

EL ABUSO DE DERECHO EN LA JUSTIFICACIÓN
JURISPRUDENCIAL DEL «RECHAZO EN FRONTERA».
ANÁLISIS DE LA STC 172/2020, DE 19 DE NOVIEMBRE,
Y DE LA STEDH, DE 13 DE FEBRERO DE 2020,
N. D. Y N. T. C. ESPAÑA

*ABUSE OF RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE
JUSTIFICATION OF «BORDER REJECTION». ANALYSIS
OF THE DECISION 172/2020 (NOVEMBER 19TH)
OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT,
AND THE ECHR DECISION (FEBRUARY 13TH, 2020)
ON N. D. AND N. T. V. SPAIN*

Teresa ACOSTA PENCO*

SUMARIO: 1. ACLARACIONES PREVIAS. EL ORIGEN DEL RECHAZO EN FRONTERA.—2. EL ABUSO DE DERECHO COMO ARGUMENTO SUBYACENTE A LA LEGITIMACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL RECHAZO EN FRONTERA.—3. CRÍTICA A LA POSTURA DEL TEDH: LA INEXISTENCIA DE ABUSO DE DERECHO EN EL CASO DE LOS SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. ACLARACIONES PREVIAS. EL ORIGEN DEL RECHAZO EN FRONTERA

Hegel decía que: «Las verdaderas tragedias no resultan del enfrentamiento entre un derecho y una injusticia. Surgen del choque entre dos derechos». Durante la crisis migratoria, las fronteras exteriores de la Unión Europea se han convertido en el escenario de una contienda entre dos derechos: el derecho de todo Estado a determinar quién y cómo puede entrar en su territorio

* Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba (ac. Contratada Doctora) (teresa.acosta@uco.es).

y los derechos humanos de los migrantes que pretenden acceder al territorio de un Estado. El resultado es de sobra conocido: una auténtica tragedia, en palabras de Hegel.

Antes de abordar los motivos que han llevado al TEDH [a través de su STEDH *N. D. y N. T. c. España* (GS), núms. 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020] y al Tribunal Constitucional (mediante la STC 172/2020, de 19 de noviembre) a justificar jurisprudencialmente las denominadas devoluciones en caliente, entendemos que es necesario analizar el origen de estas últimas. Ello permitirá conocer, e incluso quizá comprender, los motivos que subyacen a estos controvertidos pronunciamientos.

De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/399, por el que se establece el Código de Fronteras Schengen (CFS), el control fronterizo llevado a cabo en las fronteras exteriores del Espacio Schengen se descompone en dos actividades diferentes: inspección y vigilancia. La primera es el instrumento habitual a disposición de los Estados miembros para canalizar, a través de los puestos fronterizos habilitados al efecto, la entrada «regular» de personas en el Espacio Schengen. Por su parte, la vigilancia tiene por finalidad impedir que las personas se sustraigan de las inspecciones fronterizas o, lo que es lo mismo, que entren irregularmente en el Espacio Schengen.

En relación con las inspecciones, si los nacionales de terceros Estados no cumplen los requisitos exigidos por la normativa vigente, se procederá a denegar su entrada. En el caso de España, el procedimiento de denegación de entrada o «procedimiento de retorno» viene regulado por los arts. 26 LOEx y 15 RLOEx. Lo que interesa a los efectos de este epígrafe es su ejecución, la cual viene regulada en el art. 60.1 LOEx. Este último dispone que: «Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada [...], estarán obligados a regresar a su punto de origen». Aunque *a priori* pudiera parecer que la expresión «punto de origen» se refiere a país de origen, lo cierto es que una lectura sistemática de este precepto con el art. 15 RLOEx invita a pensar que se refiere al Estado del que partieron los extranjeros para llegar a la frontera española. En concreto, el art. 15.5 RLOEx dispone que, en caso de denegación de entrada, la compañía transportista se hará cargo del regreso del extranjero «al Estado a partir del cual haya sido transportado». Además, el RLOEx establece que el regreso tiene que efectuarse dentro del plazo de setenta y dos horas desde que se hubiese acordado. En caso de imposibilidad, «la autoridad gubernativa [...] se dirigirá al juez de instrucción para que determine, en su caso, el lugar donde haya de ser internado el extranjero, hasta que llegue el momento del regreso» (art. 15.3 RLOEx).

Sin embargo, durante la crisis migratoria el cauce habitual empleado por los migrantes para entrar en la Unión Europea no han sido los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino el cruce de la línea fronteriza en cualquier sección de su trazado (marítimo o terrestre). En estos casos de entrada irregular es cuando entra en juego la actividad de vigilancia fronteriza, cuyo objeto es «impedir el cruce no autorizado de la frontera, [...] y adoptar medi-

das contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente» (art. 13 CFS). En el caso de España, hasta la entrada en vigor del Régimen Especial de Ceuta y Melilla, la única medida prevista por el ordenamiento jurídico frente a los cruces de frontera no autorizados en estas fronteras terrestres era el procedimiento de devolución [art. 58.3.b) LOEx]. Este tiene por finalidad restablecer la legalidad y expulsar del territorio español a las personas que, habiendo entrado en él de forma no autorizada, hayan sido «interceptados en la frontera o sus inmediaciones» [art. 23.1.b) RLOEx].

Para la ejecución de la orden de devolución, al contrario de lo que sucedía en el procedimiento de retorno, lo que la Administración deberá determinar en el plazo de setenta y dos horas (o bien durante el internamiento) es el país de origen del extranjero, no el Estado desde el que partió para llegar a España. Así se deduce del empleo de conceptos como «repatriación voluntaria» o de la necesidad de comunicar ciertas circunstancias del procedimiento «al representante diplomático o consular de su país». Esta circunstancia no es baladí, ya que implica un plus de dilación en el procedimiento de devolución respecto al de retorno, al tener que determinar el país de origen de cada uno de los migrantes interceptados. Dado que el plazo máximo de internamiento es de sesenta días (art. 246.3 RLOEx), en el caso de que sea imposible ejecutar la orden de devolución (por ejemplo, porque el extranjero en cuestión oculta su nacionalidad), este último quedará en libertad con una orden de salida obligatoria del país, aunque persista su situación irregular. El resultado es la existencia de un considerable número de personas en España sobre las que no se tiene constancia y que, además, pueden moverse libremente hacia otros Estados parte del Espacio Schengen.

En nuestra opinión, la dificultad de ejecución de las resoluciones de devolución, la presión migratoria y las consecuencias para el orden público y la seguridad del Espacio Schengen de movimientos secundarios de personas sin identificar fueron factores que llevaron a la búsqueda de una solución, distinta del procedimiento de devolución, para expulsar a los migrantes que habían entrado irregularmente en territorio español a través de las vallas de Ceuta y Melilla. Dicha solución consiste en una actuación material llevada a cabo por la Guardia Civil (cuerpo encargado de la vigilancia fronteriza) con la finalidad de restablecer la legalidad y que comporta una compulsión física sobre aquellas personas que consuman el intento de cruzar irregularmente la frontera para devolverlas a Marruecos. Pese a que durante años esta práctica careció de amparo legal, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, las actuaciones descritas fueron «reguladas» e incorporadas a la LOEx bajo el título «Régimen especial de Ceuta y Melilla».

El Gobierno español fundamentó las devoluciones en caliente en el concepto de frontera operativa, según el cual «la jurisdicción española comienza únicamente cuando los migrantes han cruzado las tres vallas que conforman el sistema fronterizo y han traspasado la línea policial» (STEDH de 13 de febrero de 2020, apdo. 91). Desde un punto de vista jurídico ello supondría,

«a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros», la inaplicación del ordenamiento jurídico español hasta que no se ha superado la barrera de agentes encargados de la vigilancia de frontera. Esta es la diferencia respecto al procedimiento de devolución: se habilitó una fórmula que permitía devolver al extranjero que entrara irregularmente en territorio español sin aplicar las garantías procedimentales que contempla la LOEx.

2. EL ABUSO DE DERECHO COMO ARGUMENTO SUBYACENTE A LA LEGITIMACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL RECHAZO EN FRONTERA

Coincidimos con el Profesor Vacas Fernández en que una de las luces que aporta la STEDH de 13 de febrero de 2020 es zanjar el debate sobre qué debe entenderse por frontera, rechazando de plano las alegaciones del Gobierno español en relación con el concepto de frontera operativa. La Gran Sala rechazó admitir que España pudiera ejercer su jurisdicción en la valla de Melilla para el ejercicio de potestades de vigilancia pero, al mismo tiempo, pretendiera evitar que se aplicara la normativa de extranjería o de protección de los derechos humanos en ese mismo espacio (apdos. 107 y ss.). En la misma línea, el Tribunal Constitucional argumentó que «no existe cobertura legal para operar con un concepto de frontera que pueda ser establecido de forma discrecional por la administración española [...] entre otras razones, porque se pondría en riesgo el principio de seguridad jurídica» [FJ 8.C)].

Desechado el argumento del Gobierno español para justificar las devoluciones en caliente, todo parecía indicar que la Gran Sala iba a confirmar el pronunciamiento condenatorio que la Sala emitió contra España en la recurrida STEDH de 3 de octubre de 2017. Sin embargo, para sorpresa de gran parte de la doctrina científica, el TEDH ha aprovechado el recurso para legitimar, con ciertas condiciones, la expulsión de extranjeros de un Estado miembro sin una consideración individualizada de sus circunstancias. En concreto, el TEDH ha apelado a lo que el Profesor Vacas Fernández denomina «doctrina de la conducta culpable» para justificar las devoluciones en caliente; doctrina que, en nuestra opinión, no es más que el reflejo de la aplicación de la institución del abuso de derecho a los recurrentes.

Según la jurisprudencia española, uno de los requisitos esenciales para apreciar abuso de derecho es que, como consecuencia del ejercicio de un derecho subjetivo, se produzca un daño «inmoral o antisocial», lo cual ha sido interpretado en el sentido de exigir que el titular del derecho cuyo abuso se está valorando se guíe por un motivo ilegítimo para ejercitarlo¹.

El TEDH ha determinado que «el fin del art. 4 del Protocolo núm. 4 es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles ex-

¹ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 34 y ss.

poner sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente» (*N. D. y N. T. c. España*, núms. 8675/15 y 8697/15, de 3 de octubre de 2017, apdo. 99). Por tanto, lo que late en el fondo de esta prohibición es, en parte, una protección de las garantías procedimentales inherentes al derecho subjetivo a un recurso judicial efectivo (art. 13 CEDH).

En lo que respecta a la ilegitimidad del ejercicio del citado derecho en el caso objeto de análisis, conviene traer a colación que los dos demandantes, tras ser devueltos a Marruecos, consiguieron entrar en España de manera irregular con posterioridad. Según la sentencia, N. D. fue devuelto a Malí a raíz de una orden de expulsión decretada en 2015 y N. T., también objeto de una orden de expulsión en noviembre de 2014, se encontraba en paradero desconocido en territorio español. Este dato del paradero de los demandantes, aparentemente sin trascendencia, es el ejemplo perfecto de la ventaja que obtienen los migrantes que no son solicitantes de protección internacional cuando entran irregularmente en España. En lugar de aplicárseles el procedimiento de retorno previsto para las denegaciones de entrada derivadas de una inspección realizada en un puesto fronterizo habilitado, cuya consecuencia es retornarlos al país desde el que han entrado (en este caso Marruecos), se les aplica un procedimiento de devolución (o expulsión, como en este caso, si la estancia irregular es prolongada) cuyo resultado es repatriarlos a su país de origen. Como demuestra el caso de N. T., los procedimientos de devolución y expulsión cuentan con el hándicap de que, si no se logra ejecutar la resolución de expulsión o devolución en sesenta días, el extranjero queda libre con una orden de expulsión. Si comparamos las consecuencias derivadas para el extranjero de la tramitación de un procedimiento u otro, se puede comprobar fácilmente que los segundos son mucho más beneficiosos para sus intereses.

En el caso *N. D. y N. T. c. España*, los demandantes pretendían que se condenara a España por devolverlos inmediatamente a Marruecos sin tener oportunidad de recurrir la decisión. Sin embargo, según el TEDH, la propia conducta de los demandantes es relevante para activar la protección del art. 4 del Protocolo núm. 4 CEDH (STEDH de 13 de febrero de 2020, apdo. 200), no desplegándose esta cuando se tiene la oportunidad de cruzar legalmente la frontera por *Beni Enzar* (y, por tanto, de que sus pretensiones de entrada sean consideradas y reconsideradas en el momento del cruce) y no se hace uso de ella (STEDH de 13 de febrero de 2020, apdo. 165). En estos casos, apunta el Tribunal, la ausencia de una decisión individualizada de expulsión y de vías para recurrirla se debe a la propia conducta del interesado (STEDH de 13 de febrero de 2020, apdo. 200).

A lo largo del fallo, el TEDH hace hincapié en que la vía regular de entrada en la Unión Europea son los puestos fronterizos habilitados, haciendo continuas referencias a la vulneración de la normativa de control fronterizo como consecuencia de la entrada no autorizada, en masa y mediando uso de la fuerza por parte de los demandantes. En nuestra opinión, lo que motivó el pronunciamiento de la Gran Sala TEDH fue su intención de no respaldar el comportamiento de aquellas personas que, entrando irregularmente en un

determinado Estado, exigen la existencia de garantías procedimentales frente a su expulsión para obtener un beneficio en la aplicación de la normativa de extranjería cuando dichas garantías son igualmente ejercitables sin necesidad de vulnerar la normativa de control fronterizo. En definitiva, aunque no lo indique explícitamente en su sentencia, lo que hace el Tribunal es aplicar una de las consecuencias naturales de la apreciación del abuso de derecho: privar al titular de su amparo.

3. CRÍTICA A LA POSTURA DEL TEDH: LA INEXISTENCIA DE ABUSO DE DERECHO EN EL CASO DE LOS SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Cabe preguntarse si la aplicación de las consecuencias del abuso de derecho resulta una solución jurisprudencial idónea para todas las personas que cruzan irregularmente la frontera, independientemente de su estatus jurídico. La afirmación del epígrafe anterior según la cual el bien jurídico protegido por la prohibición de expulsiones colectivas es, en última instancia, el derecho a un recurso efectivo es deliberadamente incompleta. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el fin del art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente [*Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (GS), núm. 27765/09, de 23 de febrero de 2012, apdo. 177]. Es decir, el bien jurídico protegido por el mencionado precepto es doble: el derecho a un recurso efectivo (que permitiría exponer los argumentos contrarios a la medida adoptada) y el principio de no devolución (que exigiría examinar las circunstancias personales). En efecto, el art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH exige la existencia de garantías procedimentales para recurrir la resolución de expulsión pero, ante todo, exige que exista una resolución basada en las circunstancias personales del individuo objeto de la medida. Dicha exigencia deriva del indisociable vínculo que, a través de su jurisprudencia, ha creado el propio TEDH entre el art. 3 CEDH y el art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH.

Teniendo en cuenta lo anterior, conviene preguntarse si, como parece desprenderse de la STEDH de 13 de febrero de 2020, es admisible que los solicitantes de protección internacional pierdan el derecho a una consideración individualizada de sus circunstancias por el hecho de entrar irregularmente en el territorio de un Estado. En nuestra opinión, esta consecuencia no es admisible porque no existe un fraude de la normativa de control fronterizo por parte de los solicitantes de protección internacional que cruzan irregularmente la valla de Melilla.

Al contrario que en el caso de los migrantes económicos, para los solicitantes de protección internacional la entrada irregular no conlleva la obtención de ningún beneficio jurídico, porque el propio ordenamiento ya prevé

su situación excepcional. Si bien es cierto que los que pretendan acogerse a la protección internacional también deben cruzar las fronteras exteriores por los puestos fronterizos habilitados (art. 5 CFS 2016), el art. 3 CFS 2016 dispone que el Reglamento «se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, *pero no afectará [...] a los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución*». En la misma línea, el art. 17.2 de la Ley de Asilo establece que «la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta ley», lo que podría entenderse como un reconocimiento del ejercicio legítimo de un derecho que excluiría la antijuridicidad de la conducta y, por consiguiente, la responsabilidad sancionadora (ex art. 21 CP). Traducido a la postura del Profesor Vacas Fernández, la doctrina de la conducta culpable no sería aplicable a los solicitantes de protección internacional porque, según la normativa vigente, la forma de entrar en el territorio no condiciona su protección.

Dado que la normativa de control de fronteras no obstaculiza sus pretensiones, cabe deducir que los solicitantes de asilo no pretenden eludirla, por lo que no se aprecia ningún motivo ilegítimo en su actuación ni, como consecuencia, abuso de derecho.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque aparentemente el TEDH siga manteniendo la existencia de un nexo entre el art. 3 CEDH y el art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH, según se desprende de la valoración realizada en la sentencia sobre la posibilidad efectiva de solicitar protección internacional en el puesto fronterizo de *Beni Enzar*, lo cierto es que su fallo implica lo contrario. Implica que la protección dispensada por la prohibición de expulsiones colectivas en su vertiente relativa al principio de no devolución (identificación y examen de las circunstancias individuales de la persona expulsada) está subordinada al cumplimiento de la normativa de control fronterizo, por lo que este último, como apunta Vacas Fernández, ha dejado de ser un derecho absoluto e inderogable. Por ello no podemos compartir la postura del Tribunal Constitucional de que el rechazo en frontera «en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la [Ley de Asilo], al limitarse a indicar [en su apdo. 3] dónde se han de formalizar las solicitudes [en los puestos fronterizos habilitados al efecto]» [FJ 8.C).c) STC 172/2020].

La no apreciación de la existencia de expulsiones colectivas por el hecho de que determinados individuos pretendan ejercer ilícitamente un derecho ignora el carácter mixto de los flujos migratorios, pues puede haber otras personas para las que la no valoración de sus concretas circunstancias puede implicar su devolución a un país donde existe el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes. De hecho, la solución del TEDH parece ser contraria a

la propia esencia de la prohibición de expulsiones colectivas, al suponer una solución colectiva (la no apreciación de la vulneración del art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH) para individuos que pueden presentar circunstancias diferentes (migrantes económicos y solicitantes de protección internacional).

Palabras clave: migrantes, rechazo en frontera, expulsiones colectivas, TEDH, Tribunal Constitucional.

Keywords: migrants, border rejection, collective expulsion, ECHR, Spanish Constitutional Court.