

# REVISTA DE ESTUDIOS FRONTERIZOS DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

REFEG (NUEVA ÉPOCA)

ISSN: 1698-1006

GRUPO SEJ-708 PAIDI

**STEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2020 (DEMANDAS N° 8675/15 Y 8697/15)  
ASUNTO N.D. Y N.T. CONTRA ESPAÑA: ¿UN ANTES Y UN DESPUÉS  
EN LA DOCTRINA DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE?**

**ÁLVARO SÁNCHEZ GONZÁLEZ DE QUEVEDO**

Letrado del Ilre. Colegio de Abogados de Sevilla  
alvarosgdq@gmail.com

**REFEG 12/2024**

ISSN: 1698-1006

GRUPO DE INVESTIGACION SEJ-708  
CÁTEDRA BOLONIA BAELO CLAUDIA DE ESTUDIOS HISTÓRICO-JURÍDICOS

ÁLVARO SÁNCHEZ GONZÁLEZ DE QUEVEDO

Letrado del Iltr. Colegio de Abogados de Sevilla

alvarosgq@gmail.com

## STEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2020 (DEMANDAS Nº 8675/15 Y 8697/15) ASUNTO N.D. Y N.T. CONTRA ESPAÑA: ¿UN ANTES Y UN DESPUÉS EN LA DOCTRINA DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE?

**SUMARIO:** I. TEDH: ASUNTO N.D. Y N.T. CONTRA ESPAÑA. 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL TEDH. 2. CONTEXTO NORMATIVO Y REFERENTES JURISPRUDENCIALES DEL TEDH. 3. ASUNTO N.D. Y N.T. CONTRA ESPAÑA: INTRODUCCIÓN Y ANÁLISIS. 4. POSTURAS DE TERCEROS INTERVINIENTES EN EL ASUNTO N.D. Y N.T. CONTRA ESPAÑA. 5. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL TEDH EN EL ASUNTO N.D. Y N.T. CONTRA ESPAÑA. II. CONCLUSIONES. III. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza el caso N.D. y N.T. contra España resuelto por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con las denominadas devoluciones en caliente en la frontera sur española. Se examina el contexto jurídico y fáctico de la sentencia, su impacto en la normativa de extranjería y en las políticas migratorias de España y la Unión Europea. A través de un análisis crítico, se estudian las implicaciones de la decisión en términos de derechos fundamentales, el principio de no devolución y el equilibrio entre seguridad fronteriza y garantías jurídicas. Finalmente, se presentan reflexiones sobre el futuro de las devoluciones sumarias en el marco del Derecho Internacional y Europeo.

**PALABRAS CLAVE:** DEVOLUCIONES EN CALIENTE, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, EXTRANJERÍA, FRONTERA SUR, ESPAÑA, PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN, SEGURIDAD FRONTERIZA.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the case of N.D. and N.T. v. Spain, ruled by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (ECtHR), regarding the so-called pushbacks at Spain's southern border. The legal and factual context of the ruling is examined, along with its impact on immigration regulations and migration policies in Spain and the European Union. Through a critical analysis, the study explores the implications of the decision in terms of fundamental rights, the principle of non-refoulement, and the balance between border security and

legal guarantees. Finally, reflections are presented on the future of summary returns within the framework of International and European Law.

**KEYWORDS:** PUSHBACKS, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, IMMIGRATION LAW, SOUTHERN BORDER, SPAIN, PRINCIPLE OF NON-REFOULEMENT, BORDER SECURITY.

## I. TEDH: ASUNTO N.D. Y N.T. CONTRA ESPAÑA

### 1. Consideraciones generales sobre el TEDH

Antes de adentrarnos en la mecánica del TEDH, debemos hacer una parada obligatoria sobre la definición del mismo y el alcance de sus decisiones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene su sede en Estrasburgo, es un órgano de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) constituido por un número de jueces igual al número de Estados Parte Contratantes, según el artículo 20 CEDH cuya competencia (arts. 32 al 34 CEDH) se extenderán desde las demandas interestatales, por un Estado Parte contra otro, a demandas individuales, “*presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima -personal- de una violación por una de las Altas Partes Contratantes*”<sup>1</sup>, que acredite haber agotado las vías de recurso internas y en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva (art 35 CEDH), dando así la posibilidad al Estado Parte demandado de

poder reparar por sí mismo la violación alegada, violación, por supuesto, de derechos contenidos en el CEDH, y que le ha supuesto un perjuicio importante. Y, en esta línea, según el artículo 46 CEDH: “*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas -obligatorias- del Tribunal en los litigios en que sean partes.*”, y deberíamos de seguir leyendo con un “*pero*” a efectos de la interpretación del carácter declarativo de las sentencias definitivas, pues continúa, “*La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.*” Es decir, que el Estado infractor de la violación de un derecho del CEDH, será supervisado por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados Partes, es decir, en una situación *inter partes*, y debiendo de aplicar dichos Estados por sus propios medios la ejecución de la sentencia. Esto es algo que debemos de tener muy en cuenta, pues “*hasta la fecha, el Comité de Ministros no ha solicitado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que emita una opinión consultiva, lo que no debe extrañar, ya que es muy poco probable que un órgano político de las características del Comité de Ministros tenga interés en consultar al Tribunal acerca de la interpretación del Convenio*”<sup>2</sup>.

### 2. Contexto normativo y referentes jurisprudenciales del TEDH

La plétora de normas que constituyen el marco legal respecto del principio de no devolución o “*non refoulement*” debe comenzar con la mención al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, el ya citado CEDH. En sus artículos 2 y 3 se manifiestan el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, en relación a la práctica de devoluciones ejercidas por los Estados, de aquellas personas cuyas

<sup>1</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Art. 34.

<sup>2</sup> Gómez Isa, F. y Pureza, J.M. (2004). *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*. Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao. págs. 174-178

vidas corran un grave riesgo, y, directamente, en su artículo 4 del Protocolo 4<sup>3</sup>. De hecho, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado el alto valor de la protección que incardina el artículo 3, y, todo ello, con independencia al comportamiento o grado de peligrosidad de la víctima<sup>4</sup>, dejando claro que, el cumplimiento de los Derechos Humanos debe quedar libre de cualquier pretexto que pueda llegar a vulnerarlos.

El TEDH tiene la obligación de examinar todas las demandas relacionadas con el *non refoulement* a efectos de los citados artículos 2 y 3 CEDH, en virtud del riesgo y circunstancias a los que se enfrentarían las personas en caso de la devolución. Siendo la medida para el artículo 2 -pérdida de la vida- una condena segura de regresar al país de origen, o de la existencia de motivos fundados para el artículo 3 -tortura o tratos inhumanos o degradantes-. A tal fin, citaremos doctrina del TEDH como el asunto Al-Saadoon contra Reino Unido, por el que las autoridades británicas entregaron a la justicia de Irak civiles que serían condenados a muerte.<sup>5</sup> Por lo que entendemos que su doctrina se centra en el análisis de las consecuencias previsibles en caso de devolución al país de origen a través de la identificación de circunstancias que rodean a la persona, como son las condiciones generales del

país, las posibles vulneraciones de los Derechos Humanos en el mismo o si éste se encuentra inmerso en un conflicto armado, etc., así como de las condiciones específicas que sí pueden poner en grave peligro a la víctima, como ocurrió con el asunto Salah Sheekh contra Países Bajos, por el que el TEDH estableció una línea sólida en la que fundamentar su sentencia en relación a la vulnerabilidad de los miembros de clanes minoritarios en Somalia y como éstos se enfrentaban a malos tratos que no eran evitados por las autoridades somalíes.<sup>6</sup>

Si bien es cierto que una situación de violencia generalizada en el país de origen no constituye de por sí una vulneración del artículo 3 CEDH, si se produce con un alto grado de intensidad no sería necesaria la aportación de pruebas individualizadas a un determinado colectivo para determinarse que, al fin y al cabo, correría un grave peligro. Aunque, el poder hacerlo no evitaría que el TEDH investigue sobre el riesgo a sufrir malos tratos en líneas del art. 3 CEDH, como, por ejemplo, estableció en el asunto Sufi y Elmi contra Reino Unido, por el que el Tribunal consideró que el riesgo para la vida en caso de retorno por parte de los demandantes era tan elevado, dada la intensidad de la violencia en Mogadiscio (Somalia), que éste se

2

<sup>3</sup> Protocolo nº 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio nº 46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 y en vigor de forma general el 2 de mayo de 1968 y para España el 16 de septiembre de 2009.

<sup>4</sup> Caso nº 37201/06 Saadi contra Italia (GS). Sentencia del TEDH de 28 de febrero de 2008.

<sup>5</sup> Caso nº 61498/08 Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido. Sentencia del TEDH de 2 de marzo

de 2010. Señalándose una relación directa entre el artículo 2 CEDH y la acción de las autoridades del Gobierno bajo cuya custodia se encontraban las víctimas.

<sup>6</sup> Caso nº 1948/04 Salah Sheekh c. Países Bajos. Sentencia del TEDH de 11 de enero de 2007. En este caso la vulneración por parte del Gobierno holandés del art. 3 CEDH al devolver a los demandantes a su país de origen, quedaba atestiguado por la pertenencia de estos a clanes que sufrían tratos degradantes consentidos por las autoridades somalíes.

extendería a toda persona civil que se encontrara allí.<sup>7</sup>

Aunque, y esto lo encontramos en línea con el procedimiento de asilo, la aportación de pruebas y la credibilidad del testimonio del solicitante es fundamental para las autoridades competentes de su estudio. Sin embargo, “*el TEDH ha precisado que los solicitantes de asilo se encuentran a menudo en una situación particular que con frecuencia hace necesario concederles el beneficio de la duda al evaluar la credibilidad de sus declaraciones y de la documentación que aportan*”.<sup>8</sup>

En base a nuestra experiencia profesional en el ámbito de la Protección Internacional, debemos señalar que vivimos en un mundo cambiante, y puede suceder que las circunstancias que dieron origen a una primera solicitud de asilo que resulte en una resolución denegatoria, podrían quedar completamente reforzadas con una segunda solicitud, pasado el tiempo, porque las circunstancias del país de origen del solicitante han cambiado, tanto a nivel general como específicamente. Como ejemplo de lo mencionado, podemos exponer un caso que atendimos de nacional sudanés con estudios en medicina que solicitó asilo en España en 2015, siéndole este denegado, dado que en esa fecha el país estaba considerado como seguro. Sin embargo, tras el golpe militar que siguió a las protestas de finales de 2018 en el país, se cometieron masacres y violaciones por parte de las milicias de Jengawed, donde el colectivo sanitario especialmente sufrió de ataques directos<sup>9</sup>, lo que conllevó a que, tras segunda solicitud, le fuera resuelta

favorablemente su solicitud. Por lo que, de haber procedido el Gobierno de España a la denegación de su solicitud y a la posterior imposición de salida obligatoria del solicitante, nos encontraríamos ante un caso de violación del CEDH al poner en riesgo la vida e integridad del mismo al no concederle la protección internacional, caso que el TEDH estudiaría con visos de viabilidad dadas las pruebas e informes de reputación emitidos por Organizaciones Internacionales, como Cruz Roja Internacionales, que operaban en el terreno.

### 3. Asunto N.D. y N.T. contra España: Introducción y análisis

En el asunto N.D. y N.T. contra España, iniciados con las demandas nº 8675/15 y 8697/15, por un nacional de Mali y otro de Costa de Marfil, respectivamente a las demandas, se alegaron vulneración de los artículos 3 y 13 del CEDH -derecho a un recurso efectivo-, en relación al artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH por las que “*Se quejaron de su retorno inmediato a Marruecos, que equivalía, en su opinión, a una expulsión colectiva, de la falta de un recurso efectivo a ese respecto y del riesgo de maltrato al que supuestamente se enfrentaban en Marruecos. Afirmaron que no tuvieron oportunidad alguna de ser identificados, de explicar sus circunstancias personales o de impugnar su devolución mediante un recurso con efectos suspensivos.*”<sup>10</sup> A través de la sentencia de 3 de octubre de 2017, una de las Salas de la Sección Tercera del Tribunal admitió las demandas en relación a la vulneración del artículo 4 del Protocolo 4 y del artículo 13 CEDH. De

3

<sup>7</sup> Caso nº 11449/07 Sufi y Elmi c. Reino Unido. Sentencia del TEDH de 28 de junio de 2011.

<sup>8</sup> Maregoni, V. (2016) *El desplazamiento de personas: refugiados y el principio de non refoulement* [Máster, Universidad Internacional de La Rioja]. Reunir. <https://reunir.unir.net/handle/123456789/4844>

<sup>9</sup> Sudan Doctor’s Syndicate. (2019). *Violations Associated with the Announcement of the Emergency*

*State in Sudan*. <https://africasacountry.com/2019/03/sudans-doctors-and-treating-the-political-ailments-of-the-nation>

<sup>10</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. Par. 3.

la cual, el Gobierno de España solicitó su remisión a la Gran Sala el 14 de diciembre de 2017, dadas las circunstancias de las detenciones realizadas a los demandantes en territorio español por las autoridades policiales españolas, al producirse el intento del paso del vallado.

### 3.1. Hechos

El demandante nacional de Mali, N.D., abandonó su país por motivo del conflicto armado que asolaba su país en el año 2012. Realizando un trayecto que pasaba por Mauritania, Argelia y Marruecos, donde declaró haber recibido malos tratos por parte de las autoridades marroquíes en el verano de 2014. Y, el demandante nacional de Costa de Marfil, N.T., tras su paso por Mali, llegó a Marruecos a finales del año 2012, quedando guarecido en el Monte Gurugú.

El 13 de agosto de 2014, los demandantes declararon formar parte de uno de los dos grupos de personas que intentaron realizar el asalto a la valla española de la ciudad autónoma de Melilla, llegando a la base de la primera valla y donde estuvieron horas hasta que bajaron con la ayuda de las autoridades policiales española al perímetro que conforma el vallado interior. “*Tan pronto como llegaron al suelo fueron presuntamente aprehendidos por funcionarios de la Guardia Civil que los esposaron, los llevaron de vuelta a Marruecos y los entregaron a las autoridades marroquíes.*”<sup>11</sup> Sin procedimiento de identificación ni asistencia jurídica o intérpretes y tras lo que fueron trasladados a la comisaría de policía de Nador, donde les denegaron asistencia médica.

En cuanto a su posterior intento de entrar en España, “el 2 de diciembre y 23 de octubre de 2014, respectivamente, en el contexto de nuevos intentos de asalto de las vallas, el pri-

mer y el segundo demandantes lograron escalar las vallas y entrar en Melilla.”<sup>12</sup> Durante su estancia en España, se dictó orden de expulsión contra ambos, interponiendo recurso de alzada el primer demandante contra dicho acto y solicitando protección internacional en el interludio del mismo, siéndole inadmitido el primero y rechazado la segunda, por lo que finalmente fue devuelto a su país de origen. Con respecto al segundo demandante, no llegó a manifestar solicitud de protección internacional, pero si interpuso recurso de alzada frente a la orden de expulsión, que, posteriormente, sería desestimado, permaneciendo el tiempo máximo de estancia en el Centro de Internamiento, 60 días, y del que ha quedado en situación irregular en el territorio español.

### 3.2. Análisis del marco jurídico y factores relevantes

En el análisis posterior veremos que el Gobierno español se ampara en el concepto de frontera operativa para evitar la aplicación del procedimiento de identificación, atención y valoración de posibles solicitantes de protección internacional, a pesar de que la Sección Tercera del TEDH, en el análisis de la demanda inicial, basó su doctrina en la extraterritorialidad en aplicación del CEDH, no realizando por tanto un análisis del perímetro del vallado. Sin embargo, sí establecía una serie de factores elementales a efectos del TEDH por lo que, la aplicación de los Derechos Humanos era inherente a los demandantes tanto dentro como en el entorno del perímetro.

En primer lugar, la conducta de los demandantes, como factor relevante en virtud del artículo 4 del Protocolo nº4, pues el TEDH señala que los mismos intentaron entrar en territorio español a través de zonas no

<sup>11</sup> Ibid. Par. 25

<sup>12</sup> Ibid. Par. 28

permitidas, en vez de los puestos fronterizos autorizados, constituyendo parte de un grupo más numeroso y mediante el empleo del uso de la fuerza. Líneas que conllevan al planteamiento de la ilegalidad de la acción. Y que, según el TEDH, los demandantes carecían de razones poderosas para actuar como lo hicieron, pues señala que tenían a su disposición el acceso fronterizo de Beni Enzar, los consulados y embajadas españolas para presentar las solicitudes de asilo, remarcando que, fueron los demandantes los que se arriesgaron, mediante el uso de la fuerza, en el asalto al vallado fronterizo junto a un grupo numeroso<sup>13</sup>. Sin embargo, el TEDH en su sentencia de 28 de julio de 1999, caso Selmouni contra Francia, señalaba que *“incluso en las circunstancias más adversas, como la lucha antiterrorista y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 3 no prevé restricciones en lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos números 1 y 4, y según el artículo 15.2 no autoriza ninguna excepción incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la nación”*.<sup>14</sup>

En segundo lugar, es altamente cuestionable el punto de vista que establece el TEDH en su ponderación de los hechos como la forma de entrada al territorio español, puesto que podríamos entender la pérdida de derechos de los demandantes, como la identificación y posibilidad de declaración ante las autoridades, debido a su “entrada violenta”, pero, si citamos el artículo 58.3 LOEX, encontraremos lo siguiente:

<sup>13</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. Par. 222, 229, 231 y 242.

<sup>14</sup> Caso nº 25803/94 Selmouni contra Francia. Sentencia del TEDH de 28 de julio de 1999. El TEDH declara en esta sentencia que la aplicación del art. 3, en términos de tratos inhumanos o degradantes por parte de un Estado miembro, y del

*“No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:*

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.*
- b) Los que pretenden entrar ilegalmente en el país.”*

Es decir, nos encontraríamos ante una medida de carácter nacional que carece de carácter sancionador<sup>15</sup>, por lo que, si ponderamos el intento de entrar ilegalmente al territorio español junto con el rechazo en frontera, no encontramos su definición en el marco de infracción grave, según la normativa vigente. A tal fin, el planteamiento por parte del TEDH de considerar que los derechos de estas personas se vean disminuidos en relación a garantías procesales, que sí son reconocidas por la normativa española, no debería de tener lugar al ir contra los derechos de los demandantes.

Y, para finalizar, si los extranjeros en vías de rechazo en frontera se encuentran dentro del territorio, lo que consideramos tras la superación del vallado exterior, al eliminar el elemento delimitador fronterizo ya no deberían de quedar enmarcados dentro del citado artículo 58.3 LOEX. Y, en base a ello, nombraremos, dado que menciona la comprensión de frontera y sus inmediaciones, el artículo 23.1b) RLOEX:

*“De conformidad con lo establecido en el artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no será necesario un expediente de expulsión para*

Protocolo facultativo nº 4, deben estar por encima de incluso valores tan encumbrados como la seguridad de la nación,

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 de enero de 2013. Fundamento Jurídico 12.

*la devolución, en virtud de resolución del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos:*

*Los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”.*

### 3.3. Las entradas legalizadas a territorio

Las líneas que establece el TEDH sobre la posibilidad de acceder a territorio español por los puestos de control fronterizo chocan directamente de frente con la actuación de las fuerzas policiales marroquíes, quienes impiden el paso a extranjeros que ostenten determinadas nacionales, con especial mención a los subsaharianos<sup>16</sup>, pues, a efectos prácticos, es bien conocido que a estas personas no les queda más opción que el de poder entrar en territorio español a través del intento de salto al vallado, lo cual, desmitifica lo planteado por el propio TEDH, que sigue asentado bases en relación a los factores de “peligro para la seguridad pública” y dando a entender que existen medios de “acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada, en particular procedimientos en la frontera”.<sup>17</sup>

Estas circunstancias nos llevan a plantearnos la posición del TEDH como valedor de

<sup>16</sup> Blanco Rajoy, J. J. (2020). Garantías procedimentales convertidas en papel mojado. Legalidad de los rechazos en frontera a la luz del convenio europeo derechos humanos. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 110, 1-34

<sup>17</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. Par. 201

<sup>18</sup> Blanco Rajoy, J. J. (2020). Garantías procedimentales convertidas en papel mojado. Legalidad

dichos derechos humanos para con los migrantes que atraviesan las fronteras de diversos Estados arriesgando sus vidas, dado que, al respecto de la situación que nos ocupa, “parece pasar por alto, de forma intencionada, las evidencias existentes, registradas por ONG y organizaciones internacionales dedicadas a la protección de los derechos humanos”.<sup>18</sup>

### 3.4. La satisfacción equitativa o “just satisfaction”

La responsabilidad de cada Estado tiene, tanto a efectos nacionales como internacionales, una serie de consecuencias que, dependiendo del nivel de gravedad del acto u omisión, conllevarán una serie de medidas destinadas a subsanar sus errores. A tal efecto, debemos de señalar que constituye violación de una obligación internacional por parte de un Estado cuando “mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.”<sup>19</sup> Y que, por ello, “el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.”<sup>20</sup>

Para asegurar su cumplimiento, según lo establecido en el protocolo número 11 del CEDH, la figura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos salta a la palestra con gran fuerza, dado que la jurisdicción del ámbito internacional le compete para decidir por sentencias de carácter obligatorio sobre toda

de los rechazos en frontera a la luz del convenio europeo derechos humanos. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 110, 1-34

<sup>19</sup> A/RES/56/83. Asamblea General de las Naciones Unidas (12 de diciembre de 200). *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Art. 15

<sup>20</sup> *Ibid*, art. 31.

demanda, individual o estatal, en relación a las violaciones del CEDH. En relación al carácter obligatorio de las sentencias ya citamos el artículo 46 CEDH en apartados anteriores, pero es preciso que remarquemos que las sentencias del TEDH no conllevan una aplicación de efectos directos sobre el Estado, salvo que así venga contemplado en su derecho interno.<sup>21</sup>

El carácter obligatorio que le son atribuibles a las sentencias del TEDH queda relacionado con el Derecho interno de los Estados<sup>22</sup>, dado que ni el TEDH podrá instruir un procedimiento contra los autores de la violación, ni entrará a revisar las decisiones de los tribunales nacionales, ni tampoco podrá anular las legislaciones internas que sean contrarias al propio Convenio.<sup>23</sup> Los Estados son “*en principio libres de elegir los medios con los que cumplirán un juicio en el que el Tribunal ha encontrado una infracción. Esta discreción respecto al modo de ejecutar un juicio refleja la libertad de elección que acompaña a la obligación primaria de los Estados contratantes bajo el Convenio de asegurar los derechos y libertades garantizados (art. 1). Si la naturaleza de la infracción permite la restitutio in integrum, corresponde al Estado demandado llevarla a efecto, sin que el Tribunal tenga poder alguno ni la posibilidad práctica de hacerlo por sí mismo*”.<sup>24</sup>

Por todo ello, el TEDH puede condenar al Estado que haya violado los derechos dimanantes del CEDH a reparar el perjuicio

ocasionado a la víctima con el otorgamiento de la satisfacción equitativa o *ius satisfaction*, estableciendo el artículo 41 CEDH:

“*Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.*”

Debiendo producirse una serie de condiciones para la concesión de la satisfacción equitativa por parte del Tribunal: la violación de las obligaciones del Estado para con el Convenio; que genere un daño material o moral; el establecimiento de una relación causal entre el mencionado daño y la violación del Convenio; la solicitud de una indemnización por parte de la víctima; y la imposibilidad de reparación<sup>25</sup>, si bien, el Tribunal, al respecto de esto último, deberá de analizar bien si se encuentra ante un caso de imposibilidad de indemnización o bien ante la posibilidad de restituir pero en la que el Estado se niega o no le es posible de realizar.

En cuanto al perfil de quien puede solicitar dicha satisfacción equitativa, tanto la propia Comisión como el TEDH consideran que no

<sup>21</sup> Ripol Carulla, S., (2007). *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento español*. Atelier

<sup>22</sup> Van Boven, T. (2003). Reparations. A Requirement of Justice. En Cançado Trindade, A.A. (Ed.). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, 2.ª ed., 653-673. Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>23</sup> Ibid, pp. 661-664.

<sup>24</sup> Caso nº 14556/89 Papamichaloupoulos y otros c. Grecia. Sentencia del TEDH de 31 de octubre de 1995.

<sup>25</sup> Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A., y Zwaak, L. (2018). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5.ª ed., Intersentia, pp. 245-251.

sólo puede emprenderse por la víctima directamente perjudicada, sino también por víctimas potenciales e indirectas.<sup>26</sup> Pues en el caso *Söring* contra Reino Unido, el TEDH declaró que, de producirse la extradición del demandante, se vulneraría lo establecido en el artículo 3 del CEDH, dada el alto grado de probabilidad de que éste sufriera tratos inhumanos o degradantes en el país de destino.<sup>27</sup> O, como hemos mencionado, el TEDH también tiene en consideración a las posibles víctimas indirectas, definiéndolas como “*toda persona que hubiera sufrido indirectamente un perjuicio como resultado de una violación o que tuviese un interés personal válido en asegurar el cese de tal violación*”<sup>28</sup>.

Aunque podemos apreciar un cambio en la jurisprudencia del TEDH durante los últimos años de la mera orientación e imposición de indemnización a solicitar la restitución y la no repetición de la violación, siempre y cuando éstas fueran posibles de ser llevadas a cabo<sup>29</sup>. Como, por ejemplo, podemos ver en el caso *Öcalam* contra Turquía, en el que señala que “*En el contexto específico de los casos contra Turquía, relativos a la independencia e imparcialidad de los tribunales nacionales de seguridad nacional [...], en principio, la forma más apropiada de reparar sería otorgar al demandante un nuevo juicio sin demora si así lo solicita*”.<sup>30</sup>

#### 4. Posturas de Terceros Intervinientes en el Asunto N.D. y N.T. contra España

##### 4.1. La Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa

Tanto la actual Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa como su predecesor establecieron en este asunto su criterio relativo a la vulneración de los derechos humanos de aplicarse expulsiones colectivas a los migrantes, al privar a estos de sus derechos de solicitar protección internacional como el de poder instar recursos efectivos contra las expulsiones.<sup>31</sup> Por otro lado, también señaló que “*las vallas fronterizas aludidas formaban parte del territorio español y que la cuestión que se planteaba en el presente caso no era tanto si los demandantes debían haber solicitado asilo sino si se había violado su derecho a la protección contra las expulsiones colectivas.*”<sup>32</sup>, dado que, en línea con la LOEX, sí existe la posibilidad de denegar el acceso a través de los puestos fronterizos o en las proximidades de la frontera, y procediendo, incluso, el retorno de los mismos pero que “*dichos procedimientos requerían identificar y registrar a las personas interceptadas, al respeto de las garantías procesales, ser asistidos por abogado*

<sup>26</sup> Queralt Jiménez, A. (2003). *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch. pp. 180-188.

<sup>27</sup> Caso nº 14038/88 *Soering* c. Reino Unido. Sentencia del TEDH de 7 de julio de 1989

<sup>28</sup> Caso nº 6167/73 X c. República Federal de Alemania. Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 1974

<sup>29</sup> Shelton, D. (2006). *Remedies in International Human Rights Law*. Oxford University Press. pp. 280-285.

<sup>30</sup> Caso nº 46221/99 *Öcalam* contra Turquía. Sentencia del TEDH de 12 de marzo de 2003.

<sup>31</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020.Par.142

<sup>32</sup> *Ibid* Par. 142

*e intérprete y el acceso a los recursos jurídicos disponibles.*<sup>33</sup>

Finalmente, señalar que, a pesar de certificarse la apertura en Beni Enzar una oficina para las demandas de asilo, “*el acceso a este puesto fronterizo seguía siendo imposible para los procedentes de África subsahariana que se encontraban del lado marroquí de la frontera, cuya única opción para entrar en España era escalar las vallas.*”<sup>34</sup>, datos que quedan registrados en las atenciones realizadas por los letrados del Colegio de Abogados de Melilla dado que, “*aproximadamente el 85% de los solicitantes de asilo asistidos -en Beni Enzar- durante las entrevistas de formalización han sido nacionales sirios que residían en campamentos de refugiados en Siria o palestinos provenientes de la franja de Gaza*”<sup>35</sup>

#### 4.2. Estados Parte

El Gobierno belga es el primero de los Estados Miembros que presta pleno apoyo a España en el caso que nos precede. Sus líneas, por supuesto, se sustentan en la obligación de vigilancia de las fronteras estatales, adoptando las medidas oportunas para evitar el cruce irregular de las mismas. En esta línea citaremos el artículo 77.1.b) del TFUE: “*garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;*” el artículo 5.1 del Código de Fronteras Schengen, al respecto del paso de fronteras “*sólo*” por los pasos fronterizos, y el artículo 13 del citado Código, el cual sí habla de que “*Toda persona que*

*haya cruzado una frontera ilegalmente [...] será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE*”, pero el Gobierno belga se acoge a que sólo podrá ser aplicada esta norma a aquellas personas que ya se encuentren dentro del territorio y “*que la guardia de vigilancia de fronteras se había limitado a repeler un intento de cruce ilegal por parte de extranjeros*”<sup>36</sup>, dejando clara su postura al entender que no considera que los demandantes no se encontraban dentro del territorio español.

Por su parte, el Gobierno francés hace especial hincapié en la conducta “*culpable*” de los solicitantes, en referencia al asunto Khlaifia y otros<sup>37</sup>, en cuyo inicio tilda de culpables a los demandados, terminología que ya nos tendría que hacer reflexionar, y que mantiene con su segunda apreciación sobre el asunto Hirsi Jamaa y otros<sup>38</sup> al hacer una especial consideración por la diferenciación de que “*las interceptaciones en alta mar no podían compararse*” al, supuestamente, no haber habido oportunidad de realizar un examen de las circunstancias individuales de los migrantes, señalando -alineado con el Gobierno Belga- que “*nada había impedido a los demandantes utilizar las vías legales y efectivas disponibles con el fin de obtener una evaluación individualizada de sus circunstancias por parte de las autoridades españolas competentes*”.<sup>39</sup>

Y, en cuanto a las Directivas 2013/33/UE y 2013/32/UE<sup>40</sup>, dado su ámbito sobre pro-

<sup>33</sup> Ibid. Par. 143.

<sup>34</sup> Ibid. Par. 143.

<sup>35</sup> Imbroda Ortiz, B. J. (2017). Asistencia jurídica gratuita a extranjeros en Melilla. *La diversidad cultural. Migraciones en Melilla y actividad emprendedora*. Aranzadi. Pg. 249

<sup>36</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. Par.142.

<sup>37</sup> Caso nº 16483/12 Khlaifia y otros c. Italia. Sentencia del TEDH de 15 de diciembre de 2016

<sup>38</sup> Caso nº 27765/09 Hirsi Jamaa y otros c. Italia, Sentencia del TEDH de 23 de febrero de 2012

<sup>39</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. Par.148

<sup>40</sup> Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la

cedimientos de Protección Internacional, declaran que “no eran aplicables en la medida en que sólo se aplicaban cuando un nacional de un tercer país hubiera presentado una solicitud de asilo en la frontera o en el territorio de un Estado miembro”<sup>41</sup>. Pero va más allá, diciendo que “la guardia de fronteras no estaba obligada a informar a los nacionales de terceros países retenidos en lugares distintos de los pasos fronterizos de la posibilidad de solicitar asilo en el territorio del Estado miembro en cuestión”.<sup>42</sup> Y que, además, no existían pruebas sobre que dichas personas estuvieran interesadas en solicitar, lo cual, desde nuestro punto de vista, es toda una afrenta a los Derechos Humanos, dado que, el Gobierno Francés, ya comenta que podría “inferirse” este requisito de informar del artículo 6.5 de la Directiva 2013/32/UE que cita -con claridad meridiana- que: “Cuando una solicitud simultánea de protección internacional por parte de un gran número de nacionales de terceros países o apátridas haga muy difícil en la práctica respetar el plazo fijado en el apartado 1, los Estados miembros podrán disponer que el plazo se amplíe a 10 días hábiles”. Y con el artículo 8 de la Directiva 2013/33/UE:

“1. Cuando se presuma que nacionales de terceros países o apátridas mantenidos en centros de internamiento o que se encuentren en puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores, pueden desear presentar una solicitud de protección internacional, los Estados miembros les facilitarán información sobre la posibilidad de hacerlo.

2. Los Estados miembros garantizarán que las organizaciones y personas que presten asesoramiento y consejo

retirada de la protección internacional y Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional

*a los solicitantes tengan acceso efectivo a los solicitantes que se encuentren en los puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores.”*

Si tras la lectura de los mismos no queda claro al ejecutivo francés, desconocemos que podrá serlo.

El Gobierno Italiano, de nuevo, hace referencia a las políticas de seguridad en relación al control de fronteras, estableciendo una línea más dura con respecto a las decisiones que considera son de plena competencia de los Estados, donde no debería de haber injerencia en los ámbitos de control de entrada, residencia y expulsión de los extranjeros.

Se une al Gobierno Belga en cuanto a la no aplicación en este asunto de la Directiva 2008/115/UE al no considerar su estancia en territorio español y que, por supuesto, tenían la opción de solicitar asilo en los puestos habilitados para ello. Concluyendo con todo un manifiesto comunitario-proteccionista al decir que “los Estados debían cumplir sus obligaciones de vigilancia y control de las fronteras exteriores de la Unión Europea, en interés de todos sus Estados miembros y de la lucha contra la trata de personas y la inmigración ilegal.”<sup>43</sup>

#### 4.3. Otros terceros intervinientes

El ACNUR denunció la realidad de los migrantes que quieren solicitar asilo en los pue-

<sup>41</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. Par. 149

<sup>42</sup> Ibid. Par. 149

<sup>43</sup> Ibid. Par. 151

tos fronterizos pero que “*se les impedía sistemáticamente llegar a la frontera por el lado marroquí*”<sup>44</sup>, y que los procedimientos en los centros de detención de Ceuta y Melilla -duración y condiciones- “*desaniman a los extranjeros que actúan de buena fe a la hora de solicitar protección internacional en ese lugar*”<sup>45</sup>, por lo que, las expulsiones y rechazos en frontera, continúan sin que haya un procedimiento de identificación y recepción con unas medidas adecuadas.

Por su parte, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) es clara con relación a la necesidad de garantizar por parte de los Estados a todo extranjero que forme parte de una expulsión colectiva “*el derecho a un recurso efectivo con efecto suspensivo automático para que puedan impugnar la medida en cuestión, y también de impedir que se adopten medidas contrarias al Derecho internacional en materia de derechos humanos y, si procede, proporcionar una reparación por la violación, ponerle fin, eliminar sus consecuencias y ofrecer una indemnización a las personas expulsadas infringiendo la prohibición de las expulsiones colectivas.*”<sup>46</sup>

En cuanto a la entidad CEAR rebate la aplicación de la Disposición adicional décima sobre el régimen especial de Ceuta y Melilla de la LOEX, que, por su importancia para este estudio reproduciremos:

*“1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.*”

<sup>44</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. Par. 155

<sup>45</sup> Ibid, par. 155

*2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.*

*3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.”*

Por lo que, el apartado uno es aplicado a plenos efectos, pero el apartado segundo queda constituido como papel mojado, dado que se entiende sobre la practicidad del cumplimiento de su apartado tercero, es decir, sólo si las solicitudes son formalizadas “*en los lugares habilitados al efecto*”. Además, CEAR realiza mención al Protocolo operativo de vigilancia de fronteras" de la Guardia Civil, de 26 de febrero de 2014, por la que se “*había permitido que se llevaran a cabo expulsiones colectivas sin la obligación de ofrecer garantía alguna en el momento de la expulsión.*”<sup>47</sup>, documento que excluye la jurisdicción española, y por ende la aplicación de los derechos de los extranjeros, a menos que los migrantes puedan superar el dispositivo policial situado tras el segundo vallado.

Y, respecto al marco jurídico marroquí sobre la protección internacional, señala CEAR que Marruecos no había aprobado ninguna normativa desde la ratificación del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1956, constatándose la inactividad en esta área y que, desde 2013, “*la ma-*

<sup>46</sup> Ibid, par. 156

<sup>47</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. Par. 157

yoría de los migrantes que trataban de llegar a la oficina del ACNUR en Rabat fueron arrestados y detenidos, lo que les impidió solicitar protección.”<sup>48</sup>

Finalmente, el Centro AIRE, Amnistía Internacional, el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE), el Consejo Neerlandés para los Refugiados y la Comisión Internacional de Juristas, actuando de forma conjunta y amparados en el artículo 19.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, enuncian la prohibición de las expulsiones colectivas, por las que, bajo ningún concepto, “los Estados no estaban exentos de sus obligaciones a ese respecto por el hecho de que los demandantes no solicitaran expresamente el asilo o no relatasen los riesgos a los que se exponían en caso de expulsión.” Y, en virtud de esto, “Denegar a un grupo de extranjeros el acceso al territorio o a la frontera sin tener en cuenta las circunstancias individuales de cada uno de ellos equivalía a una violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio.”<sup>49</sup>

### 5. Análisis y decisión del TEDH en el asunto N.D. y N.T. contra España

El Gobierno Español señala que no sería de aplicación el artículo 4 del Protocolo nº 4 -expulsiones colectivas- dado que considera que sólo había mediado por parte de las autoridades un proceso de denegación de entrada a territorio y no expulsión de los demandantes, quedando patente que no consideraban que los mismos hubieran entrado en territorio español. De hecho, “el Gobierno cuestionó la jurisprudencia del Tribunal, que, a su juicio, se había separado de la voluntad de los autores del artículo 4 del Protocolo nº 4 al ampliar su ámbito de aplicación a cuestiones extraterritoriales”<sup>50</sup>, suscribiéndose al planteamiento de que no se trataban de migrantes por vía marítima con arriesgo de sus

vidas y de que tampoco podían demostrar que habían intentado entrar en el territorio a través de los puestos fronterizos.

En su sentencia, el Tribunal reconoce la necesidad de control y protección de fronteras por parte de los Estados miembros en el ámbito de la Unión, así lo establece citando el Código de Fronteras Schengen, según el cual: “El control fronterizo no se efectúa únicamente en interés de los Estados miembros en cuyas fronteras exteriores se realiza, sino en interés del conjunto de los Estados miembros que han suprimido los controles en sus fronteras interiores. El control fronterizo debe contribuir a la lucha contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos, así como a la prevención de cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública y a las relaciones internacionales de los Estados miembros.”<sup>51</sup>

Respecto de la aplicación de la devolución, el TEDH señala el comentario del artículo 6 del Proyecto de Articulado de la Comisión de Derecho Internacional, por la que reconoce como refugiado a toda persona que también se encuentre de forma irregular en el territorio pero que haya solicitado asilo y se encuentren las autoridades examinando la misma. Sin embargo, deja -de nuevo- un criterio de arbitrariedad abierto al concluir acogiéndose a las palabras del citado comentario del artículo 6: “En todo caso, el artículo 6 se entiende sin perjuicio del derecho de un Estado a expulsar, por motivos distintos de los mencionados en el apartado a), a un extranjero cuya solicitud de estatuto de refugiado sea manifiestamente abusiva.” Porque, ¿qué criterios aplicará realmente el Estado para considerar abusiva la solicitud del Estatuto del Refugiado? Dado que, si no quedan claros términos esenciales como la territorialidad y

<sup>48</sup> Ibid. Par. 158

<sup>49</sup> Ibid. Par. 161

<sup>50</sup> Ibid. Par. 165

<sup>51</sup> Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, Cons. 6

se vulneran derechos como la identificación de potenciales solicitantes de asilo, sus criterios de aplicabilidad podrían quedar supeditados a ámbitos que abarcarían desde la seguridad a la economía, pero no a los imperativos de los Derechos Humanos.

El TEDH deja claro respecto a la limitación territorial que

*“la existencia de una valla situada a cierta distancia de la frontera no autoriza a un Estado a excluir, modificar o limitar unilateralmente su jurisdicción territorial, que comienza en la línea fronteriza.”*

Con lo que devuelve el guante contra los Estados al decir que

*“respecto a las alegaciones de algunos terceros intervinientes según las cuales la legislación de la Unión Europea exige que los Estados miembros protejan las fronteras exteriores de la Unión Europea con arreglo al Código de Fronteras Schengen, el Tribunal señala que los artículos 1, 2.2.a) y 4.3 y 4.4 de la Directiva de retorno establecen claramente que los Estados pueden adoptar o mantener disposiciones más favorables para aquellos a quienes se aplica, sin que sus decisiones y acciones a ese respecto entren en el ámbito de competencia de la Unión Europea”, y declarando como cierre que “que la naturaleza específica del contexto migratorio no puede justificar un ámbito de ilegalidad en el que los individuos no estén amparados por un sistema jurídico que les permita disfrutar de los derechos y garantías previstos en el Convenio, que los Estados se han*

*comprometido a asegurar a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.”*<sup>52</sup>

Centrados sobre la consideración de expulsión de los demandantes o de denegación por parte del Gobierno, el Tribunal señala que *“es indiscutible que los demandantes fueron expulsados de territorio español y devueltos por la fuerza a Marruecos, contra su voluntad y esposados”*, y, por ello, desestima las pretensiones del Gobierno español respecto a la no aplicación del artículo 4 del Protocolo nº 4, declarando admisibles las demandas. Pero, llegados a este punto, que las expulsiones procedieran o no, –y cómo procedieran– parecen quedar ensombrecidas por el término cuantitativo de la colectividad. A pesar de que, así lo establece el propio Tribunal, *“el número de personas afectadas por una determinada medida es irrelevante para determinar si ha habido o no una vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 4”*<sup>53</sup>, dado que los criterios que deben establecerse para determinar que se ha producido o no una expulsión colectiva estriban en *“la ausencia de un análisis razonable y objetivo del caso particular de cada uno de los extranjeros del grupo.”*<sup>54</sup> De hecho, el Gobierno Español impugnó el carácter colectivo de la expulsión al enunciar que sólo afectó ésta a dos personas, siendo el Tribunal quien da la razón a los demandantes al reconocerlos dentro de un grupo más numeroso.

Sin embargo, la orientación jurisprudencial del Tribunal se escora directamente hacia la determinación de si los demandantes tuvieron o no oportunidad y medios de solicitar protección internacional acorde a las vías que el propio Gobierno Español ha reflejado, pues enuncia que la *“legislación española ofrecía a los demandantes varias posibilidades para solicitar la admisión en el territorio nacional, ya fuera mediante*

<sup>52</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. Par. 109 y 110

<sup>53</sup> Ibid. Par. 194

<sup>54</sup> Caso nº 16483/12 Khlaifia y otros c. Italia. Sentencia del TEDH de 15 de diciembre de 2016

*la solicitud de un visado o mediante la solicitud de protección internacional, particular en el puesto fronterizo de Beni Enzar, pero también en las representaciones diplomáticas y consulares de España en sus países de origen o tránsito, o incluso en Marruecos.”<sup>55</sup>*

Y alega que los demandantes no impugnaron de manera convincente la precisión de las estadísticas del Gobierno<sup>56</sup>, ni tampoco que existía una posibilidad real de solicitar protección internacional en los puestos fronterizos, y de que, en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009, a pesar de las limitadas competencias de los embajadores, según hemos podido ver anteriormente, también tenían opción de acceder al procedimiento de asilo, no convenciéndose el TEDH de que las vías expuestas no fueran efectivas y accesibles para los demandantes, exponiéndolo a continuación, “*en consecuencia, no hay indicios de que los demandantes, de haber utilizado el procedimiento previsto en el artículo 38 y a la espera de su resultado, se hubieran visto expuestos a riesgo alguno de maltrato en Marruecos*”.<sup>57</sup>

En un resumen de sus decisiones finales, destacamos la desestimación de la objeción preliminar del Gobierno sobre la falta de jurisdicción, dado que plantea una apertura para futuros casos en relación a los términos de territorialidad, y sus decisiones de declarar la no vulneración del artículo 4 del Protocolo nº4 del Convenio ni de su artículo 13. Resumen que finaliza con toda pretensión al hacer valer la aplicación de los Derechos Humanos frente a los intereses de los Estados miembros cuando el instrumento que mide los raseros normativos choca con las autonomías de los poderes fácticos nacionales.

## II. CONCLUSIONES

En el contexto que nos ocupa, la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto N.D. y N.T. contra España conlleva una interpretación que arroja luces y sombras en la aplicación del CEDH, pues, por un lado, llega a establecer una serie de puntos favorables relativos al alcance de la prohibición de las expulsiones colectivas, y al establecer una definición fronteriza. Aunque, por otro lado, relativiza la prohibición de las devoluciones colectivas en términos de conducta culpable por parte del Estado transgresor.

En primer lugar, el TEDH hace todo un despliegue jurisprudencial en relación a la prohibición de expulsiones colectivas tomando como referencia la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo 4 sobre devoluciones inmediatas y forzosas de los migrantes de una frontera terrestre, estableciendo, respecto al alcance que poseen tales expulsiones, los derechos de protección que le son inherentes a los demandantes de asilo en casos de inadmisión o rechazo en frontera, siendo equitativos los términos inadmisión con devolución, y, por tanto, de las obligaciones dimanantes que tiene un Estado con respecto a la propia devolución de refugiados.

En segundo lugar, el TEDH también rebate cualquier intento por parte de los Estados interesados de hacer uso de sus políticas sobre el efecto llamada con una férrea oposición a través de sus sentencias garantistas de los derechos humanos frente a cualquier justificación que pretenda vulnerar los mismos, dejando muy claro que los problemas relaciones a la gestión de flujos migratorios, en el que incluye a los demandantes de asilo, no puede ser incompatible con el CEDH ni sus Protocolos.

<sup>55</sup> Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. Par. 212

<sup>56</sup> Ibid. Par. 214

<sup>57</sup> Ibid. Par. 226

En tercer lugar, el TEDH establece precedente al pronunciarse sobre la definición de frontera y la jurisdicción operante en la misma respecto a las entradas irregulares en pos de la garantía de los derechos humanos garantizados en el CEDH y sus Protocolos, dado que establece claramente su posición sobre la jurisdicción territorial del Estado desde la frontera, a pesar de los ambages que pretendía el Gobierno español con el perímetro del vallado.

En cuarto lugar, a medida que avanzamos en la lectura de la sentencia, empezamos a ver cómo se difuminan las líneas de los derechos humanos en el ámbito del CEDH pronunciándose el TEDH a favor de la actuación del Estado español, llegando a legitimar las expulsiones en frontera tanto por los Estados miembros como por la propia FRONTEX, en base a una doble relativización del artículo 4 PF4, dado que el TEDH establece terminología difusa cuando considera que debe de mantener abierto un criterio que podría dejar sin margen de maniobra a los Estados, como la aplicación del uso de factores que sugieren una subjetividad de efectividad al expresar que las entrevistas individuales se cumplen al existir posibilidades reales y efectivas para la presentación de alegaciones contra las órdenes de expulsión, o, en relación a la consideración de la conducta del migrante expulsado, por lo que el Tribunal considera que no hubo cooperación activa por parte de los demandantes y exonerando al Gobierno español de cualquier responsabilidad por la falta de evaluación.

En quinto lugar, esta valoración individualizada conlleva la desprotección de los derechos en el terreno y debiendo de plantearse una y otra vez denuncias ante el Tribunal, creando una interminable lista de sentencias que no acotan la actuación intervencionista del Estado miembro en relación a sus intereses migratorios, dando como resultado la sa-

tisfacción para el TEDH que el Estado constituya procedimientos formales, pero no efectivos, lo que conllevaría a las personas migrantes a tener que arriesgar sus vidas para entrar en territorio español de forma irregular, dado que las posibilidades de hacerlo por las vías puestas a disposición, como hemos visto, le son estériles y fútiles, cuando no impedidas.

En sexto lugar, ha quedado claro por nuestra parte que, al amparo de lo dispuesto en la constante jurisprudencia del TEDH al respecto del *non refoulement*, éste no fue respetado por el Estado español dado que no se procedió a una identificación e investigación individualizada de cada caso antes de la devolución de las personas.

Por todo ello, podemos ver como el avance por el reconocimiento de los derechos es lento, aunque, desde una perspectiva optimista, progresivos dado que, sentencia tras sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se van incorporando nuevas argumentaciones que reflejan arrojan luz sobre una parte que los Estados miembros, en el ámbito de su política migratoria, hubiera querido que permaneciese oculta amparándose en conceptos difusos como frontera operativa o en políticas tendenciosas de seguridad y control de fronteras. Pero desde una perspectiva pesimista, vemos como la política europeísta -sus intereses- se imponen a golpe del martillo judicial en un ámbito independiente como el de la competencia del TEDH, que fue creado en virtud del CEDH, pues, como hemos visto, España es apoyada por tres de los grandes fundadores de la Unión Europea, Francia, Italia y Bélgica, lo que ha supuesto en la referida sentencia una presión poderosa de la que un Tribunal Internacional, con competencia sobre violaciones del CEDH que fueren cometidas por los Estados Parte pero sin el apoyo de una estructura ejecutiva real, propia de un sistema de división de poderes, no puede hacer caso omiso.

En conclusión, deberemos preguntarnos: ¿a qué nos llevará el futuro de la Unión Europea? ¿Tenderá a crear un Estado europeo constituido por un poder ejecutivo común que vele por el cumplimiento de las sentencias que impliquen a sus Estados miembros o se diluirá a sus orígenes plenamente económicos y perderá la ocasión de ser ejemplo como garante de los derechos y deberes que son base para la evolución de la Humanidad?

Desde nuestra humilde opinión, debemos de establecer una serie de medidas destinadas a paliar esta situación que atenta contra los derechos humanos y, por ende, contra las vidas e integridad de las personas que arriesgan sus vidas por buscar la seguridad de la que se ven privadas en sus países de origen. A tales efectos, planteamos dos propuestas en dos ámbitos de actuación:

#### 1. Países de emigración

Planteamos una propuesta basada en la colaboración con los países que se encuentran en vías de desarrollo y de los cuales emigran miles de personas cada año. En esta línea, proponemos una acción directa por la cual, los Estados interventores, una coalición de los países que conforman la Unión Europea y abierta a países con alto índice de desarrollo -Canadá, Estados Unidos, Japón, etc.- se impliquen aportando de forma directa el 1% de su PIB en un plan de a cinco años en el que exporten profesionales de diversas áreas para estudiar, planificar y desarrollar en los países objeto de la cooperación un plan de estudio de viabilidad que abarque los principales problemas de funcionamiento y seguridad. Se establecería en un plan a 3 fases, por los que, los Estados interventores, se comprometerían a lo siguiente:

1) Fase de estudio y planificación: Los Estados interventores realizarán un estudio de los factores del país objeto de la intervención, sobre

sus recursos potenciales y en la aplicación de un plan formativo de la población, de alimentación, seguridad y de desarrollo sanitario.

2) Fase de desarrollo: A través de la colaboración de empresas de diversos sectores y de un ambicioso plan de empleo de cooperación en el país objeto de las ayudas, se deberán de ir cumpliendo los objetivos anuales hasta los 5 años de intervención previstos, con el objetivo de formar a la población nacional para su posterior autonomía.

3) Fase de autonomía: Por la cual, una vez comprobada la evolución favorable y constatable del crecimiento del país, los Estados interventores deben de abandonar su mediación directa para respetar el principio de soberanía y sin establecer medidas abusivas destinadas a recuperar su inversión. En esta fase, las generaciones formadas y con el plan de experiencia mixta deberán de hacerse cargo de las políticas de su país.

#### 2. Países de inmigración

Los países interventores deberán diseñar políticas eficientes y de integración inmediata en su derecho interno, por la cual se favorezcan unas vías de inmigración que dejen sin efecto a los grupos de delincuencia dedicados a la mercancía de seres humanos. Con tal fin, los Estados deberán de aplicar medidas prácticas en sus consulados y embajadas para aquellas personas que soliciten en ellas protección internacional, acorde a las normas de diplomacia, para lo que se deberán establecer convenios con los Estados donde se encuentren estas misiones diplomáticas y con las Organizaciones Internacionales de corte huma-

nitario para el alojamiento temporal y actuación preventiva en materia de salud, higiene y alimentación de los potenciales solicitantes, y de las salidas seguras por zonas aeroportuarias con destino a países seguros donde se procederá al trámite de sus solicitudes.

A través de la dirección del ACNHUR y en colaboración con entidades de ámbito internacional para la atención de personas refugiadas, se plantearán acuerdos con los principales Estados exportadores de migración, así como de atención en las principales rutas de tránsito, hasta que estas se vean reducidas, para la instalación de centros de refugiados, donde se atenderán a los potenciales solicitantes de asilo en líneas de lo expuesto en el párrafo anterior.

Las sentencias del TEDH deberían de ser de ejecución directa en la aplicación del Estado transgresor del CEDH, sin la supervisión, más allá de un control supletorio, del Consejo de Ministros, siendo los propios órganos competentes de cada Estado el de ejecutar las medidas oportunas establecidas por el TEDH.

Finalmente, en una aplicación práctica y directa con la actuación del Estado español, se deberían de establecer medidas destinadas a garantizar la seguridad de cada persona que llegue a sus fronteras con intención de solicitar protección internacional, estableciendo controles efectivos por los que derivar a todas aquellas personas que se personen a sus fronteras y evitando la exposición de su integridad realizando los actuales asaltos al vallado. Proponemos un acuerdo con Marruecos por el que, con la mediación de Naciones Unidas, se establezca una zona de tránsito que se extienda por todo el límite del vallado y con objeto de establecer centros de refugiados, cuya estancia sea lo más provisional posible, y donde realizar atenciones de cuidados básicos e identificación de las personas que deseen

entrar en territorio español, y, por ende, de la Unión Europea.

### III. BIBLIOGRAFÍA

#### 1. Artículos doctrinales

Blanco Rajoy, J. J. (2020). Garantías procedimentales convertidas en papel mojado. Legalidad de los rechazos en frontera a la luz del convenio europeo derechos humanos. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 110, 1-34

Marengoni, V. (2016) El desplazamiento de personas: refugiados y el principio de non refoulement [Máster, Universidad Internacional de La Rioja]. Reunir. <https://re-unir.unir.net/handle/123456789/4844>

Ripol Carulla, S., (2007). El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento español. *Atelier*

#### 2. Monografías

Gómez Isa, F. y Pureza, J.M. (2004). *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*. Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao

Imbroda Ortíz, B. J. (2017). Asistencia jurídica gratuita a extranjeros en Melilla. *La diversidad cultural. Migraciones en Melilla y actividad emprendedora*. Aranzadi.

Queralt Jiménez, A. (2003). *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch

Shelton, D. (2006). Remedies in International Human Rights Law. Oxford University Press

Sudan Doctor's Syndicate. (2019). Violations Associated with the Announcement of the Emergency State in Sudan. <https://africa-sacountry.com/2019/03/sudans-doctors-and-treating-the-political-ailments-of-the-nation>

Van Boven, T. (2003). Reparations. A Requirement of Justice. En Cançado Trindade, A.A. (Ed.). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Tomo I, 2.ª ed., 653-673. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A., y Zwaak, L. (2018). Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 5.ª ed., Intersentia

## ANEXO I. LEGISLACIÓN

### 1. Derecho de la Unión Europea

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DOUE» núm. 180, de 29 de junio de 2013)

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE» núm. 180, de 29 de junio de 2013)

Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DOUE» núm. 77, de 23 de marzo de 2016)

### 2. Derecho Internacional Público

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979)

Protocolo nº 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio nº 46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 (BOE» núm. 247, de 13 de octubre de 2009)

A/RES/56/83. Asamblea General de las Naciones Unidas (12 de diciembre de 2001). Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

## ANEXO II. JURISPRUDENCIA

### 1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso nº 6167/73 X c. República Federal de Alemania. Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 1974

Caso nº 14038/88 Soering c. Reino Unido. Sentencia de 7 de julio de 1989

Caso nº 14556/89 Papamichaloupoulos y otros c. Grecia. Sentencia de 31 de octubre de 1995.

Caso nº 25803/94 Selmouni contra Francia. Sentencia de 28 de julio de 1999.

Caso nº 46221/99 Öcalam contra Turquía. Sentencia de 12 de marzo de 2003.

Caso nº 1948/04 Salah Sheekh c. Países Bajos. Sentencia de 11 de enero de 2007.

Caso nº 37201/06 Saadi contra Italia (GS). Sentencia de 28 de febrero de 2008

Caso nº 11449/07 Sufi y Elmi c. Reino Unido. Sentencia de 28 de junio de 2011.

Caso nº 61498/08 Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido. Sentencia de 2 de marzo 2010.

Caso nº 27765/09 Hirsi Jamaa y otros c. Italia, Sentencia de 23 de febrero de 2012

Caso nº 16483/12 Khlaifia y otros c. Italia. Sentencia de 15 de diciembre de 2016

Caso nº 8675/15 y 8697/15 N.D. y N.T. contra España. Sentencia de 13 de febrero de 2020

## **2. Del Tribunal Constitucional**

Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 17/2013, de 31 de enero de 2013. Fundamento Jurídico 12.