

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO  
DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL/  
*EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND SPANISH  
CONSTITUTIONAL COURT CASE-LAW***

SOMBRAS, Y ALGUNAS LUCES, EN LAS SENTENCIAS  
DE LA GRAN SALA DEL TEDH Y DEL TCE DE 2020 SOBRE  
EXPULSIONES SUMARIAS EN FRONTERA:  
¿AVAL JUDICIAL A UN *DERECHO DE EXCEPCIÓN  
PERMANENTE* EN MATERIA DE PROTECCIÓN  
INTERNACIONAL DE PERSONAS?

*SHADOWS, AND SOME LIGHTS, IN DECISIONS  
OF THE GRAND CHAMBER OF THE ECHR  
AND THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT IN  
2020 ABOUT SUMMARY EXPULSIONS ON BORDER:  
JUDICIAL ENDORSEMENT TO A PERMANENT RIGHT  
OF EXCEPTION IN MATTERS OF INTERNATIONAL  
PROTECTION OF PERSONS*

Félix VACAS FERNÁNDEZ\*

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. LUCES SOBRE EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS, LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL Y LA NOCIÓN DE FRONTERA.—3. LA OSCURA SOMBRA DE LA RELATIVIZACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DEVOLUCIONES COLECTIVAS A TRAVÉS DEL USO DE LA *DOCTRINA DE LA CONDUCTA CULPABLE*.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

---

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid ([fvacas@der-pu.uc3m.es](mailto:fvacas@der-pu.uc3m.es)).

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *N. D. y N. T. c. España*<sup>1</sup> y la del Tribunal Constitucional español (TCE) contra ciertas disposiciones de la *Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*<sup>2</sup> —respecto a su DF 1.<sup>a</sup>, que introduce la DA 10.<sup>a</sup> en la *Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*—, en una lectura rápida de sus fallos, que desestiman los recursos contra la posición de España favorable al, por utilizar la expresión de la ley, «rechazo en frontera», conllevan un aval jurídico de dicha práctica.

Sin embargo, una lectura más profunda abre al menos dos niveles de consideraciones, que trataremos de analizar —aunque, debido a los límites del artículo, de forma breve—: de un lado, iluminan algunas de las dudas planteadas por los Estados; aunque, de otro, introducen sombras inquietantes que hay que desvelar y confrontar. Y es que, siguiendo a Hannah Arendt, «el Derecho es lucha por los derechos, por el derecho a tener derechos», y este es uno de los campos de batalla más encarnizados —y no solo en sentido figurado, desgraciadamente— de nuestro tiempo.

## 2. LUCES SOBRE EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS, LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL Y LA NOCIÓN DE FRONTERA

En su sentencia el TEDH, además de reiterar su jurisprudencia en materia de prohibición de expulsiones colectivas, aborda por primera vez la aplicabilidad del art. 4 del Protocolo núm. 4 (art. 4 PA4) a la devolución inmediata y forzosa de extranjeros desde una frontera terrestre, de ahí la importancia de sus considerandos, que, por su rotunda claridad, reproduciré.

Así, respecto al *alcance de la prohibición de las expulsiones colectivas*, el TEDH afirma que la misma «incluye la protección de los demandantes de asilo tanto en los casos de inadmisión como de rechazo en la frontera» (§ 178) y que, en consecuencia, la «inadmisión» de un refugiado ha de equipararse fundamentalmente a su «devolución»; por lo que «el mero hecho de que un Estado se niegue a admitir en su territorio a un extranjero que se encuentre dentro de su jurisdicción no exime a ese Estado de sus obligaciones para con dicho extranjero sujetas a la prohibición de devolución de refugiados», lo que «se refiere a la expulsión tanto de los extranjeros que se encuentran legalmente como de los que se encuentran ilegalmente en el territorio del Estado» (§ 181).

---

<sup>1</sup> STEDH, Gran Sala, asunto *N. D. y N. T. c. España*, núms. 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020.

<sup>2</sup> STC 172/2020, de 19 de noviembre, *sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015 contra ciertas disposiciones de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*.

Y es que la protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) «no puede depender de consideraciones formales tales como si las personas que requieren protección fueron admitidas en el territorio de un Estado contratante de conformidad con una disposición específica de la legislación nacional o europea aplicable a esa situación concreta» (§ 184). En consecuencia, «el art. 3 del Convenio y el art. 4 del Protocolo núm. 4 se aplican a cualquier situación que entre en el ámbito de jurisdicción de un Estado contratante, incluidas aquellas situaciones o periodos de tiempo en los que las autoridades del Estado interesado todavía no han evaluado la existencia de motivos que den derecho a los afectados a reclamar protección en virtud de dichas disposiciones» (§ 186), reiterando así su jurisprudencia y confirmando que «no existe razón alguna para adoptar una interpretación diferente del término “expulsión” en relación con los traslados forzosos del territorio de un Estado en el contexto del intento de cruzar una frontera nacional por vía terrestre» (§ 187).

También es importante referir —frente a argumentos de los Estados como el «efecto llamada»— las consideraciones reiteradas en la sentencia sobre la garantía efectiva de los derechos humanos sin que las circunstancias pueden justificar la violación de los mismos: «el Convenio tiene por objeto garantizar derechos prácticos y efectivos, no teóricos o ilusorios», por tanto, «la normativa interna que regula los controles fronterizos no pueden hacer inoperantes o ineficaces los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos» (§ 171). Y que «los problemas a los que los Estados se deben enfrentar en la gestión de flujos migratorios o en la recepción de demandantes de asilo no pueden justificar la utilización de prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos» (§ 170).

Finalmente, cabe destacar la jurisprudencia fijada en ambas sentencias en relación con *qué debe entenderse por frontera y a la aplicación de su jurisdicción en relación con las entradas irregulares de migrantes a través de una frontera terrestre*; de especial interés al ser la primera vez que ambos tribunales se pronuncian sobre ello. Así, el TEDH afirmará que «la existencia de una valla situada a cierta distancia de la frontera no autoriza a un Estado a excluir, modificar o limitar unilateralmente su jurisdicción territorial, que comienza en la línea fronteriza»; concluyendo 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 jurídico que les permita disfrutar de los derechos y garantías previstos en el Convenio, que los Estados se han comprometido a asegurar a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción [...]. Cualquier otra conclusión equivaldría a privar de sentido a la noción de protección efectiva de los derechos humanos que inspira todo el Convenio» (§§ 109 y 110).

En el mismo sentido, el TCE en el FJ 8.C) de su sentencia dirá: «Resulta evidente que el acceso o la entrada en el territorio español se realiza cuando se han traspasado los límites fronterizos fijados internacionalmente, e igualmente, que los puestos fronterizos y los elementos de contención (vallas, mu-

ros o barreras) se ubican y construyen sobre el territorio español. No existe cobertura legal para operar con un concepto de frontera que pueda ser establecido de forma discrecional por la administración española, aunque sea a los meros efectos de determinar la aplicación de la legislación en materia de extranjería; entre otras razones, porque se pondría en riesgo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Mientras que por lo que al ejercicio de la jurisdicción se refiere, dirá, en línea con el TEDH, que «lo relevante desde la perspectiva del sometimiento de la actuación de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) es que, como hemos declarado, estamos ante una actividad de las autoridades y funcionarios españoles [...]. Esto significa que los extranjeros aprehendidos, al intentar superar los elementos de contención, pasan a estar bajo el control y jurisdicción de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad y, por tanto, del Estado español».

### **3. LA OSCURA SOMBRA DE LA RELATIVIZACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DEVOLUCIONES COLECTIVAS A TRAVÉS DEL USO DE LA DOCTRINA DE LA CONDUCTA CULPABLE**

A partir del § 199, sin embargo, el TEDH comienza su repliegue, construyendo el argumento que acabará por justificar su decisión de absolver al Estado, y, lo que es más preocupante, de legitimar la política de expulsiones sumarias en frontera llevada a cabo por España; pero también, lo que en absoluto resulta baladí, por otros países europeos y por la propia FRONTEX. Y lo hace elaborando una teoría general basada en una doble relativización del art. 4 PA4.

En primer lugar, utiliza términos abstractos que no define: «Los requisitos de dicha disposición pueden cumplirse cuando cada extranjero tiene una posibilidad real y efectiva de presentar alegaciones en contra de su expulsión, y cuando dichas alegaciones son adecuadamente evaluadas por las autoridades del Estado demandado» (§ 199). El Tribunal pareciera establecer un *test de efectividad*, pero sin aclarar sus criterios: ¿qué se entiende por *posibilidad real y efectiva* de presentar alegaciones? ¿Qué por *adecuadamente evaluadas* por las autoridades del Estado? Al no hacerlo, pero reservarse la decisión sobre ello, puede caer en la arbitrariedad que dice condenar.

A partir de ahí, el Tribunal introduce un segundo elemento relativizador: *la conducta de la persona expulsada*. Así, recordará su posición de que «la falta de cooperación activa respecto al procedimiento disponible para evaluar individualmente las circunstancias de los demandantes llevó al Tribunal a considerar que el Gobierno no podía ser considerado responsable de que no se llevara a cabo dicha evaluación» (§ 200). Para concluir que «el mismo principio debe aplicarse igualmente a aquellas situaciones en las que la conducta de aquellos que cruzan una frontera terrestre sin autorización, se aprovechan

deliberadamente de su gran número y utilizan la fuerza, es tal que crea una situación claramente perturbadora, difícil de controlar y que pone en peligro la seguridad pública» (§ 201).

Ello conduce al Tribunal a realizar un análisis caso por caso para determinar si ha habido o no violación del art. 4 PA4, despojando de protección absoluta a los derechos en él protegidos y aplicando para ello un test de efectividad cuyos criterios desconocemos. Así, en primer lugar, tendrá en cuenta «si, en las circunstancias del caso concreto, el Estado demandado proporcionó un acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada, en particular procedimientos en la frontera». Para, en segundo lugar, si concluye que sí existía una *posibilidad real y efectiva de presentar alegaciones* —sea lo que sea lo que eso signifique—, cambiar la carga de la prueba y acabar evaluando la conducta de la persona expulsada para ver «si existen razones de peso para no hacerlo basadas en hechos objetivos de los que el Estado demandado sea responsable» (§ 201). Estableciendo en ambos momentos, eso sí, una muy fuerte presunción —por más que, en principio y aparentemente, *iuris tantum*— en favor del Estado, lo que acaba convirtiendo a esa conducta de la persona en una verdadera *probatio diabolica* de imposible realización.

Así, el Tribunal realizará ese doble análisis en el caso que nos ocupa, concluyendo, en relación con lo primero que «la legislación española ofrecía a los demandantes varias posibilidades para solicitar la admisión en el territorio nacional, ya fuera mediante la solicitud de un visado o mediante la solicitud de protección internacional, en particular en el puesto fronterizo de Beni Enzar, pero también en las representaciones diplomáticas y consulares de España en sus países de origen o tránsito, o incluso en Marruecos»<sup>3</sup> (§ 212). Mientras que, respecto a si los migrantes tenían «motivos de peso para no valerse de estos procedimientos fronterizos en el puesto fronterizo de Beni Enzar» y, a pesar de los informes presentados por instituciones internacionales en los que «se cita el perfil racial o un riguroso control de pasaportes en el lado marroquí», el Tribunal concluirá que «ninguno de estos informes sugiere que el Gobierno español fuera de alguna manera responsable de este estado de cosas» (§ 218). En consecuencia, el Tribunal concluirá que «no está convencido de que el Estado demandado no haya proporcionado un acceso real y efectivo a los procedimientos de entrada legal en España, en particular mediante una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Beni Enzar, así como de que los demandantes tuvieran motivos de peso basados en hechos objetivos de los que era responsable el Estado demandado para no hacer uso de dichos procedimientos» (§ 229).

Y es que, como vemos, al Tribunal le basta con que el Estado tenga establecidos *formalmente* procedimientos teóricamente dirigidos a tal fin; sin importar que en la práctica no puedan ser utilizados por las personas o que,

<sup>3</sup> Para un contundente rechazo de tales afirmaciones, véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza?», *REDI*, vol. 72, 2020, núm. 2, pp. 254-255.

pudiéndolo ser, la respuesta sea siempre negativa, lo que en la realidad de los hechos lleva a los migrantes a no utilizarlos y a tener que arriesgar su integridad física, y hasta su vida, para acceder a territorio español más allá del entramado de verjas situadas en la parte española de la zona fronteriza, *única manera de poder solicitar de manera verdaderamente real y efectiva protección internacional*.

Pero es que, además, al introducir de este modo la *doctrina de la conducta culpable*, el Tribunal cambia el foco de atención del Estado a las personas cuyos derechos está llamado a proteger. Esa protección consiste, ni más ni menos, en decidir si el principio de no devolución, que en reiterada y sostenida jurisprudencia del propio Tribunal, es considerado como una obligación absoluta en relación con los arts. 2 —derecho a la vida— y 3 —prohibición de la tortura— del CEDH, fue respetado o no por el Estado; y no lo pudo ser, pues para ello es imprescindible un análisis individualizado de cada caso antes de proceder a la devolución de las personas, cosa que, como el propio Tribunal reconoce, y por propia definición, en las expulsiones sumarias no se hace. Ante ello, el Tribunal pone el foco en las personas y su comportamiento: es la criminalización de la víctima; a través, además, de una presunción de culpabilidad casi *iuris et de iure*, pues la prueba en contrario que se exige es diabólica.

Ello convierte la protección absoluta que ofrece el principio de no devolución en una, muy débil, protección relativa, condicionada al comportamiento de las personas a las que dicho principio está llamado a proteger. Con ello se condiciona el «derecho a tener derechos»<sup>4</sup> de los migrantes que buscan protección a su conducta, despojándoles en la práctica de la titularidad sobre sus derechos como personas.

Por su parte, el TCE comienza afirmando: «El “rechazo en frontera”, en cuanto actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar, como expresamente señala el apartado segundo del precepto impugnado, la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional». Subrayando, además, que «los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables» [FJ 8.C)]. Pero acaba por declarar la constitucionalidad de ese «nuevo régimen consistente en una actuación material», que es como, de manera hartamente criticable, define las expulsiones sumarias. Y lo hace condicionándolo a «una interpretación conforme» a lo exigido en la Constitución (CE) y, en concreto, a que se cumplan tres requisitos: *aplicación individualizada, pleno control judicial y cumplimiento de las obligaciones internacionales, en especial respecto a las personas especialmente vulnerables*.

---

<sup>4</sup> DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant Humanidades, 2015; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *El derecho de los inmigrantes irregulares a tener derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Y, claro, al igual que ocurriera con la sentencia del TEDH, el problema es que la teoría jurídica construida para sostener la legalidad de las expulsiones sumarias no casa, porque es imposible que lo haga, con la realidad en que consiste dicha «actuación material coactiva». Como explica en su voto particular la Magistrada María Luisa Balaguer, se trata de una argumentación paradójica e inaceptable, pues la misma actuación cuya constitucionalidad el propio TCE hace depender de una interpretación conforme condicionada a tres requisitos, no puede, por su propia esencia, cumplirlos. Y es que *la expulsión sumaria no es ningún procedimiento*, sino que consiste precisamente en *una vía de hecho que prescinde de todo procedimiento*, porque «la disposición impugnada, si algo hace imposible, es tanto el control judicial de las devoluciones, como la posibilidad de ajuste a los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por España, que son parte de nuestro propio sistema de fuentes».

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Las sentencias referidas arrojan clara luz sobre algunas de las cuestiones hasta ellas debatidas en relación con las expulsiones sumarias, además de reiterar una jurisprudencia garantista ya asentada. ¿Cómo entonces ambas sentencias acaban por legitimar la actuación del Estado? Junto al plano jurídico ya referido, desde una perspectiva política el cómo se explica porque nos encontramos, a los ojos de los Estados europeos, ante un tema de relevancia capital para el éxito de su política migratoria: la práctica de devoluciones en caliente, como afirma Sánchez Legido, «representa la última barrera para impedir el acceso a los derechos y garantías que los Estados europeos han de respetar al inmigrante irregular»<sup>5</sup>.

De ahí el recurso para que fuese revisado el fallo de Sala por la Gran Sala; de ahí la personación en él de tres Estados —y no cualquiera, sino Francia, Italia y Bélgica— para apoyar a España, mostrando y ejercitando así una presión política que, al parecer, el TEDH no pudo resistir. De ahí, en fin, que acabara apartándose de la posición generalmente compartida por todas las instancias internacionales defensoras de derechos humanos, para legitimar la posición defendida por los Estados europeos.

Por todo ello, la sombra que ambas sentencias proyectan es oscura, alargada y muy inquietante. Oscura puesto que la *doctrina de la conducta culpable* supone vaciar de contenido tales derechos, impedir su vigencia real y efectiva. Alargada porque ¿qué impide que dicho requisito de *manos limpias*, no se extienda a otros derechos y a otros titulares? Muy inquietante, pues si se generalizara, transformaría de raíz toda la teoría de todos los derechos humanos de todos; mientras que si se aplica únicamente a un grupo de personas identificadas —las personas migrantes que cruzan irregularmente una

<sup>5</sup> SÁNCHEZ LEGIDO, A., *op. cit.*, p. 238.

frontera—, es una muestra más, un síntoma más de que se está erigiendo, siguiendo a Agamben, un verdadero *estado de excepción*<sup>6</sup> ¡permanente!, que reinterpreta el marco legal internacional establecido y vigente al condicionar el derecho a tener derechos de las personas migrantes a su previo comportamiento. Se trata, en palabras de Javier de Lucas, de «utilizar el Derecho contra los derechos»<sup>7</sup>.

Síntoma inquietante que se suma a los muchos que podemos identificar en los últimos años tanto a nivel nacional como internacional; aunque en esta ocasión, como en alguna otra en el pasado reciente —véase la decisión del TJUE en relación al Acuerdo con Turquía—, de una gravedad inusitada pues proviene ni más ni menos que de los propios tribunales creados para controlar a los Estados en la garantía y respeto de los derechos humanos. ¿Se están convirtiendo en meras instancias de legitimación jurídica de las políticas *sensibles* de los Estados?

**Palabras clave:** expulsiones sumarias, no devolución, Derecho migratorio, jurisdicción del TEDH y del Tribunal Constitucional, frontera.

**Keywords:** summary expulsions, non-refoulement, Migratory Law, ECHR and Constitutional Court jurisdiction, border.

<sup>6</sup> AGAMBEN, G., *Estado de Excepción (homo sacer II, 1)*, Valencia, Pre-Textos, octubre de 2004.

<sup>7</sup> DE LUCAS, J., «El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia N. D. y N. T. c. España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, vol. 27, 2020, pp. 84-96.