

LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE ESPAÑOLAS ANTE EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: ¿APUNTALANDO LOS MUROS DE LA EUROPA FORTALEZA?*

Ángel SÁNCHEZ LEGIDO**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—1.1. Al final se confirmaron los presagios.—1.2. La práctica española de devoluciones en caliente y su cuestionamiento ante los órganos internacionales de promoción y garantía de los derechos humanos.—2. EL SOMETIMIENTO DE LAS DEVOLUCIONES SUMARIAS AL CONTROL DEL TEDH.—2.1. La sujeción de los individuos afectados a la jurisdicción del Estado parte: el concepto de frontera operacional y la inadmisibilidad de la escisión de territorios a efectos del control migratorio.—2.2. La aplicación de la prohibición de expulsiones colectivas a las medidas de no admisión.—3. LA «CONDUCTA CULPABLE» DEL EXTRANJERO Y LA DUDOSA EXISTENCIA DE VÍAS DE ACCESO SEGURO.—3.1. La eliminación de las exigencias derivadas de la prohibición de expulsiones colectivas en caso de acceso ilegal y violento al territorio del Estado.—3.2. La condición basada en la existencia de vías de acceso.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Al final se confirmaron los presagios

1. Las primeras impresiones, basadas en argumentos de pura lógica ante lo que parecía una sólida tendencia jurisprudencial, apuntaban a que el reexamen por la Gran Sala confirmaría el rotundo rechazo expresado por la Sala¹ de las denominadas devoluciones en caliente en el asunto *N. D. y N. T.*

* El presente trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación «Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, la dignidad humana y la sostenibilidad», dirigido por la Profesora Ana SALINAS DE FRÍAS y presentado a la Convocatoria de 2019 de la Agencia Estatal de Investigación.

** Catedrático de Derecho internacional público, Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha (angel.slegido@uclm.es).

¹ Tras recordar que las devoluciones en caliente cuestionadas se habían llevado a cabo en ausencia de todo tipo de procedimiento, sin que se adoptara decisión alguna y sin que en momento alguno se valoraran las circunstancias y la situación personal de los demandantes, los cuales ni siquiera fueron sometidos a un proceso de identificación, la Sala concluyó que «(i)n these circumstances [...] the procedure followed is incapable of casting doubt on the collective nature of the expulsions complained of», *N. D. and N. T. c. Spain*, núm. 8675/15 and 8697/15, ECHR-2017, § 107 (*ND y NT —2017—* en lo sucesivo). *Cursivas añadidas.*

*c. España (ND y NT en lo sucesivo)*². Incluso, el acceso al Gobierno en nuestro país de quienes habían promovido el recurso de inconstitucionalidad contra la denominada *ley mordaza* por, entre otras razones, legalizar la mencionada práctica, podía haber hecho pensar en que la misma solicitud de reexamen podría ser retirada y el asunto archivado.

2. Sin embargo, con el paso del tiempo no dejaron de acumularse los indicios que apuntaban a un posible cambio de tendencia en la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a la prohibición de las expulsiones colectivas y al fenómeno migratorio en general³: la rectificación de las nuevas autoridades de Interior y la insistencia del nuevo titular del departamento en mantener la solicitud de remisión⁴; la creciente presión de algunos Estados parte que cuestionaban el dinamismo manifestado por el Tribunal en materia migratoria, especialmente en el asunto *Hirsi*, acusándolo de insensibilidad respecto a los retos que plantea para los Estados parte una crisis migratoria de proporciones desconocidas; la receptividad que, al menos inicialmente, encontraron tales posiciones en los debates de alto nivel sobre la reforma del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) desarrollados en el marco del proceso de Interlaken, en forma de una fuerte llamada a la especial consideración por parte del TEDH del carácter subsidiario del Convenio y la doctrina del margen de apreciación cuando se aborden cuestiones de inmigración y asilo⁵; la corrección en sentido restrictivo que sobre el alcance de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros había verificado la propia Gran Sala en el asunto *Khlaifia*⁶; la ajustadísima mayoría con la que la Sala correspondiente había confirmado en el asunto *M. A. c. Lituania* la aplicación del art. 4 del Protocolo Adicional núm. 4 (art. 4 PA4 en lo sucesivo) a los rechazos en frontera y, muy especialmente, la opinión separada del Juez Pinto de Aburquerque en ese asunto, formalmente presentada como opinión concurrente con la posición de la mayoría pero que en el fondo no era sino una suerte de desesperado voto disidente frente a lo que ya se intuía como un rotundo giro jurisprudencial en el asunto *ND y NT*⁷; o el retraso acumulado en la deliberación del propio asunto *ND y NT*

² PIJENBURG, A., «Is N.D. and N.T. c. Spain the new *Hirsi*», *EJIL:Talk!*, 17 de octubre de 2017; o más matizadamente, SOLER GARCÍA, C., «La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España», *RGDE*, vol. 45, 2018, p. 159.

³ En este sentido, RIEMER, L., «The ECtHR as a drowning “Island of Hope”? Its impending reversal of the collective expulsion is a warning signal», *VerfBlog*, 19 de febrero de 2019.

⁴ EFE, «Marlaska mantiene el recurso de Rajoy a favor de las devoluciones en caliente», *ABC*, 4 de agosto de 2018.

⁵ Más particularmente, en el proyecto de declaración de Copenhague la presidencia danesa reclamaba una intervención del TEDH en los casos de asilo e inmigración limitada a las más excepcionales circunstancias y dirigida a corregir únicamente las apreciaciones de los tribunales nacionales caracterizadas por su arbitrariedad o su carácter manifiestamente irrazonable. High Level Conference on the Reform of the European Convention on Human Rights. Draft Copenhagen Declaration, paras. 25 y 26, 5 de febrero de 2018. Los correspondientes pasajes acabarían sin embargo desapareciendo de la declaración finalmente adoptada.

⁶ *Khlaifia and Others c. Italy* (GC), núm. 16483/12, §§ 248 y 281, ECHR 2016. Véase *infra*, para. 28.

⁷ *M. A. and Others c. Lithuania*, núm. 59793/17, ECHR 2018. Véase *infra*, nota 57.

en el seno de la Gran Sala, con más de catorce meses de por medio entre la celebración de la vista oral hasta la fecha finalmente fijada para hacer pública la sentencia definitiva.

3. A tenor del generalizado tono de rechazo, cuando no de repulsa o indignación, con el que fue acogida la sentencia de la Gran Sala⁸ por los primeros comentarios recibidos desde el ámbito académico⁹, todo parece indicar que los presagios han quedado confirmados¹⁰. La Sentencia de 13 de febrero corrige la sentencia de la Sala, sustituyendo la condena a España por un pronunciamiento de no violación. Pese a su cuestionamiento por los Estados que habían participado en el procedimiento, las dos grandes premisas de la doctrina previa del Tribunal en materia de expulsiones colectivas relativas respectivamente a la cuestión de la jurisdicción y al concepto de expulsión se han visto confirmadas. Sin embargo, en lo que seguramente sea el elemento clave de la componenda que ha posibilitado la unanimidad del pronunciamiento, la salvaguardia de ambos principios se asienta sobre una muy cuestionable apreciación de lo que parecen configurarse como nuevos condicionantes de la operatividad de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, relativos respectivamente a la exigencia de una suerte de conducta correcta del individuo afectado por la expulsión y a la existencia de vías legales de acceso a los procedimientos de entrada. Antes de proceder al análisis de lo uno y lo otro, conviene no obstante hacer una referencia, siquiera breve, a la cuestionable práctica que estaba en tela de juicio en este asunto.

1.2. La práctica española de devoluciones en caliente y su cuestionamiento ante los órganos internacionales de promoción y garantía de los derechos humanos

4. Tan exagerado es acusar a la garantista jurisprudencia del TEDH del fervor europeo por las vallas y muros migratorios¹¹ como desencaminado resulta ignorar que el citado fenómeno constituye el penúltimo ingrediente del conjunto de medidas que conforman la respuesta europea frente a la intensificación de los flujos migratorios tan característica de la época que vivimos¹². Más allá de la retórica que habla de una aproximación global a la realidad

⁸ *N. D. and N. T. c. Spain (GC)*, núms. 8675/15 y 8697/15, ECHR-2020 (*N. D. y N. T. —2020—*, en lo sucesivo).

⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La sentencia de la vergüenza», *El Diario.es*, 14 de febrero de 2020; PICT, M. y SCHMALTZ, D., «“Unlawful” may not mean rightless: The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T.», *VerfBlog*, 14 de febrero de 2020; OVIEDO MORENO, C., «A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain», *VerfBlog*, 14 de febrero de 2020, o SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El rapto de Europa», *LIDIB*, <https://lidib.uib.es/el-rapto-de-europa/>.

¹⁰ Véase, no obstante, THYM, D., «A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR’s N.D. & N.T.- Judgment on “Hot Expulsions”», *EUmigrationlawblog*, 17 de febrero de 2020.

¹¹ Véase, no obstante, PAZ, M., «The Law of Walls», *EJIL*, vol. 28, 2017, pp. 601-624.

¹² Para una visión de conjunto de las medidas de interceptación puestas en práctica en Europa para obstaculizar o impedir la llegada irregular de inmigrantes a suelo europeo, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles migratorios y derechos humanos*, Valencia, 2020, pp. 23-95. Para una reciente contextualiza-

migratoria, la imagen de la Europa fortaleza es la que mejor representa la realidad de unas políticas centradas en externalizar los controles migratorios. Unas políticas de no entrada que se dirigen a impedir el acceso irregular al territorio europeo y evitar con ello la *engorrosa e ineficiente* necesidad de recurrir a los garantistas expedientes de expulsión para afrontar el imperioso objetivo de contener la inmigración irregular. Aplicada a las fronteras terrestres, la práctica de devoluciones en caliente, de la que en su versión terrestre España es pionera y adalid, representa la última barrera para impedir el acceso a los derechos y garantías que los Estados europeos han de respetar al inmigrante irregular por exigencias del Estado de Derecho. Su relevancia y la crudeza de los expeditivos métodos con los que se viene aplicando¹³, explica la atención que la misma ha recibido. El hecho de que excelentes comentarios hayan abundado en sus detalles seguramente justifiquen que este trabajo se limite a apuntar lo que cabe considerar como sus rasgos más sobresalientes¹⁴.

5. Aunque con precedentes más aislados que se remontan a mediados de 1995, la práctica se desarrolla como tal a partir de 2005. En la versión hispana que nos ocupa, la devolución en caliente se define como una técnica de devolución sumaria e informal, que no espontánea e improvisada, en virtud de la cual los agentes españoles —preferentemente de la Guardia Civil— entregan a los guardias de fronteras marroquíes —generalmente, a efectivos de la Fuerza Auxiliar— a quienes son interceptados mientras intentan cruzar irregularmente a territorio español. Las entregas se caracterizan por desarrollarse por la vía de hecho, es decir, al margen de cualquier procedimiento, sin previa identificación y sin valoración alguna de la situación individual de los afectados. Aunque el grueso de las devoluciones en caliente se han venido desarrollando en las fronteras de Ceuta y Melilla, especialmente en el *dispositivo anti-intrusión* que representan las vallas o en sus inmediaciones, concepto operacional de frontera mediante, la técnica también ha venido siendo empleada como expediente para resolver las llegadas irregulares a otras plazas de soberanía española en el norte de África, en particular a Alhucemas, Vélez de la Gomera¹⁵ y, más recientemente Chafarinas. Más particularmente,

ción de tales políticas, DEL VALLE GALVEZ, A., «Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el Mediterráneo», *REDI*, vol. 72, 2020, pp. 187-196.

¹³ Pueden encontrarse numerosos vídeos que documentan los métodos empleados en el blog *Melilla Frontera Sur*, disponible en <http://melillafronterasur.blogspot.com/>.

¹⁴ Además del trabajo ya citado de SOLER GARCÍA, C., véanse 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*, Sección Doctrina, 2014, núm. 8382; GONZÁLEZ GARCÍA, I., «Inmigración y derechos humanos: las devoluciones en caliente de inmigrantes subsaharianos desde España a Marruecos», en SOROETA LICERAS, J. (dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVII, 2017, pp. 141-201; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Las “devoluciones en caliente” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, As. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)», *REDE*, vol. 65, 2018, pp. 101-135, o MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera», *Crítica penal y poder*, vol. 18, 2019, pp. 28-39.

¹⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, I., «The Spanish-Moroccan cooperation on immigration: the “summary returns” cases of isla de Tierra-Alhucemas (2012) and Ceuta y Melilla (2014)», *SYBIL*, 2015, núm. 19,

y aunque no de manera exclusiva, la devolución en caliente ha venido constituyendo el expediente con el que se ha afrontado el frecuente fenómeno de los intentos masivos de entrada irregular saltando las mencionadas vallas, caracterizados de manera cada vez más frecuente por acompañarse de actos de violencia contra las instalaciones fronterizas y los propios guardias españoles de fronteras. Aun cuando no pueden calificarse como clandestinas ante la multitud de registros audiovisuales que las atestiguan, hasta mediados de la pasada década las devoluciones se han caracterizado por cierta reticencia a cuantificar el número de personas afectadas, lo que no impide confirmar que, en función de la intensidad del tráfico en las diferentes rutas migratorias europeas, son muchos los años en los que se cuentan por millares cuando no por decenas de millares.

6. Más allá de voluntariosos esfuerzos de fundamentación legal en el acuerdo de readmisión celebrado entre España y Marruecos en 1992¹⁶, lo cierto es que en el momento en que se plantearon los hechos enjuiciados en el asunto *ND y NT*¹⁷, las devoluciones en caliente carecían de todo tipo de anclaje normativo, sin que pudieran encuadrarse por su falta absoluta de procedimiento en ninguno de los únicos tres mecanismos de alejamiento forzoso del territorio español que contemplaba en aquel momento nuestra normativa de extranjería¹⁸. No obstante, y precisamente con la finalidad de afrontar esos problemas de cobertura legal, en ese momento estaba ya en marcha el proce-

pp. 349-356, e *id.*, «La llegada de inmigrantes a isla de tierra en Alhucemas: crisis migratoria entre España y Marruecos y violaciones de derechos humanos», *REEI*, 2014, núm. 27, pp. 1-28.

¹⁶ Esa invocación del acuerdo *en lugar y en vez de la ley* de extranjería no se justificaba, ya que como se ha señalado, se trata de «dos normas de aplicación sucesiva que, en ningún caso, regulan una misma actividad administrativa a desarrollar por las autoridades españolas». ATMANE TLEMSANI, T., «Algunas reflexiones en torno a la ley de seguridad ciudadana y el concepto de rechazo en frontera: ¿Es adecuada la normativa internacional sobre derechos humanos?», *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2016, p. 341. En el mismo sentido se pronunció el ACNUR en sus observaciones en el asunto *ND y NT*, 2017, para. 2.2.3.

¹⁷ Las demandas habían sido planteadas por dos individuos de nacionalidad maliense y costamarfileña que participaron el 13 de agosto de 2014 en un salto masivo a la valla de Melilla. Fueron devueltos sumariamente y entregados a las autoridades marroquíes inmediatamente después de acceder a la parte española del vallado tras descender con ayuda de los agentes españoles de la valla interior a la que se habían encaramado. Pese a haber sido alejados de la frontera española por las autoridades marroquíes, ambos demandantes volvieron meses después a intentarlo, logrando acceder irregularmente a territorio español. Uno de ellos sería sin embargo expulsado a Mali siguiendo el procedimiento ordinario de expulsión. El segundo, pese a ser objeto de una orden de expulsión, dejó de estar localizado tras ser puesto en libertad una vez expirado el plazo de sesenta días que constituye el máximo legal de internamiento en los *CIE*.

¹⁸ De acuerdo con una lógica basada en la idea según la cual a mayor consolidación de la presencia en territorio español, mayores derechos y garantías procedimentales, se trata del expediente sancionatorio de la expulsión (art. 57 LOEX), la devolución «sin expediente» de quienes pretenden entrar ilegalmente en territorio español [arts. 58.3.b) LOEX y 23 RLOEX], y la denegación de entrada en puestos fronterizos (arts. 26.2 LOEX y 15 RLOEX). Pese a la expresión utilizada para el segundo de ellos, acuñada jurisprudencialmente para denotar su distinción respecto de la expulsión y su carácter no sancionador, todos ellos implican el desarrollo de un expediente administrativo que exige resolución motivada, asistencia letrada e intérprete en caso necesario, y posibilidad de recurso judicial una vez agotada la vía administrativa. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et al.*, «Expulsiones en caliente: Cuando el Estado actúa al margen de la ley», *Informe Jurídico*, 2014, pp. 317 y ss.

dimiento de reforma de la ley de protección de la seguridad ciudadana que, con efectos desde el 1 de abril de 2015, acabaría enmendando la ley de extranjería a fin de conferir cobertura legal a las devoluciones sumarias de quienes «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» (DA 10.^a LOEX)¹⁹. En el momento de redactar estas líneas, la citada previsión no ha sido objeto de desarrollo reglamentario alguno.

7. A iniciativa de varias entidades de la sociedad civil implicadas en la defensa del derecho de asilo y de los derechos de los migrantes, algunos aspectos de la práctica que venimos comentando han sido cuestionados ante los tribunales españoles a través de una doble vía. Ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los intentos de impugnación de los documentos operativos de la guardia civil en los que se formalizaban las pautas de actuación en la materialización de las expulsiones sumarias acabaron sin embargo siendo inadmitidos por considerarse que se trataba de actos no susceptibles de impugnación²⁰. Algo más de recorrido han tenido las actuaciones por la vía penal contra el coronel jefe de la Guardia Civil de Melilla por la presunta comisión de un delito de prevaricación al adoptar, al servicio de las devoluciones en caliente, una «orden de servicio» en la que se formalizaba, como después se verá, el denominado concepto operacional de frontera. La apertura de diligencias previas y posterior imputación del citado mando por parte de un juzgado de Melilla acabaría siendo anulada por la Audiencia Provincial de Málaga, basándose entre otras cosas en los trabajos parlamentarios entonces en curso para dotar a las devoluciones de cobertura legal, y en la idea según la cual la fundamentación legal de las mismas contenida en el documento mencionado, aunque pudiera ser dudosa, no era arbitraria ni ilógica, de modo que no podía ser constitutiva de un delito de prevaricación²¹. Queda aún por ver el desenlace del procedimiento incoado ante el máximo intérprete de nuestra Constitución a raíz de la presentación por 114 diputados de un

¹⁹ El procedimiento seguido para introducir la reforma de la LOEX mediante la presentación de una enmienda al proyecto de ley de seguridad de ciudadana fue objeto de críticas por interpretarse como un intento de eludir, además de la participación ciudadana, la evacuación del preceptivo informe del órgano de gobierno de los jueces. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Devoluciones ilegales en la frontera sur: Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”», en MAQUEDA ABREU, M. L. et al. (coords.), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 1092 y ss.; GRACIA PÉREZ DE MERGELINA, D., «El “rechazo” de inmigrantes irregulares en las fronteras de Ceuta y Melilla», *Diario La Ley*, núm. 9057, Sección Doctrina, 9 de octubre de 2017, o ENÉRIZ OLAECHEA, F. 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*, 2017, núm. 3, pp. 51-65.

²⁰ Al respecto, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Las “devoluciones...”», *op. cit.*, pp. 8-9.

²¹ Sobre el particular, pueden verse los comentarios de P. García Andrade, sobre el auto del Juzgado de Primera e Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, Diligencias Previas, Proc. Abreviado 0000866/2014, «Devoluciones en caliente de ciudadanos extranjeros a Marruecos», *REDI*, vol. 67, 2015-1, pp. 214 y ss.; y sobre el Auto núm. 83/15, de 7 de abril de 2015, de la Sección 7.^a de Melilla de la Audiencia Provincial de Málaga, «“Devoluciones en caliente”: sobreseimiento del proceso iniciado contra el coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla», *REDI*, vol. 67, 2015-2, pp. 166 y ss.

recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Seguridad Ciudadana por, entre otros aspectos y en lo que ahora interesa, la incorporación de la mencionada DA 10.^a LOEX, y la supuesta vulneración, por razones vinculadas con el procedimiento legislativo seguido, del art. 23.2, así como por razones de fondo relacionadas con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24) y la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3).

8. Por el contrario, lo que la previsión legislativa no parece haber minimizado es el cuestionamiento del que ha sido objeto la práctica española tanto en el plano internacional como en el interno, y ello no solo desde las instituciones de la sociedad civil²², sino también desde organismos oficiales de promoción y garantía de los derechos humanos²³. Por representar la primera declaración de vulneración de los derechos humanos por parte de un órgano Internacional de garantía, especial mención merece el dictamen del Comité de los Derechos del Niño en el asunto *D. D.* Especialmente teniendo en cuenta los recientes e interesantísimos desarrollos jurisprudenciales internos que refuerzan considerablemente la eficacia interna de los pronunciamientos de tales órganos en resolución de comunicaciones individuales²⁴.

²² Véanse, entre otros, APDH, *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2014*, pp. 43 y ss.; CEAR, *Refugees and migrants in Spain: The invisible walls beyond the southern border*, Madrid, 2017, pp. 25 y ss.; HUMAN RIGHTS WATCH, *Spain: Halt Summary Pushbacks to Morocco*, 18 de agosto de 2014; AMNESTY INTERNATIONAL, *Fear and Fences, Europe's approach to keeping refugees at bay*, 2015; ACCEM, *Arrivals in the enclaves of Ceuta and Melilla*, 2019, o UNICEF COMITÉ ESPAÑOL, *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*, Madrid, febrero de 2019, pp. 25, 61 y 130.

²³ Especialmente incisivo se ha mostrado tradicionalmente en el ámbito interno el DEFENSOR DEL PUEBLO (véase, por todos, *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, Madrid, junio de 2016, pp. 54 y ss.). Por su parte, dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos, han expresado su preocupación por las devoluciones automáticas y el trato de los inmigrantes en las vallas, y entre otros, en el plano universal, el Comité de Derechos Humanos (*Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, CCPR/C/ESP/CO/6, 14 de agosto de 2015, para. 18), el Comité contra la Tortura (*Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, CAT/C/ESP/CO/6, 29 de mayo de 2015, para. 13), el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España*, paras. 36 y 37), o el Comité de los Derechos del Niño (*Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España*, CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018, para. 44). También lo ha hecho la agencia encargada de promover el respeto de las normas internacionales en materia de refugio (*España: Preocupación en ACNUR por el intento de legalidad las devoluciones*, por William Spindler, 28 de octubre de 2014). Dudas sobre la compatibilidad de las devoluciones con las correspondientes normas internacionales de referencia han sido también expresadas, en el plano regional, por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura [*Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 12 to 19 December 2005*, CPT/Inf (2007) 30, 10 de julio de 2007, paras. 66 y ss., o *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 14 to 18 July 2014*, CPT/Inf (2015) 19, 9 de abril de 2015, paras. 48 y ss.]; el comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa («Annual activity report 2015», Nils Muižnieks, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Strasbourg, 14 de marzo de 2016) y el representante especial del secretario general del Consejo de Europa para migración y asilo [*Report of the fact-finding mission to Spain, 18-24 March 2018*, apdos. 3 y 4, SG/Inf(2018)25].

²⁴ Como es ampliamente conocido, en la STS 1263/2018, la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo no solo reconoció la obligación de España de acatar las recomendaciones

9. El citado dictamen fue adoptado en resolución de una comunicación individual presentada sobre la base del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño que denunciaba un asunto muy similar al planteado ante el TEDH, ocurrido también en la valla de Melilla unos meses más tarde, en diciembre de 2014, aunque afectaba en este caso a un menor no acompañado nacional de Malí. Basando sus apreciaciones en su posicionamiento general sobre el trato a los conocidos como *MENA*²⁵, el Comité estimó que nuestro país había violado tres exigencias derivadas de la Convención sobre los derechos del niño. En primer lugar, consideró que «a la luz de la situación de violencia contra migrantes en la zona de frontera con Marruecos», al haber procedido a la devolución automática sin evaluar el riesgo de sufrir daños irreparables y violaciones graves de sus derechos y sin tomar en consideración el interés superior del menor, se había vulnerado la obligación de velar por que ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 37) así como la obligación de atender el interés superior del menor (art. 3). En segundo lugar, al no haber sometido al demandante a un proceso de evaluación inicial dirigido a determinar su condición de menor no acompañado, a su identificación tras una entrevista inicial, y a la valoración de su situación particular de vulnerabilidad, tras ofrecerle la posibilidad de formular objeciones a su devolución, el Comité entendió que se habían vulnerado las obligaciones de atención y protección especial que respecto de los menores no acompañados derivan del art. 20.1 así como las tendentes a otorgar una consideración primordial al interés superior del menor. Y, en tercer lugar, el órgano de garantía de la Convención estimó que el trato prestado al menor por los agentes de la guardia civil, deteniéndolo, esposándolo, negándole asistencia legal o de intérprete y sin tener en cuenta sus necesidades, implicó una vulneración de su art. 37²⁶.

10. Conviene no olvidar, por último, que si bien la práctica española en el norte de África representa el más antiguo y conocido ejemplo de devoluciones en caliente en las fronteras terrestres de los miembros del Consejo de Europa, desde mediados de la pasada década y a raíz de la llamada crisis de

contenidas en los dictámenes del CEDAW, sino también la virtualidad de las reclamaciones de responsabilidad por anormal funcionamiento de la administración como vía adecuada para instar su eficacia interna. La sentencia ha dado lugar a una interesante polémica en nuestro país sobre lo acertado de reconocer carácter obligatorio y eficacia interna a los dictámenes y decisiones sobre medidas provisionales de los órganos de garantía de los derechos humanos establecidos en virtud de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Sobre el particular, CARDONA LLORENS, J., «The Legal Value of the Views and Interim Measures Adopted by United Nations Treaty Bodies», *SYBIL*, vol. 23, 2019, pp. 146-165, y toda la bibliografía allí citada. Sin desmarcarse del anterior pronunciamiento, la Sala especial del art. 61 del Tribunal Supremo ha rechazado recientemente, sin embargo, que la constatación de una violación por uno de esos comités pueda ser motivo de revisión de las sentencias firmes dictadas por los tribunales españoles. Tribunal Supremo, Sala Especial, art. 61 LOPJ, Sentencia de 12 de febrero de 2020, ROJ STS 401/2020.

²⁵ Observación General núm. 6 del Comité: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6).

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, Dictamen de 1 de febrero de 2019, *D. D. c. España*, CRC/C/80/D/4/2016, apdos. 14.6 a 14.8.

los refugiados otros Estados europeos —entre los que se encuentran muy singularmente Grecia, Croacia, Hungría, Bulgaria, Serbia y, en lo que representa una singular versión interna de estas prácticas dentro del espacio Schengen, Francia— han recurrido a las expulsiones sumarias como procedimiento para afrontar las incursiones irregulares de extranjeros en sus fronteras²⁷. Una tendencia que, a la vista de los más recientes acontecimientos, no parece que se vaya a revertir²⁸.

2. EL SOMETIMIENTO DE LAS DEVOLUCIONES SUMARIAS AL CONTROL DEL TEDH

11. Dejando a un lado otros aspectos sin duda interesantes pero quizá menos relevantes desde el punto de vista de la configuración de la política migratoria europea²⁹, dos son fundamentalmente los argumentos a través de los cuales los Gobiernos participantes trataron de impedir el examen de fondo sobre la compatibilidad de las devoluciones en caliente con el sistema del Convenio. El primero representaba una enmienda a la totalidad respecto a la aplicabilidad del Convenio, mientras que el segundo se dirigía más específicamente a impedir la del art. 4 PA4.

2.1. La sujeción de los individuos afectados a la jurisdicción del Estado parte: el concepto de frontera operacional y la inadmisibilidad de la escisión de territorios a efectos del control migratorio

12. Como es sobradamente conocido —y como es regla general en los tratados internacionales de derechos humanos— el CEDH no contiene una cláusula que defina su ámbito espacial de aplicación. Y, consiguientemente, tampoco determina expresamente el alcance *ratione loci* de la competencia del TEDH. Se limita a señalar que los derechos contemplados en el Convenio que las partes reconocen (en la versión francesa) o garantizarán (en la inglesa) son los de los individuos sometidos a la jurisdicción de tales Estados (art. 1 CEDH). No obstante, está muy asentada en la doctrina del tribunal la idea según la cual, dado el carácter eminentemente territorial de la competencia jurisdiccional del Estado —o, lo que es lo mismo, de la soberanía, que diría M. Huber—, la regla general es que todo individuo que se encuentra en

²⁷ EU-FRA, *Periodic data collection on the migration situation in the EU*, 1-28 de febrero de 2018, p. 4, y *Pushback Policies and Practice in Council of Europe Member States*, Report, Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, Rapporteur Tineke Strik, Doc. 14645, Reference 4414, 21 de enero de 2019.

²⁸ STEVIS-GRIDNEFF, M., «Greece Suspends Asylum as Turkey Opens Gates for Migrants», *The New York Times*, 1 de marzo de 2020.

²⁹ En particular, los relativos al mantenimiento de la condición de víctima y al agotamiento de los recursos internos en el caso, frecuente, en que los demandantes no han recurrido tras su expulsión o, por encontrarse en paradero desconocido, no han mantenido un contacto estrecho con sus abogados.

el territorio de un Estado parte se entiende que se encuentra sometido a su jurisdicción y, por ello, se beneficia de los derechos y garantías reconocidos en el Convenio³⁰.

13. Aunque, a la inversa, solo excepcionalmente cabe entender que los actos de un Estado realizados o que despliegan efectos en el exterior implican un ejercicio de la jurisdicción a los efectos del art. 1 CEDH, el Tribunal ha admitido a través de una jurisprudencia caracterizada por un notable casuismo diversos supuestos en los que reconoce la aplicación extraterritorial del Convenio³¹. Dejando a un lado los casos de asunción del ejercicio de prerrogativas públicas del soberano territorial por encargo o delegación de este último, en virtud de otro título legal que lo justifique o como resultado de una invasión militar, dos son los vínculos de jurisdicción empleados por el Tribunal en su jurisprudencia para afirmar su competencia extraterritorial: el *control efectivo del territorio*³², y la *autoridad o control efectivo sobre personas*. A su vez, este último vínculo jurisdiccional, consistente en el ejercicio de poder físico y control sobre la persona en cuestión, puede ser el resultado, entre otras cosas, del ejercicio de acciones coercitivas que impliquen el arresto, detención o custodia de un individuo³³.

14. La anterior doctrina es relevante a la hora de valorar el principal argumento que han mantenido a lo largo de todo el litigio las autoridades españolas para defender que la interceptación de los demandantes y su inmediata devolución a Marruecos no habría ocurrido dentro de la jurisdicción española. El motivo de fondo esgrimido al efecto, una vez disipadas las ambigüedades que las propias autoridades españolas mantuvieron ante la Sala sobre la ubicación del vallado fronterizo de Melilla en territorio español³⁴, tiene que ver con el denominado concepto de frontera operacional y un pretendido derecho del Estado a modular, autolimitándola, su jurisdicción. A efectos migratorios, esta solo comenzaría una vez que quien cruza irregularmente la frontera, haya superado la imaginaria línea de policía que conformarían los guardias de fronteras representados, en este caso, por los agentes de la guardia civil³⁵. El argumento,

³⁰ *Jaloud c. the Netherlands* (GC), núm. 47708/08, § 131, ECHR-2014, y toda la jurisprudencia ahí citada.

³¹ Para una visión de conjunto, véase MORGAGES GIL, S., «La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el concepto de jurisdicción en perspectiva cosmopolita», en GARCÍA SEGURA, C. (dir.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Madrid, 2016, pp. 149-192

³² Véase *Chiragov and Others c. Armenia*, núm. 13216/05, § 186, 16 de junio de 2015, ECHR 2015, y la jurisprudencia allí citada.

³³ *Öcalan c. Turkey* (GC), núm. 46221/99, § 91, ECHR 2005-IV, y la jurisprudencia allí citada.

³⁴ Contrástese *ND y NT* (2017), § 44, de un lado, y *ND y NT*, 2020, § 91, de otro. Sobre la mencionada ubicación del vallado, con referencias a la polémica parlamentaria derivada de las acusaciones al entonces Gobierno socialista de haber hecho dejación de soberanía al abandonar la denominada zona neutral en el momento de construcción de la valla, véase ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y tierra de nadie», *REEI*, 2014, núm. 28, pp. 17 y ss.

³⁵ La más precisa formulación del concepto de frontera operacional se encuentra recogida en un documento interno de la Guardia Civil denominado Orden de Servicio 6/2014 titulada «Dispositivo anti

con el apoyo esta vez de los Gobiernos intervinientes³⁶, se veía reforzado ante la Gran Sala mediante la invocación del Derecho de la Unión Europea (DUE) y, más concretamente de su normativa sobre control de fronteras como factor determinante de esa limitación de jurisdicción. En lo que parece una indirecta invocación de la doctrina *Bosphorus*, esa especie de *retranqueo jurisdiccional* formaría parte o sería el resultado de las obligaciones de vigilancia y control de fronteras exteriores por parte de los Estados periféricos del área Schengen³⁷.

15. Por contraposición al esquivo posicionamiento de la Sala³⁸, la Gran Sala asume como base de su jurisdicción la condición de territorio español del espacio fronterizo en el que sucedieron los hechos enjuiciados. En esta ocasión, el Gobierno español había reconocido expresamente que es esa la condición del espacio en que se construyó la valla de Melilla y en el que acontecieron los hechos enjuiciados, y de ahí que la competencia se fundamente ahora en la jurisdicción territorial *de iure* basada en la soberanía³⁹, y no en el control continuo y efectivo sobre las personas como se había hecho en la sentencia de la sala y también, por cierto, en el dictamen antes mencionado del Comité sobre los Derechos del Niño⁴⁰. Aunque para el examen de la cuestión de fondo planteada —la posible vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas— la cuestión pueda ser irrelevante, no lo es a otros efectos para nada intrascendentes.

16. De una parte, y sin que ello encuentre reflejo explícito en la sentencia de la Gran Sala, porque el territorial derivado de la soberanía es el vínculo jurisdiccional más fuerte de cuantos determinan la aplicación del Convenio. Y a menos que se vea matizado por causas excepcionales no imputables a las autoridades estatales que impidan que la jurisdicción territorial *de iure* se vea acompañada por la posibilidad efectiva de ejercer la autoridad sobre el territorio⁴¹ —supuesto que el Tribunal rechaza que concurra como consecuencia de la presión migratoria que soporta la valla de Melilla—⁴², de esa jurisdicción territorial se deriva la plena aplicación de las obligaciones que del Convenio derivan para el Estado territorial, sean estas negativas o po-

intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras». El pasaje más relevante al efecto se encuentra reproducido, además de en los pronunciamientos de los órganos judiciales penales de los que se dio cuenta anteriormente, en *ND y NT*, 2020, § 37.

³⁶ En apoyo de la posición de nuestro país como Estado demandado, presentaron observaciones en este asunto los Gobiernos de Italia, Francia y Bélgica.

³⁷ TEDH, *ND y NT*, 2020, §§ 96 y 97.

³⁸ Tal vez para no entrar en el trasfondo de la controversia hispano-marroquí sobre la soberanía respecto de las plazas en el norte de África, la Sala evitó pronunciarse sobre si la valla de Melilla está construida o no en territorio español y optó por fundamentar su competencia sobre el continuo y exclusivo control, «al menos *de facto*», ejercido por los agentes españoles sobre los demandantes desde el momento en que descendieron de las vallas. TEDH, *ND y NT* (2017), § 54.

³⁹ *ND y NT*, 2020, § 104.

⁴⁰ Dictamen *D. D. c. España*, cit., § 13.4.

⁴¹ Como sucede en los supuestos de control del propio territorio por parte de otro Estado, sea mediante sus propias fuerzas o a través de grupos paramilitares sometidos al control vital de este último. *Ilascu and Others c. Moldova and Russia* (GC), núm. 48787/99, § 333, ECHR 2004-VII.

⁴² *ND y NT*, 2020, § 107.

sitivas⁴³. Por poner un ejemplo, de la consideración del espacio fronterizo como territorio español cabe deducir que, de manera similar a como señaló el Tribunal en relación con el muro de Berlín⁴⁴, al entramado que conforma la denominada valla de Melilla y al conjunto de actuaciones activas o pasivas —piénsese, p. ej., en las tan polémicas concertinas, tan comunes por lo demás en la práctica totalidad de las vallas migratorias— llevadas a cabo por las autoridades españolas para combatir y reprimir los intentos irregulares de saltarla, le resultan de aplicación los límites que derivan de los derechos reconocidos en el Convenio.

17. De otra parte, esta vez de forma explícita, la jurisdicción territorial *de iure* como fundamento de la aplicación del Convenio permite a la Gran Sala profundizar en una idea que solo tenuemente aparecía formulada en la sentencia de la Sala. Si esta se limitó a señalar que la frontera entre dos países no puede ser alterada a iniciativa de uno de esos Estados para tratar una concreta situación fáctica⁴⁵, la formación más representativa del Tribunal extrae con mucha más claridad las consecuencias oportunas. Es el Derecho internacional el que no solo dispone la aplicabilidad de sus normas a la totalidad del territorio del Estado (art. 29 CVDT), sino también quien define hasta donde se extiende su jurisdicción territorial, sin que la construcción de una valla que no siga la línea fronteriza «autorice a un Estado a excluir, alterar o limitar unilateralmente su jurisdicción territorial»⁴⁶. La única posibilidad que contempla el Convenio de descartar su íntegra aplicación territorial afecta a la muy cuestionada en el momento de su elaboración *cláusula colonial* del art. 56.1, de modo que en ausencia de la pertinente declaración del Estado en el momento de devenir parte, el mismo se aplica no solo a la integridad de su territorio por más especificidades históricas o de otro tipo que puedan tener algunas de sus partes⁴⁷, sino también a los territorios respecto de los que un Estado parte asume la responsabilidad de las relaciones internacionales, como es significativamente el caso de Gibraltar⁴⁸.

18. Así formulada con carácter general, la regla es específicamente proyectada al ámbito migratorio, insistiendo con especial rotundidad en que la especial naturaleza del contexto que lo caracteriza:

«No puede justificar un área al margen de la ley en la que los individuos no estén cubiertos por ningún sistema capaz de ofrecerles el disfrute de los derechos y garantías protegidos por el Convenio [...]. En tanto que instrumento constitucional del orden público europeo [...], el Convenio no puede ser restrin-

⁴³ En ese sentido, *Z and Others c. the United Kingdom* (GC), núm. 29392/95, § 73, ECHR 2001-V y la jurisprudencia allí citada.

⁴⁴ *Streletz, Kessler and Krenz c. Germany* (GC), núms. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, §§ 72 y 73, ECHR 2001-II; y *K.-H.W. c. Allemagne*, núm. 37201/97, §§ 66 y 67, ECHR 2001-II.

⁴⁵ *ND y NT*, 2017, § 53.

⁴⁶ *ND y NT*, 2020, § 109. Traducción del autor.

⁴⁷ Véase, en relación con la georgiana República Autónoma de Ayaria, *Assanidze c. Georgia* (GC), núm. 71503/02, §§ 139 y 143, ECHR 2004.

⁴⁸ *Matthews c. United Kingdom*, núm. 24833/94, §§ 29 y 35, ECHR 1999-I.

gido selectivamente a solo parte del territorio de un Estado por medio de una artificial reducción del alcance de su jurisdicción territorial»⁴⁹.

19. La relevancia de tal afirmación no puede dejar de señalarse en un ámbito como es el del control migratorio, en el que el recurso a artificiales ficciones de extraterritorialidad no solo cuenta con ciertos antecedentes, sino que es presentado en ocasiones como posible fórmula con la que dar respuesta a crisis migratorias de amplio calado. Respecto a lo primero, aunque no haya rastro de ello en la sentencia que ahora se comenta, conviene recordar que es la jurisprudencia del propio TEDH la que ha impedido que las zonas internacionales de puertos y aeropuertos sean consideradas como una suerte de zonas francas exentas, en lo que a los inmigrantes irregulares se refiere, de la aplicación de las exigencias que derivan para los Estados en materia de derechos humanos⁵⁰. Y en cuanto a lo segundo, no hay que descartar que la idea que subyace a esa misma doctrina y el implícito reconocimiento de la plena aplicación del CEDH a los *hotspots* griegos⁵¹ sea uno de los motivos por los que, a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes⁵², la creación de plataformas de desembarco se haya planteado, con escaso éxito por ahora, solo en terceros Estados⁵³.

20. No deja de llamar la atención, por último, la respuesta de la Gran Sala al intento de blindar en el DUE la ficticia extraterritorialización del espacio fronterizo pretendida por las autoridades españolas. Para rechazar que la normativa europea y migratoria en materia de control de fronteras determinen su incompetencia, el órgano de Estrasburgo utiliza un doble argumento. El primero puede interpretarse como una ortodoxa aplicación de la doctrina de la protección equivalente: el TEDH parece asumir que no concurre uno de los dos requisitos que, en aplicación de la citada doctrina, determinan su incompetencia *ratione personae* —la ausencia de margen de apreciación para los Estados miembros— pues apoyándose en la directiva de retorno recuerda que estos pueden aplicar normas y reglas más favorables para los inmigran-

⁴⁹ *ND y NT*, 2020, § 110. Traducción del autor.

⁵⁰ *Amuur c. France*, 25 de junio de 1996, §§ 41 *in fine*, y 43, Reports 1996-III; *D. c. The United Kingdom*, 2 de mayo de 1997, Reports 1997-III, § 48; *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, núm. 25389/05, 26 de abril de 2007, §§ 66-67, Reports 2007-II; o *Z. A. and others c. Russia* (GC), núm. 61411/15, §§ 130-132, ECHR 2019.

⁵¹ *J. R. and others c. Greece*, núm. 22696/16, ECHR 2018.

⁵² En el caso australiano, el proceso de externalización emprendido en el marco de la llamada «*Pacific Solution*» supuso no solo la creación de centros de gestión migratoria y de asilo en terceros países como Nauru y Papúa-Nueva Guinea, sino también en el territorio australiano de Christmas Island, el cual quedaba debidamente excluido en cuanto a la aplicación de la legislación migratoria de ese país. Puede verse, sobre el particular, COMMONWEALTH OMBUDSMAN, *Christmas Island immigration detention facilities. Report on the Commonwealth and Immigration Ombudsman's Oversight of Immigration Processes on Christmas Island*, octubre de 2008 a septiembre de 2010, febrero de 2011.

⁵³ Al respecto, CALVO MARISCAL, L. M., «Cooperation between the European Union and Libya as regards to migration and asylum: The eventual creation of disembarkation platforms», 23 *SYBIL*, 2019, pp. 294-305, y MAIANI, F., «“Regional Disembarkation Platforms” and “Controlled Centres”: Lifting The Drawbridge, Reaching out Across The Mediterranean, or Going Nowhere?», *Eumigrationlawblog*, 18 de septiembre de 2018.

tes afectados que las que con carácter mínimo establece el DUE⁵⁴. No cabe decir lo propio del segundo, al rechazar, esgrimiendo el principio de la irrelevancia del Derecho interno como justificación de la violación del Derecho internacional (art. 27 CVDT), que la normativa comunitaria en materia de control de fronteras pueda afectar al concepto de jurisdicción en virtud del Derecho internacional, ni tampoco —ha de entenderse— a su competencia. Cabe preguntarse, por ello, si no cabe interpretar el asunto *ND* y *NT* como un paso más en la tendencia ya detectada de un mayor rigor en la aplicación de la doctrina de la protección equivalente por parte del TEDH a partir del veto del Tribunal de Luxemburgo a la adhesión de la Unión al CEDH⁵⁵, y si en el futuro Estrasburgo se mostrará dispuesto a afirmar su competencia cuando la normativa comunitaria invocada sea contraria a las normas de Derecho internacional.

2.2. La aplicación de la prohibición de expulsiones colectivas a las medidas de no admisión

21. La segunda línea principal de argumentación a través de la cual los Gobiernos participantes han tratado de impedir el pronunciamiento en cuanto al fondo del Tribunal, formulada en forma de una excepción de incompatibilidad *ratione materiae* con la Convención, se dirigió a cuestionar que las devoluciones sumarias puedan ser calificadas como medidas de expulsión sujetas a la prohibición prevista en el art. 4 PA4. Retoma en este sentido los argumentos que las autoridades italianas habían esgrimido en asuntos previos relativos a intentos de entrada irregular por vía marítima. En el primero de ellos, el fundamental asunto *Hirsi Jamaa*, los afectados fueron inmediatamente devueltos desde el mar inmediatamente después de su interceptación. En *Sarifi y Khlaifia*, en cambio, las personas interceptadas fueron llevadas a suelo italiano y fue desde ese territorio desde donde tuvo lugar la devolución. En los tres casos el Tribunal consideró que se trataba de expulsiones sometidas a la prohibición del art. 4 PA4⁵⁶.

22. Además de insistir en los mismos argumentos en busca de un cambio de criterio jurisprudencial⁵⁷ —ni el Convenio ni el Derecho internacional

⁵⁴ *ND* y *NT*, 2020, § 109.

⁵⁵ Véanse CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, núm. 55, pp. 819 y ss., o ALONSO GARCÍA, R., «La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de *Avotins c. Letonia*)», *WP IDEIR*, 2017, núm. 32.

⁵⁶ *Hirsi Jamaa and others c. Italy* (GC), núm. 27765/09, 23 de febrero de 2012, §§ 177-181, ECHR 2012; *Sharifi and Others c. Italy and Greece*, núm. 60104/08, § 212, ECHR 2014; *Khlaifia and Others c. Italy*, 2016, cit., § 243.

⁵⁷ Cambio jurisprudencial que por muy poco no se habría comenzado a materializar unos meses antes, a tenor de la exigua mayoría con la que tales argumentos fueron rechazados en un asunto sobre rechazo en frontera de un grupo de solicitantes de asilo chechenos. Véase la opinión disidente de los Jueces Ravarani, Bošnjak y Paczolay en el asunto *M. A. and others c. Lithuania*, 2018, cit., apdo. 5.

reconocen un derecho a entrar en un país, de modo que los límites a la expulsión solo surgen una vez que se ha autorizado la entrada; los redactores del art. 4 PA4 nunca pretendieron extender su aplicación a los supuestos de no admisión; tanto la Comisión de Derecho internacional en sus trabajos en materia de expulsión de extranjeros (art. 2), como el Comité de Ministros del Consejo de Europa al pronunciarse sobre las líneas directrices en materia de retorno forzoso, habían descartado de su ámbito de aplicación los supuestos de no admisión—, los Gobiernos participantes trataron de demostrar que el caso ahora era distinto por dos razones. Por una parte, porque a diferencia de los casos anteriores, no se trataba de un intento de entrada por mar, sino por tierra; y, por otra y sobre todo, porque como habría demostrado la cuestionable decisión sobre admisibilidad en este asunto⁵⁸, ahora no existía un problema de devolución puesto que los demandantes no se habrían encontrado en una situación de riesgo de padecer en Marruecos tratos prohibidos por el art. 3 del Convenio.

23. Como ya se avanzó, la Gran Sala ha acabado por confirmar que también en los supuestos de devolución de inmigrantes irregulares interceptados en las fronteras terrestres, el término expulsión ha de entenderse en su sentido corriente, para incluir «cualquier alejamiento forzoso de un extranjero del territorio de un Estado, independientemente de la legalidad de la estancia de la persona, de cuánto tiempo ha estado en el territorio, del lugar en el que fue interceptado, de su estatus como migrante o solicitante de asilo y de su conducta cuando cruzó la frontera»⁵⁹. Y lo hace apostando por una concepción de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros muy fuertemente vinculada con el principio de no devolución y el derecho de asilo, que no parece descartar, sin embargo, que esté dotada de cierta autonomía.

24. Pese a reconocer, en efecto, que el proyecto de la CDI excluye de su ámbito de aplicación los supuestos de no admisión, el Tribunal insiste en que en ese mismo instrumento se dejan a salvo las reglas de derecho internacional relativas a los refugiados, con referencia expresa al principio de no devolución reconocido en el art. 33 de la Convención de Ginebra, el cual, como no ha dejado de insistir ACNUR, se aplica no solo en los casos de expulsión, sino también en los de no admisión y rechazo en frontera. El principio de no devolución se encuentra también reconocido, junto al derecho de asilo, por el Derecho de la Unión Europea y, aunque este último derecho no figura entre los derechos reconocidos en el Convenio, el principio de no devolución que formula la Convención de Ginebra se encuentra englobado, insiste el

⁵⁸ Pese a que, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia del Tribunal, la fecha crítica para valorar si existe el riesgo de ser sometido a tratos prohibidos cuando efectivamente se ha producido la devolución es el momento de esa devolución, la decisión de admisibilidad no admitió la demanda en lo que a las alegaciones de violación del art. 3 se refiere porque, «sin prejuzgar la situación de riesgo de malos tratos generalizados invocada por los recurrentes», los demandantes no habrían demostrado siquiera indiciariamente haber sido objeto de malos tratos después de su devolución a Marruecos. *N. D. y N. T. c. Spain* (dec.), núms. 8675/15 y 8697/15, § 15, ECHR 2015.

⁵⁹ *ND y NT*, 2020, §§ 185 y 187.

Tribunal, dentro de la prohibición que deriva de su art. 3 de devolver a un extranjero a un Estado en el que se enfrente a un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes. La salvaguardia de ese principio quedaría en peligro, viene a decirse, en caso de devolver sumariamente a una persona por el mero hecho de haber entrado irregularmente en el territorio, sin proceder previamente a su identificación y sin haberle ofrecido la posibilidad de exponer los motivos que puedan oponerse a su devolución⁶⁰.

25. Así pues, el grueso de la argumentación del Tribunal fundamenta en el principio de no devolución la interpretación amplia del concepto de expulsión. Y ello en un asunto en el que, paradójicamente, en fase de admisibilidad se había rechazado que se planteara una situación de riesgo de maltrato⁶¹. La contradicción, apuntada por el Juez Koskelo en su opinión separada, se resuelve al menos en parte asumiendo en un único apartado —no exento de cierta ambigüedad, todo hay que decirlo— una idea autónoma del art. 4 PA4. Aunque pueda serlo con carácter fundamental, el principio del examen individual y objetivo de la situación del extranjero inherente a la prohibición de expulsiones colectivas no es solo un instrumento imprescindible para asegurar el *non-refoulement*, sino también un mecanismo para combatir la arbitrariedad, impidiendo que sobre la base de argumentos meramente formales basados en la distinción entre expulsión y no admisión se prive de efectividad a la protección ofrecida por el Convenio, en particular por el art. 3.

26. De confirmarse esa idea, y en la línea defendida por el Juez Serghides en el asunto *Khlaifia*, la prohibición de expulsiones colectivas, pese a su íntima vinculación con el principio de no devolución, tiene un significado más amplio en tanto que reviste una naturaleza eminentemente procedimental orientada a excluir la arbitrariedad, la discriminación y el abuso de poder⁶². Vendría a ser, como sostuvo el ACNUDH en sus observaciones, una proyección del *fair trial*, a través de la cual se salvaguardaría el derecho a la no devolución, pero también otros derechos, reconocidos o no en el Convenio, como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho de acceso al asilo, o los derechos vinculados a la protección de la infancia, entre otros.

27. Así pues, aun cuando el contenido de la prohibición de expulsiones colectivas puede variar en función de que la exigencia de un examen individualizado se plantee en un contexto en el que se suscite o no una problemática de no devolución⁶³, la prohibición en cuanto tal opera tanto en contextos

⁶⁰ ND y NT, 2020, §§ 171-188.

⁶¹ El hecho, ya apuntado, de que las alegaciones basadas en el art. 3 habían sido declaradas inadmisibles desde el principio, es algo que recuerda expresamente la Gran Sala en § 206.

⁶² Partly dissenting opinion of Judge Serghides, TEDH, *Khlaifia*, 2016, cit., apdos. 11-12.

⁶³ En *Khlaifia*, 2016, la Gran Sala no solo consideró que el art. 4 PA 4 no exige en todo caso la realización de una entrevista personal siempre que el interesado haya tenido la oportunidad de manifestar a las autoridades las razones que se oponen a su devolución. Estimó también, que el derecho a un recurso efectivo (art. 14 CEDH) en relación con la prohibición de expulsiones colectivas (art. 4 PA 4), no implica la exigencia de un recurso de carácter suspensivo cuando la deportación o devolución no opera en un contexto de riesgo de ser sometido a las conductas prohibidas por los arts. 2 y 3 CEDH, §§ 277-281.

de expulsión *stricto sensu* como en casos de rechazo en frontera y/o de no admisión.

3. LA «CONDUCTA CULPABLE» DEL EXTRANJERO Y LA DUDOSA EXISTENCIA DE VÍAS DE ACCESO SEGURO

28. El conjunto de la doctrina de Estrasburgo en materia migratoria se ha basado en una idea de equilibrio entre, de una parte, el reconocimiento del derecho soberano de los Estados a regular el acceso y la estancia de nacionales de terceros países en su territorio y, de otra, la necesidad de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el Convenio y sus protocolos⁶⁴. Sin embargo, de una forma parecida a como ocurrió a partir del 11-S en los asuntos relacionados con la lucha contra el terrorismo⁶⁵, desde principios de la pasada década la invocación de los retos que plantea el incremento de la presión migratoria se ha convertido en un ejercicio frecuente por parte de las autoridades de algunos Estados miembros con el fin de conseguir un relajamiento de los límites que el Tribunal ha deducido del Convenio respecto de sus políticas migratorias. Y si tradicionalmente tal tipo de argumentos no habían dado los frutos perseguidos por quienes los esgrimían, especialmente cuando se proyectaban en asuntos en los que estaban en juego derechos absolutos como los que derivan del art. 3 CEDH⁶⁶, en el asunto *Khlaifa* la Gran Sala pareció iniciar un cambio de actitud. No solo proclamó expresamente, en efecto, que en tal situación de crisis sería artificial no tomar en consideración el contexto general en el que se plantean los hechos a enjuiciar. Tuvo en cuenta, también, la situación de presión a la que se enfrentaban las autoridades italianas en el centro de internamiento de extranjeros de Lampedusa para descartar que los tratos padecidos por los demandantes hubieran alcanzado el nivel de severidad requerido por el art. 3 CEDH, así como para suavizar, como ya se ha señalado, las exigencias que derivan de la prohibición de expulsiones colectivas⁶⁷.

29. La respuesta ante este tipo de alegaciones de los Gobiernos participantes en el asunto *ND* y *NT* a la hora de abordar los dos problemas que se acaban de analizar —jurisdicción y concepto de expulsión— se mantiene dentro de la lógica tradicional: reconocimiento de los problemas y retos que

⁶⁴ Entre otras muchas, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, núms. 9214/80, 9473/81 y 9474/81, § 67, CEDH 1985, o *Chahal c. Royaume Uni*, núm. 22414/93, § 73, CEDH 1996.

⁶⁵ Entre otras, *Saadi c. Italy*, núm. 37201/06, §§ 114 y 119, ECHR 2008, o *A. and Others c. United Kingdom*, núm. 3455/05, § 104, ECHR 2009.

⁶⁶ *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, núm. 30696/09, § 223, ECHR 2011, o *Hirsi Jamaa*, 2012, cit., §§ 122 y 176, ECHR 2012

⁶⁷ *Khlaifa*, §§ 199 y 277-281. Véase, en particular, la justificación que hace el Juez Raimondi de su cambio de criterio, como miembro de la Sala y de la Gran Sala, en todos los aspectos clave resueltos por esta última. Señala, en particular, que el pronunciamiento de esta última «provides balanced and reasonable answers to the difficult questions raised in the present case, and contributes to establishing the Court's case-law on key points in the context of an unprecedented migration crisis which will certainly continue to cause applications to be sent to Strasbourg».

plantea la presión migratoria, con referencia específica a la situación particular en los enclaves españoles en el Norte de África, pero rechaza a que ello pueda justificar prácticas incompatibles con las exigencias derivadas del Convenio y sus protocolos⁶⁸. Aún sin un reconocimiento expreso, es muy dudoso, sin embargo, que tal tipo de consideraciones no hayan influido en la apreciación de las exigencias que derivan de la prohibición de expulsiones colectivas.

3.1. La eliminación de las exigencias derivadas de la prohibición de expulsiones colectivas en caso de acceso ilegal y violento al territorio del Estado

30. Elemento clave de la estrategia de defensa española en los asuntos relativos a las devoluciones en caliente ante las instancias internacionales de garantía de los derechos humanos ha sido la insistencia, no solo en el carácter ilegal del cruce fronterizo y el acceso al territorio, sino también en el recurrente empleo de la violencia empleado. No puede ignorarse, es cierto, que al carácter masivo de los saltos de la valla se viene uniendo con carácter creciente el uso cada vez más organizado de la violencia contra los guardias españoles de fronteras como medio de conseguir el objetivo perseguido por los inmigrantes. Nadie niega que tal tipo de conductas pueden ser sancionadas por parte de las autoridades españolas, pero los castigos colectivos que renuncian a indagar en la responsabilidad individual de los implicados difícilmente encajan con las exigencias derivadas de los arts. 6 y 7 del Convenio. Y, en cualquier caso, recurrir a construcciones que equiparan tales acciones a aquellas que como los ataques armados abren la puerta a la legítima defensa (art. 51 CONU), o que como los crímenes más graves de trascendencia internacional o más matizadamente, el terrorismo, representan conductas contrarias a los propósitos y principios de Naciones Unidas⁶⁹ e imponen la exclusión del estatuto de refugiado (art. 1F de la Convención de Ginebra de 1951)⁷⁰, constituye un ejercicio paradigmático de falta de mesura que recuerda el discurso de los populismos iliberales. Y que, seguramente, no merezcan mejor respuesta que esa respetuosa mezcla de extrañeza e indiferencia con la que es despachada por la Gran Sala en su sentencia⁷¹.

⁶⁸ *ND y NT*, 2020, §§ 107-108, respecto de las cuestiones jurisdiccionales, y §§ 169-170 y 184, en relación con el concepto de expulsión.

⁶⁹ Sobre la necesidad de restringir el alcance de la circunstancia de exclusión del art. 1.F.c, en particular cuando se aplica a delitos de terrorismo, ACNUR, *Documento del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El art. 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal, Departamento de Protección Internacional*, Ginebra, 4 de septiembre de 2003, pp. 41 y ss.

⁷⁰ Véase, respectivamente, Dictamen *D. D. c. España*, cit., § 12.1, y *ND y NT*, 2020, § 126.

⁷¹ «Although the Government referred to States' inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurred against a member State of the United Nations, the Court notes that Spain has not indicated that it has referred the matter to the Security Council of the United Nations, as anticipated

31. De manera más matizada y razonada, el deliberado cruce de la frontera fuera de los puestos fronterizos establecidos, en condiciones de grave alteración del orden público y en flagrante incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el acceso al territorio español y europeo habría representado, de acuerdo con la posición mantenida por las autoridades españolas, un uso abusivo del derecho a solicitar asilo⁷² y una conducta culpable que sería contraria al sistema del Convenio y que hace el juego a las redes de tráfico de personas⁷³. Ya ante la Gran Sala, el razonamiento se complementó con un argumento utilizado por el Gobierno italiano en el asunto *Hirsi*, consistente en afirmar que el procedimiento individualizado de examen requerido por el art. 4 PA4 habría resultado de imposible desarrollo como consecuencia de la deliberada elección por los demandantes de una vía ilegal de acceso. Con apoyo del resto de Gobiernos intervinientes, se invocaba a tal efecto la doctrina formulada en dos aisladas decisiones de inadmisibilidad en las que el Tribunal había rechazado examinar la posible vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas por falta de colaboración activa en el procedimiento⁷⁴.

32. En el asunto *Hirsi* la Gran Sala no consideró oportuno dedicar ni una sola línea a rebatir el argumento del Gobierno demandado, limitándose a constatar que la transferencia a Libia de los demandantes se realizó sin examinar su situación particular, sin proceder a su identificación y por parte de agentes no entrenados ni asistidos para verificar tal examen⁷⁵. En esta ocasión, en cambio, ha sido ese el razonamiento en el que se ha basado la formación encargada de sentar doctrina en Estrasburgo para afirmar que no hay violación de la prohibición de expulsiones colectivas cuando la falta de un procedimiento individualizado de examen previo a la devolución obedece al hecho de que la persona afectada accedió irregularmente al territorio del Estado parte. O más exactamente, según el Tribunal, el principio de la conducta correcta:

«Debe aplicarse también a situaciones en las que la conducta de las personas que *cruzan una frontera terrestre sin autorización, aprovechándose deliberadamente de su carácter masivo y usando la fuerza*, es susceptible de crear una situación claramente disruptiva que es difícil controlar y que pone en peligro la seguridad pública»⁷⁶.

by Article 51 of the UN Charter (see paragraph 60 above) in this regard. In the circumstances of the case, the Court sees no need to pursue this argument further», ND y NT, 2020, § 166.

⁷² Para un desarrollo más amplio de este tipo de argumentos, GRACIA PÉREZ DE MERGELINA, D., «El “rechazo”...», *op. cit.*

⁷³ ND y NT (2017), § 72.

⁷⁴ Más concretamente, por estimar en el primero que la falta de una decisión individualizada respecto de cada uno de los miembros de un matrimonio obedecía a que la solicitud de asilo había sido formulada conjuntamente y sobre la base de los mismos argumentos y pruebas [*Berisha and Haljiti v The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (dec.), núm. 18670/03, § 3, ECHR 2005-VIII]; y en el segundo, por considerar que el procedimiento individualizado para la expulsión de un grupo de manifestantes griegos había resultado imposibilitado como consecuencia de los obstáculos a su identificación que habían planteado los propios demandantes [*Dritsas and Others c. Italy* (dec.), núm. 2344/02, § 7, 1 de febrero de 2011].

⁷⁵ *Hirsi*, 2012, § 185.

⁷⁶ ND y NT, 2020, § 201 (traducción del autor y cursiva añadida).

33. La ilegalidad del acceso, por muy cualificada que esté por su carácter masivo o violento, no es sin embargo el único elemento a valorar a la hora de aplicar la doctrina de la «conducta culpable» y excluir con ello que las devoluciones sumarias constituyan expulsiones colectivas.

3.2. La condición basada en la existencia de vías de acceso

34. A lo largo de todo el procedimiento, las autoridades españolas se esforzaron por poner de manifiesto que los saltos de la valla no solo eran un acto ilegal y violento, sino también una vía innecesaria para solicitar asilo o intentar entrar al territorio español. Y los esfuerzos han acabado dando sus frutos. A los efectos de apreciar si una devolución en caliente vulnera el art. 4 PA4, el Tribunal afirma que resulta necesario determinar si el Estado demandado «ofrecía un *acceso efectivo y genuino a posibilidades de entrada legal*, en particular procedimientos fronterizos» de los que no hizo uso el demandante por motivos distintos a «razones imperiosas [...] basadas en hechos objetivos de los que el Estado demandado fuera responsable». Y todo ello, «en el presente contexto y *sin perjuicio de la aplicación de los arts. 2 y 3*»⁷⁷. Todo un cúmulo de circunstancias que, en un pronunciamiento adoptado por unanimidad, la Gran Sala estima concurrentes y que le llevan a considerar que, al participar en el salto masivo y violento de la valla fronteriza y no hacer uso de los procedimientos oficiales de acceso, la ausencia de decisiones individuales de alejamiento fue el resultado de la propia conducta de los demandantes y no hubo, por tanto, violación del art. 4 PA4.

35. De cara a calibrar el alcance del pronunciamiento, parece imprescindible detenerse en qué es lo que entiende el Tribunal por acceso efectivo y genuino a posibilidades de entrada legal. De las cuatro vías de entrada a las que había venido aludiendo el Gobierno español, tres son las que se toman en consideración en la sentencia. Y su apreciación no hace sino alimentar los motivos para dudar que, en el caso de los demandantes, representarían vías reales y efectivas de entrada legal. Para empezar, la posibilidad de solicitar un visado en origen puede ser sin duda una posibilidad de acceso para los inmigrantes que socialmente no son considerados como tales —los altamente cualificados o con recursos—, pero no para el grueso de quienes desde el continente africano aspiran a llegar a Europa a través de un país como el nuestro. Y ello por la sencilla razón de que nuestra política de inmigración legal se caracteriza de manera creciente por su carácter selectivo y restrictivo, hasta el punto de que la crisis económica ha supuesto prácticamente, a juicio de los especialistas, «el cierre de las vías ordinarias de acceso al trabajo de los extranjeros» y su sustitución prácticamente total por la vía teóricamente extraordinaria del arraigo, como viene a demostrar el hecho de que desde 2012 la gestión colectiva de las contrataciones en origen está representada por el denominado contingente cero⁷⁸.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., «Los inmigrantes ante el mercado laboral español en tiempos de crisis», *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2017, núm. 23, pp. 53-70.

36. Respecto a la posibilidad de solicitar asilo en las embajadas y consulados de España en el exterior, conviene recordar que el proceso legislativo de reforma de nuestro sistema de asilo en 2009, coincidió con una masiva petición de protección internacional por parte de ciudadanos iraquíes en las embajadas españolas en Damasco y El Cairo⁷⁹. Y eso llevó a que nuestro legislador, haciendo uso de la posibilidad ofrecida por un proceso armonizador europeo de los procedimientos de asilo que solo alcanza a las solicitudes presentadas en el territorio de los Estados de la UE, suprimiera el derecho a solicitar asilo en las embajadas y consulados de nuestro país. Ante las protestas de las organizaciones de la sociedad civil, se reconoció en su lugar con carácter plenamente discrecional, la posibilidad de que los embajadores de España promuevan el traslado a España del interesado «para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley»⁸⁰. El deseo de preservar esa discrecionalidad en el tratamiento de las peticiones acostumbra a mencionarse como uno de los motivos que explican el incumplimiento del mandato de desarrollo reglamentario contenido en la propia ley (art. 38.2), de modo que su regulación se limita a una simple circular que no hace sino corroborar que lo previsto no es un derecho a solicitar asilo en el exterior. Se trata, más bien, de la regulación de una competencia carente de todo carácter reglado reconocida con carácter exclusivo a los embajadores. Y que, «en cualquier caso, [...] no autoriza ni a los embajadores ni a los cónsules a dar curso a una solicitud de asilo o de protección y mucho menos (a fin de evitar obligaciones y gastos de asistencia para nuestro país) a comunicarla a España»⁸¹.

37. La tercera vía es la relativa a la posibilidad de solicitar protección en los puestos fronterizos, y más particularmente, en las Oficinas de protección internacional instaladas en los puestos de Beni-Enzar en Melilla y de El Tarajal en Ceuta. Las mismas fueron inauguradas por el titular de Interior en marzo de 2015 como medida complementaria y vinculada al ya comentado proceso de legalización de las devoluciones en caliente a través de la reforma de la Ley de protección de la seguridad ciudadana. Conviene insistir en que, aunque con ciertas adaptaciones y reduciendo en cierta medida los derechos y garantías reconocidos a los solicitantes, tanto la ley de asilo como la directiva de procedimientos reconocen su aplicación a las solicitudes presentadas

⁷⁹ EFE (OTAZU, J.), «Un rumor provoca que cientos de iraquíes residentes en Egipto pidan asilo en España», *El Mundo*, 8 de febrero de 2007.

⁸⁰ Art. 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *BOE* núm. 263, de 31 de octubre de 2009. Al respecto, SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular. A propósito de la nueva ley de asilo», *REEL*, vol. 18, 2009, pp. 21 y ss. Lo insatisfactorio de la situación, puesto de manifiesto en el estudio *El asilo en España...*, *cit.*, llevó a la Defensora del Pueblo a recomendar la modificación de la citada ley «a fin de introducir la posibilidad de presentar demandas de protección internacional en las representaciones en el exterior. Si ello no fuera posible, introducir con carácter urgente un visado humanitario que permita el acceso del potencial solicitante al territorio nacional para pedir asilo en territorio», DEFENSOR DEL PUEBLO. Recomendación de 10/07/2016, queja núm. 16008388.

⁸¹ Circular de 20 de noviembre de 2009. El texto, traducido a las lenguas oficiales del TEDH, en *ND y NT*, 2020, § 38.

en frontera⁸². Y cabe decir, por ello, que de las diferentes vías de entrada legal identificadas por las autoridades españolas, es la única que implica efectivamente el acceso a un procedimiento de examen de un auténtico derecho de entrada legal a España para quienes reúnan los requisitos para el reconocimiento del derecho de asilo (es decir, en el caso de nuestro país, del estatuto de refugiado) o de la protección subsidiaria.

38. A tenor de la extensión que a ella dedica en su pronunciamiento, todo parece apuntar a que es la valoración de esta última vía la más relevante para que el Tribunal concluya que no hay violación de la prohibición de expulsiones colectivas. Pese a que son numerosas y en algunos casos bastante autorizadas las fuentes que denuncian que el acceso a los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla es imposible para los inmigrantes subsaharianos como consecuencia de la acción represiva de los efectivos de la Fuerza Auxiliar Marroquí⁸³, la Gran Sala da credibilidad a las afirmaciones de las autoridades españolas que lo niegan. Sin olvidar, lo que es más grave, que según el propio Tribunal y como ya se señaló, los únicos motivos imperiosos que pueden justificar que no se recurra a las vías legales de acceso e impedir la aplicación de la doctrina de la conducta culpable, son los basados en hechos objetivos de los que el Estado miembro sea responsable.

4. CONSIDERACIONES FINALES

39. La sentencia de la Gran Sala en el asunto *N. D. y N. T. c. España* supone un clarísimo punto de inflexión en su respuesta ante una política migratoria europea volcada de manera creciente en el reforzamiento de los mecanismos orientados a impedir la llegada irregular de inmigrantes a suelo europeo. En juego estaba la admisibilidad de las devoluciones en caliente, o lo que es lo mismo, la última medida de interceptación para impedir la entrada cuando han fallado todas las demás. Representan, en este sentido, el último de los muros de una Europa que fía su respuesta al reto migratorio al desarrollo de medidas de externalización geográfica y funcional. Una me-

⁸² Véanse los arts. 21 de la Ley de asilo, y 43 de la Directiva 2013/32/UE.

⁸³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre el asilo...*, op. cit., p. 54; ACNUR, *Supplementary observations by the office of the UNHCR in the cases of N.D. and N.T. c. Spain before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights*, 2018, §§ 2.1.2 y 2.2.2 y ss.; UNITED NATIONS WORKING GROUP OF EXPERTS ON PEOPLE OF AFRICAN DESCENT, *Statement to the media on the conclusion of its official visit to Spain*, 19-26 de febrero de 2018, § 38; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones Finales del Comité sobre el tercer y cuarto informes combinados de Marruecos* (CRC/C/MAR/CO/3-4), 2014; COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES, *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Marruecos* (CMW/C/MAR/CO/1), 2013; AMNESTY INTERNATIONAL, *Fear and Fences: Europe's Approach to Keeping Refugees at Bay*, 17 de noviembre de 2015, EUR 03/2544/2015, p. 40, y HUMAN RIGHTS WATCH, *Spain: Migrants Held in Poor Conditions*, 31 de julio de 2017. Los datos ofrecidos por el propio Gobierno en respuesta a una pregunta parlamentaria (respuesta del Gobierno a la pregunta escrita Senado 684/15856, 29/03/2017, Autor: Iñarritu García, Jon, GMX, Madrid, 7 de junio de 2017) ponen de manifiesto que desde 2014 hasta finales de mayo de 2017 no se presentó ni una sola solicitud de protección internacional en la frontera de Ceuta, mientras que de las 9.385 presentadas en la frontera de Melilla solo dos lo fueron por parte de nacionales de países subsaharianos.

dida además que, como demuestran los más recientes acontecimientos en la frontera greco-turca, resulta de cada vez más extendido uso como parte del *escudo de protección* de las fronteras exteriores de la Unión.

40. El pronunciamiento del Tribunal supone, con una profunda crisis migratoria de por medio que ha favorecido una no menos honda crisis del proyecto europeo en su conjunto, una seria corrección respecto del duro golpe que a tales políticas representó en 2012 el asunto *Hirsi Jamaa*. La doctrina de la conducta culpable supone en efecto sentar como regla general que las expulsiones sumarias constituyen una respuesta admisible frente a los intentos de entrada irregular en territorio europeo. No obstante, al rechazar los argumentos vinculados a su jurisdicción y al concepto de expulsión que habían avanzado los Gobiernos participantes en el procedimiento, el Tribunal se reserva la posibilidad de afinar en el futuro el aval otorgado a este tipo de prácticas.

41. En este sentido, en un contexto en el que son varios los asuntos pendientes en los que está en juego el problema del acceso al territorio europeo de migrantes y refugiados⁸⁴, resulta difícil concretar con precisión cuál será la repercusión de esta sentencia. Para empezar, aunque es dudoso si su alcance se extenderá a todos los intentos no consumados de entrada irregular o, por el contrario, se ceñirá a las devoluciones de quienes entraron por la frontera terrestre, en masa y de manera violenta, resulta difícil encontrar razones objetivas que justifiquen un tratamiento distinto de las devoluciones en caliente basado simplemente en el medio por el que se intente franquear las fronteras.

42. Por el contrario, la salvaguardia de los arts. 2 y 3 que se hace en la sentencia y la insistencia al final en que las alegaciones de los demandantes basadas en el primero de esos artículos habían sido inadmitidas apuntan claramente a que el pronunciamiento se limita a la prohibición de las expulsiones colectivas. Por tanto, parece poder concluirse que la doctrina de la conducta culpable resultaría inaplicable y, por tanto, las devoluciones en caliente serían inadmisibles en un supuesto más contrastado de riesgo generalizado de tortura o de privación de la vida en el lugar de destino como el que se planteaba en el asunto *Hirsi Jamaa*. Desde esta perspectiva, podría considerarse que *ND* y *NT* representa en cierto modo un aldabonazo a un sistema europeo común de asilo crecientemente sustentado en mecanismos de Estado seguro.

43. Por último, queda por ver el recorrido de la exigencia de vías de acceso como requisito para que la entrada irregular pueda considerarse una

⁸⁴ Dos de ellos plantean casos casi idénticos a los de *ND* y *NT*. *Doumbe Nnabuchi c. l'Espagne*, núm. 19420/15, y *Balde et Abel c. l'Espagne*, núm. 20351/17. El tercero se refiere al mismo caso que resolvió en 2017 el TJUE en *X y X c. Bélgica* (asunto C-638/16), y en él está en juego la aplicación del Convenio y, en particular, de los arts. 3 y 4 PA4 a las denegaciones de visado por razones humanitarias en las embajadas y consulados de los Estados parte. *M. N. and Others c. Belgium*, núm. 3599/18. Y el cuarto, por último, plantea el problema de las llamadas interceptaciones marítimas sin contacto, es decir, las que son incentivadas por los Estados parte y se desarrollan con su apoyo y colaboración, pero que son ejecutadas por terceros. Sobre esto último, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles...*, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

conducta culpable. Tres elementos hacen dudar, sin embargo, de que en Estrasburgo exista una voluntad real de exigir a los Estados parte la creación de vías de acceso seguras. En primer lugar, el Tribunal acepta implícitamente como vías de acceso efectivas y genuinas procedimientos que, como los de solicitud de visado y asilo en nuestras embajadas en el exterior, apenas si abren puerta alguna. En segundo lugar, manifiesta también una amplísima confianza en la palabra de las autoridades estatales cuando, por ser muchos los datos que apuntan a que el procedimiento de asilo en las fronteras de Ceuta y Melilla no es accesible para los inmigrantes subsaharianos, abundan los motivos para dudar de su sinceridad. Por último, y lo que es más grave por lo que parece representar un ciego aval a las políticas de externalización de controles migratorios, el Tribunal afirma expresamente la irrelevancia de la ausencia de vías de acceso cuando la inaccesibilidad no responde a motivos de los que sean responsables los Estados europeos.

RESUMEN

LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE ESPAÑOLAS ANTE EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: ¿APUNTALANDO LOS MUROS DE LA EUROPA FORTALEZA?

En *N. D. y N. T. c. España*, la Gran Sala del TEDH rechaza con rotundidad las dos grandes amenazas que los Gobiernos participantes habían planteado a sus facultades de control. Ni son admisibles los intentos de escindir artificialmente partes de su territorio para excluir o limitar la aplicación del Convenio, ni es aceptable tampoco excluir las actuaciones de no admisión o rechazo en frontera del alcance de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. Sin embargo, mediante el sorprendente recurso a la doctrina de la «conducta culpable», el Tribunal sienta como regla general la compatibilidad con el sistema del Convenio de las devoluciones en caliente de los inmigrantes interceptados cruzando irregularmente la frontera. La aplicación de esa doctrina se somete a condiciones muy laxamente apreciadas por el Tribunal, relativas a la existencia de vías de acceso efectivo y genuino y a que el interesado no las utilizara por razones imperiosas no atribuibles al Estado demandado. En la presente contribución se sostiene que, de esta forma, Estrasburgo no solo acepta una práctica tan cuestionable como las devoluciones sumarias, sino que también concede un amplio aval a las políticas de externalización de controles migratorios y a los mecanismos de Estado seguro.

Palabras clave: control de fronteras, devoluciones en caliente, Europa fortaleza, jurisdicción del TEDH, no admisión, asilo y refugio, no devolución, expulsión de extranjeros, vías seguras de acceso.

ABSTRACT

THE SPANISH PUSHBACK POLICY BEFORE THE STRASBOURG COURT: STRENGTHENING THE WALLS OF FORTRESS EUROPE?

In *N. D. and N. T. vs. Spain*, the Grand Chamber of the ECHR flatly rejects the two great threats that the participating governments had posed to their powers of control. Neither attempts to artificially excise parts of its territory in order to exclude or limit the application of the Convention are admissible, nor it is acceptable to exclude non-admission measures from the scope of the ban on collective expulsions of aliens. However, through the surpris-

ing recourse to the doctrine of «culpable conduct», the Court sets as a general rule the compatibility with the Convention system of summary returns of aliens intercepted when irregularly crossing the border. The application of this doctrine is subject to conditions very loosely appreciated by the Court in favour of States, requiring the existence of effective and genuine means of access and that these means had not been used by the interested person due to imperative reasons not attributable to the respondent State. In this article it is suggested that, acting in this way, Strasbourg not only accepts the very questionable practice of hot returns, but also grants broad support to the policies of outsourcing of migration controls and to the safe State mechanisms.

Keywords: border control, hot returns, fortress Europe, ECHR jurisdiction, non-admission, asylum and refuge, non-refoulement, expulsion of aliens, safe access means.