LAS "DEVOLUCIONES EN CALIENTE" EN El ASUNTO *N.D. Y N.T. CONTRA ESPAÑA* (SENTENCIA DE LA GRAN SALA TEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2020)

THE "HOT RETURNS" IN THE CASE *N.D. AND N.T. v. SPAIN* (JUDGMENT OF THE ECHR GRAND CHAMBER OF 13 FEBRUARY 2020)

Margarita Martínez Escamilla*

Este artículo ha sido publicado en la R*evista Española de Derecho Europeo*, Núm. 77 (2021)

La Gran Sala del TEDH, en sentencia de 13 de febrero de 2020 (as. N.D. y N.T. vs España) considera que las dos expulsiones sumarias de las que fueron objeto los demandantes tras saltar las vallas que separan Melilla y el Reino de Marruecos no vulneran la prohibición de devoluciones colectivas, ni el derecho a un recurso efectivo consagrados en el art. 13 del CEDH y en el art. 4 del Protocolo nº 4. Este pronunciamiento deja sin efecto una anterior resolución del TEDH que condenaba por unanimidad a España. El presente artículo analiza críticamente los argumentos esgrimidos por la Gran Sala y valora la resolución como un retroceso en el amparo que el CEDH dispensa a los derechos de las personas migrantes y refugiadas en las fronteras.

"Expulsiones colectivas"; "devolución en caliente": "CEDH"; "personas refugiadas y migrantes"

The ECtHR, in its Judgment of 13 February 2020 (N.D. and N.T. v Spain) considers that the two summary removals ("hot returns") to which the applicants were subjected after jumping over the fences separating Melilla and the Kingdom of Morocco do not infringe the prohibition of collective expulsions of aliens or the right to an effective national remedy enshrined in the ECHR and its 4th Protocol. The judgment overturns a previous decision that unanimously condemned Spain. This article critically analyses the arguments put forward by the Grand Chamber and assesses the decision as a step backwards in the ECHR's protection of the rights of migrants and refugees at borders.

"Collective Expulsions"; "hot returns", "push-back", "ECHR", "Migrants and Refugees"

* Catedrática de la Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid. Correo de contacto: mmescamilla@der.ucm.es

Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto "Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión" (acrónimo: Iusmigrante) (PID2019-105778RB-I00, convocatoria Proyectos I+D+i 2019), Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Agradezco a Francisco Salvador de la Fuente Cardona, Becario de investigación del Departamento de Derecho Procesal y de Derecho Penal de la UCM, su labor de revisión del texto y de adaptación a las normas de estilo de la REDE, que me ha resultado de gran ayuda.

INTRODUCCIÓN. 1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES. 2. LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES: 2.1. La supuesta falta de jurisdicción. 2.2. La supuesta ausencia de la condición de víctima. 2.3. La supuesta ausencia de agotamiento de los recursos internos. 3. LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIONES COLECTIVAS DEL ART. 4 DEL PROTOCOLO N°4 DEL CEDH. 3.1. El concepto de "expulsión colectiva". 3.2. La existencia de vías legales y efectivas de acceso como excepción a la prohibición de devoluciones colectivas. Los datos y su interpretación. 3.2.1. La posibilidad de pedir asilo en el puesto fronterizo de Beni Enzar. 3.2.2. Solicitudes de protección internacional en embajadas y consulados. 3.3. El criterio de la "propia conducta". 3.4. La "ausencia de lesión material" versus la prohibición de expulsiones colectivas como garantía preventiva de protección de derechos. El derecho al procedimiento. 4. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (ART. 13 CEDH). 5. ¿SENTENCIA AISLADA O CAMBIO DE RUMBO? 6. EXCURSO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 172/2020, DE 19 NOVIEMBRE. FUENTES CITADAS.

INTRODUCCIÓN

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con fecha 13 de febrero de 2020, dictó sentencia en el caso N.D. y N.T. contra el Reino de España (en adelante, *N.D. y N.T. c. España*, 2020). Contra el pronóstico mayoritario[1], revocó la sentencia de la Sección Tercera del Tribunal, de 3 de octubre de 2017 (en adelante, *N.D. y N.T. c. España*, 2017), en la que por unanimidad[2] se había concluido la vulneración por el Reino de España de la prohibición de expulsiones colectivas consagrada en el art. 4 del Protocolo nº 4 del Convenio y la vulneración del derecho a un recurso efectivo del art. 13 CEDH, condenando al Reino de España a pagar 5000 euros en concepto de daño moral a cada uno de los demandantes.

Los demandantes, el día 13 de agosto de 2014, habían intentado entrar en España junto con un grupo de subsaharianos saltando el sistema vallado que delimita la frontera entre la Ciudad Autónoma de Melilla y el Reino de Marruecos. Los demandantes consiguieron acceder a la tercera valla que conforma el dispositivo fronterizo y en ella permanecieron encaramados durante horas hasta que bajaron con la ayuda de agentes de la Guardia Civil. Fueron detenidos, esposados y entregados a las autoridades de Marruecos a través del vallado. Dicha entrega se produjo sin que los demandantes fueran identificados ni pudieran exponer sus circunstancias, tampoco fueron asistidos por abogados ni por intérpretes, ni se les prestó asistencia médica.

Si bien la Gran Sala sólo analiza los hechos denunciados por los demandantes, ya que resuelve una demanda individual del art. 34 CEDH, su resolución tiene gran trascendencia en cuanto supone el enjuiciamiento de la política española de control de fronteras terrestres con Marruecos y, en último extremo, de la política de fronteras de todos aquellos países firmantes del CEDH, puesto que las devoluciones sumarias no son hechos aislados, sino prácticas frecuentes y en algunos países sistemáticas, como ocurre en el caso de España.

[1] Aunque existían indicios que hacían predecir el giro de timón (Sánchez Legido, 2020).

[2] El único voto particular coincidía en la vulneración de la prohibición de devoluciones colectivas, discrepando únicamente en la necesidad de una indemnización, al entender que la declaración de dicha vulneración hubiera bastado para resarcir el perjuicio moral (*N.D. y N.T. c. España*, 2017).

Como pone de manifiesto Sánchez Tomás (2018) en un pormenorizado análisis de la sentencia *N.D. y N.T. c. España* (2017), publicado en esta misma revista y al que me referiré con frecuencia, la relevancia de este pronunciamiento queda acreditada por la circunstancia de que el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ejercitó su derecho a tomar parte en el procedimiento y presentó observaciones por escrito, así como el hecho de que comparecieron como terceras partes en este procedimiento el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) y, conjuntamente, el Centro de Asesoramiento sobre los Derechos de la Persona en Europa ("el Centro AIRE": *Advice on Individual Rights in Europe*), Amnistía Internacional (AI: *Amnesty International*), el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE: *European Council on Refugees and Exiles*) y la Comisión Internacional de Juristas (ICJ: International Commission of Jurists). A estos se sumaron realizando segundas alegaciones el Consejo Holandés para los Refugiados y, en apoyo del Reino de España, los gobiernos francés, belga e italiano, que presentaron observaciones en calidad terceros intervinientes, apoyando las pretensiones del gobierno español (Sánchez Tomás, 2018). El 23 de septiembre de 2018 se celebró la vista pública y el 13 de febrero de 2020 la Gran Sala dictó sentencia. Como se ha apuntado, la Gran Sala consideró que, a pesar de que los demandantes fueron expulsados sumariamente y sin ningún tipo de procedimiento, no se habría producido vulneración ni del art. 13 del CEDH, ni de la prohibición de expulsiones colectivas del art. 4 del Protocolo nº 4[3].

La resolución causó un gran impacto, dando lugar al rechazo generalizado entre operadores jurídicos, académicos y entidades sociales, que han valorado esta resolución como un respaldo al progresivo endurecimiento de la política migratoria de la Unión Europea a costa de los derechos humanos. Antes de profundizar en esta resolución, conviene contextualizar siquiera brevemente la práctica de las "devoluciones en caliente".

1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES

La Ciudad Autónoma de Melilla junto con la Ciudad Autónoma de Ceuta, constituye la única frontera terrestre de la Unión Europea con el continente africano y su peculiar situación geográfica la convierte en una importante ruta migratoria hacia Europa. La procedencia de las personas en tránsito por esta ruta, así como su afluencia, varía en función de las causas que las empujan, de la mayor dificultad o peligrosidad de las rutas alternativas y también del empeño de Marruecos en dificultar el acceso.

Son varias las formas utilizadas para acceder irregularmente a estos territorios de soberanía española: por los pasos fronterizos con documentación falsa u ocultos en vehículos, nadando desde la costa marroquí a la costa melillense o bien a bordo de pequeñas embarcaciones, incluso de juguete, o a través de la valla perimetral, que se ha convertido en un triste emblema de estas ciudades[4]. Precisamente quienes no tienen dinero, pero sí las necesarias condiciones físicas, intentan sortear este impresionante dispositivo fronterizo conocido como "la valla".

[3] La sentencia cuenta con dos votos particulares, que no discrepan del fallo, sino que se limitan a introducir matizaciones sobre los argumentos que sustentan el fallo.

[4] Para una descripción más completa de la realidad migratoria de Ceuta y Melilla, véase Servicio Jesuita a Migrantes e Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (2016).

Este vallado se ha ido reforzando a lo largo de los años y en la actualidad está compuesto por un sistema de doble verja de seis metros de altura, habiéndose instalado entre ambas vallas un tercer dispositivo consistente en una estructura metálica formada por barras clavadas en el suelo unidas por una red de cables –la conocida como sirga tridimensional– . En casi todo el perímetro, las vallas están coronadas de concertinas. Con el actual gobierno de coalición entre PSOE y Unidas Podemos se han retirado las concertinas de los puntos más vulnerables, en los que la altura de la valla ha sido elevada a diez metros, que ahora terminan en una especie de rodillos metálicos[5]. Este sistema de vallado, colocado en territorio español, no es el único obstáculo. Del lado marroquí encontramos dos vallas coronadas de concertinas y un foso escavado que se llena de agua cuando llueve y constituye también un peligro para la integridad de los migrantes.

Saltar la valla es un objetivo difícil y, además, muy peligroso. Y no solo por la posibilidad de caer desde seis o diez metros de altura o por las heridas de las concertinas, sino también por la violencia que con frecuencia despliegan las Fuerzas Auxiliares de Marruecos que operan al otro lado de la valla. Es importante no perder de vista el nivel de violencia que suele acompañar a las "devoluciones en caliente"[6].

La historia de la valla ha estado unida a la práctica de las "devoluciones en caliente", es decir, las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles detienen a los ciudadanos extranjeros ya en territorio nacional o intentando acceder a él y los entregan de forma 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 de esta actuación[7].

La ilegalidad de estas prácticas siempre fue evidente. La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, Ley de extranjería), establecía con claridad que, cuando las personas migrantes fuesen interceptadas en

---

[5] Sobre esta cuestión Martín (2020).

[6] Ya en el informe *Rechazos en frontera: ¿fronteras sin derechos?* (Martínez Escamilla et. al., 2015) advertíamos de las denuncias e informes de organizaciones sociales de derechos humanos y de organismos internacionales de protección, que ponen en duda el respeto de Marruecos a los derechos humanos de las personas migrantes, especialmente cuando son de origen subsahariano y, en consecuencia, la existencia de indicios que permiten pensar que la persona expulsada puede ser sometida a tratos contrarios a los estándares internacionales. Destacábamos especialmente la recomendación del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura:

> Teniendo en cuenta el riesgo de malos tratos infligidos por los miembros de las fuerzas auxiliares marroquíes a los migrantes irregulares, devueltos a Marruecos, el Comité para la Prevención de la Tortura recomienda que las autoridades españolas aseguren que ninguna persona es entregada a ellos. (Consejo de Europa, 2015, ap. 54)

A nivel global, el reciente Informe del Relator Especial para los derechos humanos de los migrantes acentúa la violencia que acompaña a estas prácticas (Relator Especial para los derechos humanos de los migrantes, 2021).

[7] La modalidad más conocida de expulsiones en caliente es la de personas interceptadas tras saltar las vallas fronterizas que separan Ceuta y Melilla del Reino de Marruecos, pero también se producen la devolución de quienes han accedido a las playas españolas a nado o en alguna embarcación o de personas que llegan a alguna de las islas que forman el archipiélago de soberanía española frente a las costas marroquíes. Sobre otras modalidades de "devoluciones en caliente", con referencias a casos concretos, vid. Martínez Escamilla y Sánchez Tomás (2016).

la frontera, procedía la devolución, a adoptar por la autoridad administrativa competente (art. 58.3). El art. 23 del Reglamento de esta ley (RD 557/2011) precisa que

> "las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución" (art. 23.2).

El art. 23.1 concretaba, asimismo, la autoridad administrativa competente para adoptar la orden de devolución, debiéndose observar las garantías recogidas en el artículo 23.3: asistencia jurídica y asistencia de intérprete si el migrante no comprende o habla las lenguas oficiales.

A pesar de la manifiesta ilegalidad[8], 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. No se trata de prácticas individuales y aisladas, sino de la ejecución de una política migratoria. Como señala Sánchez Tomás (2018), en esta dilatada práctica puede destacarse el año 2014, en el que tuvo lugar la tragedia de la playa del Tarajal en Ceuta[9] y la masiva captación y difusión de imágenes sobre cómo se ejecutaban las "devoluciones en caliente".

Ante la imposibilidad de seguir negando estas prácticas, los responsables políticos trataron de justificarlas acudiendo a un "concepto operativo de frontera", que posibilitara negar que las personas interceptadas hubieran accedido a territorio español[10]; una especie de frontera retráctil que permitiera no aplicar la legislación de extranjería a estas personas y que desde un principio se mostró como un concepto carente del más mínimo sustento jurídico.

Desactivado el "concepto operativo de frontera", el gobierno español, entonces desempeñado por el Partido Popular, intentó dotar de cobertura legal a las devoluciones sumarias, introduciendo en la Ley de extranjería un régimen especial para Ceuta y Melilla, que supuestamente legalizaba tales prácticas, que pasan a denominarse "rechazos en frontera"[11]. La nueva regulación entró en vigor el 1 de abril de 2015.

---

[8] Así lo declaró en su informe el Defensor del Pueblo español (2006). Un análisis en profundidad del régimen jurídico aplicable se puede encontrar en Martínez Escamilla *et. al*. (2015).

[9] En la madrugada del 6 de febrero de 2014, un grupo muy numeroso de migrantes – aproximadamente trescientos– intentó entrar a nado en Ceuta, a través de la playa de Tarajal. La Guardia Civil se empleó a fondo para impedirlo, disparando pelotas de goma y botes de humo muy cerca de – algunos testigos afirman que directamente sobre– las personas en el agua, muchas de las cuales a duras penas se mantenían a flote. Además, se dispararon salvas de fogueo, lo que habría incrementado el pánico entre los nadadores, quienes sin duda pensaron que se trataba de fuego real. El resultado fue la muerte de quince personas y numerosos heridos. Los 23 migrantes que lograron acceder a la playa de Ceuta fueron detenidos y "devueltos en caliente" a Marruecos por los agentes de la Guardia Civil a través de las puertas del vallado. Sobre estos hechos, vid. Ca-minando fronteras (2014).

[10] El concepto de "frontera operacional" aparece recogido en el Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014. En profundidad sobre este concepto Martínez Escamilla *et. al*. (2015).

[11] Una interesante lectura de estas prácticas como una manifestación del "derecho administrativo del enemigo", antes y después de la aprobación de la disposición adicional 10ª, se puede ver en Melero Alonso (2015).

Finalmente, estas prácticas llegaron ante el TEDH a través de la demanda de N.D. y N.T. contra España, dando lugar finalmente a la reciente resolución de la Gran Sala (*N.D. y N.T. c. España*, 2020), que es el objeto de este artículo. A continuación, analizaremos la controversia suscitada sobre la jurisdicción en virtud del art. 1 del Convenio (2.1), para continuar con las cuestiones preliminares de la supuesta falta de la condición de víctima (2.2) y de agotamiento de los recursos internos (2.3). Pasaremos entonces al análisis de los pronunciamientos sobre las cuestiones de fondo: la supuesta vulneración del art 4 del Protocolo nº4 (3) y del art. 13 del CEDH (4) y de los argumentos con los que la Gran Sala llega a la conclusión de que las "devoluciones en caliente" denunciadas son conformes al Convenio.

2. LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES

2.1. La supuesta falta de jurisdicción.

La primera de las consideraciones defensivas que utilizó España contra estas demandas fue invocar el art. 1 CEDH. Este precepto establece que "[l]as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio". A su amparo, inicialmente se alegó ante la Sala que los hechos habían ocurrido fuera de territorio español, ya que los demandantes no llegaron a superar el dispositivo de protección del puesto fronterizo, es decir, se negaba que partes del vallado estuvieran en territorio español. Junto a ello, el Reino de España también argumentó que, aunque la valla se situara dentro de la zona terrestre española, el ejercicio de la jurisdicción "puede tener un ámbito objetivo variable respecto de cada uno de los derechos protegidos por el Convenio" (§ 44 *N.D. y N.T. c. España,* 2017).

La apreciación de la Sala para rechazar esta alegación defensiva del Estado español parte de una primera constatación: "la línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla ha sido delimitada por los tratados internacionales en los que son parte los Reinos de España y de Marruecos» y «no puede ser modificada a instancia de uno de estos Estados por las necesidades de una situación concreta de hecho" (§ 53 *N.D. y N.T. c. España*, 2017). Como indica Sánchez Tomas (2018),

> [e]llo supone un pronunciamiento concluyente del TEDH, por un lado, respecto de la constatación fáctica de que la integridad de la valla está construida en territorio de soberanía española desde la perspectiva de la legalidad de los convenios internacionales en que se sustenta la delimitación fronteriza; y, por otro, respeto de la desautorización del concepto operativo de frontera, que había pretendido imponerse como concluyente para eludir no solo la aplicación del ordenamiento jurídico español sino también las obligaciones internacionales contraídas por el Reino de España con la firma y ratificación del CEDH.

No obstante, en la sentencia de 2017 se incide en que lo determinante para establecer la jurisdicción del TEDH, desde la perspectiva del art. 1 CEDH – y, por ende, la eventual responsabilidad del Estado español– , radica en el hecho incontestable de que la actuación objeto de demanda había sido desarrollada bajo el control de agentes del Reino de España. A esos efectos, y con cita de la doctrina establecida en la sentencia *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012), se afirma que

> desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, de facto, de las autoridades

> españolas. Ninguna especulación que ataña a las competencias, funciones y actuación de las fuerzas del orden españolas en cuanto a la naturaleza y el fin de su intervención podría llevar al TEDH a otra conclusión (§ 54 *N.D. y N.T. c. España*, 2017).

La conclusión no puede ser más contundente: "no hay ninguna duda de que los hechos que sustentan las alegadas violaciones están bajo la `jurisdicción´ de España con arreglo al artículo 1 del Convenio" (§ 55 *N.D. y N.T. c. España,* 2017).

En sus alegaciones ante la Gran Sala, el representante del Reino de España ya no cuestionó que todos los elementos del entramado fronterizo estuvieran en territorio español, pero insistió en la idea de "frontera operacional", según la cual sólo se comienza a aplicar la jurisdicción "en el momento en que los migrantes han cruzado completamente las tres vallas que conforman el sistema de control fronterizo y han superado el dispositivo policial", arguyendo que "[s]i fuera de otro modo, el resultado sería un "efecto llamada" susceptible de generar una crisis humanitaria de grandes proporciones" (§ 91 *N.D. y N.T. c. España, 2020*).

La Gran Sala también desestima la objeción relativa a la falta de jurisdicción, sustentando sus argumentos, al igual que la sentencia de la Sala, en la constatación de que los hechos tuvieron lugar en territorio español, y rechaza el concepto de frontera operacional, recordando que

> la naturaleza específica del contexto migratorio no puede justificar un ámbito de ilegalidad en el que los individuos no estén amparados por un sistema que les permita disfrutar de los derechos y garantías previstas en el Convenio, que los Estados se han comprometido a asegurar a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (§ 110 *N.D. y N.T. c. España,* 2020).

Si bien estos pronunciamientos desactivan los argumentos de Reino de España sin necesidad de mayor abundamiento, se echa en falta una referencia de la Gran Sala al concepto funcional de jurisdicción que sí fue utilizado por la sentencia de la Sala de 2017, y que constituye una idea clave en la protección que el CEDH brinda a las personas migrantes y refugiadas también en los "espacios frontera".

2.2. La supuesta ausencia de la condición de víctima.

La segunda de las alegaciones del Reino de España fue que los demandantes no habían acreditado suficientemente su condición de víctimas, con arreglo al art. 34 CEDH, al no aportar pruebas de que formaban parte del grupo de personas devueltas el día de autos a las autoridades marroquíes.

La sentencia de la Sala rechazó esta excepción preliminar en atención al esfuerzo realizado por los demandantes, que habían aportado material audiovisual para sustentar su participación en los hechos, y acentuando que no se "puede ignorar que, si los demandantes no pueden aportar documentos que les identifiquen de manera más nítida entre el grupo de inmigrantes expulsados el día 13 de agosto de 2014" es, sobre todo, porque en el momento de su expulsión "los extranjeros devueltos no fueron objeto de ningún procedimiento de identificación", "el Gobierno no puede escudarse tras la ausencia de identificación cuando él mismo es el responsable" (§ 60 *N.D. y N.T. c. España,* 2017).

En sus alegaciones ante la Gran Sala, el representante del Reino de España admite que las personas que se ven en el video de las expulsiones aportado pudieran ser los demandantes, pero estos habrían perdido la condición de víctimas al haber entrado posteriormente en España y

haber sido objeto de procedimientos de expulsión individuales. La falta de consistencia de esta argumentación permite a la Gran Sala desestimarla con una simple frase: "este Tribunal no puede tomar en consideración los hechos ocurridos tras un cruce distinto de la frontera" (§ 114 *N.D. y N.T. c. España,* 2020)[12].

2.3. La supuesta ausencia de agotamiento de los recursos internos.

También el Reino de España invocó como excepción preliminar la falta de agotamiento de la vía interna. Como señala Sánchez Tomás (2018), dicho planteamiento puede calificarse de confuso, pues no se intentó fundamentar en la falta de impugnación por parte de los demandantes de la devolución de que fueron objeto el día 13 de agosto de 2014, sino en la falta de impugnación de las órdenes de expulsión dictadas posteriormente el 7 de noviembre de 2014 y el 26 de enero de 2015, cuando los demandantes lograron acceder a España tras un segundo intento de saltar la valla. Tanto la Sala como posteriormente la Gran Sala rechazaron la excepción recordando que la queja de los demandantes se refiere a los hechos del 13 de agosto de 2014, que es cuando las autoridades españolas habrían devuelto a los demandantes de forma sumaria (§65 *N.D. y N.T. c. España*, 2017, §121 *N.D. y N.T. c. España*, 2020).

Considera Sánchez Tomás (2018) que más allá de la torpeza de la representación del gobierno de España en la articulación de esta excepción, se trataría de una excepción condenada a ser rechazada pues las "devoluciones en caliente" constituían "una reiterada actuación administrativa que cuenta con la tolerancia oficial del Reino de España, lo que implica una dispensa del deber de agotamiento de la vía nacional interna"[13].

3. LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIONES COLECTIVAS DEL ART. 4 DEL PROTOCOLO N°4 DEL CEDH.

El artículo 4 del Protocolo nº 4 CEDH establece que "quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros", justificando los demandantes la invocación de este precepto en que habrían sido expulsados sin un examen individualizado.

La representación del Reino de España intentó rebatir tal invocación mediante los siguientes argumentos: (i) que los hechos no podían ser considerados "expulsión", sino una denegación o prevención de entrada en territorio español invocando la distinción establecida en el Código de Fronteras Schengen entre impedir la entrada en un Estado miembro y el procedimiento a seguir respecto de quienes ya han logrado entrar ilegalmente (§ 132 *N.D. y N.T. c. España*, 2020); (ii) tampoco concurriría el carácter "colectivo", "es decir, tenía que afectar a un grupo de personas caracterizado por sus circunstancias comunes y específicas del grupo en cuestión" (§133, *N.D. y N.T. c. España*, 2020). Por otra parte, alegó el gobierno español que (iii) los demandantes procedían de terceros países seguros y que podrían haber intentado entrar legalmente en España si hubieran presentado solicitudes de asilo en la embajada o en los consulados españoles en Marruecos", así como en el resto de los países de tránsito o en el puesto fronterizo autorizado de Beni Enzar. También se alega que podrían haber conseguido un contrato para trabajar en España desde sus países de origen (§ 128 *N.D. y N.T. c. España*, 2020). Estos argumentos se volvieron a

[12] Recientemente ha recaído sentencia del TEDH (*Albert Julio Doumbe Nnabuchi c. España*, 2021) sobre otro episodio de devoluciones en caliente en Melilla. En ella se inadmite la demanda por insuficiente acreditación de la condición de víctima. Vid. infra epígrafe 5.

[13] Especialmente interesante la relación y análisis que ofrece este autor de los diversos intentos que desde la sociedad civil se desarrollaron para conseguir un pronunciamiento sobre la ilegalidad de estas prácticas (Sánchez Tomás, 2018)

esgrimir en la impugnación de la sentencia de la Sala, añadiendo, (iv) que "no existe un derecho a entrar en un Estado fuera de los pasos fronterizos" (§ 134 *N.D. y N.T. c. España,* 2020) y que una decisión del Tribunal que legitimara esta conducta ilegal crearía un indeseable "efecto llamada" (§ 129 *N.D. y N.T. c. España,* 2020).

3.1. El concepto de "expulsión colectiva".

La alegación preliminar por la que los hechos no podían considerarse "expulsiones" ni calificarse de "colectivas" a los efectos del art. 4 del Protocolo nº 4 fue desestimada, tanto por la Sala como por la Gran Sala. La Sala insistió en que lo relevante a efectos del concepto de "expulsión" no era si los demandantes habían sido expulsados antes o después de haber entrado en territorio español, sino – en aplicación de la jurisprudencia sentada en el asunto *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* (2014)– que lo determinante era si se encontraban bajo control continuado y exclusivo de las autoridades españolas cuando fueron entregados a Marruecos contra su voluntad (§§ 102-105 *N.D. y N.T. c. España,* 2017)[14].

Por su parte, la Gran Sala, tras una extensa disquisición sobre el concepto de expulsión en el marco del art. 4 del Protocolo nº 4 (§§ 166 y ss. *N.D. y N.T. c. España,* 2020), finalmente también echa mano del concepto de jurisdicción, si bien en el sentido territorial utilizado al rechazar la alegación preliminar de falta de jurisdicción, limitándose a constatar que "es indiscutible que los demandantes fueron expulsados de territorio español y devueltos por la fuerza a Marruecos contra su voluntad y esposados por agentes de la Guardia Civil", es decir, se produjo "una «expulsión» en el sentido del artículo 4 del Protocolo nº4, siendo dicha disposición aplicable al presente caso" (§191 *N.D. y N.T. c. España,* 2020). Con igual contundencia se desestima la alegación de que las devoluciones analizadas no pueden calificarse de "colectivas". La Sala reafirmó la jurisprudencia ya establecida en el asunto la *Čonka c. Bélgica* (2002), de acuerdo con la cual lo determinante es verificar si las decisiones de expulsión habían tomado en consideración las circunstancias particulares. El TEDH pone de manifiesto que las llamadas "devoluciones en caliente" que sufrieron los demandantes habían sido ejecutadas

> en ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa. En ningún momento han sido objeto los demandantes de procedimiento alguno. La cuestión de garantías suficientes que acreditan una consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas afectadas ni siquiera se plantea en este asunto, en ausencia de todo examen de las circunstancias individuales de los demandantes, al no haber sido estos, objeto de ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas. En estas circunstancias, el TEDH estima que el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas de los individuos afectados (§ 107 *N.D. y N.T. c. España*, 2017).

Por su parte, la Gran Sala "reitera su jurisprudencia según la cual el número de personas afectadas por una medida es irrelevante a la hora de determinar si se ha vulnerado el artículo 4 del Protocolo nº4". A su juicio, el criterio decisivo para que una expulsión sea calificada de

[14] Un análisis de la jurisprudencia del TEDH en relación con la garantía sobre la expulsión de extranjeros no vinculado a su carácter "colectivo" se puede ver en Boza Martínez (2007) y García Vitoria (2015).

"colectiva" ha sido siempre la ausencia de "un análisis razonable y objetivo del caso concreto de cada uno de los extranjeros del grupo" (§ 203 *N.D. y N.T. c. España,* 2020)[15].

3.2. La existencia de vías legales y efectivas de acceso como excepción a la prohibición de devoluciones colectivas. Los datos y su interpretación.

Constatada la aplicabilidad del art. 4 del Protocolo nº 4, para la determinación de si efectivamente se vulneró la prohibición que consagra, la Sala procedió a la constatación de la realidad de cómo se desarrollaban estas prácticas. Así, se afirmó, 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 *N.D. y N.T. c. España*, 2017); 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).

A pesar de constar la ausencia de un procedimiento individualizado y de afirmar que la actuación de las autoridades españolas es subsumible en el concepto de expulsiones colectivas, la Gran Sala entendió que no se produjo una efectiva lesión de tal prohibición. Para la Gran Sala la lesión o no de dicha prohibición dependerá de si existían o no procedimientos legales para entrar en España en el momento de los hechos, de si estos procedimientos ofrecían a los demandantes una oportunidad real y efectiva de presentar motivos contra su entrega a las autoridades marroquíes y de si, en caso afirmativo, los demandantes hicieron uso de tales posibilidades (§ 208 *N.D. y N.T. c. España,* 2020).

> En consecuencia, este Tribunal debe determinar si las opciones que, según el gobierno, están a disposición de los demandantes para entrar legalmente en España, en particular para solicitar la protección del art. 3, existían en el momento de los hechos y, en caso afirmativo, si los demandantes podían acceder a ellas de forma real y efectiva. En caso de que así fuera y los demandantes no utilizaron dichos procedimientos legales, sino que cruzaron la frontera ilegalmente (en este caso aprovechando su gran número y utilizando la fuerza), sólo la ausencia de razones de peso (como se describe en el párrafo 201) que impidieran el uso de dichos procedimientos podrían conducir a la conclusión de que ello fue

[15] En su voto parcialmente discrepante el Juez Koskelo mantiene que la prohibición de expulsiones colectivas no es aplicable al caso. Su argumentación no discute el hecho de que tanto las entregas realizadas en frontera como las expulsiones verificadas desde el territorio merecen el calificativo de expulsión a los efectos del analizado artículo 4. Según dicho juez existe un vínculo entre el artículo 4 y el principio de no devolución en el contexto de la entrada de extranjeros, de tal manera que solo las personas con derecho a ser protegidas por el CEDH, en especial por el principio de no devolución, tienen derecho a invocar el art 4 del Protocolo nº 4. Es decir, no puede invocar la prohibición de expulsiones colectivas quien no puede invocar el principio de no devolución, debiendo ser su demanda no ya desestimada, sino inadmitida, pues las quejas de los demandantes con arreglo al art. 3 del CEDH fueron declaradas inadmisibles por infundadas en una fase temprana del procedimiento.

> consecuencia de la propia conducta de los demandantes, lo que justificaría que los agentes españoles de la frontera no los identificaran individualmente (§ 211 *N.D. y N.T. c. España,* 2020).

En la constatación de estos extremos, la Gran Sala hizo suyos los argumentos del gobierno español, que había esgrimido que "[l]os demandantes procedían de terceros países seguros, no habían estado expuestos a riesgos y podrían haber intentado entrar legalmente en España si hubieran presentado solicitudes de asilo en la embajada o en los consulados españoles en Marruecos", así como "en el resto de los países de tránsito o en el puesto fronterizo autorizado de Beni Enzar. Alternativamente, podrían haber conseguido un contrato para trabajar en España desde sus países de origen" (§ 128 *N.D. y N.T. c. España,* 2020).

Así, el fallo desestimatorio se basa en la idea de que existían vías legales y efectivas para solicitar la admisión en el territorio nacional, concediendo especial relevancia a la posibilidad de solicitar protección internacional en el puesto fronterizo de Beni Enzar, en Melilla.

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

Que el fallo desestimatorio se sustentara en la posibilidad de pedir asilo en el mencionado puesto fronterizo causó estupor, pues es un hecho notorio – alegado por los demandantes y por terceros intervinientes– las graves dificultades que tienen las personas migrantes, especialmente si son subsaharianas, para acceder a la parte española del puesto fronterizo de Beni Enzar. Para ello tendrían que traspasar previamente el control migratorio desarrollado por la policía marroquí, cuya misión es mantener a estas personas alejadas de la frontera. Para fundamentar la anterior afirmación, la sentencia maneja unos datos – proporcionados por el Estado español– que, lejos de resultar concluyentes, apuntarían la conclusión contraria, es decir, probarían la dificultad de solicitar asilo en frontera, por lo que la inferencia realizada por la Gran Sala podría calificarse de carente de lógica y racionalidad. Incluso reconoce la Gran Sala que, al tiempo de los hechos, todavía no funcionaba la Oficina de Protección Internacional del puesto fronterizo de Beni Enzar, apertura que tuvo lugar el 1 de septiembre de 2014. Sin embargo,

> el Tribunal no tiene motivos para dudar de que antes incluso de la creación, el 1 de septiembre, de la Oficina de Protección Internacional en Beni Enzar, no sólo existía la obligación jurídica de aceptar las demandas de asilo en ese puesto fronterizo, sino también la posibilidad real de presentar dichas solicitudes (§ 214 *N.D. y N.T. c. España,* 2020).

Como prueba de ello esgrime que, – siempre según los datos aportados por el Estado demandado– , entre 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 África (§ 213 *N.D. y N.T. c. España,* 2020)[16]. Y continúa, pretendidamente en apoyo de la existencia de vías legales y

[16] Estas seis solicitudes habrían sido de personas procedentes de Argelia, Burkina Faso, Camerún, Congo, Costa de Marfil y Somalia (§ 213 *N.D. y N.T. c. España,* 2020). Hubiera sido interesante saber si estas personas efectivamente llegaron al puesto fronterizo desde Marruecos y cuál fue la forma de acceso al territorio. 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 importantes cantidades de dinero a la policía marroquí. Por otra parte, es relevante señalar que es frecuente que las personas que, tras acceder de forma irregular a Melilla, manifiestan su voluntad de solicitar protección internacional, sean remitidas a la oficina de protección internacional del puesto fronterizo para que formalicen allí su solicitud, pero no se trata de personas que han accedido a dicha oficina directamente desde Marruecos, por lo que el

efectivas, señalando que

> el número de solicitantes de asilo procedentes de África subsahariana no aumentó después del 1 de septiembre de 2014, a diferencia del número de solicitudes de nacionales sirios[17]. De hecho, no se presentó ni una sola solicitud de asilo de personas del África subsahariana en Beni Enzar entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2014 o durante todo el 2015, mientras que solo se presentaron dos solicitudes de este tipo en 2016 y ninguna en 2017 (§ 216 *N.D. y N.T. c. España,* 2020).

En resumen, en uno de los pasos fronterizos más transitados, en una de las más importantes rutas migratorias hacia Europa, el que desde 2014 hasta finales de 2017 se presentaran un total ocho 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. A partir de estos datos, concluir que "el Estado demandado proporcionó un acceso real y efectivo al territorio español en el paso fronterizo de Beni Enzar" (§ 222 *N.D. y N.T. c. España,* 2020), sugiere algo más grave incluso que el simple desconocimiento de la realidad migratoria en la que se produjeron los hechos.

3.2.2. Solicitudes de protección internacional en embajadas y consulados.

Aunque la Gran Sala considera suficiente para desestimar la demanda la afirmada posibilidad de acceso al puesto fronterizo de Beni Enzar, pasa a analizar la alegación del gobierno español en el sentido de que "los demandantes también tenían acceso a las embajadas y consulados españoles donde, según la legislación española, cualquier persona puede presentar una solicitud de protección internacional" (§ 222 *N.D. y N.T. c. España,* 2020). También esta afirmación causó perflejidad.

> 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 [en adelante, Ley de Asilo]. 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.

---

número de solicitudes formalizadas en esta oficina no puede interpretarse como posibilidad de acceso a la misma para las personas que se encuentran en Marruecos.

[17] La Gran Sala también se hace eco del dato de que tras la apertura de la Oficina de Protección Internacional en el puesto fronterizo de Beni Enzar se habrían presentado en ella desde el 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2020, 404 solicitudes de asilo, todas ellas de personas sirias (§ 215 *N.D. y N.T. c. España,* 2020). De este dato podrían inferirse lógicamente dos ideas. La primera, la dificultad para solicitar asilo en el puesto fronterizo antes de la apertura de la Oficina de Asilo de Melilla. Las personas sirias que a partir de entonces lo hicieron no emergieron de la nada el 1 de septiembre, sino que se encontraban en las cercanías del puesto fronterizo esperando poder entrar en España de forma irregular, mayormente con documentación falsa. En segundo lugar, que el *racial profiling* opera como un obstáculo, pues el número de solicitudes de personas subsaharianas, tanto antes como después de la apertura, es totalmente irrisorio. Sin embargo, para la Gran Sala la cifra comentada "no pone en tela de juicio la accesibilidad de Beni Enzar antes del 1 de septiembre de 2014" (§ 215 *N.D. y N.T. c. España,* 2020).

Estas palabras de Fernández Burgueño (2018, p.1), reflejarían la percepción de juristas y entidades sociales acerca de la imposibilidad de pedir asilo en embajada[18].

La Gran Sala, asume nuevamente los argumentos del Estado español. Estos se centraban en el Capítulo V de la Ley de Asilo, que bajo el título "Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados" contiene un único precepto, el art. 38, cuyo tenor 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 procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos.

La Gran Sala rechazó las advertencias de los demandantes y de las terceras partes relativas a que el mencionado art. 38 no se estaría aplicando y 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).

Además, la sentencia reproduce 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 porque 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 embajadas. Así es como consta en los datos oficiales (Ministerio del Interior, 2014).

Llegados a este punto, resulta importante poner de manifiesto cómo, mientras la representación del Reino de España proclama ante la Gran Sala que el art. 38 permitía el asilo en embajada, los hechos demuestran que el gobierno de España ha venido oponiéndose a dicha interpretación del art. 38. Esta contradicción entre las declaraciones y los hechos quedó patente en el procedimiento que dio lugar a la STS 1327/2020 (Sala Tercera), que comentaremos brevemente a continuación.

La referida sentencia trae causa en los siguientes hechos: El Señor X, junto con su esposa y sus dos hijas, había llegado a Grecia procedente de Iraq en febrero de 2016. En el marco del programa de reubicación de refugiados, le fue concedida la reubicación a la esposa y a las dos hijas, que fueron trasladas a España, donde solicitaron protección internacional, siéndole reconocida protección subsidiaria. Al Sr. X le fue denegada la reubicación, quedándose en Grecia. El Sr. X había solicitado protección internacional en la embajada de España en Grecia por vía telemática el

[18] Poniendo también de manifiesto la imposibilidad de pedir asilo en embajada, vid. Sánchez Legido (2020), quien –entre otros argumentos– menciona la recomendación formulada por el Defensor del Pueblo (2016), en la que se solicitaba la modificación de la Ley de Asilo "a fin de introducir la posibilidad de prestar las demandas de protección internacional en las representaciones en el exterior. Si ello no fuera posible, introducir con carácter urgente un visado humanitario que permita el acceso del potencial solicitante al territorio nacional para pedir asilo en territorio". Vid. en el mismo sentido, CEAR (2020).

14 de abril de 2017, por el mecanismo del art. 38 de la Ley de Asilo. Ante la falta de respuesta, el Sr. X interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud presentada en la embajada de España en Grecia. Este recurso fue estimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, de 28 de marzo de 2019 (nº de recurso 900/2017), reconociendo su derecho a que se promueva su traslado a España a los efectos previstos en la Ley de Asilo.

Frente a este reconocimiento, el Abogado del Estado interpuso recurso de casación alegando, entre otros extremos, que "el artículo 38 de la Ley 12/2009 no había sido objeto de desarrollo reglamentario, no existiendo como tal un procedimiento administrativo para poder aplicar ese artículo […]" concluyendo, tras detenida argumentación, que "[l]a ausencia de desarrollo reglamentario no puede suplirse siquiera con los preceptos mencionados del Reglamento de la anterior Ley de Asilo por lo que habrá que esperar a este desarrollo reglamentario para poder aplicar el art. 38 de la vigente Ley de Asilo". El Tribunal Supremo desestimó el recurso, haciendo constar en sus fundamentos jurídicos precisamente la diametral contradicción existente entre la postura sostenida por el Abogado del Estado en el recurso de casación y la esgrimida por la representación del gobierno español ante la Gran Sala del TEDH, que fue asumida por el TEDH en su sentencia de 13 de febrero de 2020 y que el Tribunal Supremo reproduce para desestimar el recurso interpuesto en representación de la Administración del Estado.

La Gran Sala, en su afán de sustentar la existencia de vías seguras y efectivas de acceso, llega incluso a apunta que los demandantes habrían tenido la posibilidad de acercarse al Consulado español en Nador, a pocos kilómetros del bosque donde vivían y donde presupone que tenían acceso al procedimiento de protección internacional, apuntando que los demandantes "[n]o dieron ninguna explicación al Tribunal sobre por qué no lo hicieron. De hecho, ni siquiera alegaron que se les hubiera impedido utilizar dichas posibilidades" (§ 227). Quizá hubiera sido pertinente que la Gran Sala, antes de afirmar la posibilidad real de solicitar protección internacional en el Consulado de Nador, 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 dicho Consulado. Probablemente ninguna[19].

Y para apuntalar la existencia de vías legales y efectivas, añade la Gran Sala que

> [p]or último, los demandantes tampoco cuestionaron la posibilidad real y efectiva de solicitar un visado en otras embajadas españolas, ya fuese en sus países de origen o en alguno de los países por los que habían transitado desde 2012. […] En la vista ante la Gran Sala, el Gobierno ofreció cifras concretas que mostraban que se había expedido un número

[19] El juez Koskelo, en su voto parcialmente discrepante, critica que la argumentación mayoritaria entre a valorar la posibilidad de pedir asilo. A diferencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el Convenio no incluye disposiciones relativas al derecho de asilo o la protección internacional, más allá del principio de no devolución. "Por lo tanto, garantizar el acceso a los procedimientos de asilo a los extranjeros que deseen entrar en la jurisdicción de un Estado Parte no es una cuestión que entre en el ámbito del Convenio y, por consiguiente, no es una cuestión que deba analizar el Tribunal" (§ 14 del voto particular), como tampoco debería analizar las obligaciones más amplias en cuanto a la provisión de acceso a la entrada para los extranjeros a través de las fronteras exteriores del Estado (§19). En definitiva, "el Convenio no está concebido como un instrumento para vigilar las obligaciones de los Estados Parte derivadas de otros tratados internacionales como la Convención de Ginebra, o el Derecho europeo […]" (§ 15).

> considerable de permisos de trabajo a ciudadanos de Costa de Marfil en el periodo pertinente. Dichas estadísticas tampoco fueron refutadas por los demandantes (§ 228).

Pero la Gran Sala, además de asumir acríticamente las afirmaciones de la representación de España, desliza la idea de que "aun suponiendo que existieran dificultades para acceder a este puesto fronterizo del lado marroquí, no ha quedado demostrado ante este Tribunal la responsabilidad del Gobierno demandado por dicha situación" (§ 221 *N.D. y N.T. c. España,* 2020) (en el mismo sentido, §§ 218 in fine y 220). Esta idea, que se apunta pero que no se desarrolla, supondría dejar prácticamente sin contenido la prohibición de "devoluciones en caliente" y refuerza la sospecha de la permeabilidad del TEDH a las presiones de algunos Estados.

3.3. El criterio de la "propia conducta".

Tras la afirmación de la (supuesta) existencia de alternativas legales y efectivas para acceder al territorio, la Gran Sala asume que la expulsión habría sido consecuencia de la "propia conducta" de los demandantes.

> En consecuencia, de conformidad con su jurisprudencia reiterada el Tribunal considera que la ausencia de decisiones individualizadas de expulsión puede deberse al hecho de que los demandantes, si efectivamente deseaban hacer valer sus derechos en virtud del Convenio, no hicieron uso de los procedimientos formales de entrada existentes a tal efecto, lo que por tanto fue consecuencia de su propia conducta. Por consiguiente, no ha habido vulneración alguna del artículo 4 del Protocolo nº 4 (§ 231 *N.D. y N.T. c. España,* 2020). La propia conducta del solicitante es un factor relevante para evaluar la protección que debe otorgarse en virtud del art. 4 del Protocolo nº4 (§ 200 *N.D. y N.T. c. España,* 2020).

Con ello, la Gran Sala estaría configurando una especie de excepción a la prohibición de devoluciones colectivas, de tal manera que no lesionarían tal prohibición las expulsiones sumarias, sin individualización, cuando a pesar de existir vías de acceso legales y seguras, la persona expulsada no hubiera hecho uso de ellas.

A pesar de su calado, esta afirmación no viene acompañada de una argumentación consistente, sino que la Gran Sala se limita a afirmar que tal conclusión es consecuencia de la aplicación de "la doctrina consolidada de este Tribunal". Sin embargo, como apuntan Pichl y Schmalz (2020), 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 inéditos.

Efectivamente, por lo que alcanzamos a ver de la jurisprudencia que cita la Gran Sala como antecedente de este criterio, tan sólo dos pronunciamientos lo utilizan como *ratio decidendi*. En la decisión en el asunto *Berisha y Haljiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia* (2003), 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 las apelaciones. Por su parte, en el asunto *Dritsas y otros c. Italia* (2011), se declaró la inadmisibilidad de la demanda porque 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. El criterio de "la propia conducta" que utilizan estas sentencias tiene poco que ver con el sentido que le atribuye ahora la Gran Sala.

Por otra parte, las anteriores consideraciones van acompañadas de una narrativa criminalizadora que culpabiliza a los demandantes. Se consigna en la sentencia que "de hecho, fueron los demandantes quienes se arriesgaron al participar en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla el 13 de agosto 2014, aprovechando el gran número de miembros del grupo y utilizando la fuerza" (§ 231 *N.D. y N.T. c. España,* 2020). 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 entre los principios generales aplicables al caso como otra posible excepción a la prohibición de las expulsiones (§ 201)[20].

3.4. La "ausencia de lesión material" versus la prohibición de expulsiones colectivas como garantía preventiva de protección de derechos. El derecho al procedimiento.

La sentencia analizada aún incluye más afirmaciones preocupantes. Aunque sin especial énfasis, ni ulterior desarrollo, se desliza el que podríamos denominar argumento de la "ausencia de lesión material". Entre los fundamentos jurídicos 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 *N.D. y N.T. c. España,* 2020). Es decir, la prohibición de expulsiones colectivas solo ampararía a quienes tuvieran razones que oponer a la expulsión.

Como señalan Pichl y Schmalz (2020), esta forma de entender la prohibición de devoluciones colectivas carece de sentido: el art. 4 del Protocolo nº 4 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" (Pichl y Schmalz, 2020). Efectivamente, el criterio apuntado, por el que la prohibición de expulsiones colectivas solo ampararía a quienes tengan razones que oponer a la expulsión, carece de sentido, – parafraseando a Pichl y Schmalz (2020)– porque nunca puede verificarse, ya "que la persona expulsada no tiene, en ausencia de un procedimiento individual, ninguna posibilidad de explicarse".

Esta exigencia de tener algún derecho que oponer a la expulsión despoja a la prohibición analizada de su función como garantía de derechos. Si, además, ha de tratarse de alguno de los derechos sustantivos protegidos por el Convenio, en particular el art. 3, la prohibición de expulsiones colectivas devendría totalmente superflua, pues para recabar el amparo del TEDH bastaría acudir al art. 3 del Convenio (Zirulia y Peers, 2017).

La prohibición de devoluciones colectivas ha de ser entendida a nuestro juicio como un instrumento para la prevención de vulneraciones de derechos humanos, no como un mero reconocimiento a posteriori de un derecho ya vulnerado. Como argumentaba el juez Serghides en su voto particular en el asunto *Khlaifia y otros c. Italia* (2016)[21], el artículo 4 del Protocolo nº 4

[20] El ministro del interior, el Sr. Grande-Marlaska, precisamente acentuó esta idea tras la publicación de la sentencia (Sánchez, 2020).

[21] En esta sentencia, la Gran Sala revocaba una sentencia anterior de Sala, de 1 de septiembre de 2015, que había dado la razón a los demandantes en todas las vulneraciones denunciadas, incluida la del art. 4 del Protocolo nº 4 y la vulneración del derecho a un recurso efectivo (art. 13) en relación también con las

proporciona garantías procesales independientes de la situación individual del demandante, porque fue precisamente diseñado para conocer la situación de la persona cuya expulsión se decide (§62). Para este magistrado, la prohibición de expulsión colectiva es en última instancia una prohibición de arbitrariedad y de discriminación (§ 11).

No podemos estar más de acuerdo. La soberanía de los Estados para expulsar a una persona extranjera no constituye una potestad ilimitada, sino que encuentra límites en el Derecho internacional de los derechos humanos. Algunos ejemplos serían los derechos de los refugiados, de los menores de edad no acompañados, de las víctimas de trata o el principio de no devolución. Pero la tutela de estos derechos sólo es posible cuando existe un mínimo de indagación, cuando se da la posibilidad a la persona interceptada de exponer su situación. Un mínimo procedimiento, que por definición no existe en las "devoluciones en caliente", es imprescindible para que el Estado pueda cumplir con sus compromisos internacionales. En una frontera como la de Melilla, en la que al otro lado de la valla hay sin duda un relevante número de personas a las que el Derecho internacional de los derechos humanos otorga protección, afirmar que la expulsión por la vía de hecho puede no lesionar la prohibición del art. 4 del Protocolo nº 4 supone alentar la efectiva vulneración de derechos por parte de los Estados.

En cuanto a la prohibición de devoluciones colectivas como garantía frente a la arbitrariedad, el que las fuerzas y cuerpos de seguridad puedan actuar por la vía de hecho supone una quiebra indiscutible de los principios y garantías esenciales que han de regir la actuación de la Administración en un Estado de Derecho, como son el principio de interdicción de la arbitrariedad y el sometimiento al ordenamiento jurídico. Estos representan a su vez una garantía para los derechos individuales, que solo pueden respetarse si en su actuación la Administración sigue un procedimiento que garantice la audiencia al interesado y si dicha actuación puede ser sometida a control, lo cual, por definición no sucede en las devoluciones colectivas. La individualización de la decisión de expulsar (se utiliza expulsar con propiedad porque el TEDH considera que técnicamente son expulsiones del art. 4 del Protocolo nº4) y el derecho de audiencia que presupone podría entenderse incluso como una derivación de la dignidad humana, derecho a la palabra que concedemos a quien ha cometido un delito pero que se niega a las personas migrantes y refugiadas en los espacios frontera.

Por último, como también nos recuerda el juez Serghides en su voto particular en el mencionado asunto *Khlaifia y otros c. Italia* (2016), las normas del Convenio han de ser interpretadas en el sentido más favorable a la protección de los derechos humanos.

4. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (ART. 13 CEDH)

---

expulsiones colectivas de las que habrían sido objeto. Sin embargo, la Gran Sala manifestó que el artículo 4 del Protocolo nº 4 no garantiza el derecho a una entrevista individual en todas las circunstancias, "los requisitos de esta disposición podrán satisfacerse cuando cada extranjero tenga una posibilidad real y efectiva de presentar argumentos en contra de su expulsión, y cuando esos argumentos sean examinados de manera adecuada por las autoridades del Estado demandado" (§ 248). Aunque no parece ser la *ratio decidendi* de la resolución, la Gran Sala cuestionó la utilidad de una entrevista individual en el presente caso, al observar también que los representantes de las demandantes, tanto en sus observaciones escritas como en la audiencia pública, "no pudieron indicar el menor fundamento fáctico o jurídico que, según el derecho internacional o nacional, podrían haber justificado la presencia de sus clientes en territorio italiano e impedir su expulsión" (§ 253).

La misma idea – el que los migrantes optaron por un procedimiento ilegal y peligroso– sirve a la Gran Sala (*N.D. y N.T. c. España,* 2020) para desestimar la lesión del art. 13 CEDH:

> [...] este Tribunal considera que los demandantes se pusieron en situación de ilegalidad al intentar deliberadamente entrar en España cruzando los dispositivos de protección de la frontera de Melilla el 13 de agosto de 2014, formando parte de un grupo numeroso y por un punto no autorizado. Así pues, optaron por no utilizar los procedimientos legales existentes para entrar legalmente en territorio español [...]. En la medida que el Tribunal ha considerado que la falta de un procedimiento individualizado para su expulsión fue consecuencia de la propia conducta de los demandantes al intentar entrar sin autorización en Melilla [...], no puede considerar responsable al Estado demandado por no haber puesto a su disposición un recurso judicial contra dicha expulsión (§ 242).

Al basar la desestimación de la alegada vulneración del art. 13 CEDH en el criterio de la existencia de medios de acceso legales y efectivos y en el criterio de la propia conducta, poco hemos de añadir a los argumentos con los que hemos tratado de rebatir tales criterios.

5. ¿SENTENCIA AISLADA O CAMBIO DE RUMBO?

La doctrina introducida por *N.D. y N.T. c. España* (2020) supone un claro retroceso en la interpretación de la protección que el CEDH dispensa a las personas migrantes y refugiadas. Las fronteras se han convertido en espacios sin derechos y si alguna vez el TEDH fue un faro en este naufragio de los derechos humanos que son las políticas migratorias, en la Sentencia NT y ND c España 2020 el TEDH se muestra permeable a las presiones de los Estados.

La idea de que se trata de un auténtico cambio de rumbo se ve afianzada con la reciente decisión recaída en el asunto *Albert Julio Doumbe Nnabuchi c. España* (2021). Los hechos denunciados se remontan al 15 de octubre 2014. El demandante, junto con un elevado número de personas, logró encaramarse a la tercera valla del dispositivo fronterizo, siendo obligado a bajar por la Guardia Civil mediante el uso de la fuerza, lo que hizo que callera al suelo quedando inconsciente, siendo devuelto en dicho estado a Marruecos por los agentes de la Guardia Civil sin recabar ni siquiera asistencia médica. A pesar de la aportación por el demandante de dos vídeos, uno que recogía el episodio de la devolución y otro grabado al día siguiente en Marruecos donde el demandante contaba lo sucedido, la Sección Tercera – asumiendo los argumentos del gobierno español– declara inadmisible la demanda en aplicación del art. 35.3 y 4 del Convenio, es decir, por no considerar que el demandante haya acreditado su condición de víctima. Y ello sin tomar en consideración la circunstancia, acentuada en *N.D. y N.T. c. España* 2017, de que "en el momento de su expulsión, los extranjeros devueltos no fueron objeto de ningún procedimiento de identificación" (§ 60), por lo que no procedería una excesiva exigencia en la acreditación de la condición de víctima.

Al estimar el TEDH en este caso la concurrencia de dicha excepción preliminar, no entra a analizar el fondo del asunto en el que se denunciaba no sólo la vulneración del art. 4 del Protocolo nº 4 y del art. 13 del Convenio, sino también la lesión de la prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes del art. 3.

Al tiempo de concluir este artículo el TEDH aún no había resuelto una tercera demanda contra España por "devoluciones en caliente" en el asunto *Balde y Abel c. España* –núm. 20351/17–, que denuncia otro episodio de "devoluciones en caliente", esta vez en Ceuta. Si no es inadmitida por aplicación de alguna de las cuestiones preliminares, será interesante analizar cómo se aplica la

"doctrina de la existencia de vías de acceso legales y efectivas", con la que el Tribunal se mete en "el jardín" de tener que dilucidar caso por caso si el Estado demandado proporcionó esas vías. En este sentido resulta relevante apuntar que los hechos de esta demanda sucedieron en Ceuta, no en Melilla, y que en el paso fronterizo del Tarajal efectivamente hay una oficina de asilo que jamás ha estado en funcionamiento.

Como concluye el informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2021), "a falta de una evaluación individualizada para cada migrante afectado y de otras garantías procesales, las devoluciones en caliente dan lugar a violaciones de los derechos humanos incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados" de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos y, muy en particular, con "la prohibición de expulsiones colectivas y el respeto del principio de no devolución". Y mientras esto ocurre en las fronteras de Europa, el TEDH en el asunto *N.D. y N.T. c. España 2020,* ha decidido mirar hacia otro lado.

6. EXCURSO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 172/2020, DE 19 NOVIEMBRE

Aunque el presente artículo está dedicado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a su reciente jurisprudencia sobre "devoluciones en caliente", no quiero dejar de mencionar, siquiera brevemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2020, de 19 de noviembre, pues constituye otro de los hitos[22] en la consideración jurídica de estas prácticas.

A través de una enmienda presentada durante la tramitación de la LO 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana se introdujo en la Ley de extranjería la disposición adicional décima 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

[22] Otro relevante pronunciamiento sobre estas prácticas, lo constituye el Dictamen adoptado por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de febrero de 2019, D.D. c. España, CRC/C/80/D/4/2016, en el que declaraba contrarias a la Convención de los Derechos del Niño las "devoluciones en caliente" de menores. 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 (§ 4.5). El Comité concluyó 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). Cabría concluir, pues, que la práctica de las devoluciones en caliente es incompatible con la Convención de los Derechos del Niño y, por lo tanto, el Estado español no puede persistir en ellas.

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".

Nunca hubo dudas de que esta disposición se introdujo con la intención de dotar de cobertura legal a las devoluciones sumarias y en modo alguno se pretendía configurar otro procedimiento diferente a la devolución para dar respuesta a los saltos[23]. Desde el proyecto Iusmigrante, siempre hemos mantenido que, a pesar del intento, esta norma creada en modo alguno ampara la práctica de las "devoluciones en caliente"[24].

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 contra la aprobación de la LOPSC, incluyendo el régimen especial para Ceuta y Melilla. Además de la invocación del art. 23.2 CE alegando que la norma impugnada no guarda conexión alguna con la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, lo que supondría un fraude del procedimiento parlamentario, alegación desestimada y en la cual no me detendré, los motivos de carácter sustantivo en los que se basaba el recurso eran la vulneración de los arts. 9.3, 106, 24.1, así como el principio de no devolución (art. 15) y el derecho de asilo previsto en el art. 13.4 de la Constitución.

Tras una larga espera, el Tribunal Constitucional, en STC 172/2020, de 19 de noviembre, declaró conforme a la Constitución la mencionada disposición. Es una sentencia a ratos confusa y que técnicamente deja mucho que desear, pero si hay algo que se desprende de su fallo – en contra de los titulares aparecidos en numerosos medios de comunicación[25]– es que esta resolución, desautoriza las "devoluciones en caliente".

Es cierto que la mayoría del Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad de la disposición adicional décima, pero se trata de una constitucionalidad condicionada – y así se recoge en el fallo– a los siguientes requisitos: a) aplicación a las entradas individualizadas, b) pleno control judicial y c) cumplimiento de las obligaciones internacionales. Mientras se cumplan esos requisitos, es constitucionalmente viable ese régimen especial para Ceuta y Melilla. Pero al tiempo resulta evidente que el cumplimiento de esos requisitos es incompatible con las "devoluciones en caliente" entendidas como entregas sumarias, sin ningún tipo de procedimiento que permita identificar situaciones de vulnerabilidad y sin individualización que permita a los afectados hacer efectivos los derechos de los que son titulares. Conviene recordar, además, que, como el propio Constitucional precisa, el objeto de enjuiciamiento es una norma abstracta y no las prácticas concretas que pudieran realizarse pretendidamente a su amparo (FJ 8º, C) b) iii)).

---

[23] Esta intencionalidad es puesta de manifiesto con meridiana claridad en el voto particular a la referida sentencia formulado por la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

[24] Vid. Martínez Escamilla *et. al*. (2015).

[25] A mi juicio, sí realiza una interpretación correcta de la sentencia, por ejemplo, El País (2020, 21 de nov).

La Sentencia comienza reconociendo que las prácticas referidas en la disposición adicional décima están sometidas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, puesto que las vallas o el espacio inter-vallas están en territorio español, si bien lo realmente determinante sería que los extranjeros aprehendidos pasan a estar bajo el control y jurisdicción de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y, por tanto, del Estado español, resultando irrelevante si la aprehensión se realiza o no en territorio español (FJ 8º, C) b) i)).

Pero no todos los pronunciamientos de la sentencia son igual de plausibles. En cuanto a la "naturaleza jurídica" del rechazo en frontera, entiende el TC que se trata de una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad trasgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre (FJ 8º, C) b) ii)). A partir de esta discutible conceptuación de las "devoluciones en caliente" como actuación material[26], el TC mantiene que, en estos casos, según la doctrina,

> no forma parte de la garantía otorgada por el art. 105 CE un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto. Por el contrario, las garantías derivadas de este precepto constitucional sí conllevan el derecho a someter al examen de los Tribunales la legalidad de lo que ellos consideran un incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones nacidas de la ley (FJ 8º, C) b) iii)).

Una primera conclusión es, pues, la necesidad de que los rechazos o devoluciones puedan ser sometidos al examen de los tribunales, exigencia incompatible con la realidad de las "devoluciones en caliente". Para acudir a los tribunales, la persona afectada por la actuación administrativa tendrá que demostrar que ha sido objeto de dicha actuación, lo cual es prácticamente imposible ante la ausencia de individualización y de plasmación formal de dicho acto administrativo propias de las "devoluciones en caliente".

Por otra parte, el TC llama la atención sobre el apartado segundo de la norma cuestionada, según el cual el rechazo "se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte", dando a entender que habrán de adoptarse las disposiciones necesarias para cumplir de modo real y efectivo con las normas internacionales de derechos humanos, lo cual resulta contradictorio con la no necesidad de procedimiento que el TC había derivado de la conceptuación de las devoluciones como actuación material. ¿Cómo hacer compatibles el respeto a los derechos de las personas migrantes sin una mínima posibilidad de hacer alegaciones?

> En todo caso, de las referidas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que, con motivo de esta actuación de "rechazo en frontera", los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta protección e intensidad las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando se encuentren acompañados por sus familiares), debiendo atender la especial salvaguarda de

[26] Coincido con el esclarecedor voto particular ya referido, en cuanto critica la conceptualización de los "rechazos en frontera" como una actuación material que no requiere procedimiento. Según se expresa "esta categorización alcanzaría, en su caso, al acto de la interceptación de la persona que está intentando superara el vallado, pero, en ningún caso, al acto posterior de su entrega física a los agentes de la autoridad de Marruecos. Este segundo acto es constitutivo de una devolución en sentido jurídico" (3, ii)).

los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, estar en situación de mujer embarazada o resultar afectado por serios motivos de incapacidad, incluida la causada por la especial edad avanzada, personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables (FJ 8º, C) b) iii)).

Dejando al margen la curiosa ejemplificación, nótese cómo la necesidad de atender a las situaciones de especial vulnerabilidad resulta contradictoria con la no necesidad de procedimiento que previamente el TC ha derivado de la comprensión de los rechazos en frontera como actuación material[27]. Difícilmente podrán atenderse las situaciones de vulnerabilidad sin un mínimo de procedimiento donde se la persona interceptada tenga la oportunidad de explicar su situación.

Por último, el TC rechaza que la enjuiciada disposición adicional décima vulnere el derecho al asilo y el principio de no devolución y lo hace a través de una aplicación de la Sentencia *N.D. y N.T. c. España*, 2020, que no puede ser sino objeto de crítica. El alto tribunal rechaza la alegada vulneración llevando a su sentencia la conclusión de la Gran Sala de que "los medios que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español, existen y son efectivos", olvidando que cuando la Gran Sala hace esta afirmación se refiere al caso concreto N.T. y N.D. y a las circunstancias que lo rodearon, sin que resulte correcto generalizar la conclusión de la existencia de vías seguras y efectivas y – sin mayor análisis– convertirla en la *ratio decidendi* para afirmar que la disposición adicional décima no conlleva ninguna merma del principio de no devolución y del derecho al asilo, derechos y garantías que exigen, por otra parte, un análisis de las circunstancias concretas del ciudadano extranjero en cuestión.

En conclusión, la analizada sentencia del TC resulta criticable[28], incluyendo afirmaciones cuanto menos controvertidas jurídicamente y en buena medida contradictorias. Sin embargo, de su lectura ha de concluirse a mi juicio que la analizada disposición adicional décima, lejos de avalar, desautoriza las "devoluciones en caliente".

FUENTES CITADAS

A. Bibliografía.

Boza Martínez, D. (2007). *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos.* Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz.

Ca-minando fronteras (2014), *Informe de análisis de hechos y recopilación de testimonios de la tragedia que tuvo lugar el 6 de febrero de 2014 en la zona fronteriza de Ceuta.*

[27] Contradicción puesta de manifiesto con gran claridad en el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer (3. iii), quien considera que la disposición adicional décima debería haber sido declarada inconstitucional y nula, "al no posibilitar de manera real y efectiva el cumplimiento de las condiciones de constitucionalidad establecidas en el FJ 8 C) y en el apartado 3º del fallo".

[28] Vid. la critica que Soler Calvo (2021) realiza tanto a la Sentencia del TC como a la del TEDH. Entre otros aspectos, destaca la autora lo chocante que "desde el punto de vista de las garantías jurídicas y su aplicación, se parta no ya de su vigencia en términos absolutos, sino de la concreta situación que de hecho presenta una determinada zona geográfica. Con ello, parece que el juzgador quiere evitar aplicar la norma y las garantías básicas que se le asocian, debido a las dificultades prácticas que ello supone en un terreno geográfico complejo desde el punto de vista migratorio" (epígrafe IV).

https://caminandofronteras.org/informe-de-analisis-de-hechos-y-recopilacion-de-testimonios-de-la-tragedia-que-tuvo-lugar-el-6-de-febrero-de-2014/

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) (2020), *Análisis de la Sentencia N. D. y N. T. contra España de 13 de febrero de 2020.*

https://www.bing.com/search?q=n.d.+y+n.t.+c.+espa%c3%b1a+cear+beni+enzar&qs=HS&sk=HS1&sc=6-0&cvid=575DA00B4219440CBCA00B2CFE1C3703&FORM=QBRE&sp=2

Consejo de Europa (2015), *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 18 July 2014*. https://www.coe.int/en/web/cpt/spain

Defensor del Pueblo español (2006), *Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales*. https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2005informe.pdf

Defensor del Pueblo español (2016), *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo_en_Espa%C3%B1a_2016.pdf

El País (Editorial), (2020, 21 de nov.), Aval condicionado. La justicia apoya los rechazos en frontera pero cuestiona las expulsiones sumarias, *El País*, https://elpais.com/opinion/2020-11-20/aval-condicionado.html

Fernández Burgueño, B. (2018), Solicitudes de asilo patrocinadas presentadas en embajadas y consulados: un modelo basado en la experiencia española y en el programa canadiense de «private sponsorship». *Revista electrónica de estudios internacionales*, 35, 1-32. DOI: 10.17103/reei.35.07

García Vitoria, I. (2015), El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la expulsión de inmigrantes. *Revista General de Derecho Constitucional*, 20, 1-25. RI §415786

Martín, M., (2020, 14 oct.), Interior ultima la construcción de la nueva valla de Ceuta y Melilla, *El País*. https://elpais.com/espana/2020-10-14/interior-ultima-la-construccion-de-la-nueva-valla-de-ceuta-y-melilla.html

Martínez Escamilla, M. et al., (2015): "Rechazos en frontera": ¿frontera sin derechos?, https://eprints.ucm.es/id/eprint/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf

Martínez Escamilla M. y Sánchez Tomás, J.M. (2016), Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas "devoluciones en caliente". En Maqueda Abreu, M.L., Martín Lorenzo, M., y Ventura Püschel, A. (Coords.), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto* (pp. 1081-1103), Universidad Complutense de Madrid.

Melero Alonso, E. (2015), El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las "expulsiones en caliente"): un supuesto de derecho administrativo del enemigo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, 401-434.

Ministerio del Interior. (2015). *Asilo en cifras 2014*. http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2014_126150899.pdf/6e403416-82aa-482f-bcda-9a38e5a3a65c

Pichl, M. y Schmalz, D. (2020, 14 feb.). "Unlawful" may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T.". *Verfassungsblog*. https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/

Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2021), *Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrante en tierra y en mar*. https://undocs.org/en/A/HRC/47/30

Sánchez, G. (2020, 17 de febrero). Marlaska, sobre el fallo de las devoluciones en caliente: "La violencia de los migrantes es un límite a sus derechos fundamentales". *Eldiario.es*. https://www.eldiario.es/desalambre/marlaska-sentencia-devoluciones-inmigrantes-fundamentales_1_1126341.html

Sánchez Legido (2020), A., Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿apuntalando los muros de la Europa fortaleza. *Revista Española de Derecho Internacional*, 7212, 236-237. http://dx.doi.org/]O.17103/redi.72.2.2020.lb.03

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.

Servicio Jesuita a Migrantes e Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (2016), *Sin protección en la Frontera Sur: entre Nador y Melilla.* www.sjme.org

Solar Calvo, P (2021), "Devoluciones en caliente". Análisis de la reciente STC desde una perspectiva europea", Revista Aranzadi Unión Europea, núm. 1.

Zirulia, S. y Peers, S. (2017). A template for protecting human rights during the 'refugee crisis'? Immigration detention and the expulsion of migrants in a recent ECtHR Grand Chamber ruling. *EU Law Analysis. Expert insight into EU law developments*. http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/01/a-template-for-protecting-human-rights.html

B. Legislación y jurisprudencia.

Legislación

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. LOPSC. «BOE» núm. 77 (31 mar. 2015).

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. DLE. «BOE» núm. 103 (30 abr. 2011).

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. ASILO. «BOE» núm. 263 (31 oct. 2009).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ley de extranjerí. «BOE» núm. 10 (12 ene. 2000).

Jurisprudencia

Sentencia TS 1327/2020 (15 oct.). ECLI: ECLI:ES:TS:2020:3445

Sentencia TC 172/2020 (19 nov.). ECLI:ES:TC:2020:172

Decisión TEDH (2021). *Albert Julio Doumbe Nnabuchi contra el Reino de España*, 19420/2015. ECLI:CE:ECHR:2021:0601DEC001942015

Sentencia TEDH (2020). *N.D. y N.T. contra el Reino de España*, 8675/15 y 8697/15. ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515

Sentencia TEDH (2017). *N.D. y N.T. contra el Reino de España*, 8675/15 y 8697/15. ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD000867515

Sentencia TEDH (2016). *Khlaifia y otros contra Italia*, 16483/12. ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD001648312

Sentencia TEDH (2014). *Sharifi y otros contra Italia y Grecia*, 16643/09. ECLI:CE:ECHR:2014:1021JUD001664309

Sentencia TEDH (2012). *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, 27765/09. ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509

Decisión TEDH (2011). *Dritsas y otros c. Italia* (2011), 2344/02. ECLI:CE:ECHR:2011:0201DEC000234402

Decisión TEDH (2003). *Berisha y Haljiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, 18670/03. ECLI:CE:ECHR:2007:0410DEC001867003

Sentencia TEDH (2002). *Čonka contra* Bélgica, 51564/99. ECLI:CE:ECHR:2002:0205JUD005156499