



TRABAJO FIN DE MÁSTER

LA “CONDUCTA CULPABLE”: SIN DERECHOS HUMANOS

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de
Derechos Humanos en materia de asilo en el asunto N.D.
y N.T. c. España y su repercusión

“OWN CULPABLE CONDUCT”: NO HUMAN RIGHTS

Analysis of the case law of the European Court of Human
Rights on asylum in the case of N.D. and N.T. v. Spain
and its impact

DEISLAVA STRAHILOVA DIMITROVA

TUTOR: ANDRÉS BAUTISTA-HERNÁEZ

MÁSTER EN ABOGACÍA
2023

*“Lo correcto es correcto, incluso si todos están en contra.
Y lo incorrecto es incorrecto, incluso si todos están a favor.”*

William Penn

Índice

1.	Introducción.....	1
2.	Cuestiones terminológicas preliminares	3
2.1.	Principio <i>non-refoulement</i>	3
2.2.	Prohibición de expulsiones colectivas	5
3.	Asuntos N.D. y N.T. contra España	8
4.	Contexto de las devoluciones en caliente en España.....	10
5.	Beni-Enzar y el acceso a la solicitud de protección internacional	12
5.1.	Beni-Enzar y los puestos fronterizos	14
5.2.	Acceso a las embajadas y consulados españoles en Marruecos	17
5.3.	¿“Acceso real y efectivo”?	19
6.	La conducta (“ <i>culpable</i> ”) de los migrantes en la aplicación de los preceptos del Convenio.....	19
7.	Conclusiones.....	25
8.	Bibliografía:.....	34

1. Introducción

¿Puede la conducta de una persona hacerle menos merecedora de derechos?

El desasosiego por la protección de fronteras y soberanía de los Estados antes latente es ahora manifiesto. En el año 2022, tras dos de una crisis sanitaria mundial y ya una puesta en peligro de los derechos humanos y fundamentales continuada, se produjo un conflicto bélico a raíz de la ocupación indebida de un Estado a otro. El esfuerzo de este último en defenderse no ha cesado hasta la fecha. La empatía y solidaridad de Europa no pudo pasar por alto esta desgracia y la misma ha destinado hasta el momento más de 485 millones de euros para ayuda humanitaria a Ucrania¹, activando también la Directiva de protección temporal que incluía derechos como la residencia, acceso al mercado laboral y a la vivienda, atención médica, asistencia social y acceso de los menores a la educación tan solo doce días tras el inicio de la guerra. En España se tardó cinco días más en poner en marcha un mecanismo para que las personas desplazadas de Ucrania puedan solicitar la protección temporal de manera sencilla, así como también todos los derechos inherentes a la misma.² Las solicitudes fueron desde entonces tramitadas y resueltas en un plazo máximo de 24 horas. Actualmente son 155. 473³ los refugiados ucranianos en territorio español.

Los hechos que motivan este trabajo, no obstante, tuvieron lugar en otra frontera de la Unión Europea, aquella que también coincide con ser la única terrestre entre el espacio Schengen y el continente africano: la frontera entre España y Marruecos en las dos ciudades de Ceuta y Melilla.

Desde el año 2005 son innumerables las personas que han tratado acceder al territorio español (y por tanto, europeo y del espacio Schengen). También son innumerables las tragedias (igual de abominables que aquellas en la frontera este de Europa). Y ambas, (las personas y tragedias) son innumerables por una única razón: es materialmente imposible contabilizar de manera real las personas que tratan de acceder al territorio español porque muchas de ellas no llegan a la orilla y no sobreviven a la valla. Otras muchas son devueltas a Marruecos sin mediar procedimiento ni garantías ningunos.

Por ello, las cifras extraídas de las estadísticas e informes publicados que expondremos más adelante en el trabajo no significan (ni pueden simbolizar) más que una cifra vagamente aproximada.

¹ Consejo Europeo (2022) Solidaridad de la UE con Ucrania. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-response-ukraine-invasion/eu-solidarity-ukraine/> [Consultado en diciembre de 2022]

² Moncloa. Ministerio del Interior. (9 de marzo de 2022) “El Gobierno pone en marcha un sistema ágil y sencillo para que los desplazados de Ucrania puedan acceder a la protección temporal” Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2022/090322-desplazadosucrania.aspx>

³ Moncloa. Ministerio del Interior. (29 de diciembre de 2022) “España supera las 160.000 protecciones temporales a refugiados de Ucrania” <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2022/291122-refugiados-ucrania.aspx>

El 29 de septiembre de 2005⁴ morían cinco subsaharianos en la frontera, uno de los cuales desangrado en lo alto de la valla de Ceuta, que por aquél entonces todavía estaba envuelta en concertinas. El 6 de febrero 2014 en las playas de El Tarajal murieron 15 personas, tras haber sido disparadas al agua para ser “disuadidos” 145 pelotas de goma y cinco botes de humo de ocultación.

Los intentos de llegar al territorio europeo/español/de Schengen de las personas potenciales solicitantes de asilo son apodados "*asaltos*" por el Gobierno español. Más adelante en el presente estudio expondremos el contexto (especialmente español) en el que los hechos objeto de este trabajo tuvieron lugar y explicaremos la respuesta del Gobierno ante tales "*asaltos*".

El núcleo del presente trabajo son los hechos que tuvieron lugar el día 13 de agosto de 2014, cuando un grupo de personas, entre los que se encontraban los ahora conocidos como N.D. y N.T., hizo un intento de entrar al territorio español. Saliendo del campamento del Monte Gurugú, en Marruecos, su objetivo era entrar en la ciudad de Melilla.

El caso fue objeto de dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la primera en 2017⁵ y una segunda de la Gran Sala en 2020⁶, diametralmente distintas. Será esta última la que analizaremos a continuación en el trabajo para establecer la relevancia de dos conceptos fundamentales que fueron usados por el Tribunal en la que consideramos su escueta e insuficiente argumentación: la "*conducta culpable*" del demandante y el "*acceso real y efectivo*" a la solicitud de protección internacional. Sendas fueron suficientes para que el Tribunal aprecie una excepción en el caso del artículo 4 del Protocolo nº4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "CEDH" o "el Convenio") que prohíbe las expulsiones en grupo.

El trabajo sería incompleto de no establecer la trascendencia que la sentencia de la Gran Sala en el asunto N.D. y N.T. tuvo en la comunidad internacional y en el trato hacia los migrantes de procedencia africana, por ello comentaremos también los pronunciamientos siguientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH" o "el Tribunal") en la misma materia. Indagar en dichos pronunciamientos también supondrá una búsqueda de definición de los dos conceptos arriba referenciados, y quizás enmararnos en la materia desde la perspectiva tanto nacional como internacional aclare su contenido.

Esta misma trascendencia guarda una relación directa con la realidad social, y es por ello que haremos un breve paralelismo con los hechos que tuvieron lugar el 24 de junio de 2022 y que fueron apodados "Masacre de Melilla".

⁴ Ver: Echarri, Carmen. (2020, 19 de septiembre). Así se muere en la valla de Ceuta: 15 años de una tragedia. *El faro de Ceuta*. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/valla-ceuta-15-aniversario-tragedia/#:~:text=La%20madrugada%20del%2029%20de,subsaharianos%20y%20cientos%20resultaron%20heridos&text=Durante%20varios%20d%C3%ADas%20y%20otras,a%20la%20frontera%20de%20Ceuta>. [Consultado en diciembre de 2022]; Ver también: (2005, 29 de septiembre). Cinco muertos en un asalto en la frontera de Ceuta; Zapatero moviliza a 480 soldados. *El Mundo* Disponible en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2005/09/29/sociedad/1127968660.html> [Consultado en diciembre de 2022]

⁵ STEDH (Sección Tercera) de 3 de octubre de 2017. *Asunto N.D. y N.T. c. España*, demandas nº 8675/15 y 8697/15

⁶ STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020. *Asunto N.D. y N.T. c. España*, demandas nº 8675/15 y 8697/15

En vista de que ahora la crisis está en la política migratoria y no en los migrantes⁷, puesto que Europa se ha demostrado lo suficientemente capacitada como para dar respuesta a los solicitantes de protección internacional y ha sido generosa y solidaria con los refugiados que lo necesitaban, es una necesidad urgente dar respuesta a las personas que, en las mismas condiciones, se hayan en el continente africano.

Por ello, nos vemos obligados a reformular la pregunta:

¿Puede ser una persona con “*fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas*”⁸ que arriesga su vida en la valla o en el mar ser menos merecedora de los derechos humanos intrínsecos a cada persona? En vista del carácter retórico de la pregunta, optamos por responder a una más viable que establecerá el camino que fue seguido hasta alcanzar la realidad social y jurídica actual:

¿Cómo?

2. Cuestiones terminológicas preliminares

Para la exposición de los hechos y mejor comprensión del objeto de este trabajo, es indispensable definir el principio de no devolución, dotado de un carácter *erga omnes*; y la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros, consagrada en el artículo 4 del Protocolo nº4 del Convenio.

2.1. Principio *non-refoulement*

En el marco de este estudio es sustancial aportar la definición del principio de no devolución, que es la base y cimiento de la ilegalidad de las prácticas denominadas “devoluciones en caliente”.

⁷ En el año 2015 se hacía referencia al desplazamiento forzado de las personas que huían de la guerra y persecución (sobre todo desde Turquía a Grecia y desde Libia a Italia) como “crisis migratoria”. Las cifras de solicitantes de asilo llegaron a las 722.181 en la Unión Europea y 1.059.702 en Turquía. De las 333.350 tramitadas con éxito en Europa, eran 1.030 las aceptadas en España. Europa no fue capaz de gestionar el movimiento de los cientos de miles de personas que llegaban a sus costas. En el mes de septiembre la imagen captada por Nilüfer Demir del niño sirio Aylan Kurdi, cuyo cuerpo aparecía en la orilla, dio la vuelta al mundo y fue difundida en todos los medios, como una protesta contra la gestión de la crisis migratoria por parte de Europa. Para más información ver: Spindler, William. (2015, 8 de diciembre) 2015: El año de la crisis de refugiados en Europa. ACNUR. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/historia/2015/12/5af94adf1a/2353-2015-12-30-16-24-16.html> [Consultado en diciembre de 2022]; Ver también: (2016, 20 de abril) España acogió al 0,3% de refugiados aceptados por la UE en 2015 *EL PAÍS* Disponible en: https://elpais.com/politica/2016/04/20/actualidad/1461153741_889828.html#:~:text=Espa%C3%B1a%20acept%C3%B3%20el%20pasado%20a%C3%B1o,agencia%20europea%20de%20estad%C3%ADstica%20Eurostat. [Consultado en diciembre de 2020]; Ver también: Consejo de la Unión Europea (2020) Refugiados y solicitantes de asilo en 2015. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/global-refugees-asylum-seekers-2015/> [Consultado en diciembre de 2022]

⁸ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. (28 de julio de 1951) Artículo 1.A.2), definición del término “refugiado”: “*Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.*”

El principio de no devolución se consagra en el artículo 33.1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados:

“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los 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.”

Apareciendo en otros textos, como son la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (art. 3); El IV Convenio de Ginebra de 1949 (art. 45, pár. 4); Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 8); Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (principio 5); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22); Convención sobre los refugiados de la OUA (art. II). Tiene un carácter *erga omnes* y de *ius cogens*, por lo que deberá ser respetado incluso por los Estados no partes de la Convención de 1951.⁹

Aun siendo previsto como un principio para las personas reconocidas oficialmente como refugiadas para las autoridades según la Convención de Ginebra, el *non-refoulement* se entiende aplicable a las personas que aún no tengan condición de refugiado.

El principio de no devolución es considerado fundamental en la prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Así se estimó también en el asunto *Soering c. Reino Unido*¹⁰, cuando el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre el demandante que, habiendo sido condenado en Estados Unidos por asesinato, huyó a Reino Unido y pedía no ser extraditado a su país de origen porque ahí le esperaba cumplir con la condena de muerte. El principio de no devolución guarda un vínculo intrínseco con la prohibición de torturas y derecho a la vida, previstos en los artículos 3 y 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Convenio”).

Las únicas excepciones que caben a este principio son recogidas en el artículo 33 de la Convención de Ginebra en su párrafo segundo:

“2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

Es decir, la aplicación de este precepto exigirá que esté puesta en peligro la seguridad del país, como último recurso para proteger sus intereses legítimos¹¹, existiendo una

⁹Entre otros, ver: Solanes Corella, A. (2020). “Protección y principio de *non-refoulement* en la Unión Europea”. *Revista de Filosofía*, nº19, noviembre de 2020, pp.27-62; Pérez González, C. (2014). Límites a la lucha contra la inmigración irregular por vía marítima impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos. En Hierro, L.L. (coord.) *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*. Pp. 193.218. Madrid: Marcial Pons; Allain, J. (2001). “The *jus cogens* Nature of *non-refoulement*”, *International Journal of Refugee Law*, Vol.12, nº4, pp. 533-558

¹⁰ STEDH (Gran Sala) de 7 de julio de 1989. Asunto *Soering c. Reino Unido*, demanda no. 14038/88

¹¹ ACNUR. *Note on expulsion of Refugees EC/SCP/3*. 24 de Agosto de 1977 Disponible en: <https://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68cbf14/note-expulsion-refugees.html> [Consultado en diciembre de 2022]

prueba individualizada de que el refugiado efectivamente representa un peligro grave y nunca de menor grado.

2.2. Prohibición de expulsiones colectivas

El art. 4 del Protocolo número 4 al CEDH establece la siguiente obligación:

“Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”

La prohibición consagrada también en otros textos internacionales en materia de DDHH,¹² consiste en la no admisión de expulsiones de extranjeros que hayan cruzado la frontera de un Estado en grupo, considerando que se debe dar un análisis individual de cada una de las personas y sus circunstancias que sea justo y efectivo.

Esas garantías que el Estado parte debe proporcionar no se ven limitadas por el espacio terrestre del Estado, sino también son respetadas en Alta Mar, considerando que, si las autoridades de un Estado han podido ejercer un control efectivo sobre las personas, deberá aplicarse también el Convenio a los mismos, quedando ello así estipulado tras la sentencia del asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*¹³.

El artículo 4 del Protocolo nº4 es el primer texto internacional que prohíbe de manera expresa la expulsión colectiva de extranjeros, codificando un principio que ya existía en el Derecho Internacional consuetudinario.¹⁴ Pues, definido por primera vez en 1975 en el asunto *Henning Becker c. Dinamarca*¹⁵, se ha ido concretando a través de la jurisprudencia del Tribunal.

En *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* el TEDH explica con precisión el objetivo del precepto.¹⁶

El caso, que marca un antes y después en la historia del Tribunal, trataba de unas aproximadamente 200 personas que fueron detenidas y devueltas por las autoridades italianas a Libia, incurriendo en una violación del art. 3 del Convenio y 4 del Protocolo nº4 del mismo. Se consideró que las autoridades italianas, aunque fuera del territorio del país, habían ejercido un control efectivo sobre las personas a las que devolvieron, entendiéndose que la jurisdicción de los Estados va más allá de su territorio, siendo así aplicable el Convenio. Fue esta la primera ocasión en la que se pronunciaba el Tribunal

¹² Véase Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 19); Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (art. 12.5); Convención americana sobre Derechos Humanos (art. 22.9); Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 22.1).

¹³ STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda no. 27765/2009

¹⁴ Sobre el artículo 4 del Protocolo nº4: Boza Martínez, Diego. (2001): *“Los extranjeros ante el convenio europeo de derechos humanos”*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz; Linde, E., Ortega, L.I. y Sánchez Morón, M. 2ª edición 1987 *“El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos”*, Madrid, Civitas

¹⁵ STEDH (Gran Sala) de 3 de octubre de 1975, *Asunto Henning Becker* contra *Dinamarca*. Demanda nº 7011/75

¹⁶ STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012, *Asunto Hirsi Jamaa...* *“impedir que los Estados puedan expulsar a determinados extranjeros sin antes examinar sus circunstancias personales y, de esta manera, sin dejarles presentar sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente.”* (§177)

sobre la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo 4 en un caso fuera de su territorio nacional.

El Juez Pinto de Albuquerque escribía en su voto particular de la sentencia las características con las que debería cumplirse para considerar que el proceso para determinar el *status* de refugiado del solicitante ha sido individual, justo y efectivo:

“(1) Un tiempo razonable en el que presentar la solicitud de asilo; (2) una entrevista personal con el solicitante de asilo antes de la toma de decisión de la solicitud; (3) la oportunidad de presentar pruebas en apoyo a la solicitud y expresar dudas sobre pruebas presentadas en contra de la solicitud; (4) una resolución motivada y escrita de un órgano de primera instancia independiente, basada en la situación individual del solicitante de asilo y no únicamente en una evaluación general de su Estado de origen, teniendo el derecho de refutar la presunción de seguridad de cualquier Estado en su caso; (5) un límite de tiempo razonable en el que poder apelar contra la resolución y efecto suspensivo inmediato de la apelación contra la decisión de la primera instancia; (6) completa y rápida revisión judicial de los cimientos legales y fácticos de la decisión en primera instancia; y (7) orientación jurídica y representación gratuita, y de ser necesario, asistencia lingüística gratuita en ambas primera y segunda instancia y acceso no restringido al ACNUR o cualquier otra organización trabajando en su parte.”

Esta doctrina fue confirmada en 2014 en el asunto *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*¹⁷, estimando el Tribunal la vulneración del precepto sin llegar siquiera a examinar si los demandantes llegaron o no al Estado italiano.

El Tribunal ha estimado la existencia de vulneración del precepto también en los asuntos *Čonka c. Bélgica*¹⁸, *Shioshvili y otros c. Rusia*¹⁹ y *Berdzenishvili y otros c. Rusia*²⁰.

Las garantías referenciadas son de aplicación a todas las personas solicitantes de protección internacional, siendo el principio de no devolución una obligación para todos los Estados. Por ello, las “devoluciones en caliente” a las que hacemos referencia ad supra consisten en la omisión de ese deber de no devolución, expulsando a las personas sin darles la oportunidad de solicitar asilo, ni tampoco ser atendidos por abogado ni intérprete, sin tener un examen individualizado de sus circunstancias. Consisten en una expulsión de hecho, sin procedimiento alguno.

Estas prácticas llevan teniendo lugar en España desde el año 2005²¹, como ya adelantábamos en la introducción. En el Balance de lucha contra la inmigración ilegal de 2005 del Ministerio del Interior consta:

¹⁷ STEDH (Sección Primera) de 21 de octubre de 2014. *Asunto Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda no. 16643/09

¹⁸ STEDH (Sección Tercera) de 5 de febrero de 2002. *Asunto Čonka c. Bélgica* demanda no. 51564/1999

¹⁹ STEDH de 20 de diciembre de 2016. *Asunto Shioshvili y otros c. Rusia*, demanda no. 19356/07

²⁰ STEDH (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019. *Asunto Berdzenishvili y otros c. Rusia*, demanda no. 14594/07

²¹ Ver: Sánchez Legido, Ángel. (2020). “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol 72/2, julio-diciembre 2020, pp. 235-259; Martínez Escamilla, M. y Sánchez Tomás, J.M. (2019) “La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera”, *Revista Crítica Penal y Poder*, N°18 diciembre, pp.28-39; Consejo de Europa: Comisario de Derechos Humanos, Informe de Á. Gil-Robles sobre su visita a España 10-19 de marzo de

“(…) el número de **devoluciones** (personas que trataron de entrar en España por puestos no habilitados como fronteras) ejecutadas en 2005 ascendió a 14.466, lo que representa un 10,12 % de incremento en relación con las 13.136 correspondientes a 2004. Esta medida se centra fundamentalmente en ciudadanos de nacionalidad marroquí, que suponen casi el **90% del total** de devoluciones.”²²

Aunque en el Balance de la lucha contra la inmigración ilegal de 2010 consta que fueron 5.566 los “inmigrantes ilegales”.

Si estimamos hacer un “balance” sobre las personas que trataron de llegar a la frontera de Ceuta y Melilla desde el año 2005 hasta el 31 de diciembre del año 2022, siguiendo los Balances de lucha contra la inmigración irregular los valores serían los siguientes: 78. 862 personas si contamos con los datos de 2010 sobre el año 2005 y 87.762 si contamos con los datos sobre las “devoluciones” del Balance de 2005.²³

No obstante, los números son inciertos, pues como adelantábamos en la introducción, se desconoce el número de personas que realmente llegan al territorio español puesto que muchos son devueltos a Marruecos, y otros muchos desaparecen o fallecen en las rutas migratorias. Autores como SÁNCHEZ LEGIDO²⁴ también hacen alusión a los números inciertos destacando la “reticencia a cuantificar el número de personas afectadas” por parte del Gobierno.

Son numerosas las organizaciones sin ánimo de lucro a nivel tanto nacional como internacional que han mostrado preocupación por estas prácticas y la crítica hacia las devoluciones en caliente en España no ha cesado en la comunidad internacional.

2005 a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria, CommDH (2005)8, p. 43 y ss Disponible en: https://www.almendron.com/politica/pdf/2005/spain/spain_3358.pdf [Consultado en diciembre de 2022]; Defensor del Pueblo, Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales pp.287-303 Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2005informe.pdf> [Consultado en: diciembre 2022]; Defensor del Pueblo, Recomendación 12/2006, de 25 de enero, dirigida al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla para que en los procedimientos de devolución los interesados puedan hacer uso de su derecho a solicitar asistencia jurídica y ésta se preste de manera efectiva e individualizada en todas sus fases. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/10/Recomendaciones2006.pdf> [Consultado en diciembre de 2022]

²² El énfasis es mío.

²³ Del año 2006 no consta publicado balance, pero en el siguiente de 2007 se indica que las cifras correspondientes a “inmigrantes ilegales llegados a España” en Ceuta y Melilla en 2006 fueron 2.000 y a 2007, 1.553. A su vez, en 2008 fueron 1.210; en 2009, 1.108; en 2010, 1.567; en 2011, 3.345. En 2012 los Balances del Ministerio pasan de ser sobre personas “ilegales” a personas “irregulares” y las cifras siguen, 2.841 en ese mismo año; en 2013, 4.235. En el año 2014, uno de inflexión en la problemática con las devoluciones en caliente, los inmigrantes irregulares que llegaron a Ceuta y Melilla fueron 7.485, añadiendo aquí un paréntesis el Balance en su estadística, estimando que 3.305 de ellos eran procedentes de Siria, “potenciales refugiados.” En 2015, eran 11.624, 7.189 de los cuales sirios. En el año 2016, 6.443, sin especificar la nacionalidad. Del año 2017 no se recoge balance. En el del año 2018 en el “Informe quinquenal del 1 de enero al 31 de diciembre” aparecen las cifras correspondientes al anterior: 6.798 y en 2018, 8.288. En 2019, 7.857. En 2020, el año que dio inicio la pandemia, eran 2.228, en el año 2021 el número es el mismo, 2.288, pero sin contar la entrada de personas que se produjo en los días 17 y 18 de mayo. En 2022, 2.582.

²⁴ Sánchez Legido, Ángel. (2020). “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo...” op. Cit, Pág. 239

3. Asuntos N.D. y N.T. contra España

El caso *N.D. y N.T. contra España* inició una doctrina de amparo a las devoluciones en caliente, en un giro argumental súbito²⁵ que mudó de la condena al Estado Español en su inicial sentencia de 2017, a la consideración de no haberse violado precepto alguno de la Gran Sala en 2020.

El trasfondo fáctico del asunto es, como ya avanzamos, contenido en los sucesos del día 13 de agosto de 2014, cuando una persona de origen maliense y otra de origen marfileño, junto a otras personas, tratan de acceder al territorio español de Melilla desde Marruecos.

El puesto fronterizo que procuraron atravesar constaba de tres vallas consecutivas, dos exteriores de 6 metros de altura y una interior de 3 metros. Según los testimonios de los demandantes, los mismos fueron atacados por parte de las Autoridades marroquíes y la Guardia Civil española, siendo detenidos por miembros de la Guardia Civil, que les esposaron y devolvieron a Marruecos. Alegan además que nunca fueron objeto de procedimiento ni identificación, no pudieron exponer sus circunstancias personales ni fueron asistidos por abogados, intérpretes o médicos. Afirman que esta fue la situación también de otros 75 u 80 inmigrantes subsaharianos, aproximadamente.

El día 9 de diciembre de 2014 y 23 de octubre de 2014 el primer y segundo demandante consiguieron entrar respectivamente, al territorio español. Fueron iniciados procedimientos contra ellos y el primero fue devuelto a Mali el día 31 de marzo de 2015 a raíz de la orden de expulsión y denegación administrativa de la solicitud de asilo; el segundo de los demandantes fue objeto de una orden de expulsión el día 7 de noviembre de 2014, confirmada el 23 de febrero de 2015, inadmitiendo el recurso de alzada presentado. Los hechos sobre los que se pronuncia la sentencia y son relevantes para el caso son, no obstante, los ocurridos el día 13 de agosto de 2014.

Habiendo interpuesto sus demandas los dos migrantes de origen maliense y marfileño el día 12 de febrero de 2015, siendo acumuladas y admitidas respecto las quejas en torno al artículo 4 del Protocolo nº4 y del artículo 13 del Convenio, aunque sus alegaciones incluían una violación del artículo 3 en relación al 13 también.

Antes de entrar en análisis de la razón de ser de este trabajo, la existencia de una vulneración o no del artículo 4 del Protocolo nº4 del Convenio, resulta esclarecedor comentar brevemente el contenido de la cuestión.

Objeto de dos sentencias de 2017 y 2020, el caso podría ser dividido en tres cuestiones jurídicas, las planteadas en el Tribunal: (i) jurisdicción en virtud del artículo 1 del Convenio, (ii) las objeciones preliminares planteadas por el Gobierno como son la pérdida de condición de víctima de los demandantes y agotamiento de recursos internos previos, y (iii) vulneración del artículo 4 del Protocolo nº4.

Ambos pronunciamientos del año 2017 y 2020 son unánimes en sus consideraciones sobre la jurisdicción y alegaciones del Gobierno. Pues, respecto la jurisdicción prevista en el artículo 1 del Convenio²⁶ indica el Tribunal en su primera sentencia que la línea

²⁵ Aunque es cierto que autores perspicaces han sostenido que se dieron indicios apuntando al cambio. Ver: Sánchez Legido. (2020) *op. Cit.* Pág. 236

²⁶ “*Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio*”

fronteriza entre en Reino de Marruecos y las ciudades españolas de Ceuta y Melilla está delimitada por tratados internacionales y “no puede ser modificada a instancia de uno de estos Estados por las necesidades de una situación concreta de hecho.” (§53). Tampoco considera el Tribunal necesario que se establezca siquiera las cuestiones de territorio, ya que, al ejercer un control efectivo sobre los migrantes, los cuerpos de seguridad del Estado español asumen la jurisdicción, recordando la reiterada jurisprudencia establecida por *Hirsi Jamaa c. Italia*. En el mismo sentido se pronuncia también el Tribunal en su segunda sentencia al indicar que “(...) los hechos de los que derivan las supuestas violaciones corresponden a la “jurisdicción” española en el sentido del artículo 1 del Convenio. En consecuencia, este Tribunal desestima la objeción del Gobierno sobre la falta de jurisdicción”. (§111)

Respecto las cuestiones preliminares planteadas por el Gobierno sobre la supuesta ausencia de condición de víctima y agotamiento de la vía previa, también hay consenso entre ambas sentencias, pronunciándose la Sentencia de 2017 respecto la condición de víctima de los denunciante: “(...) el Gobierno no puede escudarse tras la ausencia de identificación cuando él mismo es el responsable.”, además recordando que nada tiene que ver que los demandantes hayan accedido con posterioridad al territorio español en relación a su condición de víctima en aquél primer intento de entrada. Sobre el agotamiento de las vías de recurso internos aclara que los hechos objeto del caso son los que tuvieron lugar el día 13 de agosto de 2014, con la primera llegada a los demandantes en territorio español, siendo todos los siguientes intentos y posteriores órdenes de expulsión irrelevantes. (§ 64)

Siguiendo la misma línea argumentativa se pronuncia la sentencia del año 2020, considerando que no podría el Tribunal tomar en consideración los hechos ocurridos tras ese primer cruce de frontera (§114), estimando además que los procedimientos propuestos por el Gobierno son más bien alternativas y no recursos efectivos para los demandantes (§120) y reiterando que los hechos sobre los que versa el asunto son los cometidos el día 13 de agosto de 2014.

La disidencia entre el fallo de la primera sentencia y la posterior de Gran Sala, se encuentra en la interpretación del artículo 4 del protocolo nº4 del Convenio, estimando la primera que se ha dado una clara violación del precepto.²⁷ Concluye así en el párrafo 107 que a los migrantes les ha sido aplicada una “medida de carácter general consistente en contener y rechazar los intentos de los inmigrantes de rebasar ilegalmente la frontera”, considerando que no han sido objeto de procedimiento alguno y ello “en ausencia de todo examen de las circunstancias individuales de los demandantes”.

²⁷ Párrafos 98 y 99: “(...)toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en los que tal medida se toma al término y en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman el grupo (...)” y “El fin del artículo 4 del Protocolo no 4 es el de evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente. (...)”. Párrafo 103 “ (...)el artículo 4 del Protocolo no 4 forma parte de un tratado para la protección efectiva de los derechos humanos, y que el Convenio debe leerse como un todo e interpretarse de manera que se promueva su coherencia interna y la armonía entre sus distintas disposiciones, al tiempo que se toma en consideración toda regla y todo principio del derecho internacional aplicables a las relaciones entre las Partes contratantes así como de los medios complementarios de interpretación, principalmente los trabajos preparatorios del Convenio (...)”.

La segunda sentencia, diametralmente distinta y cambiando radicalmente de criterio constata que no se ha producido la vulneración del artículo 4 del Protocolo nº4 que prohíbe las expulsiones colectivas.

“(…) partiendo de estas observaciones, el Tribunal considera que, de hecho, fueron los demandantes quienes se arriesgaron al participar en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla (…) aprovechando el gran número de miembros del grupo y utilizando la fuerza.”

“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” (§231)

Lo que a este trabajo interesa es esta última consideración, que interpreta no dar cabida a la vulneración del artículo 4 del Protocolo nº4 por la propia conducta de los demandantes, un análisis sin precedentes en el Tribunal y que, en nuestra postura, estimamos criminaliza a las víctimas. Tanto es así, que tan solo unos meses después de esta sentencia de la Gran Sala, el Tribunal Constitucional de España tuvo ocasión de pronunciarse sobre las devoluciones en caliente en la STC 172/2020 de 19 de noviembre, a propósito del Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015 interpuesto en relación con varios preceptos de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, ampliando la interpretación del TEDH.²⁸ El Tribunal terminó avalando las devoluciones y, es más, en su Fundamento Jurídico 8.C.b). (ii) añadió:

“Pero no es necesario, con carácter general, que se aprecien las circunstancias de actuación en grupo numeroso y con violencia para la aplicación del precepto, sino que basta el intento por personas individualizadas de entrar en España y ser sorprendidos en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla.”

Conviene establecer el contexto del Estado español de la época para dar respuesta a una cuestión fundamental: ¿qué papel tiene la Ley Orgánica de protección de la Seguridad Ciudadana, apodada también como “Ley Mordaza”?

4. Contexto de las devoluciones en caliente en España

El día 6 de febrero de 2014, en la zona fronteriza de Ceuta, unas 200/250/300 (los números varían) personas intentaron entrar en el territorio español, como adelantamos en la introducción. Tratando de impedir su entrada, la Guardia Civil española hizo uso de 145 balas de goma y 15 botes de humo. Los sucesos fueron bautizados como la “Tragedia de Tarajal”. En un inicio el Gobierno, representado por el entonces Ministro del Interior, FERNÁNDEZ DÍAZ, negó el empleo del material antidisturbios y también lo hizo el entonces jefe de la Guardia Civil en Ceuta, el teniente coronel Andrés López García. No obstante, ante la evidencia de los vídeos que demostraban lo ocurrido, unos días después de las declaraciones iniciales el Ministro reconocía la realidad.

²⁸ Uno de los preceptos objeto de la sentencia fue la disposición final primera de la Ley de Protección a la Seguridad Ciudadana, que establece un régimen especial para Ceuta y Melilla que será comentado a continuación en el trabajo. No obstante, en lo que la interpretación del Tribunal Constitucional se refiere, la sentencia se acogió por completo a la doctrina asentada por el TEDH unos meses antes y legalizó las prácticas conocidas como “devoluciones en caliente.” De la sentencia destaca el voto particular de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón que estimaba que se ha hecho una criminalización de los migrantes.

La relevancia de esos hechos que ocurrieron tan solo unos meses del caso que nos ocupa no es otra menor que ser el mismo inicio de lo que culminó en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pues, las devoluciones en caliente eran ya conocidas por la sociedad española y los hechos que tuvieron lugar en aquél fatídico día en Tarajal y los posteriores en Melilla, enervaron la situación, pidiendo la ciudadanía respuestas.

La petición de varios grupos políticos fue atendida y el día 13 de febrero de 2014 el entonces Ministro del Interior comparecía en el Congreso de los Diputados para rendir cuentas de lo ocurrido en ese fatídico día. La argumentación presentada por el mismo en un discurso que destacaba por quimérico y confuso se basaba en un término desconocido hasta entonces, el “*rechazo en frontera*”, negando que se tratase de unas “*devoluciones en caliente*”, estimando que la frontera española fue “*retrotraída*” y que, por tanto, los migrantes no llegaron a territorio español. Esta sería más adelante también la argumentación que presentaría el Gobierno ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pocos meses después²⁹ el Gobierno presentó el Anteproyecto de la hoy conocida como Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, que, tras un procedimiento dudoso acabó por ser aprobada, entrando en vigor el día 1 de julio de 2015, a excepción de la disposición final primera, que ya era vigente el día siguiente el día siguiente a la publicación en el BOE.³⁰

²⁹ Ver: (2015, 9 de febrero). Fernández Díaz dice que “quedará claro” que los que saltan la valla no tendrán derecho a pedir asilo. *elDiario*, Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/gobierno-oficinas-fronteras-ceuta-melilla_1_4384327.html [Consultado en diciembre de 2022]; Ver también: Sánchez, Gabriela y Sánchez, Raúl. (2017, 13 de octubre). La ONU y los datos de Interior desmontan el último discurso de Zoido para defender las devoluciones en caliente. *elDiario*. Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/solo-subsaharianos-asilo-inauguracion-melilla_1_3136315.html [Consultado en diciembre de 2022]

³⁰ Sobre la aprobación de la ley y su dudosa tramitación y uso de enmiendas escribe: Bilbao Ubillos, Juan María (2015) La llamada Ley Mordaza: la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la Seguridad Ciudadana. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, pp. 217-260; También expresaron su preocupación el Comisario de DDHH del Consejo de Europa, Nils Muižnieks quien el día 16 de enero de 2015 publicaba en una nota de prensa, tras su visita a Melilla y Madrid comenzada el 13 de enero: “*En España se examinan en la actualidad propuestas para modificar la ley de extranjería, que pretenden legalizar la devolución de los inmigrantes que llegan a Ceuta y a Melilla; estas propuestas contradicen claramente las normas de derechos humanos. Las autoridades españolas deberían reconsiderarlas y velar por que cualquier texto legislativo futuro sea plenamente conforme con las obligaciones internacionales de España, que consisten principalmente en garantizar el pleno acceso a un procedimiento de asilo efectivo, en aportar una protección contra el rechazo y en no proceder a expulsiones colectivas.*”; y la Defensora del Pueblo, doña Soledad Becerril, Recomendación del 25 de junio al Ministro del Interior. Queja número 15009544. ““1ª. *Desarrollar con carácter urgente, y por disposición reglamentaria, el procedimiento establecido en la Disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, que contemple la necesidad de dictar una resolución administrativa, con asistencia letrada y de intérprete e indicación de los recursos que se podrán interponer contra ella. Todo ello de conformidad con la interpretación realizada del alcance del artículo 106 de la Constitución española para los procedimientos de extranjería, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 de enero. 2ª. Dejar constancia escrita en dicho procedimiento de que al extranjero se le ha facilitado información sobre protección internacional y que se ha verificado, mediante un mecanismo adecuado de identificación y derivación, las necesidades de protección internacional, que no es menor de edad o la concurrencia de indicios de que pudiera ser víctima de trata de seres humanos. Todo ello de conformidad con lo previsto en 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.*” La recomendación fue rechazada.

La disposición en cuestión establecía un régimen especial para Ceuta y Melilla, modificando la Ley de Extranjería y facultando a las fuerzas de seguridad del Estado a efectuar devoluciones de las personas que habían llegado al territorio español, envolviendo la práctica bajo un nuevo nombre: el “rechazo en frontera”. La misma dice lo siguiente:

“Disposición final primera. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

1. Se adiciona una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional décima. 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.»”

Fue entonces cuando nació la legalización del concepto “operativo”³¹ de frontera que ha mantenido el Gobierno, sosteniendo que la frontera de España podría ser modificada según cada caso aislado que se de en la frontera sur, considerándola “retranqueada con respecto a la línea divisoria geográfica topográfica.”, como apuntaba el entonces Ministro del Interior, FERNÁNDEZ DÍAZ.³² Cabe aquí referenciar la inadmisión de esta argumentación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Asunto N.D. y N.T.*.

5. Beni-Enzar y el acceso a la solicitud de protección internacional

Antes de adentrarnos en el análisis de la sentencia de Gran Sala del asunto *N.D. y N.T. c. España*, es preciso hacer algunas aclaraciones sobre el territorio del Estado español y el Reino de Marruecos, estableciendo los límites fronterizos.

Y es que, aunque establecidas las fronteras por Tratados internacionales³³ entre los dos Estados, no existe actualmente acuerdo alguno sobre la delimitación concreta, puesto que Marruecos no reconoce la soberanía española en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las islas Chafarinas, los peñones de Alhucemas y Vélez de la Gomera y el islote de Perejil, aunque este último sí en una situación especial y distinta.

³¹ Las pruebas llevan a la aplicación de estas prácticas y precepto desde inicios del año 2005. Las prácticas se han ido llevando a cabo desde el año 2005 y así lo comprueban también el Informe Incidentes Frontera de Ceuta día 06/02/2014 dirigido al señor director general de la Guardia Civil y firmado por el teniente general director adjunto operativo don Cándido Cardiel Ojer; Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014; y Orden de servicio 21/2005 de la Subdirección General de Operaciones del Estado Mayor. Asunto: Dispositivo operativo en valla perimetral de Ceuta y Melilla.

³² Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Interior, Núm. 25, 13 de febrero de 2014, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-500.PDF [Consultado en diciembre de 2022]

³³ Como son el Convenio del 24 de agosto de 1859 relativo a la delimitación de las fronteras españolas con Marruecos en las plazas de Ceuta y Melilla y el Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860

“conducta culpable” eludiendo los procedimientos legales disponibles para entrar al territorio, como pretende el Gobierno.

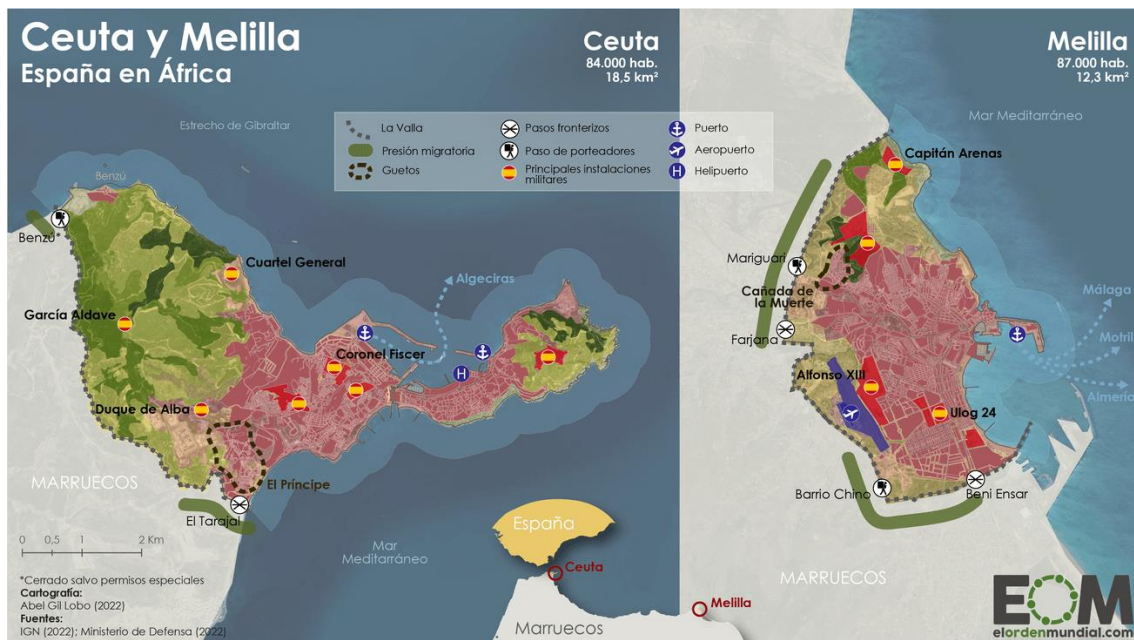
Así, estima el Tribunal que los demandantes tuvieron (i) “*acceso real y efectivo al territorio español*”³⁷ en el puesto fronterizo de Beni Enzar; y (ii) acceso a embajadas y consulados españoles, donde “*cualquier persona puede presentar una solicitud de protección internacional*”. Profundizaremos en estas dos argumentaciones a continuación.

5.1. Beni-Enzar y los puestos fronterizos

El puesto fronterizo de Beni-Enzar es uno de los tres habilitados en la ciudad de Melilla, junto a Farjana y Barrio Chino. La estructura española que se extiende a lo largo de todo el perímetro fronterizo terrestre en la ciudad de Melilla tiene una longitud de 12 kilómetros, formada por tres vallas metálicas.

Actualmente, el paso fronterizo Beni- Enzar consta de un patio en la zona de Marruecos de unos 1.350 metros cuadrados que linda a la izquierda con un muro de tres metros de altura, que termina en una valla metálica de dos metros. A la derecha, raya con una valla metálica de aproximadamente un metro de altura, a la que sigue una zanja con dos metros y medio de desnivel, donde se encuentran rollos de concertinas. Es tras de todo ello donde se haya el sistema de triple vallado español. Las puertas consisten en una simple, otra de doble hoja y otras dos puertas de doble hoja cada una.

En la zona española se encuentra un espacio de unos 60 metros cuadrados al que sigue una construcción cerrada con un sistema de tornos rotatorios, una vez superados los cuales, se abren cinco pasillos largos y estrechos que terminan en cinco puertas, cuatro de las cuales destinadas a la entrada y salida de personas³⁸.



³⁷ STEDH (2020) *N.D. y N.T. c. España* §222

³⁸ Para una información más detallada de la infraestructura, ver: Fiscalía General del Estado. (22 de diciembre de 2022) Diligencias de Investigación 1/2022. Decreto.

Pero ¿cómo se accede a la solicitud de protección internacional?

La interesante consideración del Tribunal: “*cualquier persona puede presentar una solicitud de protección internacional*”, merece en contraposición un análisis de la situación que expondremos a continuación.

En la actualidad, Beni-Enzar es el único paso fronterizo en Melilla en funcionamiento. Así lo estimó la Orden INT/657/2020 de 17 de julio que en su artículo segundo mantenía el cierre con carácter temporal en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla que se había establecido con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, siguiendo la Recomendación (UE) 2020/912 del Consejo, de 30 de junio, sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la Unión Europea. En la Resolución de 13 de diciembre de 2022³⁹, el Ministerio del Interior establecía que se mantendrá el cierre de los puestos fronterizos, a excepción de Beni Enzar en Melilla y El Tarajal en Ceuta. Igualmente, en Beni Enzar comenzaron obras en el mes de septiembre de 2020 para poner en marcha una “*frontera inteligente*”, dotándola de un “*reconocimiento biométrico*” que ayudará a efectuar un control “*más exhaustivo*”, en palabras de la delegada del Gobierno en Melilla, Sabrina Moh⁴⁰.

No obstante a todo ello, y retrotrayéndonos a la fecha en la que tuvieron lugar los hechos, el mes de agosto de 2014, hay un detalle, que fue inapreciable por evidente para el Tribunal, y es que el puesto de Beni-Enzar se inauguró en marzo de 2015, siendo operativo desde el mes de septiembre del año 2014. De hecho, el propio Ministerio de Interior también lo reconoció así en su informe anual “Asilo en cifras” de 2014⁴¹:

“La apertura de nuevas oficinas en el puesto fronterizo de Beni-Enzar, en Melilla, en septiembre del 2014, supone un refuerzo del sistema de protección internacional, en el procedimiento de las solicitudes presentadas en puestos fronterizos y como una medida adicional, de apoyo a las estructuras ya existentes, y derivada del aumento de la presión migratoria.”

Pues, el día 17 del mes de marzo de 2015, el Ministro del Interior de aquél entonces, FERNÁNDEZ DÍAZ, inauguraba la Oficina de Protección Internacional, considerando el hecho como “*un paso muy importante en la protección de los derechos humanos a la hora de facilitar el acceso al procedimiento internacional en frontera con todas las garantías previstas en el ordenamiento internacional*”, en sus propias palabras. Se prometía, entre otras cosas, que se realizará una identificación de todos los solicitantes y estos serán asistidos por abogado e intérprete.⁴²

³⁹ Resolución de 13 de diciembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se acuerda mantener el cierre parcial temporal de los puestos terrestres habilitados para la entrada y la salida de España a través de las ciudades de Ceuta y Melilla. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2022/12/15/pdfs/BOE-A-2022-21188.pdf> [Consultado en diciembre 2022]

⁴⁰ (2022, 20 de septiembre). Melilla inicia obras en la frontera con Marruecos para instalar un sistema “inteligente” *Europapress*. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-melilla-inicia-obras-frontera-marruecos-instalar-sistema-inteligente-20220920155311.html> [Consultado en diciembre 2022]

⁴¹ Ministerio del Interior: Asilo en cifras (2014) Disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo_en_cifras_2014_126150899.pdf [Consultado en diciembre de 2022]

⁴² Moncloa. Nota de prensa 17 de marzo de 2015. El ministro del Interior anuncia el envío a Melilla de un refuerzo de más de 80 ejecutivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mir/Paginas/2015/170315fdezdiadmelilla.aspx> [Consultado en diciembre 2022]

En el momento de ocurrir los hechos, no obstante, el puesto fronterizo Beni-Enzar no existía. Así también insistía el Comisionario de Derechos Humanos del Consejo de Europa⁴³ y la Agencia de la ONU para los Refugiados en su intervención ante el Tribunal en el juicio ante Gran Sala de N.D. y N.T.: “*en el momento material de los hechos controvertidos en el presente asunto y hasta noviembre de 2014, fecha en la que se crearon por las autoridades españolas puestos fronterizos de asilo habilitados, no existía ningún mecanismo para que las personas solicitantes de protección internacional, ni en Beni-Enzar, principal puesto fronterizo entre Melilla y Marruecos, ni en ningún otro lugar, para acceder de manera segura al territorio de España para solicitar asilo.*”

En el mismo sentido, evidencia las cifras:

“Las estadísticas de las autoridades españolas indican que 12.700 solicitantes de asilo de Oriente Medio y del norte de África han sido registrados por las autoridades españolas en el puesto fronterizo de Beni-Enzar desde finales de 2014.

Por el contrario, durante el mismo periodo se registraron aproximadamente 35 solicitantes de asilo de África Subsahariana y solo porque habían conseguido entrar en el enclave, no por la frontera de Beni-Enzar, sino por otros medios. ACNUR observa además que, hasta la fecha, ni una sola persona de ninguna nacionalidad ha podido solicitar asilo en El Tarajal, el paso fronterizo principal entre Ceuta y Marruecos.”

También el Defensor del Pueblo recomendaba que fuese dotado con personal la oficina de asilo en el puesto fronterizo de Beni-Enzar para “*hacerse cargo del procedimiento de formalización y tramitación de las solicitudes de protección internacional*”, estimando que el CETI no está habilitado para que los solicitantes de asilo pernocten en él a pesar de ser derivados hacia él los solicitantes de asilo que llegan al puesto fronterizo, pero dicha recomendación fue rechazada⁴⁴. También informaba que hasta el mes de septiembre de 2014 los migrantes no tenían acceso a los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla⁴⁵.

El problema venía a raíz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, de la que se entendía que las personas solicitantes de protección internacional en las ciudades de Ceuta y Melilla no podían circular libremente por el territorio español.

De hecho, no fue hasta el mes de julio del año 2020 que el Tribunal Supremo confirmó que los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla tienen derecho a libre circulación por España.

⁴³Council of Europe: Commissioner for Human Rights. (12 de noviembre de 2015) Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 3, of the European Convention on Human Rights. Applications No. 8675/15 and No. 8697/15, N.D. v. Spain and N.T. v. Spain. § 20 y 21 Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=publisher&docid=5666de854&skip=0&publisher=COECHR&querysi=n.d.&searchin=fulltext&sort=date> [Consultado en diciembre de 2022]

⁴⁴ Defensor del Pueblo, Recomendación a la Dirección General de Política Interior. Ministerio del Interior. Queja número 15008170 Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/reforzar-el-personal-destinado-a-la-tramitacion-de-las-solicitudes-de-asilo-en-el-puesto-fronterizo-de-beni-enzar/> [Consultado en diciembre de 2022]

⁴⁵ Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida. (junio 2016) Madrid. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo_en_Espa%C3%B1a_2016.pdf [Consultado en diciembre de 2022]

Es decir, en el momento de tener lugar los hechos era materialmente imposible para los demandantes solicitar asilo en cualquier puesto fronterizo. Sencillamente, porque tal no existía.

5.2. Acceso a las embajadas y consulados españoles en Marruecos

La segunda vía que estima oportuna el TEDH es aquella de las embajadas y consulados españoles.

El 14 de octubre de 2022 se pronunciaba el Defensor del Pueblo⁴⁶, recomendando que sean adoptadas medidas para “*reforzar los medios materiales y humanos de la Embajada y los consulados en Marruecos, al objeto de garantizar que las personas con necesidades de protección internacional puedan acceder y tramitar sus visados para solicitar asilo en España, sin tener que arriesgar sus vidas ni utilizar vías irregulares de entrada.*”

A raíz de los hechos que tuvieron lugar en la valla de Melilla el día 24 de junio de 2022, conocidos como “Masacre de Melilla”, el Defensor del Pueblo estimó que las personas no tienen vías reales de solicitud de protección internacional, ni en el puesto fronterizo de Beni-Enzar, ni en las representaciones diplomáticas de España en Marruecos.

Pues, con motivo de los mismos acontecimientos, en el Decreto de la Fiscalía mediante el cual se archivaba la investigación sobre los hechos⁴⁷, se instaba no obstante al Gobierno facilitar el acceso hacia las embajadas para solicitar protección internacional:

“En este sentido, debe señalarse que el citado precepto prevé la posibilidad de solicitar asilo ante las representaciones diplomáticas, pero deriva el establecimiento de las condiciones de acceso a las embajadas y consulados y el procedimiento para evaluar las necesidades de su traslado a España a un posterior desarrollo reglamentario de la ley de 2009, que aún no se ha llevado a cabo y que aclararía los trámites a seguir y facilitaría la utilización de este mecanismo. Todo ello unido a la obsolescencia de la propia ley de asilo que viene siendo proclamada por los operadores jurídicos, las organizaciones de la sociedad civil y los organismos internacionales

Asimismo, son notorias las dificultades que tienen las personas migrantes, especialmente si son subsaharianas, para acceder a la parte española de Beni Enzar, pues ello implica traspasar previamente el control migratorio de la policía marroquí que de facto mantiene a estas personas alejadas de la frontera, muchas de las cuales carecen de documentación que las permita acceder a territorio español.”

La realidad es que la solicitud de protección internacional es ahora, y lo fue también con anterioridad, si no imposible, tremendamente difícil para los solicitantes de asilo provenientes de Marruecos, un Estado con nefanda política migratoria y vulneración alarmante de derechos humanos.

⁴⁶Defensor del Pueblo, Recomendación a la Subsecretaría de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Queja número 22017053 Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/solicitud-de-asilo-en-espana-sin-tener-que-utilizar-vias-irregulares-de-entrada/> [Consultado en diciembre de 2022]

⁴⁷ Fiscalía General (2022) *op. Cit.*

Conviene no olvidar que una gran parte de las personas que tratan de cruzar la frontera española son de procedencia subsahariana. Estas son impedidas por las autoridades marroquíes a acceder a la solicitud de asilo. Así lo corrobora también la Fiscalía en el documento arriba citado:

“(…) son notorias las dificultades que tienen las personas migrantes, especialmente si son subsaharianas, para acceder a la parte española de Beni Enzar, pues ello implica traspasar previamente el control migratorio de la policía marroquí que de facto mantiene a estas personas alejadas de la frontera (...)”

Es más, tras el acuerdo firmado entre España y el Reino de Marruecos el 13 de febrero de 1992 conocido como “Acuerdo de Readmisión”, es más viable devolver a la persona nacional de un tercer país a Marruecos tras su entrada ilegal a España que darle cobertura bajo el paraguas humanitario del asilo. El marco jurídico de Marruecos, mucho más deficiente en materia de asilo que de “readmisión” de las personas devueltas, no cuenta con normativa alguna sobre asilo, de hecho, la Oficina de Refugiados y Apátridas había estado inactiva hasta 2013 y la mayoría de migrantes que intentaban acceder a la oficina de ACNUR en Rabat eran arrestados, impidiéndoles solicitar la protección internacional, según informa la ONG CEAR en el párrafo 158 y siguientes de la sentencia de Gran Sala del *asunto N.D. y N.T.*

De los 41 solicitantes de asilo en Melilla en 2013, 33 en 2012, 42 en 2011 y 91 en 2010, ninguno fue de origen subsahariano. Pero, es más, tampoco lo fueron ninguno de los 321 en 2013, 184 en 2012, 505 en 2011, 304 en 2010 en Ceuta. Y aunque en 2014 las cifras se dispararon, con 543 solicitudes en Melilla y 392 en Ceuta, tampoco ninguna fue de procedencia subsahariana. Todo ello según los datos de los informes “Asilo en cifras” del Ministerio del Interior.

En el “Balance de la lucha contra la inmigración irregular” de 2014 comentado *ad supra* consta: “En 2014, se registraron cerca de 19.000 intentos de asalto al vallado de Melilla (un 350% más que 2013). Gracias a las medidas disuasorias y a la labor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el 90% de los asaltantes no accedieron a Ceuta y Melilla”.

En 2022, desde la fecha de 1 de enero hasta el 15 de diciembre⁴⁸, el total de inmigrantes irregulares que llegaron a España por vía marítima y terrestre fueron 1.238 en Ceuta y 1.344 en Melilla.

En contraste, el informe “Vida en la Necrofrontera” elaborado por la ONG Caminando Fronteras⁴⁹ estima que fueron 11.286 las víctimas de la frontera occidental Euroafricana en el periodo entre los años 2018 y 2022.

⁴⁸ Ministerio del Interior. Balances de la lucha contra inmigración irregular, Disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/> [Consultado en diciembre 2022]

⁴⁹ Caminando Fronteras. (2022). Informe “Vida en la Necrofrontera” Disponible en: <https://caminandofronteras.org/wp-content/uploads/2022/12/Informe-Victimas-necrofrontera-2018-2022-ES.pdf> [Consultado en diciembre de 2022]

5.3. ¿“Acceso real y efectivo”?

Respecto la interpretación del Tribunal, no obstante, no queda claro en qué consiste ese “*acceso real y efectivo*” al que la Sentencia hace referencia, pues desde su cuna en *Khalifia y otros c. Italia*⁵⁰, el precepto ha sido aplicado en pocas ocasiones, sin definir de manera alguna su composición ni alcance.⁵¹

Sobre el “*acceso real y efectivo*” se pronunció también una jueza del Tribunal. En su voto particular parcialmente discrepante a la sentencia N.D. y N.T. c. España (que por lo demás es “*altamente cuestionable*”, en palabras de SOSA NAVARRO⁵² -opinión que compartimos en este trabajo-), la jueza KOSKELO apunta una preocupación relevante sobre el futuro del Tribunal, que estima ahora “*se erige en árbitro último de cuestiones como la de si “los Estados facilitan un acceso real y efectivo a los medios legales de entrada, en especial los procedimientos fronterizos”*”, pues, lanza la cuestión “*si el Tribunal estará en condiciones de garantizar realmente una “protección eficaz” con respecto al “acceso real y efectivo a los medios de entrada legal”*”. Esta preocupación es particularmente pertinente en un contexto como el actual, en el que las cuestiones se refieren a circunstancias y situaciones que son a la vez sensibles a los hechos y al tiempo. La supervisión del Tribunal sólo se llevará a cabo con carácter retroactivo y con considerables retrasos. De hecho, el Tribunal no está en condiciones de encargarse de la tarea que ahora ha emprendido.”⁵³

También refiere una preocupación la Jueza sobre “*el cambio de enfoque de los requisitos (...) que se derivan de la obligación de “no devolución” a un “reparto” basado en el criterio de la “conducta propia”*”, advirtiendo que su aplicación presentará dificultades. (§43)

6. La conducta (“*culpable*”) de los migrantes en la aplicación de los preceptos del Convenio

Ahora bien, constatados los accesos reales y efectivos hacia la solicitud de protección internacional, es llamativa otra premisa que ha sido sostenida en la argumentación del Gobierno y ha acabado siendo avalada por la sentencia de la Gran Sala del TEDH, y es que la “*conducta culpable*” de los demandantes fue considerada por primera vez como determinante para que los demandantes no fuesen sujetos merecedores de derechos humanos.

Pero ¿en qué consiste la “*conducta culpable*” y cuál es su problemática?

⁵⁰ STEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2016. Asunto *Khalifia y otros c. Italia*, demanda no.16483/12 §248, 254

⁵¹ Otros casos en los que fue mencionado fueron: STEDH (Sección Primera) de 23 de julio de 2020, Asunto *M.K. y otros c. Polonia*, Demanda No. 40503/17, §203; STEDH (Sección Tercera) de 24 marzo de 2020, Asunto *Asady y otros c. Slovakia*, Demanda No. 24917/15

⁵²Sosa Navarro, M. (2020). Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto *N.D. y N.T. contra España* ante el TEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 67, pp. 1039-1061.

⁵³ STEDH de 3 de octubre de 2017. Asunto *N.D. y N.T. c. España*... Voto particular Jueza Koskelo §42

HANAA HAKIKI, abogada del equipo que defendió a N.D. y N.T. ante el Tribunal explica⁵⁴ que la ausencia de unas condiciones claras de aplicabilidad de ese nuevo precepto se expresa en tres vertientes distintas: (i) la indeterminación de “*gran número*”(§231) al hacer referencia a la cantidad de personas que trataban acceder al territorio español en aquel día, pues no se estima a partir de qué número se considera el mismo “*grande*”⁵⁵, (ii) el “*uso de la fuerza*”(§231) que fue empleado a lo largo de la sentencia en referencia a la conducta del grupo de personas del que formaban parte los demandantes, no obstante, sin definir en qué se expresó la misma, sin aclarar tampoco si los demandantes tuvieron una conducta violenta contra otras personas, (iii) el uso de la palabra “*deliberada*”(§201 y 241), sugiriendo que había una intención por parte de los demandados, sin explicar tampoco para qué exactamente sería esa intención.

Sobre la decisión del Tribunal se pronunció la asociación Juezas y Jueces por la Democracia⁵⁶ en un comunicado muy crítico: “*No puede calificarse sino de quimera la posibilidad de acceder por las vías legales a nuestro país por parte de migrantes o solicitantes de asilo desde Marruecos.*”

Otro de los abogados que llevaron el caso ante el Tribunal, GONZALO BOYE, estima que el Tribunal “*entendió muy bien*” el problema de manifiesto con las devoluciones en caliente y es por eso que se pronuncia de esta manera. “*Nunca antes, ni en ninguno de los tres grandes sistemas de defensa de los derechos humanos existentes en el mundo, se había culpabilizado a las víctimas de lo sucedido... el TEDH lo hace y no una sino varias veces para, de esa forma, poder justificar lo injustificable: que las devoluciones en caliente no contravienen el Convenio Europeo de Derechos Humanos*”⁵⁷

Los autores sostienen que la interpretación del Tribunal ha sido y será visto como una “*carta blanca*”⁵⁸ para los Gobiernos de Europa, como evidencian sucesos que relacionarían los pronunciamientos con las actuaciones de Grecia, Italia, España y Estados de Europa del Este; bastando también en un futuro con “*alegar el incumplimiento, por parte de la víctima, de cualquier tipo de norma para entender que, a partir de ese momento, ya no deben respetarse sus derechos fundamentales*”⁵⁹. CARSTEN GERICKE, abogado de los demandantes también expresa esta preocupación: “*En general, este nuevo motivo de exclusión aporta nuevas incertidumbres a la situación jurídica en las fronteras exteriores en una medida considerable.*”⁶⁰

⁵⁴ Hakiki, H. (2022). The ECtHR’s Jurisprudence on the Prohibition of Collective Expulsions in Cases of Pushbacks at European Borders: A Critical Perspective, en Schiedermaier, Schwarz, Steiger (ed.): *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Baden-Baden: Nomos, pp. 133-164

⁵⁵ También se usó la expresión “*en masse*” en el *Asunto A.A. y otros c. Macedonia del Norte* §114

⁵⁶ Juezas y Jueces por la Democracia. (14 de febrero de 2020). Comunicado acerca de la decisión del TEDH sobre las devoluciones en caliente: EUROPA SE BLINDA Disponible en: <https://www.juecesdemocracia.es/2020/02/14/comunicado-jjpd-acerca-la-decision-del-tedh-las-devoluciones-caliente-europa-se-blinda/> [Consultado en diciembre de 2022]

⁵⁷ Boye, Gonzalo. (2020, 15 de febrero). Un derecho de derechas, *El Nacional*. Disponible en: https://www.elnacional.cat/es/opinion/gonzalo-boye-derecho-derechas_470232_102.html [Consultado en diciembre de 2022]

⁵⁸ Hakiki. *op. Cit.*

⁵⁹ Boye. *op. Cit.*

⁶⁰ Gericke, Carsten. (2020). Zwischen effektivem Menschenrechtsschutz und Realpolitik, *Asylmagazin* 12/2020, S. pp. 411-417

De hecho, entre los países que intervinieron en el proceso (§144 y ss) están Bélgica (cuya postura consistió en negar la entrada al territorio español de los migrantes), Francia (que a tenor literal decía que no se había vulnerado el artículo 4 del Protocolo nº4 “*cuando la ausencia de una decisión individual de expulsión [pudiera] atribuirse a la conducta culpable del interesado*”, estimando además que nada había impedido a los demandantes utilizar las vías legales y efectivas disponibles.) e Italia (que igualmente mantenía que no se había hecho entrada en el territorio español, considerando que el caso pertenece “*a la esfera de la política de seguridad y la soberanía de los Estados y de Europa en su conjunto*”), anunciando con ello el futuro de la política migratoria europea, viéndose acogida esta doctrina por los Estados que más se beneficiarán de ella y que más largo historial de vulneraciones contra el artículo 4 del Protocolo nº4 presentan.

Tanto es así, que en abril de 2022 el TEDH se pronunció en el asunto *A.A. y otros contra Macedonia del Norte*⁶¹ que, aun sin haber quedado probado que los demandantes hayan hecho uso de la fuerza, se considera que “*de acuerdo con su doctrina*”, el Tribunal aprecia la falta de un análisis individualizado atribuida a los demandantes, pues de haber querido acceder sus derechos del Convenio, lo debieron hacer a través de los cauces legales previstos (§123)⁶². Es decir, los mismos requisitos que antes parecían cumulativos (entrada *en masse* eludiendo las vías legales de acceso y uso de la fuerza) son ahora alternos, y bastará con la entrada ilegal al territorio del Estado en cuestión para entender que, a pesar de darse una expulsión colectiva, la misma no entra dentro de la aplicación del artículo 4 del Protocolo nº4 por atravesar ilegalmente la frontera los demandantes.

En el mismo sentido, en *Asady y otros contra Slovakia*⁶³ consideraba el Tribunal que el artículo 4 del Protocolo nº4 no había sido vulnerado, aunque las personas que trataron de acceder al territorio no eran más que 32 y no hay prueba de que haya hecho uso de la fuerza ninguno de ellos. ¿Por qué entonces no se aplicaría el artículo? Sobre la misma cuestión reflexionan los jueces Lemmens, Keller y Schembri Orland en un voto disidente de la sentencia con el que estamos parcialmente de acuerdo, concluyendo en el párrafo 25: “*Es vital que se respete el alcance limitado de la sentencia de la Gran Sala en el asunto N.D. y N.T. contra España. Una interpretación excesivamente amplia de la sentencia perjudicaría el “amplio consenso en la comunidad internacional” en relación con el cumplimiento de “las garantías del Convenio y en particular... la obligación de no devolución” (véase N.D. y N.T. c. España párrafo 232)*”

⁶¹ STEDH (Sección segunda) de 5 de abril de 2022 *Asunto A.A. y otros contra Macedonia del Norte*, demanda nº55798/16 y cuatro más

⁶² “*El Tribunal considera que, de hecho, fueron los demandantes quienes se pusieron en peligro al participar en la entrada ilegal en territorio macedonio el 14 de marzo de 2016, aprovechando el gran número del grupo. No hicieron uso de los procedimientos legales existentes para entrar legalmente en territorio macedonio de conformidad con las disposiciones del Derecho interno pertinente en materia de cruce de fronteras (véanse los apartados 33, 36 y 45 supra). Por consiguiente, de conformidad con su jurisprudencia reiterada, el Tribunal considera que la falta de decisiones individuales de expulsión puede atribuirse al hecho de que los demandantes, si efectivamente deseaban hacer valer sus derechos en virtud del Convenio, no hicieron uso de los procedimientos oficiales de entrada existentes a tal efecto, y fue, por tanto, consecuencia de su propia conducta. En consecuencia, el Tribunal considera que no ha habido violación del artículo 4 del Protocolo nº4 del Convenio.*”

⁶³ STEDH (Sección tercera) de 24 de marzo de 2020 *Asunto Asady y otros c. Slovakia*, demanda no. 24917/15

En la búsqueda del significado de la “conducta culpable”, debemos recordar los asuntos *Berisha y Haljiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*⁶⁴ y *Dritsas y otros c. Italia*⁶⁵, en los que la “conducta culpable” se veía reflejada en la negación de los demandantes de mostrar su documentación a la policía, siendo imposible identificarles. En *N.D. y N.T. c. España*, el Tribunal amplió este precepto y ha seguido agrandándolo desde entonces.

Otro caso en el que se hizo referencia el nuevo concepto de “conducta culpable” es *Shahzad c. Hungría*⁶⁶ en el que el demandante, junto a otros once nacionales de Pakistán, entraron al territorio húngaro cortando un agujero en el muro entre Hungría y Serbia. Sin haber sido sometidos a un análisis individualizado por las autoridades húngaras, el Tribunal terminó estimando que, en efecto, se había dado una violación clara al artículo 4 del Protocolo nº4. En el caso se consideró (§63) que había solo dos zonas por las que se podría haber accedido a Hungría, a unos 40 y 84 km de donde se encontraba el demandante. El Tribunal además tomó en consideración lo expuesto por el demandante respecto a la total imposibilidad de solicitar asilo, debiendo inscribirse en una lista, de la que tardaban meses en llamarle, puesto que el Gobierno no negó ni tampoco aportó información ninguna sobre alegados hechos. (§64) En base a ello, constataba que “*Teniendo en cuenta el acceso limitado a las zonas de tránsito y la falta de un procedimiento formal acompañado de garantías adecuadas que regulen la admisión de migrantes individuales en tales circunstancias, el Tribunal considera que el Estado demandado no garantizó al demandante medios efectivos de entrada legal. Por tanto, la falta de una decisión de expulsión individual no puede atribuirse a la propia conducta del demandante.*” (§65)

En el mismo sentido, lo asentado posteriormente por la doctrina del Tribunal en *M.K. y otros c. Polonia*⁶⁷ es que la excepción al artículo 4 del Protocolo nº4 no puede ser aplicada en los casos de negación de acceso al asilo en puestos fronterizos. (§ 207) El caso versaba sobre un grupo de ciudadanos rusos que habían intentado presentar sus solicitudes de protección internacional en el paso fronterizo polaco-bielorruso en Terespol, negándose los policías polacos a recibirlas y expulsando a los migrantes. Consideramos relevante destacar, además, que el Tribunal estimó que “*el mero hecho de que un recurso contra la decisión de denegación de entrada no hubiera tenido efectos suspensivos (y, en consecuencia, no hubiera podido impedir que los demandantes fueran devueltos a Bielorrusia) basta para establecer que dicho recurso (...) no constituía un recurso efectivo en el sentido del Convenio.*” (§ 147) En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en el asunto *D.A. y otros c. Polonia*.⁶⁸

La “excepción”, que ahora punto de partida, iniciada por la decisión de la Gran Sala en el asunto *N.D. y N.T.* es resumida a la perfección en palabras de VERA WRIEDT⁶⁹:

⁶⁴ STEDH (Sección quinta), Decisión de admisibilidad sobre el Asunto *Dzavit Berisha y Baljje Haljiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 16 de junio de 2005 demanda n.º 18670/03

⁶⁵ STEDH (Sección segunda) Decisión de admisibilidad sobre el Asunto *Dritsas y otros c. Italia*, de 1 de febrero de 2011 demanda n.º 2344/02

⁶⁶ STEDH (Sección primera) de 8 de julio de 2021 Asunto *Shahzad c. Hungría*, demanda no. 12625/17

⁶⁷ STEDH (Sección primera), de 23 de julio de 2020 Asunto *M.K. y otros c. Polonia*, demanda no. 4053/17, 42902/17 y 43643/17

⁶⁸ STEDH (Sección primera), de 8 de julio de 2021 Asunto *D.A. y otros c. Polonia*, demanda no. 51246/17

⁶⁹ Wriedt, Vera. (7 de junio, 2022). Expanding Exceptions? AA and Others v North Macedonia, Systematic Pushbacks and the Fiction of Legal Pathways. *EU migration law blog*. Disponible en:

“El Tribunal consideró que estas condiciones eran aplicables en el caso de N.D. y N.T. (aunque la violencia fue perpetrada por las autoridades y no por los demandantes) y culpó a los demandantes de no utilizar vías legales (a pesar de que las pruebas demostraban que éstas no estaban disponibles en la práctica). Retratándolos como un peligro (en lugar de en peligro)”. Todo indica a que “la apreciación del Tribunal sobre el acceso a las vías judiciales convierte la “conducta culpable” en una presunción que debe ser refutada”.

La argumentación del Tribunal fue considerada como “inconsistente” y una “decepción histórica”⁷⁰ y criticada por la comunidad internacional⁷¹, pues ante la aceptación de las denominadas “devoluciones en caliente” como una excepción del artículo 4 del Protocolo n°4, también sería imposible garantizar el cumplimiento del artículo 3 del Convenio en relación con la prohibición de la tortura y tratos degradantes.⁷² En el mismo sentido, la propia sentencia dicta en su párrafo 198 que la jurisprudencia hasta aquél momento asentada entendería que “la finalidad del artículo 4 del Protocolo n°4 en ese tipo de casos es preservar la posibilidad de que, en caso de expulsión, cada uno de los extranjeros afectados invoque riesgos de trato incompatible con el Convenio, y en particular con su artículo 3”. Y es que el propio Tribunal ha establecido que “cuando se expulsaba a los solicitantes de asilo a un tercer país sin examinar el fondo de sus solicitudes de asilo, no se podía saber si las personas objeto de expulsión corrían el riesgo de recibir un trato contrario al art.3 en su país de origen o si eran simplemente migrantes económicos, y que solo mediante un procedimiento legal que diera lugar a una resolución se podía llegar a una conclusión sobre esta cuestión y basarse en ella”⁷³

En relación a la intrínseca violación del Principio de no devolución, lanza LÜBBE la pregunta: “Si un genocida no debe ser deportado a una situación inhumana o degradante, ¿cómo podría ser aceptable para los inmigrantes irregulares que no buscaron un acceso legal?” Pues condicionar la aplicación del principio, piedra angular del Derecho Internacional, a la interpretación favorable o desfavorable de la conducta de las personas potenciales solicitantes de asilo, que no disponen de manera regular de acceder al país, un hecho únicamente reprochable al Estado en cuestión desvirtúa la base y cimiento del Derecho Internacional Humanitario. También se consideró “vaciada la sustancia” de la protección contra las expulsiones colectivas.⁷⁴ SOSA NAVARRO⁷⁵ apunta en el mismo sentido, pues “el principio de no devolución puede ser violado de manera indirecta si el Estado que lleva a cabo la devolución o expulsión no se cerciora

<https://eumigrationlawblog.eu/expanding-exceptions-aa-and-others-v-north-macedonia-systematic-pushbacks-and-the-fiction-of-legal-pathways/> [Consultado en diciembre 2022]

⁷⁰ Pichl, Maximilian y Schumalz, Dan. (14 de febrero de 2020). Unlawful does not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. y N.T. *Verfassungsblog*. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> [Consultado en diciembre de 2022]

⁷¹ Ver también: Martínez Escamilla, Margarita. (2020,14 de febrero). La sentencia de la vergüenza. *elDiario*. Disponible en: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/sentencia-verguenza_129_1003123.html [Consultado en diciembre de 2022]

⁷² Lübbe, Anna. (19 de febrero de 2020). The elephant in the room. Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.? *Verfassungsblog*. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/the-elephant-in-the-room/> [Consultado en diciembre de 2022]

⁷³ STEDH (Gran Sala) de 21 de noviembre de 2019 *Asunto Ilias y Ahmed c. Hungría*, n° 7011/15, §137

⁷⁴ Oviedo Moreno, Carlos. (14 de febrero de 2020). A painful slap from the CtHR and an urgent opportunity for Spain”. *Verfassungsblog*. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/> [Consultado en diciembre de 2022]

⁷⁵ Sosa Navarro. (2020). *op. Cit.* Pág. 1047

de que ese Estado no enviará a la persona a otro país en el que dichos derechos puedan estar en peligro.” Y es que con esta sentencia el Tribunal cuestionó la naturaleza absoluta y *erga omnes* del principio de *non-refoulement*.⁷⁶ En palabras de CARRERA⁷⁷, *“la aplicación generalizada del principio de no devolución en el derecho migratorio y de asilo choca frontalmente con la sentencia (...) con el resultado de generar dos criterios jurídicos contradictorios sobre los derechos de las personas migrantes.”*

Pues en todo caso fundamenta el Tribunal que la actuación incorrecta por parte de Marruecos no puede ser imputada a España y esta no puede hacerse responsable de las irregularidades en un tercer Estado. Por ello, si los demandantes no pueden acceder de manera efectiva a las garantías previstas para su correcta solicitud de protección internacional, el Tribunal no lo toma en consideración. El Tribunal no examina los obstáculos que los migrantes tuvieron que afrontar porque estima que, siendo los mismos no imputables al Estado español, no pueden ser tenidos en cuenta.

En todo caso, ignorando al completo las alegaciones de los terceros intervinientes (organizaciones sin ánimo de lucro y labor humanitaria, que no a los Gobiernos antes mencionados), el Tribunal falló sin tomar en consideración hechos importantes, que quedaron respaldados por las estadísticas presentadas en diversos informes.

La interpretación del Tribunal de que fueron los migrantes los que tenían lugar a elección y optaron por la vía que no era legal supone una carga de la prueba que recaería sobre el demandante. Pues se vería obligado a demostrar que se dieron *“razones de peso objetivas”* que le impidieron acceder a los procedimientos de entrada legales.⁷⁸ Por primera vez en la historia del Tribunal se ha condicionado a la forma de entrada a un territorio europeo la protección frente la expulsión colectiva, que autores como SOSA NAVARRO⁷⁹ consideran *“representa un precedente potencialmente restrictivo, si no lesivo, del contenido y alcance de los derechos humanos protegidos por el CEDH”*. Plantea CARRERA⁸⁰ que así, *“¿Por qué la propia conducta de un solicitante determinaría de modo alguno la medida en que un Estado ha violado los derechos humanos?”*.

A partir de esta esquiva interpretación del Tribunal, los críticos han considerado que el precepto es ya uno *“teórico e ilusorio”*⁸¹, pues en palabras de WRIEDT, *“El Tribunal excluye la relevancia, de los obstáculos procedentes del país de partida que impiden a los refugiados salir oficialmente de un país para acercarse al puesto fronterizo del país en el que desean entrar.”*, pero no obstante los refugiados son *“despojados”* de sus derechos consagrados en el artículo 4 del Protocolo nº4 al entrar de manera irregular al territorio.

⁷⁶ Carrera, S. (2020) The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to push backs at EU external borders? *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*. Robert Schuman Centre for Advanced Studies Migration Policy Centre

⁷⁷ Carrera. (2020) *op. Cit.*

⁷⁸ Sosa Navarro. (2020). *op. Cit.* Pág. 1052

⁷⁹ Sosa Navarro. (2020) *op. Cit.* Pág. 1058

⁸⁰ Carrera. (2020) *op. Cit.* Pág. 8

⁸¹ En contraposición a lo establecido en la doctrina del Tribunal, pues en múltiples ocasiones el mismo reiteraba que el Convenio *“tiene por objeto garantizar derechos prácticos y efectivos, no teóricos o ilusorios”* en *N.D. y N.T. c. España* (párrafos 171 y 221); Apareciendo la constatación en otros asuntos como *Soering c. Gran Bretaña* (párrafo 87), *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (párrafo 175) y *Shahzad c. Hungría* (párrafo 50)

En el año 2019 se preguntaba CARSTEN GERICKE⁸²: “¿Pueden los Estados europeos deportar a personas sin que éstas tengan la oportunidad de ser oídas, solicitar asilo y presentar argumentos jurídicos contra su deportación?”. Hoy, desgraciadamente, afirmamos que sí. “La consecuencia de tal razonamiento es entender las fronteras como lugares sin derechos para grupos muy particulares: emigrantes (negros), personas del Sur Global, la minoría indeseable excluida de los beneficios de la libre circulación global fomentada para todos los demás.”⁸³

Respecto los casos más recientes en los que España fue llevada al Tribunal, estos son: *Doumbe Nnabuchi c. España* núm. 19420/15 que fue inadmitido, pues fue considerado que la prueba aportada por el demandante no fue concluyente (§27 y 29) y que es imposible que el mismo fuese identificado como la persona que aparecía en el vídeo que evidenciaba el trato de la Guardia Civil ante los migrantes; y *Balde y Abel c. España* núm. 20351/17, pendiente de resolución.

Sendos casos invocan también la vulneración del artículo 3 del Convenio, en relación con el uso de la fuerza desproporcionada por parte de los agentes de la Guardia Civil, aunque en el segundo de ellos también por los malos tratos que las fuerzas marroquíes infligían sobre los demandantes.

A raíz de los hechos acometidos el año pasado, el joven senegalés Abdou cuya imagen fue difundida por los medios de comunicación al haber sido captado el momento emotivo entre una voluntaria de la Cruz Roja y él, dándose un abrazo en la orilla tras su llegada a territorio español, también comparecerá ante el Tribunal bajo la representación de CEAR con la pretensión de vulneración del artículo 4 del Protocolo n^o4 y artículo 13 del Convenio.⁸⁴

7. Conclusiones

Así como la perspectiva jurídica precisaba de un extenso análisis, la situación de las personas objeto de la Justicia se constata brevemente: N.D. ha sido arrestado y deportado, viviendo actualmente en Mali. N.T. trabajó en los invernaderos en España y tras años de trabajo irregular, ha obtenido un permiso de residencia temporal.⁸⁵

Dividiremos las conclusiones en tres bloques: las consecuencias internacionales, el suceso de melilla y los futuros casos.

¿Las consecuencias internacionales?

Siguiendo la advertencia de HAKIKI, los conceptos que no han sido desarrollados ponen en duda la aplicabilidad de la “conducta propia”, que es ahora una coartada de los Estados en la no aplicación de derechos humanos.

⁸²Gericke, Carsten y Wriedt, Vera. (junio 2019). (Un) Recht an der Grenze. Menschenrechtliche Interventionen gegen Push-Backs. *Bürgerrechte & Polizei/CILIP* 118/119

⁸³ Oviedo Moreno. (2020). *op. Cit.*

⁸⁴ (2022, 14 de julio). El Tribunal de Estrasburgo examinará la devolución de Abdou, el joven del abrazo a una voluntaria de Cruz Roja en Ceuta. *El Periódico Mediterráneo*. Disponible en: <https://www.elperiodicomediterraneo.com/sociedad/2022/07/14/tribunal-estrasburgo-examinara-devolucion-abdou-68345277.html> [Consultado en diciembre 2022]

⁸⁵ Santi Palacios, S. (Director.) (2021) *The Gourougou Trial* [Película]. Netflix

¿Es viable interpretar como “conducta culpable” el hecho de que una persona entre de manera ilegal al país en el que pretende solicitar asilo como ocurrió en *A.A. y otros c. Macedonia del Norte*? ¿Cómo colisiona esta interpretación con el artículo 31 de la Convención de Ginebra que de manera expresa “*prohíbe sancionar a los refugiados simplemente por causa de entrada ilegal*”? ¿Qué tendrá Grecia que decir al respecto?

En el mismo sentido, al no ser determinado el número que se considera “grande” en la aplicación de la “conducta culpable”, cualquier número (ahora incluso casos individuales como bien ha respaldado el Tribunal Constitucional español) puede entenderse amparado por la interpretación de la Gran Sala. Es más, ya lo estimó así el Tribunal apenas un mes tras *N.D. y N.T. en Asady y otros c. Slovakia*, pues en el asunto se trataba de meramente 32 personas que intentaron superar la frontera y aun así se estimó que no se dio la vulneración del artículo 4 del Protocolo nº4 al amparo de su propia conducta. ¿Es este también un número grande? ¿Un “asalto” “*en masse*”?

¿O lo es, acaso, cuando se trata de una única persona que individualmente intenta superar la frontera? Resolviendo sobre la constitucionalidad de varios preceptos de una ley de dudosa cobertura legal como es la Ley Orgánica de Protección a la Seguridad Ciudadana, por algo apodada “Ley Mordaza”, el Tribunal Constitucional exprimió la situación para amparar las devoluciones en caliente, ampliando la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con una incongruencia *extra petita*. Si bien el TEDH dejaba incierto el número “grande” de personas que participaban en el “asalto” y por eso estimaba la conducta de los demandantes como una “culpable”, al menos dejaba intuir que en el término “en masa” no tiene cabida “individual”.

El Estado español se vio arrojado en la sentencia de Gran Sala en el asunto *N.D. y N.T.* y no tardó en incorporarla a su doctrina. A la sentencia del Tribunal le siguió el Auto del 27 de julio de 2020 por el que se archivaba la causa contra los agentes de la Guardia Civil a los que por la vía penal le fueron imputadas las muertes de quince personas el día 6 de febrero de 2014, recordado como la “Tragedia de Tarajal”.

Las devoluciones en caliente (o rechazos en frontera) han sido una normalidad en España desde, al menos, el año 2005, como ha evidenciado el presente trabajo. Lejos de advertir al Estado español, quien de manera abierta reconocía estar aplicando las prácticas, adjuntando en su defensa el Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 en el que ya introducían el somero concepto de la “frontera operacional”, el Tribunal amparó las mismas.

Tampoco podemos perder de vista las alarmantes cuestiones relativas al territorio que España está cediendo al considerar “retranqueada” su frontera “operativa” bajo las elucubraciones del Gobierno bajo un ocioso intento de exculpación.

Atendiendo al “uso de la fuerza”, en momento alguno ha quedado establecido ni probado en qué consistió exactamente el mismo en el asunto *N.D. y N.T.*. A los demandantes les fue imputada una conducta culpable sin definir en qué consistió dicha conducta, sin siquiera serles imputado un resultado ni hecho que pueda considerarse delictivo ni meramente culposo. Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal las alegaciones de las organizaciones sin ánimo de lucro que alegaron el uso de la fuerza por parte de los agentes de la Guardia Civil.

De no haber sido referenciada conducta tipificable como uso alguno de la fuerza, quedaría así el argumento de que los demandantes no hicieron uso de otros medios para solicitar asilo sin incurrir en la ilegalidad. Pero si bien alegaba en Gobierno (párrafo 204

de la sentencia de Gran Sala) que la “*conducta delictiva*” era la que había motivado la expulsión, ello significaría que (i) o bien tuvieron medios efectivos para solicitar la entrada de manera legal en Beni-Enzar (puesto fronterizo que no existía); en la embajada de España en Rabat (en 2014 cuando todavía no tenían los demandantes permiso de circulación en territorio español); en consulados españoles en Marruecos (igual de inaccesibles); o en la embajada o consulado español en otro país (¿qué país? ¿del que huyen?); o bien (ii) reconoce que fueron expulsadas las personas de manera sumaria a modo de sanción por su entrada irregular.

Las palabras de BOYE tienen ahora una trascendencia aun mayor “*La “culpa” de lo sucedido no es del autor del hecho sino de la víctima por haberlo provocado.*”⁸⁶ Pues, sin oportunidad de aducir nada las personas en búsqueda de la protección internacional, estas pueden ser ya no solo víctimas de una expulsión sumaria sino también ser considerados criminales, sin la concreción de los hechos y de una manera que prescinde de la individualización en la imputación al igual que en las devoluciones. Para los migrantes de procedencia africana no obra ni el principio de no devolución ni la presunción de inocencia.

Las consideraciones sobre el acceso “real y efectivo” son también insuficientes, pues de igual manera tampoco ha quedado establecido qué requisitos deben verse satisfechos para considerar que una persona migrante ha tenido realmente acceso a la solicitud de protección internacional. Las interpretaciones varían de un caso a otro y son contradictorias, y mientras los demandantes en *N.D.* y *N.T.* fueron criminalizados aun sin establecer en qué términos fue su conducta contraria a la ley, el demandante del caso *Sahzad* vio reconocidas sus alegaciones respecto la expulsión colectiva de la que fue víctima, estimando el Tribunal que tenía un acceso limitado a las zonas de tránsito y no tuvo un procedimiento formal ni garantías.

Contrariamente, la sentencia de Gran Sala del asunto *N.D.* y *N.T.* hace alusión a un “*contexto de una operación que había sido planificada con antelación*” (párrafo 206) con el afán palmario de estimar una conducta culpable de los demandantes, aun sin definir en momento alguno de qué “operación planificada” se trata.

El foco que debería estar en el intento de enmendar el concepto todavía ignoto de “conducta culpable”, se sitúa ahora en la situación “irregular” o “ilegal” de los demandantes de asilo, viéndose obligados a ser ellos quienes demuestren haber tenido una conducta más o menos merecedora de derechos. A lo largo del conflicto se ha perdido de vista una cuestión evidente: ¿por qué alguien iba a arriesgar su vida si tuviese otros medios para solicitar el asilo? En palabras de HAKIKI: “*se castiga a los migrantes y refugiados por la falta de vías legales*”.

Este ahora modelable concepto de “expulsión” que hace ocho años se veía extendido hasta más allá del territorio del Estado en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, es ahora un concepto restringido, entendiéndolo inadecuado y no aplicable en (in)determinados casos. Todas estas conjeturas sobre los criterios de aplicación de la “conducta culpable” que era considerada una “excepción” a la vulneración del artículo 4 del Protocolo nº4 evidencian un retroceso en la política migratoria de la Unión Europea.

¿Qué más motivaría la no aplicación del principio de no devolución? Y, ¿significará ello que se abre la puerta a no ser aplicado nunca el precepto?

⁸⁶ Boye. *op. Cit.*

Maremagno de casuística

La pertinaz retahíla de calamidades dimanadas de la sentencia de *N.D.* y *N.T.* no cesará y los países que vulneraban el Convenio con su “política” migratoria consideran sus prácticas amparadas por la ley.

En Turquía, país líder en números de refugiados en su territorio con 3,8 millones de personas⁸⁷, el presidente Erdogan anunciaba en 2020 que “*había abierto las puertas*” hacia Europa, aquellas que la Unión Europea financiaba para mantener cerradas para el tránsito de migrantes.⁸⁸ El Estado está en constantes controversias con Grecia en el intento de ambos de evadir la responsabilidad de los tratos que los refugiados sufren en sus territorios.⁸⁹

Grecia, considerada “*escudo europeo*”⁹⁰ en palabras de Ursula von der Leyen, no tardó en adoptar el fallo de la Gran Sala en el asunto *N.D.* y *N.T.* y la “carta blanca” es más evidente que nunca, pues las devoluciones masivas efectuadas sin análisis individual de cada uno de los migrantes son ya avaladas por el Tribunal.⁹¹ De hecho, tan solo unas semanas después del fallo del Tribunal, se filtraron videos de guardias costeras de Grecia disparando a barcas de migrantes⁹², mientras que las autoridades turcas sostenían que un migrante sirio murió tras la intervención de los guardias griegos.⁹³ Dos personas afganas fueron condenadas a 50 años de prisión en el Estado el mes de septiembre de 2021, siendo acusados de traficantes. El juicio de apelación había sido pospuesto en varias ocasiones, la primera fecha estuvo prevista para el día 18 de marzo de 2022, cambiada al 7 de abril de 2022, llegando finalmente al 8 de diciembre del mismo año, terminando uno de ellos por ser absuelto y el otro condenado a (solo) ocho años de prisión. Lo mismo ocurría con un migrante que ha esperado más de dos años y medio a tener acceso a un juicio, siendo este previsto para el día 5 de diciembre

⁸⁷ ACNUR. (16 de junio de 2022). Datos básicos. 89,3 millones de personas desplazadas por fuerza en todo el mundo. Disponible en: <https://www.acnur.org/datos-basicos.html> [Consultado en diciembre de 2022]

⁸⁸ Stevis- Gridneff, Matina y Gall, Carlotta. (2020, 29 de febrero). Erdogan says, “we opened the doors”, and clashes erupt as migrants head for Europe. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/02/29/world/europe/turkey-migrants-eu.html> [Consultado en diciembre 2022]

⁸⁹ Para consultar uno de los casos más recientes, ver: Colchen, Gabrielle. (2022, 17 de octubre). Grecia y Turquía, en un nuevo pulso por el abandono de 92 migrantes desnudos en la frontera. *France24*. Disponible en: <https://www.france24.com/es/migrantes/20221017-grecia-y-turqu%C3%ADa-en-un-nuevo-pulso-por-el-abandono-de-92-migrantes-desnudos-en-la-frontera> [Consultado en diciembre de 2022]

⁹⁰ En palabras de la Presidenta de la Unión Europea, la señora Ursula von der Leyen. En: Muñoz, Darío. (2020, 3 de marzo). La UE agradece a Grecia que ejerza de “escudo europeo” ante la apertura de fronteras de Turquía. *Diario SUR*. Disponible en: <https://www.diariosur.es/internacional/ue-agradece-grecia-ejerza-escudo-europeo-fronteras-turquia-20200303210616-ntrc.html> [Consultado en diciembre de 2022]

⁹¹ Ver: Goldner Lang, Iris. (4 de septiembre de 2020). Which connection between The Greek-Turkish border, the Western Balkans route and the ECtHR’S judgment in ND and NT? *EU Migration Law Blog*. Disponible en: <https://eumigrationlawblog.eu/2750-2/> [Consultado en diciembre de 2022]

⁹² BBC (2020, 2 de marzo). *Greek coast guards fire into sea near migrant boat* [Vídeo] Disponible en: <https://www.bbc.com/news/av/world-europe-51715422> [Consultado en diciembre de 2022]

⁹³ (2020, 2 de marzo) Syrian migrant killed as thousands try to cross into Greece, Turkish authorities say. *France 24*. Disponible en: <https://www.france24.com/en/20200302-syrian-migrant-killed-as-thousands-attempt-to-cross-from-turkey-into-greece> [Consultado en diciembre de 2022]

de 2022, no obstante, el mismo también se pospuso para mayo de 2023, al no aparecer la Guardia Costera al juicio.⁹⁴ En Grecia las personas son enjuiciadas por su entrada ilegal al territorio y permanecen meses y años a la espera de juicio mientras la Unión Europea sigue subvencionando su “política” migratoria.

Siguiendo la línea de financiaciones, según datos de Médicos sin Fronteras, desde 2017, la Unión Europea e Italia han invertido 32,6 millones de euros en su “Memorando de Entendimiento sobre Migración”, con los guardacostas de Libia para frenar las llegadas a la Unión Europea. El acuerdo ha sido renovado en 2020 por otros tres años.⁹⁵ Esta relación entre los dos países no es sorprendente, teniendo en cuenta el acuerdo bilateral de cooperación para luchar contra la inmigración clandestina que el 29 de diciembre de 2007 venían firmando. El mismo fue seguido por el Protocolo Adicional el día 4 de febrero de 2009. Conviene recordar que Libia no ha ratificado el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y, por tanto, la presencia de ACNUR en Trípoli no puede considerarse garantía suficiente para los solicitantes de protección internacional. Y aunque en *Hirsi Jamaa* el Tribunal condenaba las actuaciones de las autoridades italianas, aun no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los pactos bilaterales entre Italia y Libia, un país que por aquél entonces el Gobierno italiano aseguró como “seguro” (§97 *Hirsi Jamaa*).

En Europa del Este la situación no es distinta, pues en Bulgaria los solicitantes de asilo (que no llegan a ser, en sí, solicitantes) son “*rutinariamente encerrados en estructuras con apariencia de jaulas*”, cerca de la ciudad de Sredetz, ciudad en Burgas, como ha demostrado la investigación de Lighthouse Reports. Se han dado también casos de migrantes disparados.⁹⁶ Bulgaria también recibe apoyo financiero de la Unión Europea para la vigilancia de fronteras.⁹⁷ La situación no difiere en países como Hungría, donde la política anti-musulmana de migración fue considerada como un “*enfoque generalmente aceptado*” en Europa por sus autoridades⁹⁸.

En España en apenas en unos meses hemos sido testigos de múltiples historias conmovedoras. Por ejemplo, la que podrían narrar los tres hombres que aparecieron en

⁹⁴ Para más información sobre el caso consultar: Legal Centre Lesvos (1 de diciembre de 2022) Joint Statement. Disponible en: <https://legalcentrelesvos.org/2022/12/01/lesvos-iraqi-asylum-seeker-facing-more-than-60-years-for-boat-driving-despite-video-proving-otherwise/> [Consultado en diciembre de 2022]

⁹⁵ Para una información más detallada sobre el acuerdo entre Italia y Libia, ver: Médicos sin fronteras. (2022, 02 de febrero). Acuerdo Libia- Italia: cinco años de violencia y abusos en Libia y en el Mediterráneo central patrocinados por la UE. Disponible en: <https://www.msf.es/actualidad/libia/acuerdo-libia-italia-cinco-anos-violencia-y-abusos-libia-y-mediterraneo-central> [Consultado en diciembre de 2022]; Amnistía Internacional. (2020, 30 de enero). Libia: la renovación del acuerdo sobre migración confirma la complicidad de Italia en la tortura de personas migrantes y refugiadas. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/01/libya-renewal-of-migration-deal-confirms-italys-complicity-in-torture-of-migrants-and-refugees/> [Consultado en diciembre de 2022]

⁹⁶(2022, 5 de diciembre). Shot for seeking asylum. *Lighthouse Reports*. Disponible en: <https://www.lighthousereports.nl/investigation/shot-for-seeking-asylum/> [Consultado en diciembre de 2022]; (2022, 8 de diciembre). Investigation exposes “cage-like” migrant detention sites in Eastern Europe. *RFI* <https://www.rfi.fr/en/europe/20221208-investigation-exposes-cage-like-migrant-detention-sites-in-eastern-europe> [Consultado en diciembre de 2022]

⁹⁷ Ver: (2016, 4 de octubre). Bulgaria recibirá 108 millones de euros de la UE para vigilar fronteras. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/20161004/41780084994/bulgaria-recibira-108-millones-de-euros-de-la-ue-para-vigilar-fronteras.html> [Consultado en diciembre de 2022]

⁹⁸ Trkanjec, Zeljko. (2020, 5 de marzo) Orban declares victory after EU “adopted” his migration policy. *EURACTIV* Disponible en: https://www.euractiv.com/section/all/short_news/orban-declares-victory-after-eu-adopted-his-migration-policy/ [Consultado en diciembre de 2022]

la pala de un timón, donde habían sobrevivido a lo largo de 13 días, una imagen que perduró en las redes sociales y medios de comunicación en los días de diciembre de 2022.⁹⁹ Las personas iban a ser devueltas a Nigeria pero la ONG Ca-minando Fronteras presentó escrito solicitando la paralización de las devoluciones.

Masacre de Melilla

Los hechos que tuvieron lugar el día 24 de junio de 2022 en la valla de Melilla concluyeron con la muerte de al menos 23 personas, aunque las organizaciones humanitarias estiman que los números eran mayores. Las desapariciones fueron 77. Las devoluciones se estiman 470. Las imágenes del suceso (el más sangriento en la historia de la valla) provocaron una inmensa consternación en la ciudadanía que exigía al Gobierno, a la Guardia Civil, o alguna autoridad competente que explique qué había ocurrido y su porqué.

En su comparecencia ante el Congreso de los Diputados¹⁰⁰ del mes de septiembre, el Ministro del Interior, GRANDE-MARLASKA, decía que *“la respuesta del Estado es firme, es serena también, y es necesariamente proporcionada”* e hizo énfasis en lo que consideraba un intento de entrada *“violento”*. El empleo de la Guardia Civil y la Policía Nacional, *“oportuno y proporcionado”* del material a su disposición fue motivado por *“la actitud violenta de los asaltantes”*. El señor ministro no se olvidó de citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia al hacer referencia a la *“violencia del grupo”*. Concluía dirigiéndose a las señorías y a la persona presidenta: *“es evidente que estamos hablando de un episodio de intento violento de entrada irregular que, evidentemente, como toda violencia, es injustificable.”* El ministro también insistió en que no se produjo ni una sola muerte en territorio nacional.

En el mes de noviembre, en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados¹⁰¹ tras ser ya palmario que al menos una persona murió en el territorio español aquél 24 de junio de 2022¹⁰², el Ministro del Interior insistía en que *“no tuvimos que lamentar ningún hecho trágico, es decir, ninguna pérdida de vida humana en territorio nacional”*.

En la misma comparecencia defendía el ministro que se han impulsado las políticas de cooperación con los países de origen y tránsito, y han sido invertidos 50 millones de euros en cuatro años en los puestos fronterizos. Insistía en que existen vías posibles para solicitar protección internacional. Para evidenciar la imposibilidad o para abrir camino a una vía hasta ahora no efectiva para solicitar asilo, uno de los sobrevivientes de la

⁹⁹ Rodríguez, José María. (2022, 13 de diciembre). La huida desesperada de Henry: jugarse la vida dos veces en el hueco del timón. *elDiario*. Disponible en: https://www.eldiario.es/canariasahora/migraciones/huida-desesperada-henry-jugarse-vida-veces-hueco-timon_1_9789462.html [Consultado en diciembre de 2022]

¹⁰⁰ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Núm. 201, (21 de septiembre de 2022). Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-209.PDF [Consultado en diciembre de 2022]

¹⁰¹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Núm. 220, (30 de noviembre de 2022). Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-228.PDF [Consultado en diciembre de 2022]

¹⁰² Lighthouse Reports, EL PAÍS, Le Monde, Der Spiegel, ENASS, Independent. (2022, 29 de noviembre). *Reconstructing the Melilla Massacre* [Vídeo]. Disponible en: <https://www.lighthousereports.nl/investigation/reconstructing-the-melilla-massacre/> [Consultado en diciembre de 2022]

tragedia presentó recientemente ante la embajada española en Rabat la solicitud que narra su caso y pide la protección internacional, a tenor de la Ley de Asilo de 2009.¹⁰³

No obstante, una vez sobrepasada la frontera los problemas persisten y pasan a ser de otra índole, administrativos y laborales, teniendo las personas en situación vulnerable que enfrentarse a otros enemigos: la precariedad laboral (puesto que las autoridades no muestran tanta preocupación por la manera irregular de trabajo a la que son sometidos los migrantes -generalmente en los invernaderos, como N.T.- como en la manera irregular de entrada) y la burocracia administrativa. En este sentido cabe destacar también la situación con las citas previas que, contrariamente a su supuesto propósito, obstaculizan e impiden el acceso a los programas de acogida, demorándose desde hace diez meses, (aunque los abogados de los solicitantes sostienen que la problemática se mantiene desde el año 2015).¹⁰⁴ Las organizaciones sin ánimo de lucro e instituciones humanitarias tratan de manera consistente conseguir una regulación extraordinaria para la situación de los migrantes irregulares que residen en España, que estiman rondar entre el medio millón de personas.¹⁰⁵ En España a día de hoy tampoco hay un procedimiento establecido para el funcionamiento del “rechazo en frontera” que establezca unas garantías mínimas.

Como adelantamos *ad supra*, el día 23 de diciembre la Fiscalía archivó el caso de la Masacre de Melilla, considerando que “*la actitud hostil y violenta que en todo momento el grupo de migrantes mantenía contra los agentes marroquíes, yendo provistos de palos, piedras y otros objetos contundentes que lanzaban contra estos*” suponía que la conducta de los Guardia Civiles era “*proporcionada*”. Y, tras más de ocho horas de grabaciones, la Fiscalía estimó que “*no existen elementos que permitan afirmar que las lesiones de algunos migrantes fueran producto de la actuación policial española*”. La trascendencia de N.D. y N.T. persiste, pues tanto la sentencia de Gran Sala, como la del Tribunal Constitucional de 2020 son de nuevo fundamento suficiente para el archivo de la causa, y así hace referencia a las mismas también el Decreto de la Fiscalía General del Estado.

Si la Tragedia de Tarajal necesitó un abrir y cerrar de la causa constante a lo largo de más de seis años, la Masacre de Melilla queda silenciada con el primer intento, pues la jurisprudencia obra ya en contra de las víctimas.

Lo cierto es, que incluso de no haberse dado ninguna muerte en territorio español e incluso en el caso de que las fuerzas del Estado hubiesen obrado con proporcionalidad, debería darse algún tipo de explicación que ampare las imágenes de cuerpos amontonados en la valla a las que accedió toda la ciudadanía y, como mínimo, asumir la responsabilidad de que cientos de personas resultaron heridas en territorio (y también

¹⁰³ Sánchez, Gabriela. (2022, 13 de diciembre). Un sudanés devuelto en caliente en la tragedia de Melilla pone a prueba a Marlaska y pide asilo en la embajada de España en Rabat. *elDiario*. Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/sudanes-devuelto-caliente-tragedia-melilla-pone-prueba-marlaska-pide-asilo-embajada-espana-rabat_1_9790810.html [Consultado en diciembre de 2022]

¹⁰⁴ Vargas Martín, Jairo. (2020, 14 de diciembre). Nueve meses sin conseguir cita para pedir asilo: “tengo miedo de la Policía porque no tengo papeles. *Público*. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/nueve-meses-cita-pedir-asilo-miedo-policia-no-papeles.html> [Consultado en diciembre de 2022]

¹⁰⁵ (2020, 15 de diciembre). Una ILP consigue 500.000 firmas para la regularización de medio millón de migrantes. *La voz del sur*. Disponible en: https://www.lavozdelsur.es/actualidad/sociedad/ilp-consigue-500000-firmas-regularizacion-medio-millon-migrantes_287570_102.html [Consultado en diciembre de 2022]

jurisdicción, -en aplicación de la doctrina de *Hirsi Jamaa*, por tener las autoridades un control efectivo sobre las personas-) españolas.

La “seguridad de nuestro sistema democrático”, que el Ministro del Interior referenciaba que supone “la seguridad de nuestra frontera”, está formada también (y sobre todo) por las garantías que los seres humanos disfrutan bajo su alcance y jurisdicción. Y es esa la verdadera “responsabilidad”¹⁰⁶ que ostenta la ciudadanía, como quienes la representan.

Perspectiva de futuro

¿Cuál será el alcance de *N.D.* y *N.T. c. España* y cómo se limitará la excepción una vez ampliada? Si la aplicación del artículo 4 del Protocolo nº4 está sujeta a una interpretación tan escueta ¿sigue siendo el precepto una garantía o es ya uno de castigo?

Los muros invisibles de Europa están cada vez más elevados y la externalización de fronteras es una realidad palpable, pues las personas que tratan de superarlos son objeto de más medidas de interceptación que de garantías.¹⁰⁷ Personas “irregulares”, víctimas “culpables”, fronteras “protegidas”, reivindicadores “irresponsables” frente a una política migratoria decrepita y deficiente y una aplicación de los Derechos Humanos selectiva.

Mientras tanto, las instituciones humanitarias no cesan en su labor y el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa insiste en la cooperación entre los Estados contra las devoluciones¹⁰⁸ al igual que lo hace el Defensor del Pueblo en España, como expusimos con anterioridad. “Responsables” son también las organizaciones sin ánimo de lucro y los abogados encargados en la defensa de las víctimas que no han cesado en la lucha por la adopción de una política migratoria digna. También los académicos y juristas que denuncian las prácticas que ocurren en las fronteras europeas.

La perspectiva hacia el futuro es la única posible y es responsabilidad de los Estados parte proporcionar las garantías previstas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a todas las personas bajo su jurisdicción, tanto a quienes están en la frontera este, como los que están en frontera sur. Europa ha demostrado su capacidad de gestionar una crisis migratoria de gran calado a lo largo de todo el año 2022, y debe aplicar ahora la misma narrativa para las víctimas de distinta procedencia. No tiene cabida en un mismo Estado un “régimen especial” para Ceuta y Melilla consistente en el “rechazo en frontera” de los migrantes frente a un “sistema ágil y sencillo” para los desplazados de Ucrania.

¹⁰⁶ El Ministro del Interior Grande-Marlaska, en su comparecencia en el Congreso de los Diputados en la sesión plenaria número 220 antes referenciada, hacía un “llamamiento a la responsabilidad” calificando de “acusaciones” contra los cuerpos de seguridad del Estado a las pruebas presentadas sobre la muerte en territorio español de al menos uno de los migrantes que tuvo lugar el día 24 de junio de 2022. “(...) como decía, mensajes y declaraciones públicas en los que se pretende justificar violentar una infraestructura fronteriza para solicitar protección internacional tiene tres consecuencias y ninguna es buena (...)”

¹⁰⁷ Sobre las medidas de interceptación escribe Sánchez Legido, Ángel en Sánchez Legido, Ángel. (2019) Externalización de controles migratorios versus Derechos Humanos. *Revista electrónica de estudios internacionales* N°37

¹⁰⁸Council of Europe. (2022, abril). Recommendation: Pushed beyond the limits. Four areas for urgent action to end human rights violations at Europe’s borders. Disponible en: <https://rm.coe.int/pushed-beyond-the-limits-urgent-action-needed-to-end-human-rights-viol/1680a5a14d> [Consultado en diciembre de 2022]

Si ayer a las personas que huyen de la guerra se les llamaba “sin-papeles”¹⁰⁹, o las pateras eran conocidas como “barcos negreros”¹¹⁰, hoy, en el Congreso de los Diputados, máxima representación del pueblo español, se han hecho alusiones a los migrantes que formaron parte de los hechos de la Masacre de Melilla como “asaltantes”, se ha insistido en ya conocidas premisas erróneas como el “efecto llamada”, se ha calificado como “avalancha violenta” y asalto “coordinado y absolutamente masivo” al intento de entrada de las personas.

Es más, hoy, en el Congreso de los Diputados de España, un diputado¹¹¹, puede permitirse, hablando de las muertes que defendía no tuvieron lugar en territorio español, concluir con palabras tan oprobiosas como: “Y si los había, ¿qué? ¿Es que los que sufrimos asaltos somos responsables de si en ese asalto mueren personas violentas, de si nuestros agentes por salvar su vida hacen uso legítimo de la fuerza?” y lo que es peor, ser aplaudido.

La sociedad como conjunto avanza cuando la ciudadanía es consciente y es capaz de conmiserarse de las desgracias ajenas, pero prospera más aun cuando tiene la misma probidad hacia todas las personas, sin iniquidades a razón de procedencia.

Es desde hace ya tiempo evidente la razón de ser de la omisión de regulación de las personas que se ven obligadas a desplazarse desde África y la cuestión ha dejado de ser hace tiempo (si es que lo ha sido nunca) una de territorio ni legislación, tampoco de interpretación jurídica de unos preceptos que ya quedaron bien definidos con su creación en 1950 y 1963. La lucha por los derechos humanos contra la barbarie (que, sin duda arropada en necesarios tecnicismos y relaciones internacionales complejas y desarrollada por el Derecho) ha tenido siempre un núcleo, un fin último, primero, y esencial: la vida y dignidad humana. Y de ese mismo corazón se ha olvidado el Tribunal en su sentencia de Gran Sala en el asunto *N.D.* y *N.T.*

O (esperemos), no.

¹⁰⁹ Ver nota a pie de página nº4 de la publicación en *El Mundo* de 2005.

¹¹⁰ Nombre con el que se hace referencia a las pateras de migrantes. Ministerio del Interior. Balance lucha inmigración ilegal de 2005: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2005/balance_inmigracion_2005.pdf

¹¹¹ Intervención de Ortega Smith-Molina, Javier (Grupo parlamentario VOX) en el Congreso de los Diputados Núm. 220, (30 de noviembre de 2022) ya citado.

8. Bibliografía:

Libros:

Acosta Sánchez, M.A. (2016). *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*. Madrid: Editorial Reus

Boza Martínez, Diego. (2001). *Los extranjeros ante el convenio europeo de derechos humanos*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz

Linde, E., Ortega, L.I. y Sánchez Morón, M. (1987). *El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos*. Madrid, Civitas

Artículos:

Allain, J. (2001). “The *jus cogens* Nature of *non-refoulement*”, *International Journal of Refugee Law*, Vol.12, nº4, pp. 533-558

Carrera, S. (2020) The Strasbourg Court Judgement *N.D. and N.T. v Spain* A Carte Blanche to push backs at EU external borders?. *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*. Robert Schuman Centre for Advanced Studies Migration Policy Centre

Bilbao Ubillos, Juan María. (2015). La llamada Ley Mordaza: la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la Seguridad Ciudadana. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, pp. 217-260

Gericke, Carsten. (2020). Zwischen effektivem Menschenrechtsschutz und Realpolitik, *Asylmagazin* 12/2020, S. 411-417

Gericke, Carsten y Wriedt, Vera. (junio 2019). (Un) Recht an der Grenze. Menschenrechtliche Interventionen gegen Push-Backs. *Bürgerrechte & Polizei/CILIP* 118/119

Martínez Escamilla, M. y Sánchez Tomás, J.M. (2019). “La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera”, *Revista Crítica Penal y Poder*, Nº18 diciembre, pp.28-39

Sánchez Legido, Ángel. (2019). Externalización de controles migratorios versus Derechos Humanos. *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº37

Sánchez Legido, Ángel. (2020). “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol 72/2, julio-diciembre 2020, pp. 235-259

Solanes Corella, A. (2020). “Protección y principio de *non-refoulement* en la Unión Europea”. *Revista de Filosofía*, nº19, noviembre de 2020, pp.27-62

Sosa Navarro, M. (2020). Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto *N.D. y N.T. contra España* ante el TEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 67, 1039-1061.

Capítulos de libro:

Del Valle Gálvez y Acosta Sánchez M.A. (2021). “Delimitación y demarcación de las fronteras y vallas de Ceuta y Melilla ¿Cesión territorial a Marruecos?”, En Salinas de Frías, A. y Martínez Pérez, E.J. (directores), *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales: Desafíos para la seguridad, la sostenibilidad y el estado de derecho*, Tirant lo Blanch, pp. 21-50

Hakiki, H. (2022). “The ECtHR’s Jurisprudence on the Prohibition of Collective Expulsions in Cases of Pushbacks at European Borders: A Critical Perspective”, en Schiedermaier, Schwarz, Steiger (ed.): *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Baden-Baden: Nomos, pp. 133-164

Pérez González, C. (2014). Límites a la lucha contra la inmigración irregular por vía marítima impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos. en Hierro, L.L. (coord..) *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*. Pp. 193.218. Madrid: Marcial Pons

Recursos electrónicos:

Publicaciones institucionales:

ACNUR. (16 de junio de 2022). Datos básicos. 89,3 millones de personas desplazadas por fuerza en todo el mundo. Disponible en: <https://www.acnur.org/datos-basicos.html> [Consultado en diciembre de 2022]

ACNUR. *Note on expulsion of Refugees EC/SCP/3*. 24 de Agosto de 1977 Disponible en: <https://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68cbf14/note-expulsion-refugees.html> [Consultado en diciembre de 2022]

Ca-minando Fronteras. (2022). Informe “Vida en la Necrofrontera” Disponible en: <https://caminandofronteras.org/wp-content/uploads/2022/12/Informe-Victimas-necrofrontera-2018-2022-ES.pdf> [Consultado en diciembre de 2022]

Council of Europe: Commissioner for Human Rights. (12 de noviembre de 2015) Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 3, of the European Convention on Human Rights. Applications No. 8675/15 and No. 8697/15, N.D. v. Spain and N.T. v. Spain. § 20 y 21 Disponible en: https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=publisher&docid=5666de854&skip=0&publisher=COE_CHR&querysi=n.d.&searchin=fulltext&sort=date [Consultado en diciembre de 2022]

Consejo de Europa: Comisario de Derechos Humanos, Informe de Á. Gil-Robles sobre su visita a España 10-19 de marzo de 2005 a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria, CommDH (2005)8 Disponible en: https://www.almendron.com/politica/pdf/2005/spain/spain_3358.pdf [Consultado en diciembre de 2022]

Council of Europe. (2022, abril) Recommendation: Pushed beyond the limits. Four areas for urgent action to end human rights violations at Europe’s borders.

Disponible en: <https://rm.coe.int/pushed-beyond-the-limits-urgent-action-needed-to-end-human-rights-viol/1680a5a14d> [Consultado en diciembre de 2022]

Consejo de la Unión Europea (2020) Refugiados y solicitantes de asilo en 2015. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/global-refugees-asylum-seekers-2015/> [Consultado en diciembre de 2022]

Consejo Europeo (2022). Solidaridad de la UE con Ucrania. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-response-ukraine-invasion/eu-solidarity-ukraine/> [Consultado en diciembre de 2022]

Defensor del Pueblo, Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales pp.287-303 Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2005informe.pdf> [Consultado en diciembre de 2022]

Defensor del Pueblo, Recomendación a la Subsecretaría de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Queja número 22017053 Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/solicitud-de-asilo-en-espana-sin-tener-que-utilizar-vias-irregulares-de-entrada/> [Consultado en diciembre de 2022]

Defensor del Pueblo, Recomendación 12/2006, de 25 de enero, dirigida al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla para que en los procedimientos de devolución los interesados puedan hacer uso de su derecho a solicitar asistencia jurídica y ésta se preste de manera efectiva e individualizada en todas sus fases. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/10/Recomendaciones2006.pdf> [Consultado en diciembre de 2022]

Defensor del Pueblo. Recomendación del 25 de junio al Ministro del Interior. Queja número 15009544. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/desarrollar-el-procedimiento-previsto-en-la-disposicion-adicional-decima-de-la-ley-organica-42000-que-contemple-la-necesidad-de-dictar-resolucion-administrativa-con-asistencia-letrada-y-de-interpret/> [Consultado en diciembre de 2022]

Defensor del Pueblo, Recomendación a la Dirección General de Política Interior. Ministerio del Interior. Queja número 15008170 Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/reforzar-el-personal-destinado-a-la-tramitacion-de-las-solicitudes-de-asilo-en-el-puesto-fronterizo-de-beni-enzar/> [Consultado en diciembre de 2022]

Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Núm. °377, 28 de septiembre de 2005 Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_377.PDF [Consultado en diciembre de 2022]

Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Interior, Núm. 25, 13 de febrero de 2014, Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-500.PDF [Consultado en diciembre de 2022]

Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Núm. 201, (21 de septiembre de 2022), Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-209.PDF [Fecha de consulta: octubre 2022]

Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Núm. 220, (30 de noviembre de 2022). Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-228.PDF [Consultado en diciembre de 2022]

Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida. (junio 2016) Madrid. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo_en_Espa%C3%B1a_2016.pdf [Consultado en diciembre de 2022]

Fiscalía General del Estado. (22 de diciembre de 2022) Diligencias de Investigación 1/2022. Decreto.

Informe Incidentes Frontera de Ceuta día 06/02/2014 dirigido al señor director general de la Guardia Civil y firmado por el teniente general director adjunto operativo don Cándido Cardiel Ojer

Juezas y Jueces por la Democracia. (14 de febrero de 2020). Comunicado acerca de la decisión del TEDH sobre las devoluciones en caliente: Europa se blindada. Disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/2020/02/14/comunicado-jjpd-acerca-la-decision-del-tedh-las-devoluciones-caliente-europa-se-blinda/> [Consultado en diciembre de 2022]

Legal Centre Lesvos (1 de diciembre de 2022) Joint Statement. Disponible en: <https://legalcentrelesvos.org/2022/12/01/lesvos-iraqi-asylum-seeker-facing-more-than-60-years-for-boat-driving-despite-video-proving-otherwise/> [Consultado en diciembre de 2022]

Ministerio del Interior: Asilo en cifras (2014) Disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo_en_cifras_2014_126150899.pdf

Ministerio del Interior. Balance de la lucha contra inmigración irregular, Disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/> [Consultado en diciembre 2022]

Moncloa. Ministerio del Interior. (9 de marzo de 2022) “El Gobierno pone en marcha un sistema ágil y sencillo para que los desplazados de Ucrania puedan acceder a la protección temporal” Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2022/090322-desplazadosucrania.aspx>

Moncloa. Ministerio del Interior. (29 de diciembre de 2022) “España supera las 160.000 protecciones temporales a refugiados de Ucrania” <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2022/291122-refugiados-ucrania.aspx> [Consultado en diciembre de 2022]

Moncloa. Nota de prensa 17 de marzo de 2015. El ministro del Interior anuncia el envío a Melilla de un refuerzo de más de 80 ejecutivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mir/Paginas/2015/170315fdezdiatzmelilla.aspx> [Consultado en diciembre 2022]

Moncloa. Ministerio del Interior.(26 de octubre de 2022) “España supera los 150.000 protecciones temporales a refugiados de Ucrania” Disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/Espana-supera-las-150.000-protecciones-temporales-a-refugiados-de-Ucrania/> [Consultado en diciembre de 2022]

Ministerio del Interior. Balance lucha inmigración ilegal de 2005: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2005/balance_inmigracion_2005.pdf

Publicaciones periódicas:

Amnistía Internacional. (2020, 30 de enero). Libia: la renovación del acuerdo sobre migración confirma la complicidad de Italia en la tortura de personas migrantes y refugiadas. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/01/libya-renewal-of-migration-deal-confirms-italys-complicity-in-torture-of-migrants-and-refugees/> [Consultado en diciembre de 2022]

Boye, Gonzalo. (2020, 15 de febrero). Un derecho de derechas, *El Nacional* Madrid. Disponible en: https://www.elnacional.cat/es/opinion/gonzalo-boye-derecho-derechas_470232_102.html [Consultado en diciembre de 2022]

(2016, 4 de octubre). Bulgaria recibirá 108 millones de euros de la UE para vigilar fronteras. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/20161004/41780084994/bulgaria-recibira-108-millones-de-euros-de-la-ue-para-vigilar-fronteras.html> [Consultado en diciembre de 2022]

(2005, 29 de septiembre). Cinco muertos en un asalto en la frontera de Ceuta; Zapatero moviliza a 480 soldados. *El Mundo* Disponible en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2005/09/29/sociedad/1127968660.html> [Consultado en diciembre de 2022]

Colchen, Gabrielle. (2022, 17 de octubre). Grecia y Turquía, en un nuevo pulso por el abandono de 92 migrantes desnudos en la frontera. *France24* .Disponible en: <https://www.france24.com/es/migrantes/20221017-grecia-y-turqu%C3%ADa-en-un-nuevo-pulso-por-el-abandono-de-92-migrantes-desnudos-en-la-frontera> [Consultado en diciembre de 2022]

Echarri, Carmen. (2020, 19 de septiembre). Así se muere en la valla de Ceuta: 15 años de una tragedia. *El faro de Ceuta*. Disponible en: <https://elfarodeceuta.es/valla-ceuta-15-aniversario-tragedia/#:~:text=La%20madrugada%20del%2029%20de,subsaharianos%20y%20cientos%20resultaron%20heridos&text=Durante%20varios%20d%C3%ADas%20y%20otras,a%20la%20frontera%20de%20Ceuta.> [Consultado en diciembre de 2022]

(2022, 14 de julio). El Tribunal de Estrasburgo examinará la devolución de Abdou, el joven del abrazo a una voluntaria de Cruz Roja en Ceuta. *El Periódico Mediterráneo*. Disponible en: <https://www.elperiodicomediterraneo.com/sociedad/2022/07/14/tribunal-estrasburgo-examinara-devolucion-abdou-68345277.html> [Consultado en diciembre 2022]

(2016, 20 de abril) España acogió al 0,3% de refugiados aceptados por la UE en 2015 *EL PAÍS* Disponible en: https://elpais.com/politica/2016/04/20/actualidad/1461153741_889828.html#:~:text=Espa%C3%B1a%20acept%C3%B3%20el%20pasado%20a%C3%B1o,agencia%20europea%20de%20estad%C3%ADstica%20Eurostat. [Consultado en diciembre de 2020]

(2015, 9 de febrero). Fernández Díaz dice que “quedará claro” que los que saltan la valla no tendrán derecho a pedir asilo. *elDiario*, Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/gobierno-oficinas-fronteras-ceuta-melilla_1_4384327.html [Consultado en diciembre de 2022]

(2022, 8 de diciembre). Investigation exposes “cage-like” migrant detention sites in Eastern Europe. *RFI* <https://www.rfi.fr/en/europe/20221208-investigation-exposes-cage-like-migrant-detention-sites-in-eastern-europe> [Consultado en diciembre de 2022]

Martínez Escamilla, Margarita. (2020,14 de febrero) La sentencia de la vergüenza. *elDiario*. Disponible en: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/sentencia-verguenza_129_1003123.html [Consultado en diciembre de 2022]

Médicos sin fronteras. (2022, 02 de febrero). Acuerdo Libia- Italia: cinco años de violencia y abusos en Libia y en el Mediterráneo central patrocinados por la UE. Disponible en: <https://www.msf.es/actualidad/libia/acuerdo-libia-italia-cinco-anos-violencia-y-abusos-libia-y-mediterraneo-central> [Consultado en diciembre de 2022]

(2022, 20 de septiembre). Melilla inicia obras en la frontera con Marruecos para instalar un sistema “inteligente” *Europapress*. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-melilla-inicia-obras-frontera-marruecos-instalar-sistema-inteligente-20220920155311.html> [Consultado en diciembre 2022]

Muñoz, Darío. (2020, 3 de marzo). La UE agradece a Grecia que ejerza de “escudo europeo” ante la apertura de fronteras de Turquía. *Diario SUR*. Disponible en: <https://www.diariosur.es/internacional/ue-agradece-grecia-ejerza-escudo-europeo-fronteras-turquia-20200303210616-ntrc.html> [Consultado en diciembre de 2022]

Rodríguez, José María. (2022, 13 de diciembre). La huida desesperada de Henry: jugarse la vida dos veces en el hueco del timón. *elDiario*. Disponible en: https://www.eldiario.es/canariasahora/migraciones/huida-desesperada-henry-jugarse-vida-veces-hueco-timon_1_9789462.html [Consultado en diciembre de 2022]

Sánchez, Gabriela. (2022, 13 de diciembre). Un sudanés devuelto en caliente en la tragedia de Melilla pone a prueba a Marlaska y pide asilo en la embajada de España en Rabat. *elDiario*. Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/sudanes-devuelto-caliente-tragedia-melilla-pone-prueba-marlaska-pide-asilo-embajada-espana-rabat_1_9790810.html [Consultado en diciembre de 2022]

Sánchez, Gabriela y Sánchez, Raúl. (2017, 13 de octubre). La ONU y los datos de Interior desmontan el último discurso de Zoido para defender las devoluciones en caliente. *elDiario*. Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/solo-subsaharianos-asilo-inauguracion-melilla_1_3136315.html [Consultado en diciembre de 2022]

(2022, 5 de diciembre). Shot for seeking asylum. *Lighthouse Reports*. Disponible en: <https://www.lighthousereports.nl/investigation/shot-for-seeking-asylum/> [Consultado en diciembre de 2022]

Spindler, William. (2015, 8 de diciembre) 2015: El año de la crisis de refugiados en Europa. ACNUR. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/historia/2015/12/5af94adf1a/2353-2015-12-30-16-24-16.html> [Consultado en diciembre de 2022]

Stavis- Gridneff, Matina y Gall, Carlotta. (2020, 29 de febrero). Erdogan says, “we opened the doors”, and clashes erupt as migrants head for Europe. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/02/29/world/europe/turkey-migrants-eu.html> [Consultado en diciembre 2022]

(2020, 2 de marzo) Syrian migrant killed as thousands try to cross into Greece, Turkish authorities say. *France 24*. Disponible en: <https://www.france24.com/en/20200302-syrian-migrant-killed-as-thousands-attempt-to-cross-from-turkey-into-greece> [Consultado en diciembre de 2022]

Trkanjec, Zeljko. (2020, 5 de marzo) Orban declares victory after EU “adopted” his migration policy. *EURACTIV* Disponible en: https://www.euractiv.com/section/all/short_news/orban-declares-victory-after-eu-adopted-his-migration-policy/ [Consultado en diciembre de 2022]

(2020, 15 de diciembre). Una ILP consigue 500.000 firmas para la regularización de medio millón de migrantes. *La voz del sur*. Disponible en: https://www.lavozdelsur.es/actualidad/sociedad/ilp-consigue-500000-firmas-regularizacion-medio-millon-migrantes_287570_102.html [Consultado en diciembre de 2022]

Vargas Martín, Jairo. (2020, 14 de diciembre). Nueve meses sin conseguir cita para pedir asilo: “tengo miedo de la Policía porque no tengo papeles. *Público*. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/nueve-meses-cita-pedir-asilo-miedo-policia-no-papeles.html> [Consultado en diciembre de 2022]

Entradas de blog:

Goldner Lang, Iris. (4 de septiembre de 2020). Which connection between The Greek-Turkish border, the Western Balkans route and the ECtHR’S judgment in ND

and NT? *EU Migration Law Blog*. Disponible en: <https://eumigrationlawblog.eu/2750-2/> [Consultado en diciembre de 2022]

Lübbe, Anna. (19 de febrero de 2020). The elephant in the room. Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.? *Verfassungsblog*. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/the-elephant-in-the-room/> [Consultado en diciembre de 2022]

Oviedo Moreno, Carlos. (14 de febrero de 2020). A painful slap from the CtHR and an urgent opportunity for Spain". *Verfassungsblog*. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/> [Consultado en diciembre de 2022]

Pichl, Maximilian y Schumalz, Dan. (14 de febrero de 2020). Unlawful does not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. y N.T. *Verfassungsblog*. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> [Consultado en diciembre de 2022]

Wriedt, Vera. (7 de junio, 2022). Expanding Exceptions? AA and Others v North Macedonia, Systematic Pushbacks and the Fiction of Legal Pathways. *EU migration law blog*. Disponible en: <https://eumigrationlawblog.eu/expanding-exceptions-aa-and-others-v-north-macedonia-systematic-pushbacks-and-the-fiction-of-legal-pathways/> [Consultado en diciembre 2022]

Material audiovisual:

BBC (2020, 2 de marzo). *Greek coast guards fire into sea near migrant boat* [Vídeo] Disponible en: <https://www.bbc.com/news/av/world-europe-51715422> [Consultado en diciembre de 2022]

Lighthouse Reports, EL PAÍS, Le Monde, Der Spiegel, ENASS, Independent. (2022, 29 de noviembre). *Reconstructing the Melilla Massacre* [Vídeo]. Disponible en: <https://www.lighthousereports.nl/investigation/reconstructing-the-melilla-massacre/> [Consultado en diciembre de 2022]

Santi Palacios, S. (Director.) (2021) *The Gourougou Trial* [Película]. Netflix

Imágenes:

Ecemaml. (5 de agosto de 2007) Mapa del sur de España neutral.png En Wikipedia. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Frontera_entre_Espa%C3%B1a_y_Marruecos#/media/Archivo:Mapa_del_sur_de_Espa%C3%B1a_neutral.png [Consultado en diciembre de 2022]

Gil, Abel. (1 de julio de 2022) El mapa de la frontera de Ceuta y Melilla con Marruecos. Disponible en: <https://elordenmundial.com/mapas-y-graficos/mapa-ceuta-melilla/> [Consultado en diciembre de 2022]

ANEXO JURISPRUDENCIAL:

STEDH (Sección Tercera) de 3 de octubre de 2017. *Asunto N.D. y N.T. c. España*, demandas nº 8675/15 y 8697/15

STEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020. *Asunto N.D. y N.T. c. España*, demandas nº 8675/15 y 8697/15

STEDH (Gran Sala) de 7 de julio de 1989. *Asunto Soering c. Reino Unido*, demanda no. 14038/88

STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda no. 27765/2009

STEDH (Gran Sala) de 3 de octubre de 1975, *Asunto Henning Becker contra Dinamarca*. Demanda nº 7011/75

STEDH (Sección Primera) de 21 de octubre de 2014. *Asunto Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda no. 16643/09

STEDH (Sección Tercera) de 5 de febrero de 2002. *Asunto Conka c. Bélgica* demanda no. 51564/1999

STEDH de 20 de diciembre de 2016. *Asunto Shioshvili y otros c. Rusia*, demanda no. 19356/07

STEDH (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019. *Asunto Berdzenishvili y otros c. Rusia*, demanda no. 14594/07

STEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2016. *Asunto Khalifia y otros c. Italia*, demanda no.16483/12

STEDH (Sección tercera) de 24 de marzo de 2020 *Asunto Asady y otros c. Slovakia*, demanda no. 24917/15

STEDH (Sección quinta), Decisión de admisibilidad sobre el *Asunto Dzavit Berisha y Baljie Haljiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 16 de junio de 2005 demanda n.º 18670/03

STEDH (Sección segunda) Decisión de admisibilidad sobre el *Asunto Dritsas y otros c. Italia, de 1 de febrero de 2011* demanda n.º 2344/02

STEDH (Sección primera) de 8 de julio de 2021 *Asunto Shahzad c. Hungría*, demanda no. 12625/17

STEDH (Sección primera), de 23 de julio de 2020 *Asunto M.K. y otros c. Polonia*, demanda no. 4053/17, 42902/17 y 43643/17

STEDH (Sección primera), de 8 de julio de 2021 *Asunto D.A. y otros c. Polonia*, demanda no. 51246/17

STEDH (Gran Sala) de 21 de noviembre de 2019 *Asunto Ilias y Ahmed c. Hungría*, nº 7011/15

STC 172/2020 de 19 de noviembre de 2020

Auto del 27 de julio de 2020, de la Audiencia Provincial sección nº6 de Ceuta

ANEXO LEGISLATIVO:

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)

Constitución Española

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana

Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

Convención americana sobre Derechos Humanos "*Pacto de San José de Costa Rica*", 22 Noviembre 1969

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Resolución 45/158 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1990

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Aprobada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia a de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

El Convenio del 24 de agosto de 1859 relativo a la delimitación de las fronteras españolas con Marruecos en las plazas de Ceuta y Melilla

Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860

Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014

Orden de servicio 21/2005 de la Subdirección General de Operaciones del Estado Mayor. Asunto: Dispositivo operativo en valla perimetral de Ceuta y Melilla

Orden INT/57/2020, de 27 de julio, por la que se modifican los criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

Recomendación (UE) 2020/912 del Consejo de 30 de junio de 2020 sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción

Resolución de 13 de diciembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se acuerda mantener el cierre parcial temporal de los puestos terrestres habilitados para la entrada y la salida de España a través de las ciudades de Ceuta y Melilla.