de Bélgica en Beirut con la intención de solicitar asilo en Bélgica, visado que les fue denegado.

## BIBLIOGRAFÍA

- CEAR (2020): «Manifiesto por una política migratoria y de asilo propia de una sociedad democráticamente avanzada», 20 de febrero [en línea] <<http://www.cear.es/manifiesto-devoluciones-en-caliente/>>.
- COMITÉ DERECHOS HUMANOS (2013) *6º examen periódico del Estado español ante el Comité, CCPR/C/ESP/6*, 10 mayo. [en línea] <[https://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027\\_6\\_2014%20%281%29.pdf](https://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf)>.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita *et al.* (2014): «Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley». Informe Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449).
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2020): «Algunas consideraciones sobre los efectos de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo sobre las 2devoluciones en caliente», blog el Derecho y el revés, 14 de febrero [en línea] <<https://presnolinera.wordpress.com/2020/02/14/algunas-consideraciones-a-proposito-de-los-efectos-de-la-sentencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-las-devoluciones-en-caliente/>>.

**Fecha de recepción: 8 de mayo de 2020.**

**Fecha de aceptación: 11 de junio de 2020.**