UBINADAMU

Ubuntu-Pachamama
Strategic Think Tank

ÁFRICA, JUVENTUD. THINK TANK. ANÁLISIS.

ENERO-FEBRERO 2021 Nº II.

HTTPS://WWW.UBUNTUPACHAMAMASTRATEGICTHINKTANK.COM/

“Las devoluciones sumarias en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”

Juan Bautista Cartes Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid / Euro-Mediterranean University Institute
Coordinador Adjunto ETP “Oriente Medio” Amnistía Internacional España

Fig. 2. Símbolo de la justicia, equidad y la garantía de los derechos constitucionales.

Resumen

Sin duda, uno de los grandes retos de la época que nos ha tocado vivir es abordar las causas, consecuencias y efectos de los flujos migratorios. Sin embargo, cuando generaciones venideras reparen en nuestros actos no parece que vayamos a estar a la altura. Esos actos, *los de Europa y los europeos*, a pesar de honrosas excepciones, nos han hecho caer en la ignominia. Una de las tantas concreciones son las denominadas “devoluciones en caliente” o “devoluciones sumarias” que tienen lugar en la frontera de Ceuta y Melilla por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado Español; donde sin ningún tipo de audiencia, asistencia legal o procedimiento individualizado, los migrantes son devueltos a las autoridades marroquíes. Por vez primera, el 13 de febrero de 2020 la Gran Sala del TEDH se pronunció sobre tales actuaciones contradiciendo el pronunciamiento de 2017 de la Sección Tercera del Tribunal. El objetivo del presente estudio es refutar los principales argumentos que son esgrimidos en dicha Sentencia: la conducta del interesado y la existencia de vías suficientes de acceso legal a España. Al mismo tiempo, se evidencia los grandes silencios que mantiene la Gran Sala y se analizará la jurisprudencia que ha sucedido a tal pronunciamiento.

Palabras clave.

TEDH, devoluciones en caliente, expulsiones colectivas, migración, *non refoulement*.

1. Introducción

A través de un examen *iusinternacionalista,* centrado en el Derecho internacional de los derechos humanos, así como en la propia jurisprudencia del TEDH, el presente escrito tiene por objeto refutar los argumentos principales sobre los que se ha sustentado la decisión de la Gran Sala en el *Asunto N. D. y N. T. c. España.* Con tal propósito, comenzaremos distinguiendo entre el análisis de su jurisdicción (2.1) y las cuestiones de fondo (2.2), lo cual nos servirá de preludio para, a continuación, entrar de lleno en un análisis de la Sentencia y rebatir los dos argumentos principales esgrimidos por la Sala: la conducta del interesado (2.2.i) y la existencia de vías de acceso legales para la entrada en España (2.2.i). Junto a ello, el escrito evidenciará los sonados silencios del Tribunal (3), y concluirá con un análisis de la limitativa jurisprudencia que ha sucedido a tal pronunciamiento, así como de los asuntos pendientes que pueden matizarlo (4).

2. Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el *Asunto N.D y N.T c. España.*

En primer lugar, cabe mencionar que la Sentencia dictada por la Gran Sala el 13 de febrero de 2020 trae causa de una demanda individual presentada por dos ciudadanos, uno maliense y otro costamarfileño, de conformidad con el art. 34 CEDH, por los hechos acaecidos el 13 de agosto de 2014; fecha en la que los demandantes saltaron parte del dispositivo fronterizo existente en la ciudad autónoma de Melilla consistente en dos vallas de 6 metros de altura y otra más de 3 metros coronadas por concertinas con cuchillas cortantes. Tras lograr acceder a la valla más interna, permanecieron en ese punto durante unas horas hasta que, con la ayuda de la Guardia Civil, descendieron, fueron detenidos, esposados y enviados a las autoridades marroquíes sin posibilidad de explicar sus circunstancias personales, sin ser asistidos por abogados o interpretes y sin ningún procedimiento de identificación individualizado. En Marruecos, no se les proporcionó la asistencia sanitaria solicitada y fueron trasladados a Fez, a unos 300 kilómetros de Melilla, donde se les abandonó a su suerte.

La importancia de dicho asunto, que no devine sino en una evaluación desde el punto de vista del Derecho internacional de los derechos humanos de la política europea de control de fronteras, se ve reflejada en las terceras partes intervinientes, tanto estatales –Gobiernos de Francia, Italia y Bélgica–, como no estatales –Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), Amnistía Internacional, Comisión Internacional de Juristas, el Centro de Asesoramiento sobre los Derechos de la Persona en Europa y el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados–[19].

19 De conformidad con el art. 36.2 CEDH y art. 44 del Reglamento de Procedimiento del TEDH.

2.1. Jurisdicción

A diferencia de la Sección Tercera[20], la Gran Sala sí determinó que las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla se encuentran en territorio español[21]. Por su parte, a propósito de la excepción de jurisdicción alegada por el Estado español en tales localizaciones, el Tribunal sostuvo que no existía ninguna circunstancia excepcional que respalde tal posición, pues, como se deriva de las pruebas aportadas, sus fuerzas y cuerpos de seguridad estaban ejerciendo plena autoridad sobre esa parte del territorio, y, por ende, "cannot discern any `constraining *de facto* situation´ or `objective facts´ capable of limiting the effective exercise of the Spanish State's authority over its territory at the Melilla border and, consequently, of rebutting the `presumption of competence´ in respect of the applicants"][22]. De hecho, la Gran Sala va más allá y recuerda que "the existence of a fence located some distance from the border does not authorise a State to unilaterally exclude, alter or limit its territorial jurisdiction, which begins at the line forming the border"; manteniendo, asimismo, que la especial naturaleza de un contexto de migraciones no puede justificar una ficción jurídica que excluya de los derechos garantizados por el CEDH a todas las personas que estén bajo la jurisdicción del Estado a través de sus agentes, ya se encuentren en el territorio estatal o fuera de él[23].

2.2. Cuestiones de fondo

Una vez reconocido por la Gran Sala su jurisdicción para conocer del asunto, el Tribunal entra a valorar las cuestiones de fondo; pronunciándose sobre si ha tenido lugar un supuesto de expulsión colectiva –art. 4 del Protocolo 4º CEDH– y si se ha producido una violación del derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional –art. 13 CEDH–.

2.2.i. Expulsiones colectivas

De conformidad con su línea jurisprudencial, la Gran Sala recuerda que el término "expulsión" ha de ser entendido de una manera amplia, con independencia de la situación de legalidad de la persona concernida[24], y no siendo lo determinante el número de personas expulsadas sino el hecho de que, al llevarse a cabo, no se haya procedido a

20 La Sala no consideró necesario pronunciarse sobre tal extremo, pues "in the Court's view, from the point at which the applicants climbed down from the border fences they were under the continuous and exclusive control, at least de facto, of the Spanish authorities", y por ende, sometidos a la jurisdicción del Estado español. Vid. TEDH, Asunto N. D. y N. T. c. España, (Demandas Nº 8675/15 y 8697/15), Sentencia de 3 de octubre de 2017, párr. 54.

21 Cfr. TEDH, Asunto N. D. y N. T. c. España, (Demandas Nº 8675/15 y 8697/15), Sentencia de 13 de febrero de 2020, (GS), párr. 104.

22 *Ibid.*, Párr. 109.

23 *Ibid.*, Párr. 110. En este mismo sentido, TEDH, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, (Demanda Nº. 27765/09), Sentencia de 23 de febrero de 2012, (GS), párr. 178. Posición también mantenida en TEDH, *Asunto N. D. y N. T. c. España*, (Demandas Nº 8675/15 y 8697/15), Sentencia de 3 de octubre de 2017, párr. 51, donde la claridad expositiva es mayor.

24 TEDH, *Asunto N. D. y N. T. c. España*, (Demandas Nº 8675/15 y 8697/15), Sentencia de 13 de febrero de 2020, (GS), párr. 185.

realizar un examen objetivo y razonable de las circunstancias particulares de cada miembro que compone el grupo[25].

No obstante, mantenido lo cual, el Tribunal incorpora uno de los dos elementos más cuestionables de su pronunciamiento; centrar su valoración sobre la actuación de los demandantes y no en la de los agentes del Estado español. Al respecto, la Gran Sala subraya que los demandantes eran miembros de un grupo numeroso que había intentado, mediante un método planeado, cruzar la frontera española de forma no autorizada, poniendo en peligro la seguridad pública. Sin embargo, más allá de la extrema cautela que debemos tener en revertir los principios sobre los que se asienta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en concreto el *principio de interpretación más favorable*[26] –más aún en un contexto migratorio como el que acaece en Ceuta y Melilla–, al sustentar su pronunciamiento encontramos dos imprecisiones de gran significación.

En primer lugar, el Tribunal justifica su posición argumental sosteniendo que, sobre la base de su "*well-established case-law*", la conducta del demandante es un factor relevante para determinar la protección otorgada por el Artículo 4 del Protocolo 4º CEDH. No obstante, los dos precedentes citados por el Tribunal para defender tal postura en modo alguno pueden ser equiparados con el presente caso[27]. Así pues, en el asunto *Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, ante el tratamiento conjunto de las solicitudes de asilo, la Corte sostuvo que ello era debido a la propia conducta de los demandantes quienes habían presentado tales solicitudes conjuntamente. Por su parte, en el asunto *Dritsas and Others v. Italy*, el demandante se negó al requerimiento de presentar su documento de identidad, y debido a ello, fue expulsado sin ser identificado individualmente. Por tanto, en sendos casos nos encontramos al menos ante un primer intento de las autoridades gubernamentales de valorar las circunstancias particulares de los migrantes (Hanaa Hakiki, 2020). Sin embargo, en el presente asunto los demandantes fueron expulsados y trasladados *ipso facto* a las autoridades marroquíes sin la más mínima intención de realizar el examen individualizado requerido. Por ende, nos situamos ante una nueva consideración expansiva de la conducta del interesado que se traduce en una limitación de sus derechos y que la Corte justifica en una línea jurisprudencial que no resulta aplicable al caso en cuestión.

En segundo lugar, la Gran Sala no examina la intención de los demandantes de poner en peligro la seguridad pública, simplemente la presume. Asimismo, ninguna prueba fue aportada al procedimiento que evidencie que, bien los demandantes de manera individualizada, bien las restantes personas que saltaron la valla, cometieran actos violentos ese día; que es a todas luces a lo que parece referirse el Tribunal cuando alude

[25] *Ibid.*, Párr. 193. Elemento al que se le da una importancia muy relevante en el devenir del fallo, como así aparece señalado en el comunicado de prensa de la Sentencia, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-6638738-8816756%22]} (Fecha de consulta: 29.12.2020).

[26] Para un análisis detallado al respecto, Cfr. Núñez, C. (2017). Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretacióny argumentación jurídica. *Materiales de Filosofía del Derecho*, *2*, 1-46; Negishi, Y. (2017). The pro homine principle's role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control. *European Journal of International Law*, *28*(2), 457-481.

[27] Cfr. TEDH, *Asunto N. D. y N. T. c. España*, (Demandas Nº 8675/15 y 8697/15), Sentencia de 13 de febrero de 2020, (GS), párr. 200 *in fine.*

a "use force"[28]. Por el contrario, sí existen pruebas sobre un uso desproporcionado de la fuerza por parte de las autoridades marroquíes y españolas (Hanaa Hakiki, 2020).

Junto a la conducta del interesado, la Gran Sala centra su valoración en otro de los elementos más cuestionables de la Sentencia; el mantener que los demandantes contaban con vías legales de acceso a España "available, genuine and effective"[29]. Al respecto, el Tribunal alude a dos vías: la solicitud de protección internacional, bien en embajadas y consulados españoles en terceros países, bien en las oficinas de asilo de los puestos fronterizos habilitados al efecto, en particular en el de Beni Enzar; y, como segunda vía, solicitar visados humanitarios también en embajadas y consulados españoles.

No obstante, como así defendieron terceras partes intervinientes en el proceso, en la práctica ninguna de las vías señaladas han de considerarse como efectivas. Comenzando por la opción de Beni Enzar, atendiendo a informes independientes aportados por Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa[30], las autoridades marroquíes, sistemáticamente, y a través de una práctica discriminatoria, han impedido a personas subsaharianas acudir a tales oficinas de asilo. Los datos así lo corroboran: de 2014 a 2017 solo dos personas subsaharianas presentaron solicitudes de protección internacional en la oficina de Melilla[31]. Ante esta irrefutabilidad, el Tribunal justifica su pronunciamiento manteniendo que, en todo caso, tal conducta es atribuible exclusivamente a Marruecos y no a España; obviando, de *facto*, el implantado "modelo conjunto de gestión de la inmigración" entre ambos Estados[32], así como las importantes partidas económicas proporcionadas por España al país alauí[33]; y, de *iure*, sorteando la oportuna aplicación del artículo 16 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83). Precepto, que recepcionando normativa consuetudinaria, establece que:

> El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si: a) *lo hace conociendo las circunstancias* del hecho internacionalmente ilícito; y b) el hecho *sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda* o asistencia (*énfasis añadido*).

[28] De hecho, la Gran Sala utiliza tal expresión en el párr. 201, al justificar su (cuestionada) jurisprudencia sobre la conducta del interesado, pero no en el párr. 206, cuando aplica tal línea jurisprudencial al caso concreto.
[29] *Ibid.*, Párr. 209.
[30] *Ibid.*, Párrs 155 y 143. Tal posición es mantenida igualmente por Amnistía Internacional y por el Defensor del Pueblo Español, Cfr. párrs. 40 y 288, respectivamente.
[31] Véase la respuesta proporcionada por el Gobierno español a la pregunta formulada en sede parlamentaria por D. Jon Iñarritu García. Disponible en: www.senado.es/web/expedientdocblobservlet?legis=12&id=47912 (Fecha de consulta: 26.12.2020). Contrasta con la posición del Tribunal que mantiene que las alegaciones de los demandantes y de las terceras partes son "general allegations". *Ibid.*, párr. 217.
[32] Cfr. v. gr., Gobierno de España. (2015). *Colaboración entre España y Marruecos en materia de migraciones*, Disponible en: http://www.mitramiss.gob.es/cartaespana/es/noticias/Noticia_0488.htm (Fecha de consulta: 27.12.2020).
[33] Cfr. v. gr., ELPAÍS. (2019). *Spain will give Morocco €30 million to curb irregular immigration*, Disponible en: https://english.elpais.com/elpais/2019/07/19/inenglish/1563521682_999175.html (Fecha de consulta: 27.12.2020).

Por su parte, en relación con las otras opciones referidas; solicitudes de asilo y visados humanitarios en embajadas y consulados, tampoco se puede mantener la existencia en 2014 de cauces efectivos al respecto. Como ejemplo, baste recordar, como reconoce el propio Tribunal, que en el periodo 2014-2018 solo nueve solicitudes de asilo fueron presentadas en la embajada española de Rabat, todas ellas por ciudadanos marroquíes; y sin llegar a especificarse si tales solicitudes fueron concedidas o siquiera examinadas. Especialmente evidente es la ineficacia en relación a los visados humanitarios pues, como señala el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, los embajadores tienen un poder discrecional de expedir tales visas bajo ciertas circunstancias, que básicamente se vienen a concretar en supuestos de reunificación familiar de personas a las que previamente se les había concedido el estatuto de refugiado en España[34].

Por ende, cuanto menos, resulta extraño que, alejándose de la posición tradicionalmente adoptada por la Gran Sala, donde en los supuestos de contradicción entre los hechos alegados por las partes tiende a primar los informes de terceros independientes[35], en este caso los desdeña y los considera simples alegaciones genéricas[36].

2.2.ii. Derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional.

En lo que respecta al otro de los derechos en cuestión; la posibilidad de ejercer un recurso efectivo reconocido en el artículo 13 CEDH, el Tribunal vuelve a reiterar que en tanto no cabe lugar a un supuesto de expulsión colectiva, pues los demandantes pertenecían a un grupo más numeroso que había intentado, mediante un método planeado, cruzar la frontera española de forma no autorizada, no haciendo uso de las vías legales existentes, el Estado español tampoco puede ser considerado responsable por no proporcionar un recurso efectivo[37].

3. Silencios del Tribunal

A lo largo de la sentencia podemos apreciar la insistencia de la Gran Sala en recordar que las autoridades españolas en el control de sus fronteras deben salvaguardar el principio absoluto y no derogable de *non refoulement*[38] –principio que impide devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro y respecto del cual, en una jurisprudencia consolidada, el Tribunal ha venido reconociendo su vínculo con el art. 4 del Protocolo 4º del CEDH–. Sin embargo, si, por un lado, por no efectuarse por puestos

[34] Cfr. ECHR, UNHCR's oral intervention before the European Court of Human Rights Grand Chamber hearing in the case of N.D. and N.T. v. Spain (Application Nos. 8675/15 and 8697/15), Disponible en: https://www.refworld.org/type,AMICUS,,ESP,5e2b15684,0.html (Fecha de consulta: 27.12.2020).
[35] Cfr. v. gr. *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, (Demandas Nº. 30696/09), Sentencia de 21 de enero de 2011, (GS), párr. 227; *Asunto Georgia c. Rusia* (I), (Demandas Nº. 13255/07), 3 de julio de 2014, (GS), párr. 138.
[36] Cfr. TEDH, *Asunto N. D. y N. T. c. España*, (Demandas Nº 8675/15 y 8697/15), Sentencia de 13 de febrero de 2020, (GS), párrs. 217- 218.
[37] *Ibid.*, párrs. 239-244.
[38] *Ibid.*, v. gr. párr. 171; 232.

habilitados[39], las expulsiones colectivas son permitidas sin la posibilidad de que las personas sean identificadas, aleguen sus circunstancias individuales, y puedan impugnar, mediante un recurso con efecto suspensivo, la devolución, y, por otro, si respecto de los puestos habilitados, España no es responsable de que las autoridades marroquíes impidan a subsaharianos acudir a tales centros; todo ello nos lleva a preguntarnos cómo, a juicio del Tribunal, es posible valorar las circunstancias del individuo para evitar que sea devuelto a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro y salvaguardar así el principio de *non refoulement*. Es sin duda uno de los grandes interrogantes que nos deja esta sentencia y sobre el que el Tribunal quizás prefiera no pronunciarse pues es conocedor que una aplicación flexible y menos garantista del art. 4 del Protocolo 4º del CEDH deviene necesariamente en una limitación cuando no, cercenamiento, del principio de *non refoulement*[40].

Asimismo, lo expuesto puede ser extrapolado a propósito del artículo 3 CEDH –prohibición de la tortura–. Precepto también ligado a la salvaguarda del principio de *non refoulement*, y que pese a haber sido alegada su violación por los demandantes, fue excluido liminarmente por la Sección Tercera del Tribunal en su decisión de 7 de julio de 2015[41] por considerar que en la devolución a Marruecos no existía un riesgo de un trato contrario al art. 3 CEDH. Sin embargo esta posición es precisamente la contraria a la adoptada por el Comité europeo para la prevención de la tortura (CPT); órgano también perteneciente al Consejo de Europa y que en un informe de 2014 dirigido al Gobierno español afirmaba que "teniendo en cuenta el riesgo de malos tratos infligidos por los miembros de las fuerzas auxiliares marroquíes a los migrantes irregulares, devueltos a Marruecos, la CPT recomienda que las autoridades españolas aseguren que ninguna persona es entregada a ellos"[42]. De nuevo, toda interpretación que flexibilice la aplicación del artículo tercero del Convenio devendrá en una limitación del principio de *non refoulement*.

4. Jurisprudencia posterior y asuntos pendientes

Más aún, en sus pronunciamientos posteriores el Tribunal ha cercenado las (pocas) vías expuestas en esta Sentencia para garantizar los derechos reconocidos en la CEDH. Así pues, si el 13 de febrero de 2020 el Tribunal insta a los demandantes a acudir a las embajadas y consulados españoles en terceros países, aún cuando, como hemos expuesto, su eficacia es cuanto menos dudosa, sin embargo, apenas un par de meses más tarde, al resolver el *Asunto M.N. y otros c. Bélgica* –caso que atañe a una familia siria que solicitó

[39] Asimismo, respecto de la amplia discrecionalidad otorgada por la Gran Sala a propósito de los puestos habilitados por el Estado, cabe citar la opinión de Carrera, 2020, p. 5, quien acertadamente señala que "it is unclear what a 'sufficient number' of crossing points actually may be in practice. […] This new criterion may trigger some states holding the external EU land and sea borders to strategically limit the number of 'border crossing points' to a mínimum that is deemed sufficient so as to limit the scope of application of Article 4 Protocol 4 ECHR obligations".

[40] En este mismo sentido, Cfr. Lübbe, A. (2020). The Elephant in the Room: Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.?, *Verfassungsblog on Constitutional Matters*, 19 de febrero de 2020.

[41] Cfr. TEDH, *Asunto N. D. y N. T. c. España*, (Demandas Nº 8675/15 y 8697/15), Decisión de 7 de julio de 2014, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-156743%22]} (Fecha de consulta: 29.12.2020).

[42] Vid. [CPT/inf (2015) 19], párr. 54.

un visado humanitario en la embajada belga de Beirut–, el Tribunal determinó que tal supuesto no entra dentro de la jurisdicción referida en el artículo 1 CEDH, y, por ende, no se encuentra amparado por el principio de *non refoulement* bajo el artículo 3 CEDH[43].

Igualmente, apenas unos días después de que la Gran Sala diera a conocer su pronunciamiento en *N. D. y N. T. c. España*, la Sección Tercera resolvió el *Asunto Asady y otros c. Eslovaquia*, siendo mantenido por una mayoría simple de 4 jueces que no había tenido lugar un supuesto de expulsión colectiva a pesar de haber sido alegado –y así fue defendido por terceras partes intervinientes como Human Rights Watch y ACNUDH– que a los demandantes solo se les permitió diez minutos de entrevista, las cuales, en ocasiones, tuvo lugar de manera conjunta, y ello ante la presencia de tan solo un intérprete. Por ende, cuanto menos resulta cuestionable que tales circunstancias constituyan, utilizando las palabras de la Gran Sala en *N. D. y N. T. c. España,* "a genuine and effective possibility of submitting arguments against his or her expulsion"[44]. De hecho, tres de los jueces, en sus opiniones disidentes se centraron en distinguir dicho caso del anterior resuelto por la Gran Sala, señalando que, ni bien había sido alegado que los demandantes usaran la fuerza o pusieran en peligro la seguridad pública, ni Eslovaquia había demostrado proporcionar vías legales de acceso suficientes. Así, los tres jueces concluyen que "it is vital that the limited scope of the Grand Chamber's judgment in *N.D. and N.T. v. Spain* be respected. An overly broad interpretation of the judgment would damage the `broad consensus within the international community´ concerning compliance with "the Convention guarantees, and in particular ... the obligation of non-refoulement"[45]. Por ende, ello evidencia que la decisión de la Gran Sala no se concreta en un supuesto puntual, sino que se enmarca en una senda de limitar las garantías reales y efectivas de los migrantes.

Aún quedan pendientes dos asuntos ante el TEDH –*Doumbe Nnabuchi c. España* y *Balde y Abel c España*– en los que también se enjuicia supuestos de devoluciones en caliente en las fronteras de Ceuta y Melilla. Es de destacar que, a diferencia del caso *N. D. y N. T. c. España*, donde se alegaba un riesgo genérico de ser sometidos a actuaciones contrarias al artículo 3 CEDH, en tales asuntos se aportan pruebas concretas de los malos tratos sufridos por los demandantes; en el primero por parte de la Guardia Civil y en el segundo por parte de las autoridades marroquíes. Asimismo, en el pendiente asunto *S.S. y otros c. Italia,* el TEDH deberá pronunciarse sobre la controvertida cooperación en materia migratoria entre Italia y el Estado de Libia, y que, sin dudas, tendrá ecos en la pareja cooperación entre España y Marruecos.

43 Cfr. TEDH, Asunto M.N. y otros c. Bélgica, (Demandas Nº 3599/18), Decisión de inadmisibilidad de 5 mayo de 2020, (GC). En supuestos similares, tampoco se ha reconocido competente el Tribunal de Justicia de la UE sobre la base del Derecho de la UE; Cfr. Asunto X. X c. Bélgica, Sentencia de 7 de marzo de 2017.

44 Vid. TEDH, Asunto N. D. y N. T. c. España, (Demandas Nº 8675/15 y 8697/15), Sentencia de 13 de febrero de 2020, (GS), párr. 138.

45 Vid. TEDH, Asunto Asady y otros c. Eslovaquia, (Demanda Nº. 24917/15), Sentencia de 24 de Marzo de 2020, párr. 25.

5. Conclusiones

Del análisis llevado a cabo en este estudio se deriva al menos las siguientes conclusiones:

I. El pronunciamiento de la Gran Sala, diametralmente opuesto a aquel adoptado sobre los mismos hechos por la Sección tercera tres años antes, se cimienta sobre dos presupuestos más que cuestionables: en primer lugar, cambiar el foco de la actuación compulsiva del Estado a la actuación de los demandantes, torsionando los principios sobre los que se asienta los derechos humanos y sin más solidez argumental que alegar una línea jurisprudencial la cual ni tan siquiera existe; en segundo lugar, justificar la existencia de vías suficientes de entrada legal en España –cuando organismos de Naciones Unidas y ONG especializadas en la materia evidencian lo contrario– y exonerar al Estado español de toda actuación acometida por las autoridades marroquíes, a pesar del implantado modelo "conjunto" de gestión de la inmigración.

II. Tanto o más importante que los desatinos en el argumentario son los extremos sobre los que el Tribunal decide no pronunciase, en especial, cómo puede ser articulada la decisión del Tribunal con el respecto al principio no derogable de *non refoulement.*

III. La jurisprudencia posterior del TEDH demuestra que el *Asunto N. D. y N. T. c. España* no es un caso aislado, sino que se enmarca en una senda de limitar las garantías *reales y efectivas* de los migrantes, haciéndolas –parafraseando al Tribunal– *teóricas o ilusorias*. Como ejemplo, baste citar que, si bien en la Sentencia de 13 de febrero una de las líneas argumentales del Tribunal es instar a los demandantes a solicitar protección internacional en embajadas y consultados, en el *Asunto M.N. y otros c. Bélgica* la Gran Sala vuelve a reiterar que dichos supuestos no entran dentro de la jurisdicción del TEDH, y por ende, a tales efectos, quedan bajo la discrecionalidad estatal.

Ante lo expuesto, cabe preguntarse dónde quedan relegados esos *valores comunes europeos* que tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea aspiran a defender y promover; porque, no olvidemos –como queda evidenciado con el apoyo expreso de Italia, Francia y Bélgica a los argumentos expuestos por España en las vistas–, que detrás de este caso lo que está en juego es la salvaguarda del sistema de control común de fronteras europeo. Un sistema que podría ser compatible con el respeto del Derecho internacional de los derechos humanos, pero para ello, se requiere, además de la voluntad política, la económica. Mientras tanto, el mensaje que se quiere trasladar es muy claro: "sois foráneos, sin recursos, y aquí no sois bien recibidos".

Bibliografía

Acosta Penco, T. (2018). Rechazo en frontera y derechos humanos. *Revista española de Derecho Administrativo, 193*, 275-307.

Cartes Rodríguez, J. B. (2015). El Tribunal Constitucional ante el fenómeno de la inmigración y el derecho de extranjería: especial referencia a las "devoluciones en caliente" en las lÍneas fronterizas de Ceuta y Melilla. *Depósito de investigación Universidad de Sevilla, (Idus).*

Carrera, D. (2020). The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders? *EUI Working papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Migration Policy Centre*.

Conde Belmonte, J. E. (2020). Vallas, tribunales y expulsiones en caliente. *Revista Claves de Razón Práctica*, 12-21.

Hakiki. H. (2020). N.D. and N.T. v. Spain: defining Strasbourg's position on push backs at land borders? *Strasbourg Observers*, 26 de marzo de 2020.

Lübbe, A. (2020). The Elephant in the Room: Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.? *Verfassungsblog on* Consti*tutional Matters*, 19 de febrero de 2020.

Martínez Escamilla, M. *et al.*, *«Rechazos en frontera»: ¿frontera sin derechos?*, Madrid, 2015 (http://eprints.ucm.es/29379), (última consulta 4/01/2021).

Martínez Escaramilla, M. y Sánchez Tomás, J. M. (2019). La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera. *Revista Crítica Penal y Poder*, *18*, 28-39.

Sánchez Tomás, J. M. (2018). Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017). *Revista Española de Derecho Europeo, 65*, 101-135.