

CONTROL DE VALLAS FRONTERIZAS EN CEUTA Y MELILA

STEDH de 13 de febrero de 2020, ASUNTO N.D. Y

N.T. contra España

ROBERTO GUTIÉRREZ CANTOS 3ºA
GRADO EN DERECHO

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CIUDADANOS
EN LA UNIÓN EUROPEA



. En el mar Mediterráneo murieron casi 1.000 personas en 2020, según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). La ruta migratoria del Mediterráneo es en la que más personas mueren actualmente. Ante dicho flujo de refugiados y, en especial a raíz de la crisis de refugiados sirios del año 2015, los Estados europeos reforzaron el control de fronteras en medio de un creciente discurso antinmigración en la opinión pública y mandatarios de diversos países de la Unión.

. Antes de la crisis de los refugiados en Europa, solo tres países habían levantado vallas en las fronteras exteriores para evitar la llegada de migrantes y refugiados a su territorio: España (la instalación se terminó en 2005 y se amplió en 2009), Grecia (terminada en 2012) y Bulgaria (en respuesta a la actuación griega, terminada en 2014).

. Además, sin normas explícitas de la UE sobre el levantamiento de vallas en las fronteras exteriores de Schengen, los Estados miembros también han erigido barreras con terceros países (en particular Marruecos y Rusia), incluidos los candidatos a la preadhesión (la República de Macedonia del Norte, Serbia y Turquía). También se han construido vallas dentro del espacio Schengen, como la erigida entre Austria y Eslovenia.

. En contra de lo dispuesto en el artículo 14, apartado 2, del Código de fronteras Schengen, que dispone que «solo podrá denegarse la entrada mediante una resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación», un número cada vez mayor de Estados miembros han comenzado gradualmente a construir murallas o vallas fronterizas con el fin de impedir indiscriminadamente que migrantes y solicitantes de asilo entren en su territorio nacional.

Los muros fronterizos en Europa

Muros y vallas antinmigrantes

Existentes, en construcción y proyectados



Disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la disposición final 1.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana

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.*



Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Artículo 3

Prohibición de la tortura

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 13

Derecho a un recurso efectivo

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Artículo 4 del Protocolo nº4

Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros

Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículo 19

Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra) de 1951

Artículo 33

Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH):

La prohibición de las expulsiones colectivas es una norma de derecho general internacional, inherente al derecho a un proceso equitativo, y que esta norma implica el derecho al examen individualizado por medio de un procedimiento que ofrezca garantías suficientes de la consideración real y diferenciada de las circunstancias individuales de las personas afectadas. El carácter colectivo de la expulsión está en mayor medida determinada por la ausencia de un examen objetivo y razonable de cada caso individual, o por la existencia de un examen imprevisible, injusto, inadecuado y no respetuoso de las normas de derecho de estos casos, que por el número de los extranjeros expulsados

ACNUR considera que el art. 33 de la Convención de Viena de 1951 establece *la obligación de no devolver a ningún refugiado o solicitante de asilo a un país en el que corra peligro de ser perseguido o sufrir daños*

. Además, el término “devolución” no hay que entenderlo como una cuestión relativa al Estado territorial, sino más bien al Estado en que corre peligro el refugiado o solicitante de asilo, de modo que no puede desprenderse del mismo que su alcance se refiera a la conducta del Estado dentro de sus fronteras, sino en cualquier situación en la que de sus actuaciones se produzca la exposición del migrante a un Estado donde corre el riesgo de ser perseguido o gravemente dañado

. Cualquier práctica de este tipo es contraria al espíritu de la mencionada Convención (y a las normas pertinentes del Derecho Internacional de los derechos humanos) de protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales de los refugiados y solicitantes, que es el baremo que el comité utiliza para interpretar los términos que puedan resultar ambiguos

. Por este mismo motivo, no solamente se considera que las actuaciones extraterritoriales vulneran el art. 33 de la Convención de Ginebra, sino también las omisiones en materia de devolución

Informe de julio de 2014 del Comité para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa (CPT)

. El CPT señala *que las autoridades españolas han construido un dispositivo formado por vallas paralelas a lo largo de trece kilómetros de la frontera que separa Melilla de Marruecos, con el objetivo de impedir el acceso de inmigrantes en situación irregular a territorio español*

El CPT indica *que la valla ha sido completamente construida en territorio español y que, por lo tanto, es competencia exclusiva de España*

. EL CPT considera *que la práctica descrita de devolver inmediatamente y por la fuerza a los inmigrantes irregulares, sin identificación previa o evaluación de sus necesidades, es una flagrante vulneración del principio de no rechazo anteriormente mencionado*



STEDH, de 13 de febrero de 2020, Asunto N.D y N.T contra España

HECHOS Y ARGUMENTOS DE LOS DEMANDANTES

- . N.D. y N.T. cruzaron las vallas de Melilla, entrando así a España el 13 de agosto de 2014. La Guardia Civil los detuvo junto con unas otras 70 personas de origen subsahariano, quienes también habían logrado pasar la valla
- . Fueron devueltos de forma inmediata a Marruecos sin la posibilidad de acceder a ningún tipo de protección o acceso a recursos legales
- . Los demandantes afirman que la expulsión de extranjeros antes de que entren en territorio nacional constituye un acto de jurisdicción del Estado Español, lo cual le otorga responsabilidad en el asunto
- . Alegan que no tuvieron la posibilidad de interponer un recurso judicial efectivo contra su primera expulsión (13 de agosto de 2014)
- . Consideran además que la expulsión que han sufrido ha de calificarse como "Colectiva" en función del artículo 4 del Protocolo nº4
- . El grupo que intentó saltar las vallas de Melilla el 23 de agosto de 2014 estaba formado por unas 85 personas que fueron objeto de expulsión automática. No se sometió a ninguno de los extranjeros a examen individual de sus solicitudes

HECHOS Y ARGUMENTOS DE LOS DEMANDANTES (2)

- . Añaden también los demandantes, que el puesto de Beni-Enzar no contaba con una oficina de protección internacional hasta noviembre de 2014 y por lo tanto no pudieron solicitar el asilo
- . ACNUR confirma que este puesto fronterizo era casi exclusivo para los solicitantes de asilo sirios y los demandantes en cuestión eran subsaharianos
- . Por último, los demandantes alegan que no solamente no fueron identificados por el Gobierno español, sino que no pudieron impugnar mediante recurso con efecto suspensivo, tal expulsión automática



***Puesto fronterizo
de Beni-Enzar***

ARGUMENTOS DEL GOBIERNO ESPAÑOL

- . Alega que la demanda se suscita sobre hechos producido fuera de la jurisdicción de España, pues los demandantes no llegaron a superar el puesto fronterizo de Melilla (las vallas).
- . Además, el Gobierno considera que ninguno de los dos demandantes ha solicitado la protección internacional ante las autoridades españolas antes de presentar a demanda ante el Tribunal y que, en todo caso, ND lo hizo después de interponer la demanda y una vez había sido asistido por abogados.
- . El Gobierno alega que para que quepa la alegación del artículo 4 del Protocolo Núm.4 los hechos debían de haberse producido en territorio español y que la expulsión debe ser colectiva, cuestiones que no considera se den en el presente caso
- . Por último, alega el Gobierno español que los inmigrantes intentaron entrar en España de forma ilegal, cuando tenían la posibilidad de formalizar una solicitud de entrada, por ejemplo, en el puesto fronterizo de Beni-Enzar. A estos efectos, repite que NT nunca formalizó tal solicitud y que ND la presentó, pero una vez había sido expulsado.

SOLUCIÓN ALCANZADA POR EL TRIBUNAL

1. En opinión del Tribunal, *no hay duda de que los demandantes fueron interceptados en territorio español por guardias de frontera españoles y que, por lo tanto, se encontraban dentro de la jurisdicción española en el sentido del artículo 1 del Convenio.*

El Tribunal se remite a ese respecto a las consideraciones esbozadas en respuesta a la objeción preliminar del Gobierno de que España carecía de jurisdicción en el presente caso. Esas consideraciones se basaban en el hecho de que un Estado no puede reclamar unilateralmente la exención del Convenio ni modificar sus efectos para una parte de su territorio, ni siquiera por razones que considere legítimas. El Tribunal observa a este respecto que, según el artículo 27 de la Convención de Viena, las disposiciones de derecho interno no pueden invocarse para justificar el incumplimiento de un tratado.

La legítima preocupación de los Estados por frustrar los intentos cada vez más frecuentes de eludir las restricciones a la inmigración no puede llegar al extremo de hacer ineficaz la protección que ofrece el Convenio, y en particular la del artículo 3 (véanse, mutatis mutandis, M.S.S. c. Bélgica y Grecia, y Amuur c. Francia, de 25 de junio de 1996).

2. El Tribunal confirma el carácter "colectivo" de la expulsión. Este punto había sido impugnado por el Gobierno español dado que consideraba que únicamente afectaba a dos individuos. No obstante, *el Tribunal indica que los demandantes formaban parte de un numeroso grupo de extranjeros que actuaban simultáneamente y que fueron objeto del mismo trato que los demás miembros del grupo.*

El Tribunal recuerda su jurisprudencia en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4, *que se considera que una expulsión es "colectiva" a los efectos del artículo 4 del Protocolo nº 4 si obliga a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, "salvo que esa medida se adopte sobre la base de un análisis razonable y objetivo del caso concreto de cada uno de los extranjeros del grupo"* (véanse los casos Khlaifia y otros, y ss.; Georgia c. Rusia (I); Andric c. Suecia (dec.), nº 45917/99, de 23 de febrero de 1999; Davydov c. Estonia (dec.), nº 16387/03, de 31 de mayo de 2005; Sultani c. Francia, nº. 45223/05; y Ghulami c. Francia (dec.), nº 45302/05, de 7 de abril de 2009)

El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual, *cuando utiliza el adjetivo "colectivo" para describir una expulsión, se refiere a un "grupo", sin por ello distinguir entre grupos en función del número de sus miembros (Georgia c. Rusia (I), § 167).*

El grupo no tiene que comprender un mínimo de individuos por debajo del cual se pondría en duda el carácter colectivo de la expulsión. Por ello, el número de personas afectadas por una determinada medida es irrelevante para determinar si ha habido o no una vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 4.

3. El Tribunal considera que, *de hecho, fueron los demandantes quienes se arriesgaron al participar en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla el 13 de agosto de 2014, aprovechando el gran número de miembros del grupo y utilizando la fuerza. No hicieron uso de los procedimientos legales existentes para obtener la entrada legal en territorio español de acuerdo con las disposiciones del Código de Fronteras Schengen sobre normas para el cruce de las fronteras exteriores del espacio Schengen*

En consecuencia, de conformidad con su jurisprudencia reiterada, el Tribunal *considera que la ausencia de resoluciones individuales 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.*

La propia conducta del demandante es un factor relevante para evaluar la protección que se debe otorgar en virtud del artículo 4 del Protocolo nº 4. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal, no hay vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 4 si la ausencia de una decisión individual de expulsión puede atribuirse a la propia conducta del demandante (véase Khlaifia y otros, § 240, y Hirsi Jamaa y otros, § 184; véase también M. A. c. Chipre, § 247; Berisha y Haljiti; y Dritsas y otros)

A juicio del Tribunal, 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

4. En la medida en 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*

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 artículo 13 del Convenio, en la medida en que la queja de los demandantes sobre los riesgos que podían correr en el país de destino fue desestimada al principio del procedimiento. En consecuencia, el Tribunal concluye que no se ha vulnerado el artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo no. 4

VISIÓN CRÍTICA RESPECTO DE LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL

En relación a la STEDH N.D y N.T. contra España mostramos nuestra disconformidad con la solución alcanzada por el Tribunal. Exponemos a continuación los motivos por los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería haber fallado que se produjo violación de los arts. 13 y 4 del Protocolo nº4 del Convenio

1. En relación con la vulneración del art. 4 del protocolo nº4 del Convenio debemos rechazar la premisa que los demandantes no se encontraban bajo jurisdicción española pues *impedir a los inmigrantes alcanzar las fronteras del Estado, incluso de rechazarlos a otro Estado, constituye un ejercicio de la jurisdicción con arreglo al artículo 1 del Convenio, que compromete la responsabilidad del Estado en cuestión en el ámbito del artículo 4 del Protocolo nº 4 (Hirsi Jamaa y otros c. Italia, nº 27765/09)*
2. Asimismo, los demandantes no tuvieron la posibilidad de presentar solicitud de asilo en Marruecos puesto que este país *no cuenta con un sistema nacional de asilo, no hay reconocimiento automático del estatuto de refugiado y los solicitantes de asilo registrados por el ACNUR no reciben ninguna asistencia por parte del Estado*

3. Por otra parte, se debe rechazar la afirmación que los controles de flujos migratorios justifican dicha devolución puesto que la jurisprudencia del TEDH recuerda que *las dificultades en la gestión de los flujos migratorios o en la acogida de los demandantes de asilo no pueden justificar el recurso, por parte de los Estados, a unas prácticas incompatibles con sus obligaciones convencionales. (SSTEDH Hirsi Jamaa y otros y Sharifi y otros)*

La propia STEDH de 3 de octubre de 2017 del asunto N.D. Y N.T. c. España señala que *'el fin del artículo 4 del Protocolo n.º 4 es el de evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente (Hirsi Jamaa y otros, y Sharifi y otros)*

4. En relación con el art. 13 del Convenio, si bien los demandantes tenían posibilidad de presentar los distintos recursos y solicitudes que correspondieran fuera de territorio español, dada la coyuntura que padecen los migrantes en países como Marruecos y demás países de tránsito, dichas posibilidades de recurso se presentan como muy difíciles o ciertamente imposibles

En este punto, el TEDH en el asunto N.D. Y N.T. c. España de 3 de octubre de 2017 señala que *el alcance de la obligación que el artículo 13 representa para los Estados contratantes varía en función de la naturaleza de la queja del demandante. Sin embargo, el recurso exigido por el artículo 13 debe ser “efectivo” en la práctica como en derecho (SSTEDH Hirsi Jamaa y otros y Khlaifia y otros)*

Así pues, la efectividad no pudo lograrse en el caso de los demandantes

5. Por último, debemos rechazar la Sentencia de 13 de febrero de 2020, ASUNTO N.D. Y N.T. contra España, y su afirmación en el caso de las dos personas que cruzaron, *“aunque estos disponían sobre el terreno de varias vías para solicitar una entrada regularizada a España, decidieron no usar los procedimientos legales que existían para entrar en territorio español de manera legal y que su arresto por la Guardia Civil y su devolución inmediata y sin que se les permitiera consultar a un abogado o a un médico, entre otros fue consecuencia de su propia conducta”*

Como bien hemos señalado, la oficina de asilo en Melilla a pesar de que la misma se construyó después de la devolución en caliente de los recurrentes, su funcionamiento y operatividad reales son prácticamente nulos por lo que se produce la vulneración del art.

13 del Convenio al carecer de la efectividad del procedimiento de recurso que la jurisprudencia del TEDH ya ha refrendado respecto del mencionado art. 13

El fallo desestimatorio tiene como premisa la siguiente afirmación: *“el derecho español ofrecía a los demandantes varias maneras posibles de solicitar un visado o solicitar protección internacional, en particular, en el punto de cruce de la frontera de Beni Enzar, pero también en las representaciones diplomáticas o consultares de España en los países de origen o de tránsito o incluso en Marruecos”* (§ 212). Esto es sorprendente dado que para alcanzar ese punto implica tener que traspasar previamente el control migratorio desarrollado por la policía marroquí, cuya misión, por otra parte es mantener a estas personas alejadas de la frontera. En nuestra opinión, la doctrina tan sumamente restrictiva de esta sentencia no refleja la realidad existente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla

Por último, de igual manera, mostramos nuestra disconformidad con la solución alcanzada por la STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020 en relación a la Disposición Adicional Décima de la LOEX que avala las ya denominadas *devoluciones en caliente*

Consideraciones básicas:

Este procedimiento ya generalizado en las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla no queda sujeta a procedimiento de ningún tipo, por lo que debe ser considerada una devolución arbitraria contraria al art. 9.3. CE que recoge la garantía *“de la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*

Asimismo, al no hallarse sujeta a revisión judicial, contraviene el art. 106 CE que refleja que *“los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”*. De esta manera, se está privando al extranjero del derecho de tutela judicial efectiva al no garantizarle el acceso a los tribunales en condiciones que aseguren el efectivo ejercicio de sus derechos de defensa, como prescribe el artículo 24.1 CE

Este procedimiento especial de rechazo en frontera en Ceuta y Melilla no constituye ningún tipo de acto administrativo del que derive un procedimiento, ni se encuentra regulado como tal en la LOEX ni en la legislación sobre procedimiento administrativo por lo que contraviene el art. 105.c CE que *“establece que la ley deberá regular el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”*.

Nos hallamos ante un supuesto manifiesto de “vía de hecho”, **entendida como aquella situación producida por una actuación administrativa que se lleva a efecto prescindiendo de manera plena del procedimiento establecido o por órgano manifiestamente incompetente** (STS de 8 de junio de 1993; STS 22 de septiembre de 2003, entre otras).

Así pues las SSTEDH M.S.S. c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011, y A.S. y otros c. España, de 22 de abril de 2014, también han precisado **que las expulsiones por la vía de hecho imposibilitan el acceso a los procedimientos de extranjería y con ello a los expulsados se les priva de la posibilidad de impugnar la ilegalidad de su expulsión y la vulneración de sus derechos**.

Preocupa especialmente la arbitrariedad y falta de seguridad jurídica en la que incurre esta disposición adicional décima de la LOEX.

El afectado por esta medida se ve privado de cualquier posibilidad de reacción frente a la expulsión. Además, por aplicación de la LOEX (artículo 58.7), **la devolución lleva aparejada la prohibición de entrada durante tres años, por lo que tiene las mismas consecuencias de un procedimiento sancionador**. Y si tiene las mismas consecuencias, el procedimiento ha de rodearse de las mismas garantías, sin que puede privarse a los extranjeros de los derechos de contradicción y audiencia, motivación y asistencia legal y al recurso

En ausencia de un mínimo procedimiento y de la posibilidad de singularización de cada acto de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), mediante un posterior control judicial de esa concreta actuación. Tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). Por tanto, habría que haber declarado la íntegra inconstitucionalidad y nulidad del precepto

Del mismo modo, sin ese mínimo procedimiento, *es imposible hacer reales y efectivas las garantías constitucionales esenciales, propias de todo procedimiento de restauración de la legalidad migratoria mediante la devolución, establecidas en la jurisprudencia constitucional, que se han concretado, con carácter general, en la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones; y, en conexión con el art. 22 LOEx, en los derechos de asistencia jurídica gratuita y la asistencia de intérprete en todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución, tendentes a garantizar el derecho de defensa*

(STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12)

Cabe recordar a la jurisprudencia constitucional recogida en la STC 236/2007 (FJ 4), y reiterada en la STC 17/2013 (FJ 2): *“...debemos afirmar que el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana...”*

Asimismo, la normativa objeto de análisis incumple las obligaciones internacionales contraídas por España en relación con los menores de edad. El dictamen del Comité de los Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/DR/4/2016) ya ha establecido *que la práctica de este tipo de devoluciones sumarias practicadas por los funcionarios públicos españoles supone el incumplimiento de las obligaciones internacionales contempladas en los artículos 20.1 – protección debida por el Estado a toda persona menor privada de su medio familiar– y 37 –no sometimiento a las personas menores a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes– de la Convención de Derechos del Niño*

En la medida en que *no permite someter a la persona menor a un proceso de identificación y evaluación de su situación personal y de la existencia de un riesgo de persecución y/o daño irreparable previa a su entrega a las autoridades de Marruecos y no se le da la oportunidad de presentar objeciones a esa devolución* (apartados 14.7 y 14.8).

Esta disposición adicional también impide que pueda garantizarse la aplicación del principio de no devolución. Este principio ha sido configurado por la jurisprudencia del TEDH ***de modo que se ha hecho aplicación no solo a los supuestos de expulsión o deportación de solicitantes de asilo*** (SSTEDH de 11 de enero de 2007, as. Salah Sheekh c. Países Bajos; 23 de febrero de 2012, as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia; o de 19 de diciembre de 2013, as. N.K. c. Francia) ***sino a cualquier supuesto de expulsión, recordando que los Estados tienen obligación de asegurarse del trato al que se exponen los migrantes que devuelven a sus países de origen o de procedencia*** (SSTEDH de 5 de mayo de 2009, as. Selle c. Italia; o 3 de diciembre de 2009, as. Daoudi c. Francia)

Igualmente, el Tribunal Constitucional también ha establecido esta misma limitación en relación con la posibilidad de entrega de ciudadanos a otros países al amparo del art. 15 CE (así, STC 140/2007, de 4 de junio)

El Comité para Prevención de la Tortura (CPT) del Consejo de Europa ha recomendado a las autoridades españolas que no entreguen en ningún caso a los inmigrantes interceptados a las fuerzas auxiliares de Marruecos ante el riesgo de malos tratos (CPT/Inf (2015)19, apartado 14]

Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, los Estados tienen la obligación de cerciorarse del trato al que pueden verse expuestos los migrantes que devuelven a sus países de origen o de procedencia, y evitar así que puedan verse sometidos a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes

Así pues, nos hallamos impotentes ante la imposibilidad real y efectiva del cumplimiento de la condición de constitucionalidad impuesta de respeto de las obligaciones internacionales, la incidencia del rechazo en frontera sobre la identificación de necesidades de protección internacional

La STJUE de 25 de junio de 2020, asunto C-36/20, recuerda la circunstancia de que el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, establece la

posibilidad de que la solicitud de protección internacional se formule no solo ante la autoridad competente para su registro sino también ante otras autoridades que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas, citando expresamente a la policía, guardias de

fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento, imponiendo la obligación a los Estados de que estas autoridades dispongan de la información pertinente y su personal reciba la formación necesaria acorde a sus funciones y responsabilidades, así como instrucciones, para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional

Del mencionado análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no es posible apreciar la viabilidad de la invocación del art. 13.4 CE. Si de acuerdo con la normativa y jurisprudencia comunitaria, un agente de fronteras, como los llamados a aplicar el rechazo en frontera, tienen la condición legal de «otras autoridades» para recibir solicitudes de protección internacional, la ausencia de un mínimo procedimiento con respeto a garantías esencial imposibilita también el cumplimiento de esa obligación internacional que se impone como condición de constitucionalidad del precepto impugnado

En definitiva, cabe concluir que las expulsiones reguladas en la Disposición final primera de la LO 4/2015 impiden cualquier alegación y el tratamiento individualizado de los ciudadanos extranjeros interceptados y, entre otros, imposibilitan el ejercicio del derecho de asilo, de manera que podrían vulnerar también el artículo 13 CE, así como el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el que se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto a las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo 19 de la misma norma que prohíbe las expulsiones colectivas y las devoluciones o expulsiones en estados donde se corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. En la medida en que esta expulsión se determina sin necesidad de dar audiencia al afectado, sostienen también que puede vulnerar su derecho a defensa y por tanto, el artículo 24 CE

Tomando las palabras de Jonás de Gil Blanco:

El caso N. D. y N. T. supone a priori una batalla perdida para el derecho internacional. El TEDH, considerado como último bastión europeo en la defensa de los derechos humanos, ha adoptado una postura a todas luces restrictiva de los derechos recogidos en el CEDH, pese a la jurisprudencia asentada en la materia, que con este fallo queda en gran medida desvirtuada. Cabría argumentar que, de ahora en adelante, la prohibición de expulsiones colectivas no será de aplicación a un gran número de migrantes y solicitantes de asilo o protección internacional que intenten traspasar la valla fronteriza de Ceuta o Melilla, en la medida en que el carácter irregular de sus entradas constituirá el pretexto necesario en orden a limitar los derechos que les corresponden al amparo del CEDH