

LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE Y EL DERECHO A LA DEFENSA DEL EXTRANJERO EN FRONTERA: ¿QUEBRANTAMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL?

HOT RETURNS AND THE FOREIGNER'S RIGHT OF DEFENCE ON BORDER: BREAKING A FUNDAMENTAL RIGHT?

Susana CUADRÓN AMBITE*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. PRESUPUESTOS Y CONTEXTUALIZACIÓN: LA STEDH.—3. LA STC: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA.—4. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La reciente Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹ y, en especial, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional² donde se abordan respectivamente la adecuación al Convenio Europeo de Derechos Humanos de determinadas prácticas del Gobierno español conocidas como «devoluciones en caliente» y la constitucionalidad de la legalización de tales prácticas a través de la disposición primera de la LOPSC, nos obligan a replantear si efectivamente, a pesar de ello, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los migrantes que pretenden alcanzar territorio español a través de puestos no habilitados. Previamente a abordar la cuestión que se plantea, hemos de analizar los presupuestos que la propia STEDH establece para considerar que no se vulnera el art. 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo) y, por ende, el derecho a una defensa adecuada y eficaz.

* Profesora tutora de Extranjería e Inmigración: Derechos de los Extranjeros en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Doctora en Derecho por la UNED (susanacuadron@gmail.com).

¹ Asunto *N. D. y N. T. c. España* (GS), núms. 8675/15 y 8697, TEDH 2020.

² STC 172/2020, de 19 de noviembre.

2. PRESUPUESTOS Y CONTEXTUALIZACIÓN: LA STEDH

Las sentencias tienen su origen en unos mismos hechos que se produjeron en febrero de 2014 (Ceuta) y, más concretamente, en agosto del mismo año cuando un grupo de personas trató de alcanzar territorio español a través de la valla fronteriza entre Marruecos y la ciudad de Melilla, entre los que se encontraban los demandantes y que fueron objeto de devoluciones sumarias inmediatas. Estos hechos, que ya venían produciéndose de forma constante tanto en Ceuta como en Melilla, especialmente desde el año 2005, fueron conocidos por primera vez públicamente haciéndose eco todos los medios de comunicación no solo a nivel nacional, sino también internacional. Con el afán de legalizar tales prácticas, el Gobierno español³, aprovechando que se encontraba en trámite la Ley Orgánica de Protección y Seguridad Ciudadana, introdujo una DA a la LOEx, cuya redacción es la siguiente:

«Régimen especial de Ceuta y Melilla.

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional».

Las devoluciones sumarias fueron objeto de demanda ante el TEDH y la DA, de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

La STEDH dispone que las devoluciones sumarias a las que fueron sometidos los demandantes no vulneraron el art. 4 del Protocolo núm. 4 (prohibición de expulsiones colectivas) ni el art. 13, ambos del CEDH. No obstante, la Gran Sala mantiene y consolida, por un lado, su criterio en cuanto a establecer cuándo una expulsión debe entenderse como «colectiva» y, por otro lado, precisa el concepto de jurisdicción a efectos de determinar si efectivamente los demandantes se encontraban bajo la jurisdicción del española a fin de aplicar el art. 4 del Protocolo núm. 4.

El Estado español alega que en el supuesto concreto nos encontramos ante una «inadmisión al territorio español», no habiendo sido los demandantes objeto de una expulsión puesto que no habían entrado en territorio español (§ 165), instando al Tribunal para que se pronuncie sobre la aplicabilidad del art. 4 del Protocolo núm. 4, aunque como muy bien indica González Vega, «en un marco distinto», siendo «revelador que al iniciar el examen del asunto se vea en la tesitura de precisar que se trata la primera vez en la que

³ Nos referimos al periodo 2011-2015, Gobierno formado por la mayoría absoluta del Partido Popular.

se ve obligado a analizar la aplicabilidad» de tal precepto al supuesto de «una devolución inmediata y forzosa de extranjeros desde una frontera terrestre, tras el intento de un gran número de migrantes de cruzar dicha frontera de manera no autorizada y masiva»⁴.

Y, así, en primer lugar, el Tribunal mantiene un concepto amplio y genérico de expulsión, refiriéndose «a toda expulsión de un extranjero por la fuerza, independientemente de la legalidad de su estancia, del tiempo que haya pasado en dicho territorio, del lugar en que haya sido detenido, su condición de migrante o de demandante de asilo y su conducta al cruzar la frontera» (§ 185). Por tanto, «se ha determinado que el art. 3 del Convenio y el art. 4 del Protocolo núm. 4 se aplican a cualquier situación que entre en el ámbito de la jurisdicción de un Estado contratante, incluidas aquellas situaciones o periodos de tiempo en los que el Estado interesado todavía no ha evaluado la existencia de motivos que den derecho a los afectados a reclamar protección en virtud de dichas disposiciones» (§ 186).

Así las cosas, queda por determinar si los demandantes se encontraban bajo la jurisdicción española, extremo este que negaba España al entender que no se había alcanzado territorio español, argumentando lo que se ha denominado «concepto operativo de frontera»⁵ y, justificando con ello, la improcedencia de la aplicación del procedimiento de devolución contemplado en nuestra LOEx. El TEDH, por el contrario, categóricamente, descarta la aplicación de tal concepto señalando que «no hay duda de que los demandantes fueron interceptados en territorio español por guardias de frontera y que, por tanto, se encontraban dentro del territorio español el sentido del art. 1 del Convenio» (§ 190).

Ahora bien, cabe preguntarnos por qué, si el Tribunal considera que es plenamente aplicable el art. 4 del Protocolo núm. 4 y que los demandantes se encontraban en territorio español y bajo la jurisdicción española, «*declara por unanimidad que no se ha vulnerado*» tal precepto ni tampoco «el art. 13 del Convenio puesto en relación con el art. 4 del Protocolo núm. 4». Tales presupuestos debieran haber implicado que la actuación del Estado español era claramente contraria al Convenio al no haber aplicado el procedimiento de devolución previsto, que hubiera permitido identificar a los demandantes y realizar un «análisis razonable y objetivo del caso particular de cada uno de los extranjeros del grupo»⁶.

⁴ GONZÁLEZ VEGA, J., «¿Un difícil equilibrio? La Sentencia TEDH, Gran Sala de 13 de febrero de 2020, *N. D. y N. T. c. España*, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 52, 2020.

⁵ Tal concepto es plenamente aplicable «a los inmigrantes que son contenidos y rechazados en las líneas de vigilancia» a quienes no se les aplicaría el procedimiento de devolución toda vez que la misma «es consecuencia inmediata de la entrada en territorio nacional, entrada que, en tales supuestos, a efectos de extranjería, no se produce». Informe presentado por el Ministerio del Interior al Congreso de los Diputados, en fecha 7 de marzo de 2014, recurso electrónico disponible en www.migrarconderechos.es.

⁶ El TEDH considera que la ausencia de tal análisis supondrá que la expulsión sea «calificada como colectiva» (§ 195).

Sin embargo, con unos argumentos, que esta parte considera un tanto endebles para la relevancia del caso, nada menos que la vulneración de derechos fundamentales y el establecimiento de criterios para determinar la vulneración o no del Convenio, el TEDH confirma la correcta y legal actuación de España⁷. Tales argumentos hacen referencia básicamente a la «propia conducta del demandante» como «factor relevante para evaluar la protección que se debe otorgar en virtud del art. 4 del Protocolo núm. 4 (§ 200) y a la existencia de medios reales y efectivos para presentar las demandas de asilo o bien para presentar un visado, haciendo referencia a la posibilidad de realizarlo bien en el puesto fronterizo de Beni Enzar, pero también en los Consulados de España o «en los países de origen o tránsito o incluso en Marruecos» (§ 212). Realmente nos sorprende que el TEDH utilice unos argumentos un tanto inconsistentes para ventilar cuestiones de tal trascendencia.

En cuanto a la existencia de vías legales y efectivas, debemos realizar las siguientes precisiones: respecto de la posibilidad de presentar las solicitudes de asilo, en su caso, en el puesto fronterizo de Beni Enzar, no se sostiene toda vez que fue creado en septiembre de 2014, esto es, después de los hechos objeto de la demanda. Las estadísticas manejadas con relación a las solicitudes presentadas en este puesto fronterizo, tras su creación y hasta el 2017 (apenas nueve), revelan la práctica imposibilidad de acceso a los puestos fronterizos, básicamente por la gran presión migratoria que ejerce Marruecos. Y no podemos olvidar que la Ley 12/2009 excluye prácticamente la posibilidad de presentar solicitudes de asilo en las sedes de las representaciones consulares de España en los países de origen, de tránsito o en Marruecos⁸.

Con relación al otro argumento, «la conducta culpable» de los demandantes⁹, cierto es que el TEDH, ha hecho referencia a este criterio en otras sentencias, sin embargo y como muy bien indica Martínez Escamilla, se trata de supuestos distintos y en el caso que nos ocupa se introducen supuestos «inéditos»¹⁰. Y, es precisamente esa conducta y la forma de tratar acceder al territorio español, sin utilizar las vías legales y efectivas de las que dispone el Estado español, la que impidió aplicar un «procedimiento individualizado para su expulsión», no pudiéndose «hacer responsable al Estado español por no facilitar un remedio legal contra dicha expulsión» (§ 242). De esta forma, el TEDH ventila la cuestión sobre la imposibilidad de acceso a un recurso efec-

⁷ En tal sentido se pronuncia MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Las devoluciones en caliente tras la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de febrero 2020 (N. T. y N. D. c. España)», *Jueces para la Democracia: información y debate*, 2020, núm. 97, p. 63.

⁸ El art. 38 de la Ley 12/2009, que no ha sido aún desarrollado reglamentariamente, descarta la posibilidad de pedir asilo en las representaciones diplomáticas españolas en los países de origen y respecto de las peticiones realizadas en otros consulados, no se establece procedimiento alguno y se otorga la potestad exclusiva a los consulados la decisión del traslado de los posibles solicitantes a territorio español.

⁹ «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 su fuerza», § 201.

¹⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, *supra*, p. 66.

tivo y, por ende, el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho a la defensa, de la misma forma que ha resuelto las anteriores cuestiones planteadas: con argumentos, a nuestro parecer, dada la entidad de la materia, un tanto vacuos e incluso frívolos, reconduciendo estos una vez más a la conducta de los demandantes. Así indica que (§§ 242 y 243) la circunstancia de que hubieran sido los propios demandantes quienes se pusieran en una situación ilegal, al intentar entrar a España fuera de los cauces legales establecidos, incumpliendo por tanto no solo el Código de Fronteras Schengen, sino también la legislación interna, conllevó que no pudiera aplicarse un procedimiento individualizado para su expulsión y, por tanto, el Estado demandado no es responsable por no haber puesto a su disposición un recurso judicial efectivo y, «de ello se desprende que la falta de recurso con respecto a la expulsión de los demandantes no constituye en sí misma una violación del art. 13 CEDH».

3. LA STC: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA

Así las cosas, y tras unos escasos meses desde la publicación de la STEDH, nuestro Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad ya referido, y en lo que nos ocupa lo relativo a la DF 1.^a de la LOPSC por vulneración, entre otros, del art. 24.1 CE.

Con la aplicación de esta disposición se exceptúa lo previsto en el art. 58.3 de la LOEx y en el 23 del Real Decreto 557/2011, en cuanto a la apertura de un expediente administrativo para aquellas personas que tratan de entrar en territorio español ilegalmente incluyéndose a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. Nuestro Tribunal Constitucional admite que «a la persona extranjera que está siendo rechazada mientras se encuentra en los elementos de contención ubicados en territorio español, ubicados en el sistema de seguridad fronterizo, le son aplicables las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico» (rechazo en frontera)¹¹. Sin embargo, sorprendentemente, establece que ese rechazo en frontera en el caso de que se trate de la detección de extranjeros en las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla, en tanto en cuanto concurre la «singularidad de su ubicación geográfica»¹², permite «que la Administración y sus agentes practiquen una actuación material de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida»¹³ y, por tanto, entiende que se trata de un nuevo régimen ante una situación particular, considerando que la regulación a través de la disposición adicional es totalmente constitucional centrandó tal constitucionalidad, entre otros motivos, primero, porque el rechazo, tal y como se contempla en el propia disposición «se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos», lo que conlleva que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad «deberán prestar atención a las categorías de

¹¹ STC, cit. *supra*, FJ 8, apdo. c).

¹² La única frontera exterior Europa/África.

¹³ *Ibid.*, cit.

personas vulnerables». Segundo, con fundamento en la STEDH, en tanto en cuanto existan medios de acceso de entrada legales y lugares de donde formalizar las solicitudes de asilo, se cumplen con las obligaciones internacionales de acceso a medios efectivos y cumplimiento del derecho de no devolución en el caso de solicitantes de asilo, pudiéndose denegar la entrada a aquellos que pretendan entrar a territorio español por un lugar diferente no autorizado. De esa forma, entendemos, acoge la doctrina de la conducta culpable establecida por el TEDH, ¿cómo puede nuestro Tribunal Constitucional concluir sobre tal constitucionalidad con argumentos tan peregrinos y sin conocer y realizar un análisis sobre el fondo del asunto? El fallo de la sentencia no deja de ser aún más sorprendente al determinar que tal regulación resulta constitucional siempre que «se interprete» de la forma siguiente: «a) aplicación a las entradas individualizadas; b) pleno control judicial, y c) cumplimiento de las obligaciones internacionales»¹⁴.

Las devoluciones inmediatas que se practican en Ceuta y Melilla, a pesar de la interpretación que establece el Tribunal Constitucional, infringen de forma patente el derecho a la tutela judicial efectiva. En primer lugar, escapan a cualquier procedimiento administrativo que permita individualizar e identificar a las personas: se excluye la aplicación del procedimiento previsto en la LOEx habida cuenta de la peculiaridad geográfica. En segundo lugar, los funcionarios encargados de la vigilancia de la frontera no llevarán a cabo la labor de identificar a aquellas personas más vulnerables, impidiendo en su caso la protección de menores, solicitantes de asilo, mujeres embarazadas o personas sometidas a trata de seres humanos, entre otras. La actuación por la vía de hecho infringe las más elementales garantías constitucionales de sometimiento de la actuación de la Administración a la CE y al resto del ordenamiento jurídico¹⁵. Y tercero, si no se identifican ni tal actuación queda sometida a un procedimiento, en el que intervenga un letrado y se dicte una resolución sobre la situación del extranjero en particular, no puede ejercerse un «pleno control judicial» de la legalidad y, por ende, de la constitucionalidad de la devolución y de la actuación de estos funcionarios. Obviamente todo ello, además, infringe la normativa internacional.

Afortunadamente la STC contiene un voto particular¹⁶ que arroja alguna luz, en tanto en cuanto y aún considerando que la especial ubicación de Ceuta y Melilla podría ser un «elemento justificativo [...] para establecer un procedimiento de devolución especial en la legislación de extranjería», ello no puede ser óbice «ni existe justificación constitucional, desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106 CE para que la restauración de la legalidad migratoria transgredida se haga prescindiendo completamente de un mínimo procedimiento y del respeto de garantías esenciales». Por tanto, la ausencia de este mínimo procedimiento y de la posibilidad de «singularización de cada acto

¹⁴ STC, cit. *supra*, fallo.

¹⁵ Arts. 9.3 y 106 CE.

¹⁶ Voto particular de la Magistrada Dña. María Luis Balaguer Castellón.

de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».

4. CONCLUSIONES

Ambas sentencias no vienen más que a reafirmar, en aras al mantenimiento del denominado «espacio de libertad y seguridad», la legalidad de la aplicación de políticas migratorias restrictivas y la arbitrariedad en la actuación del Estado español, en este caso, en el control de la frontera sur. Y, todo ello, en detrimento de los derechos humanos de los ciudadanos extranjeros y, concretamente, el efectivo ejercicio del derecho a la defensa. Tales decisiones y, especialmente la STDH, tan solo se entienden en un contexto de presión por parte de los países europeos¹⁷ que, con la finalidad de ejercer un control migratorio en las fronteras exteriores, especialmente en la frontera sur, no dudan en cercenar derechos fundamentales inherentes a la dignidad de aquellas personas más vulnerables. Como apunta el Profesor Vacas Fernández, cierto es que la STEDH arroja algunas luces, pero la sombra que se extiende con el establecimiento de la doctrina de la conducta culpable, y su acogimiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional, resulta muy «inquietante», en tanto en cuanto supone «vaciar de contenido los derechos» fundamentales de los ciudadanos extranjeros «impidiendo su vigencia real y efectiva», como hemos puesto de relieve en el presente trabajo.

Palabras clave: derechos humanos, devoluciones sumarias, defensa, recurso efectivo, frontera.

Keywords: human rights, summary expulsions, defence, effective appeal, border.

¹⁷ No olvidemos que Francia, Bélgica e Italia se personaron en el recurso que interpuso el Gobierno español ante la Gran Sala como intervinientes.