

Análisis de la Sentencia N. D. y N. T. contra España de 13 de febrero de 2020

La sentencia del TEDH sobre el asunto N. D. y N. T. contra España del 13 de febrero de 2020¹ ha supuesto un retroceso en materia de garantía de los derechos de las personas forzosamente desplazadas apartándose la Gran Sala del Tribunal de su propia jurisprudencia². No sólo el TEDH había condenado a España por unanimidad en el año 2017 por este asunto³ sino que también, recientemente, el Comité de Derechos del Niño ha emitido un dictamen por el que condena a España por una expulsión sumaria de un menor no acompañado que trataba de acceder por la valla de Melilla⁴. Asimismo, el propio Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en sus visitas a España ha venido recomendando de manera reiterada que las prácticas de las devoluciones en caliente cesen⁵. El Comité de Discriminación Racial se ha pronunciado en el mismo sentido⁶.

El CEDH no garantiza un derecho de asilo como tal, ni un derecho de acceso para las personas forzosamente desplazadas, pero a lo largo de las últimas décadas, el TEDH ha venido interpretando algunas de las disposiciones del Convenio de tal manera que

¹ Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201353>

² El TEDH ha reconocido que algunos países sufren más presión migratoria y que cada Estado tiene un derecho soberano de gestionar sus fronteras, pero pese a ello, han de respetar la protección que garantizan los derechos del Convenio: S TEDH, [Hirsi Jamaa y otros c. Italia \(demanda nº 27765/09\)](#), de 23 de febrero de 2012, par. 179, [Georgia c. Rusia \(demanda nº 13255/07\)](#), de 3 de julio de 2014, par. 177, [Mamatkulov y Askarov c. Turquía \(demandas nº 46827/99 y 46951/99\)](#), de 4 de febrero de 2005, par. 123.

³ STEDH (Sala 3ª), N. D. y N. T. c. España, de 3 de octubre de 2017 (demandas nº 8675/15 y 8697/15), disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177683>.

⁴ CRC/C/80/D/4/2016

⁵ <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/spain-legislation-and-practice-on-immigration-and-asylum-must-adhere-to-human-rights-standards>

⁶ Informe de la ECRI sobre España, disponible en: <https://rm.coe.int/fifth-report-on-spain-spanish-translation-/16808b56cb>

garantizan ciertos principios básicos en materia de protección internacional como es el de no devolución (artículo 3 CEDH)⁷.

1. Cuestiones de interés

La sentencia del pasado 13 de febrero ha determinado que España no ha vulnerado la prohibición de expulsiones colectivas del artículo 4 del Protocolo 4º, ni el derecho a un recurso efectivo garantizado por el artículo 13 CEDH. Previamente la Sala Tercera del Tribunal había declarado inadmisibile la demanda en virtud del artículo 3 CEDH.

Pese a ello, existen otros dos casos en el TEDH contra España pendientes de resolución que se fundamentan en una vulneración del artículo 3 CEDH (Doumbe Nnabuchi c. España y Balde y Abel c. España)⁸.

Jurisdicción

La Gran Sala del TEDH, en concordancia con la decisión previa sobre el mismo caso de la Sala Tercera, considera que las actuaciones del Gobierno español al expulsar

⁷ El TEDH, pese a no condenar por expulsión en este caso, se refiere al principio de non-refoulement en varias ocasiones. Resulta particularmente interesante el párrafo 188 en el que vuelve a recordar que el artículo 3 CEDH recoge una obligación de no devolver a ningún extranjero, que esté bajo la jurisdicción estatal, a un Estado en el que corra el riesgo de padecer tortura o tratos inhumanos o degradantes.

⁸ Desde la STEDH, [Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989 \(demanda nº 14038/1988\)](#), par. 91, el TEDH ha venido estableciendo que si un Estado parte extradita a un extranjero a un Estado en el que corra un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes se estaría infringiendo el artículo 3 CEDH. La protección otorgada por este artículo ha sido absoluta desde esa sentencia (Soering, par. 88; [Vilvarajah y otros c. Reino Unido, de 30 de octubre de 1991 \(13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87\)](#), par. 108; [Chahal c. Reino Unido, de 15 de noviembre de 1996 \(demanda nº 22414/93\)](#), par. 79; [Ahmed c. Austria, de 17 de diciembre de 1996 \(demanda nº 25964/94\)](#); par. 40; [H.L.R. c. Francia, de 26 de abril de 1997 \(demanda nº 24573/94\)](#), par. 35; [Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992 \(demanda nº 12850/87\)](#), par. 115; [Saadi c. Francia, de 28 de febrero de 2008 \(demanda nº 37201/06\)](#), par. 127. En el caso Cruz Varas (STEDH, [Cruz Varas y otros c. Suecia, de 20 de marzo de 1991 \(demanda nº 46/1990/237/307\)](#), par. 70.), el TEDH extiende la protección a las devoluciones y expulsiones, estableciéndose que no se deportará a un extranjero cuando en el país de destino exista un riesgo de padecer los actos prohibidos por el artículo 3 CEDH y protegiendo asimismo de expulsiones directas o indirectas ([M. S. S. c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011 \(demanda nº 30696/09\)](#), par. 286; [Müslim c. Turquía, de 26 de abril de 2005 \(demanda nº 52566/99\)](#), par. 72-76; [T. I. c. Reino Unido, de 7 de marzo de 2000 \(dec. nº 43844/98\)](#). Así, en muchas ocasiones el TEDH ha recordado la importancia del principio de non-refoulement: [M. S. S.](#), par. 286, o [M. A. c. Chipre, de 23 de julio de 2013 \(demanda nº 41872/10\)](#), par. 133.

sumariamente a dos personas que intentaban saltar la valla de Melilla se estaban cometiendo bajo control efectivo de las autoridades españolas y, por lo tanto, bajo jurisdicción española, contradiciendo lo que pretendía argumentar el Gobierno español que se justificaba utilizando su “concepto operativo de frontera”. Al menos esto queda claro en la nueva sentencia del TEDH: **España sí que estaba ejerciendo jurisdicción, no pudiéndose alegar una excepción a la misma aplicable en ciertas partes del territorio en las que pudiese excluirse la aplicación del CEDH** (par. 105-111)⁹. Pese a ello, y así lo recuerda la Gran Sala, “no se discute que los hechos en cuestión tuvieron lugar en territorio español” (par. 104). En la decisión previa de la Sala Tercera, no se consideró necesario establecer si la valla se encuentra en territorio español o no (par. 54). El triple vallado se encuentra en territorio español, la frontera quedó debidamente delimitada en tratados internacionales firmados por España y Marruecos, y España no se puede desvincular de ellos de manera unilateral. Esto es incontestable.

En este ámbito, el caso Hirsi Jamaa fue considerado como un gran avance ya que por primera vez se estaba estudiando si el artículo 4 Protocolo 4 es aplicable en casos de devoluciones de extranjeros fuera del territorio nacional.

Expulsiones colectivas

La sentencia de la Gran Sala interpreta el término de “expulsión” de manera amplia independientemente de la situación de legalidad de la persona implicada (par. 185)¹⁰. En cuanto a la colectividad de la expulsión, es importante destacar que la sentencia el Tribunal en línea con su jurisprudencia ha establecido que no es relevante el número de

⁹ En el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH en los casos: [Matthews c. Reino Unido, de 18 de febrero de 1999 \(demanda nº no. 24833/94\)](#), par. 29; [Assanidze c. Georgia, de 8 de abril de 2004 \(demanda nº 71503/01\)](#), par. 140 y 142. Además, pese a que el TEDH reconoce la presión migratoria que afecta a algunos Estados, también considera que no es un motivo para la no aplicación de los derechos garantizados por el Convenio (M. S. S., par. 223, Hirsi Jamaa y otros, par. 122, [Sharifi y otros c. Italia y Grecia, de 21 de octubre de 2014 \(demanda nº 16643/09\)](#), par. 176).

¹⁰ El TEDH considera que una expulsión se refiere a “cualquier expulsión forzosa de un extranjero del territorio de un Estado, independientemente de la condición de legalidad de la estancia de la persona, el tiempo que haya pasado en el territorio, la ubicación en la que haya sido localizada, su estatus de migrante o de solicitante de asilo y su conducta al cruzar la frontera”, tal y como ya la interpretó en [Khlaifia y otros c. Italia, de 15 de diciembre de 2016 \(demanda nº 16483/12\)](#), par. 243, o en Hirsi Jamaa y otros, par. 174.

personas expulsadas sino el hecho de que no hayan podido acceder a una individualización de sus casos¹¹, salvo que ello sea atribuible a su conducta (par. 200)¹², esto es si, por ejemplo, no colaboran al no querer mostrar sus documentos de identificación¹³. En este caso, el Tribunal considera **que los demandantes se pusieron ellos mismos en una conducta de ilegalidad** al no utilizar las vías de acceso establecidas por la ley. Parece que el TEDH está dando una nueva interpretación al concepto de **“conducta del interesado”** (par. 231), lo que resulta ser extremadamente grave: toda persona tiene unos derechos humanos básicos, independientemente de su conducta y esto es algo inherente a cualquier Estado de Derecho. ¿Qué sentido tendría entonces el derecho de asilo? Además, las personas que trataban de acceder a España no tuvieron la oportunidad de ser escuchadas y no estaban cometiendo ningún delito.

El tribunal apoya esta interpretación en su jurisprudencia establecida en los casos Khlaifia y otros (par. 240), and Hirsi Jamaa y otros (par. 184), M. A. (par. 247), Berisha y Haljiti y Dritsas y otros. En estas sentencias ya se había establecido que “no hay violación del Artículo 4 del Protocolo No. 4 si la falta de una decisión de expulsión individual puede atribuirse a la conducta del solicitante” (par. 200).

El TEDH únicamente ha condenado por expulsiones colectivas en seis ocasiones: Conka c. Bélgica, Hirsi Jamma c. Italia, Georgia c. Rusia, Sharifi y otros c. Italia y Grecia, Shioshvili y otros c. Rusia, Berdzenishvili y otros c. Rusia. Esta era una buena ocasión para desarrollar de manera más garantista este artículo. Pero ya en el caso Khlaifia y otros c. Italia, en el que no se condenó finalmente a Italia, parecía avistar que la postura del

¹¹ SSTEDH, [Andric c. Suecia, de 23 de febrero de 1999 \(dec. nº 45917/99\)](#), [Conka c. Bélgica, de 5 de febrero de 2002 \(demanda nº 51564/99\)](#), par. 59; [Sultani c. Francia, de 20 de noviembre de 2007 \(demanda nº 45223/05\)](#), par. 81; [Becker c. Dinamarca, de 5 de enero de 2018 \(demanda nº 21272/12\)](#), par. 235; [K. G. c. Alemania, de 11 de marzo de 1977 \(demanda nº 7704/76\)](#); [O y otros c. Luxemburgo, de 3 de marzo de 1978 \(demanda nº 7757/77\)](#); [Alibaks y otros c. Holanda, de 16 de diciembre de 1988 \(demanda nº 14209/88\)](#); [Tahiri c. Suecia, de 11 de enero de 1995 \(demanda nº 25129/94\)](#); [Khlaifia y otros](#), par. 237.

¹² SSTEDH, [Berisha y Haljiti c. Antigua República Yugoslava de Macedonia, de 16 de junio de 2005 \(demanda nº 18670/03\)](#); [Dritsas c. Italia, de 1 de febrero de 2011 \(dec. no. 2344/02\)](#).

¹³ Un ejemplo de ello puede leerse en el caso que fue inadmitido por el TEDH [Dritsas c. Italia, de 1 de febrero de 2011 \(demanda nº 2344/02\)](#).

TEDH se estaba restringiendo¹⁴. Pese a ello: **ningún caso es comparable al juzgado**, los hechos de todos esos casos no pueden ni asimilarse a este caso.

Vías legales de acceso a España

El TEDH combina la argumentación de la “conducta del interesado” con la del uso de la fuerza y el número elevado de personas que intentaban acceder y con la opción de realizar una entrada de manera regular (par. 201 y 231). Es así como el TEDH sentencia que los demandantes no fueron capaces de argumentar por qué no habían intentado acceder a España por vías legales, es decir, solicitando un visado en su país de origen, en los países de tránsito, incluido Marruecos, o pidiendo asilo en los consulados o Embajada de Marruecos (par. 227-228). **Estas opciones en la práctica no son efectivas ni realistas.**

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

¹⁴ En este caso el TEDH considera que se identificó dos veces a los demandantes y que podían haber hecho sus alegaciones en ese momento, por lo tanto considera que es una “denegación de entrada”. Establece en su párrafo 248: “The Court would point out that Article 4 of Protocol No. 4 does not guarantee the right to an individual interview in all circumstances, the requirements of this provision may be satisfied where each alien has a genuine and effective possibility of submitting arguments against his or her expulsion, and where those arguments are examined in an appropriate manner by the authorities of the respondent State”.

Tampoco es realista pensar que los demandantes podrían haber accedido a las oficinas de asilo en frontera (par. 220), que además se encuentran en territorio español y que no estaban abiertas en el momento de producirse los hechos (par. 152). Uno de los problemas a los que se enfrenta la población subsahariana en Marruecos es **la imposibilidad material de salir del país**. No sé ha registrado ninguna solicitud de asilo de personas de origen subsahariano en estas oficinas tras su puesta en marcha, salvo contadas excepciones (probablemente por personas que hayan entrado camuflándose entre la gente o en coches, jugándose la vida también).

La **situación de violencia indiscriminada que sufren las personas africanas en Marruecos es sobradamente conocida y queda perfectamente documentada** en el caso que estamos analizando, con los informes aportados y las declaraciones de las terceras partes. Además, España y la UE llevan colaborando con Marruecos desde hace más de una década en materia migratoria y el país vecino se ha convertido en un socio clave en materia de externalización de fronteras.

Es preocupante, y se puede afirmar que es contraria al principio **de no devolución** y del derecho de asilo, el hecho de que la sentencia esté estableciendo que se pueda expulsar de manera automática a aquellas personas como consecuencia de “su propia conducta” y que no utilicen los procedimientos oficiales de entrada (par. 231), no quedando por tanto amparados por la protección que ofrece el CEDH. Es el propio Tribunal el que recuerda en esta misma decisión (par. 232) que la gestión de fronteras ha de respetar la obligación de *non-refoulement*. No comprendemos cómo se puede respetar este principio si se permite que las personas sean devueltas sumariamente.

Escenarios futuros: el recurso de inconstitucionalidad y el rechazo en frontera

La práctica de las devoluciones en caliente, que lleva produciéndose desde el año 2005, y que intentó legalizar el Gobierno mediante la introducción de la disposición adicional décima de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana que regula el “rechazo en

frontera” está actualmente recurrida ante el Tribunal Constitucional. El recurso fue avalado por diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierda Unida, UPyD y Mixto, y firmado por Pedro Sánchez.

El hecho de que se justifique que la Administración pueda realizar actuaciones materiales sin un acto previo que las legitime es un **atentado contra el Estado de Derecho**. Por ello, en este recurso de inconstitucionalidad se alega que este nuevo procedimiento de devolución no regula ningún procedimiento, por lo que la decisión de devolución resulta arbitraria, vulnerándose el artículo 9.3 de la Constitución (CE), no sujeta a revisión judicial, en contra del artículo 106 CE, y privando al extranjero de su derecho a la tutela judicial efectiva por no garantizarse un acceso a los tribunales en condiciones que aseguren el ejercicio de sus derechos de defensa (artículo 24.1 CE).

No existe una obligación de que el TC haga suyos los argumentos del TEDH, por lo que **podría declarar estas prácticas inconstitucionales** por vulnerar los artículos 9.3, 15, 24 y 106 CE, tal y como se argumentó en el recurso. El CEDH es una garantía “de mínimos” y en base a su artículo 53, ninguna de sus disposiciones se puede interpretar limitando o perjudicando aquellos derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la legislación de los Estados Parte o en cualquier otro Convenio.

Además, nuestra CE sí que garantiza un derecho de asilo en su artículo 13 y en virtud de su artículo 10.2 y 9.2 la interpretación de la norma constitucional ha de realizarse de acuerdo a los tratados internacionales suscritos por España y de acuerdo al principio de protección real y efectiva de los derechos. Nuevamente, esto implica el pleno respeto al principio de no devolución.

CEAR ha impulsado un manifiesto señalando la inconstitucionalidad de las “devoluciones en caliente”, y apoyado por un centenar de juristas, académicos y

personalidades de reconocido prestigio, con el objetivo de reclamar al Gobierno de España que ponga fin de manera inmediata a estas prácticas¹⁵.

2. Conclusiones

Con esta interpretación que ha realizado el TEDH, se pone en duda la esencia del CEDH de ser un instrumento vivo y adaptado a las condiciones del momento presente para **garantizar derechos reales y efectivos y no meramente hipotéticos e ilusorios**.

El TEDH no debería ceder antes los intereses políticos de la Unión Europea, y menos aún en este momento tan delicado para los derechos de las personas forzosamente desplazadas.

Parecía que la decisión sobre el caso de octubre de 2017 era una clara victoria para la protección de los derechos humanos, pero ahora lamentamos profundamente la nueva sentencia: es uno de los mayores retrocesos en materia de derechos humanos que hace dudar de la propia universalidad de los mismos. El TEDH venía desarrollando una línea jurisprudencial en materia de asilo bastante garantista y se había convertido en un Tribunal que sentaba precedente en esta materia, desde la defensa de la protección de los derechos humanos de las personas forzosamente desplazadas. Hoy no podemos decir lo mismo. **La falta de conocimiento y análisis de la realidad que muestra la sentencia es profundamente preocupante.** Asistimos a una política migratoria cada vez menos humana, más egoísta e inmoral, y, ante todo, menos justa.

¹⁵ Manifiesto contra las 'devoluciones en caliente' junto a un centenar de personalidades, disponible en: <https://www.cear.es/manifiesto-devoluciones-en-caliente/>

3. Propuestas

1. Derogar la disposición adicional 10ª de la Ley de Extranjería que regula el “rechazo en frontera” y poner fin a las prácticas de las devoluciones ilegales

La sentencia del TEDH no implica que el “rechazo en frontera” sea constitucional y además todavía no se ha pronunciado al respecto el Tribunal Constitucional. Este precepto no da cobertura jurídica a la práctica de las devoluciones sumarias.

Tras la sentencia del TEDH queda claro que las devoluciones sumarias se realizan desde territorio español por agentes que están ejerciendo jurisdicción y que por lo tanto quedan sujetos a la aplicación de la normativa de derechos humanos.

Mantenemos que el “rechazo en frontera” es ilegal y que contraviene la esencia misma del derecho de asilo al no contemplar procedimiento alguno y estar vulnerando el principio de no devolución, piedra angular de este derecho. También contraviene numerosos tratados internacionales ratificados por España como son la Convención de Ginebra de 1951, la Convención contra la Tortura, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la propia Convención Europea de Derechos Humanos. Asimismo, estaría vulnerándose la legislación nacional en la materia. La propia disposición adicional décima de la Ley de Extranjería que trata de regular estas prácticas, hace mención en su precepto segundo a la necesidad de respetar la legalidad internacional y normativa de derechos humanos y de protección internacional a la hora de aplicarse la disposición.

Toda práctica de este tipo que no garantice la individualización de cada persona y su derecho a ser escuchado, así como su derecho a la asistencia letrada, a un intérprete y al control judicial efectivo, es ilegal. Por lo tanto, exigimos la derogación inmediata de la disposición adicional décima de la Ley de Extranjería.

2. Habilitar la posibilidad de solicitar el traslado a España en Consulados y Embajadas españolas

Esta medida podría contribuir a evitar las situaciones de riesgo y desprotección a la que se ven avocadas muchas personas tratando de acceder a territorio seguro. También contribuye a la implementación del Pacto Mundial de Refugiados que incluye como uno de sus objetivos el reparto de cargas de tal manera que se alivie la presión que sufren en materia de acogida los países limítrofes a los conflictos.

3. Establecer otras vías complementarias de acceso a territorio español

La aplicación efectiva de estas vías estaría también contribuyendo al cumplimiento del Pacto Global de Refugiados y al Pacto Global sobre Migraciones que es un acuerdo histórico en el que se sientan las bases para facilitar una migración segura, ordenada y regular:

- Facilitar la concesión de **visados humanitarios**: este tipo de visados podrían favorecer que las personas que quisiesen solicitar protección internacional pudiesen acceder a España sin arriesgar sus vidas. En el caso X. y X. c. Bélgica de 7 de marzo de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que las solicitudes de visado humanitario entraban únicamente dentro del ámbito de aplicación de la legislación nacional, por lo que es responsabilidad de España contribuir a facilitar que se pueda acceder a esta vía. Además, el TEDH está estudiando otro caso sobre la materia, es el asunto M. N. y otros contra Bélgica¹⁶.
- Reforzar la vía del **reasantamiento**: estos compromisos son mínimos ya que las cifras a las que normalmente se compromete España no son muy elevadas y no incluyen un rango demasiado amplio de nacionalidades. Además, muchas veces el Gobierno no cumple con las cuotas comprometidas. Podrían incluirse más

¹⁶ Se trata de un caso en el que una pareja con dos hijos, de nacionalidad siria, solicitaron un visado de corta duración en la Embajada de Bélgica en Beirut con la intención de solicitar asilo en Bélgica. Les fue denegado el visado.

países de África subsahariana. Asimismo, el procedimiento de solicitud de reasentamiento debería ser más intuitivo y menos complicado, ofreciéndose más información sobre la acogida en España.

- Flexibilización de la **reagrupación familiar**: esta posibilidad vela por el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas, por lo que España debería facilitarlo o al menos favorecer que haya un reconocimiento más efectivo.

