

EL GIRO DE ESTRASBURGO EN LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE: COMENTARIO AL ASUNTO N.D Y N.T CONTRA ESPAÑA¹

*M^a Dolores Requena de
Torre
Becaria FPU Dpto.
Derecho Constitucional
UGR*

En el caso N.D y N.T contra España el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que enjuiciar si la expulsión automática de dos extranjeros, llevada a cabo en la frontera de Melilla el día 13 de agosto de 2014 por la Guardia Civil, constituyó una expulsión colectiva, prohibida por el artículo 4 del Protocolo nº 4. Se trata del primer asunto concerniente a una posible expulsión colectiva en la que el Tribunal de Estrasburgo declara inadmisibles las quejas respecto del artículo 3 CEDH. Y la primera vez que el Tribunal debía decidir sobre la aplicabilidad del Artículo 4 del Protocolo nº 4 en situaciones de devolución inmediata y forzosa de extranjeros que han intentado sobrepasar ilegalmente una frontera terrestre en grupo. En el año 2017 el TEDH emitió su fallo considerando por unanimidad que España había llevado a cabo una expulsión colectiva violando el referido artículo 4 así como el artículo 13 del Convenio al no permitir a los demandantes el acceso a un recurso efectivo contra su expulsión. Pero, ¿cuáles son los criterios del Tribunal para considerar que una expulsión es colectiva? Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el elemento determinante para observar el carácter colectivo de la expulsión es la ausencia de un examen razonable y objetivo de las circunstancias individuales de cada persona, siempre que esta omisión no sea imputable a la conducta de los propios demandantes. No siendo por tanto determinante ni el número de personas expulsadas, ni que pertenezcan a un mismo grupo nacional, racial, étnico o religioso. En el asunto objeto de estudio, los demandantes fueron esposados en el momento de descender la valla, y devueltos a Marruecos. Durante este procedimiento de devolución automática no llegaron a acceder a un procedimiento siquiera de identificación, ni mucho menos tuvieron la oportunidad de explicar sus circunstancias personales. Tampoco contaron con un intérprete, ni fueron asistidos por abogados. Por ello, el Tribunal consideró que N.D y N.T habían sido objeto de una medida de carácter general, consistente en rechazar aquellos inmigrantes que tratan de traspasar la frontera ilegalmente. Que la medida de expulsión que se les ejecutó fue llevada a cabo sin procedimiento alguno, en ausencia de decisión administrativa o judicial previa. Una situación de desprotección tan evidente, que el asunto no plantea un juicio de las garantías observadas durante el examen individual puesto que no hubo ningún examen de las circunstancias individuales de los demandantes. Ni siquiera hubo un procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas. Por todo ello, el Tribunal consideró indudable el carácter colectivo de dichas expulsiones. Sin embargo, la sentencia fue recurrida por el Gobierno de España y en 2020 la Gran Sala se pronunció en sentido opuesto. Llamativamente, la línea argumental fue prácticamente la misma. La Gran Sala recordó que una expulsión colectiva es la medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país salvo cuando esa medida se ha tomado en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que componen el grupo. Pero no se da una expulsión colectiva cuando la ausencia de dicha decisión individual de expulsión es atribuible a la propia conducta del demandante. Criterios que coinciden con los que ya consideró el TEDH en la sentencia recurrida de 2017. ¿Cuál es el punto en el que ambas sentencias se distancian como para dar lugar a fallos opuestos? Que para la Gran Sala, es efectivamente el propio comportamiento de los demandantes el responsable de que no se dieran procedimientos individuales. En esta nueva sentencia, se considera que son los propios demandantes quienes se han puesto en esa posición de riesgo al participar en el asalto a la valla de Melilla el día 13 de agosto de 2014, tomando ventaja del número de personas y usando la fuerza. Misma conducta por la que no hicieron uso de los procedimientos legales existentes para entrar legalmente en España. Y considera atribuible a esta conducta la falta de una decisión individual de expulsión: “if they indeed wished to assert rights under the Convention, did not make

¹ Un análisis más completo fue publicado bajo el título: “Las Expulsiones Colectivas De Los Migrantes Irregulares: El Giro De Estrasburgo”. En: Porras Ramírez J.M. (Coord) “Migraciones Y Asilo En La Unión Europea”. Aranzadi 2020. P. 323-353.

use of the official entry procedures existing for that purpose, and was thus a consequence of their own conduct”². Este argumento, que sitúa el punto de mira sobre el comportamiento de los demandantes, tiene su origen en las decisiones de los asuntos *Berisha y Haljiti c. República Ex Yugoslava de Macedonia*, del 2001 y *Dritsas c. Italia*, del 2011. Ambas respondían a situaciones en las que, como la propia Gran Sala admite, los demandantes habían mostrado una falta de cooperación activa con el procedimiento disponible que impedía llevar a cabo el examen de las circunstancias individuales de cada uno³. ¿Son análogos estos casos y las conductas de los demandados? La conducta, a juicio de la Gran Sala culpable, de N.D y N.T, a la que se achaca la devolución automática y sin siquiera un procedimiento de identificación se enjuicia por el Tribunal a la luz de dos elementos principales. El primero de ellos, la forma de asaltar la valla el día 13 de agosto de 2014 haciendo uso de la fuerza y aprovechando la superioridad numérica. El segundo, responde al no uso de las vías legales por las que los demandantes podrían haber accedido a España. ¿Son comportamientos que muestren una falta de cooperación activa tal como para impedir el examen individual? ¿Existían realmente vías legales, seguras, y accesibles para los demandantes? ¿Ha sido este planteamiento un acierto de la Gran Sala, o debió omitirlo, como ya hizo el Tribunal en 2017, en tanto que irrelevante en el enjuiciamiento de una práctica concreta y habitual de devoluciones en caliente? El TEDH se reafirma en que los demandantes no alegaron en el procedimiento haber tratado de acceder previamente de forma legal. Entendiendo así, que de haberlo hecho y no haber podido, tal y como ellos y terceras partes afirman que habría pasado, la expulsión en esas condiciones hubiera sido ilegítima. ¿Cómo podrían haberlo demostrado sin una entrevista, un examen de sus circunstancias, ni una mera identificación? Pero es que, además, el Tribunal entiende que no hubo violación del Convenio porque, en 2015, cuando N.D consiguió entrar en España y solicitó asilo, éste le fue denegado. ¿Pero y si no hubiera sido así? ¿Y si España, por no haber procedido al estudio de las circunstancias individuales de N.D, lo hubiera devuelto a Marruecos teniendo derecho a la concesión de asilo? ¿Puede alguien pensar que, si se le hubiera reconocido dicho estatuto en 2015, el fallo hubiera sido el mismo? Y de ser así, ¿afectaría en la misma manera a N.T, ¿que en ningún momento solicitó protección? La sentencia comentada no ha dejado indiferente a nadie. Se trata de un asunto de máxima actualidad y relevancia en tanto que determinante de las políticas migratorias de Europa tendentes, cada vez más, a hacer de las fronteras zonas fuera del alcance del Derecho. Y es que, en esta sentencia la Gran Sala no solo tenía que enjuiciar la expulsión de N.D y de N.T, sino que tenía que verificar la legalidad conforme al Convenio de una práctica denunciada en infinidad de informes elaborados por organismos e instituciones nacionales, internacionales y oenegés. Sin embargo, este fallo plantea numerosas cuestiones cuyas posibles respuestas son, a mi juicio, difícilmente conciliables con el Convenio Europeo. Las más complejas giran en torno a la seguridad de quienes acuden ilegalmente a nuestros Estados con la intención de solicitar protección internacional, y las garantías de futuro del non refoulement. En mi opinión, que esta sentencia haya avalado la práctica de las devoluciones en caliente supone un abaratamiento del canon de protección fijado por quien, en las últimas décadas, se había considerado baluarte contra las deshumanizadas políticas migratorias. Una muy preocupante desvalorización de los derechos humanos, y de la dignidad de las personas migrantes, a favor de una Europa fortaleza que aboga, cada vez más, por un fin que cree justificar sus medios. Pese a todo, el futuro de las políticas migratorias sigue siendo incierto. Varias cuestiones de máxima importancia fueron prácticamente omitidas en estas sentencias: ¿es Marruecos un país seguro? ¿Puede España asegurar que, cuando devuelve a una persona a Marruecos esta persona tendrá garantizado el respeto a sus derechos? ¿Abandonar “a su suerte” a los demandantes a más de 300 kilómetros de donde fueron detenidos por la Guardia Civil, y en las condiciones en las que se encontraban como extranjeros de una minoría discriminada en Marruecos puede suponer un trato

² STEDH de 13 de febrero de 2020. Asunto N.D y N.T c. España. §231.

³ STEDH de 13 de febrero de 2020. Asunto N.D y N.T c. España. §200: “it was the lack of active cooperation with the available procedure for conducting an individual examination of the applicants’ circumstances which prompted the Court to find that the Government could not be held responsible for the fact that no such examination was carried out”.

inhumano o degradante? ¿Fue un error inadmitir la pretensión de violación del artículo 3 del Convenio? España tiene aún dos asuntos pendientes ante Estrasburgo por supuestas violaciones de derechos a inmigrantes en la frontera sur. Mientras que en el asunto *Doumbe Nnabuchi c. España* núm. 19420/15 se denuncian malos tratos cometidos por la Guardia Civil hasta finalmente su entrega a autoridades marroquíes; el asunto *Balde y Abel c. España* núm. 20351/17 denuncia malos tratos por parte de las autoridades marroquíes a los que se expusieron como consecuencia de la devolución en caliente llevada a cabo por la Guardia Civil. La principal diferencia en estos asuntos reside en la posible existencia de tratos inhumanos y degradantes conforme al artículo 3 del Convenio. Lo que plantea la posibilidad de un nuevo giro en el enjuiciamiento de las expulsiones en la frontera sur, que retome la línea marcada por *leading cases* como *Hirsi Jamaa* y de la que incomprensiblemente se ha alejado ahora el Tribunal. Y aunque pueda resultar decepcionante pensar que el estándar de protección lo haya bajado ahora quien durante décadas ha sido su máximo garante, tampoco es la única opción para salvaguardar los derechos humanos en las vallas. En primer lugar, porque el Tribunal Constitucional puede aún pronunciarse elevando el nivel de protección respecto del que ha marcado Estrasburgo. Y, en segundo lugar, aunque igualmente poco probable, cabe la supresión de estas prácticas que ya habían sido tachadas de ilegales por quienes ahora forman Gobierno. Con una perspectiva pesimista respecto de la salvaguarda de los derechos humanos en las políticas migratorias europeas, solo nos queda mantener una visión crítica y de denuncia de la situación a fin de evitar lo que algún autor ha denominado “la normalización de la ilegalidad”⁴.

⁴ Como afirma Solanes: “en determinados aspectos asistimos a lo que podría considerarse la normalización de la ilegalidad. Es decir, la repetición continuada de prácticas que son manifiestamente incompatibles con los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados y los estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos, pero que por darse en la frontera se asumen como medidas necesarias”. En: Solanes Corella, Á.: “Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones ‘en caliente’”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (36), 2017. P. 195-225.