

**La prohibición de las expulsiones
colectivas en la jurisprudencia del
Tribunal Europeo de Derechos
Humanos. Especial atención al asunto
N.D. y N.T. c. España**

Grado en Derecho. Curso 2017 - 2018

**Trabajo realizado por María López Núñez
Trabajo dirigido por María Dolores Bollo Arocena**

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. CONTEXTUALIZACIÓN. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: ¿POTESTAD SOBERANA DEL ESTADO?.....	5
3. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS	7
4. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	11
4.1- Existencia de un examen individualizado.....	12
4.2- Aplicación <i>ratione loci</i>	17
4.3- Aplicación <i>ratione personae</i>	22
5- EL RECHAZO DE EXTRANJEROS EN LAS FRONTERAS DE CEUTA Y MELILLA. LAS DENOMINADAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”.....	24
5.1- La introducción de la disposición adicional decima de la Ley Orgánica de Extranjería	25
5.2- El asunto <i>N.D y N.T. c. España</i>	30
5.2.1- Los hechos.....	31
5.2.2- Las “devoluciones en caliente” constituyen expulsiones colectivas	32
5.2.3- Derecho a un recurso efectivo	35
6- CONCLUSIONES.....	37
FUENTES CITADAS.....	41

ABREVIATURAS

CEAR	Comisión Española de Ayuda al Refugiado
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
DDHH	Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
FRONTEX	Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social
ONU	Organización de las Naciones Unidas
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. INTRODUCCIÓN

Como se recoge en el informe preliminar elaborado por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el tema de la expulsión de extranjeros, “las desigualdades de desarrollo que existen entre las naciones empujan a sectores cada vez más importantes de la población de los países pobres a llamar a las puertas de los países ricos con la esperanza de un provenir mejor”¹. De hecho, en los últimos años ha habido un aumento considerable de los denominados “flujos mixtos”, integrados por refugiados, solicitantes de asilo, migrantes irregulares, etc. que tratan de llegar a Europa, lo que ha dado lugar a respuestas de los Estados que en ocasiones colisionan con el respeto a los derechos humanos. Por ello, consideramos que estamos en un momento propicio para reflexionar sobre las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos que limitan la potestad de los Estados en materia de extranjería y, más concretamente, en lo relativo a expulsión de extranjeros.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, la existencia del derecho de un Estado a expulsar a un extranjero de su territorio no se discute, pero se trata de una potestad que, necesariamente, ha de ejercerse respetando, precisamente, las normas y principios del Derecho Internacional. Una de esas normas es la que establece la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, materia sobre la que versa el presente trabajo. Al respecto, trataremos de dar respuesta a la aparente problemática que plantea la necesidad “de conciliar el derecho de expulsar, que parece inherente a la soberanía del Estado, con las exigencias del Derecho Internacional de los derechos humanos”².

Concretamente, nos centraremos en analizar el contenido y el alcance de la prohibición de las expulsiones colectivas en el ámbito del Consejo de Europa, en un momento como el actual en que la práctica de los Estados en materia de control de sus fronteras tiende a endurecerse, tratando, en ocasiones, de esquivar las obligaciones asumidas como Estados parte de la Convención. Para ello, analizaremos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la materia, dedicando un apartado específico de este trabajo al estudio del asunto *N.D y N.T*

¹ Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por Maurice Kamto, Relator Especial, A/CN.4/555, 4 de abril de 2005, párrafo 5. http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_554.pdf Consultado el 14 de mayo de 2018.

² *Ibidem*.

contra España, caso que nos toca de cerca y ante el cual no podemos adoptar una posición pasiva. Todo ello, nos permitirá, en última instancia, reflexionar acerca de la posición que han adoptado los países europeos frente a los nuevos retos planteados por los flujos migratorios.

Utilizaremos para ello las fuentes propias de la investigación jurídica: legislación internacional, jurisprudencia y doctrina, así como otras fuentes documentales elaboradas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Europa y la Unión Europea.

2. CONTEXTUALIZACIÓN. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: ¿POTESTAD SOBERANA DEL ESTADO?

La Organización Internacional para las Migraciones, agencia para las migraciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Informe 2018 cifra en aproximadamente 244 millones el volumen de migrantes en el mundo, poniendo de relieve que “se ha visto un incremento en la migración y el desplazamiento ocurridos debido al conflicto, la persecución, la degradación y el cambio ambiental, y una profunda falta de oportunidades y seguridad humana”³. Los datos demuestran que la migración, por las razones más diversas, en la actualidad está adquiriendo enormes proporciones. Si bien se trata de un fenómeno que, lejos de ser nuevo, se ha producido a lo largo de toda la historia de la humanidad, en los últimos años se ha visto especialmente acrecentado en los países del sur de Europa, entre ellos España, convertidos en receptores de un gran número de personas migrantes. Esta situación ha conllevado a que haya podido constatarse un endurecimiento en las prácticas de los Estados en materia de control de sus fronteras, planteándose en muchas ocasiones problemas en materia de respeto a los derechos humanos⁴.

De hecho, uno de los contextos en los que con más asiduidad se producen vulneraciones flagrantes de derechos humanos es el de las fronteras. Como señala De Lucas, “en ese escenario, alegando la necesidad de una gestión que permita a los Estados seguir ejerciendo su soberanía, se incrementan sistemáticamente las formas de control con muros y vallas en el espacio terrestre y con todo tipo de mecanismos en

³ *World Migration Report 2018*. Publicado el 12 de enero de 2018. <http://www.iom.int/wmr/world-migration-report-2018> Consultado el 11 de marzo de 2018.

⁴ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, 2013, pág. 1121.

el ámbito marítimo que cuestionan tales derechos”⁵. Ante esta situación, cabría preguntarse si la soberanía de los Estados es ilimitada en la materia.

Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”⁶, pero lo cierto es que su ejercicio efectivo depende de la soberanía territorial del Estado. Si bien el individuo tiene libertad de circulación⁷, sólo puede permanecer en un determinado Estado con el consentimiento del mismo, lo que da lugar a una “aparente contradicción que puede resolverse determinando si existen normas internacionales que limiten la competencia discrecional del Estado en materia de expulsión de extranjeros”⁸. Efectivamente, como veremos a lo largo del presente trabajo, existen normas de Derecho Internacional que rigen el derecho de los Estados a expulsar a los extranjeros, de cuyo cumplimiento dependerá la legalidad de la expulsión⁹.

Los Estados tienen la posibilidad de definir de manera discrecional su política migratoria y decidir sobre la entrada, permanencia y la expulsión de extranjeros de su territorio, pero ello no implica que no deban hacerlo conforme a las normas internacionales que establecen limitaciones a esa potestad¹⁰. Así, si bien la regulación de los aspectos relativos a la nacionalidad y a la extranjería configuran la política migratoria de los Estados, cuestiones que, en principio corresponden a la competencia exclusiva de los Estados, “...su ámbito puede quedar restringido por convenios internacionales, como aquellos relativos a la entrada y expulsión de extranjeros en el territorio sobre el que un Estado ejerce su soberanía”¹¹. Es lo que ocurre con la

⁵ DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia Tirant lo Blanch, 2015, pág. 52.

⁶ Comité de Derechos Humanos. *Comentarios generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comentario general N°27 (67)*. Consultado el 11 de marzo de 2018.

<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1400>

⁷ En el Derecho Internacional la libertad de circulación aparece enunciado en diversos instrumentos declarativos de derechos humanos de diversa naturaleza, con distinto alcance y contenido. Los instrumentos adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas son: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

⁸ CASTILLO DAUDI, M., “Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 31, 2016, pág. 2.

⁹ MARTÍNEZ PÉREZ, O., “La expulsión de extranjeros y la labor de organismos internacionales al respecto. Comentarios de cátedra”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, volumen I, núm. 9, 2013, pág. 202.

¹⁰ PALACIOS SANABRIA, M., “Los derechos de los extranjeros como límite a la soberanía de los Estados”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 23, 2013, pág. 330.

¹¹ CARRILLO SALCEDO, J., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2001, pág. 41.

prohibición convencional de las expulsiones colectivas y devolución (*refoulement*) y con el principio general del Derecho Internacional que prohíbe tal expulsión y devolución, aspectos sobre los que versará el presente trabajo.

Lo que se pretende es que la competencia discrecional del Estado en cuanto a la expulsión de extranjeros de su territorio esté sujeta a determinadas limitaciones que se derivan del Derecho internacional¹² y, en definitiva, “que se configure cierta limitación a la soberanía de los Estados que ceda ante la protección de los derechos humanos de las personas extranjeras”¹³. Concretamente, lo que veremos a lo largo de estas líneas es cómo la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros “es una de las principales garantías a su favor, toda vez que establece un límite a los Estados y a su soberanía en lo atinente a su política migratoria, pues impone una serie de garantías mínimas en aras de no contrariar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁴.

3. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS

Existen normas del Derecho Internacional por las que se rige el derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros, cuyo cumplimiento condiciona la legalidad de la expulsión. Si bien en la expulsión no podemos obviar “el principio fundamental de la soberanía del Estado en el orden internacional que faculta a los Estados a dictar normas internas en virtud de su competencia territorial, todos los Estados deben respetar hoy en día los principios fundamentales que conforman el ordenamiento jurídico internacional y los derechos humanos”¹⁵. Lo que se pretende es poner de relieve que en el derecho internacional moderno la soberanía del Estado “no puede concebirse en sentido absoluto”¹⁶ y “recordar que no todo vale en la lucha contra la inmigración irregular y que existen en este terreno toda una serie de derechos básicos y también algunas obligaciones, que todo Estado, también las organizaciones internacionales, tienen el deber de respetar”¹⁷.

¹² CASTILLO DAUDÍ, M., “Libertad de circulación y soberanía del Estado...”, *op. cit.*, pág. 15.

¹³ PALACIOS SANABRIA, M., “Los derechos de los extranjeros como límite...”, *op. cit.*, pág. 331.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 336.

¹⁵ MARTÍNEZ PÉREZ, O., “La expulsión de extranjeros y la labor de...”, *op. cit.*, págs. 202 – 203.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 224.

¹⁷ BOLLO AROCENA, M.D., “Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDHh en el caso Hirsi

Algunas disposiciones convencionales limitan la competencia de los Estados en materia de extranjería, prohibiéndoles expulsar personas extranjeras cuando concurren determinadas circunstancias. Se trata de aquellas disposiciones en las que se establece la prohibición de expulsión y devolución¹⁸. Concretamente, tanto el derecho positivo regional europeo como el interamericano y africano recogen la prohibición de expulsiones colectivas.

La prohibición de este tipo de expulsiones se hizo explícita en 1963 en el Protocolo N°4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por el que se garantizan determinados derechos y libertades distintos a aquellos ya incluidos en el Convenio¹⁹. Si bien a partir del artículo 1 del CEDH, los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades de cualquier persona, nacional o no, que se encuentre bajo su jurisdicción²⁰, no hace referencia a la libertad de entrada, residencia y circulación. Así, la prohibición jurídica de las expulsiones colectivas se materializó en el artículo 4 del mencionado Protocolo N°4 que expresamente prescribe: quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros. Dicho protocolo, redactado en 1963, constituyó el primer tratado internacional que se ocupaba de las expulsiones colectivas. Como se recoge en el informe explicativo redactado por el comité de expertos encargados de redactar el proyecto del Protocolo N°4, la inclusión de dicha disposición tenía por objeto evitar que se repitieran expulsiones masivas “como las que habían tenido lugar recientemente”²¹ en el contexto de las dos Guerras Mundiales²². Así, el artículo 4 del Protocolo, además de no legitimar las expulsiones colectivas realizadas en el pasado, tenía como finalidad evitar que los Estados pudieran obligar a determinados

Jamaa y otros c. Italia (2012)”, *El derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pág. 649.

¹⁸ CASTILLO DAUDÍ, M., “Libertad de circulación y soberanía del Estado...”, *op. cit.*, pág. 26.

¹⁹ MARTÍNEZ PÉREZ, O., “La expulsión de extranjeros y la labor de...”, *op. cit.*, pág. 220.

²⁰ El artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

²¹ *Rapport explicati du Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certain droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, Estrasburgo, 16 de diciembre de 1963. Pág. 11 <https://rm.coe.int/16800c9330> Consultado el 3 de abril de 2018.

²² *Tercer Informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, párrafos 99 y 100: “En el siglo XX, a raíz de los muchos, graves y persistentes problemas entre Alemania y Polonia derivados de la delimitación de las fronteras entre ambos países con arreglo al Tratado de Versalles, Alemania expulsó «en masa», como se decía en esa época, a los obreros polacos establecidos en su territorio. Como medida de retorsión, el Gobierno polaco expulsó a su vez a cierto número de nacionales alemanes en abril de 1923”. http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_581.pdf Consultado el 3 de abril de 2018.

extranjeros a abandonar su territorio sin que previamente se hubiera realizado un examen individualizado de la situación de cada persona del grupo objeto de la expulsión²³.

Otros instrumentos internacionales en el ámbito regional también recogen expresamente la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros. En ese sentido, cabe destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969²⁴, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981²⁵ o la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994²⁶. También en el marco del derecho de la Unión Europea las expulsiones colectivas están expresamente prohibidas en el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales y son contrarias al artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que exige que el acervo comunitario en materia de asilo sea conforme a los demás tratados pertinentes²⁷. A escala universal, en el ámbito del sistema de las Naciones Unidas, se prohíben las expulsiones colectivas en el artículo 22.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, por lo que parece limitarse únicamente a los trabajadores migratorios y sus familias²⁸.

No obstante, y al contrario de lo que pudiera parecer a la vista de los textos internacionales que regulan la prohibición de expulsiones colectivas, el alcance de la misma no se circunscribe únicamente al ámbito regional, pues puede considerarse un principio general del Derecho Internacional²⁹. En este sentido el Relator Especial sobre los derechos humanos, Jorge Bustamante apunta:

“Cabe decir que la prohibición de la expulsión colectiva de los no nacionales es un principio reconocido del derecho internacional consuetudinario. De hecho, la Convención Internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares es el instrumento de la legislación internacional de derechos humanos que otorga una mayor protección a los migrantes irregulares, además de prever derechos adicionales contra la expulsión, que en

²³ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las “devoluciones en caliente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017, pág. 198.

²⁴ El artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.

²⁵ El artículo 12.5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos establece: Está prohibida la expulsión en masa de extranjeros.

²⁶ El artículo 26,2 *in fine* de la Carta Árabe de Derechos Humanos establece: se prohíbe la expulsión colectiva en todos los casos.

²⁷ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 199.

²⁸ MARTÍNEZ PÉREZ, O., “La expulsión de extranjeros y la labor de...”, *op. cit.*, pág. 221.

²⁹ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...” *op. cit.*, pág. 199.

otros instrumentos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está reservada a los migrantes que residen legalmente en el país³⁰.

En la misma línea, el Relator Especial Maurice Kamto señala que “podría sugerirse que en esta materia existe un principio general del derechos internacional reconocido por las naciones civilizadas”, argumentando que la prohibición de las expulsiones colectivas “está recogida en tres instrumentos regionales de derechos humanos de los que son partes la gran mayoría de los Estados miembros de la comunidad internacional”, y “a fin de cuentas, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ no exige que el principio general esté reconocido por todas las naciones civilizadas³¹”.

Por tanto, puede concluirse que las expulsiones colectivas no solo están prohibidas convencionalmente, sino que también existe un principio general del Derecho Internacional que prohíbe tal expulsión. Pero, ¿Qué ha de entenderse por expulsión colectiva? Lo cierto es que solo uno de los instrumentos mencionados, La Carta Africana sobre Derechos Humanos aporta una definición cuando en su artículo 12.5 prohíbe la “expulsión en masa” señalando que esta es la que hace referencia a los “grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos”. Sin embargo, esta definición se centra en grupos específicos de personas, lo que podría dejar fuera a alguno no expresamente mencionado, como un grupo político, por ejemplo, no pudiendo catalogar entonces como colectiva tal expulsión³². Por ello, dado que la expulsión colectiva puede afectar a cualquier grupo humano, resulta más acertada la definición ofrecida por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Becker c. Dinamarca*³³ que engloba “cualquier medida de la autoridad competente que obligue a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país³⁴”. En la misma línea, el artículo 9 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre expulsión de

³⁰ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos, Sr. Jorge Bustamante, “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, UN Doc. A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párrafo 49, nota a pie 36. Consultado el 3 de abril de 2018.

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vt30OHAqYsJ:www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/7session/A.HRC.7.12_sp.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es

³¹ Tercer Informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, párrafo 115. Consultado el 3 de abril de 2018. http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_581.pdf

³² BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional...*, op. cit., pág. 57.

³³ BOLLO AROCENA, M.D., “Límites personales y materiales al derecho de los Estados a la expulsión de extranjeros. Una visión desde el Derecho Internacional Público”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2012*, Madrid, Tecnos, 2013, pág. 141.

³⁴ Decisión de la Comisión sobre admisibilidad de 3 de octubre de 1975, pág. 235.

extranjeros aprobado en 2014 señala que “se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo”. Además, ambos términos son previamente definidos en el artículo 2:

“A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) Se 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;

b) Se entiende por "extranjero" la persona física que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra”³⁵.

Volviendo al ámbito del CEDH, en el que se centra nuestra perspectiva de estudio, el Protocolo N°4 al CEDH que expresamente prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros no define ninguno de los dos términos. Sin embargo, se trata del instrumento que ha permitido establecer las vulneraciones de derechos de los extranjeros, a partir del cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ido concretando la noción de expulsiones colectivas y dotando de contenido las disposiciones del CEDH³⁶.

4. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A pesar de haber existido varias demandas presentadas, primero ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y después ante el TEDH, basadas en posibles vulneraciones del artículo 4 del Protocolo N°4 al CEDH, lo cierto es que ninguna logró prosperar hasta el año 2002, cuando el Tribunal condenó por primera vez a un Estado por haber efectuado expulsiones colectivas³⁷. Concretamente, ocurrió en la causa *Conka y otros c. Bélgica*, en la que el TEDH sentenció que Bélgica había infringido el citado precepto puesto que “el procedimiento seguido no permitía hacer desaparecer por completo las dudas respecto del carácter colectivo de la expulsión impugnada”³⁸. Asimismo, en 2012, en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* el TEDH consideró por

³⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 66º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio y a 8 de agosto de 2014). Consultado el 4 de abril de 2018. <http://legal.un.org/ilc/reports/2014/spanish/chp4.pdf>

³⁶ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 200.

³⁷ BOLLO AROCENA, M.D., “Límites personales y materiales al derecho de...”, *op. cit.*, pág. 142.

³⁸ *Ibidem*.

unanimidad que Italia había realizado una expulsión colectiva, pudiendo considerar este fallo como paradigmático pues constituye la primera condena a un Estado en virtud del artículo 4 del Protocolo N°4 al CEDH por hechos que no se habían producido en el territorio nacional italiano, sino que tuvieron lugar en alta mar³⁹.

A partir de estas dos sentencias, así como de aquellas otras más recientes⁴⁰ en las que el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la existencia o no de expulsiones colectivas (entre ellas el asunto *N.D y N.T. c. España* que se analizará más adelante), “el TEDH ha dejado claro que no todo vale en la lucha contra la inmigración irregular”⁴¹. A partir del análisis del *iter* jurisprudencial del Tribunal en la materia no solo nos aproximaremos al contenido y alcance de la prohibición de expulsiones colectivas, sino que también veremos cómo el TEDH ejerce su función de garante supremo de los derechos humanos en el continente europeo. “Y es que si bien los países europeos son competentes para adoptar las medidas que estimen oportunas para controlar la entrada de extranjeros en sus territorios, ello no debe chocar con el respeto a los derechos humanos garantizados por el Convenio europeo y sus Protocolos, que debe ser entendido como un todo e interpretado, asimismo, como un todo”⁴².

4.1- Existencia de un examen individualizado

Como apuntábamos anteriormente, la Comisión Europea de Derechos Humanos ya en el caso *Becker contra Dinamarca* estableció que las expulsiones colectivas hacían referencia a “cualquier medida de la autoridad competente que obligue a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, con independencia del elemento de unión entre los mismos”. La misma interpretación ha seguido el TEDH, que en los diversos asuntos que se le han planteado ha apreciado, o no, la existencia de expulsiones colectivas según si la medida de expulsión adoptada es resultado de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros

³⁹ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias...”, *op. cit.*, pág. 1129.

⁴⁰ *Georgia c. Rusia*, STEDH de 3 de julio de 2014; *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, STEDH de 21 de octubre de 2014; *Khalafía y otros c. Italia*, STEDH de 1 de septiembre de 2015; *Shioshvili y otros c. Rusia* STEDH de 20 de diciembre de 2016 y *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, STEDH de 20 de diciembre de 2016.

⁴¹ BOLLO AROCENA, M.D., “Límites personales y materiales al derecho de...”, *op. cit.*, pág. 143.

⁴² DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias...”, *op. cit.*, pág. 1132.

que forman el grupo, y en función de si cada uno de los afectados ha tenido la oportunidad de alegar, de forma individual, ante las autoridades competentes los argumentos en contra de su expulsión⁴³. Así, aunque la expulsión colectiva sugiera que la misma afecte a un cierto número de personas, ello no implica que automáticamente se pueda concluir que ha existido una expulsión colectiva cuando un elevado número de personas hayan sido expulsadas⁴⁴. De hecho, en el caso *Becker c. Dinamarca*, el TEDH concluyó que la expulsión de 199 niños vietnamitas no constituyó una expulsión colectiva⁴⁵. Igualmente, en el asunto *Sultani c. Francia* un vuelo conjunto de inmigrantes hacia Afganistan no fue considerado una expulsión colectiva⁴⁶.

Estos y otros asuntos ponen de relieve que el número de personas afectadas por la medida de expulsión no es elemento central para llegar a la conclusión de si ha existido o no una expulsión colectiva. Si bien puede ser un elemento que ayude a llegar a la conclusión final, lo determinante es la existencia o inexistencia de un examen verdaderamente individualizado de cada uno de los casos de todas aquellas personas que integren el grupo objeto de expulsión⁴⁷. Este requisito fundamental fue destacado por el TEDH en la primera sentencia en la que condenó a un Estado por llevar a cabo expulsiones colectivas. Se trata del asunto *Conka c. Bélgica* en el que el Tribunal sentenció que Bélgica había vulnerado el artículo 4 del Protocolo nº 4 al CEDH.

Los demandantes, Ján Cónka, su esposa y sus dos hijos, que residían en Bélgica eran eslovacos de origen gitano y afirmaban haber huido de su país después de haber sido víctimas de ataques racistas y ante la pasividad de la policía. Fueron detenidos para ser expulsados cuando en realidad habían sido convocados para completar su solicitud de asilo, por lo que alegaron haber sido detenidos con engaño en el contexto de una expulsión colectiva. Los demandantes fueron expulsados por el mero hecho de que su estancia en Bélgica había superado los tres meses de duración, sin que las órdenes de abandonar el territorio hicieran referencia a sus solicitudes de asilo. De hecho, no se les informó sobre las causas por las que se procedía a la expulsión y

⁴³ SOLANEZ CORELLA, A., "Contra la normalización de la ilegalidad...", *op. cit.*, pág. 201.

⁴⁴ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional...*, *op. cit.*, pág. 60.

⁴⁵ Decisión de la Comisión sobre admisibilidad de 3 de octubre de 1975, pág. 256.

⁴⁶ *Sultani c. Francia*, STEDH de 20 de septiembre de 2007, pág. 81.

⁴⁷ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional...*, *op. cit.*, pág. 62.

tampoco tuvieron la oportunidad de recurrir tal decisión. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta el gran número de personas del mismo origen que también fueron expulsadas, el Tribunal consideró que el procedimiento seguido no excluía las dudas sobre el carácter colectivo de la expulsión. Y es que las personas afectadas fueron convocadas al mismo tiempo para acudir a declarar y una vez en comisaría se decidió sobre la expulsión de todas ellas en base a unas decisiones idénticas. De ahí que el Tribunal entendiera que el procedimiento seguido no ofrecía garantías suficientes que acreditaran la existencia de un examen objetivo y razonable de la situación individual de cada uno de los extranjeros afectados. Por ello, el TEDH sentenció que se había producido una violación del artículo 4 del Protocolo N°4 al CEDH pues se trataba de una expulsión colectiva expresamente prohibida por tal disposición⁴⁸.

Ahora bien, ello no implica que en todos los casos en que varias personas sean expulsadas en grupo exista una violación del citado precepto, ni siquiera en los casos en que las órdenes de expulsión estén redactadas en los mismos términos, siempre y cuando la situación de cada persona afectada haya sido examinada individualmente⁴⁹. En ese sentido se pronunció el TEDH en el asunto *M. A. c. Chipre* cuando el demandante alegaba haber sido objeto de una expulsión colectiva junto con un grupo de personas kurdas procedentes de Siria⁵⁰. En este y otros casos el TEDH no ha apreciado la existencia de una expulsión colectiva precisamente por entender que los Estados demandados habían realizado un estudio verdaderamente individualizado de la situación de cada persona afectada⁵¹. De hecho, ese ha sido el motivo por el que el TEDH ha inadmitido numerosas demandas, ante la imposibilidad de evidenciar que se tratara de expulsiones colectivas. Por ejemplo, en el caso *Andric c. Suecia*⁵² el Tribunal inadmitió la demanda por entender que el hecho de que varios extranjeros recibieran decisiones parecidas no constituía una expulsión colectiva. En este caso, cada demandante había presentado una solicitud individual ante las autoridades competentes y había podido exponer los argumentos pertinentes en contra de su

⁴⁸ *Cour Européenne des droits de l'homme. Guide sur l'article 4 du Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme. Interdiction des expulsions collectives d'étrangers*. Pág. 7. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_4_FRA.pdf Consultado el 6 de mayo de 2018.

⁴⁹ SOLANES CORELLA, A., "Contra la normalización de la ilegalidad...", *op. cit.*, pág. 201.

⁵⁰ *M. A. c. Chipre*, TEDH de 23 de julio de 2013, págs. 252 – 255.

⁵¹ *Sultani c. Francia*, TEDH de 20 de septiembre de 2007; *Andric c. Suecia*, Decisión de inadmisibilidad de 23 de febrero de 1999.

⁵² Decisión sobre inadmisibilidad de 23 de febrero de 1999. Los demandantes habían solicitado asilo en Suecia después de huir de Bosnia – Herzegovina y las autoridades suecas decidieron devolverlos a Croacia tras el rechazo de sus solicitudes.

devolución. Consecuentemente, las autoridades habían podido tener en cuenta los antecedentes y situación de cada solicitante al rechazar las alegaciones de cada uno de ellos, lo que plasmaron en decisiones individuales⁵³. Y es que “el carácter colectivo de una expulsión viene determinado por una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero y por ello incurre en arbitrariedad”⁵⁴.

En ese sentido, el Tribunal no tuvo duda alguna sobre el carácter colectivo de la expulsión de un grupo de migrantes somalíes y eritreos detenidos en alta mar y entregados a Libia por las autoridades italianas. Así, en la sentencia del caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* consideró por unanimidad que Italia había realizado una expulsión colectiva, destacando que no parecía que el personal militar italiano que interceptó la embarcación en alta mar fuera la autoridad competente para realizar ese examen individualizado, completo y objetivo con las garantías exigidas por el Derecho Internacional⁵⁵. Concretamente, destacó que la devolución de los inmigrantes se realizó al margen de cualquier procedimiento, porque a bordo de las embarcaciones no había ni intérpretes ni asesores legales y los militares italianos no estaban capacitados para realizar entrevistas individuales y conocer la situación personal de cada uno de ellos⁵⁶. Por ello, la sentencia del TEDH no solo recuerda que antes de proceder a la devolución de las personas a Estado alguno éstas deban ser identificadas e informadas de sus derechos, entre ellos el derecho de solicitar asilo, sino que también pone de relieve que “la obligación de realizar un examen individualizado, completo, razonable y objetivo de cada caso resulta igualmente aplicable cuando las expulsiones se realizan más allá de los límites territoriales nacionales, si se llevan a cabo en un espacio o en una situación en la que las personas se encuentren bajo la jurisdicción del Estado”⁵⁷. Se trata de una decisión que parte de la doctrina ha considerado como una sentencia piloto en lo relativo a garantizar los derechos consagrados en el sistema europeo ya no solo en lo relativo al derecho del asilo, sino también en el caso de la inmigración irregular⁵⁸, fundamental en

⁵³ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 210.

⁵⁴ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional...*, *op.cit.*, pág. 63.

⁵⁵ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 202.

⁵⁶ BOLLO AROCENA, M.D., “Límites personales y materiales al derecho de...”, *op. cit.*, pág. 146.

⁵⁷ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional...*, *op.cit.*, pág. 63.

⁵⁸ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias...”, *op. cit.*, pág. 1129.

un momento como el actual en el que se producen llegadas masivas de migrantes a las costas europeas.

Sin embargo, estos no son los únicos casos en los que el TEDH ha apreciado vulneraciones de la prohibición de las expulsiones colectivas. De hecho, algunos Estados han sido condenados por ser ésta “una práctica recurrente”⁵⁹. Es el caso del asunto *Georgia c. Rusia* en el que el Tribunal aprecia una práctica generalizada de las mismas por las autoridades rusas⁶⁰. Concretamente, el TEDH habla de “una práctica administrativa organizada por el Estado” cuya finalidad era la expulsión de personas de origen georgiano de Rusia. Así, aunque se aprobasen resoluciones de expulsión para cada uno de los afectados, las decisiones de expulsión no se habían adoptado atendiendo a las circunstancias personales de cada uno de los interesados. Además, los informes de varias ONGs, así como el Comité de Supervisión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ya habían evidenciado que todas las expulsiones habían seguido un mismo patrón y ponían de relieve la existencia de una coordinación entre poderes administrativos y judiciales para llevarlas a cabo⁶¹. Así lo entendió el Tribunal, que destacó que Rusia había puesto en práctica una política coordinada de arresto, detención y expulsión para ciudadanos georgianos⁶². Se habla de práctica administrativa al constatarse “la existencia de una acumulación de infracciones idénticas o semejantes en multitud de actos, ante los cuales existe una “tolerancia oficial”, pues los superiores jerárquicos de sus autores no hacen nada por castigarlos e impedir su repetición”⁶³.

Otras condenas a Rusia por expulsiones colectivas han evidenciado que, efectivamente, se trata de una práctica administrativa asentada. En los casos *Shioshvili y otros c. Rusia* y *Berdzenishvili y otros c. Rusia* se vuelve a insistir en la obligatoriedad de realizar un examen individual y con todas las garantías de la

⁵⁹ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 203.

⁶⁰ *Georgia c. Rusia*, STEDH de 3 de julio de 2014. El caso hace referencia a la detención y expulsión de ciudadanos georgianos entre octubre de 2006 y enero de 2007. Durante esos meses el gobierno ruso emitió una serie de circulares dando instrucciones a la policía y al servicio federal de migraciones para la identificación y expulsión de personas georgianas. Incluso se enviaron cartas a las escuelas para que se identificase a alumnos de nacionalidad georgiana para llegar así hasta sus familias y proceder a su expulsión.

⁶¹ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 204.

⁶² *Cour Européenne des droits de l’homme. Guide sur l’article 4 du Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l’homme. Interdiction des expulsions collectives d’étrangers*. Pág. 8.

⁶³ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional... op. cit.*, págs. 64 – 65.

situación de cada persona objeto de la expulsión, pues de lo contrario se estará vulnerando el artículo 4 del Protocolo N°4 al CEDH⁶⁴.

En definitiva, la prohibición de expulsión colectiva exige que cada caso concreto sea objeto de un análisis razonable y objetivo y que, en todo caso, “el examen sea realizado por una autoridad con capacidad de valorar en su totalidad la argumentación ofrecida contra la expulsión”, respetándose siempre las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos⁶⁵. Así, a través de estas sentencias el TEDH ha previsto indicaciones detalladas sobre los procedimientos y las garantías que deben respetarse en la ejecución de una expulsión colectiva⁶⁶.

4.2- Aplicación *ratione loci*

A partir de la jurisprudencia del TEDH analizada, podría pensarse que el artículo 4 del Protocolo N°4 únicamente es aplicable cuando la expulsión se produce desde el territorio del Estado, pues el Tribunal define las expulsiones colectivas como aquella medida adoptada por un Estado que obliga a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país. Sin embargo, aunque tradicionalmente se haya partido de la idea de que la expulsión se produce desde el territorio Estado, en el ya mencionado asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el Estado italiano fue condenado en virtud de dicho artículo, pero por una expulsión que no se había producido desde su territorio nacional, sino desde alta mar, donde fueron interceptadas las embarcaciones en las que viajaban los inmigrantes⁶⁷. El hecho de que la expulsión se hubiera producido fuera del territorio del Estado hizo que la primera cuestión sobre la que tuviera que pronunciarse el Tribunal fuera, precisamente, sobre “la posibilidad de aplicar el mencionado precepto extraterritorialmente”⁶⁸. De ahí la gran importancia de esta sentencia, pues a partir de una situación que no se había planteado hasta el momento,

⁶⁴ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 204.

⁶⁵ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional... op. cit.*, págs. 64 – 65.

⁶⁶ DEL GUERICO, A., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la protección de los solicitantes de asilo: obligaciones de recepción y de no devolución”, *I Congreso Internacional de Derechos Humanos. Los derechos de los refugiados y las responsabilidades de Europa*, Valencia, febrero de 2017, pág. 92.

⁶⁷ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional... op. cit.*, págs. 57 – 58.

⁶⁸ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias...”, *op. cit.*, pág. 1130.

aporta una “mejor delimitación de la noción de expulsión colectiva”⁶⁹. Concretamente, el problema que se planteó era si, a propósito de la aplicación del Protocolo N° 4, los demandantes estaban, al momento de producirse los hechos, bajo la jurisdicción italiana en los términos del artículo 1 del CEDH⁷⁰.

Los hechos se produjeron cuando los demandantes, once ciudadanos somalíes y trece eritreos, que formaban parte de un grupo de alrededor de doscientas personas, abandonaron Libia a bordo de tres embarcaciones con el propósito de llegar a la costa italiana. Cuando se encontraban a unas treinta y cinco millas de la isla de Lampedusa fueron interceptados por la policía italiana y el servicio de guardacostas y trasladados a buques militares italianos. Los ocupantes fueron entonces privados de sus efectos personales y documentación y devueltos a Trípoli sin que se les comunicase que su destino no sería Italia. Todo ello sin que las autoridades italianas les identificasen y se informasen de su situación personal, por lo que no se les permitió plantear su deseo de solicitar asilo, aun cuando los demandantes apuntan que en el momento en que fueron conscientes de que iban a ser entregados a Libia expresaron su voluntad de que no fuera así⁷¹. Ante esta situación, los demandantes alegan que su traslado a Libia constituye una violación del artículo 4 del Protocolo N° 4 al CEDH por tratarse de una expulsión colectiva.

Por su parte, el Gobierno italiano, que no negó que los hechos se hubieran producido, argumentó que la devolución de los migrantes a Libia era consecuencia de la entrada en vigor, el 4 de febrero de 2009, de un acuerdo bilateral entre Italia y Libia que tenía por objeto luchar contra la inmigración ilegal⁷². En este sentido, alegó que las embarcaciones en las que viajaban los demandantes fueron interceptadas en el contexto del salvamento de en el mar y que los barcos italianos se limitaron a

⁶⁹ BOLLO AROCENA, M.D., “Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement...”, *op. cit.*, pág. 661.

⁷⁰ Este artículo establece la obligación de los Estados de garantizar los derechos reconocidos en el Convenio a aquellas personas que estén bajo su jurisdicción, sean nacionales o no. Arlettaz, F., “Admisión y expulsión de extranjeros en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *El observatorio opina, Cátedra Paz, Seguridad y Defensa*, 2013.

⁷¹ *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, STEDH de 23 de febrero de 2012, párrafos 10 – 12.

⁷² El Ministro del Interior italiano en conferencia de prensa declaró que las operaciones fueron llevadas a cabo en cumplimiento del principio de cooperación entre los Estados y que la política de devolución era muy efectiva a la hora de combatir la inmigración ilegal. Según el Ministro del Interior, esta política disuadía a los grupos criminales dedicados al contrabando y al tráfico ilícito de inmigrantes clandestinos, ayudaba a salvar vidas en el mar, y provocaba una disminución considerable de la llegada de inmigrantes ilegales a las costas italianas. *Ibid.*, párrafo 13.

intervenir para prestar asistencia a personas en peligro. Por ello, defendió que las autoridades italianas no ejercieron un “poder absoluto y exclusivo” sobre los demandantes, de tal forma que no era de aplicación el artículo 1 del CEDH, por no poder entenderse que los extranjeros se encontrasen bajo la jurisdicción del Estado italiano⁷³. Precisamente el tratamiento de esta cuestión hace que la sentencia resulte especialmente relevante, pues “reitera y delimita la jurisprudencia anterior del TEDH en materia del principio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 del CEDH”⁷⁴.

Así, mientras el Gobierno italiano consideró que las garantías ofrecidas por el artículo 4 del Protocolo N°4 solo entran en juego en caso de expulsión de personas que se encuentran en el territorio de un Estado o que han cruzado la frontera de manera ilegal; los demandantes consideraron que el término “expulsión” debe interpretarse de una forma funcional y teleológica. Defendieron que solo una interpretación “extra-territorial” de la disposición confiere a la misma una naturaleza más práctica y efectiva, y no “meramente teórica e ilusoria”:

“En su opinión, el objetivo principal tras la prohibición de expulsiones colectivas es el de impedir que los Estados trasladen forzosamente a grupos de extranjeros a otros Estados sin antes examinar sus circunstancias individuales, aunque lo hicieran de manera sumaria. Esta prohibición también debería aplicarse a aquellas medidas destinadas a rechazar a los emigrantes en alta mar que son adoptadas sin ningún tipo de decisión formal previa, en la medida en estas medidas constituyan “expulsiones disimuladas”⁷⁵.

Ahora bien, los requirentes fueron más allá y alegaron que incluso si el Tribunal interpretase que la prohibición establecida por el artículo 4 del Protocolo N°4 tuviera un alcance exclusivamente territorial, su devolución a Libia desde alta mar estaría dentro de la aplicación del mismo, puesto que tuvo lugar desde un buque con pabellón italiano, que en virtud del artículo 4 del Código de Navegación italiano se considera territorio italiano⁷⁶. A partir de estas alegaciones de las partes, la Gran Sala del TEDH argumentó la aplicación del artículo 4 del Protocolo N°4 al presente caso, sentenciando que, efectivamente, se trató de una expulsión colectiva.

Según el artículo 1 del CEDH, las Altas Partes Contratantes tienen la obligación de reconocer a todas las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos

⁷³ *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, cit.*, párrafos 64 – 66.

⁷⁴ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias...”, *op. cit.*, pág. 1123.

⁷⁵ *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, cit.*, párrafo 162.

⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 163.

en el Título I del mismo, de tal forma que el ejercicio de jurisdicción es una “condición necesaria para que una Alta Parte Contratante pueda ser considerada responsable de los actos u omisiones que se le puedan imputar y que constituyan la base factual subyacente a las alegaciones sobre presuntas vulneraciones de los derechos y libertades protegidos en el Convenio”. Pues bien, a pesar de que la jurisdicción del Estado es esencialmente territorial, pues se presupone que es normalmente ejercida en el territorio del Estado, la jurisprudencia del Tribunal ha aceptado que ciertas acciones de los Estados cometidas fuera de sus territorios puedan constituir un ejercicio de su jurisdicción en el sentido del artículo 1 del Convenio. En este sentido, recuerda el Tribunal que en virtud de las disposiciones de derecho del mar aplicable, un buque navegando en alta mar está sujeto exclusivamente a la jurisdicción del Estado de su pabellón⁷⁷, principio que también está previsto en la legislación nacional italiana pues así lo prescribe el artículo 4 de su Código de Navegación. Por ello, dado que los hechos tuvieron lugar en a bordo de barcos de las fuerzas armadas italianas en los que solo había personal militar italiano a bordo, los demandantes, “desde que embarcaron y hasta que fueron entregados a las autoridades libias, estuvieron bajo el control continuo y exclusivo, *de iure y de facto*, de las autoridades italianas”. Estas afirmaciones llevan al Tribunal a concluir que los hechos ocurrieron bajo la jurisdicción de Italia, en el sentido del artículo 1 del Convenio⁷⁸.

Por lo que respecta a la aplicación al caso del artículo 4 del Protocolo N^o 4, apunta el Tribunal que dado que la jurisdicción de un Estado puede excepcionalmente ejercerse extraterritorialmente, puede entenderse que “el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial ha adoptado la forma de expulsión colectiva”⁷⁹. Lo que hace el Tribunal para llegar a esa conclusión es examinar la cuestión de la aplicabilidad del precepto.

Para interpretar las disposiciones del Convenio, el Tribunal se basa en los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativos a la interpretación de los tratados, en virtud de los cuales:

“...el Tribunal debe establecer el significado habitual que debería darse a los términos en su contexto y a la luz del objeto y fin de la disposición de la que

⁷⁷ El artículo 92.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 establece: Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado.

⁷⁸ *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, cit.*, párrafos 76 – 83.

⁷⁹ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias...”, *op. cit.*, pág. 1131.

proviene. Debe tener en cuenta que la disposición en cuestión forma parte de un tratado para la protección efectiva de los derechos humanos. El Tribunal también debe tomar en consideración cualquier norma y principio pertinentes de la legislación internacional aplicables a las relaciones entre las Altas Partes Contratantes. Por añadidura, el Tribunal puede recurrir a medios de interpretación complementarios, especialmente a los trabajos preparatorios del Convenio, ya sea para confirmar el significado determinado de acuerdo con los medios mencionados anteriormente, o para clarificar el sentido si éste fuera ambiguo, oscuro o manifiestamente absurdo e irrazonable⁸⁰.

Teniendo en cuenta estas directrices, el Tribunal, a partir de la literalidad de la disposición, afirmó que la redacción del artículo 4 del Protocolo N°4 “no supone, *per se*, un obstáculo a su aplicación extraterritorial”, pues, a diferencia de otras disposiciones del mismo Protocolo, no menciona específicamente el alcance territorial de la prohibición que consagra⁸¹. Igualmente, tampoco los trabajos preparatorios explicitan ni el alcance ni el ámbito de aplicación. Sin embargo, en el comentario al proyecto de Protocolo preparado por el Comité de Expertos se señala que “la palabra “expulsión” debe ser interpretada en su sentido genérico, empleado en el lenguaje corriente”, lo que permite afirmar que en los trabajos preparatorios no se excluye una aplicación extraterritorial de la disposición⁸².

La Gran Sala, sin embargo, no se limita a afirmar que una aplicación extraterritorial tiene cabida, sino que va más allá y analiza si tal aplicación encuentra justificación. Al respecto, el Tribunal recurre a su jurisprudencia en la que ha establecido firmemente que “el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la vista de las condiciones actuales” por lo que entiende que es esencial que se interprete y aplique de tal forma que “las garantías que protege sean prácticas y efectivas y no teóricas e ilusorias”. Por ello, concluyó que dado que el objetivo que se persigue es impedir que los Estados puedan expulsar a determinados grupos de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales, si el artículo 4 del Protocolo N° 4 se aplicase únicamente a expulsiones producidas desde el territorio nacional, “se establecería un agravio

⁸⁰ *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, cit.*, párrafo 170.

⁸¹ A diferencia del artículo 4, el artículo 3 establece expresamente el alcance territorial de la prohibición de expulsar ciudadanos nacionales. Concretamente, señala: Nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea nacional.

⁸² *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, cit.*, párrafos 173 – 175.

comparativo respecto de los extranjeros que, viajando por mar, no consiguen llegar a las fronteras del Estados⁸³.

Esta respuesta dada por el TEDH debe considerarse la correcta, pues una decisión contraria hubiera privado de cualquier “efecto útil al artículo en un momento como el actual, en el que las migraciones marítimas constituyen un elevado porcentaje de las migraciones con destino Europa⁸⁴. Por ello, es importante destacar la idea señalada por el Tribunal de que, “aunque se trate del medio marítimo, ello no implica la existencia de una zona de no derecho en la que los Estados estén exentos de las obligaciones internacionales que derivan del estándar internacional en materia de derechos humanos⁸⁵”.

En definitiva, esta importante sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en 2012 permite afirmar que la devolución de extranjeros realizada desde alta mar implica el ejercicio de poder público por parte de las autoridades del Estado, de tal forma que constituyen un ejercicio de su jurisdicción y, por tanto, entraña responsabilidad del Estado en el marco del artículo 4 del Protocolo N° 4⁸⁶. Por ello, “se puede hablar de expulsión colectiva, con independencia del lugar desde el que se produzca la acción, si los hechos se producen en una situación en la que las personas afectadas se encuentran bajo la jurisdicción del Estado⁸⁷. Así, del mismo modo que el TEDH ha establecido que toda expulsión exige un examen individualizado de cada caso y la adopción de decisiones también individualizadas, con la importante sentencia *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* queda claro que esa exigencia se mantiene cuando la expulsión se realiza más allá del territorio nacional “si se lleva a cabo en una situación en la que las personas se encuentran bajo el control del Estado⁸⁸”.

4.3- Aplicación *ratione personae*

Otra de las cuestiones tradicionalmente controvertidas en relación con el artículo 4 del Protocolo N° 4 ha sido la relativa a su aplicación personal. Ante la estrategia seguida

⁸³ *Ibid.*, párrafos 176 – 177.

⁸⁴ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias...”, *op. cit.*, pág. 1131.

⁸⁵ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 207.

⁸⁶ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias...”, *op. cit.*, pág. 1131.

⁸⁷ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional... op. cit.*, pág. 60.

⁸⁸ BOLLO AROCENA, M.D., “Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement...”, *op. cit.*, pág. 663.

por varios Estados demandados que han defendido que únicamente cabe la aplicación del precepto cuando se trate de la expulsión de extranjeros que residen de forma regular en el Estado que adopta la decisión, el TEDH ha mantenido una interpretación más amplia y considera que puede existir una expulsión colectiva con independencia de la situación administrativa en la que se encuentren las personas afectadas⁸⁹.

En los casos *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* y *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, entre otros, los argumentos empleados por los Estados se basaron en que los hechos enjuiciados no consistían en expulsiones colectivas, sino en “devoluciones permitidas” por no encontrarse los extranjeros demandantes de forma regular en sus territorios nacionales⁹⁰. Frente a estas alegaciones, el TEDH ha mantenido que el artículo 4 del Protocolo N° 4 no contiene ninguna referencia a la condición legal o no del extranjero, de tal forma que cabe su aplicación a los extranjeros que se encuentren en el territorio del Estado (o fuera del territorio, pero bajo la jurisdicción del Estado), “sin distinguir entre si están de paso o si son residentes, refugiados o apátridas”⁹¹. Y es que, a diferencia de otras disposiciones de la convención, no hace referencia a la situación administrativa en la que se encuentren los extranjeros. Así, por ejemplo, el artículo 2 del Protocolo N°4⁹² se refiere a la libertad de circulación de las personas que se encuentran regularmente en el territorio de un Estado, o el artículo 1 del Protocolo N°7⁹³ se ocupa de las garantías procesales en caso de expulsión de extranjeros residentes legalmente en un Estado. Además, recuerda el Tribunal que esa es la definición de “extranjero” establecida por el Comité de Expertos en el comentario al Proyecto de Protocolo N°4:

⁸⁹ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional...*, *op. cit.*, pág. 66.

⁹⁰ *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, *cit.*, párrafo 160: “el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 no es aplicable en el presente asunto. La garantía establecida por esta disposición solamente entra en juego en caso de expulsión de personas que se encuentren en el territorio de un Estado o que hayan cruzado la frontera nacional de manera ilegal. En el presente asunto, la medida en cuestión no era una “expulsión” sino más bien un rechazo a autorizar a unos individuos a entrar en el territorio nacional”.

⁹¹ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 201.

⁹² El artículo 2 del Protocolo 4 al CEDH establece: Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.

⁹³ El artículo 1 del Protocolo N°7 al CEDH establece: El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder: a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión; b) hacer que se examine su caso, y c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o ante una o varias personas designadas por dicha autoridad.

“Los comentarios sobre el proyecto de protocolo muestran que, en la opinión del Comité de Expertos, el artículo no hace referencia a los extranjeros que residen de manera legal en un territorio sino a todos aquellos que, en realidad, no tienen derecho a obtener nacionalidad de un Estado, tanto los que están transitando por un país como los que residen o están domiciliados en él, tanto los refugiados como los que entraron en el país por iniciativa propia, y tanto si son apátridas como si poseen otra nacionalidad”⁹⁴.

A partir de esta interpretación, el TEDH, tanto en el caso *Conka y otros c. Bélgica*, como en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, ha calificado de expulsiones colectivas los hechos enjuiciados a pesar de que las personas afectadas no se encontraban legalmente en el territorio de los Estados condenados. La misma decisión adoptó en el asunto *Georgia c. Rusia*, ratificando así la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo N° 4 con independencia de la situación administrativa en la que se esté en el territorio del Estado que adopta la medida de expulsión. Así, la jurisprudencia del TEDH evidencia que “la prohibición de las expulsiones colectivas se extiende tanto a personas que se encuentren o accedan al territorio del Estado de forma regular, como a quienes accedan o se encuentren de forma irregular, o a cualquier persona sometida a la jurisdicción del Estado, con independencia del lugar o las circunstancias en que se produzca la expulsión”⁹⁵.

En definitiva, el análisis de los pronunciamientos de la Comisión Europea de Derechos Humanos, primero, y del TEDH, después, han permitido dotar de contenido el artículo 4 del Protocolo N°4 que contiene la prohibición absoluta de las expulsiones colectivas. Puede decirse que en el sistema del Consejo de Europa, el TEDH cuenta con una jurisprudencia consolidada en la materia.

5- EL RECHAZO DE EXTRANJEROS EN LAS FRONTERAS DE CEUTA Y MELILLA. LAS DENOMINADAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”

El aumento de los flujos migratorios en los últimos años ha tenido un notable impacto en los países del sur de Europa, afectando especialmente al Estado español. Según datos de FRONTEX, la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, en el año 2017, 23.143 personas llegaron a nuestro país a través de la denominada ruta del

⁹⁴ *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, cit.*, párrafo 174.

⁹⁵ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional... op. cit.*, pág. 67.

Mediterráneo Oeste⁹⁶. España se ha convertido en una de las puertas de entrada hacia Europa a través de la cual muchas personas procedentes del continente africano intentan huir del hambre y la violencia. La ruta del Mediterráneo Oeste comprende el área Marruecos – España e incluye tanto vías marítimas como terrestres⁹⁷. El acceso por tierra se realiza a través de los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla, donde en los últimos años se han venido realizando, de forma sistemática, expulsiones colectivas y automáticas. Se trata de las denominadas “devoluciones en caliente”, que hacen referencia a “la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que proceden directamente a la entrega de los asaltantes que no han logrado su propósito de atravesar las barreras a las autoridades marroquíes, sin identificación individual de las personas detenidas, ni la tramitación de procedimiento alguno”⁹⁸.

A través de la reforma de la Ley de Extranjería, mediante la introducción de una disposición final en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, el Gobierno español trató de dotar de cobertura legal a esas prácticas claramente ilegales, lo que ha conllevado a que, como no podía ser de otra manera, el TEDH haya condenado al Estado español en el asunto *N.D. y N.T. c. España*. Tras analizar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de expulsiones colectivas, en el presente epígrafe veremos cómo la condena era más que esperada pues “no estamos hablando de un rechazo en frontera regulado en la Ley de Extranjería con una serie de garantías jurídicas”, sino de una actuación que “se practica sin ninguna cobertura legal que permita a los extranjeros gozar de las garantías jurídicas que establecen la normativa internacional e interna”⁹⁹.

5.1- La introducción de la disposición adicional decima de la Ley Orgánica de Extranjería

⁹⁶ FRONTEX. *Migratory Routes. Western Mediterranean Route*. Consultado el 26 de abril de 2018. <https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/migratory-routes/western-mediterranean-route/>

⁹⁷ Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). Informe sobre los movimientos migratorios en España y Europa. Pág. 9. Consultado el 26 de abril de 2018. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe-rutas-migratorias.pdf>

⁹⁸ ENÉRIZ OLAECHEA, J., “El rechazo de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla. Alcance de la Disposición Adicional Décima de la Ley Orgánica de Extranjería”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2017, pág. 1.

⁹⁹ FERNÁNDEZ PÉREZ A., “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, *Diario La Ley*, 22 de septiembre de 2014, pág. 2.

Como señalábamos anteriormente, con la expresión “devoluciones en caliente” se alude “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 interceptado por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas”¹⁰⁰. Pues bien, esta práctica, hasta el año 2015, no encontraba ninguna cobertura legal en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX). Y es que la regulación contenida en dicha legislación únicamente se refería a los procedimientos de denegación de entrada, de devolución y de expulsión, “siempre siguiendo un procedimiento con garantías”¹⁰¹.

La denegación de entrada (artículo 26 LOEX) exige “resolución motivada e información de los recursos que caben contra ella” para los casos en que “al extranjero no se le permite el acceso al territorio nacional por los puestos fronterizos habilitados por no reunir los requisitos previstos en la legislación de extranjería”. La expulsión (artículo 57 LOEX), como medida sancionadora, solo cabe “previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”. E incluso la devolución (artículo 58 LOEX), para aquellos extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, aunque no requiere de expediente de expulsión, exige que las personas interceptadas sean conducidas “con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que se proceda a su identificación y, en su caso, a su devolución”. Esta breve aproximación a las tres figuras contenidas en la ley evidencia que la legislación de extranjería no contempla la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado expulsen a ciudadanos extranjeros que están bajo su custodia fuera del territorio español mediante vías de hecho.

Ante esta realidad, sin embargo, el Gobierno español, lejos de instar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y en concreto a la Guardia Civil, a cesar en la práctica sistemática de “devoluciones en caliente” realizadas sin seguir ningún tipo de garantía, e incluso mediante actuaciones también criticables desde un punto de vista

¹⁰⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros, Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”, Informe Jurídico, 10 de febrero de 2015, pág. 2.

¹⁰¹ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 211.

ético y humano¹⁰², trató de “legalizar lo ilegal” mediante la reforma de la LOEX. Concretamente, como consecuencia de la enmienda presentada por el grupo parlamentario popular, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana introdujo una nueva disposición adicional décima a la LOEX relativa al “régimen especial de Ceuta y Melilla”, que establece:

- “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.”

Esta es la redacción final de la disposición que inicialmente solo contenía el primer apartado. El segundo y tercer apartado se introdujeron durante la tramitación de la ley en el Senado, con lo que el grupo popular pretendió “salir al paso de múltiples quejas y protestas de organizaciones no gubernamentales y de juristas, que destacaban la vulneración de la normativa de derechos humanos y de protección internacional en el caso de aprobarse tal y como hasta entonces estaba redactada”¹⁰³. Incluso una institución como el Defensor del Pueblo mostró su preocupación por “las imágenes desgarradoras de personas subidas en una valla” e instaba a que esas personas “fueran tratadas conforme a la legalidad”¹⁰⁴.

En cualquier caso, como señalan varios autores, resulta cuanto menos “llamativo” que finalmente se regulase una práctica que venía realizándose desde tiempo atrás y que según el Ministro de Interior “resultaba totalmente acorde con la legalidad”¹⁰⁵. Y es que

¹⁰² No son pocas las ocasiones en que los medios de comunicación se han hecho eco de actuaciones “cuestionables” de la Guardia Civil en las fronteras de Ceuta y Melilla. Difícil de olvidar los hechos acontecidos en la playa de Tarajal de Ceuta el 6 de febrero de 2014. 14 personas fallecieron cuando intentaban llegar a nado a la costa española mientras trataban de sortear pelotas de gomas disparadas por la Guardia Civil. EL PAIS, Una tragedia de 10 minutos y 14 muertos, publicado el 13 de febrero de 2014.

https://politica.elpais.com/politica/2014/02/13/actualidad/1392309734_585875.html

¹⁰³ ENÉRIZ OLAECHEA, J., “El rechazo de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla...”, *op. cit.*, pág. 3.

¹⁰⁴ EL MUNDO, La defensora del Pueblo rechaza las devoluciones en caliente, publicado el 9 de abril de 2015. <https://www.elmundo.es/espana/2014/04/09/53450cebe2704efc548b456d.html>

¹⁰⁵ ESPINTELLA MENENDEZ, A., “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 68, 2016, pág. 322.

se invocaba como base legal el acuerdo entre España y Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid en 1992.

Sin embargo, ese acuerdo entre los Reinos de España y Marruecos “no es un título jurídico suficiente que ampare estas devoluciones sumarias en detrimento de la aplicación de los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería”¹⁰⁶. Por una parte, porque el acuerdo no regula procedimiento alguno sobre la expulsión desde España, sino que se limita a delimitar la forma de ejecución de las decisiones de salida cuando Marruecos es el lugar de destino; y, por otra parte, porque el propio acuerdo impone como obligaciones a las autoridades la identificación de las personas y la documentación por escrito las entregas, lo que no ocurre en la expulsión automática¹⁰⁷. Por ello, podría pensarse que la introducción de la nueva disposición adicional décima responde a un reconocimiento tácito por parte del Gobierno de que las “devoluciones en caliente” no tenían fundamentación jurídica¹⁰⁸.

Ahora bien, la nueva regulación introducida en 2015 no implica que se pueda hablar ahora de una actuación acorde a la legalidad. Recordemos que se trata de una actuación por vía de hecho en la que se vulneran derechos y garantías esenciales de las personas extranjeras. Ni siquiera el hecho de que se haga referencia explícita a “la garantía del respeto a la normativa internacional en materia de derechos humanos y, específicamente, de la reguladora del derecho de asilo” quiere decir que realmente así sea¹⁰⁹.

La disposición adicional décima de la LOEX recoge un “régimen especial de Ceuta y Melilla” aplicable a los extranjeros que hayan sido “detectados” en la línea fronteriza intentando “superar los elementos de contención fronterizos”, por lo que se pretende su aplicación a quienes hayan sido interceptados saltando las altas vallas de Ceuta o Melilla. En este contexto el problema que se plantea es que cuando este régimen resulta aplicable “se procede a un rechazo inmediato”, pues el precepto legal “adolece de cualquier previsión que determine un procedimiento administrativo”¹¹⁰. Por ello,

¹⁰⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros, “Devoluciones ilegales en la frontera sur...”, *op. cit.* Pág. 14.

¹⁰⁷ ESPINTELLA MENENDEZ, A., “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla...”, *op. cit.*, pág. 322.

¹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹ ENÉRIZ OLAECHEA, J., “El rechazo de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla...”, *op. cit.*, pág. 3.

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 5.

puede pensarse que la intención con la que se aprobó este nuevo régimen no es otra que hacer desaparecer “los elementos esenciales del procedimiento de devolución y las garantías jurídicas asociadas a éste”¹¹¹, que recordemos es el procedimiento previsto en la LOEX precisamente para aquellos extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en territorio español. Como apuntaron varios autores críticos con la aprobación de la disposición, entre ellos Espiniella Menéndez:

“Se trata de una norma sin una mínima sistemática jurídica, en contraste con el procedimiento ordinario de devolución: no existe ningún órgano para acordar el rechazo en frontera y se observa, igualmente, la ausencia de cualquier resolución motivada y notificada sin información acerca de los recursos y plazos y derecho a la asistencia letrada. Así pues, en relación con el nuevo rechazo en frontera, surgen numerosas dudas sobre el alcance y la materialización de la audiencia del interesado, la asistencia de letrado e intérprete, los plazos para proceder a esa “devolución en caliente” o el control jurisdiccional de la actuación de la Administración”¹¹².

Así, cuando se produce un “rechazo en frontera”, lo que está haciendo el Estado español es devolver a un extranjero “sin respetar los derechos y garantías que tanto la normativa internacional como la legislación interna reconoce a todo extranjero”¹¹³. Y es que la LOEX reconoce expresamente a todo extranjero objeto de una expulsión o devolución una serie de derechos, como son el derecho a la asistencia letrada, el derecho a un intérprete o el derecho a solicitar protección internacional, derechos que ante una “devolución en caliente” son vulnerados de manera flagrante.

Se trata de garantías mínimas que han de respetarse en todo caso, por lo que tampoco tiene cabida el intento del Ministerio del Interior de justificar las “devoluciones en caliente” argumentando que “vendrían a ser una especie de denegación de entrada de ciudadanos extranjeros que, intentando acceder a España por un puesto no habilitado al efecto, nunca han llegado a estar en territorio nacional”¹¹⁴. Con esta explicación, no obstante, lo que hizo el Gobierno español fue tratar de idear un nuevo concepto de frontera “operativo” a través de una explicación un tanto rocambolesca al defender, por una parte, que cuando el acceso se produce bordeando a nado el espigón que separa Ceuta de Marruecos, la frontera será la línea formada por la

¹¹¹ ESPINTELLA MENENDEZ, A., “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla...”, *op. cit.*, pág. 324.

¹¹² *Ibid.*, pág. 325.

¹¹³ FERNÁNDEZ PÉREZ A., “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros...”, *op. cit.*, pág. 11.

¹¹⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros, “Devoluciones ilegales en la frontera sur...”, *op. cit.* Pág. 7.

Guardia Civil; y, por otra parte, que cuando la entrada se realiza saltando por las zonas de doble valla, la línea fronteriza es la valla interior¹¹⁵. Sin embargo, esta argumentación se cae por su propio peso. En primer lugar, porque las fronteras, las aguas interiores y el mar territorial se fijan por normas internacionales, lo que se traduce en que las playas de Ceuta y Melilla, sus aguas interiores y su mar territorial son parte del territorio español. Igualmente, las vallas exteriores en las líneas fronterizas “están construidas sobre territorio español, y por tanto el Estado ejerce plenamente allí su soberanía”. Y, en segundo lugar, porque aunque se admitiera que la detención de los extranjeros no se produce en territorio español, los agentes, “como empleadores públicos españoles que son, están sometidos al imperio de la ley española, y aunque operasen fuera del territorio español, en virtud del artículo 1 CEDH, tienen la obligación de garantizar al extranjero los derechos y libertades previstos en el Título I del Convenio”¹¹⁶.

En definitiva, la regulación introducida en 2015 lo que hizo fue legitimar el *modus operandi* que la Guardia Civil venía empleando en las fronteras de Ceuta y Melilla, consistente en detener a aquellos extranjeros que trataban de acceder a España saltando las vallas fronterizas y en su entrega automática a las autoridades marroquíes. Sin embargo, este intento de dotar de cobertura legal a esta práctica repetida ha resultado ser inviable, del mismo modo que los argumentos esgrimidos por el Gobierno español han resultado ser jurídicamente inadmisibles. No solo porque se trate de una práctica incompatible con el derecho interno español, sino también porque resulta contraria al Derecho Internacional de los derechos humanos¹¹⁷. De hecho, como veremos a continuación, el TEDH ya ha condenado a España por tales actuaciones en el caso *N.D y N.T c. España*, por considerar que las “devoluciones en caliente” constituyen expulsiones colectivas.

5.2- El asunto N.D y N.T. c. España

Como venimos apuntando, con la disposición adicional décima de la LOEX se pretendió dar “amparo legal a la vía de hecho de devolver inmediata y

¹¹⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros, “Expulsiones en caliente”: cuando el Estado actúa al margen de la ley, Informe Jurídico, 27 de junio de 2014, pág. 8.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ PÉREZ A., “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros...”, *op. cit.*, pág. 12.

¹¹⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros, “Expulsiones en caliente”: cuando el...”, *op. cit.*, pág. 13.

automáticamente a las personas que se hallan en la línea fronteriza”¹¹⁸, lo que en última instancia ha permitido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado llevar a cabo expulsiones colectivas de extranjeros. Que los “rechazos en frontera” constituyen expulsiones colectivas expresamente prohibidas por el artículo 4 del Protocolo N°4 al CEDH es una realidad innegable, pues así lo ha declarado el TEDH en la sentencia de 3 de octubre de 2017 relativa al *asunto N.D. y N.T. c. España*. A pesar de que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo pueda decirse que la condena a España era más que esperada, a continuación analizaremos los aspectos más relevantes de la sentencia.

5.2.1- Los hechos

Los hechos que dan lugar a la sentencia tuvieron lugar el 13 de agosto de 2014 cuando los dos demandantes trataron de acceder al territorio español a través del puesto fronterizo de Melilla. El día de los hechos, los demandantes, N.D., procedente de Mali, y N.T., de Costa de Marfil, salieron, junto a un grupo de subsaharianos, del campamento del monte Gurugú y, por la mañana, treparon por la primera valla de las tres consecutivas que forman la frontera entre Marruecos y Melilla. El primer demandante consiguió trepar hasta lo alto de la tercera valla, y el segundo superó las dos primeras, a pesar de haber caído tras recibir el impacto de una piedra lanzada por las autoridades marroquíes. Tras permanecer encaramados a las vallas durante horas, por la tarde bajaron de la tercera valla con la ayuda de la Guardia Civil. En ese mismo instante fueron detenidos por las autoridades españolas y devueltos automáticamente a Marruecos. No fueron identificados y no se les dio la oportunidad de explicar sus circunstancias personales. Tampoco recibieron asistencia médica ni jurídica. Afirman los demandantes que alrededor de ochenta inmigrantes subsaharianos fueron también rechazados y “abandonados a su suerte” en la ciudad marroquí de Fez¹¹⁹.

Ante estos hechos, los demandantes alegaron ante el TEDH una violación, por parte del Estado español, del artículo 4 del Protocolo N°4 al CEDH, así como de los artículos 13 y 3 del Convenio en relación con el artículo 4 del Protocolo N°4. Esto es, defendían haber sido objeto de una expulsión colectiva, sin que se les hubiera dado oportunidad

¹¹⁸ ESPINTELLA MENENDEZ, A., “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla...”, *op. cit.*, pág. 326.

¹¹⁹ *N.D. y N.T. c. España*, STEDH de 3 de octubre de 2017, párrafos 12 – 14.

de plantear un recurso efectivo al respecto y se quejaban de haber sido expuestos a sufrir malos tratos en Marruecos¹²⁰.

Mediante decisión de 7 de julio de 2015, el Tribunal rechazó la demanda basada en artículo 3 del CEDH que establece la prohibición absoluta de ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes y que los demandantes entendían que había sido vulnerado dado que quedaron expuestos a la violencia ejercida por parte de las autoridades marroquíes. Estimó el Tribunal que no existían datos que permitieran “evidenciar alguna aparente violación por parte de las autoridades españolas de la citada disposición del Convenio”¹²¹.

Sin embargo, sí fueron admitidas las demandas relativas a la violación del artículo 4 del Protocolo N° 4 y del artículo 13 del Convenio. Esto es, el Tribunal entró a analizar si efectivamente los demandantes habían sido objeto de una expulsión colectiva y si se les había privado del derecho a un recurso efectivo.

5.2.2- Las “devoluciones en caliente” constituyen expulsiones colectivas

Como señalábamos en el relato de los hechos, los demandantes alegaron que una vez descendieron de la última valla fronteriza fueron automáticamente entregados a las autoridades marroquíes sin ser ni siquiera identificados, ni mucho menos escuchados sobre sus circunstancias personales, de ahí que aleguen haber sufrido una expulsión colectiva. Ante estas afirmaciones, el Gobierno español optó, en primer lugar, por apuntar “uno de los aspectos básicos generalmente cuestionados a propósito de dicha práctica”¹²², esto es, la cuestión relativa a la jurisdicción con arreglo al artículo 1 del CEDH. Y es que el primer argumento esgrimido por el Gobierno se basó en apuntar que los hechos se habían producido fuera de la jurisdicción de España, ya que, a su entender, los demandantes no habían conseguido superar el puesto fronterizo de Melilla.

Según el Gobierno, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se limitaron a impedir la entrada de los inmigrantes a territorio español y, por ello, “los interesados no estaban bajo la jurisdicción de España con arreglo al artículo 4 del Protocolo N°4 al

¹²⁰ *Ibid.*, párrafo 3.

¹²¹ *N.D. y N.T. c. España*, decisión de admisibilidad de 7 de julio de 2015, párrafo 34.

¹²² SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 214.

Convenio”¹²³. Recordemos que según el nuevo concepto de frontera “operativa” ideada por el Gobierno, de las tres vallas del puesto fronterizo solo la interior es territorio español. Sin embargo, tanto los demandantes, como los terceros intervinientes (el Comisario de Derechos Humanos, la CEAR y Amnistía Internacional, entre otros) apuntaron que la actuación del Estado que tiene por objeto impedir que los extranjeros alcancen la frontera y su rechazo a otro Estado si implica el ejercicio de jurisdicción¹²⁴.

Ante las alegaciones de las partes, la respuesta del Tribunal viene a confirmar que la nueva idea frontera concebida por el Gobierno español no tiene cabida:

“El TEDH observa 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 no puede ser modificada a instancia de uno de estos Estados por las necesidades de una situación concreta de hecho. Por ello, la jurisdicción española también se ejercería sobre el terreno situado entre las vallas en el puesto fronterizo de Melilla y no solamente más allá del dispositivo de protección del puesto en cuestión”¹²⁵.

Ahora bien, el Tribunal, aun cuando niega que el Estado español pueda diseñar sus fronteras en función de sus necesidades, recuerda que es irrelevante determinar si la valla fronteriza es o no territorio español, pues como ya estableció en la sentencia *Hirsi Jamaa c. Italia*, analizada anteriormente, desde el momento en que las personas se encuentren bajo el control “continuo y exclusivo” de las autoridades estatales, ya sea en el interior del Estado o en el exterior, existe un ejercicio de jurisdicción por parte del Estado. Por ello, establece que no existe ninguna duda de que los hechos que fundamentan la demanda sucedieron “bajo la jurisdicción de España con arreglo al artículo 1 del Convenio”¹²⁶.

Una vez desmontado el intento del Estado español de no asumir su responsabilidad defendiendo que los hechos no ocurrieron bajo soberanía española, el Tribunal entra a analizar la alegada violación del artículo 4 del Protocolo N°4 al CEDH. Respecto dicho precepto, el Gobierno apunta a su inaplicabilidad alegando que solo puede hablarse de “expulsión” cuando la persona afectada se encuentre en el territorio del Estado (vuelve a defender su concepto “operativo” de frontera), y que la expulsión solo es

¹²³ *N.D. y N.T. c. España, cit.*, párrafo 44.

¹²⁴ *N.D. y N.T. c. España, cit.*, párrafos 45 – 48.

¹²⁵ *Ibid.*, párrafo 53.

¹²⁶ *Ibid.*, párrafos 54 - 55.

“colectiva” cuando afecta a “un grupo de personas caracterizado por circunstancias comunes y específicas al grupo del que se trate”¹²⁷.

Asimismo, el Gobierno reprocha a los demandantes haber tratado de entrar de forma irregular en territorio español en vez de formular una solicitud de entrada o petición de asilo y apunta que en esas circunstancias es de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional décima de la LOEX. Entiende el Gobierno que lo único que ha hecho ha sido establecer “un dispositivo de protección de fronteras para impedir el paso de quienes omitirían voluntariamente seguir el procedimiento que permite solicitar la entrada legal o la protección internacional en el puesto fronterizo autorizado”. Además, en su opinión, si el TEDH legitimará tal comportamiento ilegal, “se produciría un “efecto llamada”, no deseable, que generaría una crisis migratoria de catastróficas consecuencias para la protección de los derechos humanos”¹²⁸.

Los demandantes, por su parte, refutaron la tesis del Gobierno en lo relativo a la posibilidad de presentar solicitudes de asilo en los países de tránsito como Marruecos o Mauritania¹²⁹ y recuerdan que, en todo caso, “no se puede operar ninguna distinción entre los inmigrantes regulares y los inmigrantes irregulares en lo que respecta al beneficio de la protección garantizada por el artículo 4 del Protocolo N°4”¹³⁰. Recordemos que puede existir una expulsión colectiva con independencia de la situación administrativa en la que se encuentren las personas afectadas. De hecho, los demandantes defienden que su expulsión “constituye un ejemplo clásico de expulsión colectiva prohibida”, puesto que fueron objeto de una expulsión junto con un grupo de personas no nacionales y sin que se realizara un examen individualizado de sus circunstancias. Así lo entiende también el comisario de DDHH, que indica que “los rechazos se producen al margen de cualquier procedimiento oficial y sin identificación de las personas afectadas ni evaluación de sus circunstancias individuales, lo que impediría a los inmigrantes ejercer su derecho de solicitar la protección internacional en España”¹³¹.

¹²⁷ *Ibid.*, párrafo 68.

¹²⁸ *Ibid.*, párrafos 70 – 79.

¹²⁹ *Ibid.*, párrafo 80: “Afirmar que Marruecos no tiene un sistema nacional de asilo, que no hay reconocimiento automático del estatuto de refugiado y que los solicitantes de asilo registrados por el ACNUR no reciben ninguna asistencia por parte del Estado. Sostienen que esta situación no ha cambiado desde el momento de los hechos que son objeto del presente caso y que Marruecos ha incluso intensificado la represión contra los inmigrantes subsaharianos, incluidos los solicitantes de asilo registrados”.

¹³⁰ *Ibid.*, párrafo 82.

¹³¹ *Ibid.*, párrafos 85 – 86.

Por lo que respecta a la valoración del tribunal, basándose en su propia jurisprudencia, entra a valorar si efectivamente estamos ante una “expulsión” y de ser así, si está puede ser calificada como “colectiva”. Respecto a la primera cuestión, al margen de que el rechazo se hubiera producido o no desde territorio español (cuestión insignificante, puesto que en casos anteriores ya ha establecido que cabe la aplicación extraterritorial de la disposición), entiende que no cabe duda de que “los demandantes se encontraban bajo el control exclusivo y continuado de las autoridades españolas”, y dado que fueron devueltos a Marruecos contra su voluntad, se produjo claramente una expulsión¹³².

En cuanto al carácter colectivo o no de la expulsión, el TEDH es contundente y afirma que no cabe ninguna duda acerca del carácter colectivo de la misma. Llega a esa conclusión tras enfatizar una vez más en la exigencia de un examen individualizado de la situación de cada persona objeto de la expulsión. Entiende que en el presente caso:

“Se les ha aplicado (a los demandantes) una medida de carácter general consistente en contener y rechazar los intentos de inmigrantes de rebasar ilegalmente la frontera. Las medidas de expulsión han sido tomadas en ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa. Y en ningún momento han sido objeto los demandantes de procedimiento alguno”¹³³.

Dado que la expulsión se produjo como consecuencia de la forma de actuar en la frontera que venía empleando la Guardia Civil, esto es, a través de una vía de hecho y sin seguir el más mínimo procedimiento (y que luego se pretendió legitimar mediante la aprobación del “régimen especial de Ceuta y Melilla” introducido en la LOEX, al que expresamente se remitió el Gobierno durante la tramitación del procedimiento), puede decirse que la conclusión del TEDH era previsible. No obstante, consideramos importante destacar que el Tribunal no se ha limitado a reafirmar su jurisprudencia en lo relativo a la aplicación del artículo 4 del Protocolo N°4 al CEDH, sino que como garante de los derechos humanos en el continente europeo, le ha recordado al Estado español que la necesidad de hacer frente a los “nuevos retos” que plantean los flujos migratorios, no puede, en ningún caso, dar lugar a “prácticas contrarias al Convenio”¹³⁴. Así pues, la necesidad de anteponer los derechos de las personas, conlleva a que las denominadas “devoluciones en caliente”, que constituyen

¹³² *Ibid.*, párrafos 102 – 105.

¹³³ *Ibid.*, párrafos 106 – 108.

¹³⁴ *Ibid.*, párrafo 101.

expulsiones colectivas prohibidas, no deba ser la respuesta española a la inmigración irregular.

5.2.3- Derecho a un recurso efectivo

Tras determinar que, efectivamente, los hechos acaecidos en la línea fronteriza de Melilla el 13 de agosto de 2014 constituyeron una expulsión de carácter colectivo, el TEDH debió pronunciarse también sobre la violación del artículo 13 del CEDH que establece el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional¹³⁵. El hecho de que las personas objeto de la expulsión, una vez descendieron la última valla fronteriza, fueran automáticamente detenidas y devueltas a Marruecos, llevó a los demandantes a denunciar que no tuvieron oportunidad de impugnar la decisión de su rechazo inmediato adoptada por las autoridades españolas mediante un recurso con efecto suspensivo.

Para valorar la violación de la disposición impugnada en el caso concreto, el TEDH recurre a la interpretación que ha venido realizando sobre su alcance y contenido, y recuerda que lo que hace el artículo 13 del CEDH es garantizar la existencia de un recurso que permita, a las víctimas de vulneraciones del Convenio, alegar los derechos y libertades consagrados en el mismo. Ahora bien, aunque el recurso exigido ha de ser, en todo caso, “efectivo”, señala el Tribunal que “el alcance que el artículo 13 representa para los Estados contratantes varía en función de la naturaleza de la queja del demandante”¹³⁶. Esto es, si bien se debe garantizar el derecho a que el recurso sea efectivo, entendido como “un recurso accesible, interpuesto ante una autoridad nacional que lo pueda resolver con las suficientes garantías”¹³⁷, la exigencia del carácter suspensivo del mismo no opera en todos los casos. Concretamente, el TEDH solo ha mantenido la exigencia de efectos suspensivos para los supuestos en los que las víctimas de la expulsión hubieran alegado un riesgo real de violación de los artículos 2 y 3 del CEDH, esto es, del derecho a la vida y de la prohibición de ser sometido a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes. Ahora bien, para los supuestos en que los demandantes no aleguen violaciones de los citados preceptos,

¹³⁵ El artículo 13 del CEDH establece: 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.

¹³⁶ *N.D. y N.T. c. España, cit.*, párrafo 114.

¹³⁷ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional...*, op. cit., pág. 149.

como es el caso (la demanda sobre la violación del artículo 3 fue inadmitida por el Tribunal), el artículo 13 del Convenio exige que, en todo caso, “la persona afectada tenga posibilidad efectiva de impugnar la decisión de expulsión obteniendo un examen lo suficientemente detenido de sus reclamaciones por parte de una instancia interna, independiente e imparcial”¹³⁸. Estos extremos son, precisamente, los que se han de valorar en el presente caso.

Al respecto, los demandantes apuntan a que en el contexto de un rechazo inmediato, como fue el suyo, las exigencias del artículo 13 no se cumplen en ningún caso. De hecho, afirman que ni se les identificó, ni se les ofreció asistencia lingüística ni jurídica para iniciar procedimiento alguno, por lo que no cabe duda de que no tuvieron oportunidad de oponerse a su expulsión. Por su parte, el Gobierno español se limitó a señalar que dado que no había existido ninguna vulneración del Convenio (a su parecer los rechazos en frontera no constituyen expulsiones colectivas prohibidas), tampoco se habría producido una vulneración del artículo 13¹³⁹.

El Tribunal, sin embargo, otorgando credibilidad a la versión de los demandantes, considera que existe “un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que fueron objeto los demandantes y el hecho de que se les hubiera impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio”. Es decir, el Tribunal entiende que la expulsión automática de la que fueron víctimas los demandantes no solo constituyó una expulsión colectiva, expresamente prohibida, sino que también supuso que se les privara “de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del artículo 4 del Protocolo N°4 y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución”. Por ello, sentencia, por unanimidad, que también existió vulneración del derecho a un recurso efectivo que garantiza el artículo 13 del CEDH¹⁴⁰.

Esta decisión del TEDH vuelve a evidenciar la ilegalidad de las “devoluciones en caliente”, incluso tras la reforma de la LOEX, puesto que como hemos repetido en varias ocasiones, no se prevé ni el más elemental procedimiento que respete las garantías mínimas exigidas por el derecho internacional, entre ellas, el derecho a un recurso efectivo. Derecho del que puede decirse que tiene una importancia fundamental, pues permite denunciar que se ha padecido una violación de los

¹³⁸ *N.D. y N.T. c. España, cit.*, párrafos 114 – 115.

¹³⁹ *Ibid.*, párrafos 111 – 112.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párrafos 120 – 122.

derechos y libertades protegidos por el Convenio. De ahí que pueda “incluso establecerse una interrelación entre el alcance de este derecho y el papel que desempeña el TEDH, que viene a proteger la tutela efectiva cuando esta no se ha materializado como debiera a nivel interno por parte de los Estados miembros”¹⁴¹.

6- CONCLUSIONES

Los países del sur de Europa, entre ellos el Estado español, tienen una situación geográfica que hace que sean receptores de un gran número de personas extranjeras procedentes de África y Oriente Medio que huyen del hambre y la violencia en busca de un futuro mejor en la Europa de las libertades y la justicia. El fenómeno de la inmigración es tan antiguo como la propia humanidad, pero en los últimos años, en el contexto de una crisis económica a nivel mundial y a causa de múltiples conflictos armados, ha experimentado un notable incremento. Ante esta situación, los países europeos, y sobre todo aquellos que forman la frontera exterior de la Unión Europea, como España, Grecia o Italia, se han visto desbordados. Que la gestión de esos flujos migratorios constituye uno de los principales retos a los que esos Estados, y también la Unión Europea como organización, tienen que hacer frente es una realidad, pero se trata de un desafío al que no se puede hacer frente exclusivamente desde la perspectiva de la seguridad, dejando de lado la parte más humana. Y es que la respuesta de los Estados ha consistido en el blindaje de sus fronteras, olvidándose los gobernantes de que sus políticas y actuaciones repercuten en personas con nombre y apellidos.

No se trata de cuestionar el derecho y la necesidad de los Estados de controlar los flujos migratorios, ni tampoco de negar la soberanía del Estado en materia de extranjería, pero sí se ha de recordar que en la configuración de las políticas migratorias existen una serie de obligaciones internacionales que en todo caso se han de respetar. Los Estados tienen la facultad de decidir sobre la entrada, permanencia y expulsión de extranjeros, pero no pueden, en la ejecución de sus políticas, olvidarse de las limitaciones y garantías recogidas en los diferentes convenios internacionales de los que son parte. Una limitación clara a la competencia de los Estados es la relativa a la prohibición de expulsiones colectivas, que se traduce en una garantía a favor de las personas extranjeras, pues impide que puedan ser obligadas a abandonar

¹⁴¹ SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad...”, *op. cit.*, pág. 216.

un país sin que se tomen en consideración sus circunstancias individuales, sin que se verifiquen los riesgos que pueden sufrir en el tercer Estado al que sean remitidos y sin que se les permita solicitar protección internacional.

Esta prohibición tan clara, sin embargo, no ha evitado la producción de expulsiones colectivas, lo que, por otro lado, ha permitido al TEDH establecer una jurisprudencia consolidada en la materia. Además, la labor del Tribunal no se ha limitado a establecer los requisitos que han cumplirse en toda expulsión para que ésta no sea calificada como colectiva, sino que a partir de las múltiples demandas que se le han planteado, ha sabido adecuar el CEDH, en sus propias palabras “un instrumento vivo”, al contexto actual. Y es que a partir de su interpretación del artículo 4 del Protocolo N°4 al Convenio, ha reforzado la protección de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas: por un lado, porque ha establecido que la aplicación *ratione personae* de la disposición se extiende a cualquier extranjero, con independencia de que no esté en situación regular en el territorio del Estado que adopta la medida de expulsión; y, por otro lado, porque no ha legitimado las expulsiones producidas más allá de las fronteras territoriales. Esta última cuestión es de vital importancia si tenemos en cuenta que en la actualidad gran parte de los extranjeros que llegan a Europa lo hacen a través de la vía marítima, de tal forma que una respuesta contraria del TEDH hubiera provocado que los Estados hubieran seguido devolviendo personas desde alta mar, pero sin necesidad de justificación por contar con el respaldo de Estrasburgo. Igualmente, hubiera permitido al Gobierno español seguir escudándose en que los rechazos en las fronteras de Ceuta y Melilla no constituyen expulsiones colectivas. De ahí la relevancia de recordar a los Estados que sus obligaciones internacionales se mantienen en cualquier situación en la que ejerzan un control efectivo sobre las personas.

Se trata de una respuesta acorde a la situación actual que ha evidenciado que no es posible, como pretendían los Gobiernos de Italia o España, recurrir a prácticas contrarias a sus legislaciones internas y a las obligaciones internacionales alegando una situación de “necesidad”. Y es que el TEDH, aun admitiendo las dificultades de los Estados para gestionar la inmigración, ante sus políticas cada vez más restrictivas, ha dejado claro, como no podía ser de otro modo, que los derechos fundamentales de las personas han de primar en todo caso. En sus sentencias ha destacado que no todo vale en la lucha contra la inmigración irregular, y es que no puede permitir, y tampoco nosotros como europeos deberíamos consentir, que los derechos humanos, uno de los grandes logros del ser humano, queden relegados a un segundo plano.

Ya en 2012, con la sentencia *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, la postura del Tribunal quedó meridianamente clara, por lo que puede decirse que la condena a España en el asunto N.D y N.T era más que esperada, pues el caso se basa también en un intento de restringir el ámbito de protección que otorga el artículo 4 del Protocolo N°4 al CEDH. No obstante, dado que N.D y N.T no es un caso aislado, sino que es el resultado de la legislación y práctica española, la sentencia crea un precedente que insta al Estado español a cambiar su política migratoria. De ahí la relevancia de esta condena al Estado español.

El problema de España es que ha conceptualizado la inmigración como una amenaza, y ello le ha llevado a centrar todos sus esfuerzos en “protegerse” de aquellos que llaman a nuestras puertas, construyendo muros cada vez más altos y olvidándose de que lo que está en juego es la vigencia de los derechos humanos. Así se ha justificado la adopción de medidas claramente ilegales pero que se presentaban como necesarias para atajar el “problema” de la inmigración. Solo desde esta perspectiva puede entenderse la práctica de las denominadas “devoluciones en caliente”, que no son otra cosa que expulsiones colectivas prohibidas.

Ha tenido que ser el TEDH quien haya sentenciado que, efectivamente, los rechazos en las fronteras de Ceuta y Melilla vulneran el artículo 4 del Protocolo N°4 al CEDH, pero no podemos obviar que ya desde hace tiempo juristas, ONGs e instituciones comprometidas con la defensa de los derechos humanos señalaban que en las fronteras de nuestro país se estaban llevando a cabo prácticas que vulneran la legalidad. Puede pensarse que incluso el Gobierno español era consciente de la ilegalidad de la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pues solo así puede entenderse la introducción de la disposición adicional décima de la LOEX. En cualquier caso, ese intento de dotar de cobertura legal a las “devoluciones en caliente” ha resultado ser infructuoso. Se ha demostrado que la aplicación del “régimen especial de Ceuta y Melilla” solo pretendía evitar la aplicación del procedimiento específicamente previsto en la LOEX para la devolución, éste sí, respetuoso con las garantías que han de presidir toda expulsión. Y es que la interceptación de extranjeros en la frontera y su entrega automática a las autoridades marroquíes es una vía de hecho que no garantiza el cumplimiento del estándar mínimo del Derecho Internacional de los derechos humanos. Más concretamente, no garantiza la exigencia de un examen individualizado de las circunstancias concretas de las personas objeto de la expulsión y el derecho a impugnar la decisión de expulsión que

ha de cumplirse en todo caso para evitar que tal expulsión pueda calificarse como colectiva.

El asunto *N.D y N.T. c. España* es, precisamente, un ejemplo de esa práctica continuada llevada a cabo en la línea fronteriza de Ceuta y Melilla, pero que, afortunadamente, ha dado lugar a una victoria clara de la protección de los derechos humanos. Con esta sentencia, el TEDH vuelve a enviar un mensaje claro a los Estados miembros del Consejo de Europa, pues se reafirma en la idea de que todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio tienen una serie de derechos que los Estados han de respetar, aun cuando se trate de personas en situación irregular.

En definitiva, de la jurisprudencia del TEDH se desprende una conclusión clara: a la luz del CEDH y del Protocolo N°4 al Convenio, los Estados no pueden ignorar los derechos fundamentales de las personas extranjeras, de tal forma que el respeto a tales derechos es lo que debe primar en la configuración de sus políticas migratorias. Ojalá los Estados hayan tomado conciencia, por fin, de que las dificultades a las que se enfrentan para hacer frente a la gran afluencia de migrantes no justifican el recurso a prácticas ilegales e irrespetuosas con los derechos humanos. En este punto, quizá sea oportuno recordar, tal y como proclamó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, mientras adoptaba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que “los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre”.

FUENTES CITADAS

1. Fuentes bibliográficas

Monografías

BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

CARRILLO SALCEDO, J., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2001.

CHUECA SANCHO, A.G., *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egido Editorial, Zaragoza, 1998.

DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Artículos en revistas y colaboraciones en obras colectivas

BOLLO AROCENA, M.D., “Límites personales y materiales al derechos de los Estados a la expulsión de extranjeros. Una visión desde el Derecho Internacional Público”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2012*, Madrid, Tecnos, 2012, págs. 111 – 186.

BOLLO AROCENA, M.D., “Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDHh en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia (2012)”, *El derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, págs. 648 - 665.

CASTILLO DAUDÍ, M., “Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 31, 2016, págs. 3 – 44.

DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, 2013, págs. 1119 – 1135.

DEL GUERICO, A., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la protección de los solicitantes de asilo: obligaciones de recepción y de no devolución”, *I Congreso Internacional de Derechos Humanos. Los derechos de los*

refugiados y las responsabilidades de Europa, Valencia, febrero de 2017, págs. 85 – 145.

DÍAZ CREGO, M., “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011 – 2012)”, *Anuario CIDOB de la inmigración*, 2013, págs. 255 – 299.

ENÉRIZ OLAECHEA, J., “El rechazo de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla. Alcance de la Disposición Adicional Décima de la Ley Orgánica de Extranjería”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2017, págs. 1 – 11.

FERNÁNDEZ PÉREZ A., “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, *Diario La Ley*, 22 de septiembre de 2014, págs. 1 – 14.

MARTÍ SÁNCHEZ, S., SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J. y VALLINA RECORDER, T., “Los derechos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis”, *Universitatis. Revista de Filosofía, derecho y política*, N°5, 2007, págs. 91 – 156.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros, Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”, Informe Jurídico, 10 de febrero de 2015. <http://eprints.ucm.es/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf>

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros, “Expulsiones en caliente”: cuando el Estado actúa al margen de la ley, Informe Jurídico, 27 de junio de 2014. Disponible en http://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf

MARTÍNEZ PÉREZ, O., “La expulsión de extranjeros y la labor de organismos internacionales al respecto. Comentarios de cátedra”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, volumen I, núm. 9, 2013, págs. 201 – 238.

PALACIOS SANABRIA, M., “Los derechos de los extranjeros como límite a la soberanía de los Estados”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 23, 2013, págs. 320 – 347.

PRESNO LINERA, M.A., “Las garantías para los extranjeros y los límites a sus derechos en el convenio europeo de derechos humanos”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 21, 2008, pág. 85 – 97.

SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas las “devoluciones en caliente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017, págs. 196 – 225.

2. Fuentes legales

Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

Protocolo Nº4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Nairobi, 27 de julio de 1981.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 18 de diciembre de 1990.

Carta Árabe de Derechos Humanos, 22 de mayo de 1994.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 7 de diciembre de 2007.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000 y sus posteriores reformas. Texto consolidado BOE 30 de octubre de 2015.

3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Becker c. Dinamarca, Decisión de la Comisión sobre admisibilidad de 3 de octubre de 1975.

Soering c. Reino Unido, STEDH de 7 de julio de 1989.

Chahal c. Reino Unido, STEDH de 15 de noviembre de 1996.

Conka y otros c. Bélgica, STEDH de 5 de febrero de 2002.

Sultani c. Francia, STEDH de 20 de septiembre de 2007.

Hirsi Jamaa y otros c. Italia, STEDH de 23 de febrero de 2012.

M. A. c. Chipre, STEDH de 23 de julio de 2013.

Georgia c. Rusia, STEDH de 3 de julio de 2014.

Sharifi y otros c. Italia y Grecia, STEDH de 21 de octubre de 2014.

Khalaf y otros c. Italia, STEDH de 1 de septiembre de 2015.

Shiozhvili y otros c. Rusia STEDH de 20 de diciembre de 2016.

Berdzenishvili y otros c. Rusia, STEDH de 20 de diciembre de 2016.

N.D. y N.T. contra España, STEDH de 3 de octubre de 2017.

4. Fuentes documentales

Organización de las Naciones Unidas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 66º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio y a 8 de agosto de 2014). Consultado el 4 de abril de 2018.
<http://legal.un.org/ilc/reports/2014/spanish/chp4.pdf>

Comité de Derechos Humanos. *Comentarios generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comentario general N°27 (67)*.
<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1400> Consultado el 11 de marzo de 2018.

Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por Maurice Kamto, Relator Especial, A/CN.4/555, 4 de abril de 2005, párrafo 5. http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_554.pdf Consultado el 14 de mayo de 2018.

Tercer Informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, A/CN/4/581, 19 de abril de 2007. Consultado el 3 de abril de 2018. http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_581.pdf

Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos, Sr. Jorge Bustamante, "Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo", UN Doc. A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008. Consultado el 3 de abril de 2018. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vt30OHAqYsJ:www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/7session/A.HRC.7.12_sp.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es

Organización Internacional para las Migraciones, agencia para las migraciones de la Organización de las Naciones Unidas. *World Migration Report 2018*. Publicado el 12 de enero de 2018. <http://www.iom.int/wmr/world-migration-report-2018> Consultado el 11 de marzo de 2018.

Consejo de Europa

Conseil de l'Europe. Rapport explicatif du Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certain droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, Serie des traités européens n° 46, Estrasburgo, 16 de diciembre de 1963. <https://rm.coe.int/16800c9330> Consultado el 3 de abril de 2018.

Cour Européenne des droits de l'homme. Guide sur l'article 4 du Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme. Interdiction des expulsions collectives d'étrangers. Estrasburgo, 30 de abril de 2018. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_4_FRA.pdf Consultado el 6 de mayo de 2018.

Unión Europea

FRONTEX. Migratory Routes. Western Mediterranean Route. Consultado el 26 de abril de 2018. <https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/migratory-routes/western-mediterranean-route/>