

ARTÍCULO

Contra la normalización de la ilegalidad:

La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones “en caliente”

Against the Normalization of Illegality:

The Judicial Protection of Foreigners Facing Collective Expulsions and Police “Push-Backs”

Ángeles Solanes Corella
Instituto de Derechos Humanos
Universitat de València

Fecha de recepción 21/06/2017 | De aceptación: 01/12/2017 | De publicación: 27/12/2017

RESUMEN.

Las expulsiones colectivas de extranjeros, aun estando prohibidas por el derecho internacional, son una práctica que sistemáticamente se ha aplicado en el ámbito del control de los flujos migratorios. En el caso de España, en su frontera sur terrestre, se han generalizado las denominadas “devoluciones en caliente”. Las vulneraciones de derechos que conllevan estas medidas son incompatibles con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del que derivan obligaciones concretas para los Estados parte. Este trabajo, propone un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para delimitar cuándo se produce una expulsión colectiva. Con ello se pretende evitar la aparente normalización de una medida que es ilegal e insistir en los mecanismos garantistas de los derechos de los extranjeros.

PALABRAS CLAVE.

expulsiones colectivas, fronteras, derechos humanos, jurisprudencia del TEDH.

ABSTRACT.

The collective expulsion of foreigners, although prohibited by International Law, is a practice that has been systematically applied in the field of control of migration flows. In the case of Spain, on its southern land border, the so-called police "push-backs" have become widespread. The violations of rights entailed by these measures are incompatible with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, from which obligations derive for the States Parties. This paper proposes a critical analysis of the jurisprudence of the European Court of Human Rights to delimit when a collective expulsion occurs. This is intended to avoid the apparent normalization of a measure that is illegal and to insist on mechanisms that guarantee the rights of foreigners.

KEY WORDS.

collective expulsions, borders, human rights, ECHR jurisprudence.

Sumario: 1. Contextualización y normativa aplicable. 2. Una aproximación conceptual a las expulsiones colectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. El problema de la aplicabilidad territorial y la inadmisibilidad. 4. Especial atención a las devoluciones en caliente: el caso N. D. y N. T. contra España. 5. La importancia del derecho a un recurso.

1. Contextualización y normativa aplicable

Uno de los contextos en los que asistimos, casi con resignada naturalidad, a la vulneración flagrante de derechos humanos reivindicados por los instrumentos internacionales es el de las fronteras. 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 todo tipo de mecanismos en el ámbito marítimo que cuestionan tales derechos¹.

Como apunta Brown, el Estado-nación continúa siendo un actor, un símbolo de la identificación nacional, pero los rasgos definitorios de la soberanía ya no residen en él sino en el dominio absoluto del capital y de la violencia política, de tal forma que puede relacionarse el declive de la soberanía del Estado-

nación con la proliferación de nuevos muros que escenifican la situación real en la que el poder estatal se encuentra².

La frontera como barrera de contención consagra la dualidad del miedo, como justificación frente a medidas que exceptúan la legalidad hasta límites imprevisibles, y la violencia como respuesta³. Además, el constante proceso de desterritorialización permite procesos específicos de configuración de las denominadas zonas de espera en las que el ritmo migratorio se regula de diferente manera y en las que se dan procedimientos de selección que llegan, en ocasiones, a ser violentos⁴.

Hasta tal punto se ha extendido como pauta común la violencia que, en determinados aspectos asistimos a lo que podría considerarse la normalización de la ilegalidad. Es decir, la repetición continuada de prácticas que son manifiestamente incompatibles con los derechos

² BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, Barcelona, Herder, 2015, pp. 30-34.

³ SOLANES CORELLA, A., “Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 32, 2016, pp. 145-184.

⁴ FERRER GALLARDO, X., “El archipiélago-frente mediterráneo: fractura, ensamblaje y movimiento en el contorno sur de la UE”, en ZAPATA-BARRERO, R. y GALLARDO FERRER, X. (eds.), *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, Barcelona, Bellaterra, 2012, pp. 79-104; y BARBERO, I., *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*, Gipuzkoa, Cuadernos 3, Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración, 2010, pp. 48-57.

¹ DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

fundamentales constitucionalmente consagrados y los estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos, pero que por darse en la frontera se asumen como medidas necesarias. Un buen ejemplo de medidas y acciones que bordean y llegan a conculcar la legalidad, lo encontramos en las denominadas expulsiones colectivas y, en particular, en las devoluciones en caliente.

Para una primera aproximación a esta cuestión que permita dar paso a la importante labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), frente a las mismas, es imprescindible una cierta contextualización atendiendo a la normativa aplicable.

La noción más amplia de movilidad humana aglutina la idea de flujos mixtos que proporciona la Organización Internacional para las Migraciones al considerar dentro de ella a los movimientos de población complejos que hacen referencia a los refugiados, los solicitantes de asilo, los migrantes económicos y otros migrantes. Se incluye en esta noción la inmigración (como proceso por el cual los nacionales de un Estado entran en él con el propósito de instalarse) y el asilo (entendiendo por tal la protección concedida por un Estado a un extranjero en su territorio contra el ejercicio de la jurisdicción por el Estado de origen, basado en el principio de no devolución, que conduce al

disfrute de ciertos derechos internacionalmente reconocidos). En esa misma línea se sitúa el Alto Comisionado para los Derechos Humanos⁵.

Dentro de esas definiciones de amplio espectro puede incluirse, en mi opinión, el concepto de extranjero a los efectos de las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente⁶. A partir del artículo 1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades de cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sean sus nacionales o cualesquiera otros. Sin embargo, no se hace una referencia expresa ni a la libertad de entrada, residencia y circulación, ni al derecho de asilo, aunque siempre es posible acudir a la técnica de la protección derivada de derechos y garantías reconocidos expresamente por el CEDH⁷.

Como complemento, el Protocolo nº 4 al CEDH, en su artículo 4, expresamente prohíbe las expulsiones colectivas de los extranjeros, pero no

⁵ IOM INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration. International Migration Law*, Geneva, IOM, 2004, pp. 8, 31 y 42; y ACNUDH (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, Ginebra, 2014, p. 4.

⁶ Vid. WOJNOWSKA-RADZIŃSKA, J., *The Right of an Alien to be Protected against Arbitrary Expulsion in International Law*, Leiden/Boston, Brill/ Nijhoff, 2015, pp. 23-37.

⁷ Vid. SUDRE, F. (coord.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France - P.U.F., 8^e édition, 2017.

define ninguno de los dos términos. Desde una interpretación histórica y teleológica, de acuerdo con los precedentes y con la finalidad perseguida por esta disposición, conviene recordar que en el año 1963 cuando se redactó dicho Protocolo, constituyó el primer tratado internacional que se ocupaba de las expulsiones colectivas que no estaban expresamente incluidas en el CEDH. Como se señalaba en su informe explicativo⁸ la finalidad que se perseguía con el artículo 4 era prohibir formalmente las expulsiones colectivas de todo tipo que habían ocurrido en el pasado reciente. Así, se entendía que tanto el mencionado artículo 4 como el 3 del Protocolo (relativo en este segundo caso a la prohibición de la expulsión de nacionales) no permitieran legitimar las expulsiones colectivas que se hubieran producido con anterioridad. En concreto, la principal finalidad del artículo 4 es evitar, como había ocurrido, que los Estados hicieran que determinados extranjeros tuvieran que abandonar su territorio sin que previamente se hubieran examinado sus circunstancias personales concretas, de tal modo que, estos hubieran podido expresar, en su caso, sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente.

⁸ Rapport explicatif du Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, Strasbourg, 16.12.1963. Disponible en: <https://rm.coe.int/16800c9330>. Consultado el 15.11.2017.

Otros instrumentos internacionales en el ámbito regional recogen expresamente la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros. En ese sentido, el artículo 12.5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos prohíbe la expulsión “en masa” señalando que esta es la que hace referencia a los “grupos nacionales, étnicos, raciales, o religiosos”. Esta definición se centra en grupos humanos específicos de tal forma que podría dejar fuera a alguno no expresamente mencionado, como un grupo político, y en tal caso no podría catalogarse como colectiva dicha expulsión⁹.

Por su parte, el artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe expresamente la expulsión colectiva de extranjeros. Este precepto ha sido aludido en supuestos en los que dicha práctica se realizaba de modo recurrente, por ejemplo, en relación a las personas haitianas y dominicanas de origen haitiano. Sobre este supuesto son emblemáticos los casos *Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana y Personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana*¹⁰ que, como se señala, más adelante,

⁹ BOLLO AROCENA, M. D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 57.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012, en la que expresamente se señala “154. Por lo tanto, en el ejercicio de la facultad del Estado de establecer su política migratoria, debe tenerse plena observancia de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros contenida en el artículo 22.9 de la Convención

se alinean con las resoluciones que ha pronunciado el TEDH sobre esta cuestión.

En el ámbito del sistema de Naciones Unidas, se prohíbe las expulsiones colectivas en el artículo 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 22.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores migratorios y de sus familiares, que no ha sido ratificado por ninguno de los Estados de la Unión Europea. En todo caso, aunque a priori pudiera parecer que el alcance de este tipo de prohibición se circunscribe exclusivamente al ámbito regional, conviene recordar que puede considerarse un principio general de Derecho Internacional¹¹.

Americana, y de las consecuentes garantías intrínsecas a procesos de expulsión o deportación de extranjeros, en especial aquellas derivadas de los derechos al debido proceso y la protección judicial”. Y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana*, 28 de agosto de 2014, en la que la Corte viene a ratificar su jurisprudencia insistiendo en que “ 348... las razias y las detenciones programadas y colectivas, que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna” tal como había mantenido en los asuntos *Bulacio c. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, párr. 137, y *Servellón García y otros c. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, párrs. 93 y 96. Este tipo de internación es cada vez más común entre ambos Tribunales regionales, vid. GARCÍA ROCA, J. y CARMENA CUENCA, E. (ed), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal europeo y de la corte interamericana*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

¹¹ En ese sentido como expresamente se señala en el *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos, Sr. Jorge Bustamante*, “Promoción y protección de todos los derechos

Volviendo al ámbito europeo, que es en el que se centra este trabajo, el mencionado Protocolo nº 4 al CEDH ha sido el instrumento que ha permitido establecer las vulneraciones de derechos de los extranjeros en mayores ocasiones que el artículo 19.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea que también prohíbe las expulsiones colectivas. Ciertamente, como mantiene Ordoñez¹², en este supuesto el TEDH va por delante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹³, siendo un punto de

humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, UN Doc. A/HC/7/12, 25 de febrero de 2008, en el párrafo 59, nota a pie 36: “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 la protección de 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, como una amplia protección individualizada contra la expulsión, que en otros instrumentos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está reservada a los migrantes que residan legalmente en el país. Véanse el artículo 22 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el debate al respecto en Cholewinski, y otros, págs. 10 a 14”.

¹² ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La crisis de las personas refugiadas y su amparo judicial en la Unión Europea”, en VV. AA., *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE. Causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, marco jurídico*, EuroBasque, Europako Mugimenduarren Euskal Kontseilua, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, diciembre 2016, pp. 42-109, p. 68.

¹³ El TEDH cuenta con una jurisprudencia consolidada en relación a las expulsiones colectivas que implica a los cuarenta y siete Estados que forma parte del Consejo de Europa. El análisis de las resoluciones del TJUE excede las posibilidades de este trabajo. En todo caso, conviene al menos apuntar que en el marco del derecho de la Unión Europea, las expulsiones colectivas están prohibidas por el mencionado artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales y son contrarias al artículo 78 del TFUE, que exige que el acervo comunitario en materia de asilo sea conforme a los demás tratados pertinentes. Las expulsiones colectivas son igualmente contrarias al artículo 19.8 de la Carta Social Europea

referencia ineludible. Por ello, se presta una especial atención a su jurisprudencia, desde un análisis crítico que permita delimitar cuándo se produce una expulsión colectiva e insistir en los mecanismos garantistas de los derechos de los extranjeros, entre ellos, el derecho a un recurso.

2. Una aproximación conceptual a las expulsiones colectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ante la ausencia de definiciones expresas tanto en el Convenio como en el Protocolo, el TEDH ha sido el encargado de dotar de contenido las disposiciones del CEDH y al hacerlo ha ido concretando estas nociones.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *Becker* contra Dinamarca¹⁴, ya estableció que las expulsiones colectivas hacían referencia a “cualquier medida de la autoridad

(CSE). El Comité Europeo de Derechos Sociales (CDES) sostuvo que las decisiones administrativas adoptadas en 2011, que obligaban a los gitanos de origen rumano y búlgaro a abandonar el territorio francés, donde residían, eran incompatibles con la CSE. Las decisiones se centraban en la comunidad gitana y no se basaban en un examen de las circunstancias personales de los gitanos, por lo que no respetaban el principio de proporcionalidad por lo cual el Comité entendió que vulneraban el artículo 19.8 CSE. CEDS, Resolución de 24 de enero de 2012, Reclamación 64/2011, *European Roma y Travellers Forum c. Francia*.

¹⁴ Decisión de la Comisión de Derechos Humanos *Becker c. Dinamarca*, 3 de octubre de 1975, p. 235, ratificada en sucesivas decisiones de dicha Comisión, entre ellas: *KG c. Alemania*, 11 de marzo de 1977; *O. y otros c. Luxemburgo*, 3 de marzo de 1978; *Alibaks y otros c. Países Bajos*, 16 de diciembre de 1988; y *Tahiri c. Suecia*, 11 enero 1995.

competente que obligue a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país” con independencia del elemento de unión entre los mismos. La Comisión de Derecho Internacional¹⁵ se ha pronunciado también en la misma línea al considerar, en su proyecto sobre expulsión de extranjeros, que se entiende por expulsión colectiva “la expulsión de extranjeros como grupo” (artículo 9). Ambos términos son previamente definidos en el artículo 2 al señalar que “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.”

En ese sentido, el TEDH ha señalado, como se evidenciará en las resoluciones que se analizará a continuación, que la expulsión colectiva hace referencia a toda medida adoptada por las autoridades competentes que obliga a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que dicha medida se adopte al final y sobre la base de un examen razonable y

¹⁵ Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de articulado sobre expulsión de extranjeros”, sexagésimo sexto periodo de sesiones, 2014. Vid. Asamblea General, Resolución A/RES/69/119 de 10 de diciembre de 2014.

objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo¹⁶. Este es el primer requisito imprescindible para que no se dé una expulsión colectiva.

Cuando la situación personal de las personas afectadas haya sido examinada individualmente, el Tribunal no considerará que existe una violación incluso si las personas en cuestión fueron de forma llevadas conjuntamente ante la policía, si algunas fueron expulsadas en grupos y si las órdenes de expulsión y las cartas adjuntas estaban redactadas en términos estereotipados y, por tanto, idénticos, sin referirse específicamente a decisiones anteriores relacionadas con un procedimiento de asilo¹⁷.

Sin embargo, dicho examen, aunque imprescindible, no es suficiente. Es necesaria una segunda exigencia. Si se da en los casos de varios extranjeros decisiones similares, no puede concluirse la existencia de una expulsión colectiva cuando cada una de las partes interesada pueda alegar, de forma individual, ante las autoridades competentes los argumentos en contra

¹⁶ Así, por ejemplo, entre otros casos que se examinarán, lo estableció el TEDH en el asunto *Sultani c. Francia*, en el que un vuelo conjunto de inmigrantes hacia Afganistán no fue considerado una expulsión colectiva, *Sultani contra Francia*, nº 45223/05, 20 de septiembre de 2007, § 81.

¹⁷ En ese sentido se pronuncia el TEDH en el caso *M. A. c. Chipre*, cuando el demandante alegaba haber sido objeto de una operación de expulsión colectiva junto con un grupo de personas kurdas procedentes de Siria, TEDH, *M. A. c. Chipre*, nº 41872/10, 23 de julio 2013, §§ 252-255.

de su expulsión, pero además es necesario tomar en consideración las circunstancias que rodean la implementación de las decisiones de expulsión a efectos de la aplicación del artículo 4. Así en el caso *Conka contra Bélgica*¹⁸, el TEDH entendió que se había respetado formalmente la exigencia de un examen individualizado para cada extranjero, pero que las autoridades belgas habían realizado la expulsión de un grupo de personas gitanas eslovacas que habían sido convocadas de forma simultánea mediante decisiones de expulsión idénticas, sin esperar la resolución de los procedimientos de asilo y sin recibir asistencia letrada, de tal forma que se consideró vulnerado el mencionado artículo 4 del Protocolo nº 4.

Por lo que ese refiere a la aplicación personal del artículo 4, el Tribunal se sitúa en la línea de interpretación amplia que se señalaba anteriormente y considera que por tales hay que entender los extranjeros que se encuentran en el territorio, sin distinguir entre si están de paso o si son residentes, refugiados o apátridas. En este

¹⁸ TEDH, *Conka c. Bélgica*, nº 51564/99, 5 de febrero de 2002, § 59. En este caso, los demandantes que eran eslovacos de origen gitano, afirmaron haber huido de su Estado después de ser víctimas de ataques racistas y ante la actitud pasiva de la policía. Fueron detenidos para ser expulsados cuando habían sido convocados para completar su solicitud de asilo. Los demandantes alegaron, entre otras cuestiones, las malas condiciones de su detención y expulsión a Eslovaquia. El Tribunal consideró vulnerado el artículo 5.1 (derecho a la libertad y la seguridad) y 5.4 (derecho a apelar sobre la legalidad de la detención) de la CEDH, así como la violación del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) de la Convención, tomado conjuntamente con el artículo 4 del Protocolo nº 4. Además, concluyó que no hubo violación del artículo 5.2 (derecho a ser informado de los motivos de su detención) y del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) junto con el artículo 3 (prohibición de trato inhumano o degradante) de la Convención.

caso, por tanto, no hay una referencia a la situación administrativa en la que se encuentren dichos extranjeros, como ocurre, por ejemplo, en el artículo 2 del Protocolo nº 4, que hace referencia a la libertad de circulación de las personas que se encuentran regularmente en el territorio de un Estado, o en el artículo 1 del Protocolo nº 7 que se ocupa de las garantías procesales en caso de expulsión de extranjeros residentes legalmente en el territorio de un Estado.

Además, desde este caso, el Tribunal ha insistido en una garantía fundamental para el efectivo ejercicio del derecho de asilo¹⁹. En caso de rechazo por parte de las autoridades administrativas de la solicitud de asilo, la reclamación judicial contra dicho rechazo tiene efectos suspensivos automáticos sobre la expulsión (más allá de que sea colectiva o no) para evitar así el riesgo de que en una futura resolución judicial favorable al afectado este ya hubiera sido expulsado. Así ocurrió en el caso *A. C. y otros contra España*²⁰, en el que se insiste en

¹⁹ LOPEZ GUERRA, L., “Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 36, 2015, pp. 393-414, pp. 412-413.

²⁰ TEDH, *A. C. y otros c. España*, nº 6528/11, 22 de abril de 2014. En este asunto España fue condenada por vulneración del art. 13 (derecho a un recurso efectivo) combinado con los artículos 2 y 3 CEDH. Los demandantes fueron treinta personas de origen saharauí que habían llegado a Canarias en patera entre enero de 2011 y agosto de 2012, huyendo del campamento de Gdeim Izik en el Sáhara Occidental, tras la actuación de la policía marroquí y su desmantelamiento. Los interesados alegaban un temor de

la necesidad de que el TEDH no se convierta en un tribunal supranacional para lo cual es necesario que los Estados miembros acaten el principio de subsidiariedad y las obligaciones que impone el artículo 13 CEDH en lo relativo al carácter suspensivo de los recursos.

Asimismo, el TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* ocurrido en alta mar cerca de Lampedusa²¹, consideró por unanimidad que Italia había realizado una expulsión colectiva, puesto que, no se llevó a cabo ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades italianas. El Tribunal destacó el hecho de que no parecía que el personal militar italiano, que interceptó la embarcación, estuviese capacitado para realizar entrevistas individuales y, también, que no hubiese existido asistencia letrada ni intérprete en la expulsión, de tal manera

persecución por parte de las autoridades marroquíes, sin embargo, no se concedieron las solicitudes de asilo ni judicialmente se admitieron las medidas cautelares requeridas mientras se recurría la denegación, por lo cual el TEDH consideró vulnerado el derecho a un recurso efectivo.

²¹ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GC], nº 27765/09, 23 de febrero de 2012. Este supuesto hace referencia a un grupo de migrantes somalíes y eritreos procedentes de Libia, que fueron detenidos en el mar y luego devueltos a Libia por las autoridades italianas. Los demandantes se quejaron, en particular, de que habían sido objeto de una expulsión colectiva, alegando asimismo que no existía un recurso efectivo disponible en Italia al que pudieran acudir. El Tribunal consideró que la expulsión de los solicitantes era colectiva, por tanto, contraria al artículo 4 del Protocolo nº 4, y apreció la violación del artículo 3 CEDH (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), a los que se exponía los demandantes no solo si eran devueltos a Libia si no también ante la amenaza de que lo fueran a sus países de origen. Además, entendió vulnerado artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) junto con el artículo 3 de la misma y con el artículo 4 del Protocolo No. 4, ya que los solicitantes no habían podido obtener una revisión exhaustiva de sus quejas por una autoridad competente antes de que se ejecutase la expulsión.

que no se garantizaron los derechos de los extranjeros²².

El TEDH consideró que los demandantes estaban dentro de la jurisdicción italiana, resultando así de aplicación el artículo 1 CEDH, aunque se tratara del traslado de extranjeros a un tercer Estado fuera del territorio nacional, en este supuesto, italiano. De esta manera, tanto el concepto de expulsión como el de jurisdicción se vinculaban directamente con el territorio nacional, de un Estado concreto que la ejercía, excepcionalmente, fuera de dicho territorio. En ese contexto era posible encajar la forma de una expulsión colectiva ante la ausencia de las medidas de garantía que todo proceso de alejamiento del territorio nacional debe conllevar. Por todo ello, se concluyó que la expulsión de los solicitantes era de naturaleza colectiva contraria al artículo 4 del Protocolo nº 4.

En este supuesto, el TEDH aun admitiendo la necesidad y dificultad de lo que considera como el necesario control de los flujos migratorios, llama la atención sobre la exigencia de respeto y garantía de los derechos de los extranjeros en

²² Como recuerda Ordoñez, el Tribunal Europeo se alineaba expresamente con la solución avalada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en su informe nº 51/1996, *Centro Haitiano para los Derechos Humanos y otros c. Estados Unidos*, que consideraba que la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense vulneraba los derechos humanos vid. sentencia *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.* 509 U. S. 155 (1993). ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La crisis de las personas refugiadas y su amparo judicial”, op. cit., p. 69.

todas las etapas del proceso. Igualmente apela a la obligación, reiterada en su jurisprudencia, de asegurarse del hecho de que los Estados que no sean parte del CEDH, que van a recibir a los extranjeros, hayan ratificados los tratados que configuran el estándar mínimo internacional de derechos humanos, lo cual como quedó demostrado en sede judicial no ocurría en este caso²³. La importancia de esta sentencia hace que una parte de la doctrina se plantee si puede ser considerada como una sentencia piloto en lo relativo a garantizar los derechos establecidos en el sistema europeo tanto en el caso de la inmigración como en el del asilo²⁴.

En la línea de prohibición de las expulsiones colectivas, algunos Estados han sido condenados por ser esta una práctica recurrente. En este sentido es destacable el asunto *Georgia contra Rusia*²⁵, en el que el Tribunal aprecia una utilización generalizada de las mismas, por parte

²³ BOLLO AROCENA, M. D., “Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012)”, en TORRES BERNÁRDEZ, S. (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 647-666.

²⁴ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa e.a. c. Italia*, 27765/09. “Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo nº 4 - Tortura y tratos inhumanos y degradantes - derecho a un recurso efectivo - prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 17, nº 46, 2013, pp. 1119-1135.

²⁵ TEDH, *Georgia c. Rusia* [GC], nº 13255/07, 3 de julio de 2014. Este caso hace referencia a la supuesta práctica llevada a cabo por parte de Rusia, entre octubre de 2006 y enero de 2007 relativa a la detención y expulsión de ciudadanos georgianos.

de la Federación Rusa, en el caso de los ciudadanos georgianos. El TEDH consideró que el artículo 4 del Protocolo nº 4 resultaba aplicable con independencia de si los ciudadanos georgianos tenían una residencia regular o no en Rusia, ratificando la idea sobre la aplicabilidad de esta disposición con independencia de la situación administrativa en la que se esté en el territorio de un Estado²⁶.

A pesar de aprobarse resoluciones de expulsión para cada uno de los extranjeros, el Tribunal consideró que no existía, como es exigible, un examen razonable y objetivo de la situación individual de cada uno de ellos²⁷. En este supuesto, fue fundamental el hecho de que el comité de supervisión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa evidenciara que la rutina de las expulsiones había seguido el mismo patrón en diversos casos y que las organizaciones internacionales ya habían mencionado en sus informes una coordinación entre poderes administrativos y judiciales como una pauta asentada y manifiesta que incluso continuó mientras se sustentaba este caso.

²⁶ ARP, B., “Georgia v. Russia (I). Application n. 13255/07. 53 ILM 813 (2014). European Court of Human Rights (Grand Chamber), July 3, 2014”, *The American Journal of International Law*, vol.109, nº 1, January 2015, pp. 167-173.

²⁷ TEDH, *Georgia c. Rusia* [GC], 3 de julio de 2014, §§ 171-178.

Como en la mencionada sentencia, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el Tribunal recuerda el derecho de los Estados a ejercer su soberanía en las políticas de inmigración, pero sin que las dificultades que ello suponga justifiquen recurrir a prácticas que son incompatibles con sus obligaciones contractuales.

Las condenas contra Rusia por expulsiones colectivas en otros supuestos han evidenciado que, efectivamente, se trata de una práctica asentada en su ámbito administrativo. Así, en los asuntos *Shioshvili y otros contra Rusia* y *Berdzenishvili y otros contra Rusia*²⁸, se insiste tanto en la necesidad de realizar el examen individual con todas las garantías cuanto en el derecho al acceso a un recurso, como se analizará más adelante, en relación a la situación en la que se encuentran cada uno de los demandantes.

En el caso *Sharifi y otros contra Italia y Grecia*²⁹, el Tribunal consideró que Italia había

²⁸ TEDH, *Shioshvili y otros c. Rusia*, nº 19356/07, 20 de diciembre de 2016 y *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, nº 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 et 16706/07, 20 de diciembre de 2016. En el primer caso, se trataba de una mujer en avanzado estado de gestación que, junto a sus cuatro hijos pequeños, fue expulsada en otoño de 2006 de territorio ruso. Tras ser sometidos a unas duras condiciones, la familia llegó a Georgia donde la mujer dio a luz a un bebe sin vida. Los demandantes alegaron, entre otras cuestiones, que habían sido objeto de una decisión de expulsión colectiva. En el segundo supuesto, se refiere a diecinueve ciudadanos georgianos que fueron detenidos ilegalmente, siendo sometidos a condiciones degradantes, antes de ser expulsados.

²⁹ TEDH, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, nº 16643/09, 21 de octubre de 2014. Este caso hace referencia a treinta y dos ciudadanos afganos, dos ciudadanos sudaneses y un nacional de Eritrea que llegaron irregularmente hasta Italia desde Grecia y fueron enviados de vuelta a ese país. Los demandantes alegaron el

violado el artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio con respecto a cuatro de los demandantes que llegaron al puerto de Ancona, entendiendo que se trataba de un caso de expulsiones colectivas e indiscriminadas. Asimismo, en relación a dichos sujetos, apreció la violación por parte de Italia del artículo 13 CEDH (recurso efectivo) en relación con los artículos 3 CEDH (prohibición de inhumanos o degradantes) y el 4 de Protocolo nº 4 debido a la falta de acceso al procedimiento de asilo o a cualquier otro recurso en el puerto de Ancona, como en los supuestos anteriormente mencionados.

En relación a Grecia, el TEDH consideró que violó el artículo 13 junto con el artículo 3 CEDH debido a la falta de acceso al procedimiento de asilo y al riesgo de expulsión a Afganistán, donde los demandantes podían sufrir tratos inhumanos y degradantes. Igualmente, Italia vulneró el mencionado artículo 3 CEDH al reenviar a los demandantes a Grecia exponiéndolos a riesgos derivados de la falta de un procedimiento de asilo con garantías tanto procesales como materiales en dicho Estado.

Uno de los aspectos más relevantes de esta sentencia, que conecta con la prohibición de

temor de ser reenviados a sus países de origen, en los que correrían riesgo de muerte, tortura o tratos inhumanos y degradantes. Asimismo, reclamaron contra Italia que habían sido víctimas de expulsiones colectivas indiscriminadas.

expulsiones colectivas que afectan tanto a inmigrantes como a potenciales solicitantes de asilo, es el relativo al hecho de que el TEDH insiste en que aquellos Estados que tengan intención de trasladar una persona a otro país designado atendiendo a las disposiciones de Dublín como responsable de examinar la solicitud de asilo, deben previamente asegurarse que el país de destino ofrece las garantías suficientes para que la persona no sea expulsada a su país de origen sin una valoración de los riesgos que ello comportaría. En este supuesto concreto, Italia tenía la obligación de examinar caso por caso, para cada extranjero, sus circunstancias, comprobando la praxis que seguían las autoridades griegas en cuanto a protección internacional. El Tribunal recordó así que la aplicación del denominado sistema Dublín III, en función del cual se determina el Estado miembro de la Unión Europea responsable de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, debe hacerse desde el estricto respeto al CEDH, de tal manera que cualquier forma de expulsión colectiva e indiscriminada no puede justificarse por referencia a este sistema, puesto que persiste la necesidad previa de verificar las garantías suficientes para evitar que esta se produzca sin una evaluación de riesgos³⁰.

³⁰ARENAS HIDALGO, N., “Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo”,

Precisamente dentro del denominado sistema Dublín, el Tribunal ha apreciado las vulneraciones de derechos del CEDH, especialmente cuando un Estado parte ha realizado la expulsión de un inmigrante o solicitante de asilo al país de entrada en la Unión, cuando sus condiciones mínimas de vida en el mismo no podían considerarse aseguradas. Uno de los casos más emblemáticos a este respecto fue *M. S. S. contra Bélgica y Grecia*³¹, en este supuesto, pues, el Tribunal además de aplicar el artículo 3 CEDH insistió en los derechos de los extranjeros vinculados a la aplicación del Convenio y del sistema Dublín³².

En la misma línea el TEDH ha conectado el artículo 3 CEDH con otros como el 8 (vida familiar) para garantizar la situación de los inmigrantes y refugiados así, por ejemplo, en el

Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 18, nº 36, segundo semestre de 2016, pp. 339-372. En el ámbito de la inmigración las alternativas que se han buscado a través, por ejemplo, de los acuerdos de readmisión tampoco han producido los resultados esperados, vid., entre otros, ARENAS HIDALGO, N., “El Acuerdo Europeo de Readmisión de Inmigrantes en Situación Irregular con Pakistán. Punto de Inflexión o huida hacia delante”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 24, 2011, pp. 1-40.

³¹ TEDH, *M. S. S. c. Bélgica y Grecia* [GC], nº 30696/09, 21 de enero de 2011. En este asunto, la orden de traslado de un inmigrante afgano a Grecia, dictada por Bélgica, fue considerada por el Tribunal como una violación a su derecho a no sufrir malos tratos, entre otros, debido a las condiciones de vida de los solicitantes de asilo en Grecia que fue igualmente condenada.

³² SOLANES CORELLA, A. y DELIPETROU, D., *Problems and proposals regarding the Common European Asylum System: the example of Greece*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 64-78.

asunto *Tarakhel contra Suiza*³³. Con esta jurisprudencia puede considerarse asentada la interconexión que existe entre los diversos derechos y libertades de la Convención.

En el caso concreto de España, atendiendo a la noción de expulsiones colectivas señalada, podría considerarse que las denominadas como devoluciones en caliente, forman parte de las mismas. Esta práctica, realizada en Ceuta y Melilla así como desde islotes sujetos a la soberanía del Estado español, hace referencia a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que consiste en la entrega a las autoridades marroquí, por vía de hecho, de personas extranjeras que han sido interceptados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española, sin seguir el procedimiento establecido normativamente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas. Precisamente por esta cuestión ha sido condenado dicho Estado en el caso *N. D. y N. T. contra España* que se analizará más adelante.

³³ TEDH, *Tarakhel c. Suiza* [GC], nº 29217/12, 4 de noviembre de 2014. En este caso, los demandantes eran una familia con hijos menores, que, en virtud de las reglas de Dublín iban a ser reenviados a Italia por las autoridades suizas. El Tribunal, a la vista de las penosas condiciones de vida de los solicitantes de asilo en Italia consideró que tal devolución constituiría un grave atentado a la vida familiar garantizada por el artículo 8 del Convenio, tomando en consideración la presencia de menores, y también apreció una violación de la prohibición de malos tratos del artículo 3 del Convenio.

3. El problema de la aplicabilidad territorial y la inadmisibilidad

Uno de los aspectos tradicionalmente controvertidos en relación a la posible vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 4 se refiere a la cuestión de la territorialidad. La aplicabilidad de la misma no genera problemas cuando se trata de extranjeros que se encuentran, en una u otra situación, en el territorio del Estado demandado, puesto que como veíamos según el artículo 1 CEDH estarían bajo su jurisdicción. No ocurre lo mismo, en cambio, en primer lugar, en los supuestos en los que los extranjeros no se encuentran en dicho territorio sino, por ejemplo, son interceptados en alta mar. En casos como este, a propósito de la aplicación del Protocolo, se plantea la cuestión de si persiste la jurisdicción derivada de la soberanía del Estado, de tal forma que pueda aplicar el Derecho en el caso concreto, y en base a qué criterios puede determinarse que esta existe en el supuesto de las expulsiones.

En la mencionada sentencia *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, el TEDH se pronunció respecto a la interceptación en alta mar y la remisión por los guardacostas italianos de extranjeros en situación irregular a Libia, considerando que el artículo 4 se aplica también cuando la operación de retorno se lleva a cabo fuera del país. La argumentación que ofrece el

Tribunal en este caso se sostiene sobre la consideración de que el CEDH no excluye expresamente la aplicación extraterritorial de esta disposición. Además, si se optara por dicha interpretación se establecería un agravio comparativo entre los extranjeros que, viajando por mar, no consiguen llegar a las fronteras de un Estado y los que sí porque han desarrollado su itinerario por vía terrestre.

Conviene insistir en 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 humanos. En concreto, las normas sobre salvamento de personas en alta mar y las relativas a la lucha contra el tráfico de seres humanos imponen para los Estados el deber de cumplir con las obligaciones derivadas del principio de no devolución. Aunque se trate de operaciones de salvamento, los Estados están obligados a cumplir las disposiciones del CEDH, entre ellos claramente su artículo 3, de tal forma que no es posible realizar expulsiones, colectivas o no, a Estados donde existen razones fundadas para pensar que podría sufrirse dicho riesgo. Esta obligación al tener carácter absoluto no puede ceder en el caso de afluencias masivas, como

tampoco el deber, tras poner a salvo a las personas, de identificarlas³⁴.

A propósito de la jurisdicción, en relación a la expulsión, queda claro que la aplicación territorial ha de entenderse en un sentido extensivo. El Tribunal reafirma su tradicional noción de jurisdicción según la cual la territorialidad admite excepciones siempre que el Estado controle y ejerza autoridad sobre un individuo fuera de su territorio. En el mencionado caso, al constatar que un Estado contratante había ejercido excepcionalmente jurisdicción fuera de su territorio nacional, admitió que el ejercicio de dicha jurisdicción extraterritorial de ese Estado adoptaba la forma de expulsión colectiva. Se considera que el buque registrado, o bien una aeronave, están “sujetos a la jurisdicción exclusiva del Estado de la bandera que está enarbolando”, de modo que los “actos realizados a bordo” son básicamente un “ejercicio extraterritorial de la jurisdicción” de dicho Estado. De esta manera, se concluye que la operación que llevó a cabo Italia constituye efectivamente un ejercicio extraterritorial de jurisdicción por parte de dicho Estado, que implicó su responsabilidad en relación con la

violación del artículo 3 CEDH y del art. 4 del Protocolo nº 4 al Convenio³⁵.

Queda, por tanto, establecido un concepto de jurisdicción que hace referencia no solo al territorio internacionalmente reconocido, sino además, aquellas áreas en las que el Estado ejerce control y autoridad exclusiva, como los barcos de guerra, en el supuesto analizado, y también, por ejemplo, las embajadas³⁶. Así, se entiende que cuando exista una relación de control sobre otro se dará el ejercicio *de iure* por parte del Estado concreto y, por tanto, a éste le corresponderá garantizar los derechos y libertades que establece el CEDH del que es parte.

Con ello, queda claro que la especificidad del contexto marítimo no puede conllevar en un área de anarquía en el control de las garantías que deben tener procesos como los de expulsión. Siendo, por tanto, el Estado en cuestión responsable del traslado de extranjeros interceptados en alta mar por sus autoridades, en el ejercicio de sus poderes públicos, lo que impidió que estos llegaran a sus fronteras, o incluso devolverlos a otro Estado, puede entenderse que dicho Estado contratante ejerció su jurisdicción y que, por lo tanto, resulta

³⁴ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GC], cit., §§ 78-79; § 122 y § 133.

³⁵ *Ibidem*, §§ 70-74.

³⁶ LÓPEZ GUERRA, L., “Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, op. cit., pp. 409-410.

aplicable, la responsabilidad derivada del artículo 4 del Protocolo nº 4³⁷.

Esa misma interpretación se aplica también en el citado caso *Sharifi y otros contra Italia y Grecia*³⁸, en el que el TEDH consideró irrelevante, en base al concepto de aplicabilidad territorial que se analiza, entrar a considerar si dichos extranjeros habían sido devueltos antes o después de llegar al territorio italiano, ya que, en todo caso, resultaba de aplicación el mencionado artículo 4.

El TEDH en el caso *N. D. y N. T. c. España*³⁹, sobre el que se volverá más adelante, refuerza su noción de jurisdicción en base a la cual la territorialidad admite excepciones siempre que el Estado controle y ejerza autoridad sobre un individuo fuera de su territorio. Además, mantiene que desde el momento en que las personas extranjeras descendieron de la valla podía considerarse que estaban bajo el “control continuo y exclusivo” de las autoridades españolas. En ese sentido, como mantiene Moya puede entenderse que estaríamos en el caso de un ejercicio de jurisdicción de facto, que ha sido diferenciada respecto a la de iure en diferentes

casos a propósito de la aplicación del artículo 1 en territorios bajo disputa u ocupación⁴⁰, y que en este caso se usa para apoyar la extensión de la jurisdicción española a la actividad policial que se desarrolla en las fronteras.

Por otra parte, el Tribunal desestima las alegaciones del Estado español acerca de que los demandantes no puedan ser considerados como víctimas atendiendo al artículo 34 CEDH. El TEDH les considera como tales atendiendo a la consistencia de su explicación de los hechos del caso informando de una manera coherente de las circunstancias, de su país de origen, de las dificultades que les habían conducido hasta el monte Gurugú y de su participación, el día 13 agosto 2014, junto con otros inmigrantes, al asalto de las vallas levantadas en la frontera terrestre que separa Marruecos de España. Además, toma en consideración las imágenes de vídeo que aportan los demandantes. Resulta fundamental en la argumentación judicial el hecho de que el Tribunal destaque que el deber de identificación correspondía al Gobierno español, de tal modo que no puede recriminarse a los demandantes que no pudieran aportar documentos que les identificaran de manera más nítida entre el grupo de inmigrantes expulsados el día 13 de agosto de

³⁷ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GC] cit., §§ 75, 77.

³⁸ TEDH, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, cit., §§ 210-213.

³⁹ TEDH, *N. D. y N. T. c. España*, nº 8675/15 y 8697/15, 3 de octubre de 2017.

⁴⁰ MOYA MALAPEIRA, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara contrarias a los Derechos Humanos las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla (STEDH ND y NT v. España)*, en http://cermigracions.org/es/transfer_of_research_on_migrations. Consultado el 5/10/2017.

2014. El incumplimiento de dicho requisito no puede servir para negar la condición de víctima a los demandantes⁴¹.

Por otra parte, en lo relativo a la admisibilidad de las demandas presentadas, buena parte de las inadmitidas se deben a la imposibilidad de evidenciar que se trata de una expulsión colectiva, de acuerdo con la definición que se ha señalado, y a la falta de fundamentación. Así, en el caso *Andric contra Suecia*⁴², el Tribunal inadmitió la solicitud, en relación al artículo 4 del Protocolo n° 4 por considerarla manifiestamente infundada, al entender que el hecho de que varios extranjeros reciban decisiones parecidas no debía considerarse como una expulsión colectiva, cuando cada individuo en cuestión podía presentar argumentos ante las autoridades competentes contra su expulsión. En este supuesto, cada demandante había presentado una solicitud individual a las autoridades de inmigración y había podido exponer los argumentos en contra de su regreso a Croacia. Por

lo tanto, las autoridades tuvieron en cuenta no solo la situación general sino también los antecedentes de cada solicitante y los riesgos personales que correría a su regreso. Además, al rechazar las alegaciones de los demandantes, las autoridades emitieron decisiones individuales sobre la situación de cada solicitante.

En el mismo sentido, en el caso *Berisha y Haljiti contra "La ex República Yugoslava de Macedonia"*⁴³, el TEDH considero inadmisibile la demanda por ser manifiestamente infundada, ya que, las autoridades realizaron una decisión única respecto de los dos solicitantes por el hecho de ser un matrimonio, como resultado de su conducta (puesto que llegaron juntos a la ex República Yugoslava de Macedonia), y de la presentación de una solicitud de asilo conjunta, lo que suponía presentar las apelaciones también conjuntamente. Alegaron que se había producido una expulsión colectiva, en contra de lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo n° 4 de la Convención, puesto que las autoridades habían emitido una decisión única sin tomar en consideración las circunstancias particulares y sin una revisión razonable.

⁴¹ TEDH, *N. D. y N. T. c. España*, cit., §§ 59 y 60.

⁴² TEDH, *Andric c. Suecia*, n° 45917/99, 23 de febrero de 1999. Este asunto hace referencia a la expulsión a Croacia y Bosnia-Herzegovina de personas croatas de Bosnia-Herzegovina con doble nacionalidad bosnia y croata. Los demandantes habían solicitado asilo en Suecia después de huir de Bosnia-Herzegovina y las autoridades suecas decidieron enviarlos de vuelta a Croacia tras el rechazo de sus solicitudes. Los demandantes alegaban la vulneración de los artículos 3 CEDH (prohibición de trato inhumano o degradante) y 4 del Protocolo n° 4 de la Convención.

⁴³ TEDH, *Berisha y Haljiti c. "La ex República Yugoslava de Macedonia"*, n° 18670/03, 16 de junio de 2005. Los demandantes en este caso eran una pareja de Serbia y Montenegro, de Kosovo, de origen étnico romaní que manifestaron haber sido hostigados diariamente por albaneses en sus aldeas y forzados por miembros del Ejército de Liberación de Kosovo y otros aldeanos a abandonar sus hogares. Alegaron que se había producido una expulsión colectiva, en contra de lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo n° 4 de la Convención, puesto que las autoridades habían emitido una decisión única sin tomar en consideración las circunstancias particulares y sin una revisión razonable.

En el caso *Dritsas y otros contra Italia*⁴⁴, la inadmisibilidad se basó en la falta de fundamento. La ausencia de una decisión individual de expulsar a los demandantes no podía, en ningún caso, atribuirse al Gobierno italiano ya que, aunque inicialmente los solicitantes hubieran mostrado sus documentos de identidad a la policía no lo hicieron cuando se les enviaron las solicitudes posteriormente con el fin de redactar las medidas de expulsión, según lo exigido por el Ministerio del Interior a las fuerzas policiales.

En esa misma línea, en el asunto *Abdi Ahmed y otros contra Malta*⁴⁵, el Tribunal considera que no es admisible la queja presentada en virtud del Protocolo nº 4, puesto que los demandantes pudieron solicitar asilo y pasaron por una evaluación individual, de tal forma que, no pueden considerarse como víctimas de una expulsión colectiva. Por ello, se entiende que la

⁴⁴ TEDH, *Dritsas y otros c. Italia*, nº 2344/02, 1 de febrero de 2011. En este asunto se hacía referencia al caso de cuarenta y seis personas que embarcaron en un ferry con rumbo a Patras, en julio de 2001, con unos ochocientos ciudadanos griegos miembros del Comité griego para participar una manifestación en Génova, el destino era Ancona, y luego Génova. Al llegar a Ancona fueron detenidos por la policía.

⁴⁵ TEDH, *Abdi Ahmed y otros c. Malta*, nº 43985/13, 16 de septiembre de 2014. Este caso recoge los hechos que ocurrieron el 9 de julio de 2013. Unas ciento dos personas fueron interceptadas por una patrullera de las Fuerzas Armadas de Malta (AFM), a unas 1,5 millas náuticas de la costa maltesa. Según los informes de AFM, los inmigrantes fueron desembarcados alrededor en Haywharf, Malta, y recibieron asistencia médica. Tras estar en diferentes centros de detención fueron expulsados.

queja es inadmisibile *ratione personae* de conformidad con el artículo 35.3 a) y 35.4 CEDH.

4. Especial atención a las devoluciones en caliente: el caso N. D. y N. T. contra España

En el ordenamiento jurídico español, las denominadas devoluciones en caliente, a las que se hacía referencia anteriormente, no encontraba ningún amparo legal en las figuras que recoge la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE) y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (RLODYLE). Dichas normas se referían únicamente a la denegación de la entrada, la devolución y la expulsión, siempre siguiendo un procedimiento con garantías. Así, se podía diferenciar entre las denegaciones de entrada en frontera a quien solicitara formalmente el acceso al país en un puesto fronterizo (art. 25 LODYLE), las medidas de regreso obligatorio (art. 60 LODYLE), la expulsión (art. 53 LODYLE) y la devolución para aquellos que pretendan entrar ilegalmente en España (art. 58.2 LODYLE)⁴⁶. En todas estas medidas que están

⁴⁶ Vid. BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009, Valencia*, Tirant lo Blanch, 2011 y BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

orientadas al alejamiento del extranjero del territorio español, la ley contempla una serie de garantías, incluso, la devolución que es de adopción inmediata y con escasos trámites, como ha señalado el Tribunal Constitucional, no puede adoptarse sin trámite alguno⁴⁷.

Las denominadas devoluciones en caliente se han desarrollado de forma sistemática en la frontera sur española desde la configuración de un concepto de frontera *ad hoc*⁴⁸ que pretende justificarlas. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana,

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 de enero de 2013, par. 12 in fine. Recurso de inconstitucionalidad 1024-2004. Interpuesto por el Parlamento Vasco con respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Derecho a la protección de datos; garantías del procedimiento administrativo sancionador y competencias en materia de procedimiento administrativo: interpretación conforme de los preceptos legales relativos a la comunicación interadministrativa de datos, el acceso a los datos del padrón y los registros de personas y bienes de los extranjeros internados (SSTC 292/2000 y 236/2007). Voto particular.

⁴⁸ Esa nueva noción se plasmaba en el Informe de 8 de febrero de 2014, redactado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil y dirigido a su Director General, en relación con los hechos del Tarajal, que fue entregado por el Ministerio del Interior al Congreso de los Diputados el 7 de marzo de 2014. A partir del informe podían distinguirse tres supuestos de actuaciones de la Guardia Civil en relación con los intentos de acceso a territorio nacional por puestos no habilitados desde Marruecos, a los cuales sería aplicable un concepto *operativo* de frontera diferente si la entrada se producía saltando la valla, desde el mar o bordeando por mar el espigón. Vid. VV. AA., “*Expulsiones en caliente*”: cuando el Estado actúa al margen de la ley, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 27 de junio de 2014, pp. 6-7.

en su disposición final primera estableció un régimen especial para Ceuta y Melilla, intentando la legalización de este tipo de prácticas. En ella se añade una disposición adicional décima a la LODYLE, vigente desde el 1 de abril de 2015, en la que se recuerda la necesidad de respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte en los rechazos en frontera. En dicha disposición se alude a la devolución, pero no se realiza una remisión al artículo 58.2 LODYLE que concreta dicha figura, ni se indica un procedimiento con garantías para la misma. Por ello, las denominadas devolución en caliente, de facto, se han seguido produciendo en la valla fronteriza.

Ciertamente, dicha referencia normativa puede ser más bien vista como una mera pretensión de dotar de legalidad una práctica carente de garantías. En realidad, la propia regulación de la LO 4/2015, en este punto, puede incluso considerarse redundante e innecesaria en la medida en que el Estado español ya debe asumir dicha obligación de respeto a los derechos humanos atendiendo al principio de convencionalidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución⁴⁹.

⁴⁹ Vid. VV. AA., “*Rechazos en fronteras*”: ¿Fronteras sin derechos?, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 13 de abril de 2015.

En el ya mencionado caso *N. D. y N. T. contra España*⁵⁰, el TEDH condena las devoluciones en caliente en conexión con las expulsiones colectivas. Como se indicaba anteriormente dicho asunto se remonta al 13 de agosto de 2014, cuando dos inmigrantes subsaharianos que intentaron ingresar ilegalmente a España escalando la valla que rodea el enclave español de Melilla fueron devueltos a Marruecos. Los demandantes alegaron que habían sido expulsados colectivamente sin ningún examen individual, sin base jurídica y sin asistencia letrada. Asimismo, denunciaron la imposibilidad de establecer su identidad, de hacer valer sus circunstancias individuales, de impugnar ante las autoridades españolas su regreso a Marruecos y de tener en cuenta el riesgo de malos tratos.

El Tribunal concluyó que la expulsión de los demandantes había sido de naturaleza colectiva contraria al artículo 4 del Protocolo nº 4 de la Convención y que, por lo tanto, se había violado esta disposición. Observó en particular que las personas en cuestión habían sido expulsadas y devueltas a Marruecos en contra de su voluntad y que las medidas de expulsión se habían adoptado en ausencia de una decisión administrativa o judicial previa, así en ningún momento los solicitantes fueron objeto de ningún

procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas. En estas circunstancias, el TEDH sostuvo que en esas circunstancias se trataba de una expulsión colectiva. No se daban en este caso, las garantías suficientes que permitieran evidenciar una consideración “real y diferenciada” de las circunstancias de cada una de las personas afectadas, ante la ausencia de todo examen de las circunstancias individuales de los demandantes, al no ser estos ni siquiera identificados por las autoridades españolas, el TEDH estimó que “el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas”⁵¹.

Asimismo, el Tribunal también aprecia en este caso una violación del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) conjuntamente con el Artículo 4 del Protocolo nº 4, al que se hará referencia más adelante. Para corroborar la versión de los demandantes, el TEDH tomó en consideración que esta fue corroborada por numerosos testimonios recogidos por varios testigos y periodistas, pero también por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y por el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. El Tribunal destaca la existencia de un vínculo claro entre las expulsiones colectivas que los demandantes habían sufrido en la frontera de

⁵⁰ TEDH, *N. D. y N. T. contra España*, 3 de octubre de 2017.

⁵¹ *Ibidem*, §107.

Melilla y el hecho de que se les había impedido específicamente beneficiarse de un recurso, presentar una queja ante una autoridad competente y tener un control cuidadoso y riguroso de su solicitud antes de su devolución.

Uno de los aspectos fundamentales a destacar, en lo que a las expulsiones colectivas se refiere, es el relativo a la posibilidad de aplicación extraterritorial. Siendo este, como se veía anteriormente, uno de los aspectos básicos generalmente cuestionados a propósito de esta práctica, en este caso el TEDH se remite al ya analizado supuesto *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* para enfatizar que, en aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se debe establecer el sentido ordinario que hay que atribuir a los términos en su contexto y a la luz del ámbito objetivo de la disposición relacionada. Así, hay que tomar en consideración que el artículo 4 del Protocolo nº 4 forma parte del Convenio que debe interpretarse como un todo atendiendo a los principios de derecho internacional. Por tanto, debe tenerse en cuenta que ni la redacción del artículo 4 del Protocolo nº 4 ni sus trabajos preparatorios, a los que se aludía la principio, se oponen a la aplicación extraterritorial⁵².

⁵² TEDH, *N. D. España y N. T. contra España*, §103 y *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, §§ 173-174.

Para el TEDH, a pesar de que el gobierno español concluya que existe un dispositivo de protección de fronteras para impedir el paso de quienes voluntariamente no siguen el procedimiento que permite solicitar la entrada legal o la protección internacional en el puesto fronterizo autorizado y señale que no existe un derecho incondicional de los extranjeros al acceso por cualquier sitio en ningún país miembro del Consejo de Europa, “no hay duda” de que los demandantes estaban bajo el control “continuado y exclusivo de las autoridades españolas” siendo devueltos a Marruecos contra su voluntad lo que claramente, junto a los demás aspectos indicados, constituye una expulsión a los efectos del Protocolo⁵³.

El Tribunal falla por unanimidad, incluso del magistrado español que participa en la resolución, la violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 y del artículo 13 CEDH en relación con este, pero sin embargo en la reparación de carácter pecuniario (de cinco mil euros para cada demandante) el fallo es seis a uno. En ese punto, resulta interesante el voto particular parcialmente discordante del juez Dedov que aprecia que la declaración de violación del mencionado precepto del Protocolo sería suficiente para reparar el perjuicio moral causado. Ello es así al menos por dos motivos: los demandantes no estaban en una

⁵³ TEDH, *N. D. España y N. T. contra España*, §§79 y 105 y *Sharifi y otros contra Italia y Grecia* § 212.

situación de emergencia por persecución o amenaza inmediata contra la vida, la integridad o la dignidad; y superaron la frontera de forma ilegal y violenta, de tal forma que “incluso en el fondo, la violación no puede ser considerada grave”. En opinión del mencionado juez produce “inquietud” que el TEDH mantenga sus estrictas normas en caso de comportamiento ilegal o violencia, puesto que, ante la “invasión” los guarda costas españoles estaban desconcertados, de tal forma que hay que preguntarse “quién era entonces el más vulnerable en este caso”.

La cuestión que surge a partir del voto particular es, en mi opinión, preocupante y menos acertada que la del TEDH porque llevaría a reflexionar acerca de si las situaciones de ilegalidad y violencia, como las que el juez aprecia, harían ceder los procedimientos garantistas de los derechos de los extranjeros. Si efectivamente, por un momento, se considerara que el sujeto más vulnerable en este caso es otro que no sea el extranjero, sería tanto, desde mi punto de vista, como invertir la propia lógica del derecho (implícita en los convenios internacionales y claramente en el estándar mínimo internacional de los derechos) que tan bien argumentar, entre otros, Ferrajoli, que no es otra que la de ser la ley del más débil. En efecto, esa toma de posición en la que se considerara la vulnerabilidad de los guardacostas españoles o

incluso la fragilidad de estos como representación de la soberanía española en la custodia de la frontera, llevaría a consagrar ese modelo de diferenciación jurídica de las diferencias, del que habla el mencionado autor italiano, que se sustenta sobre el estatuto discriminatorio del extranjero⁵⁴ asumiendo que ante la ilegalidad y la violencia ceden los derechos y las garantías. Esta idea estaría en la misma línea de normalizar prácticas vulneradoras de los derechos humanos en frontera y, de nuevo, justificar la perversa relación, ya apuntada, entre el miedo como causa y la violencia institucionalizada como respuesta⁵⁵. Todo ello, sin perjuicio, como se recordaba ya a propósito del caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de la legítima acción de la soberanía del Estado en el control de las fronteras siempre que sea respetuosa con los derechos humanos.

5. La importancia del derecho a un recurso

De los diferentes asuntos que se han analizado se desprende la importancia fundamental que tiene el derecho a un recurso que, como señala el artículo 13 CEDH, sea efectivo. Como se ha señalado, en el sistema de protección de derechos del Convenio el principio

⁵⁴ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 74.

⁵⁵ DE LUCAS, J., “El miedo en las sociedades más seguras de la historia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 43, 2009, pp. 85-92.

de subsidiariedad es fundamental, de tal forma que los Estados parte reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades del Convenio (artículo 1 CEDH) y deben conceder un recurso efectivo frente a cualquier violación (artículo 13 CEDH), de manera que al TEDH solo se puede acudir gracias al artículo 34 CEDH⁵⁶ y tras “agotar las vías de recurso internas” como señala el artículo 35.1 CEDH. Es más, puede 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, de tal forma que es posible considerar que de este derecho, en buena medida, depende el eficaz funcionamiento del sistema y su futuro⁵⁷. Como se analizará a continuación corresponde a los Estados para que sea posible el ejercicio del derecho subjetivo a recurso, contemplar en su derecho interno medidas para responder

eficazmente a las violaciones de los derechos y libertades protegidas⁵⁸.

Una cuestión fundamental es preguntarse acerca de si para poder ejercer el derecho a recurso al que se refiere el artículo 13 CEDH es necesario acreditar una violación previa del Convenio. Si se realizara una lectura literal y estricta de las previsiones del CEDH podría concluirse tal exigencia, lo que dificultaría la exigencia de dicho recurso a propósito de las expulsiones colectivas que no están en el Convenio sino en el Protocolo. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH en aras de garantizar la efectividad del Convenio ha rechazado este planteamiento. Como tradicionalmente ha mantenido el TEDH, el elemento fundamental para la aplicación del CEDH es el reconocimiento como víctima de una violación que permite la tutela prevista⁵⁹.

Dicha condición va unida al hecho de que se alegue, y se pueda defender, que se ha

⁵⁶ En opinión de Casadevall, la actual redacción del artículo 34 supuso “la culminación del sistema —único y sin precedente— de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en Europa”, CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 75

⁵⁷ Vid. Consejo de Europa, *Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de derecho comparado*, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, octubre 2017, p. 39.

⁵⁸ Según el TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, 15 de noviembre de 1996, § 145, del artículo 13 CEDH se deriva la exigencia de “un recurso interno que habilite a una instancia nacional competente para conocer de la queja de violación del Convenio y ofrecer una reparación adecuada, gozando los Estados de un cierto margen de apreciación en cuanto a la manera de dar cumplimiento a las obligaciones que la misma establece”. El alcance de la obligación que el artículo 13 CEDH requiere a los Estados contratantes “varía en función de la queja del demandante” por eso hay que atender al caso concreto, TEDH, *Khlaifia y otros c. Italia*, nº 16483/12, de 15 de diciembre de 2016, § 268.

⁵⁹ TEDH, *Klass y otros c. Alemania*, nº 5029/71, de 6 de septiembre de 1978, § 64. El TEDH tan solo exige que la queja previa al recurso “sea defendible a la luz del Convenio”, TEDH, *Mozzer c. República de Moldavia y Rusia*, nº 11138/10, 23 de febrero de 2016, § 207.

padecido una violación de los derechos y libertades protegidos por el Convenio⁶⁰. No existe una definición acerca de cuándo una queja puede ser defendible, el TEDH ha considerado innecesario establecer un concepto al respecto por entender que hay que estar al caso concreto atendiendo a los hechos y los problemas jurídicos que concurran para saber si la alegación de violación que justifica la queja presentada a la luz del artículo 13 podía defenderse⁶¹. Así, por ejemplo, el TEDH ha entendido que si no se acredita el perjuicio importante al que el Convenio alude para la admisión, a tenor de lo establecido en el artículo 35.3.b) CEDH, no puede entenderse que la queja sea defendible a efectos de reclamar un recurso efectivo⁶².

En relación a la posibilidad de conectar el derecho a un recurso efectivo con el resto de derechos reconocidos en el Convenio, como instrumento de tutela de estos, el Tribunal

determina el alcance del derecho al recurso atendiendo a la violación que se alegue⁶³.

En el caso que nos ocupa, respecto a las expulsiones y devoluciones de personas extranjeras, dos de los preceptos tradicionalmente invocados son los artículos 2 CEDH (derecho a la vida) y 3 CEDH (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes). En estos supuestos en los que concurren derechos de carácter absoluto, el TEDH no ha dudado en hacer valer la garantía del artículo 13. Así, por ejemplo, en el asunto *De Souza Ribeiro contra Francia*⁶⁴, el Tribunal, estimó que el recurso efectivo debe traducirse en el ordenamiento interno en un mecanismo que posibilite un examen detenido, riguroso e independiente de los términos y la fundamentación del recurso, de tal forma que se habilite para resolver de modo ágil acerca de la expulsión. Si los mencionados artículos 2 y 3 CEDH se consideran efectivamente violados la víctima debe tener a su disposición un recurso que le proporcione una reparación efectiva⁶⁵.

Ese carácter efectivo que se postula del recurso va unido, en buena medida, a que tenga

⁶⁰ El artículo 13 CDH, en efecto, “garantiza un recurso efectivo ante una “instancia” nacional a cualquiera que se considere, por motivos defendibles, víctima de una violación de los derechos y libertades protegidos por el Convenio; cualquier otra interpretación lo privaría de sentido”, TEDH, *Plattform “Ärzte für das leben” c. Austria*, nº 10126/82, de 21 de junio de 1988, § 25.

⁶¹ TEDH, *Boyle y Rice c. Reino Unido*, nº 9659/82 y nº 9658/82, 27 de abril de 1988, §55 y TEDH, *Plattform “Ärzte für das leben” c. Austria*, cit., § 27.

⁶² TEDH, *Kiril Zlatkov Nikolov c. Francia*, nº 70474/11 y 68038/12, 10 de noviembre de 2016, § 71.

⁶³ TEDH, *Khlaifia y otros c. Italia*, 15 de diciembre de 2016, § 268.

⁶⁴ TEDH, *De Souza Ribeiro c. Francia* [GC], nº 22689/07, 13 de diciembre de 2012, § 82.

⁶⁵ TEDH, *Ramírez Sánchez c. Francia*, nº 59450/00, de 4 de julio de 2006, § 165.

efecto suspensivo, especialmente cuando concurren derechos absolutos, con la finalidad de preservar a la persona de sufrir un daño irreversible. Así lo ha reconocido expresamente el TEDH⁶⁶ en los asuntos en los que se alega un riesgo real de violación de los derechos garantizados en los artículos 2 y 3 del CEDH⁶⁷. Así ocurrió, por ejemplo, en los mencionados casos *A. C. y otros contra España* y *M. S. S. contra Bélgica y Grecia*, que sintetizan los principios generales sobre la efectividad de los recursos y de las garantías proporcionadas por los Estados contratantes en caso de expulsión de solicitantes de asilo, en virtud de la combinación de los artículos 13 y 3⁶⁸.

La pregunta que surge en este punto es si resulta necesario conectar las vulneraciones de derechos que se producen a propósito de las expulsiones, y en concreto de las colectivas, con determinados derechos para que proceda un recurso suspensivo o si este puede ser efectivo sin

⁶⁶ El TEDH mantiene que el recurso exigido por el artículo 13 CEDH debe ser “efectivo” tanto en la práctica como en derecho, TEDH, *Kudla c. Polonia* [GC], nº 30210/96, 26 de octubre de 2000, § 157; y TEDH *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, cit., § 288.

⁶⁷ Como ha constatado el TEDH, esa referencia explícita del CEDH a que el recurso sea efectivo, supone que debe estar previsto en la ley y estar en la práctica a disposición de las personas, que deben poder ejercerlo sin dificultades injustificadas y/o excesivas, y verlo resuelto de acuerdo con los plazos legalmente previstos, TEDH, *Bubbins contra Reino Unido*, nº 50196/99, 17 de marzo de 2005, §§ 170-172.

⁶⁸ TEDH, *A. C. y otros c. España*, cit., §§ 81 y 83; y *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, cit., §§ 286-293.

necesidad de suspensión. En ese sentido el Tribunal ha sido claro al mantener que dicha exigencia de efectos suspensivos únicamente se prevé para los supuestos de expulsión en los que se alega un riesgo real de violación de los derechos relativos a los artículos 2 y 3 CEDH, pero no cuando tal riesgo no se alegue o el riesgo invocado se refiera a otros derechos que no sean los mencionados. En ese sentido, el TEDH tanto en los asuntos *Souza Ribeiro contra Francia* y *Khlaifia y otros contra Italia*, se ha pronunciado respecto a la exigencia del carácter suspensivo del recurso, tomando en consideración el riesgo potencialmente irreversible en el que incurrirían los demandantes en el país de destino en caso de expulsión del territorio del Estado demandado.

En el caso *Souza Ribeiro contra Francia*, el Tribunal estimó que no existía dicho riesgo cuando el demandante razonaba, por ejemplo, que su expulsión vulneraría su derecho al respeto de su vida privada y familiar protegido en el artículo 8 CEDH. Con todo, el TEDH concluyó que existía violación del artículo 13 CEDH en relación con el artículo 8 CEDH al considerar que el demandante no tuvo, en la práctica, acceso a un recurso efectivo que le permitiera hacer valer su fundamentada demanda en virtud del artículo 8 CEDH, ya que, su expulsión estaba en curso y que ello no puede ser reparado por la emisión posterior del permiso temporal de residencia. El Tribunal insiste en que los Estados gozan de un

margen de discrecionalidad en cuanto a la forma en que se ajustan a sus obligaciones en virtud del artículo 13 del Convenio, sin embargo, esta no puede suponer, como ocurrió en este asunto, que un demandante no pueda tener acceso en la práctica a un mínimo procedimiento con las garantías necesarias para que pueda protegerse contra una expulsión arbitraria.⁶⁹

En la misma línea, en el asunto *Khlaifia y otros contra Italia*, el TEDH estimó que, si el demandante alegaba que el procedimiento seguido para ordenar su expulsión había tenido un carácter colectivo sin fundamentar que le había expuesto a un perjuicio irreversible resultante de una violación de los artículos 2 o 3 CEDH, el Convenio no imponía a los Estados la obligación absoluta de garantizar un remedio con pleno Derecho suspensivo, si no que bastaba con que la persona afectada tuviera una 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 imparcial⁷⁰. Por tanto, la ausencia de efecto suspensivo de un recurso contra una decisión de expulsión no era, por sí misma, constitutiva de una vulneración del artículo 13 CEDH si el demandante no alegaba un riesgo real

⁶⁹ TEDH, *De Souza Ribeiro c. Francia* [GC], nº 22689/07, 13 de diciembre de 2012, §§ 83, 97 y 99.

⁷⁰ TEDH, *Khlaifia y otros contra Italia*, cit., § 279.

de violación de los derechos amparados por los artículos 2 y 3 CEDH en el país de destino.

Esta jurisprudencia ha sido ratificada en el caso *N. D y N. T contra España*, en el que como se señalaba anteriormente el Tribunal aprecia la vulneración del artículo 13 CEDH en relación con el 4 del Protocolo nº 4. En concreto, el TEDH enfatiza el vínculo que considera “evidente” entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les haya impedido acceder a un procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del CEDH, admitiendo así que se trata de una práctica recurrente en la frontera sur española. Además, tomando en consideración las circunstancias concretas del caso y el carácter inmediato de la expulsión de facto, el TEDH estima que a los demandantes se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del artículo 4 del Protocolo nº 4 y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución⁷¹.

Esta resolución, conjugada con la jurisprudencia que se ha analizado anteriormente, hace que se planteen serias dudas sobre la constitucionalidad de las devoluciones en caliente, incluso tras la reforma de la ley 4//2015, puesto que esta no articula un procedimiento con

⁷¹ TEDH, *N. D. y N. T. contra España*, cit., §§115, 120 y 121.

garantías respetuoso con el derecho a un recurso efectivo y que, de facto, evite las expulsiones colectivas. El TEDH subraya que las exigencias del artículo 13, así como aquellas de las demás disposiciones del Convenio, constituyen una garantía jurídica y no puede depender de la simple buena voluntad o de la actividad habitual de cada Estado “esta es una de las consecuencias de la preeminencia del derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática inherentes al conjunto de los artículos del Convenio”.⁷²

Las expulsiones colectivas y cualquier otra práctica que realicen los Estados miembros para el abandono del territorio nacional o la remisión a un tercer Estado de un grupo de extranjeros, sin tomar en consideración sus circunstancias individuales, sin verificar los riesgos que puede sufrir en el país de destino y sin garantizar un recurso efectivo (en su caso suspensivo), es incompatible con las obligaciones que emanan del CEDH, que el TEDH ha recordado en su indispensable protección de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y, en concreto, las devoluciones en caliente, impidiendo así la normalización de la ilegalidad.

⁷² TEDH, *A. C. y otros c. España*, cit., §95 y vid, *mutatis mutandis*, TEDH, *Iatridis c. Grecia* [GC], n° 31107/96, § 58.

Bibliografía citada

ACNUDH (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, Ginebra, 2014.

ARENAS HIDALGO, N., “Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, nº 36, segundo semestre de 2016, pp. 339-372.

- “El Acuerdo Europeo de Readmisión de Inmigrantes en Situación Irregular con Pakistán. Punto de Inflexión o huída hacia delante”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 24, 2011, pp. 1-40.

ARP, B., “Georgia v. Russia (I). Application n. 13255/07. 53 ILM 813 (2014). European Court of Human Rights (Grand Chamber), July 3, 2014”, *The American Journal of International Law*, vol. 109, nº 1, January 2015, pp. 167-173.

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

- “Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia (2012)”, en TORRES BERNÁRDEZ, S. (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 647-666.

BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, Herder, 2015.

CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa e. a. c. Italia, 27765/09. Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4

del Protocolo nº 4 - Tortura y tratos inhumanos y degradantes - derecho a un recurso efectivo - prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 17, nº 46, 2013, pp. 1119-1135.

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

“El miedo en las sociedades más seguras de la historia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº43, 2009, pp. 85-92.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

FERRER GALLARDO, X., “El archipiélago-frente mediterráneo: fractura, ensamblaje y movimiento en el contorno sur de la UE”, en ZAPATA-BARRERO, R. y GALLARDO FERRER, X. (eds.), *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, Barcelona, Bellaterra, 2012, pp. 79-104.

GARCÍA ROCA, J. y CARMENA CUENCA, E. (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal europeo y de la corte interamericana*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

IOM. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration*.

International Migration Law, Geneva, IOM, 2004, pp. 8, 31 y 42.

LÓPEZ GUERRA, L., “Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 36, 2015, pp. 393-414.

MOYA MALAPEIRA, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara contrarias a los Derechos Humanos las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla (STEDH ND y NT v. España)*, en

http://cermigractions.org/es/transfer_of_research_on_migrations. Consultado el 5/10/2017.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La crisis de las personas refugiadas y su amparo judicial en la Unión Europea”, en VV. AA., *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE. Causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, marco jurídico*, EuroBasque, Europako Mugimenduen Euskal Kontseilua, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, diciembre 2016, pp. 42-109.

SOLANES CORELLA, A., “Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 32, 2016, pp. 145-184.

SOLANES CORELLA, A. y DELIPETROU, D., *Problems and proposals regarding the Common European Asylum System: the example of Greece*,

Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. SUDRE, F. (coord.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France - P.U.F., 8^e édition, 2017.

VV. AA., “*Expulsiones en caliente*”: *cuando el Estado actúa al margen de la ley*, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 27 de junio de 2014.

- “*Rechazos en fronteras*”: *¿Fronteras sin derechos?*, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 13 de abril de 2015.

WOJNOWSKA-RADZIŃSKA, J., *The Right of an Alien to be Protected against Arbitrary Expulsion in International Law*, Leiden/Boston, Brill/ Nijhoff, 2015.

Listas de resoluciones citadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por orden cronológico).

Klass y otros contra Alemania, nº 5029/71, de 6 de septiembre de 1978.

Boyle y Rice contra Reino Unido, nº 9659/82 y nº 9658/82, 27 de abril de 1988.

Plattform "Ärzte für das Leben" contra Austria, nº 10126/82, de 21 de junio de 1988.

Andric contra Suecia, nº 45917/99, 23 de febrero de 1999.

Kudla contra Polonia [GC], nº 30210/96, 26 de octubre de 2000.

Conka contra Bélgica, nº 51564/99, 5 de febrero de 2002.

Bubbins contra Reino Unido, nº 50196/99, 17 de marzo de 2005.

Berisha y Haljiti contra "La ex República Yugoslava de Macedonia", nº 18670/03, 16 de junio de 2005.

Ramírez Sánchez contra Francia, nº 59450/00, 4 de julio de 2006.

Sultani contra Francia, nº 45223/05, 20 de septiembre de 2007.

M. S. S. contra Bélgica y Grecia [GC], nº 30696/09, de 21 de enero de 2011.

Dritsas y otros contra Italia, nº 2344/02, 1 de febrero de 2011.

Hirsi Jamaa y otros contra Italia [GC], nº 27765/09, 23 de febrero de 2012.

De Souza Ribeiro contra Francia [GC], nº 22689/07, 13 de diciembre de 2012.

M.A. contra Chipre, nº 41872/10, 23 de julio 2013.

A. C. y otros contra España, nº 6528/11, 22 de abril de 2014.

Georgia contra Rusia [GC], nº 13255/07, 3 de julio de 2014.

Abdi Ahmed y otros contra Malta, nº 43985/13, 16 de septiembre de 2014.

Sharifi y otros contra Italia y Grecia, nº 16643/09, 21 de octubre de 2014.

Tarakhel contra Suiza [GC], nº 29217/12, 4 de noviembre de 2014.

Mozer contra República de Moldavia y Rusia, nº 11138/10, 23 de febrero de 2016.

Kiril Zlatkov Nikolov contra Francia, nº 70474/11 y 68038/12, 10 de noviembre de 2016.

Khlaifia y otros contra Italia, nº 16483/12, 15 de diciembre de 2016.

Berdzenishvili y otros contra Rusia, nº 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07, 20 de diciembre de 2016.

Shioshvili y otros contra Rusia, nº 19356/07, 20 de diciembre de 2016.

N. D. y N. T. contra España, nº 8675/15 y 8697/15, 3 de octubre de 2017.