



# Las devoluciones de extranjeros en frontera y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

di Pablo Meix Cereceda \*

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Jurisdicción, territorio y el concepto de “frontera operativa”. – 3. La prohibición de expulsiones colectivas. – 3.1. ¿Hubo “expulsión” en el sentido del artículo 4 del Protocolo nº 4? – 3.2. ¿Fue “colectiva” la expulsión de los recurrentes? – 3.3. Sobre la minoría de edad del primer recurrente. – 4. El derecho a un recurso efectivo en el Derecho interno. – 5. Reflexiones finales.

## 1. Introducción

El 13 de febrero de 2020 la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en el asunto *N.D. y N.T. contra España*. La sentencia, favorable al Estado español, fue dictada por la Gran Sala y vino a revocar aquella dictada por una Sala del mismo tribunal el 17 de octubre de 2017<sup>1</sup>. En la sentencia de 2017, la Sala había declarado infringidos tanto la

\* *Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha*. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo (*double blind peer review*); il testo è stato accettato il 23 settembre 2020.

<sup>1</sup> Un estudio detallado de la sentencia de la Sala se encuentra en Sánchez Tomás (2018).



prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros<sup>2</sup> como el derecho a un recurso efectivo en relación con la anterior prohibición<sup>3</sup>.

El presente trabajo no pretende examinar de manera exhaustiva el régimen jurídico de las devoluciones en el ordenamiento español ni en el Derecho internacional, sobre todo lo cual existen importantes estudios doctrinales<sup>4</sup>, sino poner de manifiesto los argumentos por los que la Gran Sala convalidó las devoluciones y exponer algunas críticas de tal razonamiento.

El asunto *N.D. y N.T.* constituye la primera ocasión en que el Tribunal enjuicia las devoluciones sumarias de extranjeros (conocidas mediáticamente como “devoluciones en caliente”) en las fronteras terrestres de un país miembro del Consejo de Europa. En efecto, otras sentencias dictadas en los últimos años trataban sobre la interceptación

<sup>2</sup> Art. 4 del Protocolo nº 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como “Convenio Europeo de Derechos Humanos”, se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor con carácter general el 3 de septiembre de 1953 y para España el 4 de octubre de 1979 (fecha también de su ratificación). Su texto actual es el resultado de distintas modificaciones, la última de las cuales se efectuó por el Protocolo nº 14 (STCE nº 194), hecho en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004 y en vigor desde el 1 de Junio de 2010. Por su parte, el Protocolo nº 4 amplía el catálogo de derechos protegidos por el Convenio. Este Protocolo se firmó en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 y entró en vigor el 2 de mayo de 1968, aunque España lo ratificó y está obligada por él desde el 16 de septiembre de 2009.

<sup>3</sup> Art. 13 del Convenio en conjunción con el art. 4 del Protocolo nº 4.

<sup>4</sup> Un estudio de la sentencia de la Gran Sala en el contexto del Derecho internacional y del Derecho español, incluyendo cita de las decisiones judiciales sobre distintos aspectos, en Sánchez Legido (2020). Para un recorrido por la jurisprudencia del TEDH en materia de expulsiones colectivas, véase Solanes Corella (2017).



de personas en el mar y su transporte a otros países bajo custodia de las propias autoridades que los interceptaron (italianas en los tres casos más recientes)<sup>5</sup>. La sentencia también es importante porque viene a avalar la escueta regulación de las devoluciones sin procedimiento por una ley orgánica española en el año 2015<sup>6</sup>.

De modo abreviado, los hechos guardaban relación con la práctica de saltos masivos sobre la línea fronteriza de Melilla, protegida por tres vallas paralelas (más precisamente, una valla exterior, un dispositivo intermedio denominado “sirga tridimensional” que pretende dificultar el movimiento y con ello demorar el acceso, y una valla interior)<sup>7</sup>. Los dos recurrentes, de nacionalidades maliense y marfileña respectivamente, habrían intentado acceder al territorio español desde suelo marroquí el 13 de agosto de 2014. Según el relato de la sentencia, los recurrentes se habrían dirigido hacia la valla con un grupo de unas seiscientas personas, de las cuales la policía marroquí habría detenido en torno a quinientas,

<sup>5</sup> Me refiero a tres asuntos de la última década: *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, sentencia del TEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012; *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2014 y *Khlaifia y otros c. Italia*, sentencia del TEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2016.

<sup>6</sup> La disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, *de extranjería*, fue introducida en 2015 por una enmienda a la LO 4/2015, *de protección de la seguridad ciudadana*. En su apartado 1º, la disposición permite lo siguiente: «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». No hay hasta la fecha un desarrollo de esta disposición en normas reglamentarias. Un análisis de esta disposición en Enériz Olaechea (2017).

<sup>7</sup> Para una crítica de la fortificación de las fronteras en Ceuta y Melilla, véase Doménech de la Lastra (2017)



mientras que aproximadamente setenta y cinco habrían logrado llegar a la valla interior, de donde solo unos pocos individuos habrían descendido para ser inmediatamente detenidos por la Guardia Civil española. Los dos recurrentes, al igual que otras personas, habrían permanecido varias horas en lo alto de la tercera valla antes de descender con ayuda de escaleras facilitadas por agentes de la Guardia Civil. En ese momento, los agentes los habrían esposado y escoltado de vuelta a través de unas cancelas para entregarlos inmediatamente a las autoridades marroquíes. Según el relato de los recurrentes, las autoridades marroquíes los habrían conducido a la comisaría de Nador, donde habrían solicitado asistencia médica sin éxito, y seguidamente, en compañía de otros migrantes en circunstancias parecidas, a Fez, a unos trescientos kilómetros de distancia, donde habrían quedado en libertad aunque dejados a su suerte. Es importante tener en cuenta que el primer recurrente era menor de edad (15 años) en el año 2014.

El proceso ante el Tribunal Europeo se refiere a las devoluciones sumarias realizadas el día 13 de agosto de 2014. La sentencia de la Gran Sala, sin embargo, relata con cierto detalle las vicisitudes posteriores de ambos recurrentes, lo que puede resultar sorprendente dado que la argumentación jurídica subsiguiente no toma en consideración esos hechos (al menos no de modo explícito). A pesar de no ser objeto de valoración jurídica, los hechos posteriores a esa primera devolución probablemente sean determinantes en la sentencia de la Gran Sala. A todo ello dedicaré algunas reflexiones críticas más adelante.

Así pues, con posterioridad a las devoluciones sumarias, en concreto el 2 de diciembre y el 24 de octubre de 2014 respectivamente, los dos re-



currentes lograron acceder al territorio español y fueron detenidos, aunque esta vez se los internó en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) de Melilla. Ambos fueron trasladados a centros de internamiento en la península y finalmente recibieron sendas órdenes de expulsión, que impugnaron sin éxito en la vía administrativa.

Durante su detención, el primer recurrente presentó una solicitud de protección internacional, que sin embargo fue desestimada por la Administración española de acuerdo con un dictamen de la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en España. El recurrente impugnó la resolución en vía administrativa, que no obstante fue confirmada pocos días después, y el 31 de marzo de 2015 (con 16 años de edad) fue enviado de regreso a Mali en avión, donde al parecer vivirá en circunstancias precarias y sin domicilio fijo.

El segundo recurrente no solicitó la protección internacional del Estado español. Sin embargo, a pesar de que su recurso administrativo contra la orden de expulsión fue desestimado, la orden aparentemente no se ejecutó y fue puesto en libertad una vez transcurrido el período máximo de internamiento para inmigrantes, de sesenta días. En el momento de dictarse la sentencia de la Gran Sala se le suponía aún en territorio español y sin domicilio estable.

Por lo que respecta a la argumentación jurídica de la sentencia, distintos aspectos resultan dignos de atención. Por una parte, y en relación con una objeción preliminar del Estado, conviene referirse al concepto de jurisdicción y su relación con el territorio (2). Por otra parte, y en cuanto al fondo, la sentencia analiza dos obligaciones internacionales distintas: la prohibición de expulsiones colectivas (3) y el derecho a un recurso interno efectivo (4).



## 2. Jurisdicción, territorio y el concepto de “frontera operativa”

A modo de excepción preliminar, el primer argumento que el Estado esgrimía para sustraerse a la responsabilidad internacional se refería a la ausencia de *jurisdicción* en el sentido del artículo 1 del Convenio («Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio»).

En esencia, la alegación tendría que ver con la falta de competencia por razón del territorio. Para comprender este argumento resulta necesario detenerse en el concepto de “frontera operativa”, creado en 2014 por un Protocolo Operativo de la Guardia Civil para ser aplicado a las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla<sup>8</sup>. Se trataría de un repliegue de la frontera española hacia el interior de la línea fronteriza oficial, de tal manera que, a juzgar por los Acuerdos con Marruecos, las tres vallas quedarían dentro del territorio español tal como se habría delimitado por última vez en 1891<sup>9</sup>.

Como explicaba en 2014 ante la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados el entonces ministro de Interior, Jorge Fernández Díaz, el Gobierno español no considera que una persona haya entrado en el territorio

<sup>8</sup> El Protocolo Operativo de Vigilancia de Fronteras es un documento fechado el 26 de febrero de 2014 y elaborado por la Dirección Operativa Adjunta de la Guardia Civil. Aunque lógicamente no se trata de un documento secreto, tampoco está publicado y solo he podido acceder al extracto publicado en la propia sentencia del TEDH.

<sup>9</sup> Sobre los sucesivos planteos del territorio de Melilla desde 1859 hasta 1891, véase Ponce Gómez, A. (1988).



del Estado hasta que logre rebasar la última de las vallas o la línea de agentes que vigilan la frontera<sup>10</sup>. Este argumento, que se había utilizado inicialmente para negar la aplicación del Derecho español de extranjería a los migrantes, se empleaba en este caso por primera vez ante un tribunal internacional con el propósito de eludir la responsabilidad<sup>11</sup>. Como había indicado tempranamente Acosta Sánchez, se trata de una «modificación unilateral de los límites fronterizos por parte de España» y de «una aplicación discriminatoria o parcial de la normativa en la materia», que no se basa en los acuerdos internacionales alcanzados con Marruecos para delimitar la frontera en el norte de África (Acosta Sánchez 2014, 2).

En efecto, en su sentencia de 2020, la Gran Sala rebatió el concepto de frontera operativa. Así, como tribunal que aplica el Derecho internacional, acudió al concepto de jurisdicción territorial, de acuerdo con el cual un Estado no puede alterar o limitar unilateralmente su ámbito de competencia por el hecho de que exista una valla a cierta distancia de la frontera (párr. 109). Por otra parte, la Gran Sala recordó la presunción de que los Estados ejercen la jurisdicción sobre todo el territorio estatal (párr. 105), confirmada en la práctica por el control efectivo de la valla por la Guardia Civil en solitario (sin la colaboración de las fuerzas marroquíes), tal como revelaron los testimonios y las grabaciones en vídeo aportados por las partes (párr. 107). De hecho, en varias ocasiones a lo largo de la sentencia, el Tribunal reafirmó el derecho y el deber de los Estados de custodiar sus fronteras (párr. 167, 168 y 212).

<sup>10</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 500, 13 de febrero de 2014, pp. 6 y 7.

<sup>11</sup> En el párrafo 91 de la sentencia se refleja la argumentación del Gobierno sobre la cuestión.



En segundo lugar, como tribunal especializado en derechos humanos, declaró abiertamente que una situación especial en términos migratorios «no puede justificar un espacio al margen del Derecho en el que las personas no quedan amparadas por ningún ordenamiento jurídico que pueda garantizar el disfrute de los derechos y garantías protegidos por el Convenio» (párr. 110). Este principio, sin embargo, quedará olvidado en los puntos dispositivos de la sentencia, que consideraron adecuadas las devoluciones a pesar de no haberse aplicado procedimiento administrativo alguno.

En todo caso, los argumentos del control efectivo del territorio y de la obligación de garantizar los derechos individuales desautorizaron de forma contundente el concepto de frontera operativa, que sería contrario al Derecho internacional (y también al ordenamiento español<sup>12</sup>). Con ello, además, la Gran Sala desestimaba la excepción formulada por el Estado español y decidía continuar con el análisis del asunto.

### 3. La prohibición de expulsiones colectivas

Aunque el Estado español formuló algunas otras objeciones preliminares (en particular relativas a la pérdida de la condición de víctima y a la falta de agotamiento de recursos internos), su interés resulta mucho más limitado y por ello no parece necesario detenerse en ellas.

Continuando con el análisis de los argumentos, el elemento central de la sentencia consistió en la *prohibición de expulsiones colectivas*, enunciada en el artículo 4 del Protocolo nº 4 en los lacónicos términos que siguen:

<sup>12</sup> En este último sentido, Martínez Escamilla (2016, 86).





«Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros».

En relación con ello se pueden comentar al menos dos problemas distintos: por una parte, el amplio concepto de *expulsión* utilizado en la sentencia y, por otra, qué criterio se utiliza para determinar el carácter *colectivo* de la expulsión como elemento decisivo para valorar su legitimidad. Junto a ello, conviene preguntarse por la condición de menor de edad del primer recurrente y la falta de valoración de este aspecto por la Gran Sala.

### 3.1. ¿Hubo “expulsión” en el sentido del artículo 4 del Protocolo nº 4?

Por lo que respecta en primer lugar al concepto de expulsión, el Estado español consideraba que el ámbito de aplicación del artículo 4 había sido ampliado por la jurisprudencia del Tribunal y que solo sería aplicable a extranjeros que llegan de forma pacífica, lo que no siempre podría afirmarse de quienes saltan la valla de Melilla, que en ocasiones han agredido a agentes de la Guardia Civil.

Conviene examinar este argumento, que parece confundir el control de fronteras con la defensa militar. En este sentido, los representantes del Estado trataban de justificar las devoluciones sumarias con el argumento de la legítima defensa frente a ataques armados contra el Estado español, es decir, basándose en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas. Este artículo, como es conocido, obliga a los Estados a comunicar inmediatamente las medidas adoptadas al Consejo de Seguridad. Tal argumento debe criticarse con dureza porque incurre en una grave desproporción, dado que no cabe equiparar agresiones armadas contra personas o bienes con intentos de personas desarmadas por entrar de manera irregular en el Estado, por más que en ocasiones los inmigrantes puedan emplear la



fuerza física contra quienes intentan detenerlos. Ciertamente, el argumento no se empleó en el seno de un discurso político, que podría tener efectos mucho más peligrosos para la convivencia, sino en un debate jurídico ante un tribunal internacional. Pero recurrir al discurso del miedo para eludir la responsabilidad internacional resulta en todo caso preocupante. La Gran Sala hizo patente lo inadecuado de este argumento al indicar que España no había puesto en conocimiento del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ninguna agresión que le permitiera aplicar la legítima defensa (párr. 166).

Por lo demás, buena parte del debate se centró en dilucidar si la “no admisión” sería una forma de expulsión –y por tanto quedaría afectada por la prohibición–, o bien si se trata de situaciones jurídicamente distintas. Así pues, la Gran Sala analizó distintos elementos para decidir sobre la aplicabilidad del concepto de expulsión. En particular, merece ser destacado el Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 2014 y del que la Asamblea General de Naciones Unidas tomó nota en su Resolución A/RES/69/119 de 10 de diciembre de 2014. El comentario de la Comisión al artículo 1 afirma que el concepto de expulsión engloba también a extranjeros que se encuentren de manera irregular en el territorio del Estado en cuestión. Sin embargo, el artículo 2 distingue entre “expulsión” y “no admisión”, y el relator especial Maurice Kamto precisaba que la devolución de un inmigrante irregular que se encuentra en la frontera o que acaba de cruzarla no es en sentido estricto “expulsión”, sino “no admisión” (párr. 66).

El debate, no obstante, adquiere un carácter distinto cuando se valora la posibilidad de rechazar, aunque sea de modo inadvertido, la entrada



de refugiados o de solicitantes de protección internacional. En este caso, según el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (art. 6), cualquier persona que haya solicitado la condición de refugiado tiene derecho a permanecer en el territorio del Estado al que ha formulado la solicitud al menos hasta que esta se resuelva, salvo que la solicitud tenga el propósito manifiesto de evitar la expulsión (párr. 181). Sobre ello, la Gran Sala manifestó que la persona interesada debería hacer constar su intención de solicitar protección, bien sea por medio de una solicitud formal, bien de cualquier conducta que manifieste tal intención (párr. 180), aunque en realidad asumió implícitamente la afirmación del Estado francés (en calidad de tercero interviniente, párr. 149) de que el Estado receptor no tiene obligación de informar de esta posibilidad en las zonas fronterizas que no estén habilitadas para la entrada.

Pero la Gran Sala no se conformó con aplicar este concepto de devolución, sino que decidió ampliar notablemente el concepto de expulsión. Teniendo en cuenta que finalmente se desestimaron los recursos, esta ampliación obligó a la Gran Sala a interpretar algunos otros elementos de forma discutible, como más adelante se examinará.

Para apoyar su interpretación del Derecho internacional, la Gran Sala acudió al Derecho de la Unión Europea. En particular, la sentencia mencionaba la “Directiva de Retorno” (2008/115/CE), que permite aplicar procedimientos simplificados de retorno para las personas interceptadas cruzando la frontera de forma irregular (art. 2.2). Tales procedimientos simplificados pueden utilizarse *solo* si se cumplen las condiciones del artículo 4.4 de la propia Directiva, como, entre otras, las relativas a los cuidados sanitarios básicos o a las necesidades especiales de las personas vulne-



rables. De hecho, al menos en el caso del primer recurrente no se valoraron tales necesidades a pesar de que esta persona era menor de edad, por lo que no se habría cumplido con este requisito. Pero, volviendo al régimen de la Directiva, en los demás casos el Estado debería aplicar el procedimiento estándar y proceder a la expulsión solo después de haber emitido una decisión fundamentada (art. 12) y sujeta a la posibilidad de un recurso (art. 13).

Después de exponer las bases anteriores, la Gran Sala razonaba que la protección dispensada por el Convenio no puede hacerse depender de consideraciones formales como la regularidad o no de la entrada en el territorio del Estado por parte de las personas en cuestión (paradójicamente, sin embargo, al final de la argumentación la Gran Sala acabaría exonerando al Estado). De acuerdo con este argumento, se construyó un concepto amplio de *expulsión*:

el término ‘expulsión’ [...] se refiere a *cualquier devolución forzosa de un extranjero, con independencia de la regularidad de su estancia, del tiempo que haya pasado en el territorio, del lugar en el que fue aprehendido, de su situación como migrante o solicitante de asilo y de su comportamiento al cruzar la frontera* (párr. 185, cursivas añadidas)<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Un concepto parecido de expulsión había sido utilizado en otras sentencias recientes, como *Khlaifia* (GS, párr. 243) y *Hirsi Jamaa* (GS, párr. 174). Sin embargo, en *N.D. y N.T.* el concepto vino a desarrollarse con una formulación aún más amplia. Así, como manifestó el juez Koskelo en su voto parcialmente disidente a la sentencia de la Gran Sala en *N.D. y N.T.*, se trataría de una interpretación extraordinariamente amplia del concepto de expulsión, que iría más allá de lo definido en otras fuentes del Derecho internacional (párrafos 20 y 23 del voto).



En línea con lo declarado al resolver la excepción preliminar de falta de jurisdicción, la Gran Sala reiteró en este punto que los recurrentes fueron sin lugar a dudas capturados en territorio español por agentes fronterizos españoles, y que «un Estado no puede pretender de modo unilateral ser eximido del Convenio ni modificar sus efectos en relación con una parte de su territorio aunque sea por razones que considere legítimas» (párr. 190). Así pues, la Gran Sala declaró que sí tuvo lugar una *expulsión* en el caso de los recurrentes y que, por lo tanto, el artículo 4 del Protocolo nº 4 resultaba aplicable y los recursos merecían ser examinados en cuanto al fondo.

### 3.2. ¿Fue “colectiva” la expulsión de los recurrentes?

Para la Gran Sala se produjo, como se ha explicado, una expulsión en el sentido del artículo 4 del Protocolo nº 4. Sin embargo, ello no es suficiente para declarar que la norma internacional fue infringida, sino que tal expulsión debería haberse realizado de forma *colectiva*.

Sobre ello, la Gran Sala reiteró de manera general la concepción de la prohibición de expulsiones colectivas elaborada por el Tribunal. En primer lugar, reiteró que el artículo 4 fija «un conjunto de aspectos procedimentales dirigidos a impedir que los Estados puedan expulsar (*remove*) extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos en contra de la medida» (párr. 197). No obstante, la Gran Sala precisó que el derecho a ser oído en una entrevista no queda cubierto por el artículo 4 del Protocolo Nº 4 «en todo caso», ya que «las condiciones de este precepto pueden ser satisfechas si un ex-



tranjero tiene la posibilidad real y efectiva de manifestar argumentos contra su expulsión y si esos argumentos son examinados de forma adecuada por las autoridades del Estado demandado». Por último, la Gran Sala recordó que «el número de personas afectadas por una medida determinada es irrelevante», y que lo decisivo sería la «falta de un *examen razonable y objetivo* del caso particular de cada extranjero *individualmente considerado*» (párr. 203, cursivas añadidas). Con todo ello, al igual que en la sentencia *Khlaifia*, se construía la prohibición de expulsiones colectivas como un derecho a *ciertas garantías procedimentales individualizadas*. Este derecho, por tanto, consistiría en la posibilidad “real y efectiva” de que el extranjero manifieste sus argumentos y en el examen adecuado de tales argumentos por las autoridades, al menos en teoría.

Sin embargo, el propio Tribunal prescindió más adelante de esta dimensión procedimental para centrar su atención únicamente en otros aspectos del caso, como la presunción de que los migrantes de la valla no tienen razones lícitas para permanecer en España o la «voluntaria» exposición al riesgo de sufrir torturas y tratos inhumanos o degradantes. Como a continuación explicaré, con ello se confunden los planos del procedimiento y el fondo (los medios y el fin), lo que casi siempre resulta indeseable o incluso peligroso desde el punto de vista del Derecho.

En primer lugar, la Gran Sala consideró que el artículo 4 del Protocolo nº 4 no obliga necesariamente a realizar una entrevista individual (aunque según la Ley española, ni siquiera sería necesario un expediente de expulsión<sup>14</sup>). Con ello se reiteraba el razonamiento de la sentencia *Khlaifia* (GS),

<sup>14</sup> La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, más conocida como Ley de Extranjería, ordena en su



según el cual «los representantes de los recurrentes fueron incapaces de indicar el más mínimo motivo de hecho o de Derecho para justificar, de acuerdo con el Derecho internacional o nacional, la presencia de sus clientes en el territorio italiano e impedir su devolución» (párr. 199 de la sentencia *N.D. y N.T.*, que transcribe el párr. 253 de la sentencia *Khlaifia*). Ello explicaría por qué la sentencia del caso español continuaba con el relato de los hechos posteriores a la expulsión de 2014<sup>15</sup>.

Este argumento, sin embargo, viene a consistir en la idea de que “el fin justifica los medios” y por ello debe criticarse con toda firmeza. En este sentido, el Tribunal convalida la falta de un trámite procedimental decisivo (como es el derecho de audiencia antes de la devolución) por el hecho de que, años después, los abogados no aportaran ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos razones suficientes para justificar la presencia de los señores *Khlaifia*, *N.D.* y *N.T.* en los Estados que los expulsaron. Ello conduce a conclusiones extraordinariamente peligrosas: ante todo, se anulan en la práctica los derechos procedimentales, pues se está permitiendo al Estado prescindir de ellos sistemáticamente en las líneas fronterizas<sup>16</sup>. En este sentido, cabe presumir que esta sentencia se utilizará por el Estado español para justificar la práctica de las devoluciones sumarias en frontera en otros casos.

artículo 58.3 que «*No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país*» (cursivas añadidas).

<sup>15</sup> En esta línea Sánchez Legido (2020, 252, párr. 29).

<sup>16</sup> En este sentido también González García (2015, 323 ss.).



Por otra parte, una segunda consecuencia peligrosa de este razonamiento tiene que ver con la presunción de estancia ilícita que se atribuye a toda persona arrestada en las inmediaciones de la frontera entre Marruecos y Melilla. En su voto parcialmente disidente a la sentencia *Khlaifia*, el juez Serghides realiza una amplia crítica de este argumento de la Gran Sala por razones parecidas a las que se acaban de exponer, añadiendo también algunas otras, como la necesidad de garantizar la dignidad humana al evitar que un grupo humano sea tratado como un rebaño.

La presunción de estancia ilícita fue utilizada por la Gran Sala en relación con el argumento en el que se basó para exonerar de responsabilidad a España: la responsabilidad de los propios recurrentes en el surgimiento del riesgo. No obstante, la argumentación de la Gran Sala en este punto dio un giro que no es fácil de comprender ni, por lo demás, de compartir. En efecto, no se llega a entender por qué en el razonamiento sobre el concepto de expulsión “colectiva” (que parece de naturaleza esencialmente procedimental según la caracterización del propio Tribunal) se introduce el argumento de la responsabilidad individual de los migrantes al exponerse al riesgo de tortura. En este sentido, parece haber una cierta confusión entre el contenido de la prohibición de expulsiones colectivas (art. 4 del Protocolo nº 4) y el de la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio).

Con todo, y para analizar adecuadamente el razonamiento, es importante detenerse en las aportaciones de distintas organizaciones, como terceros intervinientes, en contra de las devoluciones en frontera. Entre otras intervenciones, cabe mencionar la del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la de la organización no gubernamental





mental Comisión Española de Ayuda a los Refugiados (CEAR), o la actuación conjunta del Centro AIRE (*Advice on Individual Rights in Europe*), Amnistía Internacional, el *European Council on Refugees and Exiles* (ECRE), el *Dutch Council for Refugees* y la Comisión Internacional de Juristas.

Todos los organismos mencionados pusieron de manifiesto las graves dificultades que las personas de origen subsahariano sufren para acceder a los puntos regulares donde solicitar la protección internacional. El ACNUR señaló que a los migrantes subsaharianos se les impide de manera sistemática aproximarse a la frontera y que la duración del procedimiento de asilo, unida a las condiciones de los centros de internamiento – y en especial la sobreocupación– disuaden a los migrantes de solicitar esa protección internacional (párr. 155)<sup>17</sup>. La CEAR refirió que la mayor parte de los migrantes que intentaban acceder a la oficina del ACNUR en Rabat son arrestados y detenidos, además de citar un informe del Relator Especial de Naciones Unidas para la Tortura, según el cual los “refugiados” (*sic*) subsaharianos son sometidos a graves violencia y abusos sexuales de camino a Ceuta y a Melilla (párr. 158). Por último, los organismos que intervinieron conjuntamente reiteraron que la policía marroquí impide a personas de ciertas nacionalidades acercarse al punto fronterizo de Beni Enzar en función de su perfil racial, como reflejan varios informes de Amnistía Internacional y de la CEAR (párr. 163).

<sup>17</sup> Sobre las condiciones de los centros de acogida y el derecho a no sufrir trato inhumano, el TEDH había declarado que el traslado forzoso de una familia afgana a Suiza hubiera sido contrario al artículo 3 del Convenio (el propio TEDH había paralizado provisionalmente la orden de expulsión). Se trata del asunto *Tarakhel c. Suiza*, sentencia de la Gran Sala de 4 de noviembre de 2014. La sentencia ha sido analizada por Di Maio (2014).



A pesar de estos argumentos, la Gran Sala decidió otorgar mayor peso a las estadísticas proporcionadas por el Estado, según las cuales las solicitudes de migrantes subsaharianos serían muy poco numerosas (párr. 216), a diferencia del alto número de solicitudes de ciudadanos sirios formuladas desde el último cuatrimestre de 2014 (párr. 215). El uso de estadísticas fue aceptado por el Tribunal por primera vez en 2007, pero en aquel momento se utilizó para poner de manifiesto una práctica discriminatoria de un Estado e invertir la carga de la prueba en favor de los recurrentes<sup>18</sup>. En el caso *N.D. y N.T.*, sin embargo, las estadísticas del Estado sobre solicitudes de asilo se utilizaron por la Gran Sala para reforzar una presunción de estancia ilícita de todos los migrantes subsaharianos, dejando de lado los informes oficiales y de ONGs que reflejan la práctica de arrestos sistemáticos por parte de las fuerzas de seguridad marroquíes.

Además, la Gran Sala afirmó que ninguno de los recurrentes había manifestado que los malos tratos se realizaran por las autoridades españolas o bajo su supervisión, y de acuerdo con ello no podría responsabilizarse a España de esa situación (párr. 220). Sin embargo, acudir a la percepción de los propios recurrentes para desvirtuar la responsabilidad del Estado español parece un argumento poco convincente. En este punto cabe preguntarse por las razones de las autoridades marroquíes para proteger con tanto celo la frontera con España *hacia el interior*, y sería conveniente comprobar si se lleva a cabo un control equivalente en las fronteras meridionales de Marruecos. En efecto, parece difícil presumir que los operativos policiales marroquíes para dificultar la llegada de migrantes a la línea

<sup>18</sup> Me refiero al asunto *D.H. y otros contra la República Checa*, sentencia de la Gran Sala de 13 de noviembre de 2007, que significó un avance muy significativo en materia de no discriminación.



fronteriza se deban a la iniciativa espontánea de las propias fuerzas de seguridad o del Gobierno alauita. En relación con ello, España mantiene con Marruecos un *Acuerdo relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente*, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992. Ello pone de manifiesto el interés del Estado español por contar con la ayuda de Marruecos para evitar la entrada de inmigrantes y facilitar su “readmisión”.

A pesar de todo ello, la Gran Sala otorgó un peso decisivo a la conducta de los propios recurrentes en el riesgo de sufrir torturas y tratos inhumanos o degradantes a manos de las fuerzas de seguridad marroquíes. Para la Gran Sala, la existencia de medios para entrar regularmente en el territorio español (como el puesto fronterizo de Beni Enzar o las oficinas diplomáticas en las ciudades de Nador, Rabat y en otros países, párrafos 222 y 227) constituye argumento suficiente para descartar la responsabilidad del Estado español al expulsar a los migrantes que cruzan por otros lugares<sup>19</sup>.

Sin embargo, en la propia sentencia se recoge un informe del Representante Especial del Secretario General en materia de Migración y Refugiados, elaborado en 2018 como resultado de una misión de reconocimiento en España<sup>20</sup>. En este informe, el embajador Boček ponía de manifiesto (una vez más) que «las autoridades marroquíes impiden el acceso

<sup>19</sup> Sánchez Legido (2020, 258, par. 43) critica que el Tribunal de Estrasburgo no exija a los Estados-parte «la creación de vías de acceso seguras».

<sup>20</sup> Informe de 3 de septiembre de 2018 a partir de una visita realizada entre el 18 y el 24 de marzo del mismo año (SG/Inf(2018)25). Algunos extractos del informe han sido transcritos en el párrafo 58 de la sentencia.



de los migrantes subsaharianos a los pasos fronterizos regulares, especialmente en Melilla», y que estos mismos migrantes acaban acudiendo a «redes de delincuencia organizada, escondiéndose en coches o embarcándose en balsas para acceder a las ciudades autónomas de Melilla y Ceuta, exponiéndose con ello a los riesgos de tráfico de seres humanos, violencia y abuso sexual».

Para el Representante Especial, el Estado español conocía, o debería haber conocido, que las personas interceptadas por las autoridades marroquíes quedaban expuestas a un riesgo concreto de tortura o de tratos o castigos inhumanos o degradantes. Ello contrasta singularmente con el énfasis de la Gran Sala en la responsabilidad individual de los propios migrantes por la exposición a los riesgos mencionados, que finalmente llevó a desestimar sus recursos.

A mi juicio, sin embargo, la Gran Sala debería haber evitado la confusión entre el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos y la prohibición de expulsiones colectivas, que, como he mencionado, tiene también, según la propia definición teórica del Tribunal, una vertiente procedimental muy importante: permitir a cada interesado formular argumentos y que las autoridades tomen en consideración tales argumentos de modo adecuado.

### 3.3. Sobre la minoría de edad del primer recurrente

En relación con el primer recurrente subsiste al menos un aspecto que la Gran Sala no abordó en su sentencia. Se trata de la falta de análisis, por el Estado español, de los riesgos *en concreto* inherentes a la devolución. La sentencia de la Gran Sala transcribe, entre los materiales que se presume



ha tomado en consideración, un dictamen del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas relativo a la devolución de otro joven maliense (llamado D.D.) en un caso muy similar al del primero de los recurrentes en el proceso ante el Tribunal Europeo<sup>21</sup>. El dictamen argumenta cuáles fueron las vulneraciones procedimentales, como se comentará más adelante, pero en este punto es importante detenerse en otro aspecto como es la edad del recurrente D.D. en el momento de la devolución: solamente quince años, a juzgar por la fecha de nacimiento certificada por el Consulado de Mali en Madrid. Es muy probable que el joven no tuviera documentos en el momento de ser arrestado, pero los agentes que lo aprehendieron deberían haber sospechado que podía tratarse de un menor de edad. El Protocolo Operativo, sin embargo, no parece realizar distinciones en función de la edad, lo que conformaría otro poderoso argumento para revisarlo en profundidad.

Es cierto que no existe, bajo el sistema del Convenio, una obligación genérica de los Estados de proteger a los menores de edad, pero la actuación de la Guardia Civil pone de manifiesto la falta de valoración de las circunstancias individuales que el artículo 4 del Protocolo nº 4 requiere, y la Gran Sala debería cuando menos haber valorado esta circunstancia.

Por otra parte, al igual que en la sentencia se toman en consideración otros sistemas normativos cuando ello conviene a la argumentación del Tribunal, existen normas internacionales y europeas por las que España

<sup>21</sup> Dictamen del Comité de Derechos del Niño adoptado el 12 de febrero de 2019 en aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, a propósito de la comunicación nº 4/2016. Varios extractos del dictamen se transcriben en el párrafo 68 de la sentencia del TEDH. En especial, párrafos 14.6 a 14.9.



sí ha adquirido distintas obligaciones de proteger a los menores de edad. Así, la Directiva de Retorno ordena a las autoridades asegurarse, antes de ejecutar una expulsión, de que el menor será entregado a una persona responsable, como un miembro de su familia, un tutor o unos servicios de acogida (art. 10.2). Por su parte, la Convención de Derechos del Niño obliga a los Estados a que toda medida administrativa que afecte a los menores tome en consideración su interés superior (art. 3.1), a que el menor sea escuchado en todo procedimiento administrativo que le afecte (art. 12.2), a la protección y asistencia de los menores privados de su medio familiar (art. 20) y a velar por que ningún menor sea sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 37).

Nada de esto se habría cumplido en la devolución sumaria realizada el 13 de agosto de 2014. Sin embargo, la sentencia de la Gran Sala omite estos aspectos de su argumentación y ni siquiera se detiene a justificar tal omisión.

#### **4.El derecho a un recurso efectivo en el Derecho interno**

Un último elemento que merece la pena comentar consiste en el derecho a formular un recurso efectivo que, según el Convenio, debe arbitrar el ordenamiento jurídico interno. De acuerdo con el artículo 13 del Convenio, «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».



En 2017, la sentencia de la Sala había considerado este derecho como una garantía de otros derechos, que en caso de ser vulnerados podrían hacerse valer por medio de un recurso (administrativo o judicial) habilitado por el Derecho interno.

La Gran Sala, sin embargo, acudió nuevamente al argumento de la responsabilidad individual de los recurrentes. Consideró que, al haber accedido irregularmente, habían optado por no utilizar los procedimientos administrativos disponibles para el acceso regular, y por tanto la falta de procedimiento individualizado en la expulsión *y también la falta de un recurso* eran consecuencia de su propia conducta (párr. 242). Se trata, nuevamente, de una interpretación poco atenta a los aspectos procedimentales, que constituyen una garantía fundamental de legalidad en toda actuación administrativa. Lógicamente, la falta de un examen individualizado previo colocaba a los recurrentes en una situación de incertidumbre porque no había decisión contra la que recurrir. Pero precisamente por ello el derecho al recurso debería haberse considerado como una garantía procedimental autónoma. Como reclama Sánchez Tomás (2018, 130), «es preciso establecer un tratamiento normalizado de este tipo de supuestos frente a la pretensión de excepcionalidad» en la valla.

El razonamiento de la Sala en 2017 parece mucho más acorde con la importancia del procedimiento administrativo como garantía de los derechos individuales, lo que, en un vocabulario más propio del Tribunal, quedaría englobado en el principio de *efectividad de los derechos* (este principio es tan importante que se cita prácticamente en todas sus sentencias, incluso en la de la Gran Sala en este asunto: párrafos 171, 172 y 221). De acuerdo con ello, la Sala consideraba que el derecho al recurso debería



reconocerse siempre que la solicitud fuera «defendible» (*arguable* en inglés). Interpretando esta idea *a contrario*, solo sería lícito omitir el derecho a recurrir cuando la petición fuera manifiestamente abusiva. El modo en que la Sala introdujo esta idea, sin embargo, relacionaba la falta de un recurso efectivo con la ausencia de todo procedimiento declarada en relación con el artículo 4<sup>22</sup>.

Esta forma de razonar puede disminuir la importancia del derecho al recurso en sí mismo considerado. No obstante, a mi juicio conviene defender con rigor el derecho al recurso enunciado en el artículo 13 del Convenio. De acuerdo con ello, el derecho a un recurso efectivo debería construirse como un derecho autónomo, pues su aplicación vinculada a vulneraciones de otro derecho –aunque sea solo a efectos retóricos– lo coloca en una posición de suma fragilidad. A este razonamiento podría oponerse que, literalmente, el Convenio requiere que otros derechos sustantivos «hayan sido violados». Una interpretación estrictamente literal de esta fórmula requeriría que se haya acreditado de forma concluyente la vulneración de otro derecho protegido por el Convenio. Pero con ello se vaciaría de contenido el derecho al recurso, que perdería por completo su función de garantía y su sentido.

La interpretación de la Sala, aunque no incidió tanto en la autonomía del derecho al recurso, asumía una posición más cercana a la que aquí se postula. En este sentido, al considerar que el carácter “defendible” de la petición era suficiente para justificar la existencia de un recurso, la Sala asumía una interpretación flexible del artículo 13 y favorable al principio

<sup>22</sup> Vid. párrafos 120 y 121 de la sentencia de la Sala.





*pro actione*, así como al principio de efectividad de los derechos reconocidos en el Convenio.

## 5. Reflexiones finales

En síntesis, la sentencia de la Gran Sala contiene varios pronunciamientos interesantes, aunque incurre también en algunos giros argumentativos singulares que la llevan, por último, a una peligrosa desnaturalización del Derecho en las fronteras, o, en palabras de Javier de Lucas, a un «estado de excepción permanente»<sup>23</sup>.

Entre los aspectos más destacables, queda desautorizado con rotundidad el concepto de “frontera operativa” que el Gobierno de España había propugnado desde 2014. Asimismo, el Tribunal niega que los intentos de entrar irregularmente en el territorio español, aunque sea por varios centenares de individuos al mismo tiempo, puedan considerarse agresiones armadas que justifiquen el recurso a la legítima defensa como si de un ejército invasor se tratase.

Por otra parte, la Gran Sala profundiza en una interpretación amplia del concepto de expulsión que ya había anticipado en la sentencia *Khlaifia* y que desnaturaliza el concepto tal y como había quedado reflejado en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional desde 2014. Dado que el propósito final de la Gran Sala parecía ser la desestimación de los recursos, tal interpretación amplia del concepto de expulsión obliga al propio órgano a vaciar la prohibición de expulsiones colectivas

<sup>23</sup> Lucas Martín (2015, 19). En el mismo sentido Doménech de la Lastra (2017).



de su esencial carácter procedimental. Para ello, y apoyándose en el argumento de la asunción voluntaria del riesgo por los recurrentes, la Gran Sala desdibuja la prohibición de expulsiones colectivas al aproximar su contenido al de la prohibición de torturas y tratos inhumanos.

En términos de solidez argumental hubiera sido preferible, como propugnaba el juez Koskelo (párr. 43 del voto), atenerse a un concepto más restringido de expulsión y a las obligaciones que el principio de no devolución impone a los Estados en relación con los solicitantes de protección internacional o con personas en riesgo de sufrir malos tratos. Con una argumentación así, la exoneración del Estado español habría resultado fácil aplicando la misma valoración de la prueba: conceder menos importancia a los informes de los terceros sobre las detenciones y malos tratos en territorio marroquí que a las estadísticas del Gobierno español sobre la falta de solicitudes de protección.

En todo caso, el argumento más peligroso de la Gran Sala tiene que ver con justificar la supresión de garantías procedimentales por el hecho de que más tarde se demostrara que los recurrentes no tenían derecho a la protección internacional. Con ello se sienta el principio de que toda entrada irregular equivale a una falta de razones lícitas para permanecer en territorio europeo, o, dicho de otra manera, se presume que quien sufra persecución tiene siempre la posibilidad de formalizar su llegada a Europa. Y, lo que es más grave, se legitima que en las fronteras no se aplique el Derecho administrativo, sino lo que suele definirse como “vía de hecho”: tomar decisiones prescindiendo de aspectos procedimentales esenciales. Toda esta concepción se refleja de nuevo en la interpretación del derecho al recurso que realiza la Gran Sala.



Por último, resulta difícil comprender que la Gran Sala no reflexione en ningún momento sobre la minoría de edad del primer recurrente. En el sistema del Convenio, los Estados no tienen una obligación autónoma de protección de los menores, pero el hecho de que la Guardia Civil ni siquiera valorase frenar su devolución confirma la negación de todo derecho a los migrantes en la valla. A partir de esta constatación, cabe concluir estas páginas insistiendo en una idea fundamental: en el Estado de Derecho, el fin no justifica los medios. Por ello, y aunque el número total de devoluciones pueda ser muy parecido, realizarlas con unas mínimas garantías procedimentales es una exigencia jurídica y ética que Europa no puede permitirse eludir.



## Bibliografia

Acosta Sánchez, M.Á. (2014), *Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y 'tierra de nadie'*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 28, pp. 1-34.

Di Maio, C. (2014), *Tarakhel v. Suiza: Estrasburgo cuestiona (otra vez) el Sistema Dublín*, in *Diritticomparati.it*, 20 novembre.

Doménech de la Lastra, P. (2017), *Excepción en la frontera. Laberintos legitimadores de la violencia soberana en los límites del Estado*, in *Agora – Papeles de Filosofía*, 36 (2), pp. 75-100.

Enériz Olaechea, J. (2017): *El rechazo de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla. Alcance de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica de Extranjería*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, pp. 51-65.

González García, J.V. (2015), *Expulsiones en caliente, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla*, in *Revista de Administración Pública*, 196, pp. 309-329.

Lucas Martín, J. de (2015), *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Martínez Escamilla, M. (2016): *'Devoluciones en caliente': un análisis jurídico*, in J.L. Villena Higuera (coord.), *Derechos humanos y justicia universal en la frontera sur*, Granada: Ed. Universidad de Granada, pp. 77-96.

Ponce Gómez, A.A. (1988), *El término jurisdiccional de Melilla*, in *Trápana. Revista de la Asociación de Estudios Melillenses*, 2, pp. 93-97.

Sánchez Legido, Á. (2020), *Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿apuntalando los muros de la Europa fortaleza?*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 72 (2), pp. 235-259.

Sánchez Tomás, J.M. (2018), *Las 'devoluciones en caliente' en el Tribunal*



*Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*  
ISSN: 2239-804X

*anno X, n. 2, 2020*

*data di pubblicazione: 13 ottobre 2020*

*Osservatorio sulla giurisprudenza*

*Europeo de Derechos Humanos (STEDH, As. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017), in Revista Española de Derecho Europeo, 65, pp. 101-135.*

Solanes Corella, Á. (2017), *Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones ‘en caliente’*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 36, pp. 195-225.



## Abstract

### *Removals of Foreigners at the Border and the European Court of Human Rights*

The ECHR's Grand Chamber delivered in February 2020 a judgment in the first case on summary removals of migrants at the border. Different from the Chamber, the Grand Chamber rejected all of the alleged violations. However, the judgment also dismissed the concept of "operational border" that the Spanish Government supported and rejected the argument of self-defence as a justification for the removals. Concerning the alleged violations, the Grand Chamber firstly addressed the prohibition of collective expulsions. While it held that there had been an expulsion, the Grand Chamber ruled that the lack of an individual examination was justified given that the migrants had placed themselves in an unlawful situation. The Grand Chamber thus confused procedural safeguards with the right to remain in the State, and legitimised expulsions at the border even if executed without due process. Secondly, the Grand Chamber discussed and dismissed the right to an effective remedy with a similar argument. Lastly, the Grand Chamber failed to assess the fact that one of the applicants was a minor at the time of the summary removal.

Keywords: non-refoulement; Melilla border fence; collective expulsions; right to an effective remedy; right to a hearing.