

# LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE ESPAÑA\*

Por

CAROLINA SOLER GARCÍA

Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Alicante

carolina.soler@ua.es

*Revista General de Derecho Europeo* 45 (2018)

**RESUMEN:** El presente trabajo está dedicado al estudio de la jurisprudencia del TEDH sobre la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros y, más en particular, la relativa a las denominadas “devoluciones en caliente” llevadas a cabo en la frontera hispano-marroquí. El TEDH ha dejado claro en los siete casos en los que ha concluido la violación por un Estado parte de la prohibición de las expulsiones colectivas, que la gestión de los flujos migratorios no puede conllevar la adopción de políticas incompatibles con el CEDH. Por tanto, la prohibición recogida en el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH es aplicada a la hora de limitar las competencias de los Estados parte en materia de expulsión de extranjeros. En concreto, en la sentencia N.D. y N.T. c. España, el TEDH ha señalado que las prácticas conocidas como “devoluciones en caliente”, previstas en la normativa española, son contrarias al CEDH por tratarse de expulsiones colectivas de extranjeros de conformidad con su jurisprudencia anterior en este ámbito. De cara al futuro falta por comprobar las posibles repercusiones que esta jurisprudencia va a conllevar para los Estados parte del CEDH y, más en concreto, en el caso de España, especialmente teniendo en cuenta que se trata de un Estado que constituye frontera exterior del espacio Schengen.

**PALABRAS CLAVE:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos; prohibición de expulsiones colectivas; derecho a un recurso efectivo; frontera hispano-marroquí; “devoluciones en caliente”.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA NOCIÓN DE JURISDICCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. 2.1. La jurisprudencia del TEDH sobre el control efectivo y su aplicación a la prohibición de expulsiones colectivas. 2.2. El ejercicio de la jurisdicción en el caso de las “devoluciones en caliente” en Ceuta y Melilla. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH RELATIVA A LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS. 3.1. Los criterios interpretativos desarrollados por el TEDH en torno al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH. 3.2. La aplicación de la jurisprudencia del TEDH a las “devoluciones en caliente”. IV. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO EN RELACIÓN A LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS. V. POSIBLES REPERCUSIONES DE LA APLICACIÓN DE ESTA JURISPRUDENCIA: EL CASO DE ESPAÑA. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

---

\* Este trabajo se enmarca dentro de las actividades de investigación desarrolladas como miembro del proyecto de investigación “La Unión Europea frente a los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho internacional (II)” (DER2015-63498-C2-2-P [MINECO/FEDER]). La autora agradece las observaciones que los evaluadores llevaron a cabo sobre este trabajo.

## THE PROHIBITION OF COLLECTIVE EXPULSIONS OF FOREIGN NATIONALS IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: A SPECIAL REFERENCE TO THE CASE OF SPAIN

**ABSTRACT:** This paper focuses on the study of the jurisprudence of the ECHR about the prohibition of the collective expulsions of foreigners and, more particularly, the jurisprudence on the so-called "push-backs" carried out in the Spanish-Moroccan border. The ECHR has made it clear in the seven cases in which the violation by a State party of the prohibition of collective expulsions had been concluded, that the management of migration flows cannot lead to the adoption of policies incompatible with the ECHR. Therefore, the prohibition contained in art. 4 of Protocol no. 4 to the ECHR is applied when limiting the powers of the States parties in the matter of the expulsion of aliens. Specifically, in its judgment in the case of *N.D. and N.T. v. Spain*, the ECHR has noted that the practices known as "push-backs", provided for in Spanish legislation, are contrary to the ECHR because they are collective expulsions of aliens in accordance with its previous jurisprudence in this area. For the future, it still has to be ascertained the possible consequences that this jurisprudence will have for the States parties to the ECHR and, more particularly, in the case of Spain, especially taking into account that this is a state that constitutes the external border of the Schengen area.

**KEYWORDS:** European Court of Human Rights; prohibition of collective expulsions; right to an effective remedy; Spanish-Moroccan border; "push-backs".

Fecha de recepción: 13.03.2018

Fecha de aceptación: 20.05.2018

### I. INTRODUCCIÓN

España, como país integrante del espacio Schengen, es responsable de gestionar sus fronteras exteriores. Para ello, tal y como dicta el Código de Fronteras Schengen, debe impedir el cruce no autorizado de sus fronteras, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que crucen la frontera de manera ilegal<sup>1</sup>. Para contener los flujos migratorios provenientes de terceros países tanto la Unión Europea (en adelante, UE), como algunos de sus Estados miembros han optado por una tendencia dirigida a "externalizar", al menos en parte, el control de sus fronteras. La externalización, en este contexto, se traduce en el traspaso de parte de las labores de gestión fronteriza a terceros Estados no miembros de la UE. Las relaciones con estos terceros Estados, a quienes se les atribuye el papel de "cordón sanitario" en materia migratoria, constituyen una de las prioridades en la política exterior tanto de la UE como

---

<sup>1</sup> Art. 13.1 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (*DOUE* L 77/1, de 23 de marzo de 2016).

de sus Estados miembros, en particular, de España. Como ejemplos recientes en este ámbito, cabe destacar la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016<sup>2</sup>.

En el caso de España, esta tendencia hacia la externalización del control migratorio se proyecta en la cooperación con Marruecos<sup>3</sup>. En este sentido cabe destacar el acuerdo de readmisión entre ambos Estados firmado en el año 1992<sup>4</sup>. La cooperación en materia migratoria de España con Marruecos es considerada como “piedra de toque del éxito español en el control de flujos migratorios irregulares”<sup>5</sup>. Asimismo, el hecho de que

---

<sup>2</sup> Declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/> (Todos los accesos a las páginas web citados a lo largo de este trabajo han sido consultados por última vez a fecha de 11 de mayo de 2018). Acerca de este acuerdo y la controversia suscitada por el mismo, véase en la doctrina, SANTOS VARA, J., “La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016: ¿Un tratado disfrazado?”, en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (Dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 289-300; DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 55, 2016, 759-777, en especial p. 776; SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and law”, *European papers: a journal on law and integration*, vol.1, n.2, 2016, 533-558.

<sup>3</sup> La cooperación hispano-marroquí ha sido objeto de codificación a través del Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat, el 4 de julio de 1991 (BOE n. 49, de 26 de febrero de 1993). Este Tratado dio lugar, entre otras cosas, a las denominadas “Reuniones de Alto Nivel”, foro en el que ambos Estados dibujan, de forma conjunta, nuevas iniciativas y estrategias que refuercen sus relaciones. La última Reunión de Alto Nivel tuvo lugar en julio de 2015, convirtiéndose esta en la undécima reunión celebrada entre ambos países en este contexto. Sobre el concepto y evolución de dichas reuniones véase, TORREJÓN RODRÍGUEZ, J.D., “La XI reunión de Alto Nivel Hispano-marroquí. Análisis y reflexiones sobre su contexto y sobre las materias discutidas en el ámbito del diálogo político”, *Paix et Sécurité Internationales*, n. 3, 2015, 213-226, en especial, pp. 214-216. Con carácter general, acerca de la cooperación hispano-marroquí, GONZÁLEZ GARCÍA, I., “The Spanish-Moroccan cooperation on immigration: the ‘summary returns’ cases of isla de Tierra-Alhucemas (2012) and Ceuta y Melilla (2014)”, *Spanish Yearbook of International Law*, n. 19, 2015, 349-356.

<sup>4</sup> Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 (BOE n. 100, de 25 de abril de 1992). Corrección de erratas (BOE n. 130, de 30 de mayo de 1992). Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13 de febrero de 1992 (BOE n. 299, de 13 de diciembre de 2012). Sobre el mismo véase, GONZÁLEZ GARCÍA, I., “El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación. Las avalanchas de Ceuta y Melilla”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n. 21, 2006, 255-284. Cabe destacar que este acuerdo fue activado a raíz de la devolución de 73 extranjeros en Isla de Tierra, entrando en vigor el 21 de octubre de 2012. Sin embargo, en los casos de readmisión, “España debe hacer constar los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de entrada ilegal en territorio español, así como cualquier otra información que se tuviera sobre el mismo”, GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 43, 2017, 17-53, p. 51.

<sup>5</sup> Consejo de Seguridad Nacional, Informe Anual de Seguridad Nacional 2013, p. 99. Disponible en: [http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/Documents/Informe\\_Seguridad\\_Nacional%20Accesible%20y%20Definivo.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/Documents/Informe_Seguridad_Nacional%20Accesible%20y%20Definivo.pdf) Sobre el tratamiento de los flujos migratorios irregulares de Ceuta y Melilla en la estrategia de seguridad nacional de 2013 y en los subsiguientes informes

España posea dos ciudades autónomas en continente africano, Ceuta y Melilla, hace que la frontera hispano-marroquí soporte una gran presión migratoria<sup>6</sup>.

Además de externalizar en parte el control de la inmigración en su frontera hispano-marroquí, otra de las medidas adoptadas por España para evitar el cruce irregular de extranjeros, consiste en la puesta en práctica de las denominadas “devoluciones en caliente”. Con esta definición la doctrina hace referencia a “la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionales reconocidas”<sup>7</sup>. Las primeras “devoluciones en caliente” en la frontera hispano-marroquí datan del año 2005. Desde entonces hasta la actualidad esta práctica no ha cesado. En este sentido cabe destacar que estas devoluciones son llevadas a cabo sin autorización

---

anuales de seguridad nacional, véase LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C., “Las fronteras de Ceuta y Melilla: un análisis desde la perspectiva de la seguridad y los derechos humanos”, en ROLDÁN BARBERO, J. (Dir.), *La seguridad nacional en España. Un enfoque geoestratégico*, Tirant humanidades, Valencia, 2017, 53-97, pp. 56-63. Por lo general, los Estados no europeos trabajan con los Estados miembros de la UE, en relación al control de fronteras, a cambio de financiación y/o cooperación política. En este caso, tanto España como la UE han ofrecido apoyo a Marruecos con el fin de que frene el cruce de extranjeros a España. Este apoyo se ha evidenciado en la solicitud de Marruecos a la UE de que no acate la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en la que el tribunal de Luxemburgo decide que el acuerdo agrícola entre la UE y Marruecos no es aplicable al Sahara Occidental, debido a que no forma parte de Marruecos; STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Consejo de la UE/Frente Polisario*, asunto C-104/16 P. En la doctrina véase, FERRER LLORET, J., “El conflicto del Sahara Occidental ante los tribunales de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 42, 2017, 15-64. De cumplir con lo establecido en la sentencia, según declaraciones del ministro de Agricultura de Marruecos, su Estado podría “relajarse” en lo que al control de la inmigración respecta, ya que, como señala: “¿Cómo queréis [los europeos] que haga el trabajo de bloquear la emigración africana y hasta la marroquí si hoy Europa no quiere trabajar con nosotros? ¿Por qué vamos a seguir haciendo de gendarmes y darles empleo [a los africanos establecidos en Marruecos] ¿Para exportar a dónde? El problema de la emigración es muy costoso para Marruecos, y Europa debería apreciarlo en su justo valor”; La Vanguardia, “Marruecos advierte a la UE de las consecuencias si no habla con una sola voz”, 6 de febrero de 2017, disponible en: <http://www.lavanguardia.com/politica/20170206/414056941698/marruecos-advierte-a-la-ue-de-las-consecuencias-si-no-habla-con-una-sola-voz.html>

<sup>6</sup> Mientras que las rutas europeas central y oriental registraron en 2017 un 60% menos de cruces fronterizos respecto al año anterior, las fronteras del Mediterráneo occidental atestiguan un incremento de más del doble del nivel más alto que registra Frontex desde 2009. En concreto, en el año 2017, el número de inmigrantes que llegaron a España desde el norte de África alcanzó el record de casi 22.900 personas, más del doble que en 2016, siendo un 40% oriundos de Argelia y Marruecos y el resto provenientes del África occidental; Frontex, “Migratory flows in 2017 - Pressure eased on Italy and Greece; Spain saw record numbers”, 5 de enero de 2018. Disponible en: <http://frontex.europa.eu/news/migratory-flows-in-2017-pressure-eased-on-italy-and-greece-spain-saw-record-numbers-8FC2d4>

<sup>7</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *et al.*, “«Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, Informe jurídico promovido desde el Proyecto I+D+i Iusmigrante (DER 2011-26449), de 27 de junio de 2014, p. 2. Disponible en: [http://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027\\_6\\_2014%20%281%29.pdf](http://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf).

judicial, sin que medie asistencia letrada, y sin un examen individualizado que permita al sujeto solicitar protección internacional. Por tanto, no cumplen con las garantías procesales exigidas por la LO 4/2000 (en adelante, LOEx)<sup>8</sup>.

Con el fin de tratar de dar cobertura legal a las “devoluciones en caliente” el Grupo Parlamentario Popular, el 21 de diciembre de 2014, último día para la presentación de enmiendas parciales al Proyecto de LO de protección de la seguridad ciudadana, decide hacer uso del derecho de enmienda al proyecto para introducir una disposición que modifica la LOEx. Según este Grupo Parlamentario, el fin es el de introducir una “previsión que responda a la singularidad geográfica y fronteriza que concurren en las ciudades de Ceuta y Melilla”<sup>9</sup>. Sin embargo, se ha criticado el procedimiento seguido para la modificación de la LOEx, vía enmienda parlamentaria, ya que elude la emisión de dictámenes preceptivos sobre la técnica legislativa usada para reformar la LOEx, además de privar a la sociedad civil de debatir sobre la materia objeto de regulación<sup>10</sup>. A pesar de esta criticada tramitación parlamentaria finalmente en marzo de 2015 el Parlamento aprueba la LO 4/2015 de Seguridad Ciudadana<sup>11</sup>. Esta norma incluye una

---

<sup>8</sup> Arts. 20 a 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE n. 10, 12 de enero de 2000).

<sup>9</sup> Enmienda n. 191, Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, *Boletín Oficial de las Cortes Generales en el Congreso de los Diputados*, Serie A, n. 105/2, 4 de noviembre de 2014, pp. 114 y 115. Precisamente a partir de 2014 las “devoluciones en caliente” se incrementaron, año que marcó un hito en relación a estas prácticas, debido a la muerte de 14 personas en febrero de ese año mientras intentaban cruzar la frontera hasta la playa del Tarajal. Los extranjeros que consiguieron llegar a la playa denunciaron la actuación de la Guardia Civil en Ceuta por la violencia empleada para tratar de disuadir su entrada a la playa; a este respecto, LÓPEZ-SALA, A., “La inmigración irregular en Ceuta y Melilla en 2014: prácticas de control y debate público”, *Anuario de la inmigración en España (2014): Flujos cambiantes, atonía institucional*, 170-299, pp. 183 y ss. En prensa, El País, “Una tragedia de 10 minutos y 14 muertos”, 13 de febrero de 2014. Disponible en: [https://politica.elpais.com/politica/2014/02/13/actualidad/1392309734\\_585875.html](https://politica.elpais.com/politica/2014/02/13/actualidad/1392309734_585875.html)

<sup>10</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *et al.*, “«Rechazos en frontera»: ¿Frontera sin derechos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”, Informe jurídico promovido desde el Proyecto I+D+i lusmigrante (DER 2011-26449), de 27 de junio de 2014, p. 8. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf> En este informe se señala el uso abusivo de la enmienda parlamentaria, ajena a la materia de la iniciativa legislativa, para reformar la LOEx. A tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no se puede usar el derecho de enmienda parlamentaria, aprovechando un procedimiento legislativo en tramitación con la finalidad de introducir *ex novo* materias ajenas al mismo. Con esta forma de legislar, “se ha eludido la emisión de dictámenes preceptivos, cuya finalidad es pronunciarse sobre su corrección técnica y compatibilidad con el ordenamiento jurídico, y se ha hurtado la posibilidad de un debate en la sociedad civil sobre la materia”; STC 136/2011, de 13 de septiembre, F.J.8.

<sup>11</sup> LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE n. 77, de 31 de marzo de 2015). El resultado de la votación del conjunto del Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana es el siguiente: 181 votos a favor, de los cuales 180 provienen del Grupo Parlamentario Popular y 1 del Grupo Parlamentario Mixto; y 140 votos en contra repartidos del siguiente modo: 1 voto del Grupo Parlamentario Popular, 98 del Grupo Parlamentario Socialista, 11 del Grupo Parlamentario Catalán, 11 del Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural, 3 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, 3 del Grupo

disposición final primera que reforma la LOEx al incorporar, en la disposición adicional décima de esta última norma, los denominados “rechazos en frontera” en Ceuta y Melilla o, como han sido rebautizadas en la doctrina y en ámbitos periodísticos, las “devoluciones en caliente”. Con el siguiente tenor literal:

“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”.

Según este tenor literal, se incluye una garantía muy general acerca de que el “rechazo en frontera” respeta la normativa internacional en materia de derechos humanos y protección internacional<sup>12</sup>. Tal genérica afirmación, no deja claro qué acciones concretas son las que van a garantizar la protección a los derechos humanos en el marco de los “rechazos en frontera”. Además, hasta ahora esta disposición no ha sido objeto de desarrollo por vía reglamentaria. Tan solo existe un Protocolo de actuación con las pautas a seguir por las autoridades fronterizas ante la entrada irregular de inmigrantes. El Protocolo se incluye en una nota de prensa que se publicó el mismo día en el que entró en vigor la LO 4/2015<sup>13</sup>.

Hasta esta reforma de la LOEx, el único procedimiento normativo para proceder a la expulsión de extranjeros consistía en la medida de expulsión regulada en el art. 57 de la LOEx; la devolución recogida en el art. 58; y la denegación de entrada prevista en el art. 60 de la misma norma<sup>14</sup>. Con la reforma de 2015 se incorpora en el ordenamiento

---

Parlamentario Vasco y 13 del Grupo Parlamentario Mixto; Congreso de los Diputados, sesión 252, votación 13, 26 de marzo de 2015. Disponible en: <https://app.congreso.es/votacionesWeb/InvocaReport?sesion=252&votacion=13&legislatura=10>

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 448.

<sup>13</sup> Comunicado de prensa del Ministerio de Interior, “El Ministerio del Interior culmina un protocolo de actuación integral en los perímetros fronterizos de Ceuta y Melilla”, de 22 de octubre de 2014. Disponible en: [http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset\\_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/2687327](http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/2687327)

<sup>14</sup> Acerca de estas modalidades de expulsión véase, GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Inmigración y Derechos Humanos: las devoluciones en caliente de inmigrantes subsaharianos desde España a Marruecos”, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVII, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, 141-201, pp. 157-160; GONZÁLEZ GARCÍA, J., V.,

jurídico interno español la figura del “rechazo en frontera”, mecanismo que pretende impedir la entrada en España de aquellos extranjeros que están intentando rebasar el triple vallado que separa Ceuta y Melilla de Marruecos. Sin embargo, la aplicación del “rechazo en frontera” se lleva a cabo sin cumplir ninguna de las garantías procesales establecidas en los arts. 20 a 22 de la LOEx, entre las que se encuentran el derecho a un recurso efectivo de los actos administrativos, el derecho a un abogado, así como el derecho a un intérprete.

Las “devoluciones en caliente” han sido muy criticadas desde diversos ámbitos institucionales desde su puesta en práctica en 2005. Estas opiniones se vieron recrudecidas, especialmente desde la ONU y el Consejo de Europa<sup>15</sup>, cuando fueron dotadas de cobertura legal con ocasión de la aprobación de la Ley de Seguridad Ciudadana que introduce la figura del “rechazo en frontera”<sup>16</sup>.

---

“Expulsiones «en caliente», devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla”, *Revista de Administración Pública*, n. 196, 2015, 309-329, pp. 318 y ss.

<sup>15</sup> Una vez aprobada la enmienda, ACNUR solicitó el cese inmediato y definitivo de las devoluciones automáticas, además de exigir la implementación de un mecanismo de identificación de personas con necesidad de protección internacional que garantice derechos tales como la apertura de un expediente individual, asistencia legal, intérprete, etc.; “ACNUR preocupado por las devoluciones en la valla de Melilla”, 23 de noviembre de 2015, disponible en: <http://acnur.es/noticias/noticias-de-espana/2312-acnur-preocupado-por-las-devoluciones-en-la-valla-de-melilla> El Comité de Derechos Humanos también expresó su preocupación acerca de la nueva reforma de la Ley de Extranjería que autoriza los rechazos sumarios, por lo que instó al Estado español a revisar la disposición adicional décima de la LOEx con el fin de garantizar a todos aquellos que solicitan protección internacional un procedimiento de evaluación justo e individualizado; Comité de Derechos Humanos, “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España”, CCPR/C/ESP/CO/6, 14 de agosto 2015, párr. 18. El Comité para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa entendió, y así lo puso de manifiesto, que la enmienda a la Ley de extranjería pretende legalizar la devolución de inmigrantes irregulares por la fuerza sin ninguna identificación o evaluación de sus necesidades, lo que constituye una flagrante vulneración del principio de no rechazo; “Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 18 July 2014”, CPT/Inf (2015) 19, 9 de abril de 2015, párrs. 44 y 49. Por su parte, el Comisario europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, tras su visita a España en 2015, señaló, a propósito de la reforma de la Ley de Extranjería, que si bien España es competente para establecer sus propias políticas migratorias, estas deben garantizar el pleno acceso a un procedimiento de asilo efectivo, proteger contra el rechazo y que no constituyan expulsiones colectivas de extranjeros; “Annual activity report 2015”, by Nils Muižnieks, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Strasbourg, 14 March 2016, CommDH(2016)7, p. 5. Asimismo, esta institución no cree que la enmienda a la ley de extranjería española establezca garantías claras contra la devolución y las expulsiones colectivas, así como que ofrezca la posibilidad de que las personas gocen de su derecho a buscar y solicitar protección internacional, con independencia de la forma en la que lleguen a territorio español; “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”, CommDH(2015)27, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2015, párr. 24.

<sup>16</sup> Por su parte, desde la Comisión Europea se han manifestado opiniones diversas; en primer lugar, Cecilia Malmström, hizo público su rechazo hacia las “devoluciones en caliente”, por constituir una práctica que viola la legislación de la UE; El País, “Bruselas acusa a España de violar las reglas europeas de fronteras”, 31 de octubre de 2014. Disponible en: [https://politica.elpais.com/politica/2014/10/30/actualidad/1414699857\\_139045.html](https://politica.elpais.com/politica/2014/10/30/actualidad/1414699857_139045.html). Sin embargo,

Pese a que desde la ONU y el Consejo de Europa se ha denunciado esta reforma y se ha pedido que se suprima, hasta el año 2015 no se planteó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ningún caso en el que se pusiera en duda el “rechazo en frontera”<sup>17</sup>. En ese año fueron planteadas dos demandas ante el tribunal de Estrasburgo por una expulsión realizada siguiendo el patrón establecido por la mencionada disposición adicional décima. Los hechos se pueden relatar del siguiente modo: el 13 de agosto de 2014, los demandantes *N.D.*, ciudadano de Malí, y *N.T.*, ciudadano de Costa de Marfil, intentaron saltar la valla que separa a Marruecos de Melilla. El salto fue llevado a cabo junto con un grupo de más de 70 extranjeros. Los demandantes consiguieron descender de la tercera y última valla con ayuda de las fuerzas de seguridad españolas, quienes esposaron a los demandantes nada más poner los pies en el suelo<sup>18</sup>. Acto seguido todos ellos fueron devueltos Marruecos por las fuerzas de seguridad españolas, sin que mediara ningún procedimiento de identificación o garantía procesal. Una vez en Marruecos -concretamente en la comisaría de Nador-, a los extranjeros les fue negada asistencia médica, pese a que la solicitaron. Finalmente, los demandantes, junto con otras personas, fueron trasladados a unos 300 km de Nador, donde fueron abandonados a su suerte<sup>19</sup>.

A la vista de los hechos en *N.D.* y *N.T.*, y siguiendo su jurisprudencia relativa a la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, el TEDH llega a la conclusión de que las “devoluciones en caliente” llevadas a cabo en el triple vallado fronterizo que separa España de Ceuta y Melilla son expulsiones colectivas, contrarias al art. 4 del

---

en 2016, con la llegada de Dimitris Avramópulos al cargo de Comisario europeo de Migraciones, Asuntos Internos y Ciudadanía, la Comisión Europea cambió radicalmente de parecer. En relación a esta última postura mantenida por el Comisario de Interior europeo, Dimitris Avramópulos, véase su respuesta en nombre de la Comisión a las Preguntas Parlamentarias, de 20 de enero de 2016, E-010830/2015. Disponibles en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-010830&language=ES>  
 En prensa, El Huffington Post, “Bruselas respalda a España en la aplicación de las devoluciones en caliente en la frontera”, 20 de febrero de 2016. Disponible en: [http://www.huffingtonpost.es/2016/02/20/devoluciones-en-caliente-refugiados\\_n\\_9281792.html](http://www.huffingtonpost.es/2016/02/20/devoluciones-en-caliente-refugiados_n_9281792.html)

<sup>17</sup> Si bien es cierto que los hechos datan de una fecha anterior a la aprobación de la norma que pretende legitimar los “rechazos en frontera”, cabe recordar que el arquetipo de expulsión que la disposición adicional décima prevé, viene practicándose desde el año 2005.

<sup>18</sup> En el epígrafe II.2.2. se hará referencia a las particularidades que presenta el triple vallado en la frontera hispano-marroquí.

<sup>19</sup> STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D.* y *N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, párs. 12 y 13. Con posterioridad a estos hechos hay un segundo intento de salto en el cual los demandantes logran entrar en territorio español. Sin embargo, en esta ocasión, al conseguir sortear el triple vallado y descender del mismo, no se aplica el “rechazo en frontera”. Por consiguiente, sendos procedimientos de expulsión son iniciados contra ellos y, al no ser de aplicación el “rechazo en frontera”, se aplican las garantías establecidas por la LOEx, entre ellas, la asistencia por abogados; *N.D.* y *N.T. c. España, op. cit.*, p. 15. Sin embargo, el TEDH se centra en el primer intento de entrar en España a través del puesto fronterizo de Melilla, ya que la demanda se basa en los derechos vulnerados en el primer intento de salto, con independencia de los hechos acontecidos con posterioridad.



Protocolo n. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH ). Asimismo, también suponen una vulneración del art. 13, relativo al derecho a un recurso efectivo, en relación al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH . El caso *N.D. y N.T.* es el séptimo caso en el que el TEDH concluye la existencia de una violación de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros<sup>20</sup>. Si bien cabe destacar, como se insistirá más adelante, que el TEDH declaró inadmisibles la queja inicialmente planteada por los demandantes relativa a la vulneración del art. 3 del CEDH (“prohibición de la tortura”), debido a que los demandantes alegaban que su inmediata devolución por las autoridades españolas a Marruecos vulneraba el principio de no devolución (epígrafe V)<sup>21</sup>.

El presente trabajo está dedicado al estudio de la jurisprudencia del TEDH sobre la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, con particular atención a la reciente Sentencia *N.D. y N.T.* relativa a las “devoluciones en caliente”. A estos efectos el siguiente epígrafe está dedicado al estudio de los criterios desarrollados por el TEDH con la finalidad de aplicar extraterritorialmente el CEDH en situaciones en las que se vulnera la prohibición de las expulsiones colectivas y, más en concreto, en el supuesto de las “devoluciones en caliente” en Ceuta y Melilla (II). A continuación, será objeto de análisis la jurisprudencia relativa a la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, sobre la que se ha basado la sala del TEDH en *N.D. y N.T.* para determinar que las “devoluciones en caliente” vulneran dicha prohibición (III). A la vista de esta misma jurisprudencia, después se estudiará la aplicación del art. 13 del CEDH en relación con el art. 4 del Protocolo n. 4 (IV). En el epígrafe que sigue, se analizan las posibles repercusiones que esta jurisprudencia y, más en particular, el pronunciamiento del TEDH en *N.D. y N.T.*, puede conllevar para los Estados parte y, en concreto, en el caso de España (V). Con el epígrafe que cierra este trabajo se ofrece una valoración de conjunto sobre esta jurisprudencia (VI).

## II. LA NOCIÓN DE JURISDICCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

### 2.1. La jurisprudencia del TEDH sobre el control efectivo y su aplicación a la prohibición de expulsiones colectivas

---

<sup>20</sup> Los anteriores seis casos son: STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Shioshvili y otros c. Rusia*, demanda n. 19356/07; STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, demandas nos. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09; STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99.

<sup>21</sup> STEDH de 7 de julio de 2015 (decisión de admisibilidad), *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, párs. 11 y 15.

El art. 1 del CEDH establece el compromiso de los Estados parte de reconocer a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción los derechos y libertades que están recogidos a lo largo del título 1 del Convenio. Por tanto, la noción de jurisdicción se configura como un criterio que determina el reconocimiento por un Estado parte de los derechos humanos sobre ciertas personas<sup>22</sup>. Sin embargo, el art. 1 no recoge, de manera expresa, un ámbito de aplicación *rationae temporis*, *rationae personae* o *rationae loci*, como sí sucede en determinadas constituciones nacionales<sup>23</sup>. La clave de bóveda reside en determinar qué alcance debe otorgarse al término “bajo su jurisdicción”. Los criterios para evaluar la existencia de jurisdicción estatal son varios y responden a diversas tipologías; como es el control territorial, el control personal u otras prácticas aplicadas especialmente en el Derecho internacional de los Derechos Humanos<sup>24</sup>. Además de para determinar a qué sujetos se deben reconocer los derechos y libertades recogidos en el CEDH, como ha señalado el TEDH, “the exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State being held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Como se ha señalado, el art. 1 del CEDH sitúa los derechos humanos dentro de una relación de jurisdicción y los hace dependientes de él, ya que la jurisdicción exige el reconocimiento normativo de los derechos humanos (jurisdicción como disparador normativo de los derechos humanos) y establece las condiciones para que los deberes correspondientes sean factibles (jurisdicción como condición práctica de los derechos humanos); BESSON, S., “The extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why human rights depend on jurisdiction and what jurisdiction amounts to”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, issue 4, 2012, 857-884, p. 863.

<sup>23</sup> Por ejemplo, algunas disposiciones de la Constitución de los EEUU sí contienen referencias geográficas; NEUMAN, G.L., “The extraterritorial constitution after *Boumediene v. Bush*”, *Southern California Law Review*, vol. 82, 2009, 259-290, p. 269.

<sup>24</sup> BESSON, S., “The extraterritoriality...”, p. 874.

<sup>25</sup> STEDH de 15 de octubre de 2015, *Belozorov c. Rusia y Ucrania*, demanda n. 43611/02, párr. 84; STEDH de 2012, *Catan y otros c. Moldavia y Rusia*, demandas nos. 43370/04, 8252/05 y 18454/06, párr. 103; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, *op. cit.*, párr. 70; STEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, demanda n. 55721/07, párr. 130; STEDH de 8 de julio de 2004, *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia*, demanda n. 48787/99, párr. 311. Como señalan ORTEGA TEROL y SÁNCHEZ LEGIDO, se trata de una “cláusula de imputación”; ORTEGA TEROL, J.M., y SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 3, 2002, 493-516, p. 505. Para entender que abarca el término “jurisdicción” es necesario acudir a las normas establecidas en el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (BOE n. 142, de 13 de junio de 1980). Concretamente, se debe acudir a las reglas generales de interpretación recogidas en el art. 31 de la Convención de 1969. Además de estas reglas, el TEDH, a la hora de interpretar el CEDH, debe tener en cuenta cualquier norma pertinente de Derecho internacional, con la finalidad de determinar la responsabilidad del Estado de conformidad con los principios rectores del Derecho internacional, sin olvidar el carácter especial del CEDH como Tratado de derechos humanos; STEDH de 12 de diciembre de 2001 (decisión de admisibilidad), *Banković y otros c. Bélgica y otros*, demanda n. 52207/99, párr. 57.

El tribunal de Estrasburgo, por regla general, entiende que la noción de “jurisdicción”, en el sentido del art. 1 del CEDH, es principalmente territorial. Sin embargo, el TEDH en su jurisprudencia ha admitido en ciertos casos que considera excepcionales, que la jurisdicción puede ser asumida sobre la base de factores no territoriales<sup>26</sup>. No obstante, “la interpretación que el TEDH ha hecho de la noción de jurisdicción a lo largo de los últimos veinte años ha sido gradual y contextual”<sup>27</sup>. Aunque con anterioridad al caso *Loizou*, el TEDH ya venía aplicando la eficacia extraterritorial de las disposiciones convencionales, con *Loizou* el TEDH da el pistoletazo de salida a lo que ha sido la evolución del Tribunal en este aspecto<sup>28</sup>. En *Loizidou c. Turquía*, el TEDH aplica el criterio del “control general” (*overall control*). En este caso, además de señalar que el concepto de jurisdicción no se limita al contexto territorial de los Estados parte, establece que la responsabilidad de un Estado parte puede surgir cuando, a consecuencia de una acción militar, ejerce su efectivo control en un área situada fuera del territorio nacional<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Como pueden ser: actos realizados por representantes diplomáticos y consulares del Estado en el ejercicio de sus funciones en el extranjero; actividades criminales realizadas por sujetos en el extranjero en contra de los intereses del Estado o de sus nacionales; crímenes internacionales particularmente graves (jurisdicción internacional); actos realizados a bordo de buques que enarbolan el pabellón del Estado, o aeronaves y vehículos en el espacio registrados en un determinado Estado; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, op. cit., p. 72; *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia*, op. cit., p. 314; STEDH de 8 de abril de 2004, *Assanidze c. Georgia*, demanda n. 71503/01, p. 137; *Banković y otros c. Bélgica y otros* (decisión de admisibilidad), op. cit., p. 67. Esta aplicación del Convenio no es contraria al Derecho internacional, el cual no excluye el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de un Estado siempre y cuando se den las bases para tal jurisdicción, como puede ser: el pabellón de los buques, las relaciones diplomáticas y consulares, el ejercicio de protección por las autoridades estatales, etc.

<sup>27</sup> MORGADES GIL, S., “La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el concepto de jurisdicción en perspectiva cosmopolita”, en GARCÍA SEGURA, C. (Dir.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Tecnos, Madrid, 2016, 149-192, p. 186.

<sup>28</sup> Para un análisis de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del TEDH con anterioridad a *Loizou* véase, GONZÁLEZ VEGA, J.A., “¿Colmando los espacios de «no derecho» en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n. 24, 2008, 141-175, pp. 148-150. Los hechos del caso *Loizou* transcurren del siguiente modo: en 1974 se produce una intervención militar turca en el norte Chipre. A propósito de proteger a la minoría étnica turca de la supuesta amenaza del régimen de los coroneles griegos, Turquía promueve la independencia de la República Turca de Chipre del Norte (la RTCN) en la zona ocupada. La RTCN adopta una Constitución cuyo artículo 159.1, letra b) establece que todos los inmuebles abandonados o sin propietario con posterioridad al 13 de febrero de 1975, son propiedad de la RTCN. La demandante, *Loizidou*, alega que las fuerzas turcas le impiden acceder a las parcelas de su propiedad en el Norte de Chipre y disponer de las mismas, en violación del art. 1 del Protocolo n.1 al CEDH relativo al derecho de propiedad privada, y del art. 8 del CEDH en relación con el derecho al domicilio. Asimismo, alega haber sido objeto de una detención ilegal por los soldados turcos cuando participaba en una manifestación de mujeres en Lymbia, dentro de la zona ocupada, lo cual viola, a su juicio, los arts. 3, 5 y 8 del CEDH.

<sup>29</sup> STEDH de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turquía (cuestiones preliminares)*, demanda n. 15318/89, p. 62. Sin embargo, la aplicación del Convenio a las acciones de los Estados parte cuya repercusión puede tener lugar extramuros, es una jurisprudencia reiterada por el TEDH con anterioridad a este caso, ya que desde el año 1989, con *Soering c. Reino Unido*, la Corte ha

Sin embargo, el TEDH ha señalado que la aplicación extraterritorial del CEDH se lleva a cabo cuando el Estado parte en cuestión, a través del control efectivo (*effective control*) de un determinado territorio y sus habitantes, como consecuencia de la ocupación militar mediante el consentimiento, invitación o aquiescencia del Gobierno de ese territorio, ejerce todos o algunos de los poderes públicos que normalmente son ejercidos por ese Gobierno<sup>30</sup>. Por tanto, el “control general efectivo” actúa como una suerte de test de atribución de la jurisdicción y, por tanto, de la responsabilidad del Estado<sup>31</sup>.

---

sostenido que la extradición o expulsión de una persona por un Estado parte puede dar lugar a una cuestión relativa al art. 3 y, por tanto, comprometer la responsabilidad de ese Estado en virtud de la Convención. Si bien es cierto que, en este caso, el TEDH no entró a analizar de manera expresa la jurisdicción del Estado demandando en el sentido del art. 1 del CEDH; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, párr. 91. En este sentido, en la jurisprudencia reciente véase, entre otras, STEDH de 7 de noviembre de 2017, *K.I. c. Rusia*, demanda n. 58182/14, párr. 47; STEDH de 20 de junio de 2017, *M.O. c. Suiza*, demanda n. 41282/16, párr. 69; STEDH de 31 de mayo de 2017, *N.A. c. Suiza*, demanda n. 50364/14, párr. 41.

<sup>30</sup> *Banković y otros c. Bélgica y otros* (decisión de admisibilidad), *op. cit.*, párr. 71. En lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos afirma que los Estados parte tienen la obligación de garantizar los derechos recogidos en el Pacto a todas las personas ubicadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción. Esta aplicación abarca los derechos de quienes no se encuentren en el territorio del Estado parte, pero sí bajo la autoridad o el control efectivo del mismo; Comité de Derechos Humanos, Observación General n. 31 [80], “La naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte del Pacto”, aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187 a sesión), CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 10.

<sup>31</sup> MILANOVIC, M., *Extraterritorial application of human rights treaties. Law, Principles, and Policy*, Oxford Monographs in International Law, United Kingdom, 2011, p. 41. La Corte Internacional de Justicia también converge con esta posición, al concluir que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos son aplicables respecto a los actos llevados a cabo por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgement, I.C.J. Reports 2005, p. 168, párr. 215; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, párrs. 107 a 113. La Corte apunta hacia el hecho de que es el control material sobre un territorio, y no la soberanía o la legitimidad de un título, lo que configura el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos que afecten a otros Estados; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, párr. 118. La Corte Internacional de Justicia, en el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua señaló que, para que un comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica de un Estado, debe probarse que ese Estado ha ejercido un control efectivo sobre las operaciones objeto de responsabilidad. En este caso la Corte Internacional de Justicia subrayó que una situación general de dependencia y apoyo no basta para justificar la atribución de un comportamiento y, por tanto, responsabilidad a un Estado; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 105. Por su parte, la Comisión de Derecho internacional (en adelante, CDI), en el Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, también se refiere a la extraterritorialidad de los actos llevados a cabo por un Estado, así como a la noción de “control” como límite a la aplicación extraterritorial. Para enlazar la noción de “control” con los actos llevados a cabo por las autoridades de un Estado fuera de su territorio, señala que un determinado comportamiento será atribuible a un Estado solo en el caso de que el Estado hubiera dirigido o controlado la operación y, de forma acumulativa, que el comportamiento objeto de denuncia haya sido parte integrante de la operación; Informe de la CDI, 53º período de sesiones (23 de abril a 2 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General de NU, Documentos oficiales, 56º período de sesiones, suplemento nº 10, (A/56/10), *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, comentario 3 al art. 8, p. 93. En este sentido se revela también la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; CIDH

Con su jurisprudencia, el TEDH ha llenado de contenido la noción de “control efectivo”, al entender como tal el ejercicio de una autoridad por parte de agentes estatales fuera del territorio de Estado parte, la cual es ejercida de forma personal -esto es, de manera física- y durante un periodo de tiempo que permita concluir el ejercicio de un cierto “control”<sup>32</sup>. Por tanto, el “control efectivo” no puede derivarse de un acto aislado, por lo que debe ser ejercido un control completo y directo sobre la persona<sup>33</sup>. En esta dirección, toda interpretación que se lleve a cabo del art. 1 debe ser tal que no permita a un Estado parte llevar a cabo violaciones del Convenio sobre el territorio de otro Estado, que no podría llevar a cabo en su propio territorio<sup>34</sup>. Entre otros, en *Al-Skeini*, el TEDH realiza varios aportes a su jurisprudencia en esta materia: por un lado, de forma explícita, aclara que la jurisdicción del art. 1 del CEDH puede existir fuera del territorio cubierto por los Estados parte del Consejo de Europa; por otro lado, incorpora la expresión “vinculo jurisdiccional” (*jurisdictional link*), terminología que proyecta la relación entre Estado y sujeto como base para la apreciación de una causalidad entre la acción emprendida por el primero y la repercusión en el segundo<sup>35</sup>.

Si bien el recurso a la noción de control efectivo que permite la aplicación extraterritorial del CEDH se había convertido en una práctica asentada en la jurisprudencia del TEDH, incluso en el ámbito marítimo<sup>36</sup>, nunca había sido aplicado a la

---

Informe n. 17/12, Petición P-900-08 Admisibilidad *Djamel Ameziane, Estados Unidos*, 20 de marzo de 2012, párr. 30; CIDH Informe n. 109/99, Caso 10.951 *Coard y otros, Estados Unidos*, Fondo, 29 de septiembre de 1999, par. 37; CIDH, Informe n. 86/99, Caso 11.589 *Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales, Cuba*, 29 de septiembre de 1999, par. 23.

<sup>32</sup> Concretamente, en *Öcalan c. Turquía*, el TEDH justificó la detención por fuerzas del orden turcas dentro de un avión, en la zona internacional de Nairobi, como un ejercicio de extraterritorialidad, en base a que: “the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the «jurisdiction» of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory. It is true that the applicant was physically forced to return to Turkey by Turkish officials and was under their authority and control following his arrest and return to Turkey”; STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, demanda n. 46221/99, párr. 91.

<sup>33</sup> MORGADES GIL, S., “La aplicación extraterritorial...”, *op. cit.*, p. 171. En este sentido, CARRILLO SALCEDO, J.A., “Commentaire à l’article 1 de la Convention européenne des droits de l’homme”, en PETTITI, L.E., DECAUX E., e IMBERT, P.H.(Dirs.), *La Convention européenne des droits de l’homme*, Economica, Paris, 1995, 135-141, p. 135.

<sup>34</sup> STEDH de 16 de noviembre de 2004, *Issa y otros c. Turquía*, demanda n. 31821/96, párr. 71.

<sup>35</sup> *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, *op. cit.*, párrs. 142 y 149. En el voto concurrente que acompaña a la sentencia, el juez Bonello hace hincapié en el hecho de la Convención no es territorial ni extraterritorial, sino que debe de ser funcional; esto es, cuando de los agentes estatales depende la supuesta violación y se encuentra al alcance del Estado el poder para castigar a los perpetradores y compensar a las víctimas, según el juez Bonello, “it would be an imposture to claim that, ah yes, that State had authority and control, but, ah no, it had no jurisdiction”; Opinión concurrente del juez Bonello en *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, *op. cit.*, párrs. 12 y 16 de la opinión.

<sup>36</sup> STEDH de marzo de 2010, *Medvedyev y otros c. Francia*, demanda n. 3394/03. En ese caso, las autoridades francesas interceptaron un barco camboyano sospechoso de contrabando de

prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros hasta el año 2012. Con *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* por primera vez, el TEDH debe determinar si el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH es aplicable a los casos de expulsiones de extranjeros a un tercer Estado, cuando la expulsión es llevada a cabo fuera del territorio de un Estado parte.

Este caso atañe a once nacionales somalíes y trece eritreos, quienes formaban parte de un grupo de doscientas personas, las cuales embarcaron en Libia con destino a Italia. Según los hechos que se ofrecen en esta sentencia, el 6 de mayo de 2009 todos ellos fueron interceptados en alta mar por el Servicio de Vigilancia Aduanera de la policía italiana y de los Guardacostas, a 35 millas náuticas al sur de Lampedusa. Los ocupantes de las embarcaciones fueron trasladados a Trípoli en barcos militares italianos y entregados a las autoridades libias. Según el Gobierno italiano, con estas acciones se daba cumplimiento a los acuerdos bilaterales de cooperación con Libia para luchar contra la inmigración clandestina. Los demandantes alegaron que no les fue comunicada la decisión de transferirles a las autoridades de Libia, ni fueron identificados, además de serles confiscados sus documentos y otros efectos personales. Como se ha mencionado, en la época en la que tuvieron lugar los hechos, el ejercicio de un control “absoluto y exclusivo” sobre otras personas como manifestación de la jurisdicción estatal constituía una jurisprudencia ya reiterada por el TEDH. El Gobierno italiano se atrevió a negar la existencia de un control efectivo a pesar de que las patrulleras pertenecían al Estado italiano<sup>37</sup>. Cabe suponer que era conocedor de que la existencia de un control efectivo por su parte conllevaba la aplicación del art. 1 del CEDH, aunque este control sea hecho

---

drogas, sobre la base del consentimiento de Camboya. Los ocupantes del navío sospechoso fueron condenados en Francia por delitos de tráfico ilícito de drogas, por lo que se entabló un proceso ante el TEDH en el cual se impugnaba la legalidad de su detención en el mar, así como el retraso en llevar a los detenidos ante un tribunal, de conformidad con los arts. 5.1 y 5.3 del CEDH. Sobre este asunto véase en la doctrina, GUILFOYLE, D., “ECHR Rights at Sea: Medvedyev and others v. France”, *EJIL: Talk!*, 19 de abril de 2010, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/echr-rights-at-sea-medvedyev-and-others-v-france/>; PIEDIMONTE BODINI, S., “Fighting maritime piracy under the European Convention on Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 22, n. 3, 2011, 829-848.

<sup>37</sup> *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, *op. cit.*, p. 64. Sobre este caso véase en la doctrina, entre otros, DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “TEDH - Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa E.A. c. Italia*, 27765/09 - «Artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo n.º 4 - Tortura y tratos inhumanos y degradantes - Derecho a un recurso efectivo - Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros». El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 17, n. 46, 2013, 1119-1135; BOLLO AROCENA, M.D., “Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012)”, en TORRES BERNÁRDEZ, S. (Coord.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI, Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, S.L. IPROLEX, Madrid, 2013, 647-665; en la misma obra, CARRILLO SALCEDO, J.A., “Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* (sentencia de 23 de febrero de 2012)”, 687- 694; MORENO-LAX, V., “*Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, issue 3, 1 september 2012, 574-598.

efectivo fuera del territorio italiano. Por todo ello, en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, siguiendo con su jurisprudencia, el TEDH afirma que existe un control efectivo:

“Cuando un Estado, mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce control y autoridad, y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del artículo 1, de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título 1 del Convenio que sean pertinentes en la situación de ese individuo”<sup>38</sup>.

Esta línea jurisprudencial se ha ido reiterando y consolidando en otros casos en los que estaban en juego la aplicación de otras disposiciones del Convenio. De tal modo que, actualmente, siempre que se demuestre el ejercicio de jurisdicción por un Estado parte se puede afirmar que el CEDH se aplica en todos los ámbitos, incluida la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, de igual modo tanto si los hechos tienen lugar dentro del territorio del Estado parte, como fuera del mismo. En este último caso el ejercicio de jurisdicción, con arreglo al art. 1 del CEDH, se da una vez demostrada la existencia de un control efectivo por parte de las autoridades del Estado parte<sup>39</sup>.

## **2.2. El ejercicio de la jurisdicción en el caso de las “devoluciones en caliente” en Ceuta y Melilla**

En el contexto de las actividades de España dirigidas a la gestión de sus fronteras, concretamente en la valla que separa las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla con Marruecos, las autoridades españolas defienden un “concepto operativo de frontera”, a

---

<sup>38</sup> *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, *op. cit.*, p. 74. En este caso el TEDH determinó que “los hechos tuvieron lugar exclusivamente a bordo de barcos de las fuerzas armadas italianas, cuyas tripulaciones estaban compuestas únicamente por personal militar italiano [...] en el periodo de tiempo entre el momento en que embarcaron a bordo de los barcos de las fuerzas armadas italianas y en el que fueron entregados a las autoridades libias, los demandantes estuvieron bajo el control continuo y exclusivo, *de jure y de facto*, de las autoridades italianas”; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>39</sup> Algunos de los últimos pronunciamientos en los que el TEDH ha aplicado el principio de jurisdicción efectiva son la STEDH de 20 de noviembre de 2014, *Jaloud c. Países Bajos*, demanda n. 47708/08, p. 151; STEDH de 16 de septiembre de 2014, *Hassan c. Reino Unido*, demanda n. 29750/09, p. 76. En concreto, en *Jaloud c. Países Bajos*, el caso se refiere a la muerte de un nacional de Irak en un puesto de control al sur de este país, lugar que se encontraba supervisado por el contingente holandés, pese a que las tareas efectivas de control recaían sobre personal iraquí. A todo lo anterior se le suma el hecho de que la responsabilidad última correspondía al Reino Unido, según el reparto de funciones que las potencias ocupantes habían establecido, reparto que había sido objeto de validación por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; sobre este caso véase en la doctrina, GONZÁLEZ VEGA, J.A., “¿Enterrando a Bankovic? La eficacia extraterritorial del Convenio Europeo a la luz de la sentencia TEDH (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2014 en el asunto *Jaloud c. Países Bajos*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, n. 1, 2015, 312-317.

los solos efectos de extranjería. Este término se recoge tanto en el Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014<sup>40</sup>, como en la Orden de Servicio 6/2014 titulado “Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras”, firmado por el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla el 11 de abril de 2014. En este último, el “concepto operativo de frontera” se describe del siguiente modo:

“en este sistema de vallas, la valla interna materializa la línea que delimita, a los solos efectos de extranjería, el territorio nacional. De tal forma que cuando los intentos de entrada ilegal llevados a cabo por los inmigrantes, a vanguardia de esta línea, son contenidos y rechazados por la fuerza encargada de la custodia y vigilancia de la frontera, no se produce ninguna entrada ilegal efectiva, la cual sólo se consuma definitivamente cuando el inmigrante rebasa la valla interna antes citada, en cuyo caso alcanza el territorio nacional y, a estos efectos, queda sujeto al régimen general de extranjería”<sup>41</sup>.

Por tanto, según el Gobierno español solo la entrada ilegal en España de inmigrantes se entiende consumada cuando se rebasa completamente el sistema perimetral de seguridad<sup>42</sup>. El “concepto operativo de frontera”, a los solos efectos de extranjería, viene a ser aplicado, en la práctica, desde 2005 con ocasión los primeros saltos a la valla<sup>43</sup>. Este concepto, según el Ministerio del Interior español, viene a expresar que, cuando los inmigrantes intentan acceder a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla saltando las nada menos que tres vallas con las que el Gobierno español pretende impedir su entrada<sup>44</sup>, “tan sólo cuando el inmigrante rebasa la valla interna alcanza el territorio

---

<sup>40</sup> Disponible el extracto del Protocolo de actuación en el que se hace referencia al “concepto operativo de frontera” en *N.D. y N.T. c. España, op. cit.*, pág. 17.

<sup>41</sup> Véase la referencia a la Orden de Servicio 6/2014 en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n. 2 de Melilla, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 0000866 /2014, de 11 de septiembre de 2014, F.J. 7.

<sup>42</sup> Asimismo, como señala el Ministerio de Interior “excepcionalmente, también se entenderá consumada la entrada ilegal de aquellas personas que, habiendo resultado lesionadas en el intento de intrusión, precisen ser trasladadas a un centro médico”, Nota de prensa del Ministerio de Interior, “El Ministerio de Interior culmina un protocolo de actuación integral en los perímetros fronterizos de Ceuta y Melilla”, 22 de octubre de 2014. Disponible en: [http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset\\_publisher/GHU8Ap6ztqsg/content/id/2687327](http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztqsg/content/id/2687327)

<sup>43</sup> A este respecto véase, DEL VALLE GALVEZ, A., GONZÁLEZ GARCIA, I., “Las ONGs ante la inmigración subsahariana en Marruecos: los informes de Médicos Sin Fronteras y Amnistía Internacional”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 14, 2007, 47-59.

<sup>44</sup> Como ha sido apuntado, la frontera terrestre hispano-marroquí se encuentra demarcada por un triple vallado. La primera verja militar -denominada así dado que fue instalada por el Ejército de Tierra- fue instalada en 1971, cuya altura inicial era de aproximadamente un metro. En 1998 se instala una doble valla, sustituyendo la anterior verja militar. Es en el año 2005, tras un asalto masivo a las fronteras de Ceuta y Melilla, cuando el Consejo de Ministros decide aumentar la altura



nacional y, a estos efectos, queda sujeto al régimen general de extranjería<sup>45</sup>. Según el Gobierno español el “concepto operativo de frontera” se debe a que la especificidad de Melilla, “debe ser tenida en cuenta a la hora de desarrollar operativamente el cumplimiento de la legalidad. No se puede pretender aplicar la ley de la misma forma en Ceuta o Melilla que en otros lugares que no tienen nada que ver<sup>46</sup>. Cuando la entrada de extranjeros se produce por mar, el “concepto operativo de frontera” aplicado en casos como el de la playa del Tarajal de Ceuta, se reduce a devolver o “rechazar” a aquellos extranjeros que no han conseguido traspasar la línea formada por los cuerpos de los guardias civiles que esperan en la arena de esa playa<sup>47</sup>. El “concepto operativo de frontera” se trata, por tanto, de una ficción o invención jurídica, a los solos efectos del régimen de extranjería, para evitar la aplicación del Convenio y, por ende, la competencia del TEDH pretendiendo con ello la creación de un limbo jurídico.

Según las autoridades españolas, solamente a aquellos extranjeros que consigan saltar el triple vallado y pongan pie en “territorio español”, les será de aplicación el régimen de extranjería previsto en la LOEx y, por tanto, todas las garantías que este procedimiento conlleva, como es el derecho a un recurso efectivo de los actos administrativos, el derecho a un abogado, así como el derecho a un intérprete, entre

---

del doble vallado hasta 6 metros, además de instalar una tercera valla o sirga tridimensional. Esta sirga tridimensional se trata de “una estructura metálica, de dos metros de alto y dos y medio de ancho, formada por una serie de barras clavadas en el suelo y unidas por una red de cables en forma de laberinto, lo cual dificultaría enormemente el avance de los inmigrantes”; ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, Reus, Madrid, 2016, pp. 74-83. Puede verse un gráfico sobre esta valla en eldiario.es, “Frontera en Melilla: drama humanitario”, disponible en: [https://www.eldiario.es/desalambre/valla\\_de\\_melilla/](https://www.eldiario.es/desalambre/valla_de_melilla/)

<sup>45</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *et al.*, “«Expulsiones en caliente» ...”, *op. cit.*, p. 6. En este sentido, según el Gobierno español, “al no haber tocado territorio nacional, a los inmigrantes no les sería aplicable la legislación de extranjería y las garantías que reconoce”; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *et al.*, “«Rechazos en frontera» ...”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>46</sup> Cortes Generales. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. N. 500, Presidencia del Excmo. Sr. D. Esteban González Pons, Sesión n. 25, celebrada el jueves 13 de febrero de 2014, p. 30. Sin embargo, como señala GONZÁLEZ GARCÍA, la singularidad de las fronteras de Ceuta y Melilla no justifica el rechazo en frontera. Además, “la especificidad de Ceuta y de Melilla, Comunidades Autónomas uniprovinciales, ya se contempla en el artículo 23.1.b) RLOEX, al no requerir la apertura de un expediente de expulsión para proceder a la devolución de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el territorio nacional”; GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Rechazo en las fronteras...”, *op. cit.*, p. 36.

<sup>47</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *et al.*, “«Rechazos en frontera» ...”, *op. cit.*, p. 6. Por tanto, aunque los extranjeros en cuestión entren en aguas nacionales del Estado parte y lleguen hasta la playa, la frontera, en este caso, se encuentra formada por una “hilera humana” de agentes estatales. Sobre la llegada de inmigrantes provenientes del África subsahariana a las Islas y peñones de soberanía española en el norte de África véase, GONZÁLEZ GARCÍA, I., “La llegada de inmigrantes a isla de tierra en Alhucemas: crisis migratoria entre España y Marruecos y violaciones de derechos humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 27, 2014, 1- 28; DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Descolonizaciones: las ciudades, islas y peñones de España en el norte de África”, en LÓPEZ GARCÍA, B., y HERNANDO DE LARRAMENDI MARTÍNEZ, M. (Coords.), *España, el Mediterráneo y el mundo arabomusulmán: diplomacia e historia*, Icaria, Barcelona, 2010, 161-184.

otros. Aunque la disposición adicional décima no lo dice expresamente, se puede interpretar que el Gobierno español exige que el acto de saltar debe ser voluntario y sin la colaboración de las autoridades españolas. En el caso de recibir ayuda de las autoridades españolas cabe aplicar el “rechazo en frontera”, según la tesis del Gobierno español<sup>48</sup>. Como se ha señalado en la doctrina, puede entenderse que en el caso de que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad ayuden en el descenso de la valla, esta ayuda sea por motivos de seguridad<sup>49</sup>. Por tanto, si no se supera completamente el triple vallado, o si se logra con la ayuda de las autoridades estatales, el Gobierno español no entiende consumada la entrada en España, no son de aplicación las garantías previstas en los arts. 20 a 22 de la LOEx y, por tanto, se aplica el “rechazo en frontera”. Por consiguiente, según la postura del Gobierno, no sería de aplicación el Convenio a las actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado español.

En el caso *N.D. y N.T.*, el Gobierno español también mantiene que los hechos en cuestión se producen fuera de la jurisdicción del Estado, ya que los demandantes no habían conseguido superar el puesto fronterizo de Melilla y, según el Gobierno español, no habían entrado en España. Por tanto, la actuación se había limitado a impedir la entrada de los inmigrantes en territorio español<sup>50</sup>. Incluso el Gobierno español llega a mantener de forma escandalosamente indeterminada y ambigua que, “aunque la valla fronteriza se situara eventualmente dentro de las fronteras terrestres de España, el ejercicio de la jurisdicción, aún dentro del territorio de los Estados Miembros, puede tener un ámbito objetivo variable respecto de cada uno de los derechos protegidos por el Convenio”<sup>51</sup>.

Por el contrario, diversas instancias internacionales e internas dedicadas a la protección de los derechos humanos, han señalado que el triple vallado que separa Ceuta y Melilla de Marruecos se encuentra íntegramente construido en territorio español. Por tanto, la LOEx debería ser aplicada desde que se supera la valla externa colindante

---

<sup>48</sup> Cabe recordar que en los hechos del caso *N.D. y N.T.*, en el que se aplicó el “rechazo en frontera” previsto en la disposición adicional décima de la LOEx, los demandantes, “bajaron de la tercera valla con la ayuda de las fuerzas de seguridad españolas”; *N.D. y N.T. c. España, op. cit.*, p. 12.

<sup>49</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “Las fronteras terrestres de España en Melilla”: Delimitación, vallas fronterizas y «Tierra de nadie», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 28, 2014, 1-34, p. 24.

<sup>50</sup> *N.D. y N.T. c. España, op. cit.*, p. 44.

<sup>51</sup> *Ibidem.*

con Marruecos<sup>52</sup>. En este sentido ya se manifestó el Defensor del Pueblo Español, en su informe anual de 2005:

“Se ha discutido si el perímetro fronterizo debe ser considerado territorio español y, en consecuencia, qué normativa le resulta aplicable. A la luz de los diversos convenios entre España y Marruecos firmados durante el siglo XIX que fijan los límites jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma de Melilla, puede afirmarse que el perímetro está construido -como por otra parte es lógico- en territorio español; que su titularidad pertenece a España y que su custodia sólo se realiza por fuerzas españolas (...) Sin embargo, no corresponde a la Administración española determinar dónde ha de comenzar a regir la legislación de nuestro país. Dicha aplicación territorial viene regida por los tratados internacionales o, en su caso, la costumbre internacional que fijan los límites con los Estados vecinos”<sup>53</sup>.

Recientemente el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, en el informe elaborado a raíz de su visita a España en 2014, además de dar cuenta de la especial situación de Melilla, ha señalado que el triple vallado “it was built within Spanish territory and is therefore, on both sides, *under the full jurisdiction of Spain*”<sup>54</sup>. En esta línea se mantienen tanto el Comisario de Derechos Humanos, como la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (en adelante, CEAR) en su postura como *amicus curiae* en el asunto *N.D.* y *N.T.* Por su parte, los demandantes y las ONGs que participaron como terceros intervinientes basan su posición en la aplicación del principio de jurisdicción efectiva del Estado parte<sup>55</sup>.

La doctrina ha defendido que el único concepto válido de territorio es el concepto jurídico, el cual, viene establecido por los Tratados Internacionales entre España y Marruecos<sup>56</sup>. Tales tratados no son susceptibles de modificación de manera interna y

---

<sup>52</sup> A este respecto cabe destacar la “cesión”, en la práctica, de parte de territorio español a Marruecos en el establecimiento del vallado entre 1998 y 2005; ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., *Las fronteras internacionales...*, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

<sup>53</sup> España. Defensor del Pueblo, “Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales”, Madrid, 2006, p. 292. En prensa, El Mundo, “La Defensora del Pueblo rechaza las devoluciones en caliente porque la valla es territorio español”, 9 de abril de 2014, disponible en: <http://www.elmundo.es/espana/2014/04/09/53450cebe2704efc548b456d.html>

<sup>54</sup> Report to the Spanish Government..., *op. cit.*, p. 40. Cursiva añadida.

<sup>55</sup> *N.D.* y *N.T.* c. España, *op. cit.*, párs. 45 a 48.

<sup>56</sup> En concreto, el Convenio de Tetuán de 24 de agosto de 1859, por el que se amplían los términos jurisdiccionales de Melilla y se pacta la adopción de las medidas necesarias para la seguridad de los presidios españoles en la costa de África; el Acta de demarcación de los límites de la plaza de Melilla de 26 de junio de 1862 y el Acuerdo relativo a la conservación de los límites de la plaza de Melilla de 14 de noviembre de 1863 y, finalmente, el Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860. En la doctrina, TIRADO ROBLES, C., “La aplicación del Derecho español y del Derecho de la UE en Ceuta y

unilateral<sup>57</sup>, aparte de que vulnera el principio de seguridad jurídica reconocido por la Constitución Española<sup>58</sup>. En cualquier caso, como señala ACOSTA SÁNCHEZ, “España, como Estado soberano e independiente, únicamente tendría la capacidad de construir una valla fronteriza enteramente dentro de su territorio”<sup>59</sup>.

De hecho, con relación a los acontecimientos que dieron lugar a la demanda *N.D.* y *N.T.*, los propios tribunales españoles en su momento iniciaron una investigación, de acuerdo con el principio de territorialidad de la ley penal, por las actuaciones llevadas a cabo en aplicación del “rechazo en frontera”. En concreto, con la finalidad de esclarecer los hechos que tuvieron lugar el 18 de julio y 13 de agosto de 2014, en relación al salto y entrega sumaria de extranjeros a las autoridades marroquíes en la valla de Melilla sin, aparentemente, cumplimiento de la ley de extranjería española, lo cual sería constitutivo de infracción penal<sup>60</sup>; si bien se procedió a un sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones<sup>61</sup>.

Para resolver la cuestión relativa a la jurisdicción en el caso *N.D.* y *N.T.*, el TEDH ha evitado entrar a pronunciarse sobre si el triple vallado se encuentra ubicado o no en territorio español. Sencillamente se limita a recordar que “desde el momento en que hay

---

Melilla: control de fronteras exteriores y derechos humanos”, en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., y PETIT DE GABRIEL, E.W. (Eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*. Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 235-245, p. 241; GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Inmigración y Derechos Humanos...”, *op. cit.*, pp. 152 y 153. En relación al espacio entre vallas, se ha aludido a que es tierra de nadie. Sin embargo, en consonancia con la postura que defiende que la doble valla se encuentra de manera íntegra en territorio español, la zona entre vallas sería, a todos los efectos, territorio español; en consecuencia, debe ser aplicada de igual forma la Ley española de extranjería; ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “Las fronteras terrestres...”, *op. cit.*, p. 26.

<sup>57</sup> Como señala TIRADO ROBLES, “no existe ninguna norma jurídica que respalde que el concepto de frontera pueda ser fijado ad hoc por autoridades administrativas del Estado violando, entre otros, el principio de prohibición de arbitrariedad y de seguridad jurídica recogidos en nuestra Constitución”; TIRADO ROBLES, C., “La aplicación del Derecho español...”, *op. cit.*, pp. 242 y 243.

<sup>58</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., *Las fronteras internacionales...*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>59</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “Las fronteras terrestres...”, *op. cit.*, p. 30.

<sup>60</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n. 2 de Melilla, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 0000866/2014, de 11 de septiembre de 2014. Los hechos fueron denunciados y puestos en conocimiento de este Juzgado mediante querrela y posterior denuncia, por parte de la Federación Andalucía Acoge, Federación de Asociaciones de SOS Racismo del Estado español y la Asociación Pro Derechos de la Infancia (PRODEIN). Para un comentario sobre este auto véase GARCÍA ANDRADE, P., “Devoluciones en caliente de ciudadanos extranjeros a Marruecos”, OANTA, G.A., *Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público, Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, n.1, 2015, 214-220. Los hechos datados de 13 de agosto de 2014, se identifican como los planteados ante el TEDH en la sentencia *N.D.* y *N.T.* En este procedimiento se imputaba a ocho guardias civiles el delito de prevaricación.

<sup>61</sup> El hecho de que los extranjeros expulsados de Melilla fueran inmediatamente entregados sin una previa y correcta identificación condicionó la investigación, ya que no pudieron declarar, ni ser examinados por un médico, y no se pudo justificar debidamente la perpetración del delito; Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n. 2 de Melilla, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 0000866/2014, de 11 de agosto de 2015.

un control sobre los demás, se trata en esos casos de un control *de jure* ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados [...] es decir, de un control efectivo<sup>62</sup>. Por tanto, en opinión del TEDH “desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos *de facto*, de las autoridades españolas<sup>63</sup>. Con esta posición el TEDH sigue la estela establecida en su citada jurisprudencia relativa al control efectivo como manifestación de la jurisdicción estatal, remitiéndose expresamente al caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, sin entrar en debate acerca de la ubicación geográfica del triple vallado que separa la frontera hispano-marroquí. Sin embargo, parece que quiere curar su mala conciencia apuntando que:

“La línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla ha sido delimitada por los tratados internacionales en los que son parte los Reinos de España y de Marruecos y que no puede ser modificada a instancia de uno de estos Estados por las necesidades de una situación concreta de hecho<sup>64</sup>.”

Por una parte, el TEDH se podría haber pronunciado sobre la ubicación del triple vallado. Como ya se ha señalado, se trata de un tema sobre el que existe consenso por parte de otros organismos de derechos humanos y la doctrina, amén de que los tratados son meridianamente claros al respecto. Por tanto, parece más que discutible que el TEDH se refiera a la jurisdicción ejercida por las autoridades españolas como una jurisdicción *de facto*<sup>65</sup> en una cuestión tan apodíctica como lo es que el triple vallado se encuentra construido en territorio español. Si bien, por otra parte, el TEDH opta por una solución jurídica que da respuesta a las violaciones de derechos humanos por un Estado parte, con independencia del lugar donde se lleven a cabo. Por lo que el tribunal de Estrasburgo se inclina por una respuesta general en este sentido, siguiendo con ello la jurisprudencia establecida en *Hirsi Jamaa y otros*.

Asimismo, otro punto destacable es el concepto de expulsión que aplica el TEDH. El Gobierno español defiende que en *N.D.* y *N.T.* no se llevan cabo expulsiones, en aplicación del “concepto operativo de frontera”. A pesar de que el TEDH aplica el criterio de la jurisdicción efectiva para resolver el caso *N.D.* y *N.T.*, cabe valorar que este criterio está ideado para supuestos en los cuales, por ejemplo, las autoridades del Estado cometen actos de tortura contra un determinado grupo de personas en un tercer Estado.

---

<sup>62</sup> *N.D.* y *N.T.* c. *España*, *op. cit.*, pág. 54.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *N.D.* y *N.T.* c. *España*, *op. cit.*, pág. 53.

<sup>65</sup> En este sentido, PIJNENBURG, A., “Is *N.D.* and *N.T.* v. Spain the new *Hirsi*?”, *EJIL Analysis*, October 17, 2017. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/is-n-d-and-n-t-v-spain-the-new-hirsi/>

Por lo que no resulta tan operativa la aplicación del principio de jurisdicción efectiva en el ámbito de la expulsión, ya que este supuesto no se enmarca, como tal, en la extraterritorialidad.

Se debe tener en cuenta que el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) sobre expulsión de extranjeros entiende por expulsión “un acto jurídico o un comportamiento atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado”<sup>66</sup>. La aplicación que hace el TEDH del concepto de expulsión es el traslado de un extranjero a un tercer Estado con independencia del lugar desde donde se produzca, aunque sea el limbo jurídico que quiere inventar el Gobierno español, siempre y cuando dicho traslado sea efectuado por las autoridades del Estado parte. Si se atiende a esta tesis, cabe pensar que el TEDH desarrolla, a través de su jurisprudencia, un concepto autónomo de expulsión más garantista que el que ofrece el Derecho internacional general.

La finalidad de este concepto autónomo de expulsión va dirigida a garantizar que los derechos contenidos en el CEDH sean de aplicación a todos los sujetos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado parte. De este modo, el TEDH evita la creación de “limbos jurídicos” en los cuales los Estados parte puedan eludir las responsabilidades internacionales que una expulsión llevada a cabo por los agentes de su Estado puede conllevar; ello con independencia del lugar desde el que la expulsión se produzca. Este extremo ya pudo ser observado en *Amuur c. Francia*, en el que el TEDH determinó que los Estados no pueden negar los derechos derivados del CEDH a personas que se encuentran en la zona de tránsito internacional de los aeropuertos<sup>67</sup>. Esta tesis coincidiría con lo establecido por el TEDH acerca de que el término expulsión, “debe ser interpretado en su sentido genérico empleado en el lenguaje corriente (ahuyentar de un lugar)” aplicando el CEDH en un sentido evolutivo, práctico y efectivo<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Art. 2, letra a) del Proyecto de artículos de la CDI sobre expulsión de extranjeros, Naciones Unidas, Informe de la CDI 66º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014). Asamblea General Documentos Oficiales Sexagésimo noveno período de sesiones Suplemento n. 10 (A/69/10), Nueva York, 2014, p. 22 (en adelante, Proyecto de artículos de la CDI sobre expulsión de extranjeros).

<sup>67</sup> En este caso, el Estado francés alegaba que la zona de tránsito del aeropuerto se encontraba “cerrada” por el lado francés, permaneciendo abierta al exterior, por lo que el Estado defendía que nada impedía a los solicitantes regresar a Damasco, lugar desde el que volaron hasta Francia; STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92. Véase en la doctrina, DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 9, 2005, 1-18.

<sup>68</sup> *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, *op. cit.*, párs. 174 y 175.

### III. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH RELATIVA A LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS

#### 3.1. Los criterios interpretativos desarrollados por el TEDH en torno al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH

El art. 9 del proyecto de artículos de la CDI sobre expulsión de extranjeros, preceptúa la “prohibición de la expulsión colectiva”<sup>69</sup>. Como señala la CDI en sus comentarios, este enunciado se encuentra inspirado en la jurisprudencia del TEDH<sup>70</sup>. El fundamento de la prohibición de expulsar colectivamente a extranjeros, como señala el Relator Especial Maurice Kamto, reside en que “ya que la admisión de un extranjero es un derecho individual, la pérdida o denegación de este derecho solo puede tener carácter individual”<sup>71</sup>.

En el ámbito regional del Consejo de Europa, el Protocolo n. 4 al CEDH en 1963 se convirtió en el primer tratado en prohibir la expulsión colectiva de extranjeros de forma expresa<sup>72</sup>; por tanto hasta ese momento los Estados parte consideraban que había una

---

<sup>69</sup> El tenor literal de esta disposición establece que “1. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo. 2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros. 3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con el presente proyecto de artículos. 4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor”; Proyecto de artículos de la CDI sobre expulsión de extranjeros, p. 36.

<sup>70</sup> Proyecto de artículos de la CDI sobre expulsión de extranjeros, p. 36 y comentario 1) al art. 9. Como se ha señalado, “el Tribunal de Estrasburgo va por delante del Tribunal de Justicia y constituye un punto de referencia ineludible, en particular, en relación con la prohibición de las expulsiones colectivas”, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La crisis de los refugiados y su amparo judicial en la Unión Europea”, en VV. AA., *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE*, EuroBasque, Europako Mugimenduaren Euskal Kontseilua, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, diciembre 2016, 41-109, p. 68.

<sup>71</sup> Tercer Informe del Relator Especial para el proyecto de artículos de la CDI sobre expulsión de extranjeros, D. Maurice Kamto, A/CN.4/581, párr. 44.

<sup>72</sup> Este protocolo entra en vigor para cada Estado parte cuando el Estado lo ratifica. El Protocolo n. 4 al CEDH fue ratificado por España en 2009 (BOE n. 247, de 13 de octubre de 2009). Con anterioridad, el art. 49 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de personas en tiempos de guerra recoge la prohibición de los traslados en masa de carácter forzoso, si bien no se establece una prohibición de carácter general. Con posterioridad a la adopción del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH otros textos normativos internacionales, así como sus órganos garantes, reconocen la prohibición de expulsiones colectivas. Por un lado, en el plano internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque no prohíbe expresamente, en su art. 13, la expulsión colectiva de extranjeros, el Comité de Derechos Humanos sí que ha señalado que una expulsión de esta índole es contraria a las garantías procesales a las que tiene derecho cualquier extranjero objeto de expulsión. Ello obedece a que el art. 13 del Pacto concede a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión sobre la base de su caso concreto y, por tanto, dicho precepto no se cumple con leyes o decisiones que disponen la puesta en marcha de expulsiones colectivas o en masa, CDH, Observación general n.

facultad discrecional e ilimitada de expulsión de extranjeros de sus territorios. La adopción del Protocolo n. 4 al Convenio supuso una excepción o límite a dicha discrecionalidad<sup>73</sup>.

En el informe explicativo del Protocolo n. 4 al CEDH el Comité de Expertos señala que la finalidad del art. 4 se debe a la conveniencia de insertar un artículo que prohíba, formal y expresamente, la expulsión colectiva de extranjeros, con el fin de evitar que se vuelvan a llevar a cabo expulsiones de este tipo, como ya había sucedido en el pasado<sup>74</sup>. El límite que este precepto supone a la discrecionalidad del Estado en materia de expulsión, unido a las dificultades político-jurídicas en la gestión de los flujos migratorios hacia Europa, supuso que algunos Estados parte fueran reticentes a ratificar el Protocolo n. 4<sup>75</sup>. Este fue el caso de algunos Estados parte que constituyen frontera exterior del Espacio Schengen, como Italia cuya firma al Protocolo n. 4 al CEDH tiene lugar en el año 1963, y lo ratifica el año 1982. España, por su parte, firma el Protocolo en 1978 y lo ratifica el año 2009, siendo en la actualidad el último Estado parte en ratificar dicho

---

15 al Pacto, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 27 periodo de sesiones, HRI/GEN/1/REV.7 ATR 159 (1986), de 11 de abril de 1986, párr. 11. A este respecto, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “La expulsión colectiva de extranjeros en Derecho Internacional”, en CAFLISCH, L., BERMEJO GARCÍA, R., DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., y GUTIÉRREZ ESPADA, C. (Coords), *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense, Madrid, 2005, p. 136. Por su parte, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas señala que cualquier forma de expulsión colectiva debe ser considerada una violación del principio de no devolución. Ello obedece a que, al no existir una identificación por parte de las autoridades estatales encargadas de la expulsión, es imposible verificar individualmente si la expulsión de esa persona conlleva un riesgo de tortura o malos tratos en el Estado de destino; véase la Observación General n. 1 (2017), relativa a la aplicación del art. 3 de la Convención en el contexto del art. 22. Proyecto preparado por el Comité en primera lectura el 6 de diciembre de 2016, CAT/C/60/R.2, 3 de febrero de 2017, párr. 13. Este texto tiene como objetivo modificar la Observación General n. 1, titulada “Observación general del Comité sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención”, aprobada el 21 de noviembre de 1997 (A/53/44, anexo IX). De este último Comité véase, Comunicación n. 321/2007, *Kwami Mopongo y otros c. Marruecos*, CAT/C/53/D/321/2007, decisión adoptada el 7 de noviembre de 2014, párrs. 11.3 y 11.4. Por otro lado, en el plano regional se reconoce la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en el art. 26.2 de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994; el art. 22.9 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969; el art. 12.5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981. En el marco del Derecho de la UE, el art. 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Asimismo, en el marco del Consejo de Europa, la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros también se encuentra expresamente recogida dentro de las “Veinte Directrices para el Retorno Forzado”, elaborado por el Comité de expertos sobre los aspectos jurídicos del asilo territorial, los refugiados y los apátridas del Consejo de Europa; “Twenty guidelines on forced return”, CM(2005) 40 final, de 9 de mayo de 2005, directriz 3.

<sup>73</sup> LOCHAC, D., “Article 4” en PETTITI, L.E., DECAUX, E., e IMBERT, P.H. (Dirs.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, 1057-1059, p. 1057

<sup>74</sup> Si bien, en el informe no se detallan cuáles son estos hechos pasados. European Treaty Series - N. 46, “Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto”, Strasbourg, 16.IX.1963, párrs. 31 y 33.

<sup>75</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 25.



Protocolo. En el caso de Grecia cabe destacar que, a día de hoy, no ha firmado ni ratificado el Protocolo n. 4 al CEDH <sup>76</sup>.

El art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH está redactado de forma muy escueta, ya que reza “quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. No obstante, la jurisprudencia del TEDH ha establecido criterios interpretativos generales que permitan concretar cuándo se puede considerar que una expulsión de un determinado número de personas se enmarca en la prohibición recogida en el art. 4 del Protocolo n. 4.

La jurisprudencia de tribunal de Estrasburgo viene a establecer que una expulsión colectiva es una medida que obliga a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, salvo cuando tal medida sea adoptada sobre la base de un examen razonable y objetivo<sup>77</sup>. Por un lado, respecto al término “expulsión”, el TEDH señala que este debe ser interpretado “en su sentido genérico, empleado en el lenguaje corriente (ahuyentar de un lugar)”<sup>78</sup>. Por tanto, es indiferente, a efectos del Convenio, la terminología usada por el Estado parte a la acción que compele a un extranjero a abandonar su territorio. Por otro lado, en relación al término “extranjero”, el tribunal de Estrasburgo hace referencia a cualquier nacional de un tercer Estado, sin que sea necesario que el mismo se encuentre o se haya encontrado, en algún momento, en situación administrativa regular en alguno de los Estados parte<sup>79</sup>. Asimismo, cabe reiterar la tesis apuntada en el epígrafe II.2.2 acerca del concepto autónomo de expulsión defendido por el TEDH en el marco de lo que podríamos denominar desarrollo progresivo regional del Derecho internacional; ya que, como se ha comprobado anteriormente, se trata de un concepto

---

<sup>76</sup> En total, de los 47 Estados parte del Consejo de Europa 43 Estados han ratificado el Protocolo n. 4 al CEDH. Cabe destacar el caso de Países Bajos quien firmó el Protocolo n. 4 en 1963 y no lo ratificó hasta 1982; Turquía y Reino Unido quienes, pese haber firmado dicho Protocolo, actualmente, no han procedido a su ratificación; o Suiza quien, al igual que Grecia, ni siquiera ha firmado el Protocolo adicional n. 4 al CEDH. Véanse estos datos en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/046/signatures>

<sup>77</sup> *Georgia c. Rusia (I)*, op. cit., p. 167; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, p. 245; STEDH de 7 de abril de 2009 (decisión de admisibilidad), *Ghulami c. Francia*, demanda n. 45302/05; STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05, p. 81; STEDH de 31 de mayo de 2005 (decisión de admisibilidad), *Andrey Daydov c. Estonia*, demanda n. 16387/03; STEDH de 23 de febrero de 1999 (decisión de admisibilidad), *Andric c. Suiza*, demanda n. 45917/99.

<sup>78</sup> *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, op. cit., p. 174. En el asunto *Khlaifia y otros c. Italia*, pese a que el Gobierno italiano señaló que el procedimiento al que sometió a los demandantes era el de “denegación de entrada”, el TEDH no encontró ningún motivo por el cual esta terminología debía de apartar al tribunal de su definición de expulsión; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párs. 243 y 244.

<sup>79</sup> *Georgia c. Rusia (I)*, op. cit., p. 168; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, op. cit., p. 174.

que se aparta del término de “expulsión” que se propone en el proyecto de artículos de la CDI<sup>80</sup> (epígrafe II.2.2.).

Según el TEDH, con la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros se debe evitar que los Estados parte puedan expulsar a un determinado número de personas sin examinar su situación personal y sin que los sujetos afectados puedan presentar los argumentos contra la decisión de expulsión ante una autoridad competente. Por tanto, el eje central sobre el cual pivota la garantía que pretende salvaguardar el art. 4 del Protocolo n. 4 es el de asegurar que los extranjeros afectados por una expulsión sean objeto de un análisis individual<sup>81</sup>. Con su jurisprudencia, el TEDH se ha encargado de dotar de contenido interpretativo al principio general relativo a la individualización de la expulsión.

De la jurisprudencia del TEDH se constata que el hecho de que varios extranjeros estén sujetos a decisiones similares de expulsión no conduce, por sí mismo, a la conclusión de que se trate de una expulsión colectiva. Sin embargo, para descartar que no se incumple la prohibición establecida en el art. 4 del Protocolo n. 4, es necesario demostrar que cada uno de los demandantes ha tenido la oportunidad de exponer sus argumentos en contra de la expulsión, y que la decisión de expulsar ha sido resuelta sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular<sup>82</sup>.

En estrecha relación con lo anterior, de la jurisprudencia del TEDH se deriva que una redacción estereotipada de las órdenes de expulsión de un determinado grupo de extranjeros, por sí misma, no es una prueba que permita determinar que esa expulsión es colectiva; siempre y cuando el resto de elementos del caso permitan inferir que ha existido un análisis individual de las circunstancias particulares de cada uno de los sujetos<sup>83</sup>. En *M.A. c. Chipre*, el TEDH señala que, el hecho de que las órdenes de expulsión, así como las cartas correspondientes, estuvieran redactadas en términos

---

<sup>80</sup> En este sentido, haría falta comprobar si las disposiciones del proyecto de artículos de la CDI en relación a la expulsión se basan en el Derecho consuetudinario o forman parte del desarrollo progresivo del Derecho internacional; lo cual merece un estudio aparte.

<sup>81</sup> Algún autor ha señalado que, lejos de asegurar una garantía a los extranjeros de que se adoptará una decisión sobre la base de su caso particular, el precepto sirve a los Estados para enmascarar expulsiones colectivas mediante procedimientos individuales; LORI, E., “Art. 3, Divieto di espulsione dei cittadini. Art. 4, Divieto di espulsione collettive di stranieri”, en DEFILIPPI, C., BOSI, D., y HARVEY, R., *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali. Commentata ed annotata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoles, 2006, 715-728, p. 719.

<sup>82</sup> *Assanidze c. Georgia*, op. cit., p. 167; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, op. cit., p. 184; *Ghulami c. Francia* (decisión de admisibilidad), op. cit.; *Sultani c. Francia*, op. cit., p. 81.

<sup>83</sup> *Čonka c. Bélgica*, op. cit., p. 59. En sentido contrario CHUECA SANCHO sostiene que, el hecho de que varias decisiones de expulsión presenten una redacción idéntica debería ser un identificador clave para que el TEDH considerara la expulsión como colectiva, CHUECA SANCHO, A.G., “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 1, 2002, 9-36, p. 23.

idénticos, y no se hiciera referencia, de manera expresa, a las decisiones adoptadas con anterioridad acerca del procedimiento de asilo, no es un indicativo del carácter colectivo de la expulsión. En este caso, el motivo común de la expulsión fue la situación de irregularidad de los extranjeros después de que sus solicitudes de asilo hubieran sido rechazadas. A pesar de ello, el TEDH pudo comprobar que cada uno de los casos fue objeto de análisis y decisión individual, aunque estas circunstancias no se mencionaran expresamente en las órdenes y cartas de deportación<sup>84</sup>.

El hecho de que una expulsión sea catalogada como colectiva no depende del número de sujetos que se vean afectados por la misma<sup>85</sup>. De ahí que la terminología a usar por el CEDH sea “colectiva” en lugar de “en masa”, ya que esta última acepción sugiere la idea de número, cuando lo que realmente se pretende proteger es la despersonalización del sujeto, con independencia del número de personas implicadas en la medida<sup>86</sup>. Tampoco es necesario para calificar una expulsión como colectiva que los integrantes del colectivo expulsado sean de la misma nacionalidad. Por ejemplo, el TEDH determinó la existencia de una expulsión colectiva en *Čonka c. Bélgica*, cuyos demandantes eran todos de nacionalidad georgiana; así como también declaró una vulneración del art. 4 del Protocolo n. 4 en *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, cuyos demandantes eran nacionales afganos, sudaneses y eritreos.

En ocasiones, cuando existen dudas sobre si el examen realizado por parte de las autoridades competentes del Estado parte al extranjero objeto de expulsión ha incidido debidamente en las circunstancias particulares del sujeto, la Corte puede entrar a valorar la calidad de dicho examen. La finalidad de la tarea de supervisión del TEDH, en este aspecto, es la de determinar si durante el procedimiento se ha considerado debidamente la situación personal del sujeto y los riesgos derivados de su expulsión<sup>87</sup>. Por ejemplo, en *Sultani c. Francia* los hechos se desarrollan con ocasión de la expulsión de un número de extranjeros en un vuelo colectivo. El demandante, quien era uno de los extranjeros

---

<sup>84</sup> *M.A. c. Chipre*, *op. cit.*, párs. 252, 254 y 255

<sup>85</sup> Mientras que la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, en el asunto *Becker c. Dinamarca* estimó que la expulsión de más de un centenar y medio de niños vietnamitas no suponía una expulsión colectiva, en *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* la expulsión de treinta y cinco personas, dadas las circunstancias del caso, fue calificada por el TEDH como contraria al art. 4 del Protocolo n.4. En este sentido, BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho Europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 61.

<sup>86</sup> PERRUCHOUD, R., “L’expulsion en masse d’étrangers”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 34, n. 1, 1998, 677-693, p. 678.

<sup>87</sup> DURÁN ALBA, J.F., “La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, 777-782, nota al pie 10.

objeto de expulsión, sostenía que el análisis de sus circunstancias particulares no fue de calidad, debido al poco tiempo que tardó la Agencia francesa para la protección de los refugiados y apátridas en analizar su segunda petición de asilo. Sin embargo, el TEDH consideró que las autoridades estatales tuvieron en cuenta tanto la situación general en el Estado de destino, Afganistán, como las declaraciones del demandante, con independencia del tiempo que el análisis de la solicitud de asilo conllevó. En consecuencia, el TEDH sí consideró que se realizó un examen individual que permitió establecer las causas concretas de la situación del demandante<sup>88</sup>.

En cualquier caso, el tribunal de Estrasburgo ha matizado que no existe violación del art. 4 del Protocolo n. 4 cuando la ausencia de una decisión de expulsión individualizada es a consecuencia de la propia conducta del nacional del tercer Estado. Como se evidencia cuando, por ejemplo, los extranjeros se niegan a mostrar sus documentos de identidad a las autoridades estatales competentes. Esta negativa conlleva la imposibilidad de elaborar órdenes de expulsión en las que se detallen tanto los nombres como otros datos de las personas en cuestión<sup>89</sup>.

Si existe un *leading case* en la jurisprudencia del TEDH relativa a la aplicación del art. 4 del Protocolo n. 4, ese es el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, al que se ha hecho referencia anteriormente (epígrafe II. 2.1). En este asunto la Gran Sala del TEDH analiza y determina, por primera vez, la violación del citado precepto en una aplicación extraterritorial del CEDH por las acciones llevadas a cabo por las autoridades italianas en alta mar; esto es, de conformidad con la aplicación del criterio de jurisdicción efectiva del Convenio. Como argumenta el TEDH, si el art. 4 del Protocolo n. 4 fuera de aplicación únicamente a las expulsiones llevadas a cabo desde el territorio nacional de los Estados parte, un componente significativo de los patrones migratorios contemporáneos quedaría fuera del ámbito de la disposición<sup>90</sup>. Una aplicación en este sentido contraviene la

---

<sup>88</sup> *Sultani c. Francia, op. cit.*, párs. 83 y 84.

<sup>89</sup> Sobre ello véase, STEDH de 16 de septiembre de 2014 (decisión de admisibilidad), *Abdi Ahmed y otros c. Malta*, demanda n. 43985/13, párs. 84 a 87; STEDH (decisión de admisibilidad) de 1 de febrero de 2011, *Dritsas c. Italia*, demanda n. 2344/02. Otro ejemplo es el caso *Berisha y Haljiti*. En este asunto el TEDH determinó que el mero hecho de que las autoridades nacionales hubieran redactado una sola decisión para los dos solicitantes, marido y mujer, se derivó de la conducta de estos ya que: presentaron la solicitud de asilo por los mismos motivos; así como la misma prueba de apoyo a sus solicitudes; hicieron un llamamiento conjunto al Gobierno de la Junta de apelación y al Tribunal Supremo. Por tanto, las autoridades realizaron una evaluación del riesgo de la expulsión conjunta; STEDH (decisión de admisibilidad) de 16 de junio de 2005, *Berisha y Haljiti c la ex República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 18670/03, p. 2. Este comportamiento se puede relacionar con la conducta arriesgada del perjudicado; a este respecto véase, LOZANO CONTRERAS, J.F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 218 y 219.

<sup>90</sup> *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, op. cit.*, p. 177. Acerca de las cuestiones jurídicas del fenómeno migratorio en el ámbito marítimo véase, SCOVAZZI, T., "Human rights and immigration at sea", en

esencia del CEDH, cifrada en permitir que los derechos contenidos en el Convenio sean protegidos de manera práctica y efectiva<sup>91</sup>. Esta postura refuerza la tesis mantenida en el epígrafe II. 2.2 acerca de la defensa, por parte del TEDH, de un concepto autónomo de expulsión más garantista y proteccionista que el reconocido por el Derecho internacional general.

En *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el TEDH llega a la conclusión de que la interceptación en alta mar por las autoridades de un Estado, con la clara intención de impedir que los inmigrantes lleguen a la frontera terrestre del Estado o incluso para devolverlos a un tercero, constituye un ejercicio de jurisdicción que compromete la responsabilidad del Estado en virtud del CEDH. Estas circunstancias, unidas a la falta de un examen previo que permita evaluar la situación individual de cada uno de los solicitantes constituye una vulneración del art. 4 del Protocolo n. 4, además de la violación del art. 3 y el art. 13 examinado en relación con los dos artículos anteriores<sup>92</sup>. Siguiendo la estela de este pronunciamiento, en *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* el TEDH aplica esta jurisprudencia en la interceptación y deportación inmediata, por parte de la policía fronteriza, de los extranjeros que llegaron de forma clandestina y a los cuales se les prohibió la entrada en Italia. Por tanto, el contexto de este último caso es el de la denegación de entrada, siendo indiferente para el tribunal de Estrasburgo si los demandantes habían sido expulsados antes o después de llegar a territorio italiano, ya que el art. 4 del Protocolo n. 4 es aplicable, en cualquier caso, a ambas situaciones<sup>93</sup>.

En suma, las condiciones que permiten determinar si se vulnera o no la prohibición de las expulsiones colectivas se pueden sintetizar del siguiente modo: en primer lugar, la realización de un examen lo suficientemente individualizado que permita conocer las circunstancias personales del sujeto; y, en segundo lugar, si en el caso concreto las decisiones de expulsión toman debidamente en consideración la situación específica de las personas involucradas en la medida<sup>94</sup>. Todo ello no es posible si se procede a una

---

RUBIO-MARÍN, R. (Ed.), *Human rights and immigration*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, 212-260.

<sup>91</sup> Véase, entre otros, STEDH de 24 de enero de 2017, *Khamtokhu y Aksenchik c. Rusia*, demandas nos. 60367/08, y 961/11, pár. 73; *Khalafía y otros c. Italia*, op. cit., pár. 17; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, op. cit., pár. 175; STEDH de 12 de noviembre de 2008, *Demir y Baykara c. Turquía*, demanda n. 34503/97, pár. 146; STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demandas nos. 46827/99 y 46951/99, pár. 121; *Soering c. Reino Unido*, op. cit., pár. 102.

<sup>92</sup> El Tribunal pudo observar que el “el personal a bordo de los buques militares no estaba capacitado para realizar entrevistas individuales y no recibió la asistencia de intérpretes o asesores legales”; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, op. cit., pár. 185.

<sup>93</sup> *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, op. cit., párs. 210 a 213.

<sup>94</sup> *Khalafía y otros c. Italia*, op. cit., párs. 247 y 248; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, op. cit., pár. 184. En este sentido, HAKIKI, H., “Summary land border expulsions in front of the ECtHR: ND and NT v Spain”, *European Database of Asylum Law*, october 25, 2017. Disponible en:

expulsión colectiva sobre la base de criterios generales<sup>95</sup>. En definitiva, de la jurisprudencia estudiada se puede concluir que el examen individual va más allá de la mera identificación de la persona o su país de origen, ya que la toma de decisión acerca del futuro de la persona debe fundamentarse en las circunstancias concretas del sujeto identificado, así como el riesgo asociado a él y a su Estado de origen en caso de ser expulsado.

### 3.2. La aplicación de la jurisprudencia del TEDH a las “devoluciones en caliente”

En *N.D.* y *N.T.* el TEDH ha aplicado su jurisprudencia referida a la prohibición de las expulsiones colectivas, en un asunto en el que está en juego la conformidad con el CEDH de las “devoluciones en caliente”. En este caso, el Gobierno español plantea dos excepciones preliminares. La segunda sobre el agotamiento de las vías de recursos internos, de la que se hablará en el epígrafe IV. La primera de ellas referida a la ausencia de condición de víctima. En este sentido, el Gobierno sostiene que los demandantes no acreditan documentalmente que son ellos quienes participaron en el salto a la valla hispano-marroquí el 13 de agosto de 2014 sobre el que se documentan imágenes aportadas al TEDH en el procedimiento. Para el Gobierno, la mala calidad de las grabaciones aportadas no permite verificar este extremo. A este respecto cabe destacar que el Gobierno español nunca ha negado la existencia de expulsiones sumarias, incluso reconoce haber modificado la LOEx poco después de estos hechos para dar cobertura jurídica a estas devoluciones<sup>96</sup>.

Cabe señalar que, conforme a los términos en los que se encuentra redactada la citada disposición adicional décima, el “rechazo en frontera”, además de no prever la expulsión en base a un examen individualizado (epígrafe III. 3.1), no prevé ni tan siquiera una mínima identificación. Por tanto, no es posible conocer ni siquiera el nombre de la persona objeto de “devolución” o “rechazo”. Para el tribunal de Estrasburgo la ausencia de prueba documental que permita la identificación de las víctimas es culpa de las autoridades estatales, en concreto, debido a la falta de identificación de las personas objeto de “rechazo en frontera”. Además de ello, otorga verosimilitud tanto a la coherencia del relato de los demandantes, como a las pruebas gráficas aportadas por

---

<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/summary-land-border-expulsions-front-ecthr-nd-and-nt-v-spain>

<sup>95</sup> LASAGABASTER HERRARTE, I., “Artículo 4. Prohibición de las expulsiones colectivas”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 971-977, p. 971.

<sup>96</sup> *N.D. y N.T. c. España, op. cit.*, pár. 59.

periodistas y otros testigos presentes el día de los hechos<sup>97</sup>. Se evidencia así la importancia de las informaciones aportadas por aquellos colectivos que realizan un trabajo de campo en el lugar en el que se producen las vulneraciones de derechos humanos.

Una vez rechazadas las excepciones preliminares, el Gobierno español defiende que no se ha vulnerado la prohibición de expulsiones colectivas en las “devoluciones en caliente” producidas en *N.D.* y *N.T.* ya que, para que se trate de expulsiones, los hechos se tienen que producir desde el territorio de un Estado. En este sentido, el Gobierno español defiende que el TEDH debe diferenciar este caso de *Hirsi Jamaa y otros*<sup>98</sup>. Muy endeble resulta este argumento ya que el Gobierno no argumenta por qué el tribunal de Estrasburgo debe aplicar un criterio distinto al aplicado en *Hirsi Jamaa y otros* en *N.D.* y *N.T.*; como el propio TEDH ha reconocido finalmente en esta última sentencia, existe una vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros.

En efecto, por una parte, el TEDH ha manifestado que “toma conocimiento de los nuevos retos que deben afrontar los Estados europeos en materia de gestión de la inmigración, debido al contexto de la crisis económica y de las recientes transformaciones sociales y políticas que han afectado muy particularmente determinadas regiones de África y del Medio Oriente”<sup>99</sup>. También ha reconocido, en otras ocasiones, las dificultades de los Estados que forman frontera exterior de la UE para hacer frente a la llegada de inmigrantes y solicitantes de asilo, además de no subestimar que la carga de trabajo a este respecto se ha visto agravada por un contexto marcado por la crisis económica actual<sup>100</sup>. Pero por otra parte, se ha encargado siempre de recordar que “los problemas relativos a la gestión de flujos migratorios no pueden servir para justificar la utilización de prácticas incompatibles con las obligaciones de un Estado en virtud del Convenio”<sup>101</sup>. Partiendo de esta base, el TEDH desmonta los argumentos

---

<sup>97</sup> *N.D.* y *N.T.* c. *España*, op. cit., párs. 59 y 60. La ONG melillense PRODEIN publicó un vídeo del día de los hechos denunciados ante el Tribunal. En estas imágenes se observa cómo algunos extranjeros son golpeados por fuerzas policiales mientras son conducidos por la puerta de servicio del vallado a territorio marroquí; véase el vídeo en el siguiente enlace <http://www.europapress.es/epsocial/cooperacion-desarrollo/noticia-prodein-difunde-nuevo-video-muestra-inmigrantes-apaleados-fuerzas-policiales-valla-melilla-20140819114512.html>

<sup>98</sup> “Refiriéndose a la sentencia *Hirsi Jamaa y otros* [...], el Gobierno estima que las circunstancias del presente asunto son distintas. Expone que, en este caso, se trata de inmigrantes que han intentado entrar ilegalmente en el territorio español atravesando una frontera terrestre en vez de formular una solicitud de entrada en este territorio, lo que, según él, era posible”; *N.D.* y *N.T.* c. *España*, op. cit., pág. 70.

<sup>99</sup> *N.D.* y *N.T.* c. *España*, op. cit., pág. 101. A este respecto, *Khalafía y otros c. Italia*, op. cit., pág. 241.

<sup>100</sup> *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, op. cit., pág. 122; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pág. 223.

<sup>101</sup> *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, op. cit., pág. 179.

del Gobierno que sostienen que los hechos constatados en *N.D.* y *N.T.* no responden a una “expulsión” y, en el caso de ser así, esta no es de carácter “colectivo”.

En primer lugar, en relación al término expulsión, el TEDH recuerda que ni de la redacción ni de los trabajos preparatorios del art. 4 del Protocolo n. 4 se evidencia una oposición a la aplicación extraterritorial de este precepto. Por tanto, el TEDH no se deja convencer por el Gobierno español y, por tanto, no se aparta de la jurisprudencia establecida en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. El TEDH no solo desoye el argumento, sino que equipara ambos escenarios -las interceptaciones en alta mar y el “rechazo en frontera”- en el mismo plano jurídico de vulneración del artículo que prohíbe las expulsiones colectivas<sup>102</sup>.

En segundo lugar, en relación al término “colectiva”, el caso no plantea mayores interrogantes: no se hace necesario entrar a valorar la calidad de la evaluación individual y la consideración de la misma en relación a la expulsión, debido a que ni siquiera se llevó a cabo una mínima identificación. Un procedimiento semejante, como señala el TEDH “no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas”<sup>103</sup>. Con esta afirmación, *N.D.* y *N.T.* se convierte en el séptimo caso en el cual el TEDH falla que un Estado parte ha contravenido la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros.

Con carácter general, se debe destacar la parquedad del razonamiento del que hace uso el TEDH en la constatación de una vulneración de la prohibición de las expulsiones colectivas. Es cierto que el TEDH se apoya en una jurisprudencia bien consolidada (epígrafe III.3.1.), pero tampoco puede considerarse que hace de la brevedad una virtud, debido al silencio que guarda en relación a algunas cuestiones que podrían ser consideradas relevantes. Como ya se ha señalado con anterioridad, el TEDH ha evitado pronunciarse sobre un hecho público y notorio como es la ubicación geográfica del triple vallado (epígrafe II.2.2). Además, tampoco se ha manifestado en relación al argumento defendido por el Gobierno español sobre la posibilidad de entrar en territorio español mediante una solicitud de entrada. Teniendo en consideración que existen dos asuntos pendientes ante el TEDH debido a circunstancias similares<sup>104</sup>, fruto también de la política

---

<sup>102</sup> *N.D.* y *N.T.* c. *España*, op. cit., párs. 99, 103 y 104.

<sup>103</sup> *N.D.* y *N.T.* c. *España*, op. cit., p. 107.

<sup>104</sup> Actualmente estos dos asuntos se encuentran a la espera de que el TEDH tome una decisión acerca de su admisibilidad, para lo cual, se le ha dado traslado al Gobierno español con el fin de que responda a las preguntas formuladas por el Tribunal; *Doumbe Nnabuchi c. España*, demanda n. 19420/15, comunicado al Gobierno español el 14 de diciembre de 2015; *Balde y Abel c. España*, demanda n. 20351/17, comunicado al Gobierno español el 12 de junio de 2017. El primero de los casos relata como el demandante, junto con un grupo de subsaharianos, intentó entrar de forma ilegal en España a través del cruce fronterizo de Melilla. El solicitante logró descender de la tercera valla con la ayuda de una escalera proporcionada por los Guardias Civiles españoles. A medio



de “devoluciones en caliente”, bien hubiera valido la pena adentrarse en estos aspectos de cara a resolver los casos pendientes, así como otros futuros asuntos que le puedan ser planteados al Tribunal en relación con las “devoluciones en caliente”.

En este orden de cosas, conviene señalar que el Gobierno español defiende en este caso que los demandantes hubieran podido entrar en España de forma legal de haber presentado una solicitud de asilo en los Estados de tránsito, en los Consulados españoles ubicados en estos países o en el puesto fronterizo de Beni-Enzar<sup>105</sup>. El Gobierno mantiene que, si el TEDH legitimara de algún modo la entrada de extranjeros por pasos no autorizados, se produciría un “efecto llamada” con consecuencias catastróficas. En este sentido, el Gobierno concluye que “no existe un derecho incondicional de los extranjeros al acceso por cualquier sitio en ningún país miembro del Consejo de Europa”<sup>106</sup>.

A este respecto, el Gobierno español esgrime la aplicación del art. 25 de la LOEx, en el que se establece que los extranjeros deberán entrar en España por los puestos habilitados al efecto<sup>107</sup>. Además, se remite a la disposición adicional décima, aplicable a aquellos extranjeros que no han logrado entrar en España por la vía del asilo, así como para aquellos que tampoco han conseguido rebasar el dispositivo de protección de la frontera o, para hacerlo, se les ha ofrecido ayuda. En estos casos es de aplicación el régimen especial de Ceuta y Melilla relativo al “rechazo en frontera” ya que en estos casos, el Gobierno considera que los sujetos continúan en territorio marroquí, a los solos efectos de extranjería<sup>108</sup>.

---

camino del descenso, la Guardia Civil propinó diversos golpes al demandante quien fue entregado, sin ningún tipo de identificación, a las autoridades marroquíes. El segundo de los casos citados se refiere a la expulsión de los demandantes por las autoridades españolas a Marruecos, así como por los malos tratos a los que se vieron sometidos en la frontera de Ceuta al ser detenidos. En el citado comunicado también se alega el carácter colectivo de la expulsión, el riesgo de malos tratos al ser devueltos a Marruecos, así como la imposibilidad de, en primer lugar, solicitar protección internacional o protección por razones humanitarias y, en segundo lugar, de que la situación de los demandantes fuera examinada de forma individual por las autoridades españolas.

<sup>105</sup> *N.D. y N.T. c. España, op. cit.*, p. 71.

<sup>106</sup> *N.D. y N.T. c. España, op. cit.*, párs. 71 a 74 y 79.

<sup>107</sup> En lo que al presente asunto concierne, el apartado 1 del art. 25 de la LOEx establece: “El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios”.

<sup>108</sup> *N.D. y N.T. c. España, op. cit.*, p. 75.

Por su parte, tanto los demandantes *N.D* y *N.T*, como ACNUR, así como el Comisario de Derechos Humanos sostienen que el puesto fronterizo de Beni-Enzar es inaccesible desde Marruecos para los solicitantes de asilo subsaharianos<sup>109</sup>.

El tribunal de Estrasburgo no entra a analizar el argumento defendido por el Gobierno español acerca de que los solicitantes hubieran podido entrar en España de forma legal en el caso de haber presentado una solicitud de asilo en los Estados de tránsito, en los Consulados españoles ubicados en estos países o en el puesto fronterizo de Beni-Enzar, debido a que el TEDH entiende que solo tiene que valorar los hechos de la demanda. Cabe señalar a este respecto, en relación al puesto fronterizo Beni-Enzar, que las oficinas de Protección Internacional allí sitas fueron inauguradas 2015, cuando la práctica de las “devoluciones en caliente”, cabe recordar, viene practicándose desde el año 2005<sup>110</sup>. Además, aun cuando dichas oficinas fueron abiertas, todas las informaciones confirman que las autoridades marroquíes impiden la llegada a los solicitantes subsaharianos incluso, en ocasiones, mediante el uso de la fuerza<sup>111</sup>. No

---

<sup>109</sup> *N.D. y N.T. c. España*, *op. cit.*, párs. 81, 86 y 87. Además, tanto los demandantes como al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos consideran que no se debe de establecer una distinción, a los efectos de hacer efectivos los derechos del Convenio, entre los solicitantes de asilo y aquellos que no lo son. Según estas partes, a los efectos del art. 4 del Protocolo n. 4, tan solo es necesario que la persona sea un extranjero, es decir, que no tenga la nacionalidad del Estado afectado. Esta es también la postura de las ONGs que actuaron conjuntamente, al remitirse al art. 8 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) (*DOUE* L 180/60, de 29 de junio de 2013) e indicar que el acervo relativo al derecho de asilo no solo es de aplicación a las solicitudes de protección internacional formuladas por aquellos que tienen una autorización de entrada, sino que también es de aplicación a los puestos fronterizos; *N.D. y N.T. c. España*, *op. cit.*, pár. 95.

<sup>110</sup> Véase en prensa, Europa press, “Interior inaugura las oficinas de asilo en Ceuta y Melilla”, de 13 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.europapress.es/epsocial/derechos-humanos/noticia-interior-inaugura-oficinas-asilo-ceuta-melilla-20150313145459.html>

<sup>111</sup> El Comisario para los Derechos Humanos ha manifestado su preocupación por el hecho de que, en la práctica, solamente los solicitantes sirios pueden acceder a la oficina de asilo en la frontera marroquí. Otros migrantes, sobre todo los de origen subsahariano, no pueden acceder al puesto de control fronterizo sito del lado marroquí, por lo que solo pueden optar a las vías irregulares para cruzar el punto de control fronterizo; “Third party intervention...”, *op. cit.*, pár. 30. Sobre el trato otorgado por las autoridades marroquíes a los migrantes detenidos en el intento de cruzar la valla de Ceuta o Melilla, así como los expulsados desde la valla a territorio alauita, véase el Informe conjunto de diciembre de 2015, “Ceuta & Melilla, centros de selección a cielo abierto a las puertas de África”, en especial, las pp. 48 y ss. Disponible en: [http://www.migreurop.org/IMG/pdf/ceuta\\_melilla centros de seleccion definitivo 1 .compressed.pdf](http://www.migreurop.org/IMG/pdf/ceuta_melilla centros de seleccion definitivo 1 .compressed.pdf); así como el informe elaborado por el Servicio Jesuita a Migrantes-España, “Vidas en la frontera sur”, de 17 de julio de 2014. Disponible en: [http://eventos.um.es/event\\_detail/17557/detail/iv-jornadas-doctorales-de-la-universidad-de-murcia.html](http://eventos.um.es/event_detail/17557/detail/iv-jornadas-doctorales-de-la-universidad-de-murcia.html) Las situaciones de violencia por parte de las autoridades marroquíes contra los nacionales subsaharianos en Marruecos que pretenden acceder a estas oficinas se ha puesto de relieve en informes de órganos internacionales como, por ejemplo, el elaborado por el Comité contra la Tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura. Marruecos*, CAT/C/MAR/CO/4, de 21 de diciembre de 2011. Ante esta situación el Comité Europeo para la prevención de la tortura comunicó a España que “teniendo en cuenta el riesgo de malos tratos infligidos por los miembros de las fuerzas auxiliares marroquíes a los migrantes

obstante, el TEDH obvia dar una respuesta al Gobierno español en relación a la posibilidad de un extranjero de solicitar asilo antes de entrar en el territorio de un Estado parte, dando con ello muestras de economía procesal<sup>112</sup>. Con carácter general, el Tribunal no entra a valorar las políticas de inmigración de los Estados parte, siempre y cuando dichas políticas respeten lo establecido por el CEDH .

#### IV. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO EN RELACIÓN A LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS

El art. 13 del CEDH garantiza la disponibilidad, a nivel nacional, de vías de recurso para hacer respetar los derechos y libertades protegidos por el Convenio<sup>113</sup>. Ello con independencia de la forma en la que estos derechos y libertades se encuentren establecidos en la legislación interna. Por tanto, el objetivo de esta disposición es la exigencia de disponibilidad, a nivel interno, de una vía de recurso susceptible de tratar la esencia de un “agravio defendible” en virtud del CEDH y de proporcionar una compensación adecuada<sup>114</sup>. Por tanto, “se trata así de un derecho dependiente, ya que su objetivo principal es siempre la posible vulneración de otro derecho”<sup>115</sup>. Pese a esta dependencia, se trata de un derecho autónomo, ya que como el TEDH señala en *Bubbins c. Reino Unido*, “although it has found that there has been no breach of Article 2

---

irregulares devueltos a Marruecos, la CPT recomienda que las autoridades españolas aseguren que ninguna persona es entregada a ellos”; “Report to the Spanish Government...”, *op. cit.*, p. 54.

<sup>112</sup> En este sentido, cabe destacar la carga de trabajo que soporta el TEDH. En el año 2017 el TEDH fue testigo de una fluctuación inusual de la carga de trabajo, como resultado del volumen de casos que les fue planteados en la primera parte del año. El stock de casos pendientes al comienzo del 2017 era de 79.750, aumentando a 93.200 en junio y descendiendo a 56.250 a final de año; TEDH, “Analysis of statistics 2017”, enero de 2018, p. 50. Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2017\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_ENG.pdf) Cabe recordar que, aunque muchos de los casos que le son planteados al TEDH finalmente pueden no ser admisibles, aún en estos casos, es obligación del Tribunal expedir una decisión de admisibilidad en la que justifique los motivos para tal decisión.

<sup>113</sup> El tenor literal del art. 13 del CEDH establece que: “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

<sup>114</sup> Véase en la jurisprudencia, entre otras muchas, *Khlaifia y otros c. Italia*, *op. cit.*, p. 265; STEDH de 16 de julio de 2014, *Ališić y otros c. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 60642/08, p. 131; STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*, demanda n. 6528/11, p. 82; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, p. 255; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, *op. cit.*, p. 197; STEDH de 20 de julio de 2010, *A. c. Países Bajos*, demanda n. 4900/06, p. 155; STEDH de 26 de octubre de 2000, *Kudla c. Polonia*, demanda n. 30210/96, p. 157; STEDH de 28 de marzo de 2000, *Mahmut Kaya c. Turquía*, demanda n. 22535/93, p. 124.

<sup>115</sup> ARRESE IRIONDO, M.N., “Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, 717-757, p. 718.

in this case, that does not prevent the applicant's complaint under that Article from being "arguable" for the purposes of Article 13"<sup>116</sup>. Por tanto, la simple posibilidad de que un derecho garantizado por el CEDH haya sido objeto de vulneración es suficiente para la aplicación del art. 13 del Convenio, sin que sea necesaria, en ningún caso, la efectiva violación del derecho en cuestión.

La importancia que para el TEDH supone el art. 13 del Convenio subyace, entre otros aspectos, en la función preservadora de la naturaleza subsidiaria del sistema de protección de los derechos humanos establecido en la Convención<sup>117</sup>. La regla clásica del agotamiento de los recursos internos, de conformidad con el art. 35.1 del CEDH, es la afirmación más clara de que el mecanismo de salvaguardia del CEDH es subsidiario, así como del reconocimiento de la autonomía nacional. Por tanto, el principio de subsidiariedad es consustancial al instrumento convencional<sup>118</sup>. En consecuencia, el art. 13 del CEDH cumple con una doble función dinámica: por un lado, impulsar la eficacia de los demás derechos reconocidos por el CEDH; por otro lado, estimular la eficacia de la protección nacional del CEDH<sup>119</sup>. Por ejemplo, en la sentencia *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, el TEDH recuerda que el mecanismo de denuncia ante él es subsidiario en relación a los sistemas nacionales. El TEDH no entra, por ejemplo, a examinar solicitudes de asilo o a supervisar la forma en la que los Estados cumplen con las obligaciones que les atañen de conformidad con la Convención de Ginebra. La única preocupación del TEDH, en este sentido, es la de conocer si existen garantías efectivas, a nivel interno, que protejan al sujeto de una expulsión arbitraria hacia el Estado del que ha huido<sup>120</sup>. Aunque esta es la esencia del precepto, los Estados parte poseen un margen de apreciación sobre la forma de adecuar sus acciones a la obligación que subyace del art. 13 del Convenio<sup>121</sup>. No obstante, la regla del agotamiento de los recursos internos no es absoluta, ya que, de conformidad con la regla de la "eficacia" del recurso, el TEDH debe valorar no solo la existencia del recurso, sino también el contexto en el que opera así como las circunstancias concretas del recurrente<sup>122</sup>.

---

<sup>116</sup> STEDH de 17 de marzo de 2005, *Bubbins c Reino Unido*, demanda n. 50196/99, pár. 170. En este sentido, *Mahmut Kaya c. Turquía*, *op. cit.*, pár. 107.

<sup>117</sup> *Čonka c. Bélgica*, *op. cit.*, pár. 84.

<sup>118</sup> SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2008, pp. 204 y 205.

<sup>119</sup> SUDRE, F., (Dir), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 8ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2017, p. 481.

<sup>120</sup> *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *op. cit.*, párs. 286 y 287.

<sup>121</sup> STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, pár. 145.

<sup>122</sup> ARRESE IRIONDO, M.N., "Artículo 13...", *op. cit.*, p. 750.

El TEDH ha señalado que la instancia a la que hace referencia el art. 13 del Convenio no tiene que ser, necesariamente, una institución judicial. Sin embargo, tanto los poderes de la instancia, como las garantías que presenta, son elementos que permiten valorar la efectividad del recurso. El TEDH también estima la existencia de un recurso efectivo en los casos en que ninguno de los recursos disponibles en el foro interno da una respuesta completa por sí mismo en virtud del art. 13 pero, sin embargo, el conjunto de los recursos ofrecidos por el derecho interno cumple con las exigencias derivadas del derecho a un recurso efectivo en el sentido del art. 13<sup>123</sup>.

A pesar de que el alcance de la obligación que impone el art. 13 varía en función de la naturaleza de la reclamación, en todos los casos, debe ser “efectiva”, tanto en la norma como en la práctica<sup>124</sup>. El tribunal de Estrasburgo señala que el término “eficacia”, en este sentido, impone los requisitos de accesibilidad y realidad; esto es, para que el recurso sea considerado eficaz, a estos efectos, debe estar disponible, especialmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser obstaculizado de manera arbitraria, tanto por actos como por omisiones de las autoridades estatales del Estado demandado<sup>125</sup>.

Asimismo, el TEDH sostiene que la efectividad implica unas exigencias en términos de calidad, rapidez y efecto suspensivo. En relación a la rapidez, el Tribunal señala que este aspecto merece una atención particular, ya que un recurso de excesiva duración puede convertirlo en inadecuado<sup>126</sup>. En lo que respecta al efecto suspensivo automático del recurso, el TEDH señala que, en materia de expulsión de extranjeros, el carácter suspensivo solo es requerido en los casos en los que la ejecución de la medida pueda derivar en un riesgo potencialmente irreversible<sup>127</sup>. Por tanto, cuando una demanda sostiene que la expulsión de esa persona la expondría a un riesgo real de sufrir un trato contrario al art. 3 del CEDH, dada la importancia que el TEDH concede a esta disposición, así como la naturaleza irreversible del daño que podría causar si el riesgo de tortura o malos tratos se materializa, la eficacia del recurso requiere, entre otros aspectos, de efecto suspensivo automático<sup>128</sup>. Los mismos principios se aplican cuando

---

<sup>123</sup> A.C. y otros c. España, op. cit., pág. 84; STEDH de 2 de febrero de 2012, I.M. c. Francia, demanda n. 9152/09, pág. 129; M.S.S. c. Bélgica y Grecia, op. cit., pág. 289; STEDH de 26 de abril de 2007, Gebremedhin [Gaberamadhien] c. España, demanda n. 25389/05, pág. 53.

<sup>124</sup> I.M. c. Francia, op. cit., pág. 128; M.S.S. c. Bélgica y Grecia, op. cit., pág. 288; Čonka c. Bélgica, op. cit., pág. 75; Kudla c. Polonia, op. cit., pág. 157.

<sup>125</sup> I.M. c. Francia, op. cit., pág. 130; M.S.S. c. Bélgica y Grecia, op. cit., pág. 290; STEDH de 8 de julio de 1999, Çakici c. Turquía, demanda n. 23657/94, pág. 112.

<sup>126</sup> A.C. y otros c. España, op. cit., pág. 89; STEDH de 31 de julio de 2003, Doran c. Irlanda, demanda n. 50389/99, pág. 57.

<sup>127</sup> STEDH de 11 de julio de 2000, Jabari c. Turquía, demanda n. 40035/98, pág. 50.

<sup>128</sup> STEDH de 13 de diciembre de 2012, De Souza Ribeiro c. Francia, demanda n. 22689/07, pág. 82; Hirsi Jamaa y otros c. Italia, op. cit., pág. 200; Gebremedhin [Gaberamadhien] c. España, op.

la expulsión expone al solicitante a un riesgo real de violación de su derecho a la vida, salvaguardado por el art. 2 de la Convención<sup>129</sup>.

En los casos señalados anteriormente, la efectividad del recurso implica, de manera inexorable, que el recurso tenga efecto suspensivo. Por el contrario, cuando las expulsiones son impugnadas sobre la base de una supuesta injerencia, por ejemplo en la vida privada y familiar no es imperativo el efecto suspensivo para que el recurso pueda ser considerado efectivo<sup>130</sup>. El fundamento sigue siendo la (in)existencia del daño irreparable, ya que en el caso de una potencial vulneración del art. 8 del CEDH, en el caso de que se readmitiera al extranjero, este podría recuperar sus lazos familiares y/o personales. Lo que es ineludible en estos casos es la puesta a disposición del interesado de la posibilidad efectiva de impugnar la orden de expulsión o denegación de residencia, así como de examinar las cuestiones pertinentes con suficientes garantías procesales y minuciosidad por un foro nacional apropiado que ofrezca garantías adecuadas de independencia e imparcialidad<sup>131</sup>.

El TEDH aplica consideraciones similares cuando un demandante sostiene que el procedimiento de expulsión es de carácter "colectivo" pero sin alegar, al mismo tiempo, que dicha expulsión lo había expuesto a un riesgo de daño irreversible materializado en forma de violación de los arts. 2 y 3 del CEDH. Por tanto, en estos casos, el CEDH no impone al Estado una obligación imperativa de garantizar un recurso con efecto suspensivo automático. No obstante, el demandante tiene que tener la posibilidad efectiva de impugnar la decisión de expulsión mediante un examen suficientemente minucioso de su demanda por un foro independiente e imparcial<sup>132</sup>. Por este motivo en *Khlaifia y otros c. Italia*, el TEDH concluyó que no existía una violación del art. 13 en relación con el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH ya que, en este caso, los demandantes

---

*cit.*, p. 66. En los casos relativos a un recurso por una supuesta vulneración del art. 3 del Convenio, la efectividad del recurso también requiere que la demanda sea objeto de un examen minucioso por parte de una autoridad nacional, STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, p. 448; además de ser objeto de una evaluación independiente y rigurosa acerca de los motivos fundados para temer un riesgo real de tratamiento contrario al art. 3, *Jabari c. Turquía*, *op. cit.*, p. 50; y también de una rapidez razonable, STEDH de 3 de junio de 2004, *Bati y otros c. Turquía*, demandas nos. 33097/96 y 57834/00, p. 136.

<sup>129</sup> Como ejemplo, en el asunto *A.C. y otros España*, el TEDH condenó al Estado español por una vulneración del art. 13 en relación con los arts. 2 y 3, debido a que los demandantes no dispusieron de un recurso que cumpliera las condiciones exigidas por el art. 13, con la finalidad de reclamar sus pretensiones al amparo de los arts. 2 y 3 del Convenio; *A.C. y otros c. España*, *op. cit.*, p. 103. El tribunal de Estrasburgo ha señalado que el requisito derivado del art. 13, relativo al efecto suspensivo del recurso en estos supuestos, no puede ser considerado como un elemento subsidiario; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *op. cit.*, p. 388.

<sup>130</sup> *De Souza Ribeiro c. Francia*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>131</sup> *Ibidem*; STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, párs. 122 a 132; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, p. 133.

<sup>132</sup> *Khlaifia y otros c. Italia*, *op. cit.*, p. 279.

no alegaron la existencia de un riesgo real de violación de los derechos garantizados en los arts. 2 y 3 del CEDH. Por tanto, la falta de efecto suspensivo de un recurso ante una expulsión no constituye, en sí mismo, una violación del art. 13 del CEDH.

En los casos en los que se alega la violación del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, es frecuente que los Estados demandados aleguen, como excepción preliminar, la falta de agotamiento de las vías de recurso interno, de conformidad con el art. 35.1 del CEDH. Así sucedió en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, Sharifi y otros c. Italia y Grecia y N.D. y N.T. c. España*. En el caso *Hirsi Jamaa*, el Gobierno italiano alegó que los demandantes no presentaron sus agravios ante los tribunales internos italianos para quejarse de las vulneraciones sufridas y solicitar un resarcimiento. Sin embargo, precisamente debido al carácter colectivo de la expulsión, los demandantes alegaron que no dispusieron de recurso alguno que cumpliera con el art. 13 del CEDH. Por tanto, el TEDH acumuló esta excepción con el examen de fondo relativo al art. 13 del CEDH en su sentencia<sup>133</sup>.

Más endeble es el argumento presentado por el Gobierno español en *N.D. y N.T.*, en relación a la falta de agotamiento de los recursos internos como excepción preliminar, ya que se basa en las órdenes de expulsión posteriores a los hechos denunciados. Cabe recordar que después de los hechos objeto de la demanda hubo un segundo salto<sup>134</sup> en el cual, los demandantes consiguieron “entrar”, según la tesis del Gobierno, en territorio español y por tanto les fueron de aplicación las garantías previstas por la LOEx. Sin embargo, dado que los hechos objeto de la demanda corresponden al primer salto en el cual fue de aplicación el procedimiento de “rechazo en frontera”, la excepción preliminar fue rechazada por el TEDH<sup>135</sup>.

Cabe recordar que, en los casos de “devoluciones en caliente” de extranjeros, no se lleva a cabo ni la mera identificación, primer peldaño en la escala de los procedimientos tendentes a cumplir las exigencias del art. 13 del Convenio. Por tanto, como señala el TEDH en *N.D. y N.T.*, no se hace necesario entrar a valorar la cuestión relativa al carácter suspensivo del recurso, dado que ni siquiera se procedió a la identificación y a la comprobación de las circunstancias personales de los demandantes. Por tanto, existe un vínculo entre el carácter colectivo de la expulsión y la falta de acceso a un procedimiento nacional de acuerdo al art. 13 del CEDH<sup>136</sup>.

En un caso en el que se constata una expulsión contraria al art. 4 del Protocolo n. 4, en el supuesto de que los afectados hubieran podido tener acceso a un recurso efectivo,

---

<sup>133</sup> *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, op. cit.*, pág. 60.

<sup>134</sup> Sobre el segundo salto al triple vallado véase la nota al pie 19.

<sup>135</sup> *N.D. y N.T. c. España, op. cit.*, párs. 62 a 65.

<sup>136</sup> *N.D. y N.T. c. España, op. cit.*, pág. 120; *Sharifi y otros c. Italia y Grecia, op. cit.*, pág. 242.

este debería haber permitido la obtención de un control “atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución”<sup>137</sup>. De haber existido, se podría haber cuestionado el carácter de la expulsión, por lo que, en este sentido, el derecho a un recurso efectivo se configura como una garantía contra la arbitrariedad. Además de habilitar al cuestionamiento acerca de si la expulsión es o no legítima, a partir de un proceso con todas las garantías<sup>138</sup>.

En determinados casos, la posibilidad de plantear un recurso efectivo puede considerarse un indicador -en ningún caso concluyente- de que ha existido una identificación y, tal vez, un examen individual del caso concreto. De hecho, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos tuvo en cuenta el hecho de que varios extranjeros tuvieran la oportunidad de presentar un recurso individual ante su orden de expulsión, para no calificar como colectiva su expulsión<sup>139</sup>. No obstante, conforme a la jurisprudencia desarrollada por el TEDH (epígrafe III.3.1), cabe concluir que, en la actualidad, la simple posibilidad de que los extranjeros puedan presentar un recurso individual ante su expulsión en el foro interno del Estado parte, en sí misma, no puede redundar en la inexistencia de una vulneración de la prohibición de las expulsiones colectivas.

## **V. POSIBLES REPERCUSIONES DE LA APLICACIÓN DE ESTA JURISPRUDENCIA: EL CASO DE ESPAÑA**

*N.D. y N.T.* es el séptimo caso en el que el tribunal de Estrasburgo condena a un Estado por llevar a cabo expulsiones colectivas de extranjeros. No resulta baladí señalar que el primer caso, *Čonka y otros c. Bélgica*, data del año 2002. No fue hasta 2012, con *Hirsi Jamaa*, cuando por segunda vez el Tribunal vuelve a considerar que un Estado parte ha vulnerado la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. Por tanto, en unos cinco años han sido seis los casos en los que se ha determinado la vulneración del Convenio en este ámbito. Todo ello es síntoma de que los Estados parte, especialmente aquellos que constituyen frontera exterior de la UE, están recurriendo con frecuencia a la expulsión colectiva de extranjeros, a pesar de que son pocos los casos que finalmente logran llegar ante el TEDH. Como se ha insistido, en los casos de expulsiones colectivas es la falta de identificación de los posibles demandantes, y sus circunstancias

---

<sup>137</sup> *N.D. y N.T. c. España*, *op. cit.*, párs. 120 y 121.

<sup>138</sup> CERIANI CERNADAS, P., “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, n. 10, 2009, 189-214, p. 202.

<sup>139</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos (decisión de admisibilidad) de 16 de diciembre de 1988, *Alibaks y otros c. Países Bajos*, demanda n. 14209/88; Comisión Europea de Derechos Humanos (decisión de admisibilidad) de 16 de diciembre de 1988, *B. y otros c. Países Bajos*, demanda n. 14457/88. LOCHAC, D., “Article 4” ..., *op. cit.*, p. 1058.



económicas, personales y sociales lo que, entre otras cosas, dificulta extraordinariamente la presentación de una demanda ante el TEDH<sup>140</sup>.

Llama la atención a este respecto la falta de coherencia que demuestra el Gobierno español en su política exterior: por un lado ha defendido la legalidad de las “devoluciones en caliente” llevadas a cabo en la frontera hispano-marroquí; pero por otro lado ha defendido que la Declaración UE-Turquía debe llevarse a cabo sobre la base de un tratamiento individualizado de todo aquel que llegue a territorio europeo, permitiendo a los sujetos presentar una solicitud de asilo y, en su caso, plantear un recurso con efecto suspensivo [sic.]. Por tanto, según lo dicho por el Gobierno español, “España se opone a toda expulsión colectiva de refugiados” [sic.]<sup>141</sup>.

Partiendo de la base de que *N.D.* y *N.T.* no es un pronunciamiento definitivo hasta que la Gran Sala se pronuncie sobre el caso (epígrafe I), de la sentencia de la sección tercera del TEDH se pueden inferir algunas de las posibles repercusiones que la jurisprudencia del TEDH relativa a la prohibición de las expulsiones colectivas puede conllevar en el caso de las “devoluciones en caliente”, de confirmar la Gran Sala esta sentencia.

Más allá de las repercusiones que el pronunciamiento del TEDH puede conllevar a nivel interno, no está de más recordar que, sobre la base del principio de *res interpretata* derivado de los arts. 1, 19 y 32 del CEDH<sup>142</sup>, todos los Estados parte tiene la obligación de tener en cuenta las sentencias del Tribunal. Por tanto, con independencia de que el

---

<sup>140</sup> En estos casos, la actuación de activistas de derechos humanos resulta muy importante, como es el ejemplo de don José Palazón Osma quien ha captado numerosas imágenes acerca de este tipo de prácticas, lo que ha permitido fundamentar demandas como el asunto *Doumbe Nnabuchi c. España*, actualmente pendiente de admisión a trámite por el TEDH en relación a las “devoluciones en caliente”. Estas imágenes permiten someter los asuntos “con un mínimo de garantía de éxito ante el TEDH”; SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs. España, de 03.10.2017), *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, n. 65, enero-marzo 2018, 101-135, notas al pie 9 y 48.

<sup>141</sup> El mundo, “España amenaza con bloquear el acuerdo con Turquía sobre los refugiados”, 14 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.elmundo.es/espana/2016/03/14/56e68aa7ca4741a4158b45ae.html>

<sup>142</sup> El art. 1 del Convenio señala que, “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”; el art. 19 habla de la institución del Tribunal al señalar que, “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado «el Tribunal». Funcionará de manera permanente”; y el art. 32 referido a la competencia del Tribunal: “1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47; 2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, este decidirá sobre la misma”.

pronunciamiento se encuentre dirigido contra un Estado en particular, la jurisprudencia del TEDH crea un efecto *erga omnes* para todos los Estados contratantes<sup>143</sup>.

El caso *N.D. y N.T.* ha sido reenviado a la Gran Sala del TEDH, en aplicación del art. 43 del CEDH<sup>144</sup>. En efecto, el pasado 29 de enero, un panel de cinco jueces del tribunal de Estrasburgo decidió aceptar la petición del Estado español, con el fin de que la Gran Sala conozca del caso y emita un nuevo fallo. Con carácter general, el reenvío de un asunto a la Gran Sala no es una medida frecuente en el seno del TEDH<sup>145</sup>. Cabe entender que la decisión por la que el panel de jueces ha decidido remitir el caso a la Gran Sala es porque entiende que las sentencias del TEDH que afectan a las políticas migratorias de control de fronteras de los Estados parte, como es el caso *N.D. y N.T.*, se pueden subsumir en uno de los dos supuestos por los cuales cabe el reenvío que, en este caso, se debe a que el fallo se refiere a una cuestión grave de carácter general<sup>146</sup>. En este sentido no cabe duda que este caso plantea una cuestión de gran importancia que, de un modo u otro, afecta tanto a los Estados parte de Convenio, como a la política migratoria y al control de fronteras de España y de la UE, en la medida en que el Estado español forma parte del espacio Schengen.

Todavía habrá que esperar algunos meses para tener una sentencia definitiva. No obstante, puede aventurarse que la postura de la Gran Sala no variará demasiado a la

---

<sup>143</sup> MJÖLL ARNARDÓTTIR, O., "Res Interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation in giving domestic effect to the judgments of the european court of Human Rights", *The European Journal of International Law*, vol. 28 n. 3, 2017, 819-843, p. 843.

<sup>144</sup> El art. 43 del CEDH contempla la remisión ante la Gran Sala en los siguientes términos: "1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala; 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la solicitud si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general; 3. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala se pronunciará sobre el asunto mediante sentencia".

<sup>145</sup> Según las estadísticas recopiladas por el TEDH, las solicitudes de remisión solo son aceptadas en un pequeño porcentaje de casos -un poco menos del 5%-, siendo por tanto los admitidos "casos excepcionales". Véanse las estadísticas en, ECHR, "The general practice followed by the panel of the grand chamber when deciding on requests for referral in accordance with article 43 of the Convention", october 2011, p. 4. Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Note\\_GC\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Note_GC_ENG.pdf)

<sup>146</sup> El otro motivo por el cual el panel de cinco jueces puede aceptar la solicitud de remisión a la Gran Sala es cuando el asunto plantee una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos; véase el art. 43.2 del CEDH y la regla 73.1, "Request by a party for referral of a case to the Grand Chamber", de las Reglas de la Corte de 14 de noviembre de 2016. Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf) En cualquier caso, tan solo puede deducirse que el motivo por el cual se ha decidido admitir el recurso ha sido el apuntado, ya que la tendencia actual del panel es la de no motivar las decisiones por las cuales decide o no admitir el recurso ante la Gran Sala, a tenor de la regla 73.2 de las Reglas de la Corte. Tal y como señala el art. 45 del CEDH, únicamente se exige que se motiven las sentencias y las decisiones por las que se declaran admisibles o inadmisibles las solicitudes. Además, dado el alto número de solicitudes de remisión, si el panel tuviera la obligación de motivar cada una de las solicitudes de aceptación o rechazo de la remisión a la Gran Sala, se incrementaría de manera sustancial la carga de trabajo de la Corte.

ya adoptada por la sección tercera, debido a que, como se ha podido analizar, se asienta sobre una jurisprudencia consolidada por el TEDH. Si se atiende a la jurisprudencia anterior solamente en una ocasión, en *Khalaifia y otros c. Italia*, la Gran Sala del TEDH revoca la decisión de la sala de siete jueces, en lo que a la existencia de una expulsión colectiva de extranjeros se refiere. Sin embargo, en *Khalaifia* el cambio de parecer de la Gran Sala radica en que esta formación sí apreció que el tipo de identificación y procedimiento seguido por las autoridades, con respecto a los demandantes, ofreció a estos últimos la posibilidad real y efectiva de presentar los argumentos contra su expulsión<sup>147</sup>. En *N.D. y N.T.*, asunto en el que está en juego la compatibilidad con el CEDH de las “devoluciones en caliente”, el TEDH ni siquiera debe plantearse la efectividad del examen individual, debido a que no se llevó a cabo una mínima identificación.

En este orden de cosas, cabe esperar que el pronunciamiento de la Gran Sala contribuya a consolidar la jurisprudencia relativa a la prohibición de las expulsiones colectivas en general, y más en concreto, en relación a las “devoluciones en caliente”. Se debe tener en cuenta, como ya se ha señalado (epígrafe III.3.2), que actualmente existen dos casos pendientes ante el TEDH, a la espera de ser admitidos, y cuyos hechos son muy similares a los acontecidos en *N.D. N.T.* -si bien, con un plus de violencia-<sup>148</sup>. Lo importante es que la Gran Sala reafirme que las actuaciones de las autoridades españolas en el triple vallado suponen una aplicación del criterio del control efectivo, lo que lleva consigo la aplicación del Convenio. Sin embargo, si esta formación del tribunal de Estrasburgo se decide a afirmar que el vallado se encuentra en territorio español tampoco debería sorprender a nadie.

Con todo, los Estados declarados infractores del CEDH por el TEDH por una vulneración del CEDH, en virtud del art. 46.1 del CEDH<sup>149</sup>, deben de cumplir la sentencia cuando esta sea definitiva. Además de la satisfacción del pago de la suma

---

<sup>147</sup> El caso se refiere a la detención en un centro de recepción en Lampedusa y, posteriormente, en buques amarrados en el puerto de Palermo, así como la repatriación a Túnez de inmigrantes clandestinos que desembarcaron en la costa italiana en 2011 durante los acontecimientos vinculados con la "Primavera Árabe". Compárese el argumentario de ambas formaciones en relación con la existencia o no de expulsiones colectivas de extranjeros en este asunto en *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párs. 153 a 168; y STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, op. cit., párs. 243 a 258.

<sup>148</sup> *Doumbe Nnabuchi c. España*, op. cit.; *Balde y Abel c. España*, op. cit. En el primero de los casos los demandantes alegan la vulneración de los arts. 3; 5.1, letra f) y 5.2, y 13 en concordancia con el artículo 5.1, letra f); el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH; y el art. 13 en relación con el art. 3 y el art. 4 del Protocolo n.4 al CEDH. En el segundo de los casos los demandantes alegan la vulneración de los arts. 3; 4 del protocolo n.4 al CEDH y 13 en relación con los estos dos artículos citados.

<sup>149</sup> Este artículo señala que “las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”.

indicada a los demandantes, cuando así lo decida la sentencia, el Estado en cuestión debe adoptar medidas individuales que pongan fin a las violaciones y eliminar sus consecuencias; esto es, lograr, en la medida de lo posible, la *restitutio in integrum*. Por tanto, del art. 41 del CEDH<sup>150</sup> se desprende una obligación alternativa para el Estado condenado: la *restitutio in integrum*, de ser posible o, en su defecto, una indemnización. El objetivo principal es eliminar por completo las consecuencias de la violación sufrida por las víctimas<sup>151</sup>.

En lo que respecta a la reparación, en *N.D. y N.T.* los jueces, además de constatar la vulneración del art. 4 del Protocolo n. 4 al Convenio y, en relación a este, del art. 13, el TEDH falla que el Estado español debe abonar, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia haya adquirido firmeza, el montante de 5.000€ a cada uno de los demandantes en concepto de daño moral<sup>152</sup>. Mientras que existe unanimidad de los jueces en cuanto a la vulneración por parte de España del Convenio, no hay unanimidad en cuanto a la compensación pecuniaria. En su voto particular parcialmente discordante, el juez Dedov, muestra su disconformidad en relación a la cuantía de la indemnización decidida por el Tribunal. El juez ruso considera que la constatación de la violación es suficiente a efectos de perjuicio moral. Es destacable el hecho de que el juez Dedov justifica, de algún modo, a los guardas de fronteras al señalar que “han estado desconcertados por esta invasión, cuando los candidatos, acompañados por numerosos inmigrantes, han atacado la frontera”<sup>153</sup>.

Con todo, en lo que respecta a la reparación en casos de expulsiones colectivas, en ninguno de los siete casos en los que, hasta ahora, el TEDH ha señalado la violación del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, la reparación a las víctimas ha pasado por su readmisión en el territorio del Estado parte. En la totalidad de los casos, la reparación ha consistido en la constatación de la violación y, en ocasiones una indemnización

---

<sup>150</sup> El art. 41 del Convenio, bajo el título “satisfacción equitativa”, señala que “si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

<sup>151</sup> SUDRE, F., (Dir), *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, p. 927.

<sup>152</sup> *N.D. y N.T. c. España*, *op. cit.*, párr. 126.

<sup>153</sup> Voto particular parcialmente discordante del Juez Dedov en *N.D. y N.T. c. España*, *op. cit.* SOLANES CORRELLA, a este respecto señala que “esa toma de posición en la que se considera la vulnerabilidad de los guardacostas españoles o incluso la fragilidad de estos como representación de la soberanía española en la custodia de la frontera, llevaría a consagrar ese modelo de diferenciación jurídica de las diferencias [...] que se sustenta sobre el estatuto discriminatorio del extranjero”; SOLANES CORRELLA, A., “La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las «devoluciones en caliente»”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 26, 2017, 197-225, p. 215.

pecuniaria, siempre y cuando esta haya sido solicitada por los demandantes<sup>154</sup>. Así ha ocurrido también en *N.D. y N.T.* donde el tribunal de Estrasburgo tampoco ha dicho nada acerca de la readmisión de los demandantes.

Sin embargo, cabe plantearse hasta qué punto una indemnización pecuniaria restituye el daño causado por una expulsión, sin ningún tipo de garantía legal, que puede originar el traslado del sujeto a un Estado en el cual pueda verse sometido a tratos inhumanos o degradantes. Por este motivo, en ocasiones, ni siquiera la reparación pecuniaria puede hacerse efectiva, dado que en el momento en el que el TEDH emite su fallo alguno de los demandantes se halla en paradero desconocido o fallecido. Estos dos supuestos se dieron en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*; mientras que en *N.D. y N.T.*, respecto del segundo demandante, se desconoce su paradero actual. En este sentido cabe valorar que, además de la compensación equitativa, el TEDH debería, en los casos en los que fuera posible, aplicar la *restitutio in integrum*, lo que en supuestos de expulsiones colectivas pasaría por la readmisión en el territorio parte del extranjero en cuestión con el fin de que sea sometido a un procedimiento individual conforme al Convenio. Además, dadas las cuantías indemnizatorias que tiende a fallar el TEDH, y teniendo en cuenta que los demandantes por este tipo de expulsiones llegan a cuentagotas, a los Estados parte les puede salir más a cuenta hacer frente a la sanción pecuniaria que establecer políticas que respeten el CEDH.

En *N.D. y N.T.*, la decisión de admisibilidad adoptada por el Tribunal rechazó la queja alegada por los demandantes en relación con el art. 3 del Convenio, en relación al principio de no devolución, por lo que dicha cuestión no pudo prosperar. La decisión de admisibilidad es muy escueta y no indica exactamente los motivos por los que dicho artículo no fue admitido a trámite, ya que el TEDH se limita a indicar que, sin prejuzgar la situación de riesgos de malos tratos generalizados en Marruecos invocados por los demandantes, estima que no hay nada en el expediente que permita evidenciar alguna

---

<sup>154</sup> En *Čonka c. Bélgica* el TEDH determinó que el Estado parte tenía que resarcir a cada uno de los demandantes con la suma de 10.000 € a cada uno; en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* la cantidad fue de 15.000 € a cada demandante; en *Shioshvili y otros c. Rusia*, la cantidad fue de 30.000 € para todos los demandantes; mientras que en *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* los demandantes no presentaron ninguna reclamación, respecto de Grecia, por ningún daño inmaterial o pecuniario, por lo que el TEDH estimó que no existía ninguna razón para concederles un importe, a este respecto, a expensas de Grecia. Por su parte en *Georgia c. Rusia (I)*, así como en *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, el TEDH consideró que la concesión de importes en concepto de daños y perjuicios, en estos casos, no estaba lista para ser examinada. En relación a las costas, el demandante tiene derecho al reembolso de las mismas, así como a los gastos del procedimiento, únicamente en la medida en que pueda demostrarse que se haya incurrido en estos gastos de manera efectiva y necesaria, y que la cuantía de los montantes es razonable. Para determinar estos requisitos, el TEDH exige facturas, lo suficientemente detalladas, que permitan verificar los anteriores requisitos; véase entre otras, *Shioshvili y otros c. Rusia*, *op. cit.*, pág. 102; *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, *op. cit.*, pág. 255.

aparente violación por parte de las autoridades españolas del art. 3 del CEDH<sup>155</sup>. Sin embargo, el TEDH contaba con información aportada tanto por el Comité para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa, como con las declaraciones de ACNUR, ambas coincidentes, acerca del uso desmedido de la violencia empleada en las fronteras españolas. Así como los reiterados llamamientos al Gobierno español, por parte de estos dos organismos, para que los derechos humanos en la frontera hispano-marroquí sean garantizados<sup>156</sup>. Dado el peso que pueden desempeñar, tanto en el panorama internacional como regional de protección de los derechos humanos, las terceras partes intervinientes que denuncian estas vulneraciones, como es el caso de ACNUR, sumado a la explícita violencia que se deriva de las imágenes aportadas y a las cuales el TEDH otorgó gran valor, bien hubiera valido que declarase, al menos, la admisibilidad con el fin de profundizar en su análisis<sup>157</sup>.

En los dos casos que actualmente se encuentran en trámite de admisibilidad ante el TEDH en relación a las “devoluciones colectivas”, *Doumbe Nnabuchi y Balde y Abel*, se plantea la vulneración del art. 3 del CEDH en relación al principio de no devolución; sin embargo, todavía no se ha dictado la decisión de admisibilidad en ninguno de los dos casos. En los asuntos que se encuentran en juego ante el TEDH, si el Tribunal aplica su postura mantenida en *Hirsi Jamaa y otros* en relación al art. 3 del Convenio, existirá una dificultad en la política migratoria española al no poder expulsar a extranjeros a Marruecos y otros Estados de la región, ya que se puede poner muy en duda que Marruecos sea un tercer Estado seguro. En todo caso, la noción de tercer Estado seguro a los efectos de expulsión de extranjeros merece un estudio más detallado que no se puede abordar en esta sede.

---

<sup>155</sup> *N.D. y N.T. c. España* (decisión de admisibilidad), *op. cit.*, p. 15.

<sup>156</sup> *N.D. y N.T. c. España* (decisión de admisibilidad), *op. cit.*, párs. 9 y 10. Sobre esta situación de violencia en la zona fronteriza por parte de las autoridades fronterizas véase el informe 2016/17 de Amnistía Internacional, “La situación de los derechos humanos en el mundo”, p. 184. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/4800/2017/es/>

<sup>157</sup> En este sentido cabría plantearse si la entrega de extranjeros por parte de las autoridades españolas a las fuerzas de seguridad marroquíes, a sabiendas de los malos tratos infligidos por estos últimos a los extranjeros que les son entregados, puede encuadrarse en algún tipo de responsabilidad internacional conforme al Derecho internacional general. En el contexto de la cooperación en materia de inmigración España conoce, o debería conocer, el trato proporcionado por las autoridades marroquíes a los extranjeros que les son entregados. A este respecto, las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades españolas pueden enmarcarse en el art. 16 del proyecto aprobado por la CDI en 2001 sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el cual dice lo siguiente: “Artículo 16: Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito. El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si: a) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y b) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia”.

A este respecto, no resulta baladí destacar que uno de los argumentos sustentados por el Gobierno español en *N.D. y N.T.* para disuadir al TEDH de que en este caso no se da una violación de la prohibición de las expulsiones colectivas, fue alegar que este asunto es el primero en el cual el TEDH declara inadmisibile la queja respecto del art. 3 en un caso relativo a una expulsión colectiva<sup>158</sup>. En relación a ello cabe destacar sendos aspectos de cara a un futuro pronunciamiento del TEDH en los dos casos mencionados anteriormente que se encuentran pendientes de admitir a trámite. En primer lugar, aunque el TEDH no hace referencia a ello, precisamente en el primer caso en la historia del TEDH en el cual se constató una violación del art. 4 del protocolo 4, *Čonka y otros c. Bélgica*, el tribunal declaró inadmisibile la alegación de las partes en relación a la vulneración del art. 3 debido, en este caso, a que los tratos no alcanzaron el umbral mínimo de gravedad exigible para un tratamiento contemplado por el art. 3<sup>159</sup>. Con independencia de este hecho, el carácter colectivo de la expulsión, por sí mismo, es suficiente para contravenir la CEDH. Ningún dato o hecho en la jurisprudencia del TEDH lleva a pensar que esta prohibición tenga que ir necesariamente asociada a una vulneración del art. 3 u otro derecho. En segundo lugar, como señala la doctrina, la obstaculización del acceso a la frontera, por parte de un Estado, a extranjeros en situación administrativa irregular, a sabiendas de que estos pueden ser abandonados en el desierto por las autoridades marroquíes y en un contexto en el que no puede ser descartada la existencia de un riesgo para la vida o su libertad, equivale a un incumplimiento de la prohibición de *non refoulement*<sup>160</sup>.

En otro orden de cosas, en el caso de que la Gran Sala ratifique la sentencia, España deberá cumplir con la sentencia, cuya supervisión corre a cargo del Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>161</sup>. Además de la satisfacción equitativa otra de las obligaciones que derivan del cumplimiento de la sentencia es la adopción de medidas generales; esto es, la puesta en marcha de medidas con el fin de que otras personas no sufran violaciones similares a las soportadas por los demandantes. En ocasiones, sobre todo cuando el germen del cual emana la violación de derechos humanos es una norma

---

<sup>158</sup> *N.D. y N.T. c. España, op. cit.*, p. 78.

<sup>159</sup> STEDH de 13 de marzo de 2001 (decisión de admisibilidad), *Čonka y otros c. Bélgica*, demanda n. 51564/99.

<sup>160</sup> PERAL, L., "Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 11, 2006, 1- 21, p. 8.

<sup>161</sup> Según los últimos datos aportados por el TEDH, del total de 107 casos transmitidos al departamento de ejecución de sentencias del TEDH, por vulneración del CEDH por parte de España, desde la entrada en vigor del Convenio para España el 4 de octubre de 1979, 77 han sido cerrados por medio de resolución final, lo que implica una ejecución efectiva de la sentencia. Véanse las estadísticas en: <https://rm.coe.int/1680709746>

jurídica, las medidas generales pasarán por una reforma de la norma interna en cuestión<sup>162</sup>.

Por tanto, el caso no finaliza con el pronunciamiento del TEDH, sino que el Comité de Ministros del Consejo de Europa debe recibir los planes y balances de acción presentados por el Estado infractor, en los que plasma las medidas adoptadas con la finalidad de evitar nuevas vulneraciones de derechos humanos<sup>163</sup>. Con su aprobación por parte del Comité de Ministros, mediante una resolución definitiva, se cierra el caso<sup>164</sup>.

Si la Gran Sala confirma la sentencia dictada en *N.D. y N.T.* por la sección tercera, el legislador español deberá reformar la normativa que permite el “rechazo en frontera” en Ceuta y Melilla. A pesar de que el TEDH resuelve el caso *N.D. y N.T.* conforme a los hechos probados que le son planteados, los hechos de este caso son una

---

<sup>162</sup> A este respecto, “Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements”, adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers’ Deputies and amended on 18 January 2017 at the 1275th meeting of the Ministers’ Deputies. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806eebf0>.

<sup>163</sup> Por ejemplo, en el caso *Hirsi Jamaa c. Italia*, el Estado italiano, en cumplimiento de la sentencia que le condenaba por la violación del art. 3, el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, y el art. 13 en relación con el art. 3 y el art. 4 del Protocolo n. 4, en el último informe de acción que el Estado italiano elevó al Comité de Ministros indicaba las medidas tomadas, conforme el art. 46.1 del CEDH. Entre las medidas individuales cabe destacar la notificación del nombre de los solicitantes a todos los departamentos territoriales con el fin de comprobar si estas personas se encontraban en centros de recepción y si les había sido abierto un procedimiento por inmigración ilegal; además del pago de las sumas que el TEDH obligaba al Estado a pagar a los demandantes. En relación a las medidas generales, el Estado italiano suspendió los acuerdos bilaterales con Libia debido a los problemas que se produjeron en este último Estado en 2011 -cabe recordar que el Estado italiano se amparó en dicho acuerdo para dar cobertura a las expulsiones colectivas de los demandantes, sin considerar, entre otras cosas, las circunstancias imperantes en materia de derechos humanos que reinaban en Libia-. Además, Italia suspendió cualquier acuerdo que condujera al rechazo de migrantes irregulares y, de conformidad con la sentencia *Hirsi Jamaa*, afirmó su deseo de adoptar una política de acogida y no de represión; Committee of Ministers Of Ministers Council of Europe, *Communication from Italy concerning the case of Hirsi Jamaa and Others against Italy (Application No. 27765/09)*, DH-DD(2016)785-rev, date: 25/07/2016.

<sup>164</sup> Continuando con el ejemplo de la sentencia *Hirsi Jamaa*, el Comité de Ministros del Consejo de Europa decidió cerrar el examen del caso una vez que el Estado italiano adoptó todas las medidas requeridas por el art. 46.1 del CEDH; Resolution CM/ResDH(2016)221 Execution of the judgment of the European Court of Human Rights, *Hirsi Jamaa and Others against Italy, (Adopted by the Committee of Ministers on 14 September 2016 at the 1264th meeting of the Ministers’ Deputies)*. De acuerdo con el art. 46.1 del CEDH, “las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”. A este respecto, el Protocolo n. 14 al CEDH (Instrumento de Ratificación del Protocolo número 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, hecho en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004, *BOE* n. 130, de 28 de mayo de 2010) pone a disposición del Comité de Ministros, en el marco del procedimiento de control de la ejecución de las sentencias del TEDH, los recursos de incumplimiento e interpretación. El primero de ellos prevé que, ante la negativa de un Estado parte de acatar una sentencia definitiva, el Comité de Ministros pueda plantearle la cuestión al TEDH; si bien, su uso se encuentra previsto para situaciones excepcionales. El segundo de los recursos consiste en que el TEDH se pronuncia sobre el sentido de la sentencia y no acerca de las medidas del Estado para su ejecución; SALINAS ALCEGA, S., “El nuevo procedimiento de control de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el proceso de *Interlaken*: la evolución técnica de un mecanismo político”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 36, 2015, 1-42, pp. 12-15.



materialización del arquetipo de “devolución en caliente”, descrito por la disposición adicional décima de la LOEx. De confirmarse la contrariedad de este tipo de expulsiones al Convenio por parte de la Gran Sala, España no podrá seguir llevando a cabo las expulsiones que la disposición adicional décima pretende legitimar. En el caso de que España no modifique o derogue esta disposición, y continúe aplicando lo dispuesto en la disposición adicional décima, *N.D.* y *N.T.* será el primero, pero con mucha probabilidad no el último asunto por el que España sea declarada responsable internacionalmente de llevar a cabo expulsiones colectivas de extranjeros prohibidas por el CEDH. De hecho, muy recientemente, ha habido una propuesta por parte de algunos Grupos Parlamentarios quienes han tratado, sin éxito, de modificar la disposición adicional décima de la LOEx. Esta propuesta fue rechazada el 8 de noviembre de 2017, esto es, una vez conocida la sentencia del TEDH y su postura en relación con esta clase de expulsiones<sup>165</sup>.

Por el momento, desde que la decisión del tribunal de Estrasburgo se hizo conocida, el Estado español, lejos de modificar su conducta, ha seguido llevando a cabo devoluciones colectivas de extranjeros en la frontera hispano-marroquí. El Subcomité para la prevención de la tortura visitó España del 15 al 26 de octubre de 2017, con ocasión de las visitas que regularmente realiza a los países que han ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El jefe de la delegación de expertos, a raíz de su visita, ha señalado que “los expertos instamos al Estado a no realizar devoluciones sumarias conocidas como «devoluciones en caliente» sin una evaluación previa e individualizada sobre el riesgo de tortura al retornar a su país de origen”<sup>166</sup>. Muy recientemente, el

---

<sup>165</sup> Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (622/000013), presentada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. XII Legislatura, n. 148, 21 de septiembre de 2017. La propuesta fue rechazada el 8 de noviembre de 2017, con 142 votos en contra, 56 abstenciones, 5 no votos, frente a 31 síes. Véase en, <http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/sesionesplenarias/pleno/rwdsesionespleno/detalle/votaciones/index.html?sp=26&legis=12&id1=26&id2=650> Véanse los argumentos de algunos partidos políticos al rechazo de la propuesta en, Europa Press, “El PP rechaza derogar las devoluciones en caliente y recurre la condena de Estrasburgo”, 8 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.publico.es/sociedad/pp-rechaza-derogar-devoluciones-caliente-y-recurre-condena-estrasburgo.html>. Esta postura también ha derivado en un llamamiento a la sociedad civil impulsado por CEAR quien, conocida la sentencia *N.D.* y *N.T.*, inició una campaña de recogida de firmas con el fin de eliminar la enmienda de la Ley de Seguridad Ciudadana que modifica la LOEx; véase la campaña iniciada y el número de firmas recogido hasta la fecha en: <https://www.cear.es/firma-contra-devoluciones-caliente/>

<sup>166</sup> Con ocasión de la visita del Subcomité para la Prevención de la Tortura a España, presentará un informe confidencial al Gobierno español con recomendaciones para prevenir ciertos actos que desencadenan en malos tratos; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Expertos de la ONU urgen a España fortalecer el mecanismo nacional para la

Comité de los Derechos del Niño también ha mostrado preocupación sobre las “devoluciones en caliente” de niños que buscan protección internacional en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, sin las garantías necesarias<sup>167</sup>.

Cabe recordar que la LOEx ya contempla las figuras de “la devolución” y “la denegación de entrada”, en los arts. 58 y 60 respectivamente; procedimientos que permiten la expulsión de un extranjero en un plazo breve de tiempo. Incluso en el caso de “las devoluciones”, cuando se dan las circunstancias previstas en el art. 58.3 de la citada norma, no es necesario que se curse ni siquiera un expediente de expulsión. Por tanto, la normativa española en materia de extranjería ya contempla procedimientos abreviados y con garantías que permiten la salida de extranjeros del territorio nacional español sin que necesariamente se vulnere el CEDH<sup>168</sup>. Por tanto, la derogación de los llamados “rechazos en frontera” en Ceuta y Melilla no implica que no se puedan aplicar mecanismos de expulsión de extranjeros en un plazo breve de tiempo.

Asimismo, cabe recordar que actualmente el Tribunal Constitucional tiene sobre la mesa, admitido a trámite desde el 9 de junio de 2015, un recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, el cual, fue promovido por más de cincuenta diputados de diversos grupos parlamentarios<sup>169</sup>. Las dudas sobre la constitucionalidad de algunos preceptos contenidos en esta norma derivan tanto de la actuación de la Administración, como del acceso a la justicia<sup>170</sup>. Es posible que el Tribunal Constitucional tenga en consideración el pronunciamiento del tribunal de Estrasburgo a la hora de decidir la compatibilidad de las garantías que proporciona la disposición final primera de

---

prevención de la tortura”, 31 de octubre de 2017. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22329&LangID=S>

<sup>167</sup> Comité de los Derechos del Niño, “Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain”, CRC/C/ESP/CO/5-6, 2 de febrero de 2018, p. 44, letra d).

<sup>168</sup> Algún autor ha señalado que la sentencia *N.T.* y *N.D.* también puede ser una oportunidad para revisar si otras modalidades de expulsión, tales como las devoluciones y denegaciones de entrada, ambas previstas en la normativa española de extranjería, permiten que se apliquen los requisitos ineludibles del CEDH relativos a un examen razonable y objetivo de las circunstancias de cada uno de los extranjeros objeto de la medida; CASTILLA JUÁREZ, K., “N.D y N.T. contra España: más que las devoluciones en caliente, menos que un recurso con las máximas garantías. Análisis de la Sentencia del TEDH sobre las expulsiones colectivas”, Página del Institut de Drets Humans de Catalunya, 18 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.idhc.org/es/actualidad/n-d-y-n-t-contra-espana-mas-que-las-devoluciones-en-caliente-menos-que-un-recurso-con-las-maximas-garantias.php>

<sup>169</sup> Recurso de inconstitucionalidad n.º 2896-2015, contra los artículos 19.2, 20.2, 36.2, 36.23, 37.1 en relación con el 30.3, 37.3, 37.7, y la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE n.143, de 16 de junio de 2015).

<sup>170</sup> RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Régimen jurídico de los extranjeros...*, op. cit., p. 449. Algunos de los motivos por los cuales se alega la inconstitucionalidad de la disposición final primera residen en que esta vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, así como de las garantías procesales reconocidas en el art. 24 de la Constitución, además del art. 106, el cual permite a los tribunales internos controlar la actuación administrativa de las autoridades estatales.

la Ley de Seguridad Ciudadana con los derechos que la Constitución Española reconoce. Como ha sido señalado por el propio Tribunal Constitucional, en relación a la jurisprudencia del TEDH, “no sólo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales [también] resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento”<sup>171</sup>.

Por último, este fallo y el respaldo jurídico internacional que proporciona puede servir para que los demandantes -al menos *N.D.*, que es de quien se conoce su paradero-, puedan declarar en la causa archivada en la que se imputa a ocho guardias civiles por estas devoluciones y, con ello, proceder a la reapertura del caso (epígrafe II.2.2). Cabe recordar, en relación a este asunto, que el Juzgado de Instrucción n. 2 de Melilla afirmó que, aunque no han desaparecido los indicios de delito de trato vejatorio, con posibilidad de ampliarlo a un delito de lesiones, los datos que barajaba eran insuficientes para proseguir con la causa. Por lo que “nuevos medios de prueba, fundamentalmente las declaraciones de los perjudicados”, podrían reabrir el caso<sup>172</sup>. En cualquier caso, lo que es evidente en este punto es que el fallo del TEDH evidencia que las potenciales víctimas de vulneraciones de derechos humanos pueden obtener un respaldo internacional -e incluso una indemnización- cuando no se ha obtenido dicha protección a nivel interno<sup>173</sup>.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como se acaba de comprobar, en su jurisprudencia el TEDH, por una parte, se muestra consciente de los retos migratorios a los que se ven enfrentados los Estados parte del Consejo de Europa quienes, sobre la base de su soberanía, son los responsables de gestionar los flujos migratorios que llegan a las fronteras de sus

---

<sup>171</sup> STC 303/1993, de 25 de octubre, F.J. 8 (*BOE* n. 286, de 30 de noviembre de 1993).

<sup>172</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n. 2 de Melilla, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 0000866 /2014, de 11 de agosto de 2015, p. 16.

<sup>173</sup> A diferencia de otros tribunales regionales de protección de derechos humanos, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las personas físicas, de acuerdo con el art. 34 del CEDH pueden presentar una demanda directamente ante el TEDH, por una afectación directa de la medida incriminada. No obstante, de acuerdo con el art. 36. 1 del Reglamento del Tribunal, puede actuar por medio de un representante, en los términos y condiciones exigidos por el art. 34 y 45.2 de dicho Reglamento. Esta accesibilidad supone que el TEDH se encuentre inundado de demandas individuales. Aunque se estima que más del 95% de ellas no son admitidas a trámite, esto es, no se llega a un examen sobre el fondo por no cumplir alguno de los requisitos de admisibilidad previstos por el CEDH, el Tribunal se encuentra obligado a dar una respuesta a cada demanda planteada. Lo que implica que a veces, las víctimas son resarcidas después de varios años, tiempo durante el cual, la práctica estatal en cuestión que genera una violación de derechos humanos, prosiga durante este tiempo. A este respecto véase la “Guía práctica sobre admisibilidad”, de 2014, cuya versión en español se encuentra disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf)

territorios. Pero por otra, el tribunal de Estrasburgo tiene claro que los Estados parte deben cumplir el CEDH en el desarrollo de sus políticas migratorias.

A tenor de lo establecido en la disposición adicional décima de la LOEx, por la que se crea un régimen especial para Ceuta y Melilla, las autoridades fronterizas españolas pueden “rechazar” a aquellos extranjeros que se encuentren intentando superar el triple vallado ubicado en la frontera hispano-marroquí, con el fin de impedir su entrada en España. Estas “devoluciones en caliente” han encontrado desde sus comienzos la oposición de instituciones internacionales y regionales de protección de derechos humanos, doctrina, ONGs y sociedad civil. Todas estas voces apuntan, de un modo u otro, a la ilegalidad de estas devoluciones por contrariar diversos tratados internacionales y regionales de protección de derechos humanos de los que España es signataria.

El pasado octubre de 2017, doce años más tarde desde el inicio de las “devoluciones en caliente”, el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en *N.D.* y *N.T.* acerca de la compatibilidad de estas devoluciones con los derechos y libertades garantizados por el CEDH. La decisión del tribunal de Estrasburgo no ha sido una sorpresa: las “devoluciones en caliente” son contrarias al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH. Además, también transgreden el derecho a un recurso efectivo, regulado en el art. 13 del CEDH, en relación a la prohibición de expulsiones colectivas. Por tanto, el TEDH no se ha dejado convencer por los argumentos del Gobierno español para justificar las “devoluciones en caliente”.

Como aspectos positivos de esta sentencia cabe destacar, en primer lugar, que el TEDH confirma y desarrolla su jurisprudencia relativa a la aplicación extraterritorial del Convenio bajo la teoría del “control efectivo”. En segundo lugar, el TEDH defiende un concepto autónomo de expulsión que se materializa en el traslado de un extranjero al territorio de un Estado no parte, al margen de que ese traslado sea llevado a cabo o no desde el territorio de un Estado parte. Ello con independencia de la terminología que esta acción reciba en el Estado parte -ya sea rechazo, devolución, etc.-. Por todo ello, y reafirmando su jurisprudencia relativa al art. 4 del Protocolo n. 4 y al art. 13 del CEDH, el TEDH concluye que las “devoluciones en caliente” vulneran la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros.

Sin embargo, cabe una valoración en sentido crítico sobre determinados aspectos. Por una parte, el hecho de que el TEDH no entre a examinar la ubicación geográfica del triple vallado situado en la frontera de España con Marruecos, cuando no hay dudas de que se encuentra en territorio español. Si bien con la aplicación del control efectivo el TEDH deja bien claro que los hechos se hallan bajo la jurisdicción de España. Por otra parte, ha sido una ocasión perdida para que el TEDH se pronunciara sobre la posible vulneración del art. 3 del CEDH por la devolución de los demandantes hacia Marruecos.

En los casos planteados ante el TEDH, *Doumbe Nnabuchi* y *Balde y Abel*, aún no admitidos a trámite, el Tribunal tendrá que decidir si el art. 3 es de aplicación, ya no solo con relación a las expulsiones colectivas, sino en aquellos supuestos de expulsión a terceros Estados que, con la terminología usada en *Hirsi Jamaa y otros*, se pueden calificar de “no seguros”. Lo que condicionaría enormemente la política de control de fronteras en relación a Estados no seguros, como puede ser considerado Marruecos.

El caso *N.D. y N.T.* está ahora mismo en manos de la Gran Sala. En el caso de que esta formación del TEDH se mantenga fiel a la jurisprudencia que ha venido fallando durante estos años en relación a la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, deberá reafirmar lo concluido por la sala de siete jueces. En este punto, y debido a que las “devoluciones en caliente” no se asientan en una interpretación normativa, sino en el cumplimiento de lo claramente establecido por la disposición adicional décima de la LOEx, el Estado español no tendrá más remedio que proceder a una reforma normativa. Por tanto, queda por ver si *N.D. y N.T.* se convertirá en la última exhortación -si bien no ha sido la primera- para que España cambie su política de inmigración.

Con carácter general, las reacciones que ha desencadenado el fallo del tribunal de Estrasburgo en el caso *N.D. y N.T.*, relativo a las “devoluciones en caliente”, han sido varias y diversas. La sentencia ha sido bien recibida tanto por la sociedad civil como por diversas ONGs<sup>174</sup>. Una postura neutra ha sido la expresada por la Comisión Europea, quien ha señalado, en relación al fallo, que “España debe analizarla y aplicarla”. Sin embargo, sostiene que las oficinas de solicitud de asilo de Ceuta y Melilla son un paso en la dirección hacia el respeto al principio de no devolución, omitiendo cualquier referencia al adjetivo de “colectivas” que el TEDH ha atribuido a este tipo de expulsiones<sup>175</sup>. Por su parte, las autoridades de Melilla han mostrado preocupación por las repercusiones que la sentencia del TEDH puede conllevar. En concreto se ha hecho referencia a un posible “efecto llamada”, a consecuencia de la posible prohibición del “rechazo en frontera”, en el caso de que la postura definitiva de la Gran Sala confirme la

---

<sup>174</sup> El blog de los observadores de Estrasburgo, ubicado en el Centro de Derechos Humanos de la Unidad de Gante, Bélgica, como cada comienzo de año, lanzó una encuesta para que los lectores votaran por el mejor y peor juicio del TEDH de 2017, siendo el asunto *N.D. y N.T. c. España*, con más de 471 votos en el momento de redactar estas líneas, elegido como el mejor pronunciamiento del TEDH en 2017 por, entre otras cosas, la calidad del razonamiento jurídico empleado. Véanse dichos resultados en: <https://strasbourgobservers.com/2018/01/11/poll-best-and-worst-ecthr-judgment-of-2017/>; Amnistía Internacional, “Gobierno de España: no más «devoluciones en caliente», cumpla desde ya”, <https://www.es.amnesty.org/actua/acciones/espana-devoluciones-caliente-oct17/>

<sup>175</sup> El español, “España puede contar con el apoyo de la UE para afrontar la presión migratoria”, 23 de enero de 2018. Disponible en: [https://www.elespanol.com/mundo/europa/20180123/espana-contar-apoyo-ue-afrontar-presion-migratoria/279223126\\_0.html](https://www.elespanol.com/mundo/europa/20180123/espana-contar-apoyo-ue-afrontar-presion-migratoria/279223126_0.html)

conclusión a la que ha llegado la sala de siete jueces. Llegado este punto, según el Presidente de la Comunidad Autónoma de Melilla, “será necesario subir la valla más metros”<sup>176</sup>. Por tanto, aboga por la idea de una “Europa fortaleza”.

En cualquiera de los casos, este pronunciamiento ya supone una batalla ganada en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Ya se ha sido testigo de cómo sentencias del TEDH, como fue el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, marcaron un hito<sup>177</sup> para obligar a los Estados parte a que respeten los derechos humanos en sus políticas migratorias. Es posible que *N.D. y N.T.* se convierta en una suerte “*Hirsi Jamaa 2.0*”, en un panorama europeo en el que las expulsiones colectivas de extranjeros son un fenómeno que ha ido adquiriendo presencia.

Con independencia del “efecto respuesta” que *N.D. y N.T.* pueda conllevar en la política migratoria española, este caso supone un aporte para todos los Estados parte en la compleja tarea de equilibrar los intereses soberanos de los Estados y los derechos humanos de los extranjeros. El pronunciamiento adquiere una relevancia mayor si se considera el hecho de que nos encontramos en un contexto de creciente “fortificación” por parte de los Estados europeos, como respuesta a la presión migratoria<sup>178</sup>. Sin embargo, en este escenario, la jurisprudencia de la más alta autoridad europea en materia de derechos humanos, el TEDH, aporta criterios para equilibrar los intereses de ambas partes, actuando como una valla capaz de limitar la soberanía de los Estados parte en el diseño de sus políticas migratorias.

---

<sup>176</sup> El faro de Melilla, “Imbroda dice que habrá que «subir la valla» si no se pueden hacer rechazos en frontera”, 5 de octubre de 2017. Disponible en: <https://elfarodemelilla.es/2017/10/05/imbroda-dice-habra-subir-la-valla-no-se-pueden-rechazos-frontera/>

<sup>177</sup> ACNUR, “Sentencia histórica del Tribunal de Estrasburgo sobre las devoluciones en el Mediterráneo”, 23 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/sentencia-historica-del-tribunal-de-estrasburgo-sobre-las-devoluciones-en-el-mediterraneo/>

<sup>178</sup> Europa Press, “Eslovenia amenaza con construir una valla para frenar a los refugiados si no recibe apoyo de la UE”, 23 de octubre de 2015. Disponible en: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-eslovenia-amenaza-construir-valla-frenar-refugiados-si-no-recibe-apoyo-ue-20151023133120.html>; El Mundo, “El anuncio de Austria de levantar una valla por los refugiados levanta ampollas”, 28 de octubre de 2015. Disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2015/10/28/5630843ce2704e25638b45a2.html>; El Periódico, “Hungria empieza a construir una segunda valla en la frontera para frenar el flujo migratorio”, 27 de febrero de 2017. Disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/internacional/20170227/hungria-empieza-construir-segunda-valla-frontera-para-frenar-flujo-migratorio-5863554>