



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO  
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y  
DERECHOS HUMANOS

ÁREA DE DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA  
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS*

*Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias, decisiones y cualquier otra documentación.*

GRAN SALA

**ASUNTO N.D. Y N.T. contra ESPAÑA**

*(Demandas nº 8675/15 y 8697/15)*

SENTENCIA

ESTRASBURGO

13 de febrero de 2020

*Esta sentencia es firme, pero puede ser objeto de revisión editorial.*



## CONTENIDO

<b>PROCEDIMIENTO .....</b>	<b>5</b>
<b>HECHOS .....</b>	<b>8</b>
<b>I. ANTECEDENTES DEL CASO .....</b>	<b>8</b>
<b>II. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ASUNTO.....</b>	<b>9</b>
A. Origen del asunto .....	9
B. Los acontecimientos del 13 de agosto de 2014.....	10
C. La posterior entrada de los demandantes en España .....	11
<b>MARCO JURÍDICO Y PRÁCTICA RELEVANTES .....</b>	<b>12</b>
<b>I. DERECHO Y PRÁCTICA INTERNAS .....</b>	<b>12</b>
A. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("LOEX") .....	12
B. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria .....	13
C. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley reguladora del derecho de asilo. ....	14
D. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (Reglamento de desarrollo de la LOEX) .....	15
E. Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 (vigente en el momento de los hechos) en el que se introduce la expresión "frontera operacional" .....	17
F. Carta circular a todos los embajadores españoles.....	17
G. El Defensor del Pueblo .....	18
<b>II. LEGISLACIÓN EUROPEA.....</b>	<b>19</b>
A. Tratado de la Unión Europea (modificado por el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009) .....	19
B. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea .....	19
C. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (modificado por el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009) .....	20
D. Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990 .....	22
E. Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) .....	23

F. 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) (consolidado) .....	25
G. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular ("Directiva de retorno") .....	25
1. Texto de la Directiva .....	25
2. Jurisprudencia relevante del TJUE en relación con esta Directiva .....	27
H. Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado [versión posterior: Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013].....	29
I. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición).....	31
J. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración (2015/2095(INI)) .....	33
<b>III. DOCUMENTOS DEL CONSEJO DE EUROPA .....</b>	<b>34</b>
A. Veinte directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el retorno forzoso, aprobadas el 4 de mayo de 2005 en la 925ª reunión de los Delegados de los Ministros .....	34
B. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT).....	35
C. Informe anual de actividades de 2015 de Nils Muižnieks, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa ("el Comisario de Derechos Humanos"), de fecha 14 de marzo de 2016.....	37
D. Informe de fecha 3 de septiembre de 2018 de la misión de investigación realizada por el Embajador Tomáš Boček, Representante Especial del Secretario General para la migración y los refugiados, a España, del 18 al-24 de marzo de 2018 (SG/Inf(2018)25).....	39
E. Resolución nº 2299 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 28 de junio de 2019: Políticas y prácticas de devolución en los Estados miembros del Consejo de Europa. ....	42
<b>IV. OTRA DOCUMENTACIÓN INTERNACIONAL .....</b>	<b>43</b>
A. Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco.....	43
B. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 .....	43

C. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 .....	44
D. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984 (UNCAT).....	46
E. Declaración sobre asilo territorial, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967 (Resolución 2312 (XXII)).....	46
F. Proyecto de Articulado sobre la expulsión de extranjeros de la Comisión de Derecho Internacional. ....	47
G. Conclusiones sobre la protección internacional aprobadas por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR 1975 - 2017.....	52
H. Dictamen aprobado por el Comité de los Derechos del Niño el 12 de febrero de 2019 con arreglo al Protocolo Facultativo del Convenio sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, acerca de la comunicación N° 4/2016 .....	53
<b>LEGISLACIÓN .....</b>	<b>57</b>
<b>I. CUESTIONES PREVIAS.....</b>	<b>57</b>
A. Continuación del examen de la demanda - Artículo 37.1 a).....	57
B. Análisis de las pruebas y determinación de los hechos por parte del Tribunal .....	60
<b>II. SOBRE LA JURISDICCIÓN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 1 DEL CONVENIO .....</b>	<b>62</b>
A. La sentencia de Sala.....	63
B. Alegaciones de las partes .....	63
C. Observaciones de terceros intervinientes .....	64
D. Análisis del Tribunal.....	65
1. Principios generales.....	65
2. Aplicación al presente caso .....	66
<b>III. OTRAS OBJECIONES PRELIMINARES PLANTEADAS POR EL GOBIERNO .....</b>	<b>68</b>
A. Sobre la supuesta pérdida de la condición de víctima de los demandantes .....	68
B. Agotamiento de los recursos internos .....	69
1. El Gobierno .....	69
2. Los demandantes .....	70
3. Análisis del Tribunal .....	71
<b>IV. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO N° 4 DEL CONVENIO .....</b>	<b>71</b>
A. La sentencia de Sala.....	71
B. Las alegaciones de las partes ante la Gran Sala .....	72

1. El Gobierno .....	72
2. Los demandantes .....	75
C. Las observaciones de terceros intervinientes .....	77
1. La Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa.....	77
2. Los Gobiernos como terceros intervinientes.....	78
a) El Gobierno belga .....	78
b) El Gobierno francés .....	79
c) El Gobierno italiano.....	80
3. Otros terceros intervinientes .....	80
a) ACNUR .....	80
b) ACNUDH.....	81
c) CEAR.....	81
d) El Centro AIRE, Amnistía Internacional, el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE, por sus siglas en inglés), el Consejo Neerlandés para los Refugiados y la Comisión Internacional de Juristas, actuando de forma conjunta.....	83
D. Análisis del Tribunal.....	83
1. Aplicabilidad .....	83
a) Principios generales .....	84
b) Aplicación al presente caso .....	92
2. Sobre el fondo.....	92
a) Principios generales .....	92
b) Aplicación al presente caso .....	95
i) El hecho de que sólo hubiera dos demandantes .....	95
ii) La conducta de los demandantes .....	96
a) Las alegaciones de las partes.....	96
b) Análisis del Tribunal.....	97
<b>V. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO PUESTO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO N° 4.....</b>	<b>104</b>
A. Admisibilidad .....	105
B. Fondo .....	105
1. Sentencia de Sala .....	105
2. Valoración del Tribunal .....	106
<b>VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ PEJCHAL .....</b>	<b>109</b>
<b>VOTO PARCIALMENTE DISCREPANTE DEL JUEZ KOSKELO .....</b>	<b>115</b>

**En el asunto N.D. y N.T. contra España,**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su formación de Gran Sala compuesta por:

Linos-Alexandre Sicilianos, *Presidente*,  
Angelika Nußberger,  
Robert Spano,  
Vincent A. De Gaetano,  
Ganna Yudkivska,  
André Potocki,  
Pejchal,  
Faris Vehabović,  
Mārtiņš Mits,  
Armen Harutyunyan,  
Gabriele Kucsko-Stadlmayer,  
Pauliine Koskelo,  
Marko Bošnjak,  
Tim Eicke,  
Lətif Hüseyinov,  
Lado Chanturia,  
María Elósegui, *jueces*,

y Johan Callewaert, *Secretario Adjunto de la Gran Sala*,

Habiendo deliberado a puerta cerrada el 26 de septiembre de 2018, el 3 de julio y el 5 de diciembre de 2019,

Dicta la siguiente sentencia, que fue adoptada en la última fecha citada:

**PROCEDIMIENTO**

1. El caso se inició mediante sendas demandas (nº 8675/15 y 8697/15) contra el Reino de España. Las demandas se interpusieron el 12 de febrero de 2015 ante este Tribunal con arreglo al Artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio") por un nacional de Malí, N.D., demandante en la demanda nº 8675/15 ("el primer demandante"), y un nacional de Costa de Marfil, N.T., demandante en la demanda nº 8697/15 ("el segundo demandante").

2. Los demandantes estuvieron representados por los Sres. C. Gericke y G. Boye, abogados en ejercicio en Hamburgo y Madrid, respectivamente. El Gobierno español ("el Gobierno") estuvo representado por su agente, el Sr. R.-A. León Cavero, Abogado del Estado y Jefe del Área de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

3. En sus demandas, los demandantes alegaron, en concreto, la vulneración de los artículos 3 y 13 del Convenio, puestos en relación con el Artículo 4 del Protocolo 4 del Convenio y, por último, del artículo 13 puesto

en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4. 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.

4. Las demandas fueron asignadas a la Sección Tercera de este Tribunal (Regla 52 § 1 del Reglamento del Tribunal). Mediante decisión del 7 de julio de 2015, se notificaron al Gobierno las quejas presentadas en virtud del artículo 4 del Protocolo nº 4 y del artículo 13 del Convenio, y de ambos artículos conjuntamente. El Tribunal decidió acumular ambas demandas y declaró inadmisibles el resto de las quejas (regla 54.3 del Reglamento).

5. El Sr. Nils Muižnieks, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa ("el Comisario de Derechos Humanos") ejerció su derecho a participar en el procedimiento y presentó observaciones por escrito (artículo 36.3 del Convenio y regla 44.2 del Reglamento).

6. El Tribunal recibió igualmente observaciones escritas por parte de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), la Comisión Española de Ayuda a los Refugiados (CEAR) y, actuando colectivamente, el Centro de Asesoramiento sobre los Derechos Individuales en Europa (el Centro AIRE), Amnistía Internacional, el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados (ECRE, por sus siglas en inglés) y la Comisión Internacional de Juristas. Todos ellos habían sido autorizados por el Presidente para intervenir en calidad de terceros en virtud del artículo 36.2 del Convenio y de la regla 44.3 del Reglamento.

7. Las partes respondieron a dichas observaciones. También presentaron observaciones tras la sentencia del Tribunal de 15 de diciembre de 2016 en el asunto *Khlaifia y otros c. Italia* [GS] (nº 16483/12).

8. Mediante sentencia de 3 de octubre de 2017, una Sala de la Sección Tercera del Tribunal admitió por unanimidad el resto de las demandas y sostuvo que se había vulnerado el artículo 4 del Protocolo nº 4, y del artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4. La Sala estaba formada por Branko Lubarda, Presidente, Luis López Guerra, Helen Keller, Dmitry Dedov, Pere Pastor Vilanova, Alena Poláčková, Georgios A. Serghides, jueces, y Fatoş Aracı, Secretario Adjunto de la Sección. El Juez Dedov expresó una opinión parcialmente discrepante en relación con la concesión de satisfacción equitativa.

9. El 14 de diciembre de 2017 el Gobierno solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala, de conformidad con el artículo 43 del Convenio y la regla 73 del Reglamento. El 29 de enero de 2018, el Panel de la Gran Sala accedió a dicha solicitud.

10. La composición de la Gran Sala se estableció de conformidad con el artículo 26.4 y 5 del Convenio y la regla 24 del Reglamento.

11. Tanto los demandantes como el Gobierno presentaron observaciones por escrito sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.

12. Los Gobiernos belga, francés e italiano, a los que se les había autorizado para intervenir en el procedimiento escrito (artículo 36.2 del Convenio y regla 44.3 del Reglamento) presentaron observaciones en calidad de terceros intervinientes. También se recibieron observaciones por parte del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y de ACNUR, la CEAR y, actuando colectivamente, del Centro AIRE, Amnistía Internacional, ECRE y la Comisión Internacional de Juristas, a los que se sumó el Consejo Holandés para los Refugiados. También se incluyeron en el expediente las observaciones escritas aportadas por ACNUDH en el procedimiento ante la Sala. Las partes respondieron a estas observaciones en sus alegaciones durante la vista (regla 44 § 6 del Reglamento).

13. La Sra. Dunja Mijatović, Comisaria de Derechos Humanos desde el 1 de abril de 2018, intervino en la vista, de conformidad con lo establecido en el artículo 36.3 del Convenio. ACNUR también participó en la vista al haber sido autorizado por el Presidente para intervenir en el procedimiento oral ante la Gran Sala de conformidad con el artículo 36.2.

14. El 26 de septiembre de 2018 se celebró una vista pública en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Comparecieron ante el Tribunal:

*- por parte de los demandantes*

Sr. C. GERICKE,

Sr. G. BOYE,

Sra. I. ELBAL,

Sra. H. HAKIKI,

Sr. W. KALECK

Sra. R. MORENO,

*Abogados,*

*Asesores;*

*- por parte del Gobierno*

Sr. R.-A. LEÓN CAVERO,

Sr. F. DE A., SANZ GANDASEGUI,

El Sr. A. BREZMES MARTÍNEZ DE VILLAREAL,

Sr. M. MONTOBBIO, *Representante Permanente de España ante el*

*Consejo de Europa*

Sr. F. CORIA RICO,

El Sr. J. RUEDA JIMÉNEZ,

El Sr. L. TARÍN MARTÍN,

El Sr. J. VALTERRA DE SIMÓN,

*Agente,*

*Co-agentes,*

*Asesores;*

- *por parte del Comisariado de Derechos Humanos del Consejo de Europa*  
Sra. D. Mijatović, *Comisaria,*  
Sra. F. KEMPF,  
Sra. A. WEBER, *Asesoras;*
- *por parte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*  
Sra. G. O'HARA, Directora del Departamento de Protección Internacional,  
Sra. M. GARCÍA,  
Sr. R. WANIGASEKARA, *Asesores.*

El Tribunal escuchó las intervenciones del Sr. León Cavero, del Sr. Gericke, del Sr. Boye, de la Sra. Mijatović y de la Sra. O'Hara, y las respuestas del Sr. León Cavero, del Sr. Gericke, del Sr. Boye y de la Sra. O'Hara a las preguntas formuladas por los jueces.

## HECHOS

### I. ANTECEDENTES DEL CASO

15. La ciudad autónoma de Melilla es un enclave español de 12 km<sup>2</sup> situado en la costa del norte de África y rodeado por territorio marroquí. Se encuentra en la ruta de migración del África septentrional y subsahariana que también utilizan los migrantes sirios. La frontera entre Melilla y Marruecos es una frontera natural del espacio Schengen y, por lo tanto, facilita el acceso a la Unión Europea. Como resultado, está sometida a una presión migratoria particularmente intensa.

16. Las autoridades españolas han construido un vallado a lo largo de los 13 km de frontera que separan Melilla de Marruecos, que desde 2014 comprende tres vallas paralelas. El objetivo es impedir que los migrantes irregulares accedan al territorio español. El vallado consiste en una valla de seis metros de altura, ligeramente cóncava ("la valla exterior"); una red tridimensional de cables seguida de una segunda valla de tres metros de altura; y, en el lado opuesto de un camino patrullado, otra valla de seis metros de altura ("la valla interior"). Se han instalado puertas en las vallas a intervalos regulares para facilitar el acceso entre ellas. Se ha instalado un sofisticado sistema de circuito cerrado de televisión (incluyendo cámaras de infrarrojos), combinado con sensores de movimiento, y la mayoría de las vallas también están equipadas con mallas antitrepa.

17. Existen cuatro pasos fronterizos entre Marruecos y España, situados a lo largo de la triple valla. Entre estos puntos, en el lado español, la Guardia Civil patrulla la frontera terrestre y la costa para evitar la entrada ilegal. Con carácter regular se organizan asaltos masivos para asaltar las vallas fronterizas. Los grupos compuestos generalmente por varios cientos de extranjeros, con frecuencia procedentes del África subsahariana, intentan entrar en territorio español asaltando las vallas descritas anteriormente. Con frecuencia operan de noche para producir un efecto sorpresa y aumentar sus posibilidades de éxito.

18. Los migrantes que no logran escapar de la Guardia Civil y a quienes los funcionarios logran persuadir para que bajen de forma voluntaria utilizando escaleras, son devueltos inmediatamente a Marruecos y entregados a las autoridades marroquíes, a no ser que necesiten tratamiento médico (véase el párrafo 58).

19. En el momento de los hechos, este *modus operandi* estaba previsto únicamente en el "Protocolo operativo de vigilancia de fronteras" de la Guardia Civil, de 26 de febrero de 2014, y en la orden de servicio nº 6/2014 de 11 de abril (véase el párrafo 37 infra).

20. El 1 de abril de 2015 entró en vigor la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("la LOEX"). La disposición adicional se introdujo mediante la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, por la que se establecen normas especiales para interceptar y expulsar a migrantes en Ceuta y Melilla (véanse los párrafos 32 y 33 infra).

## II. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ASUNTO

### A. Origen del asunto

21. El primer demandante nació en 1986 y el segundo demandante en 1985.

22. El primer demandante abandonó su aldea en Malí a causa del conflicto armado de 2012. Tras pasar unos meses en un campamento de refugiados en Mauritania y luego en Argelia, llegó a Marruecos en marzo de 2013 y, supuestamente vivió en el campamento "informal" de migrantes en el Monte Gurugú, cerca de la frontera con Melilla. Declaró que las fuerzas de seguridad marroquíes habían llevado a cabo varias redadas y que mientras huía de aquellas se rompió una pierna en el verano de 2014.

23. El segundo demandante llegó a Marruecos a finales de 2012 tras atravesar Malí. También se quedó en el campo de migrantes del Monte Gurugú.

## **B. Los acontecimientos del 13 de agosto de 2014**

24. El 13 de agosto de 2014 se produjeron dos intentos de asalto organizados por las redes de contrabando: uno a las 4.42 horas formado por 600 personas y otro a las 6.25 horas formado por 30 personas. Los demandantes declararon haber participado en el primero de ellos. Ese día abandonaron el campamento del Monte Gurugú e intentaron entrar en España junto con su grupo, escalando la valla exterior junto a otros migrantes. Según el Gobierno, la policía marroquí impidió que unos 500 migrantes escalaran la valla exterior, pero un centenar de ellos lo consiguieron. Aproximadamente 75 migrantes lograron llegar a lo alto de la valla interior, pero sólo unos cuantos bajaron por el otro lado y aterrizaron en suelo español, donde fueron interceptados por los miembros de la Guardia Civil. Los demás permanecieron sentados en la parte superior de la valla interior. Los guardias civiles les ayudaron a bajar con la ayuda de escaleras, antes de escoltarles de vuelta a territorio marroquí, al otro lado de la frontera, a través de las puertas situadas entre las vallas.

25. El primer demandante declaró que había logrado llegar a la cima de la valla interior y que había permanecido allí hasta la tarde. El segundo demandante dijo que fue golpeado por una piedra mientras subía la valla exterior y cayó, pero que posteriormente había logrado llegar a la cima de la valla interior, donde permaneció durante ocho horas. Hacia las 15 horas y las 14 horas, respectivamente, el primer y el segundo demandantes, según se informa, bajaron de la valla con la ayuda de la policía española que les facilitó escaleras. 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. Los demandantes alegaron que no habían sido sometidos a procedimiento de identificación alguno y que no habían contado con la oportunidad de explicar sus circunstancias personales ni de ser asistidos por letrados o intérpretes.

26. De acuerdo con los informes, los demandantes fueron trasladados a la comisaría de policía de Nador, donde solicitaron asistencia médica. Su petición fue rechazada. Al parecer, posteriormente se les condujo a Fez, a unos 300 km de Nador, junto con otros migrantes que habían sido devueltos en circunstancias similares, donde fueron abandonados a su suerte. Los demandantes declararon que el 13 de agosto de 2014 entre 75 y 80 migrantes del África subsahariana fueron devueltos a Marruecos.

27. Algunos periodistas y otros testigos estuvieron en el lugar en que se intentó asaltar las vallas fronterizas y durante los acontecimientos posteriores, facilitando imágenes de vídeo que los demandantes aportaron ante el Tribunal.

### **C. La posterior entrada de los demandantes en España**

28. El 2 de diciembre y el 23 de octubre de 2014, respectivamente, en el contexto de nuevos intentos de asalto de las vallas, el primer y el segundo demandantes lograron escalar las vallas y entrar en Melilla. Se interpusieron sendos procedimientos en su contra y posteriormente fueron objeto de una orden de expulsión.

29. El 26 de enero de 2015 se emitió una orden de expulsión contra el primer demandante. Fue alojado en el Centro de Estancia Temporal de Emigrantes (CETI) de Melilla antes de ser trasladado al CETI de Barcelona en marzo de 2015.

El demandante interpuso un recurso de alzada contra la orden de expulsión.

El 17 de marzo de 2015, mientras dicho recurso estaba aún pendiente, el primer demandante formalizó una solicitud de protección internacional, que fue rechazada el 23 de marzo de 2015 por carecer de fundamento y ausencia de riesgo para el demandante, ya que la oficina del ACNUR había emitido un dictamen el 20 de marzo de 2015 en el que concluía que las circunstancias del primer demandante no justificaban la concesión de protección internacional. El recurso de revisión presentado por el demandante fue rechazado por decisión de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior el 26 de marzo de 2015, tras una nueva opinión negativa emitida por ACNUR ese mismo día.

En consecuencia, se levantó la suspensión del procedimiento administrativo de expulsión y el primer demandante fue devuelto a Malí vía aérea el 31 de marzo de 2015.

El día anterior se había presentado un recurso contencioso-administrativo contra la decisión de denegar la protección internacional, que fue retirado por el abogado del demandante el 15 de septiembre de 2015.

El recurso contencioso-administrativo del primer demandante contra la orden de expulsión se inadmitió mediante auto del 19 de mayo de 2015. Como no se presentó recurso alguno contra dicho auto ante los juzgados administrativos, la orden fue firme el 26 de septiembre de 2015.

Según el relato del primer demandante, ha estado viviendo en circunstancias muy precarias desde su regreso a Malí y no dispone de domicilio fijo.

30. El 7 de noviembre de 2014 se dictó una orden de expulsión del segundo demandante, que fue confirmada el 23 de febrero de 2015 tras la desestimación de su recurso de alzada. Se le alojó en el CETI de Melilla y en noviembre de 2014 se le trasladó a la península. La orden de expulsión devino firme el 11 de julio de 2015. El segundo demandante no solicitó protección internacional. Al expirar el plazo máximo de 60 días de detención de inmigrantes fue liberado. Desde entonces al parecer ha permanecido de forma irregular en España, probablemente en Andalucía y

sin domicilio fijo, según las declaraciones de sus abogados en la vista ante el Tribunal.

31. Ambos demandantes contaron con representación letrada durante el procedimiento.

## MARCO JURÍDICO Y PRÁCTICA RELEVANTES

### I. DERECHO Y PRÁCTICA INTERNAS

#### A. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("LOEX")

32. Las disposiciones pertinentes de la LOEX en vigor en el momento de los hechos establecen lo siguiente:

##### **Artículo 25 - Requisitos para la entrada en territorio español**

"1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

...

3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica".

##### **Artículo 27. Expedición del visado**

"1. El visado se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, salvo en los supuestos excepcionales que se contemplen reglamentariamente o en los supuestos en los que el Estado español, de acuerdo con la normativa comunitaria sobre la materia, haya acordado su representación con otro Estado miembro de la Unión Europea en materia de visados de tránsito o estancia.

..."

##### **Artículo 58 - Efectos de la expulsión y devolución**

"..."

3. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

...

b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país;

...”

#### **Artículo 65. Carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros**

“...

2. En todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente”.

33. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, incluyó la disposición adicional décima en la LOEX, en vigor desde el 1 de abril de 2015 (tras los acontecimientos del presente asunto). Dicha disposición establece un régimen especial para la detección y expulsión de migrantes en Ceuta y Melilla, y establece lo siguiente:

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

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

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

#### **B. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria**

34. Las disposiciones pertinentes de la Ley reguladora del derecho de asilo dicen lo siguiente:

##### **Artículo 21. Solicitudes presentadas en puestos fronterizos**

“1. Cuando una persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo, el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite la solicitud mediante resolución motivada cuando en dicha solicitud concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado primero del artículo 20. En todo caso, la resolución deberá ser notificada a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación.

...”

##### **Artículo 38. Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados**

“ Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley.

El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos".

### **C. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley reguladora del derecho de asilo.**

35. Las disposiciones pertinentes del Real Decreto 203/1995 establecen lo siguiente:

#### **Artículo 4 - Lugar de presentación de la solicitud**

"1. El extranjero que desee obtener el asilo en España presentará su solicitud ante cualquiera de las siguientes dependencias:

- a) Oficina de Asilo y Refugio.
- b) Puestos fronterizos de entrada al territorio español.
- c) Oficinas de Extranjeros.
- d) Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior.
- e) Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.

2. Cuando el representante en España del ACNUR solicite al Gobierno español la admisión urgente de un refugiado o refugiados reconocidos bajo su mandato, y que se hallen en situación de alto riesgo en un tercer país, el Ministerio de Asuntos Exteriores, a través de la Misión Diplomática u Oficina Consular española o de otro país (...) dispondrá la expedición, en su caso, de visados, títulos de viaje o salvoconductos y cuantas otras gestiones resulten procedentes (...), para facilitar el traslado a España en los términos de los artículos 16 y 29.4 del presente Reglamento".

#### **Artículo 16 - Traslado a España del solicitante**

"Cuando el interesado se encuentre en una situación de riesgo y hubiese presentado su solicitud desde un tercer país a través de una Misión Diplomática u Oficina Consular, o en el supuesto previsto en el apartado 2 del artículo 4, la Oficina de Asilo y Refugio podrá someter el caso a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, para autorizar su traslado a España durante la instrucción del expediente, previa obtención del correspondiente visado, salvoconducto o autorización de entrada, que se tramitarán con carácter urgente.

2. La Oficina de Asilo y Refugio comunicará el acuerdo de la Comisión Interministerial al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Dirección General de la Policía, que dará traslado de dicha comunicación al puesto fronterizo que corresponda.

3. El solicitante de asilo cuyo traslado a España haya sido autorizado en razón de su situación de riesgo, será informado de los derechos que le asisten conforme a la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo I del presente Reglamento, y que podrá ejercitar en el plazo máximo de un mes a partir de su entrada en territorio español.

4. El órgano competente del Ministerio de Asuntos Sociales adoptará la medidas oportunas para la recepción del solicitante por parte de la institución pública o privada que se le asigne".

#### **Artículo 24 - Normas generales de tramitación**

"1. El interesado podrá presentar la documentación e información complementaria que considere conveniente, así como formular las alegaciones que estime necesarias en apoyo de su petición en cualquier momento, durante la tramitación del expediente por la Oficina de Asilo y Refugio. Dichas actuaciones habrán de verificarse antes del trámite de audiencia previo a la remisión del expediente a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio prevista en el artículo 6 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

2. La Oficina de Asilo y Refugio podrá recabar, tanto de los órganos de la Administración del Estado como de cualesquiera otras entidades públicas, cuantos informes estime convenientes.

3. Asimismo, se incorporarán al expediente, en su caso, los informes del ACNUR y de las asociaciones legalmente reconocidas que, entre sus objetivos, tengan el asesoramiento y ayuda del refugiado.

4. El plazo máximo de tramitación del expediente será de seis meses. Transcurrido dicho plazo sin que recaiga resolución expresa sobre la solicitud de asilo formulada, ésta podrá entenderse desestimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente. En los supuestos de tramitación a través de Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares, el plazo de seis meses comenzará a contar desde la recepción de la solicitud en la Oficina de Asilo y Refugio.

5. Cuando se paralice el procedimiento por causa imputable al solicitante, la Oficina de Asilo y Refugio le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo. Transcurrido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, se acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado en el último domicilio conocido".

#### **Artículo 29 - Efectos de la concesión de asilo**

"“...

4. Cuando el solicitante hubiese presentado su solicitud en una Misión Diplomática u Oficina Consular española, estas dependencias expedirán al interesado el visado o la autorización de entrada necesarios para viajar a España, así como documento de viaje si fuera necesario, en los términos previstos en el artículo 16".

### **D. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (Reglamento de desarrollo de la LOEX)**

36. Las disposiciones pertinentes del Real Decreto 557/2011 establecen lo siguiente:

#### **Artículo 1 - Entrada por puestos habilitados**

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto por los convenios internacionales suscritos por España, el extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje en

vigor que acredite su identidad y que se considere válido para tal fin, estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigible, y no estar sujeto a prohibiciones expresas de entrada. Asimismo, deberá presentar los documentos determinados en este Reglamento que justifiquen el objeto y condiciones de entrada y estancia, y acreditar la posesión de los medios económicos suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o, en su caso, estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

...”

#### **Artículo 4 - Requisitos**

"1. La entrada de un extranjero en territorio español estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Titularidad del pasaporte o documentos de viaje a los que se refiere el artículo siguiente.
- b) Titularidad del correspondiente visado en los términos establecidos en el artículo 7.
- c) Justificación del objeto y las condiciones de la entrada y estancia en los términos establecidos en el artículo 8.
- d) Acreditación, en su caso, de los medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el periodo de permanencia en España, o de estar en condiciones de obtenerlos, así como para el traslado a otro país o el retorno al de procedencia, en los términos establecidos en el artículo 9.
- e) Presentación, en su caso, de los certificados sanitarios a los que se refiere el artículo 10.
- f) No estar sujeto a una prohibición de entrada, en los términos del artículo 11.
- g) No suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido.

2. La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la resolución acreditativa de la autorización de entrada por cualquiera de estas causas.

Sin perjuicio de la posible consideración de las causas que motivaron su concesión en el marco del procedimiento relativo a la residencia por circunstancias excepcionales, la autorización de la entrada en España en base a lo dispuesto en el párrafo anterior no supondrá, por sí misma y de forma aislada a otras circunstancias que pudieran ser alegadas, el cumplimiento de los requisitos a acreditar de cara a la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales".

#### **Artículo 23 - Devoluciones**

"1. 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 la devolución, (...) de los extranjeros que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos:

...

b) 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.

2. En el supuesto del párrafo b) del apartado anterior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución.

3. En cualquiera de los supuestos del apartado 1, el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar una resolución de devolución tendrá derecho a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen. Ambas asistencias serán gratuitas en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita".

#### **E. Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 (vigente en el momento de los hechos) en el que se introduce la expresión "frontera operacional".**

37. Las partes relevantes del Protocolo operativo de vigilancia de fronteras en el presente caso indican lo siguiente:

"Con dicho sistema de vallado, existe la necesidad objetiva de determinar cuando la entrada ilegal ha fracasado o cuando se ha producido. Es necesario definir la línea que delimita, a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros, el territorio nacional: esta línea se materializa por la valla en cuestión. De esta forma, cuando los intentos de los inmigrantes en superar ilegalmente esta línea son contenidos y rechazados por las fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia de la frontera, se considera que no se ha producido ninguna entrada ilegal efectiva. No se considera que la entrada ha tenido lugar hasta que el inmigrante ha superado la citada valla interior, de modo que ha entrado en territorio nacional y que por tanto se le aplica el régimen relativo a los extranjeros (...)"

#### **F. Carta circular a todos los embajadores españoles**

38. Las partes pertinentes de esta circular dicen lo siguiente:

"Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y del de protección subsidiaria, publicada en el Boletín Oficial el sábado 31 de octubre de 2009.

El artículo 38 de la presente Ley se refiere a los "solicitantes de protección internacional en embajadas y consulados".

...

En ese artículo hay los siguientes elementos esenciales:

1) Ese artículo no se aplica si el solicitante es nacional del país en que se encuentra la representación diplomática.

2) Además, debe de correr peligro su integridad física por causas relacionadas con el ámbito de aplicación de la Ley (asilo o protección subsidiaria).

3) Los Embajadores de España, y en ningún supuesto los Cónsules, son los competentes para "promover (en su caso) el traslado del o de los solicitantes de asilo a España" con el objetivo único de "hacer posible la presentación de solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley", es decir en España.

En todo caso la Ley no faculta ni a los Embajadores ni a los Cónsules a admitir a trámite ninguna demanda de solicitud de asilo o de protección y menos trasladarla a España. Este punto es capital; Si se admitiera a trámite, el Estado español se vería obligado a otorgar asistencia jurídica, protección, incluida la necesaria para evitar el "refoulement" del país y mantenimiento (alimentación y alojamiento), incluyendo el sanitario, lo que no prevé el art. 38 en cuestión.

Por lo tanto el hecho de que una persona pretenda presentar una solicitud de asilo en una Embajada o en un Consulado no implicará, en ningún caso, el comienzo del procedimiento de una posible admisión.

Ello no obsta para que si el Embajador en un determinado caso estima la concurrencia de los requisitos antes señalados confirme su nacionalidad efectiva y compruebe si su seguridad física está en peligro en los términos arriba indicados. Se tratará de obtener la máxima información disponible así como una declaración omnicomprendensiva del caso y alegaciones del posible solicitante de asilo o de protección, remitiéndolas a la Secretaría General de Asuntos, Consulares y Migratorios para su conocimiento, evaluación y decisión por la Superioridad'.

En suma, el Embajador, en el marco de sus funciones, tiene la facultad para que, si según su criterio "la integridad física de esa persona corre peligro", se lleve a cabo el traslado al territorio nacional (lo que implica facilitar un visado en su caso y eventualmente obtener un billete de avión de ida a España que siempre requerirán una autorización previa de este Ministerio).

El 2º párrafo del Artículo 38 de la Ley prevé la aprobación de un Reglamento de desarrollo de la Ley, que se deberá elaborar entre los Ministerios de Interior, de Justicia, de Trabajo e Inmigración y de Exteriores, en el que se fijará el procedimiento para que el Embajador pueda evaluar un eventual traslado a España.

Para los procedimientos actualmente en curso, la Disposición Transitoria la, prevé en su caso la aplicación de la normativa actualmente vigente antes de la entrada en vigor de la nueva Ley (que se cumple hoy día 20 de noviembre).

Para los nuevos casos, hasta que el Reglamento de desarrollo de la ley mencionada en el Artículo 38, párrafo 2º, entre en vigor, deberá V.E. seguir las instrucciones contenidas en esta Circular.

(...)

Madrid, 20 de noviembre de 2009".

## **G. El Defensor del Pueblo**

39. En su informe anual de 2005, la Defensora del Pueblo subrayó lo siguiente:

"Se ha discutido si el perímetro fronterizo debe ser considerado territorio español y, en consecuencia, qué normativa le resulta aplicable. A la luz de los diversos

convenios entre España y Marruecos firmados durante el siglo XIX que fijan los límites jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma de Melilla, puede afirmarse que el perímetro está construido (...) en territorio español; que su titularidad plena pertenece a España y que su custodia sólo se realiza por fuerzas españolas. (...) Sin embargo, no corresponde a la Administración española determinar dónde ha de comenzar a regir la legislación de nuestro país. Dicha aplicación territorial viene regida por los tratados internacionales o, en su caso, la costumbre internacional que fijan los límites con los Estados vecinos".

40. En su presentación del informe anual de 2013 ante el Senado el 9 de abril de 2014, la Defensora del Pueblo "lamentó las desgarradoras imágenes de personas subidas en una valla y subrayó que si están en territorio español y creemos que lo están [cuando se encuentran subidas en las vallas del puesto fronterizo de Melilla] (...), a esas personas tenemos que tratarlas conforme a la legalidad". La Defensora del Pueblo condenó por tanto las *devoluciones en caliente* que, ha recordado, no existen en la Ley de Extranjería".

## II. LEGISLACIÓN EUROPEA

### A. Tratado de la Unión Europea (modificado por el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009)

41. Las disposiciones pertinentes del Tratado de la Unión Europea disponen lo siguiente:

#### Artículo 2

"La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías ..."

#### Artículo 6

"1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, que tendrán el mismo valor jurídico que los Tratados.

...

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales".

### B. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

42. Las disposiciones pertinentes de la Carta establecen lo siguiente:

**Artículo 4 - Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes**

"Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

**Artículo 18 - Derecho de asilo**

"Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea".

**Artículo 19 - Protección en caso de devolución, expulsión y extradición**

"1. Se prohíben las expulsiones colectivas.

2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes".

**Artículo 47 - Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial**

"Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley.

Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia".

**C. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (modificado por el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009)**

43. Las disposiciones pertinentes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen:

**ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA****CAPÍTULO 1****DISPOSICIONES GENERALES****Artículo 67**

"1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros.

2. (...) desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países (...)”-

#### **Artículo 72**

”El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”.

#### **CAPÍTULO 2**

#### **Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración**

#### **Artículo 77**

”1. La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:

- a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores;
- b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;
- c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a:

- a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración;
- b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores;
- c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período;
- d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores;
- e) la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores.

3. Si resulta necesaria una acción de la Unión para facilitar el ejercicio del derecho, establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 20, y a menos que los Tratados hayan previsto poderes de actuación a tal efecto, el Consejo podrá establecer, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, disposiciones relativas a los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

4. El presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros respecto de la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional”.

#### **Artículo 78 (1)**

”1. La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo

nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes".

#### **Artículo 79**

"1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes:

a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;;

(...)

c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal;

(...)"

#### **D. Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990**

44. Las partes pertinentes del presente Acuerdo dicen lo siguiente:

"“...

III. Las Partes Contratantes toman nota de las siguientes declaraciones del Reino de España:

Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla;

a) Seguirán aplicándose por parte de España los controles actualmente existentes para mercancías y viajeros procedentes de las ciudades de Ceuta y Melilla previos a su introducción en el territorio aduanero de la Comunidad Económica Europea, de conformidad con lo previsto en el protocolo número 2 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas.

b) Continuará igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador.

c) A los nacionales marroquíes no residentes en las provincias de Tetuán y Nador y que deseen entrar exclusivamente en las ciudades de Ceuta y Melilla, se les seguirá aplicando un régimen de exigencia de visado. La validez de este visado será limitado a las dos ciudades citadas, y permitirá múltiples entradas y salidas («visado limitado

múltiple»), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.3 y 11.1 a) del Convenio de 1990.

d) En la aplicación de este régimen serán tenidos en cuenta los intereses de las otras Partes contratantes.

e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español.

A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio".

**E. Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)**

45. Las disposiciones pertinentes del Código de Fronteras Schengen establecen lo siguiente:

"EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

...

Considerando que:

...

6) 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.

..."

#### **Artículo 1 - Objeto y principios**

"El presente Reglamento dispone la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea.

Establece normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea".

#### **Artículo 4 - Cruce de las fronteras exteriores**

"1. Las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas. Las horas de apertura estarán indicadas claramente en todo paso fronterizo que no esté abierto las 24 horas del día.

...

3. Sin perjuicio de las excepciones previstas en el apartado 2 o de sus obligaciones en materia de protección internacional, los Estados miembros fijarán sanciones, de conformidad con su Derecho interno, en el caso de cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas. Las sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias".

#### **Artículo 6 - Realización de inspecciones fronterizas**

"1. En el desempeño de sus obligaciones, la guardia de fronteras respetará plenamente la dignidad humana.

Toda medida que adopte en el desempeño de sus obligaciones será proporcionada a los objetivos perseguidos por dichas medidas.

2. En la realización de inspecciones fronterizas, la guardia de fronteras no discriminará a las personas por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

#### **Artículo 7 – Inspecciones fronterizas de personas**

"1. La circulación transfronteriza en las fronteras exteriores estará sometida a las inspecciones de la guardia de fronteras. Las inspecciones se efectuarán de conformidad con el presente capítulo.

...

2. Todas las personas que crucen las fronteras exteriores serán sometidas a una inspección mínima que permita determinar su identidad mediante la presentación de sus documentos de viaje. La inspección mínima consistirá en la comprobación simple y rápida de la validez, en su caso utilizando dispositivos técnicos y consultando en las

correspondientes bases de datos información relativa exclusivamente a documentos robados, sustraídos, perdidos o invalidados, del documento que autoriza a su titular legítimo el cruce de la frontera (...).

3. A la entrada y a la salida, deberá someterse a los nacionales de terceros países a una inspección minuciosa (. ..)”

#### **Artículo 12 - Vigilancia de fronteras**

"1. La vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente.

..."

#### **Artículo 13 - Denegación de entrada**

"1. Se negará la entrada en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan todas las condiciones de entrada, tal como se definen en el artículo 5, apartado 1, siempre que no pertenezca a ninguna de las categorías de personas indicadas en el artículo 5, apartado 4. Esto no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración.

..."

#### **Artículo 14 - Personal y medios para el control fronterizo**

" Los Estados miembros dispondrán de personal y medios adecuados y en número suficiente para ejercer el control de las fronteras exteriores, de conformidad con los artículos 6 a 13, con el fin de garantizar un nivel elevado, uniforme y efectivo de control en sus fronteras exteriores".

### **F. 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) (consolidado)**

46. La versión consolidada de los artículos 14 y 15 del Código de Fronteras Schengen corresponde a los antiguos artículos 13 y 14.

### **G. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular ("Directiva de retorno")**

#### *1. Texto de la Directiva*

47. Las disposiciones pertinentes de la Directiva de retorno establecen lo siguiente:

### **Artículo 1 - Objeto**

"La presente Directiva establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos".

### **Artículo 2 - Ámbito de aplicación**

"1. La presente Directiva se aplicará a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro.

2. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países:

a) a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro;

(...)"

### **Artículo 4 - Disposiciones más favorables**

"(...)

3. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva.

4. Por lo que respecta a los nacionales de terceros países excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), los Estados miembros:

a) se asegurarán de que el trato y el nivel de protección no sean menos favorables que los establecidos en el artículo 8, apartados 4 y 5 (limitaciones al recurso a medidas coercitivas), el artículo 9, apartado 2, letra a) (aplazamiento de la expulsión), el artículo 14, apartado 1, letras b) y d) (asistencia sanitaria urgente y toma en consideración de las necesidades de las personas vulnerables) y los artículos 16 y 17 (condiciones del internamiento), y

b) respetarán el principio de no devolución".

### **Artículo 5 - No devolución, interés superior del niño vida familiar y estado de salud**

"Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

a) el interés superior del niño,

b) la vida familiar,

c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate,

y respetarán el principio de no devolución".

### Artículo 8 - Expulsión

"1. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7.

(...)"

### Artículo 12 - Forma

"1. Las decisiones de retorno y —si se dictan— las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone.

La información sobre los fundamentos de hecho podrá sujetarse a limitaciones en los casos en que el Derecho nacional permita la restricción del derecho de información, en particular para salvaguardar la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública y para la prevención, investigación, detección y persecución de delitos.

(...)"

### Artículo 13 – Vías de recurso

"1. Se concederá al nacional de un tercer país de que se trate el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo que se revisen éstas, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, apartado 1, ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia.

2. La autoridad u órgano mencionados en el apartado 1 serán competentes para revisar las decisiones relativas al retorno a que se refiere el artículo 12, apartado 1, pudiendo asimismo suspender temporalmente su ejecución, salvo cuando la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional.

3. El nacional de un tercer país de que se trate tendrá la posibilidad de obtener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística.

4. Los Estados miembros velarán por que la asistencia jurídica y/o la representación legal necesaria se conceda, previa solicitud, de forma gratuita con arreglo a la legislación nacional pertinente o las normas relativas a la asistencia jurídica gratuita, y podrán disponer que tal asistencia jurídica y/o representación legal gratuita esté sujeta a las condiciones establecidas en el artículo 15, apartados 3 a 6, de la Directiva 2005/85/CE".

#### 2. *Jurisprudencia relevante del TJUE en relación con esta Directiva*

48. Los principios establecidos por la jurisprudencia del TJUE en relación con el derecho a ser oído en virtud de la Directiva de retorno se exponen detalladamente en la sentencia de *Khlaifia y otros* (citado anteriormente, §§ 42 a 45).

En una sentencia reciente (de 7 de junio de 2016, *Affum*, C-47/15), el TJUE aclaró la interpretación que debía darse al artículo 2.2.a) de dicha Directiva, indicando que se refería a los nacionales de terceros países que

hubieran sido detenidos o interceptados por las autoridades competentes justo en el momento en que cruzaban de forma ilegal la frontera exterior o habiéndola ya cruzado, se hallasen en las proximidades de dicha frontera.

Los párrafos pertinentes de la sentencia disponían lo siguiente:

“72. Por último, continuando con el análisis de este segundo supuesto, el artículo 2.2.a), de la Directiva 2008/115 precisa que los nacionales de los terceros países afectados deben haber sido detenidos o interceptados «con ocasión del cruce irregular» de una frontera exterior, lo cual lleva implícita, como sostienen, en esencia, la Sra. Affum, el Gobierno griego y la Comisión, y como ha puesto de relieve el Abogado General en el punto 41 de sus conclusiones, la idea de una relación temporal y espacial directa con ese cruce de frontera. Así, se está aludiendo a nacionales de terceros países que han sido detenidos o interceptados por las autoridades competentes justo en el momento en que cruzaban de forma ilegal la frontera exterior o, habiéndola ya cruzado, cuando se hallaban en las proximidades de ésta.

73. En segundo lugar, debe señalarse que la excepción prevista en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/115, está acompañada, a diferencia del supuesto de la letra b) del mismo apartado y artículo, de determinadas obligaciones, enunciadas en el artículo 4, apartado 4, de esa Directiva.

74. El hecho de que en el artículo 4.4 de la Directiva 2008/115 se detallen las condiciones a las que se somete el ejercicio por los Estados miembros de la facultad contemplada en el artículo 2, apartado 2, letra a), de aquella Directiva tiene su razón de ser, como explicó la Comisión en la vista, en la finalidad perseguida por esta última disposición, a saber, permitir a los Estados miembros continuar aplicando en sus fronteras exteriores procedimientos de retorno de Derecho interno simplificados, sin tener que completar todas las fases procedimentales establecidas en la antedicha Directiva y poder así expulsar con mayor rapidez a los nacionales de terceros países interceptados cuando cruzaban tales fronteras. En ese contexto, el precitado artículo 4, apartado 4, pretende garantizar que esos procedimientos simplificados de Derecho interno respeten las garantías mínimas establecidas en la Directiva 2008/115, entre las que figuran, en particular, las condiciones de internamiento recogidas en los artículos 16 y 17 de ésta”.

El TJUE también ha definido el concepto "cruce irregular de una frontera" como el cruce de una frontera sin respetar "las condiciones exigidas por la normativa aplicable en el Estado miembro de que se trate" y que debe calificarse necesariamente de "irregular" en el sentido del artículo 13, apartado 1 del Reglamento Dublín III (sentencia de 26 de julio de 2017, *Jafari*, C-646/16, §§ 74 y ss.). La sentencia de 19 de marzo de 2019 del TJUE en el asunto *Arib* (C-444/17) es igualmente interesante a este respecto, por cuanto recuerda que, según la jurisprudencia del TJUE, los dos supuestos contemplados en el artículo 2.2.(a), de la Directiva 2008/115 aluden exclusivamente al cruce de una frontera exterior de un Estado miembro, según la definición que de la misma ofrece el artículo 2 del Código de Fronteras Schengen, y no se refieren al cruce que tiene lugar por una frontera común a Estados miembros integrados en el espacio Schengen (véase *Affum*, anteriormente citado, § 69).

**H. Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado [versión posterior: Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013].**

49. Las disposiciones pertinentes de la Directiva 2005/85/CE indican lo siguiente:

**Artículo 6 - Acceso al procedimiento**

"1. Los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes de asilo se presenten personalmente y/o en un lugar determinado.

2. Los Estados miembros garantizarán que toda persona mayor de edad que goce de capacidad jurídica tenga derecho a presentar una solicitud de asilo por su propia cuenta.

3. Los Estados miembros podrán disponer que un solicitante pueda presentar una solicitud en nombre de las personas a su cargo. En estos casos, los Estados miembros deberán verificar que los familiares adultos a su cargo consienten en que se presente en su nombre la solicitud; en caso contrario los familiares deberán tener la posibilidad de presentar su propia solicitud.

El consentimiento se solicitará en el momento de presentarse la solicitud o, a lo sumo, cuando tenga lugar la audiencia personal con el adulto a cargo.

...

5. Los Estados miembros se asegurarán de que las autoridades a las que podrían dirigirse quienes deseen presentar una solicitud de asilo están en condiciones de aconsejar a estas personas sobre la forma y el lugar donde puede presentarse tal solicitud y/o podrán requerir a dichas autoridades que transmitan la solicitud a la autoridad competente".

**Artículo 7 - Derecho de permanencia en el Estado miembro durante el examen de la solicitud**

"1. Los solicitantes estarán autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia establecidos en el capítulo III. Este derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.

..."

**Artículo 8 - Requisitos para el examen de las solicitudes**

"1. Los Estados miembros garantizarán que las resoluciones sobre las solicitudes de asilo de la autoridad decisoria se dicten tras un examen adecuado. A tal efecto, los Estados miembros garantizarán:

a) que el examen de las solicitudes y la adopción de las resoluciones se efectúen de forma individual, objetiva e imparcial;

b) que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes, por ejemplo, información del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

Refugiados (ACNUR), respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes y, si fuera necesario, en aquellos países por los que hayan transitado, y que esta información se ponga a disposición del personal responsable de examinar las solicitudes y de tomar decisiones al respecto;

c) el personal que examina las solicitudes y dicta las resoluciones conozca las normas pertinentes aplicables con arreglo a la legislación en materia de asilo y refugio.

3. Las autoridades a las que se hace referencia en el capítulo V tendrán acceso, a través de la autoridad decisoria o del solicitante o por otro medio, a la información general mencionada en el apartado 2, letra b), necesaria para desempeñar su cometido.

4. Los Estados miembros podrán establecer normas sobre la traducción de los documentos pertinentes para el examen de las solicitudes".

#### **Artículo 9 - Requisitos de la resolución de la autoridad decisoria**

"1. Los Estados miembros garantizarán que las resoluciones sobre las solicitudes de asilo se dicten por escrito.

2. Los Estados miembros también procurarán que, cuando se desestime una solicitud, las razones de hecho y de derecho se detallen en la resolución y se informe por escrito sobre qué hacer ante una denegación.

No será preciso que los Estados miembros declaren en la resolución los motivos por los que no se concede el estatuto de refugiado, cuando se conceda al solicitante un estatuto que ofrezca los mismos derechos y beneficios de acuerdo con el Derecho nacional y comunitario que el estatuto de refugiado en virtud de la Directiva 2004/83/CE. En estos casos, los Estados miembros se asegurarán de que los motivos por los que no se concede el estatuto de refugiado se hagan constar en el expediente del solicitante y que éste, previa petición, tenga acceso a su expediente.

Tampoco será preciso que los Estados miembros ofrezcan información escrita sobre cómo impugnar una resolución negativa, en relación con una resolución, cuando se haya informado de ello anteriormente al solicitante por escrito o por vía electrónica a la que tenga acceso el solicitante.

3. A efectos de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, y siempre que la solicitud esté basada en los mismos motivos, los Estados miembros podrán dictar una resolución única que se aplique a todas las personas a cargo".

#### **Artículo 10 - Garantías para los solicitantes de asilo**

"1. Los Estados miembros garantizarán, respecto de los procedimientos establecidos en el capítulo III, que todos los solicitantes de asilo disfruten de las siguientes garantías:

a) ser informados, en una lengua que sea razonable suponer que comprenden, acerca del procedimiento que debe seguirse y de sus derechos y obligaciones durante el mismo, así como de las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones y de su falta de cooperación con las autoridades. Ser informados de los plazos y de los medios de que disponen para cumplir con la obligación de presentar los elementos a que se refiere el artículo 4 de la Directiva 2004/83/CE. La información se les dará con tiempo suficiente para que puedan ejercer los derechos garantizados en la presente Directiva y cumplir con las obligaciones descritas en el artículo 11;

b) disponer, en caso necesario, de los servicios de un intérprete para exponer sus argumentos ante las autoridades competentes. Los Estados miembros considerarán necesario proporcionar estos servicios al menos en caso de que la autoridad decisoria convoque al solicitante a la audiencia a que se refieren los artículos 12 y 13 y no pueda asegurarse la comunicación adecuada sin tales servicios. En este caso y en otros casos en que las autoridades competentes convoquen al solicitante, los servicios se abonarán a través de fondos públicos;

c) no poder negarles la posibilidad de ponerse en contacto con el ACNUR o con otra organización que opere en nombre del ACNUR en el territorio del Estado miembro en virtud de un acuerdo con este último;

d) notificarles en un plazo razonable la resolución de la autoridad decisoria sobre su solicitud de asilo. Si el solicitante está representado legalmente por un asesor jurídico u otro consejero, los Estados miembros podrán optar por notificar la resolución a este último en lugar de al solicitante de asilo;

e) ser informados del resultado de la resolución de la autoridad decisoria en una lengua que sea razonable suponer que comprenden en caso de que no estén asistidos o representados por un asesor jurídico u otro consejero y no se disponga de asistencia jurídica gratuita. Entre la información proporcionada se indicarán cuáles son las actuaciones requeridas para la impugnación de una resolución desestimatoria, de conformidad con las disposiciones del artículo 9, apartado 2.

2. En cuanto a los procedimientos previstos en el capítulo IV, los Estados miembros se asegurarán de que todos los solicitantes de asilo disfruten de garantías equivalentes a las que se refiere el presente artículo, apartado 1, letras b), c) y d) ".

**I. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)**

50. Las disposiciones pertinentes de la Directiva 2011/95/UE establecen lo siguiente:

**Artículo 14 - Revocación, finalización o denegación de la renovación del estatuto**

“(…)

1. Los Estados miembros podrán revocar el estatuto concedido a un refugiado por un organismo gubernamental, administrativo, judicial o cuasi judicial, o disponer la finalización de dicho estatuto o negarse a renovarlo, en caso de que:

a) existan motivos razonables para considerar que dicha persona constituye un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra;

b) habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro.

5. En las situaciones descritas en el apartado 4, los Estados miembros podrán decidir que se deniegue el estatuto en caso de que la decisión no se haya tomado aún.

(...)"

51. En su sentencia de 14 de mayo de 2019 (C-391/16, C-77/17 y C-78/17, *M. v. Ministerstvo vnitra y otros*), el TJUE aclaró la interpretación de los términos "refugiado" y "estatuto de refugiado" a los efectos del artículo 2.d) y e), respectivamente, de la presente Directiva, así como, entre otros puntos, las condiciones materiales exigidas para que un nacional de un tercer país o un apátrida sea considerado como refugiado.

Los párrafos pertinentes de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dicen lo siguiente:

"84. (...) es preciso señalar que, por lo que se refiere al término «refugiado», el artículo 2, letra d), de esta Directiva reproduce esencialmente la definición que figura en el artículo 1, sección A, apartado 2, de la Convención de Ginebra. A este respecto, las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2011/95, titulado «Requisitos para ser refugiado», especifican los requisitos materiales necesarios para que un nacional de un tercer país o un apátrida pueda tener la consideración de refugiado, en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva.

85. Por su parte, el artículo 2, letra e), de la Directiva 2011/95 define el «estatuto de refugiado» como «el reconocimiento por un Estado miembro de un nacional de un tercer país o de un apátrida como refugiado». Como se desprende de su considerando 21, este reconocimiento tiene carácter declaratorio, no constitutivo, de la condición de refugiado.

(...)

90. Corroborar por lo demás el hecho de que la condición de «refugiado», en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2011/95 y del artículo 1, sección A, de la Convención de Ginebra, no depende de su reconocimiento formal mediante la concesión del «estatuto de refugiado», en el sentido del artículo 2, letra e), de esta Directiva, el tenor de su artículo 21, apartado 2, según el cual un «refugiado» puede ser objeto de devolución, siempre que se respete el requisito establecido en esta disposición, haya sido «reconocido formalmente o no» como tal".

...

95. De este modo, cuando la devolución de un refugiado comprendido en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 14, apartados 4 y 5, y en el artículo 21, apartado 2, de la Directiva 2011/95 lo ponga en riesgo de que se violen los derechos fundamentales que se le reconocen en los artículos 4 y 19, apartado 2, de la Carta, el Estado miembro de que se trate no puede aplicar una excepción al principio de no devolución en virtud del artículo 33, apartado 2, de la Convención de Ginebra.

...

105. Por lo tanto, ha de considerarse que, cuando los Estados miembros aplican el artículo 14, apartado 4 o 5, de esta Directiva, solamente están obligados, en principio, a conceder a los refugiados que se encuentran en sus respectivos territorios los derechos expresamente señalados en el artículo 14, apartado 6, de dicha Directiva, así como los previstos en la Convención de Ginebra que se garantizan a cualquier refugiado que se encuentre en el territorio de un Estado contratante y cuyo goce no exija una residencia legal".

**J. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración (2015/2095(INI))**

52. Las partes pertinentes de esta resolución establecen lo siguiente:

"El Parlamento Europeo,

...

73. Recuerda que, desde el establecimiento del espacio Schengen, la Unión es un espacio sin fronteras interiores, que los Estados miembros de Schengen han desarrollado una política común por etapas orientada con respecto a las fronteras exteriores de Schengen, y que la lógica inherente de tal sistema ha sido siempre que la supresión de los controles en las fronteras interiores debe ir acompañada de medidas compensatorias de refuerzo de las fronteras exteriores del espacio Schengen y la puesta en común de información a través del Sistema de Información de Schengen ("SIS");

74. Reconoce que la integridad del Espacio Schengen y la abolición de los controles en las fronteras interiores dependen de que haya una gestión eficaz de las fronteras exteriores, con normas comunes elevadas aplicadas por todos los Estados Miembros en las fronteras exteriores y un intercambio eficaz de información entre ellos;

75. Admite que la Unión tiene que reforzar la protección de las fronteras exteriores y seguir desarrollando el SECA<sup>1</sup>, y que son necesarias medidas para aumentar la capacidad del espacio Schengen para abordar los nuevos desafíos a los que se enfrenta Europa y preservar los principios fundamentales de seguridad y libre circulación de personas;

76. Señala que el acceso al territorio del espacio Schengen normalmente es controlado en las fronteras exteriores con arreglo al Código de fronteras Schengen y que, además, los ciudadanos de muchos terceros países necesitan un visado para entrar en el espacio Schengen;

77. Reitera el llamamiento del ACNUR en el sentido de que el respeto de los derechos fundamentales y las obligaciones internacionales solo puede garantizarse si los procedimientos y los planes operativos reflejan tales obligaciones en orientaciones prácticas y claras dirigidas al personal de control de las fronteras, ya sean terrestres, marítimas o aéreas; subraya la necesidad de seguir reforzando el Mecanismo de Protección Civil de la UE para reaccionar ante acontecimientos cuyos efectos múltiples se extienden a un número importante de Estados miembros;

78. Destaca una vez más que, en lo que respecta a la legislación en materia de asilo y migración, para que la legislación sobre fronteras interiores y exteriores sea eficaz, es esencial que los Estados miembros apliquen adecuadamente las medidas acordadas a nivel de la Unión; subraya que, ante una presión creciente, es esencial que los Estados miembros apliquen mejor las medidas en las fronteras exteriores y contribuirá en cierta medida a calmar los temores de los ciudadanos ante cuestiones de seguridad;

...

80. Considera que el espacio Schengen es uno de los mayores logros de la integración europea; observa que el conflicto en Siria y otros conflictos en otros lugares de la región han producido un número sin precedentes de refugiados y

---

<sup>1</sup> Sistema Europeo Común de Asilo

migrantes que llegan a la Unión, lo que a su vez ha puesto de relieve determinadas deficiencias en partes de las fronteras exteriores de la Unión; expresa su preocupación ante el hecho de que, como respuesta, algunos Estados miembros hayan considerado necesario cerrar fronteras interiores o introducir medidas temporales de control de fronteras, poniendo con ello en cuestión el debido funcionamiento del Espacio Schengen;

(...)”

### III. DOCUMENTOS DEL CONSEJO DE EUROPA

#### A. Veinte directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el retorno forzoso, aprobadas el 4 de mayo de 2005 en la 925ª reunión de los Delegados de los Ministros

53. En las partes pertinentes del presente documento se dispone lo siguiente:

##### Preámbulo

"... los Estados miembros tienen el derecho, en virtud del derecho internacional bien establecido y con sujeción a las obligaciones que les incumben en virtud de los tratados, de controlar la entrada y la residencia de extranjeros en su territorio;

... en el ejercicio de este derecho, los Estados miembros pueden considerar necesario devolver por la fuerza a los residentes ilegales dentro de su territorio; ..."

##### Directriz 2. Adopción de la orden de expulsión

"Las órdenes de alejamiento sólo se emitirán en cumplimiento de una decisión adoptada de conformidad con la ley.

1. Sólo se emitirá una orden de expulsión cuando las autoridades del Estado anfitrión hayan examinado toda la información pertinente de que dispongan fácilmente y tengan la certeza, en la medida en que pueda esperarse razonablemente, de que el cumplimiento o la ejecución de la orden no expondrá a la persona que se enfrenta a la devolución:

*a.* un riesgo real de ser ejecutado, o expuesto a la tortura o a tratos o penas inhumanos o degradantes;

*b.* un riesgo real de ser asesinado o sometido a tratos inhumanos o degradantes por agentes no estatales-, si las autoridades del Estado de retorno, los partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte sustancial del territorio del Estado, incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar una protección adecuada y eficaz; o

*c.* otras situaciones que, en virtud del derecho internacional o de la legislación nacional, justificarían la concesión de la protección internacional.

...”

54. El Comité de Ministros del Consejo de Europa tomó nota de las observaciones sobre estas Directrices elaboradas por el Comité *ad hoc* de expertos sobre aspectos jurídicos del asilo territorial, los refugiados y

apátridas (CAHAR). Las partes pertinentes relativas al ámbito de aplicación de dichas directrices establecen lo siguiente:

"(...) Las Directrices se aplican a los procedimientos de expulsión de extranjeros del territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa. Las devoluciones en frontera no entra en su ámbito de aplicación, aunque determinadas normas contenidas en las Directrices son aplicables a este tipo de decisiones (...)".

## **B. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT)**

55. Del 14 al 18 de julio de 2014 una delegación del CPT visitó España. Uno de los objetivos de la visita era examinar ciertos aspectos del trato dispensado a los migrantes irregulares interceptados a lo largo de la frontera con Marruecos, en el enclave de Melilla.

56. En su informe publicado el 9 de abril de 2015, el CPT señaló lo siguiente:

"“...

38. El CPT reconoce que varios Estados europeos tienen que hacer frente a la frecuente afluencia de migrantes irregulares. Es el caso, en particular, de los países situados en las fronteras exteriores de la Unión Europea que actúan como puerta de entrada al resto de Europa. España es uno de estos países que se enfrenta a tales presiones.

39. El municipio autónomo de Melilla es un enclave español de 12 km<sup>2</sup> situado en la costa norte de África, rodeado por territorio marroquí. El municipio autónomo se encuentra en la ruta de migración del África septentrional y subsahariana hacia Europa; también lo utilizan los migrantes sirios. Se informó a la delegación de que el número de extranjeros que tratan de cruzar la frontera de Melilla de manera irregular ha aumentado espectacularmente en el último año y medio.

La Guardia Civil se encarga de patrullar la frontera terrestre y la costa para evitar la entrada clandestina. Se informó a la delegación en Melilla que la Guardia Civil ha institucionalizado la cooperación con la Gendarmería Marroquí pero no la cooperación formal con las Fuerzas Auxiliares Marroquíes (MAF, por sus siglas en francés), que tienen la responsabilidad principal de vigilar las fronteras.

40. Las autoridades españolas han construido una barrera formada por múltiples vallas a lo largo de los 13 kilómetros de frontera terrestre que separan Melilla de Marruecos para impedir que los migrantes irregulares accedan al territorio español. El CPT señala que fue construido dentro del territorio español y por lo tanto, en ambos lados, está bajo la plena jurisdicción de España.

La barrera consiste en una valla de seis metros de altura, ligeramente inclinada hacia Marruecos, una línea de remolque tridimensional seguida de una segunda valla de tres metros de altura y, al otro lado de una carretera de patrulla, otra valla de seis metros de altura. A intervalos regulares, se han insertado puertas en las vallas para permitir el acceso a través de la barrera desde ambos lados. Además, se ha instalado un sofisticado sistema de CCTV (incluyendo cámaras de infrarrojos) combinado con sensores de movimiento. La mayoría de las vallas también están equipadas con rejillas antitrepa.

41. El 13 de febrero de 1992, España firmó un Acuerdo bilateral con el Reino de Marruecos sobre la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros que habían entrado ilegalmente ("el Acuerdo de Readmisión"). De conformidad con el Acuerdo de Readmisión, "tras la solicitud oficial de las autoridades fronterizas del Estado requirente, las autoridades fronterizas del Estado requerido readmitirán en su territorio a los nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente en el territorio del Estado requirente desde el Estado requerido". La solicitud de readmisión se presentará dentro de los diez días siguientes a la entrada ilegal en el territorio del Estado demandante.

...

48. Diversos grupos de extranjeros -desde unas cuantas personas hasta un millar- intentan, de forma regular, acceder al territorio español. En cuanto a los intentos de acceder al territorio español por mar, se informó al CPT sobre un incidente que tuvo lugar el 6 de febrero de 2014, del que los medios de comunicación se hicieron eco ampliamente. Miembros de la Guardia Civil dispararon balas de goma desde la playa a personas que intentaban llegar a nado desde territorio marroquí hasta Melilla y las obligaron a regresar a Marruecos. Sin embargo, no todos ellos pudieron regresar nadando y se informó de que 15 extranjeros se ahogaron.

En lo que respecta a los intentos de acceder al territorio español escalando las vallas fronterizas, la delegación recibió denuncias constantes, confirmadas por imágenes de vídeo, de que los migrantes irregulares eran detenidos dentro de la frontera o justo después de ella por miembros de la Guardia Civil, ocasionalmente esposados, antes de ser inmediatamente devueltos por la fuerza a Marruecos sin ser identificados. Varios extranjeros declararon también a la delegación que habían sido devueltos a Marruecos después de haber sido aprehendidos por la Guardia Civil a varios cientos de metros de la frontera. Al parecer, se consideraba que el deber de la Guardia Civil incluía la detención de los migrantes irregulares que se dirigían al CETI en Melilla y su devolución por la fuerza a Marruecos. Además, al parecer, en ocasiones se devolvía a los extranjeros a Marruecos a pesar de que estaban heridos y apenas podían caminar (véase también el párrafo 51).

El CPT considera que esas prácticas de retorno inmediato y forzoso de los migrantes irregulares, sin identificación previa alguna o examinar sus necesidades, serían claramente contrarias a los principios y normas mencionados anteriormente.

...

50. ...el CPT recomienda que:

- se den instrucciones claras a los funcionarios españoles encargados de hacer cumplir la ley para que se aseguren de que los migrantes irregulares que han entrado en territorio español no sean devueltos por la fuerza a Marruecos antes de un examen individualizado con el fin de identificar a aquellos que necesitan protección, evaluar esas necesidades y adoptar las medidas apropiadas;

- que se prevean garantías adecuadas a este respecto en la legislación nacional".

**C. Informe anual de actividades de 2015 de Nils Muižnieks, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa ("el Comisario de Derechos Humanos"), de fecha 14 de marzo de 2016**

57. Aquellas partes del informe que guardan relación con el presente asunto son las siguientes:

“1.2. Visitas

Visita a España

El Comisario ha visitado Melilla y Madrid del 13 al 16 de enero de 2015 para tratar de las cuestiones relativas a los derechos humanos de los inmigrantes, refugiados y solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla, dos enclaves españoles en el Norte de África.

En Melilla, el Comisario ha mantenido reuniones con el Delegado del Gobierno, Sr. Abdelmalik El Barkani, y el Presidente de la Ciudad, Sr. Juan José Imbroda Ortiz. Se ha reunido igualmente con el jefe de la Guardia Civil de Melilla, el coronel Ambrosio Martín Villaseñor; el jefe de la Policía Nacional, Sr. José Ángel González Jiménez, y representantes de asociaciones de la sociedad civil. Visitó además el puesto de control de Beni-Enzar donde, en noviembre de 2014, se abrió una oficina de registro de solicitudes de asilo, ha visitado la triple valla levantada alrededor de Melilla y ha visitado el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI), donde se entrevistó con el director del Centro, Sr. Carlos Montero Díaz, con otros miembros del personal y con inmigrantes.

En Madrid, el Comisario se ha reunido con el Secretario de Estado para la Seguridad, Sr. Francisco Martínez Vázquez, así como con la Defensora del Pueblo, Sra. Soledad Becerril Bustamante, con la representante del Alto Comisionado para los Refugiados de Naciones Unidas (ACNUR) en España, y con representantes de la sociedad civil. El 27 de enero de 2015, hubo igualmente un intercambio de puntos de vista con los miembros de la delegación española ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre los temas abordados durante su visita.

Aquí se ha tratado principalmente sobre el proyecto de reforma de la Ley de Extranjería, que busca establecer un régimen especial para Ceuta y Melilla y permitir la devolución inmediata de los inmigrantes entrados en Ceuta o Melilla sin pasar por un puesto fronterizo autorizado. Aun reconociendo que España tiene el derecho a establecer sus propias políticas migratorias y de control de fronteras, el Comisario ha subrayado que también debe respetar sus obligaciones en materia de derechos humanos. En consecuencia, ha instado a las autoridades españolas a velar por que cualquier texto legislativo futuro sea completamente conforme con dichas obligaciones, que consisten principalmente en garantizar el pleno acceso a un procedimiento de asilo efectivo, a proporcionar protección contra el rechazo y a no proceder a expulsiones colectivas. Asimismo ha destacado que España tiene la obligación de asegurar que, en la práctica, no procederá a ningún rechazo de inmigrantes, y de llevar a cabo investigaciones exhaustivas sobre todas las denuncias de uso excesivo de la fuerza contra los inmigrantes por parte de las fuerzas del orden en la frontera.

El Comisario acogió con agrado por la apertura de una oficina responsable de las cuestiones de asilo en uno de los controles fronterizos de Melilla y de la buena cooperación de la policía con ACNUR. Al mismo tiempo, insistió en la necesidad de reforzar el sistema de asilo en Melilla, de forma que todas aquellas personas que requieran protección, independientemente de su país de origen, puedan entrar en

territorio español con total seguridad, disfrutar de un examen individual de sus circunstancias personales y presentar solicitudes de protección internacional. Además, instó a las autoridades a que adoptaran medidas urgentes para mejorar los acuerdos existentes para la recepción de migrantes en Melilla y clarificar las normas que rigen los traslados al continente.

La nota de prensa publicada tras la visita del Comisario (el 16 de enero) se puede consultar en su página web. Esta visita ha servido igualmente de base para las observaciones escritas que el Comisario ha remitido al TEDH en calidad de tercero interviniente en los dos asuntos contra España (N.D y N.T., demandas nº 8675/15 y nº 8697/15) respecto a la supuesta devolución de inmigrantes desde Melilla a Marruecos (ver más adelante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

(...)

## 2. Actividades temáticas

(...) 2.3 Derechos humanos de los inmigrantes, refugiados y solicitantes de asilo.

Los derechos humanos de los inmigrantes, refugiados y solicitantes de asilo ocupan un lugar destacado entre las actividades realizadas por el Comisario en 2015. Ha tomado parte activa en diversos debates sobre dichas cuestiones recordando a los Estados Miembros del Consejo de Europa sus obligaciones en materia de derechos humanos frente a los inmigrantes, demandantes de asilo y refugiados también ha abordado cuestiones sobre migraciones (...) durante sus visitas *ad hoc* (...) a España, así como en el marco de su participación como tercero interviniente ante el TEDH.

(...)

## 6. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

En 2015, el Comisario ha utilizado ampliamente su derecho a presentar observaciones por escrito de los asuntos presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 36.3 del Convenio. Lo ha utilizado en (...) dos asuntos contra España respecto al supuesto rechazo de inmigrantes desde la ciudad española de Melilla a Marruecos.

(...) El 12 de noviembre de 2015, el Comisario publicó las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra España (N.D. y N.T., demandas nº 8675/15 y nº 8697/15), respecto al supuesto rechazo de inmigrantes desde la ciudad española de Melilla a Marruecos. En las observaciones, que fundamentalmente se basan en la visita realizada a Melilla y a Madrid del 13 al 16 de enero de 2015 (...), el Comisario llama la atención respecto a una práctica según la cual los inmigrantes que intentan entrar a Melilla en grupo, escalando la valla que rodea la ciudad, son devueltos de forma automática a Marruecos por los guardias fronterizos españoles. El Comisario ha subrayado que dichos retornos se realizan al margen de cualquier procedimiento legal y sin identificar a las personas afectadas ni evaluar sus circunstancias individuales, lo que impide a los inmigrantes ejercer su derecho a solicitar una protección internacional en España. Añade que a los inmigrantes devueltos de esta forma desde Melilla se les priva de todo recurso efectivo que les permita impugnar su rechazo o solicitar la compensación por cualquier maltrato que pudieran haber sufrido durante las operaciones de rechazo”.

**D. Informe de fecha 3 de septiembre de 2018 de la misión de investigación realizada por el Embajador Tomáš Boček, Representante Especial del Secretario General para la migración y los refugiados, a España, del 18 al-24 de marzo de 2018 (SG/Inf(2018)25)**

58. Las partes pertinentes del presente informe dicen lo siguiente:

"3. LA SITUACIÓN EN MELILLA Y CEUTA

*3.1. Impedir el acceso al territorio*

Los solicitantes de asilo y los migrantes en situación irregular entran en las ciudades autónomas de Melilla y Ceuta por las fronteras terrestres y marítimas. En cuanto a las fronteras terrestres, Melilla está rodeada por una triple valla de 12 km - las vallas externas e internas tienen seis metros de altura y la central es una barrera tridimensional inferior que es una estructura de cables de acero atados a estacas. La valla está equipada con sensores para detectar movimientos hacia su parte externa. Cuando se detectan tales movimientos, la Guardia Civil lo notifica a las autoridades marroquíes, que a su vez suelen impedir que la gente en el territorio marroquí salte la valla. ...

En ocasiones anteriores he señalado a la atención las prácticas que entrañan el intercambio de información por parte de la policía de fronteras con las autoridades competentes de un país vecino en relación con los presuntos cruces de frontera no autorizados y la posterior actuación de las autoridades del país vecino para interceptar a los migrantes y refugiados antes de que crucen la frontera. He subrayado las cuestiones que estas prácticas plantean en relación con el derecho a solicitar asilo y el respeto del principio de no devolución. Es legítimo que los Estados miembros del Consejo de Europa, en el ejercicio de su derecho a impedir los cruces fronterizos no autorizados, así como a prevenir y combatir las actividades delictivas transfronterizas, cooperen con los países vecinos, incluso mediante el intercambio de información pertinente. Sin embargo, como cuestión de principio, los Estados miembros deben ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos en el contexto de esa cooperación. Deberán tener en cuenta la situación en sus países vecinos y abstenerse de compartir información con estos últimos o de solicitarles que intercepten a personas antes de que lleguen a las fronteras de los Estados miembros cuando sepan, o debieran haber sabido, que las personas interceptadas se verían expuestas como consecuencia de ello a un riesgo real de tortura o de tratos o penas inhumanos y degradantes y que no recibirían protección en los países vecinos.(...)

*3.2. Devoluciones inmediatas*

Según la Ley española 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería), los extranjeros que intenten cruzar la frontera de forma irregular, incluidas las personas interceptadas en la frontera y en sus proximidades, se les puede denegar la entrada o ser rechazados en frontera para impedir su entrada ilegal en España. De conformidad con la Ley de extranjería, su devolución se efectuará en todos los casos de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos; las solicitudes de protección internacional se presentarán en lugares específicos previstos a tal fin en los cruces fronterizos. La Guardia Civil nos explicó que los intentos de los extranjeros de saltar las vallas se producían a diario, aunque no por grupos masivos de personas como había sido el caso frecuentemente en 2016 y 2017. Cuando los extranjeros intentan saltar las vallas tanto en Melilla como en Ceuta la Guardia Civil no interviene a

menos que hayan bajado las vallas internas. En la mayoría de los casos los extranjeros sufren lesiones físicas al saltar las vallas. Por eso las autoridades han firmado un protocolo de cooperación con la Cruz Roja Española, que proporciona asistencia médica inmediata a los extranjeros interceptados.

La Guardia Civil nos explicó que los extranjeros que saltan las vallas suelen ser violentos y que no se comunican con las autoridades sino que intentan escapar de ellas. La Guardia Civil tampoco busca establecer ninguna comunicación con los extranjeros. Por lo tanto, los extranjeros no expresan ninguna reivindicación de protección internacional ni durante la escalada ni cuando son interceptados en la frontera o cerca de ella después de saltar las vallas. Poco después de recibir la ayuda de la Cruz Roja Española son devueltos a Marruecos a través de puertas especiales, que están repartidas por las vallas fronterizas y son distintas de los puntos de paso de la frontera. Los extranjeros no tienen acceso a intérpretes, abogados o a las oficinas de asilo situadas en los puestos fronterizos. Finalmente, son devueltos a Marruecos sin que se haya producido ninguna identificación o registro.

En una sentencia de Sala, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que la devolución inmediata a Marruecos de los migrantes subsaharianos que intentaban entrar en Melilla equivalía a una expulsión colectiva y sostuvo que se había producido una violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 y del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4. El asunto ha sido remitido a la Gran Sala.

Los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales implican la obligación de los Estados miembros del Consejo de Europa de no devolver a una persona a su país de origen, a cualquier otro país al que vaya a ser expulsada o a cualquier otro país al que pueda ser expulsada posteriormente, cuando haya razones fundadas para creer que la persona correría un riesgo real de muerte o un riesgo real de ser sometida a tortura y otras formas de malos tratos. Sobre la base del principio de no devolución consagrado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Estados están obligados a examinar a los migrantes interceptados con miras a identificar a las personas que necesitan protección, evaluar esas necesidades y permitir el acceso de las personas pertinentes a los procedimientos de asilo.

Si bien la Ley de Extranjería española contiene una garantía general de que las devoluciones descritas anteriormente se llevarán a cabo de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, en la práctica la Guardia Civil no dispone todavía de un protocolo operativo de vigilancia de fronteras de los extranjeros que cruzan irregularmente las fronteras en Melilla y Ceuta que dé instrucciones a sus funcionarios sobre la identificación de las personas que necesitan protección internacional y la adopción de las medidas necesarias en relación con su acceso a un procedimiento de asilo justo y eficaz. Dado que los organismos internacionales, entre ellos el Comisionado de Derechos Humanos, el CPT y el ACNUR, llevan años pidiendo que se emitan tales instrucciones, es necesario que España tome medidas. El Consejo de Europa puede aportar sus conocimientos especializados en materia de derechos humanos para garantizar que las instrucciones pertinentes prevean el respeto del principio de no devolución, prohíban las expulsiones colectivas y contengan las garantías procesales necesarias en relación con el acceso a un procedimiento de asilo justo y eficaz.

#### 4. ACCESO AL PROCEDIMIENTO DE ASILO

Quien desee solicitar protección internacional en España debe presentar una solicitud formal ante las autoridades competentes. En los casos en que el demandante de asilo se encuentre en un aeropuerto, puerto marítimo o fronteras terrestres, deberá presentar una solicitud formal ante la autoridad de control fronterizo. Si la persona ya se encuentra en territorio español debe presentar una solicitud formal ante la OAR, en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIEs) o en las comisarías de policía. La admisibilidad y el fondo de las demandas presentadas en las fronteras y en las CIEs se evalúan en plazos más cortos que los de las demandas presentadas en territorio español, que se examinan por el procedimiento ordinario. Sin embargo, las salvaguardias procesales para las demandas presentadas en la frontera o en las CIEs en relación con la presencia de intérpretes y la asistencia letrada son las mismas que las aplicables en el procedimiento ordinario.

#### *4.1. En la frontera terrestre*

En el puesto fronterizo de Beni Enzar, en Melilla, se nos informó de que las personas que cruzaban la frontera de manera habitual para solicitar asilo eran en su mayoría sirios, palestinos, argelinos o nacionales de otros países del norte de África. Los funcionarios del Ministerio del Interior les conceden una cita para una entrevista preliminar en un plazo de dos o tres días, pero no más tarde de nueve días, a partir del momento en que expresan su intención de solicitar asilo. El registro de las demandas de asilo y la entrevista preliminar se realizan en un local específico adyacente a Beni Enzar. En el momento de nuestra visita había alrededor de 700 demandas de asilo para 2018. La OAR de Madrid suele tomar una decisión sobre la admisibilidad de las demandas dentro de las 48 horas siguientes al registro de la solicitud. El índice de admisión es bastante alto, el 90%. Tras la decisión sobre la admisibilidad, el fondo de la solicitud de asilo se examina con prioridad en un plazo de tres meses en el marco del procedimiento ordinario de asilo (véase la sección 4.3 infra). En el paso fronterizo de El Tarajal, en Ceuta, las autoridades españolas nos informaron de que no se había presentado ninguna solicitud de asilo desde 1993.

En varios informes se ha subrayado que las autoridades marroquíes impiden efectivamente a las personas del África subsahariana acercarse a los puestos fronterizos habituales, en particular en Melilla (véase la sección 3.1 supra). Por consiguiente, no tienen acceso al procedimiento de asilo. Las autoridades españolas explicaron que una de las posibles razones por las que los africanos subsaharianos no pueden acercarse a la frontera son los considerables flujos diarios de personas que participan en el llamado 'comercio atípico' y que cruzan la frontera diariamente para entrar y salir de Melilla. Si bien comprendo las dificultades con que tropiezan las autoridades españolas para gestionar esos flujos, no estaba convencido de que afectaran a la capacidad de los africanos subsaharianos para acercarse a la frontera española. Sin ninguna posibilidad de acceso legal y seguro al territorio español, las personas procedentes del-África subsahariana, incluidas las mujeres y los niños pequeños, recurren a las redes de delincuencia organizada, escondiéndose en coches o embarcándose en balsas para acceder a las ciudades autónomas de Melilla y Ceuta, exponiéndose así a riesgos de trata de seres humanos, violencia y abusos sexuales. Por ello, es importante que las autoridades españolas ofrezcan a las personas necesitadas de protección internacional la posibilidad de acceder al territorio español en condiciones de seguridad para que puedan presentar sus solicitudes de asilo (...)"

**E. Resolución nº 2299 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 28 de junio de 2019: Políticas y prácticas de devolución en los Estados miembros del Consejo de Europa.**

59. Las partes relevantes del presente informe dicen lo siguiente:

"1. Para controlar y gestionar las corrientes migratorias, los Estados miembros del Consejo de Europa concentran gran parte de sus esfuerzos en la vigilancia de las fronteras. En este contexto, las denegaciones de entrada y las expulsiones sin una evaluación individual de las necesidades de protección se han convertido en un fenómeno documentado en las fronteras de Europa, así como en el territorio de los Estados miembros situados más al interior. Dado que estas prácticas están muy difundidas, y en algunos países son sistemáticas, estos "retornos" pueden considerarse como parte de las políticas nacionales y no como acciones incidentales. El mayor riesgo que conllevan los retornos es el riesgo de devolución, lo que significa que una persona es enviada de vuelta a un lugar en el que podría sufrir persecución en el sentido de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 ("la Convención de los Refugiados"), o tratos inhumanos o degradantes en el sentido del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STE nº 5, "el Convenio").

2. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en su sentencia *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (demanda nº 27765/09), pero también en *N.D. y N.T. c. España* (demandas nº 8675/15 y nº 8697/15), exige la evaluación individual de las necesidades de protección y de la seguridad del retorno para evitar la violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la prohibición de las expulsiones colectivas, consagrada en el artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio (STE nº 46). Los retornos tienen lugar en especial en las fronteras de la Unión Europea, lo que es consecuencia, al menos en parte, de las deficiencias del actual Reglamento de Dublín y del fracaso de los intentos de introducir una distribución equitativa de la responsabilidad en Europa.

3. A menudo se producen retrocesos cuando los migrantes intentan entrar en gran número en el territorio de un Estado miembro porque el paso es, o parece ser, más "abierto" que en otro lugar, o está geográficamente cerca de los países de origen de los demandantes de asilo. Sin embargo, pruebas recientes de retrocesos muestran que también se producen cuando el número de llegadas es bajo, pero cuando las políticas nacionales son hostiles a la migración en general. También hay casos de "múltiples retornos" en los que los migrantes son expulsados por varios países sucesivamente.

4. La Asamblea Parlamentaria está preocupada por la práctica y las políticas persistentes y cada vez más frecuentes de los retrocesos, que constituyen una clara violación de los derechos de los demandantes de asilo y los refugiados, incluidos el derecho de asilo y el derecho a la protección contra la devolución, que constituyen el núcleo del derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos. En vista de la gravedad de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, la Asamblea insta a los Estados miembros a que proporcionen protección adecuada a los demandantes de asilo, los refugiados y los migrantes que llegan a sus fronteras y, por consiguiente, se abstengan de todo retroceso, permitan una vigilancia independiente e investiguen plenamente todas las denuncias de retorno.

5. La Asamblea está sumamente preocupada por los persistentes informes y pruebas de tratos inhumanos y degradantes de los migrantes por parte de los Estados miembros y sus organismos en el marco de esos retrocesos, mediante la intimidación, la confiscación o la destrucción de las pertenencias de los migrantes, e incluso

mediante el uso de la violencia y la privación de alimentos y servicios básicos a los migrantes. Al negar haber realizado tales retornos, se niegan también estos tipos de tratos inhumanos y degradantes (a veces sistemáticos) y, por lo tanto, no se examinan adecuadamente o no se examinan en absoluto.

6. Por consiguiente, la Asamblea exhorta a los Estados miembros del Consejo de Europa a que cumplan sus obligaciones internacionales a este respecto, en particular las establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos relativas a la prohibición de las expulsiones colectivas y los tratos inhumanos y degradantes, así como el derecho de acceso a los procedimientos de asilo y la prohibición de la devolución establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Refugiados.

..."

#### IV. OTRA DOCUMENTACIÓN INTERNACIONAL

##### **A. Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco**

60. La disposición pertinente de este instrumento internacional establece lo siguiente:

###### **Artículo 51**

"Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".

##### **B. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969**

61. Las disposiciones pertinentes del Convenio de Viena establecen lo siguiente:

###### **Artículo 27 - El derecho interno y la observancia de los tratados**

"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

###### **Artículo 31 - Regla general de interpretación**

"1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".

#### **Artículo 32 - Medios de interpretación complementarios**

"Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

### **C. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951**

62. Las disposiciones pertinentes de la Convención de Ginebra de 1951 establecen lo siguiente:

#### **Artículo 1 - Definición del término "refugiado".**

"A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados;

...

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes

tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

(...)"

### **Artículo 3 – Prohibición de discriminación**

" Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen".

### **Artículo 4 - Religión**

"Los Estados Contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos".

### **Artículo 16 - Acceso a los tribunales**

"1. En el territorio de los Estados Contratantes, todo refugiado tendrá libre acceso a los tribunales de justicia.

2. En el Estado Contratante donde tenga su residencia habitual, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional en cuanto al acceso a los tribunales, incluso la asistencia judicial y la exención de la *cautio judicatum solvi*.

3. En los Estados Contratantes distintos de aquel en que tenga su residencia habitual, y en cuanto a las cuestiones a que se refiere el párrafo 2, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional del país en el cual tenga su residencia habitual".

### **Artículo 22 - Educación pública**

"1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental.

2. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general respecto de la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto a acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas".

### **Artículo 31 - Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio**

"1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país".

**Artículo 32 - Expulsión**

"1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongán a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias".

**Artículo 33 - Prohibición de expulsión y de devolución ("*refoulement*")**

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país".

**D. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984 (UNCAT)**

63. La disposición pertinente de este instrumento internacional dice lo siguiente:

**Artículo 3**

"1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución ("*refoulement*") o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen tales motivos, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluida, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos".

**E. Declaración sobre asilo territorial, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967 (Resolución 2312 (XXII))**

64. En las partes pertinentes de la declaración se dispone lo siguiente:

### Artículo 1

"1. El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas con derecho a invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (...) será respetado por todos los demás Estados.

..."

### Artículo 3

"1. Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será sometida a medidas tales como el rechazo en la frontera o, si ya ha entrado en el territorio en el que solicita asilo, la expulsión o el regreso forzoso a cualquier Estado en el que pueda ser objeto de persecución.

..."

## F. Proyecto de Articulado sobre la expulsión de extranjeros de la Comisión de Derecho Internacional.

65. En su 66º período de sesiones, celebrado en 2014, la Comisión de Derecho Internacional aprobó un proyecto de articulado sobre la expulsión de extranjeros. El texto, del que tomó nota la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución A/RES/69/119, de 10 de diciembre de 2014), incluye las siguientes disposiciones:

### Artículo 1 - Ámbito de aplicación

"1. El presente proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de los extranjeros presentes en su territorio.

..."

### Comentario

"...

2) Al precisar que el proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de los extranjeros que se encuentran en su territorio, el párrafo 1 define el alcance del proyecto de artículos tanto *ratione materiae* como *ratione personae*. En cuanto al alcance *ratione materiae*, que se refiere a las medidas comprendidas en el proyecto de artículos, se hace referencia simplemente a la "expulsión por un Estado", que abarca todas y cada una de las medidas de expulsión; no se ofrece ninguna otra elaboración, ya que la "expulsión" se define en el apartado a) del proyecto de artículo 2 infra. En lo que respecta al ámbito de aplicación *ratione personae*, es decir, las personas a las que se refiere el proyecto de artículos, del párrafo 1 se desprende que el proyecto de artículos se aplica en general a la expulsión de todos los extranjeros presentes en el territorio del Estado autor de la expulsión, sin distinción entre las diversas categorías de personas afectadas, por ejemplo, los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión, los extranjeros en situación irregular, las personas desplazadas, los demandantes de asilo, las personas a las que se ha concedido asilo y los apátridas. El término "*extranjero*" se define en el apartado b) del proyecto de artículo 2.

3) El proyecto de artículos se refiere a la expulsión tanto de los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión como de los que se encuentren ilegalmente en él, como se indica en el párrafo 1 del proyecto de artículo. La categoría de extranjeros presentes ilegalmente en el territorio del Estado que expulsa abarca tanto a los extranjeros que han entrado ilegalmente en el territorio como a los extranjeros cuya presencia en el territorio ha pasado a ser posteriormente ilegal, principalmente debido a la violación de las leyes del Estado que expulsa que rigen las condiciones de estancia. Si bien el proyecto de artículos se aplica en general a la expulsión de los extranjeros que se encuentren legal o ilegalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión, conviene señalar desde el principio que algunas disposiciones del proyecto de artículos establecen las distinciones necesarias entre las dos categorías de extranjeros, en particular en lo que respecta a los derechos que les corresponden. Cabe señalar también que la inclusión en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos de los extranjeros cuya presencia en el territorio del Estado autor de la expulsión es ilegal debe entenderse conjuntamente con la frase del apartado a) del artículo 2, *in fine*, que excluye del ámbito de aplicación del proyecto de artículos las cuestiones relativas a la no admisión de un extranjero en el territorio de un Estado".

#### Artículo 2 - Uso de los términos

"A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) Se entiende por "expulsión" un acto o comportamiento formal atribuible a un Estado por el que se obliga a un extranjero a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una corte o un tribunal penal internacional ni la no-admisión de un extranjero en un Estado;

b) Por "extranjero" se entiende una persona que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra esa persona".

#### Comentario

"1) El proyecto de artículo 2 define dos términos clave, "expulsión" y "extranjero", a los efectos del presente proyecto de artículos.

...

4) El comportamiento -que no sea la adopción de una decisión formal- que pueda dar lugar a una expulsión puede adoptar la forma de una acción u omisión del Estado. La omisión podría consistir, en particular, en la tolerancia hacia el comportamiento dirigido contra el extranjero por personas o entidades privadas, por ejemplo, si el Estado no protegiera adecuadamente al extranjero de los actos hostiles procedentes de agentes no estatales. Lo que parece ser el elemento determinante de la definición de expulsión es que, como consecuencia de un acto o un comportamiento formal -activo o pasivo- imputable al Estado, el extranjero en cuestión se ve *obligado* a abandonar el territorio de ese Estado. Además, para concluir que ha habido expulsión como resultado de un *comportamiento* (es decir, sin que se haya adoptado una decisión formal), es esencial establecer la intención del Estado en cuestión, mediante ese comportamiento, de provocar la salida del extranjero de su territorio.

5) En aras de la claridad, la Comisión consideró útil precisar, en la segunda cláusula del apartado a), que el concepto de expulsión en el sentido del proyecto de artículos no abarcaba la extradición de un extranjero a otro Estado, la entrega a una corte o un tribunal penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado. Con respecto a la no admisión, cabe explicar que, en algunos regímenes jurídicos, a veces

se utiliza el término "*devolución*" en lugar de "no admisión". En aras de la coherencia, en el presente proyecto de artículos se utiliza este último término en los casos en que se deniega la entrada a un extranjero. La exclusión se refiere a la negativa de las autoridades de un Estado - por lo general las autoridades responsables de la inmigración y el control fronterizo - a permitir que un extranjero entre en el territorio de ese Estado. En cambio, las medidas adoptadas por un Estado para obligar a un extranjero que ya se encuentre en su territorio, aunque se encuentre en situación ilegal, a abandonarlo están comprendidas en el concepto de "expulsión", tal como se define en el apartado a) del proyecto de artículo 2. Esta distinción debe entenderse a la luz de la definición del alcance *ratione personae* del proyecto de artículos, que incluye tanto a los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio del Estado que expulsa como a los que se encuentran ilegalmente. Además, la exclusión de las cuestiones relativas a la no admisión del ámbito de aplicación del proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los refugiados. Esta reserva se explica en el apartado b) del proyecto de artículo 6, que hace referencia a la prohibición de *devolución* en el sentido del artículo 33 del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y, por lo tanto, afecta inevitablemente a las cuestiones de admisión.

(...)"

### **Artículo 3 - Derecho de expulsión**

"Un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio. La expulsión se efectuará de conformidad con el presente proyecto de artículos, sin perjuicio de otras normas aplicables de derecho internacional, en particular las relativas a los derechos humanos".

### **Artículo 6 - Prohibición de la expulsión de los refugiados**

"El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los refugiados, así como de cualesquiera normas o prácticas más favorables en materia de protección de los refugiados y, en particular, de las normas siguientes:

a) Un Estado no expulsará a un refugiado que se encuentre legalmente en su territorio, salvo por razones de seguridad nacional o de orden público;

b) Un Estado no expulsará ni devolverá (*refouler*) a un refugiado, en forma alguna, a las fronteras de los territorios en que la vida o la libertad de la persona se vería amenazada a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, a menos que haya motivos razonables para considerar a la persona como un peligro para la seguridad del país en que se encuentra o si la persona, habiendo sido condenada por sentencia firme por un delito particularmente grave, constituye un peligro para la comunidad de ese país".

### **Comentario**

"1) El proyecto de artículo 6 trata de la expulsión de los refugiados, que está sujeta a condiciones restrictivas en virtud de las normas pertinentes del derecho internacional. Contiene una cláusula "sin perjuicio" destinada a garantizar la aplicación continuada a los refugiados de las normas relativas a su expulsión, así como de cualquier norma o práctica más favorable en materia de protección de los refugiados. En particular, los apartados a) y b) del proyecto de artículo 6 recuerdan dos normas particularmente importantes relativas a la expulsión o la *devolución de los* refugiados.

...

5) El apartado a) del proyecto de artículo 6 reproduce el texto del párrafo 1 del artículo 32 del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951. La norma contenida en ese párrafo, que sólo se aplica a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio del Estado que los expulsa, limita los motivos de expulsión de esos refugiados a los relativos a razones de seguridad nacional o de orden público.

6) La prohibición de expulsar a un refugiado que se encuentre legalmente en el territorio del Estado que lo expulsa por motivos distintos de la seguridad nacional o el orden público se ha hecho extensiva también a todo refugiado que, encontrándose ilegalmente en el territorio del Estado, haya solicitado la condición de refugiado, mientras se examine esa solicitud. Sin embargo, esa protección sólo puede preverse mientras la solicitud esté pendiente. Esta protección, que refleja una tendencia en la literatura jurídica y encuentra apoyo en la práctica de algunos Estados y del ACNUR, constituiría una desviación del principio según el cual la ilegalidad de la presencia de un extranjero en el territorio de un Estado puede por sí misma justificar la expulsión del extranjero. La protección sólo podría anularse en los casos en que la intención manifiesta de la solicitud de la condición de refugiado fuera la de frustrar una decisión de expulsión que pudiera adoptarse contra la persona en cuestión. Se refiere únicamente a las personas que, aunque no gozan de la condición de refugiado en el Estado en cuestión, cumplen la definición de "refugiado" en el sentido del Convenio de 1951 o, en algunos casos, de otros instrumentos pertinentes, como la Convención de la OUA de 1969 que rige los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África y, por lo tanto, deben ser considerados como refugiados en virtud del derecho internacional. Toda persona que no corresponda a la definición de refugiado en el sentido de los instrumentos jurídicos pertinentes no podrá gozar de la protección reconocida en el proyecto de artículo 6 y podrá ser expulsada por motivos distintos de los estipulados en el apartado a), incluso por el único motivo de la ilegalidad de su presencia en el territorio del Estado que la expulsa. 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.

7) El apartado b) del proyecto de artículo 6, que se refiere a la obligación de *no-devolución*, combina los párrafos 1 y 2 del artículo 33 del Convenio de 1951. A diferencia de las demás disposiciones del proyecto de artículos, que no abarcan la situación de no admisión de un extranjero en el territorio de un Estado, el apartado b) del proyecto de artículo 6 dispone que este proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de esa situación, como se indica en la frase inicial: "Un Estado no procederá a la expulsión o devolución (*refouler*) ... ". Además, a diferencia de la protección estipulada en el apartado a), la protección mencionada en el apartado b) se aplica a todos los refugiados, independientemente de que su presencia en el Estado receptor sea legal o ilegal. Cabe destacar también que la mención de esta obligación específica de *no devolución de los refugiados se entiende sin perjuicio de la aplicación a los mismos de las normas generales que prohíben la expulsión a determinados Estados, que figuran en los proyectos de artículo 23 y 24.*"

#### **Artículo 9 - Prohibición de la expulsión colectiva**

"1. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros, en su conjunto.

2. La expulsión colectiva de extranjeros está prohibida.

3. Un Estado podrá expulsar concomitantemente a los miembros de un grupo de extranjeros, a condición de que la expulsión se efectúe después de la evaluación del caso particular de cada uno de los miembros del grupo y sobre la base de ésta, de conformidad con el presente proyecto de artículos.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de conflicto armado en el que intervenga el Estado autor de la expulsión".

#### **Comentario**

"1) El párrafo 1 del proyecto de artículo 9 contiene una definición de la expulsión colectiva a los efectos del presente proyecto de artículos. Según esta definición, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros "en grupo". Este criterio se basa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es un criterio que el Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos de la Comisión de Derechos Humanos, Sr. David Weissbrodt, también hizo suyo en su informe final de 2003. En esta definición sólo se aborda el aspecto "colectivo", que debe entenderse a la luz de la definición general de expulsión que figura en el apartado a) del proyecto de artículo 2.

...

4) La prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros enunciada en el párrafo 2 del presente proyecto de artículo debe leerse a la luz del párrafo 3, que la aclara al precisar las condiciones en que los miembros de un grupo de extranjeros pueden ser expulsados concomitantemente sin que tal medida se considere una expulsión colectiva en el sentido del proyecto de artículos. El párrafo 3 establece que esa expulsión es permisible siempre que tenga lugar después de y sobre la base de una evaluación del caso particular de cada miembro del grupo de conformidad *con el presente proyecto de artículos*. ..."

#### **Artículo 13 - Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos de los extranjeros objeto de expulsión**

"1. Todo extranjero sujeto a expulsión será tratado con humanidad y con respeto a la dignidad inherente a la persona humana en todas las etapas del proceso de expulsión.

2. Tienen derecho a que se respeten sus derechos humanos, incluidos los establecidos en el presente proyecto de artículos".

#### **Artículo 17 - Prohibición de la tortura o de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**

"El Estado que expulsa no someterá a un extranjero sujeto a expulsión a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

66. En su segundo informe sobre la expulsión de extranjeros, de fecha 20 de julio de 2006 (documento A/CN.4/573), examinado en el marco de la redacción del proyecto de artículos, el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, declaró lo siguiente:

"40. ... La noción tradicional de expulsión ... se refiere a los extranjeros cuya entrada o estancia es legal, mientras que la no admisión se refiere a aquellos cuya entrada o estancia en su territorio un Estado trata de impedir; la expulsión de un inmigrante ilegal que se encuentra en la frontera o que acaba de cruzarla es, en sentido

estricto, no admisión, no expulsión. En virtud de esta juiciosa distinción, la no admisión no entra, a juicio del Relator Especial, en el ámbito de este tema.

...

170. Como puede verse, no puede establecerse una verdadera distinción terminológica entre los tres términos "expulsión", "escorta hasta la frontera" y "devolución"; se utilizan de manera intercambiable-, sin ningún rigor semántico particular. Por consiguiente, en el contexto del presente tema se utilizará la palabra "expulsión" como término genérico para referirse a todas las situaciones comprendidas en los tres términos y en muchos otros, como el "regreso de un extranjero a un país" o la "exclusión de un extranjero", sin que esta lista sea exhaustiva".

## **G. Conclusiones sobre la protección internacional aprobadas por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR 1975 - 2017**

67. Las conclusiones pertinentes son las siguientes:

### **Nº 6 (XXVIII), No devolución (1977) - 28a reunión del Comité Ejecutivo**

"El Comité Ejecutivo,

...

c) *Reafirma* la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución -tanto en la frontera como en el territorio de un Estado- de las personas que puedan ser objeto de persecución si son devueltas a su país de origen, independientemente de que hayan sido reconocidas oficialmente como refugiados o no".

### **Nº 22 (XXXII), Protección de los demandantes de asilo en situaciones de afluencia masiva (1981) - 32ª reunión del Comité Ejecutivo**

"“...

#### II. Medidas de protección

##### A. Admisión y no devolución

1. En situaciones de afluencia masiva, los demandantes de asilo deberían ser admitidos en el Estado en el que solicitan refugio por primera vez y, si ese Estado no puede admitirlos de forma duradera, debería siempre admitirlos al menos de forma temporal y proporcionarles protección de acuerdo con los principios que se exponen a continuación.

...

2. En todos los casos se debe observar escrupulosamente el principio fundamental de la *no devolución*, incluido el no rechazo- en la frontera.

...”

### **Nº 82 (XLVIII), Protección del asilo (1997) - 48º período de sesiones del Comité Ejecutivo**

"El Comité Ejecutivo,

...

d) *Reitera* ... la necesidad de que se respete plenamente la institución del asilo en general, y considera oportuno señalar a la atención los siguientes aspectos particulares:

i) El principio de *no devolución*, que prohíbe la expulsión y el retorno de los refugiados de cualquier manera a las fronteras de los territorios en los que su vida o su libertad se verían amenazadas a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opinión política, si se les ha concedido oficialmente la condición de refugiados o no, o de personas respecto de las cuales existen razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura, como se establece en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984;

...

iii) La necesidad de admitir a los refugiados en los territorios de los Estados, lo que incluye que no haya rechazo en las fronteras sin procedimientos justos y eficaces para determinar el estatuto y las necesidades de protección;

..."

**Nº 99 (LV) Conclusión general (2004)1 - 55ª reunión del Comité Ejecutivo**

"El Comité Ejecutivo,

...

1) *Expresa su preocupación* por la persecución, la violencia generalizada y las violaciones de los derechos humanos que siguen causando y perpetuando los desplazamientos dentro y fuera de las fronteras nacionales y que incrementan los problemas a que se enfrentan los Estados para lograr soluciones duraderas; y exhorta a los Estados a que hagan frente a esos problemas garantizando al mismo tiempo el pleno respeto del principio fundamental de *no devolución*, incluido el no rechazo en las fronteras sin acceso a procedimientos justos y eficaces para determinar la situación y las necesidades de protección;

..."

**H. Dictamen aprobado por el Comité de los Derechos del Niño el 12 de febrero de 2019 con arreglo al Protocolo Facultativo del Convenio sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, acerca de la comunicación Nº 4/2016**

68. Las partes pertinentes del citado dictamen son las siguientes:

**"...Hechos presentados por el demandante**

2.4. El 2 de diciembre de 2014, el autor y un grupo de personas de origen subsahariano salieron del monte Gurugú con la intención de entrar en Melilla. El autor llegó a la cima de la tercera valla y vio que otras personas que bajaban de la valla por el otro lado estaban siendo colectivamente empujadas por la Guardia Civil española y entregadas a las fuerzas marroquíes. Luego, por temor a ser deportado y sometido a posibles malos tratos y violencia por parte de las fuerzas marroquíes, el autor esperó durante varias horas en lo alto de la valla. Durante este período, no se le ofreció ninguna forma de asistencia. No pudo beber ni comer. Tampoco pudo comunicarse

con la Guardia Civil, ya que no hablaba español y no había intérpretes presentes. Finalmente, bajó la valla con la ayuda de una escalera proporcionada por la Guardia Civil. Tan pronto como puso el pie en el suelo, fue arrestado y esposado por la Guardia Civil, entregado a las fuerzas marroquíes y deportado sumariamente a Marruecos. En ningún momento se comprobó su identidad. También se le negó la oportunidad de explicar sus circunstancias personales, dar su edad, impugnar su inminente deportación o reclamar protección como niño no acompañado. No fue asistido por abogados, intérpretes o médicos...

2.5. El autor afirma que no disponía de recursos internos efectivos que pudieran haber servido para suspender su deportación de España a Marruecos el 2 de diciembre de 2014. Señala que la deportación se ejecutó sumariamente sin que se le notificara una decisión formal de expulsión que pudiera haber impugnado ante las autoridades competentes.

2.6. En torno al 30 de diciembre de 2014, el autor entró en España a través de Melilla y se alojó en el centro de acogida temporal de migrantes. En febrero de 2015, fue trasladado del enclave de Melilla a la España continental. A finales de julio de 2015, gracias a la asistencia de la *Fundación Raíces*, una organización-no gubernamental (ONG), y a la tarjeta de registro consular que le había expedido el consulado de Malí en Madrid, en la que figuraba su fecha de nacimiento el 10 de marzo de 1999, el autor obtuvo protección como niño no acompañado y fue internado en un centro residencial para menores al cuidado de las autoridades españolas.

2.7. El autor afirma que el 30 de marzo de 2015 España aprobó la Ley Orgánica 4/2015 de salvaguarda de la seguridad ciudadana, que entró en vigor el 1 de abril de 2015. Esta ley, y en particular su disposición adicional décima relativa al régimen especial aplicable en Ceuta y Melilla, legaliza la práctica española de las deportaciones sumarias indiscriminadas en la frontera y no hace referencia a los menores no acompañados ni establece ningún procedimiento para su identificación y protección.

...

### **Cuestiones y actuaciones ante el Comité**

#### *Examen de la admisibilidad*

...

13.3. En cuanto a la falta de coincidencia entre los datos de la persona registrada por las autoridades españolas y los del autor, el Comité observa que el expediente no aporta ninguna prueba concluyente que demuestre que el autor no es la persona que intentó acceder a Melilla el 2 de diciembre de 2014 en las circunstancias descritas. El Comité considera que la carga de la prueba no puede recaer únicamente en el autor de la comunicación, especialmente teniendo en cuenta que el autor y el Estado parte no siempre tienen igual acceso a las pruebas y que con frecuencia sólo el Estado parte tiene acceso a la información pertinente. En el presente caso, el Comité considera que el autor ha proporcionado una exposición creíble y coherente de los hechos, que está respaldada por pruebas. El Comité también toma nota de las alegaciones del autor de que el Estado parte podría haber comparado las huellas dactilares de la persona registrada como Y. D. con las del autor. Por consiguiente, el Comité considera que la presente comunicación es admisible *rationae personae*.

13.4. El Comité toma nota del argumento del Estado Parte de que la comunicación es inadmisibile *rationae loci* porque los actos de las autoridades marroquíes no son atribuibles a España. El Comité observa, sin embargo, que el alcance de la presente

comunicación se limita a las acciones de las autoridades españolas el 2 de diciembre de 2014, con exclusión de las de las autoridades marroquíes. A este respecto, el Comité observa que, según el autor, fue detenido por las fuerzas de seguridad españolas en la tercera valla del paso fronterizo de Melilla y fue esposado y devuelto al territorio marroquí. Dadas estas circunstancias, y con independencia de que se considere que el autor ha llegado al territorio español, estaba bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte. Por consiguiente, el Comité considera que la presente comunicación es admisible *rationae loci*.

13.5. El Comité también toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibile *rationae materiae* porque se refiere al derecho de asilo del autor, que no está contemplado en la Convención. Sin embargo, el Comité observa que la presente comunicación se refiere a las presuntas violaciones de los derechos del autor en virtud de los artículos 3, 20 y 37 del Convenio y no a su derecho de asilo. Por consiguiente, el Comité considera que la comunicación es admisible *rationae materiae*.

13.6. Por último, el Comité toma nota del argumento del Estado Parte de que el autor no agotó los recursos internos disponibles... El Comité observa también que del expediente se desprende que el 2 de diciembre de 2014 no se había dictado ninguna orden oficial de expulsión contra el autor. Por consiguiente, el Comité considera que, en el contexto de la expulsión inminente del autor el 2 de diciembre de 2014, y a falta de una orden formal de expulsión que pudiera haber sido impugnada por el autor, los recursos judiciales mencionados en el apartado d) del argumento del Estado parte habrían sido inútiles, ya que no estaban disponibles ni eran eficaces. ...

13.7. ... Por consiguiente, el Comité considera que la denuncia es admisible y procede a examinarla en cuanto al fondo.

#### *Consideración del fondo*

...

14.2. La cuestión que tiene ante sí el Comité es si, en las circunstancias de este caso, el regreso del autor a Marruecos por la Guardia Civil española el 2 de diciembre de 2014 violó sus derechos con arreglo a la Convención. En particular, el autor afirmó que, al deportarlo sumariamente a Marruecos el 2 de diciembre de 2014, sin realizar ningún tipo de comprobación de identidad o evaluación de su situación, el Estado parte: a) no proporcionó al autor la protección y la asistencia especiales a las que tenía derecho como menor no acompañado (art. 20); b) no respetó el principio de no devolución y expuso al autor al riesgo de violencia y de tratos crueles, inhumanos y degradantes en Marruecos (art. 37); y c) no tuvo en cuenta el interés superior del niño (art. 3).

14.3. El Comité opina que las obligaciones del Estado de proporcionar protección y asistencia especiales a los menores no acompañados, de conformidad con el artículo 20 del Convenio, se aplican incluso "con respecto a los menores que quedan bajo la jurisdicción del Estado cuando intentan entrar en el territorio del país". Análogamente, el Comité considera que "el aspecto positivo de estas obligaciones de protección se extiende también a la exigencia de que los Estados adopten todas las medidas necesarias para identificar a los menores como no acompañados o separados de sus padres en la etapa más temprana posible, incluso en la frontera". En consecuencia, es imperativo y necesario que, a fin de cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 20 del Convenio y de respetar el interés superior del niño, el Estado realice una evaluación inicial, antes de cualquier traslado o devolución, que incluya las siguientes etapas: a) La evaluación, con carácter prioritario, de si la persona

interesada es un menor no acompañado, concediéndose, en caso de duda, el beneficio de la duda de manera que, si existe la posibilidad de que sea un niño, se le trate como tal; b) La verificación de la identidad del niño mediante una entrevista inicial; y c) La evaluación de la situación específica del niño y de sus vulnerabilidades particulares, si las hubiere.

14.4. El Comité también opina que, en cumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 37 del Convenio, a fin de garantizar que ningún niño sea sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Estado no debe devolver a un niño "a un país en el que haya razones fundadas para creer que existe un riesgo real de que sufra un daño irreparable". Por consiguiente, el Comité considera que, de conformidad con el artículo 37 del Convenio y el principio de *no devolución*, el Estado tiene la obligación de llevar a cabo una evaluación previa del riesgo, si lo hubiere, de daños irreparables al niño y de graves violaciones de sus derechos en el país al que será trasladado o devuelto, teniendo en cuenta el interés superior del niño, incluidas, por ejemplo, "las consecuencias particularmente graves para los niños de la insuficiencia de alimentos o de servicios sanitarios". En particular, el Comité recuerda que, en el contexto de las evaluaciones del interés superior y en el marco de los procedimientos de determinación del interés superior, se debe garantizar a los niños el derecho de: a) acceso al territorio, independientemente de la documentación de que dispongan o no, y ser remitidos a las autoridades encargadas de evaluar sus necesidades en materia de protección de sus derechos, garantizando sus garantías procesales.

...

14.6. El Comité también toma nota de la alegación del Estado Parte de que el principio de no devolución no se aplica en el presente caso porque sólo se aplica cuando la persona procede de un territorio en el que existe un riesgo de persecución. Sin embargo, el Comité reitera que el Estado Parte tiene la obligación de no devolver a un niño "a un país en el que haya razones fundadas para creer que existe un riesgo real de que el niño sufra un daño irreparable". El Comité también observa que, antes de devolver al autor a Marruecos, el Estado parte no se cercioró de su identidad, no preguntó sobre sus circunstancias personales y no realizó una evaluación previa del riesgo, de haberlo, de persecución y/o daño irreparable en el país al que iba a ser devuelto. El Comité considera que, habida cuenta de la violencia a la que se enfrentan los migrantes en la zona fronteriza de Marruecos y de los malos tratos de que fue objeto el autor, el hecho de que no se haya evaluado el riesgo de un daño irreparable para el autor antes de su deportación ni se haya tenido en cuenta su interés superior constituye una violación de los artículos 3 y 37 del Convenio.

14.7. El Comité considera que, a la luz de las circunstancias del caso, el hecho de que el autor, como niño no acompañado, no se sometiera a un control de identidad y a una evaluación de su situación antes de su deportación y no se le diera la oportunidad de impugnar su posible deportación viola sus derechos en virtud de los artículos 3 y 20 del Convenio.

14.8. Por último, el Comité considera que la forma en que se deportó al autor, como niño no acompañado privado de su medio familiar y en un contexto de migración internacional, después de haber sido detenido y esposado y sin haber sido escuchado, sin recibir la asistencia de un abogado o intérprete y sin tener en cuenta sus necesidades, constituye un trato prohibido en virtud del artículo 37 del Convenio.

14.9. El Comité, actuando de conformidad con el párrafo 5 del artículo 10 del Protocolo Facultativo, considera que los hechos que tiene ante sí equivalen a una violación de los artículos 3, 20 y 37 del Convenio. (...)"

## LEGISLACIÓN

### I. CUESTIONES PREVIAS

#### A. Continuación del examen de la demanda - Artículo 37.1 a)

69. En sus observaciones ante la Gran Sala, como respuesta a una pregunta escrita planteada a las partes sobre el mantenimiento del contacto entre los demandantes y sus abogados, estos últimos declararon que ambos demandantes vivían en situación de precariedad y no disponían de domicilio fijo. El primer demandante se encontraba supuestamente en Malí y se desplazaba por el interior del país. El segundo demandante aparentemente se encontraba en España, desplazándose de un lugar a otro. Uno de los representantes de los demandantes declaró que se mantuvo en contacto con ambos demandantes a través de su asistente vía telefónica y por WhatsApp. Con la ayuda de los intérpretes en idioma bambara, el abogado y su asistente recibieron información actualizada de los demandantes y les informaron de las últimas noticias relativas a la sentencia de la Sala y de su remisión a la Gran Sala. Los demandantes mantenían el interés en dicho caso.

70. Por su parte, el Gobierno no hizo referencia alguna, ni en las actuaciones ante la Sala ni en sus observaciones escritas ante la Gran Sala, a continuar con el examen de la demanda por parte del Tribunal. En una carta recibida por el Tribunal el 25 de abril de 2018, se quejó de que los abogados de los demandantes no le habían facilitado información a ese respecto, pero no solicitó el archivo del caso por ese motivo, aunque en la vista aludieron a la sentencia dictada en el asunto *V. M. y otros c. Bélgica* (archivo) ([GS], nº 60125/11, de 17 de noviembre de 2016) respecto a la ausencia de domicilio y datos de contacto de los demandantes.

71. En vista de estas circunstancias, el Tribunal considera necesario evaluar en primer lugar la necesidad de continuar con el examen de la demanda a la vista de los criterios establecidos en el artículo 37 del Convenio, que establece lo siguiente:

"1. En cualquier momento del procedimiento el Tribunal podrá decidir archivar una demanda cuando las circunstancias permitan comprobar:

- a) que el demandante ya no está dispuesto a mantenerla; o
- b) que el litigio haya sido ya resuelto; o
- c) que, por cualquier otro motivo verificado por el Tribunal, ya no esté justificada la continuación del examen de la demanda.

No obstante, el Tribunal proseguirá el examen de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos. ..."

72. El Tribunal señala que en el caso *V. M. y otros c. Bélgica* (citado anteriormente), evaluó la necesidad de continuar con el examen de la demanda en relación con los criterios establecidos en el artículo 37 del Convenio. A la vista de lo previsto en el artículo 37.1.a), señaló que el abogado de un demandante no sólo debe presentar un poder notarial o una autorización por escrito (regla 45.3 del Reglamento), sino que también es importante que se mantenga el contacto entre el demandante y su abogado durante todo el procedimiento, esencial para profundizar en las circunstancias particulares del demandante así como para confirmar su interés en proseguir con el examen de su demanda (véase también *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, nº 16643/09, §§ 124-34, de 21 de octubre de 2014).

73. El Tribunal observa que en algunos casos en los que el abogado del demandante había perdido el contacto con su cliente, especialmente en casos de expulsión de extranjeros, consideró que esa situación podía justificar el archivo de la demanda con arreglo al artículo 37.1. La falta de contacto se consideró en ocasiones como una prueba de que el demandante ya no deseaba mantener la demanda en el sentido del artículo 37.1.a) (véase *Ibrahim Hayd c. Países Bajos* (dec.), nº 30880/10, de 29 de noviembre de 2011, y *Kadzoev c. Bulgaria* (dec.), no. 56437/07, § 7, de 1 de octubre de 2013) o que el examen de la demanda ya no estaba justificado porque el abogado no podía proseguir "de forma significativa" el procedimiento ante la ausencia de instrucciones del demandante, a pesar de que el abogado contaba con autorización para continuar con el procedimiento (véase *Ali c. Suiza*, de 5 de agosto de 1998, §§ 30-33, *Informes sobre sentencias y decisiones* 1998-V, y *Ramzy c. Países Bajos* (archivo), nº 25424/05, §§ 64-66, de 20 de julio de 2010). En ocasiones, el Tribunal ha combinado ambos motivos (véase *M. H. c. Chipre* (dec.), nº 41744/10, § 14, de 14 de enero de 2014, y *M.Is. c. Chipre* (dec.), nº 41805/10, § 20, de 10 de febrero de 2015). En el caso *Sharifi y otros* (citado anteriormente), el Tribunal archivó la demanda en relación con determinados demandantes respecto de los cuales la información proporcionada por el abogado era vaga, superficial e insuficientemente fundamentada (§§ 127 a 29 y 131 a 34).

74. El Tribunal observa que en el presente asunto el Gobierno no solicitó el archivo de la demanda por este motivo. Observa que los abogados de los demandantes declararon que mantenían contacto con los demandantes vía telefónica y por WhatsApp. Además, uno de los abogados leyó en la vista un extracto de una conversación que supuestamente había mantenido con el primer demandante, en la que éste le había manifestado que "aun así no podía aceptar que los seres humanos pudieran tratar a otros seres humanos de esa manera", que la vulneración de sus derechos en España le produjeron un perjuicio, y que quería que se tomaran "medidas para que otras personas no sufrieran el mismo perjuicio". El Tribunal también señala que los poderes incluidos en el expediente del caso están firmados e incluyen huellas dactilares. En opinión del Tribunal, no hay nada en el expediente

que permita dudar de la versión de los abogados ni que cuestione el intercambio de información con el Tribunal (véase *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GS], nº 27765/09, § 54, CEDH 2012).

75. No obstante, el Tribunal recuerda que, aunque las circunstancias de un caso permitan inferir que un demandante ya no desea mantener la demanda, puede proseguir su examen "si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos" (artículo 37 § 1 *in fine*). En los casos citados en el párrafo 73 *supra*, el Tribunal consideró que no había circunstancias especiales en relación con el respeto de los derechos humanos garantizados en el Convenio y sus Protocolos que le exigieran proseguir el examen de la demanda (artículo 37 § 1 *in fine*).

76. En cambio, en la sentencia de Gran Sala en *F.G. c. Suecia* ([GS], nº 43611/11, párrafos 81 y 82, CEDH 2016), el Tribunal consideró que las circunstancias del caso justificaban su archivo con arreglo al artículo 37.1.c), puesto que ya no existía riesgo alguno de que se ejecutara la orden de expulsión. No obstante, decidió proseguir el examen de la demanda por los siguientes motivos:

“81. El Tribunal recuerda que el 2 de junio de 2014 se remitió el asunto a la Gran Sala de conformidad con el artículo 43 del Convenio (...)

82. El Tribunal señala que hay cuestiones importantes en juego en el presente asunto, en particular en lo que respecta a las obligaciones que deben observar las partes en los procedimientos de asilo. Por tanto, el alcance del presente asunto va más allá de la situación particular del demandante, a diferencia de la mayoría de los casos similares de expulsión examinados por una Sala".

77. El Tribunal llegó a una conclusión similar en su sentencia de Gran Sala en *Paposhvili c. Bélgica* ([GS], nº 41738/10, 13 de diciembre de 2016). En aquel caso, consideró que existían cuestiones importantes en juego, en particular respecto a la interpretación de la jurisprudencia sobre la expulsión de extranjeros gravemente enfermos. Por lo tanto, consideró que la repercusión de dicho asunto trascendía la situación particular del demandante (§§ 132 y 133).

78. El Tribunal recuerda que el presente asunto fue remitido a la Gran Sala de conformidad con el artículo 43 del Convenio, que establece que un caso puede ser remitido si plantea "una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o una cuestión grave de carácter general". Señala que en el presente asunto también están en juego cuestiones importantes, en concreto en lo que respecta a la interpretación del alcance y los requisitos del artículo 4 del Protocolo nº 4 en relación con los migrantes que intentan entrar en un Estado contratante de manera irregular aprovechando su gran número. Esto es especialmente importante en el contexto de los "nuevos desafíos" a los que se enfrentan los Estados europeos en materia de control de la inmigración como consecuencia de la crisis económica y de los recientes cambios sociales y políticos que han sufrido de forma especial ciertas zonas

de África y de Oriente Medio (véase *Khlaifia y otros*, citado anteriormente, § 241). La participación de numerosos terceros intervinientes, tanto gobiernos como organizaciones no gubernamentales (véase el apartado 12), demuestra el interés público en este asunto. Así pues, las repercusiones de este caso van más allá de la situación particular de los demandantes (véase *F.G. c. Suecia*, citado anteriormente, § 82).

79. En vista de cuanto antecede, el Tribunal reitera que no hay motivo para dudar de la credibilidad de la información proporcionada por los abogados de los demandantes respecto a la veracidad del contacto mantenido con los demandantes (véase el párrafo 74). En cualquier caso, el Tribunal considera que las circunstancias especiales relativas al respeto de los derechos humanos garantizados en el Convenio y sus Protocolos le obligan a proseguir el examen de la demanda de conformidad con el artículo 37 § 1 *in fine* del Convenio.

### **B. Análisis de las pruebas y determinación de los hechos por parte del Tribunal**

80. El Gobierno afirmó que los demandantes no habían demostrado haber participado en el intento de entrar en España por la frontera de Melilla durante la madrugada del 13 de agosto de 2014. Indicó que los demandantes afirmaron reconocerse en las secuencias de vídeo aportadas (véase el apartado 27). Basando sus afirmaciones en los análisis de los expertos, el Gobierno reprochó la mala calidad de las grabaciones de vídeo en cuestión, que a su juicio hacía imposible cotejar las imágenes con las fotografías de los documentos oficiales de identidad, que fueron verificadas cuando los demandantes entraron posteriormente en territorio español. El Gobierno considera que los demandantes no aportaron pruebas de su participación en el asalto a las vallas, aunque era a ellos a quienes correspondía la carga de la prueba. En cualquier caso, sobre la base de las imágenes aportadas por los demandantes y en vista de las lesiones y fracturas que afirmaban haber sufrido antes de su intento de entrada, el primer demandante no habría podido escalar las tres vallas y el segundo demandante, que supuestamente tenía la rodilla dolorida, no podía ser la persona que aparecía en las imágenes de vídeo proporcionadas, que parecía tener molestias en el talón y un brazo roto. El Gobierno impugnó la sentencia de la Sala a ese respecto y argumentó, basándose en el artículo 34 del Convenio, que las demandas debían declararse inadmisibles por carecer de la condición de víctima.

81. Los demandantes, por su parte, afirmaron que las pruebas que habían reunido -vídeos del asalto a las vallas en los que afirmaban reconocerse entre los demás migrantes, e informes de instituciones y organizaciones internacionales independientes- eran suficientes para demostrar que efectivamente habían formado parte del grupo que intentó entrar en España escalando de forma masiva la valla de Melilla el 13 de agosto de 2014, y

que fueron devueltos sumariamente a Marruecos. Señalaron además que el Gobierno español ya había reconocido la existencia de una práctica sistemática de expulsiones colectivas sumarias en la valla de Melilla. Los demandantes pusieron en duda la independencia y la calidad de los informes aportados por el Gobierno, argumentando que no era posible ningún "cotejo", ya que las fotografías de los documentos oficiales de identidad utilizados por el Gobierno no eran las imágenes relevantes. Criticaron al Gobierno por no aportar las grabaciones de vídeo realizadas por las cámaras de infrarrojos y los sensores de movimiento instalados en la valla de Melilla cuyas imágenes, según los demandantes, eran más nítidas que las aportadas por ellos mismos (véase el párrafo 27), que habían sido tomadas por terceros (periodistas y otros testigos presenciales) a pesar de las amenazas de la Guardia Civil en un intento de impedirles filmar.

82. Los demandantes señalaron que era de suma importancia para el funcionamiento eficaz del régimen de denuncia de los particulares que los Estados proporcionen todos los medios necesarios para llevar a cabo un análisis adecuado y eficaz de las demandas (*Timurtaş v. Turquía*, nº 23531/94, § 66, ECHR 2000-VI). También señalaron que en su sentencia en el asunto *Hirsi Jamaa y otros* (citada anteriormente), el Tribunal había otorgado especial importancia a la versión de los demandantes ya que fue corroborada por un gran número de testimonios recogidos por ACNUR, el CPT y *Human Rights Watch* (§ 203), como en el presente caso (véanse, a modo de ejemplo, los párrafos 55 y ss. anteriores relativos a los informes del Comisario para los Derechos Humanos, el CPT y del Representante Especial del Secretario General del Consejo de Europa sobre la migración y los refugiados). Alegaron que su incapacidad para aportar pruebas adicionales respecto a su participación en el asalto a las vallas del 13 de agosto de 2014 se debía a que el Gobierno español había incumplido los procedimientos de identificación y análisis de sus circunstancias personales, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Protocolo nº 4.

83. A la vista de las alegaciones de las partes, el Tribunal examinará ahora la objeción del Gobierno de que los demandantes carecen de la condición de víctima como cuestión previa a la determinación de los hechos.

84. A este respecto, el Tribunal observa diferencias significativas en el relato de los hechos por las partes. En consecuencia, la cuestión estriba en si la Gran Sala está convencida de la veracidad de las declaraciones de los demandantes en relación con su participación en el asalto a las vallas el 13 de agosto de 2014, a pesar de que las pruebas aportadas por estos no parecen concluyentes.

85. Según la jurisprudencia del Tribunal, la distribución de la carga de la prueba y el nivel de convicción necesario para alcanzar una conclusión particular están intrínsecamente vinculados a la singularidad de los hechos, a la naturaleza de las alegaciones formuladas y al derecho del Convenio en

juego (véase, entre otros precedentes, *El Masri c. la ex República Yugoslava de Macedonia* [GS], nº 39630/09, § 151). En este contexto, hay que tener presente que la ausencia de identificación y de trato personalizado por parte de las autoridades del Estado demandado en el presente caso, que ha contribuido a la dificultad por parte de los demandantes en aportar pruebas de su participación en los acontecimientos en cuestión, constituye el núcleo de la denuncia de los demandantes. En consecuencia, el Tribunal tratará de determinar si los demandantes han aportado pruebas *prima facie* que sustenten su versión de los hechos. En tal caso, debe invertirse la carga de la prueba y recaer en el Gobierno (véanse, *mutatis mutandis*, *El-Masri*, antes citado, § 152, y *Baka c. Hungría* [GS], nº 20261/12, § 149, de 23 de junio de 2016).

86. El Tribunal considera que los demandantes han dado una explicación coherente de sus circunstancias personales, de sus países de origen, de las dificultades que les condujeron hasta el Monte Gurugu y de su participación el 13 de agosto de 2014, junto con otros migrantes, en el asalto a las vallas instaladas en la frontera terrestre entre Marruecos y España (véanse los párrafos 24 y ss. *supra*), cuyo asalto fue inmediatamente repelido por la Guardia Civil española. Con el fin de respaldar sus afirmaciones, los demandantes aportaron imágenes de vídeo que mostraban el asalto a las vallas, tal como había sido descrito, y en las que afirmaban reconocerse. Por su parte, los informes periciales aportados por el Gobierno sólo pudieron demostrar la imposibilidad de identificar a los demandantes en la filmación, pero no refutaron los argumentos de aquellos.

87. El Tribunal además indica que, tal y como se señala en el párrafo 59 de la sentencia de Sala, el Gobierno no negó la existencia de las expulsiones colectivas del 13 de agosto de 2014 ni que, poco después de los hechos acaecidos, incluso reformó la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España para legalizar esta práctica (véanse los párrafos 20 y 33 *supra*).

88. En tales circunstancias y a la vista del contexto en el presente asunto, el Tribunal considera que los demandantes han aportado pruebas *prima facie* de su participación en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla del 13 de agosto de 2014, que no han sido refutadas de manera convincente por el Gobierno. En consecuencia, el Tribunal desestima la objeción preliminar del Gobierno respecto a la ausencia de la condición de víctima, y presumirá la veracidad del relato de hechos presentado por los demandantes.

## II. SOBRE LA JURISDICCIÓN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 1 DEL CONVENIO

89. El artículo 1 del Convenio establece:

"Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del (...) Convenio".

### A. La sentencia de Sala

90. La Sala no estimó necesario establecer si las vallas escaladas por los demandantes estaban situadas en territorio español o marroquí. Consideró que desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas estuvieron bajo el control continuo y exclusivo, al menos *de facto*, de las autoridades españolas. Añadió que ninguna consideración sobre los poderes, funciones y acciones de las fuerzas de seguridad españolas pudieran conducir a otra conclusión. Con referencia a la sentencia en el asunto *Hirsi Jamaa y otros* (citada anteriormente), la Sala sostuvo que, en todo caso, los hechos alegados correspondían a la "jurisdicción" española en el sentido del artículo 1 del Convenio.

### B. Alegaciones de las partes

91. El Gobierno objetó que España fuese responsable de los acontecimientos ocurridos en el perímetro fronterizo que separa el Reino de Marruecos del Reino de España. Confirmó que las vallas habían sido instaladas en territorio español. No obstante, afirmó que las tres vallas de la frontera de Melilla constituían una "frontera operacional" destinada a impedir la entrada irregular de extranjeros. Señaló que tras el establecimiento del sistema de control de fronteras, España limitó su "jurisdicción", que se comenzaba a aplicar más allá del dispositivo policial que formaba parte de las "medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente" en el sentido del artículo 13 del Código de Fronteras Schengen. Es decir, sólo entraba en juego en el momento en que los migrantes han cruzado completamente las tres vallas que conforman el sistema de control fronterizo y han superado el dispositivo policial (véanse los párrafos 15 y ss. supra). El Gobierno señaló que sólo entonces podía exigirse a España el cumplimiento de las obligaciones de identificación previstas en el Convenio y las salvaguardas procesales aplicables a los procedimientos de expulsión. Si fuera de otro modo, el resultado sería un "efecto llamada" susceptible de generar una crisis humanitaria de enormes proporciones.

92. El Gobierno sostuvo que los demandantes, tras escalar las vallas, no descendieron por sí mismos la valla "interior" (la tercera valla, del lado español), sino que fueron retenidos por la Guardia Civil y escoltados de vuelta a Marruecos. Al no haber superado el dispositivo policial, no estuvieron sujetos a la plena jurisdicción española.

93. Los demandantes consideraron que en el presente asunto no se podía cuestionar la jurisdicción española en la medida en que las vallas se encontraban en territorio español, hecho que según ellos había sido reconocido por el Gobierno. Los demandantes señalaron que el concepto de "jurisdicción" era principalmente territorial y que su ejercicio se presume

normalmente en el conjunto del territorio del Estado (los demandantes se refirieron a *Hirsi Jamaa y otros*, citados anteriormente, § 71). Señalaron que dicho principio no admite excepciones.

94. En cualquier caso, los demandantes consideran que la expulsión de migrantes extranjeros, cuyo objeto era impedirles alcanzar las fronteras del Estado o devolverlos a otro Estado, suponía un ejercicio de la jurisdicción contemplado en el artículo 1 del Convenio, que comprometía la responsabilidad del Estado en cuestión en virtud del artículo 4 del Protocolo 4 (ibíd., § 180). Añadieron que cuando se ejerce control sobre otros por parte de agentes del Estado, éste se ejerce por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados (ibíd., § 77).

### C. Observaciones de terceros intervinientes

95. El Gobierno francés no suscribió el análisis de la Sala en cuanto a la naturaleza del control ejercido sobre los demandantes, por considerar que éstos no se encontraban bajo la jurisdicción del Estado español en el sentido del artículo 1 del Convenio. A su juicio, el control "efectivo y continuo" a los efectos de la jurisprudencia del Tribunal implicaba una cierta duración y un control real (físico o como autoridad) sobre las personas afectadas. Una forma de control que se limitara, como en el presente asunto, a una intervención breve y limitada en el contexto de las medidas de defensa de las fronteras terrestres del país y de protección de la seguridad nacional no podía suponer la aplicación extraterritorial del Convenio.

96. El Gobierno italiano, por su parte, observó que los demandantes no habían permanecido en territorio español. Subrayaron que la Directiva 2008/115/CE (la "Directiva de retorno") se aplicaba únicamente a los nacionales de terceros países que se encontraban ilegalmente en el territorio de un Estado miembro. Se remitieron a las normas de la Unión Europea y, en particular, al Código de Fronteras Schengen (véanse los párrafos 45 y ss. supra), que exigía a los Estados miembros con fronteras exteriores de la Unión Europea que realicen una estricta vigilancia de dichas fronteras.

97. El Gobierno belga sostuvo que los hechos del caso pertenecían exclusivamente al ámbito de vigilancia de las fronteras exteriores del espacio Schengen. Cuando un Estado miembro realizaba controles fronterizos, no se le podía exigir que admitiera a las personas que intentaban cruzar la frontera irregularmente. Cuando esas personas eran devueltas – habiendo sido interceptados o no- no se podía considerar que hubieran entrado en el territorio del Estado en cuestión y que estuvieran dentro de su jurisdicción. Las conclusiones relativas a la cuestión de la jurisdicción en los casos *Hirsi Jamaa y otros* y *Khlaifia y otros* no se pueden transponer al presente caso, en la medida en que el derecho internacional marítimo, que ha desempeñado un papel fundamental en esos casos, no es aplicable al presente caso.

98. Los terceros intervinientes no gubernamentales argumentaron en sus actuaciones ante la Sala y la Gran Sala que la jurisdicción española se aplicaba en la frontera. Algunos de ellos impugnaron, en particular, el Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 y la orden de servicio nº 6/2014, de 11 de abril de 2014, que excluye la aplicación de la legislación sobre derechos de los extranjeros en la frontera y la jurisdicción de España al respecto, a menos que los migrantes en cuestión hayan bajado de la valla interior y superado el dispositivo policial. Señalaron que dicho territorio estaba bajo la jurisdicción española con arreglo al derecho interno e internacional en el resto de casos.

99. La CEAR argumentó que la jurisdicción española era aplicable en el presente caso, basándose, en particular, en los apartados de los informes anuales del Defensor del Pueblo español indicados en los párrafos 39 y siguientes.

100. El Centro AIRE, Amnistía Internacional, ECRE, la Comisión Internacional de Juristas y el Consejo Neerlandés para los Refugiados, que presentaron observaciones conjuntas en calidad de terceros intervinientes, citaron la sentencia en *Hirsi Jamaa y otros* (citado anteriormente, § 180) en el sentido de que "las expulsiones de extranjeros llevadas a cabo en el marco de intercepciones en alta mar por parte de las autoridades de un Estado que ejerza su competencia soberana, y que tengan como efecto el impedir a los migrantes llegar a las fronteras de este Estado o incluso empujarlos hacia otro Estado, constituyen un ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 del Convenio que implica la responsabilidad del Estado en cuestión en virtud del artículo 4 del Protocolo nº 4". En su opinión, esto mismo debe aplicarse a las situaciones en las que se niega la entrada al país a quienes llegan a España de forma irregular (*Sharifi y otros*, citados anteriormente, § 212). Dichas personas estaban bajo el control efectivo de las autoridades de ese Estado, tanto si se encontraban dentro de su territorio como en sus fronteras terrestres.

101. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos subrayó en las actuaciones ante la Sala que las medidas de control fronterizo no estaban exentas del concepto de jurisdicción y que las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos eran plenamente aplicables a ese respecto.

## **D. Análisis del Tribunal**

### *1. Principios generales*

102. En virtud del artículo 1 del Convenio, el compromiso de los Estados contratantes es "reconocer" ("*reconnaître*" en francés; "*to secure*" en inglés) a toda persona bajo su "jurisdicción" los derechos y libertades

definidos en el Convenio (véase *Soering c. el Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, § 86, Serie A n° 161, y *Banković y Otros c. Bélgica y otros* (dec.), [GS], n° 52207/99, § 66, ECHR 2001-XII). El artículo 1 no discrimina en cuanto al tipo de norma o medida correspondiente, y no excluye parte alguna de la "jurisdicción" de los Estados miembros del ámbito del Convenio (véase *Partido Comunista Unido de Turquía y otros c. Turquía*, de 30 de enero de 1998, § 29, *Reports* 1998-I, y *Matthews c. Reino Unido* [GS], n° 24833/94, § 29, CEDH 1999-I). El ejercicio de la "jurisdicción" es una condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser considerado responsable de los actos u omisiones que le sean imputables y que constituyan una vulneración de los derechos y libertades establecidos en el Convenio (véase *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia* [GS], n° 48787/99, § 311, CEDH 2004-VII).

103. La competencia jurisdiccional de un Estado en virtud del artículo 1 es principalmente territorial (véase *Banković y otros*, citados anteriormente, § 59; *Ilaşcu y otros*, citados anteriormente, § 312; y *Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía* [GS], n° 36925/07, § 178, de 29 de enero de 2019). Se considera que se ejerce normalmente en todo el territorio del Estado. Sólo en circunstancias excepcionales puede limitarse dicha presunción, en particular cuando se impide a un Estado ejercer su autoridad en parte de su territorio (véase *Assanidze c. Georgia* [GS], n° 71503/01, §§ 137-139, CEDH 2004-II, e *Ilaşcu y otros*, citados anteriormente, §§. 312-313 y 333).

## 2. Aplicación al presente caso

104. El Tribunal señala de entrada que no se cuestiona que los hechos acaecidos tuvieron lugar en territorio español. Además, el Gobierno reconoció que las tres vallas fronterizas de Melilla se habían instalado en su territorio. No obstante, invoca una excepción a la jurisdicción territorial que se extiende no sólo a cualquier terreno entre la frontera hispano-marroquí y la valla exterior del sistema de protección de la frontera de Melilla, sino también entre el punto de descenso de la valla "interior" (tercera, del lado español) y la zona comprendida entre dicha valla y el dispositivo policial, hasta el punto en que se cruza esta última.

105. Dado que se presume que la jurisdicción de un Estado se ejerce en todo su territorio, la cuestión que debe abordarse es si el Estado español puede, invocando circunstancias excepcionales como lo ha hecho, alterar o reducir el alcance de su jurisdicción reclamando una "excepción de jurisdicción" aplicable a la parte de su territorio en la que se produjeron los hechos en cuestión.

106. A este respecto, el Tribunal señala ante todo que su jurisprudencia no permite las exclusiones territoriales (véase *Matthews*, citado anteriormente, § 29, y *Assanidze*, citado anteriormente, § 140), salvo en el caso mencionado en el artículo 56 § 1 del Convenio (territorios dependientes), que no es aplicable en el presente caso. No obstante, ya ha

reconocido con anterioridad que los Estados que forman las fronteras exteriores del espacio Schengen están experimentando en la actualidad importantes dificultades para hacer frente a la creciente afluencia de migrantes y demandantes de asilo (véase *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* [GS], nº 30696/09, § 223, CEDH 2011; *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 122; y *Sharifi y otros*, citado anteriormente, § 176), pero no implica consecuencia alguna con respecto a la jurisdicción de los Estados interesados.

107. En el presente caso, el Gobierno indicó la dificultad en gestionar la inmigración ilegal a través del enclave de Melilla y, en particular, al asalto de las vallas fronterizas por parte de grupos generalmente integrados por varios cientos de extranjeros. Sin embargo, no afirma que esta situación le impida ejercer plenamente su autoridad sobre esa parte del territorio nacional. En efecto, queda claro que sólo las autoridades españolas actuaban allí, como se desprende del expediente y de las grabaciones de vídeo aportadas por las partes, que muestran que fueron las fuerzas de seguridad españolas quienes ayudaron a los migrantes en cuestión a bajar de las vallas.

108. En consecuencia, el Tribunal no constata ninguna "situación apremiante *de facto*" ni "elementos de hecho objetivos" capaces de limitar el ejercicio efectivo de la autoridad del Estado español sobre su territorio en la frontera de Melilla y, por tanto, de refutar la "presunción de competencia" en relación con los demandantes (véase *İlasçu y otros*, citado anteriormente, §§ 313 y 333).

109. El Tribunal además reitera que debe considerarse que el concepto de "jurisdicción" a los efectos del artículo 1 del Convenio refleja el significado del término en el derecho internacional público (véase *İlasçu y otros*, anteriormente citado, § 312 y *Assanidze*, anteriormente citado, § 137). Con arreglo a dicha norma, 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. Además, 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 (véanse los párrafos 45 y 46 supra), 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 (véase el párrafo 47 supra). Además, este derecho europeo no afecta a la jurisdicción española con arreglo al derecho internacional. Además, como se estipula en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las disposiciones de derecho interno no pueden invocarse como justificación del incumplimiento de un tratado (véase el párrafo 61 supra).

110. Además, el Tribunal ha declarado con anterioridad 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 (véase, *mutatis mutandis*, *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 178). Como instrumento constitucional de orden público europeo (véase *Loizidou c. Turquía* (objeciones preliminares), de 23 de marzo de 1995, § 75, Serie A no. 310, y *AlSkeini- y otros c. el Reino Unido* [GS], no. 55721/07, § 141, CEDH 2011), el Convenio no puede restringirse de forma selectiva a algunas partes del territorio de un Estado mediante una reducción artificial del alcance de su jurisdicción territorial. Cualquier otra conclusión equivaldría a privar de sentido a la noción de protección efectiva de los derechos humanos que inspira todo el Convenio (véase *Assanidze*, citado anteriormente, § 142).

111. En consecuencia, los hechos de los que derivan las supuestas violaciones corresponden a la "jurisdicción" española en el sentido del artículo 1 del Convenio. En consecuencia, este Tribunal desestima la objeción del Gobierno sobre la falta de jurisdicción.

### III. OTRAS OBJECIONES PRELIMINARES PLANTEADAS POR EL GOBIERNO

#### A. Sobre la supuesta pérdida de la condición de víctima de los demandantes

112. El Gobierno afirmó que, aun suponiendo que las personas que aparecen en las imágenes de vídeo fueran efectivamente los demandantes (véanse los párrafos 80-88 supra), éstos habían dejado de tener la condición de víctimas en la medida en que, unos meses más tarde, habían logrado entrar irregularmente en territorio español y habían sido objeto de órdenes de expulsión dictadas en el marco de un procedimiento que, a juicio del Gobierno, había contado con todas las garantías necesarias (véanse los párrafos 28 y ss. supra). Además, en el momento de presentar sus demandas ante este Tribunal, los demandantes ya habían sido objeto de los procedimientos de expulsión individuales mencionados con anterioridad. Únicamente el primer demandante había solicitado asilo posteriormente, aunque ambos estuvieron asistidos de abogado e intérprete. Por lo tanto, dejaron de tener la condición de víctimas cuando lograron entrar en España a finales de 2014 sin intentar beneficiarse plenamente de los procedimientos disponibles. En consecuencia, en opinión del Gobierno, se debería proceder al archivo de las demandas en virtud del artículo 37 § 1 (b) y (c) del Convenio.

113. En cuanto a los procedimientos administrativos de expulsión iniciados en 2015, los demandantes insistieron en que sus demandas se referían únicamente a las expulsiones colectivas del 13 de agosto de 2014 y no a los procedimientos posteriores a los que se refería el Gobierno, que se iniciaron por hechos diferentes.

114. En un caso de supuesta expulsión como el presente, este Tribunal no puede tomar en consideración los hechos ocurridos tras un cruce distinto de la frontera. En consecuencia, desestima la petición del Gobierno de archivar el asunto por este motivo.

## **B. Agotamiento de los recursos internos**

### *1. El Gobierno*

115. En la comunicación del Gobierno, los dos demandantes podrían haber intentado obtener visados de entrada a España en sus respectivos países de origen, con arreglo al artículo 27.1 de la LOEX (véase el párrafo 32 supra). El primer demandante, en concreto, podría haber formulado solicitudes de trabajo en virtud del Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre España y Malí de 23 de enero de 2007. Entre 2015 y 2017 se habían expedido 34 permisos de trabajo a nacionales de Malí y 31 a nacionales de Costa de Marfil. Los demandantes también podrían haber solicitado asilo en Marruecos o en cualquier consulado español en alguno de los países de tránsito en su camino hacia Marruecos, incluso en sus países de origen (artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, véase el párrafo 34 supra). Podrían igualmente haber presentado su solicitud en la embajada española en Rabat, en el consulado de Nador (a 16,8 km de Melilla) o en el puesto fronterizo autorizado de Beni Enzar, desde donde se les habría conducido a la comisaría de Melilla (artículo 21.1 de la Ley 12/2009, citada anteriormente).

116. El Gobierno también señaló que las órdenes de expulsión de los demandantes no fueron impugnadas en la jurisdicción contencioso-administrativa y que sólo el primer demandante había presentado una solicitud de asilo con el fin de obtener una suspensión de la ejecución de su expulsión. Esta había sido rechazada después de que dos informes del ACNUR concluyeran que no concurrían causas legales para conceder el asilo. Al no interponerse recurso administrativo alguno contra la orden de expulsión, ésta se ejecutó el 31 de marzo de 2015 y el primer demandante fue devuelto a Malí. En cuanto al segundo demandante, no había impugnado la decisión de 23 de febrero de 2015 por la que se desestimaba su recurso administrativo contra la orden de expulsión, a pesar de que, al igual que el primer demandante, estuvo asistido de letrado (véanse los párrafos 28 y ss. supra).

## 2. *Los demandantes*

117. Los demandantes afirman que no existía mecanismo alguno que les permitiera acceder legalmente al territorio español con el fin de solicitar asilo. Sostuvieron que el puesto fronterizo autorizado de Beni Enzar no era accesible a los migrantes del África subsahariana. Según los informes presentados por los demandantes y algunos de los terceros intervinientes en las actuaciones ante la Gran Sala, las autoridades marroquíes restringieron en la práctica el acceso a ese puesto fronterizo. De acuerdo con los demandantes, las únicas opciones disponibles para entrar en España eran escalar las vallas o cruzar la frontera ilegalmente con la ayuda de traficantes.

118. Los demandantes alegaron que las autoridades marroquíes no reconocieron ningún mecanismo de protección internacional hasta 2013. En 2013-2014, cuando la Oficina de Refugiados y Apátridas (BRA, por sus siglas en francés) en Marruecos reanudó su actividad, estas se limitaron a la determinación del estatus de refugiado que hasta entonces había sido reconocido por ACNUR. Tampoco Mauritania contaba con un sistema eficaz de protección de los refugiados (operado por el propio Estado o por ACNUR), e idéntica situación se daba en Argelia. En Malí, el sistema nacional de asilo, que existía en teoría pero funcionaba de manera discrecional, no facilitaba ningún dato sobre las solicitudes de asilo; además, el ACNUR cesó su actividad en ese país en 2002. Por otro lado, los países mencionados -Marruecos, Argelia, Mauritania y Malí- no figuraban en la lista de países seguros a ese respecto. En opinión de los demandantes, la posibilidad de solicitar protección internacional en terceros países no constituía un recurso efectivo y, en cualquier caso, era inexistente. Las citadas vías de recurso debían estar disponibles, ser eficaces y tener efecto suspensivo, y demostrar que eran viables en relación con el carácter colectivo de la expulsión; evidentemente no fue así.

119. Los demandantes subrayaron que sus demandas se referían a las expulsiones colectivas del 13 de agosto de 2014 y no a las actuaciones posteriores mencionadas por el Gobierno, que se referían a hechos distintos. En cualquier caso, sólo debían agotarse los recursos internos con efectos suspensivos y que, por lo tanto, resultaran eficaces. Los demandantes afirmaron que el artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio y el artículo 13 del Convenio estaban estrechamente relacionados (citaron *Georgia c. Rusia (I)* [GS], nº 13255/07, § 212, CEDH 2014 (extractos)). En lo que respecta a su expulsión colectiva del 13 de agosto de 2014, no tuvieron acceso a ningún recurso efectivo que pudieran haber ejercido antes o después de la ejecución de las órdenes de expulsión.

### 3. Análisis del Tribunal

120. El Tribunal señala que el Gobierno ha expuesto los diferentes procedimientos que, según sostiene, estaban a disposición de los demandantes para entrar legalmente en territorio español con un visado de entrada o un contrato de trabajo o como solicitantes de asilo (véase el párrafo 115 supra). A la vista de la denuncia de los demandantes de que fueron objeto de una expulsión colectiva, los procedimientos propuestos por el Gobierno no pueden considerarse como recursos efectivos con respecto a la presunta vulneración. El propio Gobierno las presentó como alternativas a la entrada irregular en lugar de como recursos. Esta cuestión se examinará posteriormente.

121. Por otra parte, y en la medida en que el Gobierno se refiere a las órdenes de expulsión dictadas con posterioridad a los hechos objeto de las presentes demandas, así como al procedimiento de asilo iniciado por el primer demandante en 2015 mientras todavía se encontraba en España (véanse los párrafos 112 y ss. supra), este Tribunal ya ha declarado (véase el párrafo 114 supra) que, si bien los demandantes no agotaron los recursos disponibles en relación con las órdenes de expulsión o la denegación de asilo, estas cuestiones no constituyen el objeto del presente asunto, que se refiere a la supuesta expulsión colectiva acaecida tras los hechos del 13 de agosto de 2014.

122. Por lo tanto, debe desestimarse la objeción del Gobierno respecto a la falta de agotamiento.

## IV. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO N° 4 DEL CONVENIO

123. Los demandantes sostuvieron que habían sido objeto de una expulsión colectiva sin una evaluación personal de sus circunstancias y en ausencia de procedimiento o asistencia letrada. A su juicio, esta situación reflejaba una política sistemática de expulsión de migrantes sin identificación previa, que carecía de fundamento jurídico en el momento pertinente. Precisarón que las presentes demandas no se referían al derecho a entrar en el territorio de un Estado sino al derecho a un procedimiento individual con el fin de poder impugnar una expulsión. Se basaron a este respecto en el artículo 4 del Protocolo n° 4 del Convenio, que establece:

"Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros".

### A. La sentencia de Sala

124. La Sala consideró que la objeción preliminar del Gobierno relativa a la aplicabilidad *ratione materiae* del artículo 4 del Protocolo n° 4 en el presente caso estaba estrechamente vinculada al fondo de la queja de los

demandantes y procedía acumularla al fondo del asunto. La Sala no consideró necesario determinar si los demandantes habían sido expulsados después de entrar en territorio español o antes de conseguirlo, como alegaba el Gobierno. Sostuvo que si las interceptaciones en alta mar entran en el ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo n° 4 (véase *Hirsi Jamaa y otros*, anteriormente citado, § 180, y *Sharifi y otros*, citado anteriormente, § 212), lo mismo debe aplicarse a la denegación de entrada en territorio nacional con respecto a las personas que llegan a España ilegalmente. La Sala llegó a la conclusión de que se trataba efectivamente de una "expulsión" a los efectos del artículo 4 del Protocolo n° 4 (véanse los párrafos 98 y ss. y, en particular, los párrafos 102 a 105 de la sentencia de la Sala). En cuanto al fondo de la queja relativa al carácter "colectivo" de la expulsión, la Sala concluyó que, dado que las medidas de expulsión se habían adoptado sin seguir procedimiento alguno ni evaluar las circunstancias individuales de los demandantes ni decisión administrativa o judicial previa, su expulsión había sido efectivamente colectiva, vulnerando la disposición mencionada.

## **B. Las alegaciones de las partes ante la Gran Sala**

### *1. El Gobierno*

125. El Gobierno afirmó que el ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo n° 4 había sido ampliado por la jurisprudencia del Tribunal y sostuvo que dicha disposición no es de aplicación en el presente caso.

126. En opinión del Gobierno, la disposición en cuestión era aplicable a los extranjeros que llegaban al territorio de un Estado de manera pacífica. En este contexto, el Gobierno se basó en el Artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, que articula el derecho inmanente de los Estados a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado contra un Estado miembro. En las alegaciones del Gobierno, el artículo 4 del Protocolo n° 4 exige además la existencia de una situación de riesgo para los demandantes (ya sea en su país de origen o si llegan por vía marítima) así como la imposibilidad de solicitar asilo o entrar legalmente por no encontrarse todavía en el territorio de dicho Estado.

127. Por lo tanto, el artículo 4 del Protocolo n° 4 no era aplicable en cuanto no existía riesgo para los demandantes y/o disponían de medios a su alcance para solicitar asilo o entrar en un país seguro. El Gobierno se refirió a ese respecto a los párrafos 177 y 174 de la sentencia en el caso *Hirsi Jamaa y otros* (citada anteriormente), y destacó el hecho de que los demandantes en el presente caso eran migrantes que habían intentado entrar en España ilegalmente a través de una frontera terrestre. Los demandantes no han aportado pruebas de encontrarse en una de las situaciones reconocidas internacionalmente para la concesión de asilo.

128. El Gobierno sostuvo que el principio de no devolución (*non-refoulement*) sólo podía aplicarse a aquellas personas en situación de peligro o que se enfrentaran a un riesgo reconocido por el derecho internacional. Los demandantes en el presente caso no se habían enfrentado a ningún riesgo de ese tipo en Marruecos, como confirmó el Tribunal en su decisión de inadmisibilidad de la queja en virtud del artículo 3. Además, incluso tras haber logrado entrar en España, los demandantes habían solicitado asilo muy tarde (N.D.), o ni siquiera lo habían solicitado (N.T.). En opinión del Gobierno, no pueden ser considerados por tanto como demandantes de asilo. Los demandantes procedían de terceros países seguros, no habían estado expuestos a riesgos y podrían haber entrado legalmente en España si hubieran presentado solicitudes de asilo en la embajada o en los consulados españoles en Marruecos (véase el párrafo 34 supra) o en el resto de países de tránsito, o en el puesto fronterizo autorizado de Beni Enzar. Alternativamente, podrían haber conseguido un contrato para trabajar en España desde sus países de origen. El Gobierno se refirió a ese respecto al informe de 18 de diciembre de 2015 de la Dirección General de la Policía de Melilla, en el que se afirmaba que se habían presentado seis demandas de asilo en Beni Enzar entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2014 y que, tras la apertura de la oficina de registro de demandas de asilo por las autoridades españolas en Beni Enzar el 1 de septiembre de 2014, se habían presentado 404 demandas en el mismo lugar a lo largo de los cuatro últimos meses de ese año. El Gobierno declaró que "antes de que se construyera y desplegara la Oficina de Protección Internacional del puesto fronterizo de Beni Enzar, se informó al demandante de asilo de sus derechos, asistido de intérprete y abogado especializado gratuito asignados por el Colegio de Abogados. Luego se le condujo a un centro de estancia temporal de inmigrantes, donde se atendieron sus necesidades básicas. Los servicios de salud, los servicios sociales y las ONG [*sic*] también desarrollan su trabajo en estos centros". A juicio del Gobierno, los demandantes habían participado en un asalto ilegal a las vallas fronterizas en un intento de entrar en territorio español sin utilizar los pasos fronterizos designados. Además, las presiones migratorias habían sido especialmente intensas en 2014 debido a la proliferación de redes de traficantes que organizaban repetidos asaltos violentos y a gran escala a las vallas para entrar en España a través de Melilla.

129. En opinión del Gobierno, el derecho a entrar en territorio español, tal y como reclaman los demandantes, es decir, el derecho a entrar por cualquier punto de la línea fronteriza sin someterse a ningún tipo de control, es contrario al régimen del Convenio y supondría una amenaza para el disfrute de los derechos humanos tanto de los ciudadanos de los Estados miembros como de los migrantes, al tiempo que proporciona cuantiosos beneficios a las organizaciones criminales que se dedican al tráfico de personas. El Gobierno alegó que una decisión del Tribunal que legitimara esa conducta ilegal crearía un indeseable "efecto llamada" y provocaría una

crisis migratoria con catastróficas consecuencias para la protección de los derechos humanos.

130. A ese respecto, los artículos 72 y 79 del propio TFUE (véase el párrafo 43 supra) estipulan que las políticas de control de fronteras, asilo e inmigración no deben afectar al ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior. En la comunicación del Gobierno, el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del Convenio y del artículo 4 del Protocolo nº 4 era compatible con el mantenimiento de un sistema de protección de las fronteras españolas.

131. El Gobierno se refirió a las normas especiales para Ceuta y Melilla establecidas en la disposición adicional décima de la LOEX, modificada por la Ley Orgánica 4/2015, antes citada (véase el párrafo 33 supra). Como Estado soberano perteneciente a la Unión Europea y que forma parte de la frontera exterior de Schengen, España tenía el deber de proteger, vigilar y salvaguardar sus fronteras. Por lo tanto, ese deber trascendía el contexto puramente nacional y constituía una responsabilidad hacia la Unión Europea en su conjunto.

132. El Gobierno sostuvo que, en cualquier caso, los hechos del presente caso no equivalían a una "expulsión colectiva de extranjeros", ya que, para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo nº 4, la medida en cuestión debía constituir la "expulsión" de personas que se encontraban en el territorio del Estado demandado. A su juicio, el presente caso no se refiere a una "expulsión", sino a la prevención de la entrada ilegal en territorio español. Subrayaron la clara distinción establecida en el Código de Fronteras Schengen entre impedir la entrada en un Estado miembro de la Unión Europea y el procedimiento que debe seguirse con respecto a las personas que han logrado entrar ilegalmente.

133. El Gobierno añadió que la expulsión debía ser igualmente "colectiva" (es decir, tenía que afectar a un grupo de personas caracterizado por unas circunstancias comunes y específicas del grupo en cuestión), y tenía que aplicarse a los "extranjeros".

134. El Gobierno impugnó las conclusiones de la sentencia dictada por la Sala en la medida en que, a su juicio, no existe el derecho a entrar en un Estado concreto fuera de los pasos fronterizos. Con el fin de respaldar sus argumentos, citaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 2 y 3 del Protocolo nº 4 del Convenio. También se refirieron al párrafo 184 de la sentencia *Hirsi Jamaa y otros* (citada anteriormente), según la cual el Tribunal tuvo en cuenta, en su jurisprudencia sobre el artículo 4 del Protocolo nº 4, si la ausencia de una decisión de expulsión individualizada es una consecuencia de la conducta culpable de los propios demandantes (el Gobierno citó el caso *Berisha y Haljiti c. la antigua República Yugoslava de Macedonia* (dec.), nº 18670/03, TEDH 2005-VIII (extractos), y *Dritsas y*

*otros c. Italia* (dec.), nº 2344/02, de 1 de febrero de 2011). El Gobierno solicitó al Tribunal que declarara las demandas inadmisibles o, en su defecto, que no se había producido violación alguna del artículo 4 del Protocolo nº 4 ni del artículo 13 del Convenio.

## 2. Los demandantes

135. Refiriéndose a los trabajos preparatorios del Protocolo nº 4, citados en *Hirsi Jamaa y otros* (citados anteriormente, §§ 171 y 174), los demandantes observaron que no se podía diferenciar entre refugiados y no refugiados o entre migrantes regulares e irregulares en lo que respecta a la protección garantizada por el artículo 4 del Protocolo nº 4. Señalaron que el Comité de Expertos encargado de redactar el Protocolo había declarado expresamente que el término "extranjeros" se aplicaba a "todos aquellos que, en realidad, no tienen derecho a obtener nacionalidad de un Estado, tanto los que se encuentran en tránsito por un país como los que residen o están domiciliados en él, tanto los refugiados como los que entraron en el país por iniciativa propia, y tanto si son apátridas como si poseen otra nacionalidad" (trabajos preparatorios, artículo 61, § 34). Dicho posicionamiento se reflejó en la jurisprudencia del Tribunal (los demandantes mencionaron *Sharifi y otros*, § 211, y *Georgia c. Rusia (I)*, ambos citados anteriormente) y en el derecho internacional, donde la aplicación de la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros no estaba vinculada a su condición de refugiados ni a su intención o posibilidad de solicitar asilo en el país en cuestión o en un país de tránsito.

136. Los demandantes se remitieron a las observaciones formuladas por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en las actuaciones ante la Sala, según las cuales la prohibición de las expulsiones colectivas era distinta del principio de *no devolución* en la medida en que formaba parte del derecho a un proceso equitativo, y que esa norma obligaba a los Estados que preveían expulsar a un grupo de extranjeros a examinar la situación individual de cada afectado por la medida de expulsión y a adoptar decisiones caso por caso, mediante un procedimiento que ofrezca suficientes garantías de que se han tenido en cuenta las circunstancias de cada individuo. El ACNUDH añadió que las personas pueden tener razones ajenas al asilo para recurrir su expulsión.

137. En lo que respecta a las alegaciones del Gobierno de que, de conformidad con el concepto de frontera operacional, el presente caso no se refería a una expulsión sino más bien a una denegación de entrada o a un mecanismo de defensa contra la entrada no autorizada, los demandantes afirmaron que ello era irrelevante en la medida en que la palabra "expulsión" debía interpretarse "en su sentido genérico, en el lenguaje corriente (expulsar de un lugar)" (se refirieron a *Hirsi Jamaa y otros*, citados anteriormente, § 174, y a *Khlaifia y otros*, citados anteriormente, §§

243-244). En opinión de los demandantes, el artículo 4 del Protocolo n° 4 podía, por tanto, aplicarse al presente caso.

138. En cuanto al carácter "colectivo" de la expulsión, los demandantes afirmaron que la clave para determinar si su expulsión había sido o no contraria al artículo 4 del Protocolo n° 4 era si el procedimiento de expulsión se había individualizado. Como había reiterado el Tribunal en el asunto *Khlaifia y otros* (citado anteriormente), "la finalidad del artículo 4 del Protocolo n° 4 [era] impedir que los Estados pudieran expulsar a cierto número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por lo tanto, sin permitirles exponer sus argumentos contra la medida adoptada por la autoridad competente" (ibíd., § 238). Al pronunciarse sobre la existencia de una expulsión colectiva, el Tribunal trató de determinar, a la vista de las circunstancias del caso, si cada una de las personas afectadas había contado con "una posibilidad real y efectiva de exponer sus argumentos contra su expulsión" y si dichos argumentos "se habían examinado de manera adecuada por las autoridades del Estado demandado" (ibíd., § 248).

139. Los demandantes alegaron que habían formado parte de un grupo de personas que intentaron escalar las vallas de Melilla y que habían sido expulsados de manera similar a los migrantes en los casos de *Hirsi Jamaa y otros* y *Sharifi y otros* (ambos citados anteriormente). Sostuvieron que se les había expulsado sin seguir procedimiento alguno, sobre la base de la aplicación automática del Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 y la orden de servicio n° 6/2014 de 11 de abril de 2014, sin haber sido identificados ni que se les hubiera expedido o proporcionado documento alguno. Los demandantes afirmaron que, según la jurisprudencia del Tribunal, el hecho de pertenecer a un grupo era pertinente en la medida en que únicamente reflejaba la forma en que el Estado había tratado a las personas afectadas de manera colectiva al ordenar y ejecutar su expulsión.

140. Los demandantes señalaron que los guardias civiles que el 13 de agosto de 2014 se habían apostado junto a las vallas, no pudieron examinar los argumentos de los demandantes en contra de su expulsión, por cuanto su tarea se limitaba a vigilar la frontera.

141. En opinión de los demandantes, su expulsión colectiva era también contraria al Derecho europeo aplicable en Melilla, ciudad autónoma española. La Directiva europea sobre procedimientos de asilo exigía a los Estados miembros, entre otros, que facilitaran el acceso a sus procedimientos de asilo a las personas que hubieran presentado una solicitud de protección y que "[pudieran] considerarse como demandantes del estatuto de refugiado", incluso "en la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito". Incluso el Código de Fronteras Schengen estableció expresamente límites a la obligación de los Estados de vigilar sus fronteras exteriores, exigiéndoles adoptar "una resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación [de entrada]",

adoptada "por la autoridad competente en virtud del Derecho interno", y que notifiquen la resolución a los interesados mediante un "impreso normalizado".

### **C. Las observaciones de terceros intervinientes**

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

142. La Comisaria para los Derechos Humanos y su predecesor afirmaron que las expulsiones colectivas hacían imposible la protección de los derechos fundamentales de los migrantes, y en particular el derecho a solicitar asilo, y que en la práctica los retornos inmediatos privaban a los migrantes de su derecho a un recurso efectivo con el fin de impugnar su expulsión. La Comisaria para los Derechos Humanos subrayó 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.

143. La Comisaria de Derechos Humanos indicó que los territorios de Ceuta y Melilla formaban parte del espacio Schengen. Con arreglo a la LOEX (Ley Orgánica 4/2000) vigente en el momento de los hechos, a los extranjeros se podía denegar la entrada en los puestos fronterizos y se les podía retornar si intentaban entrar en el país de manera irregular, incluidos aquellos interceptados cerca de la frontera. No obstante, dichos procedimientos requerían identificar y registrar a las personas interceptadas, el respeto de las garantías procesales, ser asistidos por abogado e intérprete y el acceso a los recursos jurídicos disponibles. La Comisaria observó que la LOEX se había modificado en 2015 a fin de dar coherencia al concepto del Gobierno de "frontera operacional", y que dicha enmienda podía erosionar la protección de los derechos fundamentales de los migrantes y alentar la práctica de las devoluciones colectivas por parte de otros Estados miembros. En consecuencia, había solicitado a las autoridades nacionales que reconsideraran la enmienda, mejoraran el ambiguo marco jurídico que regía los rechazos en frontera ("*push-backs*") y establecieran un sistema procesal claro, conforme a las normas internacionales de derechos humanos, para la guardia de fronteras de Ceuta y Melilla. Señaló que en noviembre de 2014 se había abierto en Beni Enzar una oficina encargada de tramitar las demandas de asilo. Sin embargo, 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. La Comisaria de Derechos Humanos se refirió en particular al informe de la misión de investigación a España del Embajador Tomás Boček, Representante Especial del Secretario General

para la migración y los refugiados, cuyos párrafos relevantes figuran en el párrafo 58 supra.

## 2. *Los Gobiernos como terceros intervinientes*

### a) **El Gobierno belga**

144. El Gobierno belga sostuvo que los hechos del caso correspondían exclusivamente al ámbito de la vigilancia de las fronteras exteriores del espacio Schengen a los efectos del artículo 77.1.b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Señalaron que a nivel europeo se había adoptado igualmente legislación relativa al cruce de fronteras y que los Estados miembros debían vigilar sus fronteras exteriores y adoptar medidas para impedir los cruces irregulares. El objetivo, en su opinión, era evitar que los extranjeros cruzaran ilegalmente las fronteras exteriores del espacio Schengen por pasos no autorizados.

145. Indicaron que, de acuerdo con el artículo 5.1 del Código de Fronteras Schengen, "las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos (...)". Mencionaron igualmente el artículo 13 del Código, según el cual el objetivo de la vigilancia de las fronteras era "retener a quienes cruzan la frontera ilegalmente". El procedimiento previsto en la Directiva 2008/115/CE (Directiva de retorno) se aplicaba a las personas que ya habían cruzado la frontera irregularmente. En opinión del Gobierno belga, esa directiva no era, pues, aplicable en el presente caso, ya que la guardia de vigilancia de fronteras se había limitado a repeler un intento de cruce ilegal por parte de extranjeros, es decir, de nacionales de terceros países que habían intentado entrar en territorio nacional sin cumplir las normas vigentes (es decir, sin solicitar asilo ni presentarse en el puesto fronterizo autorizado). Por lo tanto, no se puede considerar que esas personas hayan entrado en el territorio del país. En opinión de dicho interviniente, permitir que aquellos que eludieron las normas sobre el cruce de fronteras entren en un territorio, a pesar de no haberse presentado en un punto habilitado para ello y sin contar con la documentación necesaria para entrar y permanecer en el país, sería totalmente contrario al Derecho europeo sobre control y cruce de fronteras, privando a esas normas de todo objeto y fomentando la trata de personas. Quienes intentaban cruzar la frontera de esta manera tenían que ser interceptadas y entregadas, recurriendo a medidas coercitivas si fuese necesario, a las autoridades del Estado desde cuyo territorio habían intentado cruzar ilegalmente.

146. En cuanto al carácter "colectivo" de la expulsión, el Gobierno belga sostuvo, refiriéndose a *Khlaifia y otros* (citado anteriormente, § 234), que para que el artículo 4 del Protocolo nº 4 fuera aplicable primero debía quedar establecido que los extranjeros en cuestión se encontraban en el territorio de un Estado miembro y que las autoridades de ese Estado habían adoptado medidas y/o realizado actos encaminados a obligar a dichos

extranjeros a abandonar el territorio del Estado; ello no incluía medidas como la negativa a admitir a un extranjero en dicho Estado. El hecho de impedir que un extranjero cruce ilegalmente una frontera exterior del espacio Schengen por un punto no autorizado de la frontera de un Estado miembro implica necesariamente que el interesado no ha entrado nunca en el territorio de ese Estado, por lo que no resulta aplicable el artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio.

**b) El Gobierno francés**

147. El Gobierno francés hizo referencia al párrafo 238 de la sentencia en el asunto *Khlaifia y otros* (citado anteriormente) en relación con la finalidad del artículo 4 del Protocolo nº 4, que consistía en impedir que los Estados pudieran expulsar a los extranjeros sin evaluar sus circunstancias personales. Señalaron que no se vulneraba dicha disposición "cuando la ausencia de una decisión individual de expulsión [pudiera] atribuirse a la conducta culpable del interesado". Mencionaron las decisiones en *Berisha y Haljiti y Dritsas y otros* (ambas citadas anteriormente).

148. El Gobierno francés sostuvo que el presente caso difería del de *Hirsi Jamaa y otros* (citado anteriormente) y que las circunstancias del presente caso y las de las interceptaciones en alta mar no podían compararse. Los demandantes de *Hirsi Jamaa*, que habían sido interceptados en alta mar, no habían tenido ninguna oportunidad de que se examinaran sus circunstancias individuales y, en particular, de solicitar asilo o un permiso de residencia. Esa situación no se daba en el presente caso, ya 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. El Gobierno francés consideró que los demandantes se habían posicionado en una situación ilegal que dio lugar a las presentes actuaciones y al hecho de no poderse adoptar ninguna decisión.

149. En cuanto a los efectos del Derecho europeo en el presente caso, el Gobierno francés consideró que la Directiva de "acogida" (Directiva 2003/9, sustituida el 21 de julio de 2015 por la Directiva 2013/33/UE) y la Directiva sobre "procedimientos" (Directiva 2005/85, sustituida el 21 de julio de 2015 por la Directiva 2013/32/UE) 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 (artículo 3 de las directivas). Los demandantes no habían iniciado ningún procedimiento de ese tipo en la fecha de los hechos objeto de litigio. Además, con arreglo a dichas directivas, 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. Incluso suponiendo que ese requisito de informar pudiera inferirse del artículo 6.5 de la Directiva

2005/85 o del artículo 8 de la Directiva 2013/32, cuando hubiera pruebas que apuntaran a que las personas interesadas deseaban efectivamente solicitar la protección internacional, en el presente caso no existían dichas pruebas.

**c) El Gobierno italiano**

150. El Gobierno italiano afirmó que, de acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal, los Estados contratantes tenían derecho a controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros (se refirieron, entre otros muchos precedentes, a *Saadi c. Italia* [GS], nº 37201/06, § 124, CEDH 2008), y que ni el Convenio ni sus Protocolos otorgaban el derecho de asilo político (citaron *Ahmed c. Austria*, de 17 de diciembre de 1996, § 38, *Informes* 1996-VI).

151. Señalaron que los demandantes no habían entrado en territorio español, y afirmaron que la Directiva 2008/115/CE (Directiva de retorno) se aplicaba únicamente a los nacionales de terceros países que se encontraban ilegalmente en el territorio de un Estado miembro. El presente caso se refería a un intento de nacionales de terceros países de entrar ilegalmente en territorio español a pesar de tener la opción de solicitar protección internacional y, por lo tanto, pertenece a la esfera de la política de seguridad y la soberanía de los Estados y de Europa en su conjunto. El Gobierno italiano señaló 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, lo que alegaron, era absolutamente compatible con el Convenio.

*3. Otros terceros intervinientes*

**a) ACNUR**

152. En sus observaciones escritas y en la vista ante el Tribunal, ACNUR declaró que con anterioridad a noviembre de 2014 no había sido posible solicitar asilo en el puesto fronterizo de Beni Enzar, en Melilla, ni en ningún otro lugar, y que no existía régimen alguno para identificar a las personas que necesitaban protección internacional.

153. La expulsión de migrantes que intentan entrar ilegalmente en España a través de un paso fronterizo no autorizado debía cumplir con ciertas salvaguardias establecidas por la LOEX en vigor en aquel momento. Sin embargo, no fue así en Ceuta y Melilla, lo que dio lugar a "rechazos en frontera".

154. ACNUR observó que la LOEX se reformó en 2015, tras los acontecimientos del presente asunto, y que la enmienda introdujo en la Ley el concepto de "rechazo en frontera", que permitía a las autoridades expulsar a los extranjeros que intentaban cruzar la frontera española por Ceuta y

Melilla, a fin de impedir su entrada ilegal en el país. ACNUR opinó que esta práctica no se ajustaba a las normas internacionales sobre derechos humanos y derecho de asilo, especialmente debido a la falta de identificación de las personas afectadas y acceso a procedimientos justos, eficaces y efectivos no discriminatorios. Desde la entrada en vigor de la enmienda se siguieron recibiendo informes periódicos en relación con dichos rechazos ("push-backs").

155. ACNUR afirmó que, en realidad, los migrantes del África subsahariana no podían acceder a los procedimientos de inmigración y asilo en el paso fronterizo autorizado de Melilla, ya que se les impedía sistemáticamente llegar a la frontera por el lado marroquí. Peor aún, el internamiento de los demandantes de asilo en centros de detención de inmigrantes en los enclaves de Melilla y Ceuta, la duración del procedimiento de asilo y las condiciones de los centros de detención, en concreto el problema del hacinamiento, desaniman a los extranjeros que actúan de buena fe a la hora de solicitar protección internacional en ese lugar. Según el interviniente, continuaron las expulsiones y los rechazos de migrantes sin identificarlos individualmente y en condiciones de recepción inadecuadas.

#### **b) ACNUDH**

156. ACNUDH afirmó que la prohibición de las expulsiones colectivas era una norma de derecho internacional inherente al derecho a un juicio justo. Esta norma exigía una evaluación individualizada mediante un procedimiento que ofrezca garantías suficientes para demostrar que las circunstancias personales de cada afectado se han tenido en cuenta de manera real e individualizada; a falta de dicha evaluación, las expulsiones se consideraban de carácter colectivo. El término "extranjeros" se aplicaba a todos los no nacionales del país en cuestión, independientemente de que tuvieran o no la condición de refugiado. De acuerdo con ACNUDH, la prohibición de las expulsiones colectivas difiere del principio de *no devolución* en que aquella forma parte del derecho a un juicio justo. Los Estados tienen el deber de garantizar a las víctimas 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.

#### **c) CEAR**

157. CEAR sostuvo que no se justificaba la aplicación de las normas especiales para Ceuta y Melilla establecidas por la disposición adicional

décima de la LOEX, que permitía a las autoridades administrativas devolver a los migrantes sin seguir procedimiento alguno, de manera totalmente incompatible con el principio de seguridad jurídica. El interviniente se refirió al Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil que, incluso antes de la enmienda legislativa en cuestión, había permitido que se llevaran a cabo expulsiones colectivas sin la obligación de ofrecer garantía alguna en el momento de la expulsión.

158. En opinión de CEAR, el marco jurídico de Marruecos en materia de protección internacional era inadecuado. Desde la ratificación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1956, no se ha aprobado ninguna normativa sobre asilo. La Oficina de Refugiados y Apátridas (véase el párrafo 118 supra), encargada de reconocer a aquellas personas bajo el mandato del ACNUR, había estado inactiva desde 2004 hasta 2013, cuando reanudó su actividad. En la práctica, desde 2013, la oficina de ACNUR en Rabat se ha ocupado de las demandas de asilo, mientras que la Oficina de Refugiados y Apátridas adopta las decisiones sobre el reconocimiento de la condición de refugiado en Marruecos. Sin embargo, la mayoría de los migrantes que trataban de llegar a la oficina del ACNUR en Rabat fueron arrestados y detenidos, lo que les impidió solicitar protección (véase el párrafo 163 infra). Del informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes se desprende claramente que los refugiados subsaharianos son objeto de graves violaciones y abusos sexuales en su camino hacia Ceuta y Melilla.

159. CEAR afirmó que la Directiva de retorno (2008/115/UE, véase el párrafo 47 supra) no se aplicaba a las personas que entraban en Melilla escalando las vallas, que no se sometían a ningún procedimiento y que eran expulsadas inmediatamente. A juicio del interviniente, si bien era posible no aplicar la directiva a quienes se deniegue la entrada o que eran interceptados con ocasión del cruce irregular de la frontera (artículo 2.2), había que tener siempre en cuenta las disposiciones de los artículos 12 y 13. La directiva no permitía ninguna excepción al derecho de asilo o al principio de *no devolución* y exigía salvaguardias contra las expulsiones arbitrarias y/o colectivas. Las devoluciones inmediatas también infringían las disposiciones de la Directiva sobre procedimientos (2013/32/UE) y la Directiva de acogida (2013/33/UE), de 26 de junio de 2013, sobre protección internacional y aquellos que solicitan dicha protección, debido a la falta de evaluación individual de las demandas y a la falta de información, salvaguardias procesales, etc. En los casos de retorno inmediato, las personas afectadas fueron privadas del derecho a solicitar asilo, siendo excluidas de los derechos otorgados por ambas directivas.

- d) El Centro AIRE, Amnistía Internacional, el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE, por sus siglas en inglés), el Consejo Neerlandés para los Refugiados y la Comisión Internacional de Juristas, actuando de forma conjunta.

160. Estos intervinientes afirmaron que, al amparo del artículo 4 del Protocolo nº 4, corresponde al Estado proporcionar un recurso efectivo con efectos suspensivos, como mínimo cuando exista riesgo para la vida o riesgo de malos tratos o de expulsión colectiva.

161. Señalaron que el artículo 19.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohibía las expulsiones colectivas, y añadieron que 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.

162. Los terceros intervinientes se refirieron a la Directiva sobre procedimientos (2013/32/UE, véase el párrafo 49 supra), señalando que el acervo relativo al derecho de asilo se aplicaba no sólo a las solicitudes de protección internacional presentadas por personas autorizadas a entrar en el territorio del Estado, sino también a los procedimientos fronterizos. A su juicio, la prohibición de *devolución* se aplicaba a las acciones u omisiones que provocan la expulsión del territorio nacional de los no nacionales que se hallan bajo la jurisdicción territorial o extraterritorial del Estado. 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. En opinión de los intervinientes, la responsabilidad de los Estados miembros de la Unión Europea, en virtud del régimen europeo de asilo, estaba dirigida a cualquier persona que deseara solicitar protección internacional. Por consiguiente, ciertas medidas constituían una violación agravada del artículo 4 del Protocolo nº 4 a causa del incumplimiento adicional de las obligaciones derivadas del Derecho europeo.

163. Los interventores sostuvieron que España era el Estado miembro de la UE con la mayor tasa de denegación de demandas de asilo. Indicaron que la policía marroquí impedía a ciertas nacionalidades acceder al paso fronterizo de Beni Enzar por motivos de raza, como lo demuestran varios informes de oenegés incluidas Amnistía Internacional y CEAR.

## D. Análisis del Tribunal

### 1. Aplicabilidad

164. Para establecer si el artículo 4 del Protocolo nº 4 es aplicable, el Tribunal debe tratar de determinar si las autoridades españolas sometieron a los demandantes a una "expulsión" en el sentido de dicha disposición.

165. En opinión del Gobierno (véanse los párrafos 125 y ss. supra), el artículo 4 del Protocolo nº 4 no era aplicable a los hechos del presente asunto porque los demandantes no fueron objeto de una "expulsión" sino que se les había denegado la entrada en el Estado demandado. Alegaron que los demandantes no habían entrado en territorio español, sino que simplemente habían intentado entrar en España ilegalmente cruzando una frontera terrestre. Era cierto que habían quedado bajo el control de la guardia de fronteras tras cruzar dos vallas, pero en cualquier caso no se les había concedido permiso para entrar legalmente en territorio español. Para que se produzca una expulsión, el interesado debe previamente haber sido admitido en el territorio del que es expulsado. 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 (el Gobierno se refirió a *Hirsi Jamaa y otros*, citados anteriormente, §§ 170 y 171). A su juicio, dicha jurisprudencia no podía aplicarse bajo ninguna circunstancia a los hechos que, como en el presente caso, tenían lugar en las proximidades de las fronteras terrestres de los Estados, dado que en la propia sentencia *Hirsi Jamaa y otros* se establecía una distinción entre "los migrantes por vía marítima, quienes arriesgan frecuentemente sus vidas sin conseguir alcanzar las fronteras de un Estado, (...) y los que viajan por tierra" (ibid., § 177). El artículo 4 del Protocolo nº 4 no ofrece protección alguna a estos últimos, que tienen la posibilidad de cruzar una frontera terrestre de forma legal pero que no la utilizan. En el presente asunto, los demandantes no han probado que no hubieran podido entrar legalmente en territorio español. Los Gobiernos de Bélgica, Francia e Italia, en su calidad de terceros intervinientes, suscribieron dicho argumento (véanse los párrafos 144 y ss. supra).

#### a) Principios generales

166. El Tribunal observa que en el presente caso se le pide por primera vez que aborde la cuestión de la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo no. 4 a la devolución inmediata y forzosa de extranjeros desde una frontera terrestre, tras el intento de un gran número de migrantes de cruzar dicha frontera de manera no autorizada y masiva. Aunque el Gobierno se refirió al derecho inmanente de los Estados a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado contra un Estado miembro de Naciones Unidas, el Tribunal observa que España no ha indicado que haya remitido el asunto al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como prevé el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas (véase el párrafo 60 supra) a este respecto. En las presentes circunstancias, el Tribunal no considera necesario continuar analizando este argumento.

167. El Tribunal considera apropiado en el presente asunto inscribir el artículo 4 del Protocolo no. 4 en el contexto de su jurisprudencia sobre

migración y asilo. Cabe recordar en primer lugar que, como principio consolidado de derecho internacional, y con arreglo a sus obligaciones en el marco de los tratados, incluidas las derivadas del Convenio, los Estados contratantes tienen derecho a controlar la entrada, la residencia y la expulsión de extranjeros (véanse, entre otros muchos precedentes, *Paposhvili*, citado anteriormente, § 172; *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 113; *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. el Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985, § 67, Serie A nº 94; *Boujlifa c. Francia*, de 21 de octubre de 1997, § 42, *Informes 1997-VI*; y *N. c. el Reino Unido [GS]*, nº 26565/05, § 30, CEDH 2008). El Tribunal también reitera el derecho de los Estados a establecer sus propias políticas de inmigración, potencialmente en el contexto de la cooperación bilateral o de conformidad con las obligaciones derivadas de su pertenencia a la Unión Europea (véase *Georgia c. Rusia (I)*, citado anteriormente, § 177; *Sharifi y otros*, citado anteriormente, § 224; y *Khlaifia y otros*, citado anteriormente, § 241).

168. En este sentido, el Tribunal subraya la importancia de la gestión y la protección de las fronteras y del papel que desempeña al respecto, para los Estados interesados, 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*" y "*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*" (considerando 6, véase el párrafo 45 supra). Es por ello que los Estados contratantes pueden, en principio, establecer en sus fronteras disposiciones destinadas a permitir el acceso a su territorio únicamente a aquellas personas que cumplan los requisitos legales pertinentes.

169. Además, el Tribunal ha destacado con anterioridad los desafíos a los que se enfrentan los Estados europeos en materia de control de la inmigración como consecuencia de la crisis económica y de los recientes cambios sociales y políticos que han afectado particularmente a ciertas regiones de África y de Oriente Medio (véase *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, citado anteriormente, § 223; *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, §§ 122 y 176; y *Khlaifia y otros*, citado anteriormente, § 241). Lo que es igualmente aplicable a la situación en Ceuta y Melilla, los enclaves españoles en el norte de África.

170. No obstante, el Tribunal también ha subrayado que los problemas a los que los Estados se deben enfrentar en la gestión de flujos migratorios o en la recepción de demandantes de asilo no pueden justificar la utilización de prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos (véase *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 179).

171. A este respecto, hay que tener en cuenta que el Convenio tiene por objeto garantizar derechos prácticos y efectivos, no teóricos o ilusorios (véase, entre otros muchos precedentes, *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, § 24, Serie A no. 32; *Leyla Şahin c. Turquía* [GS], no. 44774/98, § 136, CEDH 2005XI-; *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 175; e *Ibrahim y otros c. el Reino Unido* [GS], nº 50541/08 y otros 3, § 272, de 13 de septiembre de 2016). El Tribunal, igual que ACNUR, también ha destacado el vínculo existente entre el ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo nº 4, según la definición de la Gran Sala, y el de la Convención de Ginebra y el principio de no devolución (véase *Sharifi y otros*, citado anteriormente, § 211). En consecuencia, la normativa interna que regula los controles fronterizos no pueden hacer inoperantes o ineficaces los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos, y en particular por el artículo 3 del Convenio y el artículo 4 del Protocolo no. 4.

172. A pesar de su naturaleza concreta como instrumento de derechos humanos, el Convenio es un tratado internacional que debe interpretarse de conformidad con las normas y principios pertinentes del derecho internacional público y, en particular, en el marco de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. De conformidad con la Convención de Viena, el Tribunal debe establecer el significado ordinario que se ha de dar a los términos en su contexto y a la vista del objeto y el fin de la disposición de la que se extraen. Debe tener en cuenta el hecho de que el contexto de la disposición es un tratado para la protección efectiva de los derechos humanos individuales y que el Convenio debe ser leído en su conjunto e interpretado de forma que se promueva la coherencia interna y la armonía entre sus diversas disposiciones. Así pues, el Tribunal nunca ha considerado que las disposiciones del Convenio sean el único marco de referencia para interpretar los derechos y libertades consagrados en ella. Por el contrario, debe asimismo tener en cuenta las normas y principios pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las Partes Contratantes (véase, entre otros muchos precedentes, *AlDulimi- y Montana Management Inc. v. Suiza* [GS], nº 5809/08, § 134, de 21 de junio de 2016; *Güzelyurtlu y otros*, anteriormente citado, § 235; y *Chipre v. Turquía* (satisfacción equitativa) [GS], nº 25781/94, § 23, CEDH 2014).

173. En el presente asunto, teniendo en cuenta que el Gobierno alegó que se refería a una denegación de admisión en territorio español de los demandantes y no a una expulsión, se instó al Tribunal que examinara si el concepto de "expulsión" mencionado en el artículo 4 del Protocolo no. 4, abarca también la no admisión de extranjeros en una frontera estatal o -en el caso de los Estados que forman parte del espacio Schengen- en una frontera exterior de dicho espacio, según el caso.

174. En ese contexto, el Tribunal señala que en el artículo 2 del proyecto de articulado sobre la expulsión de extranjeros de la Comisión de Derecho

Internacional (citado en el párrafo 65 supra y en *Khlaifia y otros*, párrafo 243 supra) se define el término "expulsión" como "un acto formal" o como "un comportamiento atribuible a un Estado por el que se obliga a un extranjero a abandonar el territorio de ese Estado", subrayando que el término "no incluye la extradición a otro Estado (...) ni la inadmisión de un extranjero en un Estado". Las observaciones sobre las directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa llegan a una conclusión similar (véanse los párrafos 53 y 54 supra).

175. En cuanto al concepto de "inadmisión", el comentario del artículo 2 del proyecto de articulado indica que se refiere a los casos en que se deniega la entrada a un extranjero y que, en algunos ordenamientos jurídicos, a veces se utiliza el término "devolución" (*refoulement*) en lugar de "inadmisión" (véase el párrafo 5 del comentario al artículo 2 del proyecto de articulado sobre la expulsión de extranjeros de la Comisión de Derecho Internacional, citado en el párrafo 65 supra).

176. No obstante, de dicho comentario se desprende que la exclusión del ámbito de aplicación del proyecto de articulado de cuestiones relativas a la inadmisión se entiende "sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los refugiados". Ello está previsto en el apartado b) del artículo 6, en el que se hace referencia a la prohibición de la *devolución* en el sentido del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 (véase el párrafo 62). Cabe señalar que en el segundo informe sobre la expulsión de extranjeros analizado en relación con la redacción del Proyecto de Articulado se observó que los términos "expulsión", "escolta hasta la frontera" y "*devolución*" se utilizaban indistintamente, sin rigor semántico alguno. El Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, Sr. Maurice Kamto, llegó a la conclusión de que la palabra "expulsión" se utilizaría en consecuencia en el contexto del presente tema como "término genérico" para referirse a todas las situaciones comprendidas en los tres términos y en muchos otros, como el "retorno de un extranjero a un país" o la "exclusión de un extranjero", sin que dicha lista sea exhaustiva (véase el párrafo 170 del informe, citado en el párrafo 66 supra).

177. De conformidad con el apartado b) del artículo 6 del Proyecto de Articulado, un Estado no podrá expulsar o devolver (*refoulement*) a un refugiado de ninguna manera a un Estado o a las fronteras de los territorios en los que su vida o su libertad se viera amenazada. En esencia, esta prohibición también se recoge, *inter alia*, en los artículos 18 y 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véase el párrafo 42 supra) en el artículo 78.1 del TFUE (véase el párrafo 43), en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura (véase el párrafo 63 y el artículo 3 de la Declaración sobre asilo territorial aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967 (véase el párrafo 64 en la

Directriz 2 de las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre retorno forzoso (véase el párrafo 53 supra).

178. A este respecto, es fundamental observar que la prohibición de la *devolución* incluye la protección de los demandantes de asilo tanto en los casos de inadmisión como de rechazo en la frontera, tal como declaró ACNUR en sus observaciones ante la Sala y en las Conclusiones sobre protección internacional aprobadas por su Comité Ejecutivo (véase el párrafo 67).

179. En cuanto a las normas de derecho internacional relativas a la prohibición de la *devolución*, también es importante señalar que en el comentario del artículo 6 del Proyecto de Articulado de la Comisión de Derecho Internacional se establece que la noción de refugiado no sólo se aplica a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión, sino también a toda persona que, estando ilegalmente en ese territorio, haya solicitado el estatuto de refugiado mientras su solicitud esté siendo analizada. No obstante, se entiende sin perjuicio del derecho del Estado a expulsar a un extranjero cuya solicitud de estatuto de refugiado sea manifiestamente abusiva (véase el párrafo 65 supra).

180. El Tribunal también observa, al igual que ACNUR, que en el contexto específico de los flujos migratorios en las fronteras, el deseo de solicitar asilo no tiene que expresarse de una forma determinada. Puede expresarse mediante una solicitud formal, pero también mediante cualquier conducta que indique claramente el deseo del interesado de presentar una solicitud de protección (véase *M. A. y otros c. Lituania*, no. 59793/17, § 109, de 11 de diciembre de 2018; véase también el artículo 8 de la Directiva sobre procedimientos, citado en el párrafo 49 supra).

181. En consecuencia, si tal y como indica la Comisión de Derecho Internacional, la "inadmisión" de un refugiado ha de equipararse fundamentalmente a su "devolución", se deduce que el mero hecho de que un Estado se niegue a admitir en su territorio a un extranjero que se encuentre dentro de su jurisdicción no exime a ese Estado de sus obligaciones para con dicho extranjero sujetas a la prohibición de devolución de refugiados. El Proyecto de Articulado sobre expulsión de extranjeros se aplica en general a "la expulsión de todos los extranjeros presentes en el territorio del Estado autor de la expulsión, sin distinción entre las diversas categorías de personas afectadas, por ejemplo, los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión, los extranjeros en situación irregular, las personas desplazadas, los demandantes de asilo, las personas a las que se ha concedido asilo y los apátridas" (véase el párrafo 2 del comentario del artículo 1 del proyecto de artículos). Por lo tanto, se refiere a la expulsión tanto de los extranjeros que se encuentran legalmente como de "los que se encuentran ilegalmente en el territorio del Estado" (véase el párrafo 3 de dicho comentario).

182. Por su parte, el derecho de la Unión Europea al que hicieron referencia varios de los gobiernos intervinientes consagra en el Derecho primario el derecho de asilo y el derecho a la protección internacional (artículo 78 del TFUE y artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales, citados en los párrafos 43 y 42), así como la prohibición de las expulsiones colectivas y el principio de *no devolución* (artículo 19 de la Carta, citado en el párrafo 42). En lo que respecta a los nacionales de terceros países que permanecen ilegalmente en el territorio de un Estado miembro, la Directiva de retorno (2008/115) establece las normas y procedimientos que rigen su retorno, "de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos" (artículo 1). Además, el Código de Fronteras Schengen estipula que se denegará la entrada en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan todos los requisitos de entrada, mediante una decisión fundamentada, sin perjuicio de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y protección internacional (artículos 13 y 14 del Código de Fronteras Schengen aplicables en el momento de los hechos, correspondiente a los nuevos artículos 14 y 15 de la versión codificada del Reglamento (UE) 2016/399, de 9 de marzo de 2016 (Código de Fronteras Schengen), y el artículo 2 de la Directiva 2008/115, citados en los párrafos 45, 46 y 47 supra). Además, los Estados miembros pueden decidir no aplicar la Directiva de retorno a los nacionales de terceros países afectados por dicha denegación de entrada, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido posteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro (Artículo 2.2.a) de la Directiva de retorno). En estos casos, los Estados miembros pueden aplicar procedimientos nacionales de retorno simplificados, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 4.4 de la Directiva, incluido el principio de *no devolución* (véase la sentencia del TJUE en el asunto *Affum*, antes citado, §§ 72-74).

183. Además, con arreglo al artículo 14, apartados 4 y 5 de la Directiva 2011/95 (Directiva de reconocimiento), son aplicables el principio de *no devolución* y determinados derechos consagrados en el Derecho de la Unión Europea sobre la base de la Convención de Ginebra (artículos 3, 4, 16, 22, 31, 32 y 33 de dicha Convención), a diferencia del resto de derechos enumerados en ambos instrumentos a toda persona presente en el territorio de un Estado miembro que reúna las condiciones materiales para ser considerada refugiada, aunque no haya obtenido oficialmente la condición de refugiado o le haya sido retirada. Por consiguiente, parece que el disfrute de esos derechos no está supeditado a que se haya obtenido ya la condición de refugiado, sino que se deriva del mero hecho de que el interesado cumpla

las condiciones materiales a que se refiere el artículo 1.A.2) de la Convención de Ginebra y se encuentre en el territorio de un Estado miembro (véanse los párrafos 84, 85, 90 y 105 de la sentencia del TJUE en el asunto *M. c. Ministerstvo vnitra y otros*, citada en el párrafo 51). Además, en virtud de los artículos 4 y 19.2) de la Carta, el Derecho europeo no permite a los Estados miembros derogar el principio de no devolución previsto en el artículo 33.2) de la Convención de Ginebra (ibíd., § 95).

184. Por su parte, el Tribunal no se ha pronunciado hasta ahora sobre la distinción entre la inadmisión y la expulsión de extranjeros, y en concreto de migrantes o demandantes de asilo que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado que los expulsa de su territorio por la fuerza. Para aquellos que corren el riesgo de sufrir malos tratos en el país de destino, el riesgo es el mismo en ambos casos, es decir, el de estar expuestos a dicho trato. El análisis de los instrumentos de derecho internacional y de la Unión Europea mencionados anteriormente respalda la opinión del Tribunal de que la protección del Convenio, que debe interpretarse autónomamente (véase, entre otros muchos precedentes, *Micallef c. Malta* [GS], nº 17056/06, § 48, TEDH 2009; *Del Río Prada c. España* [GS], nº. 42750/09, § 81, CEDH 2013; y *Allen c. el Reino Unido* [GS], nº 25424/09, § 95, CEDH 2013), no puede depender de consideraciones formales tales como si las personas que requieren protección fueron admitidas en el territorio de un Estado contratante de conformidad con una disposición específica de la legislación nacional o europea aplicable a esa situación concreta. La tesis contraria entrañaría graves riesgos de arbitrariedad, en la medida en que aquellos individuos con derecho a ser protegidos en virtud del Convenio podrían verse privados de dicha protección sobre la base de consideraciones puramente formales, como por ejemplo que el hecho de no haber cruzado legalmente la frontera del Estado impediría que pudieran solicitar protección válidamente en virtud del Convenio. La legítima preocupación de los Estados por frustrar los intentos cada vez más frecuentes de eludir las restricciones a la inmigración no puede llegar al extremo de hacer ineficaz la protección que ofrece el Convenio, y en particular la del artículo 3 (véanse, *mutatis mutandis*, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, anteriormente citado, § 216, y *Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996, § 43, Informes 1996 III).

185. Estos motivos han llevado al Tribunal a interpretar el término "expulsión" en el sentido genérico que se le da actualmente ("alejarse de un lugar") (véanse *Khlaifia y otros*, citado anteriormente, § 243 y *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 174), refiriéndose a toda expulsión de un extranjero del territorio de un Estado por la fuerza, independientemente de la legalidad de su estancia, el tiempo que haya pasado en dicho territorio, el lugar en el que haya sido detenido, su condición de migrante o de demandante de asilo y su conducta al cruzar la frontera. El Tribunal ha utilizado dicho término asimismo en el contexto de los artículos 3 y 13 del

Convenio (véase, por ejemplo, *J. K. y otros c. Suecia*, nº 59166/12, §§ 78 y 79, de 4 de junio de 2015, y *Saadi c. Italia*, citado anteriormente, §§ 95, 124 y 125), y especialmente en lo que respecta a la expulsión de extranjeros en la frontera (véase *Gebremedhin [Gaberamadhién] c. Francia*, nº 25389/05, §§ 54-58, CEDH 2007II-; *Kebe y otros c. Ucrania*, nº 12552/12, § 87, de 12 de enero de 2017; *M.A. y otros c. Lituania*, citados anteriormente, §§ 102 y 103; e *Ilias y Ahmed c. Hungría [GS]*, nº 47287/15, §§ 123-28, de 21 de noviembre de 2019).

186. Como resultado, se ha determinado que el artículo 3 del Convenio y el artículo 4 del Protocolo nº 4 se aplican a cualquier situación que entre en el ámbito de jurisdicción de un Estado contratante, incluidas aquellas situaciones o periodos de tiempo en los que las autoridades del Estado interesado todavía no han evaluado la existencia de motivos que den derecho a los afectados a reclamar protección en virtud de dichas disposiciones (véanse, entre otros precedentes, *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, §§ 180 y siguientes, y *M.A. y otros c. Lituania*, citado anteriormente, § 70). A juicio del Tribunal, este enfoque se ve confirmado por el proyecto de articulado de la Comisión de Derecho Internacional sobre expulsión de extranjeros, que, en lo que respecta a los refugiados, equipara su inadmisión en el territorio de un Estado con su devolución (*refoulement*) y trata como refugiado a toda persona que solicite protección internacional, mientras su solicitud está siendo examinada (véanse los artículos 2 y 6 del proyecto de articulado y su comentario, citados en el párrafo 65 supra); véase también el segundo informe del Relator Especial sobre expulsión de extranjeros, citado en el párrafo 66 supra).

187. A juicio del Tribunal, no han perdido relevancia estas consideraciones que sirvieron de base para sus recientes sentencias en *Hirsi Jamaa y otros*, *Sharifi y otros* y *Khlaifia y otros* (todos ellos citados anteriormente), sobre demandantes que habían intentado entrar en el territorio de un Estado por vía marítima. En consecuencia, no existe razón alguna para adoptar una interpretación diferente del término "expulsión" en relación con los traslados forzados del territorio de un Estado en el contexto del intento de cruzar una frontera nacional por vía terrestre. No obstante, cabe señalar que este enfoque es el resultado de la interpretación propia de los términos del Convenio.

188. El Tribunal también subraya que ni el Convenio ni sus Protocolos protegen el derecho de asilo como tal. La protección que ofrecen se limita a los derechos reconocidos en ellos, incluidos en particular los derechos del artículo 3. Esta disposición prohíbe la devolución de cualquier extranjero que se encuentre bajo la jurisdicción de uno de los Estados contratantes a los efectos del artículo 1 del Convenio a un Estado en el que corra un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes o incluso a tortura. A ese respecto, comprende la prohibición de la devolución en el sentido de la Convención de Ginebra.

**b) Aplicación al presente caso**

189. En el presente caso, el Gobierno sostuvo que los demandantes no habían sido expulsados. Era cierto que habían quedado bajo el control de los guardias de frontera tras cruzar dos vallas, pero en cualquier caso no se le habría permitido entrar legalmente en territorio español. Para que se produjera la expulsión, el interesado tendría que haber sido admitido previamente en el territorio del que fue expulsado.

190. En opinión del Tribunal, no hay duda de que los demandantes fueron interceptados en territorio español por guardias de frontera españoles y que, por lo tanto, se encontraban dentro de la jurisdicción española en el sentido del artículo 1 del Convenio. El Tribunal se remite a ese respecto a las consideraciones esbozadas en respuesta a la objeción preliminar del Gobierno de que España carecía de jurisdicción en el presente caso (véanse los párrafos 104 y ss. supra). Esas consideraciones se basaban en el hecho de que un Estado no puede reclamar unilateralmente la exención del Convenio ni modificar sus efectos para una parte de su territorio, ni siquiera por razones que considere legítimas. El Tribunal observa a este respecto que, según el artículo 27 de la Convención de Viena, las disposiciones de derecho interno no pueden invocarse para justificar el incumplimiento de un tratado (véase el párrafo 61 supra).

191. Además, es indiscutible que los demandantes fueron expulsados de territorio español y devueltos por la fuerza a Marruecos, contra su voluntad y esposados, por agentes de la Guardia Civil. Se produjo por tanto una "expulsión" en el sentido del artículo 4 del Protocolo n° 4, siendo dicha disposición aplicable al presente caso. En consecuencia, este Tribunal desestima la objeción preliminar del Gobierno sobre este punto y declara las demandas admisibles a este respecto.

**2. Sobre el fondo**

192. Hay que determinar ahora si la expulsión fue "colectiva" en el sentido del artículo 4 del Protocolo n° 4.

**a) Principios generales**

193. El Tribunal recuerda su jurisprudencia en relación con el artículo 4 del Protocolo n° 4, tal como se expone, con respecto a los migrantes y los demandantes de asilo, en las sentencias en *Hirsi Jamaa y otros*, *Sharifi y otros* y *Khlaifia y otros* (todos ellos citados anteriormente). De acuerdo con dicha jurisprudencia, se considera que una expulsión es "colectiva" a los efectos del artículo 4 del Protocolo n° 4 si obliga a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, "salvo que esa medida se adopte sobre la base de un análisis razonable y objetivo del caso concreto de cada uno de los extranjeros del grupo" (véanse los casos *Khlaifia y otros*, antes citados, § 237 y ss.; *Georgia c. Rusia (I)*, anteriormente citado, § 167; *Andric c.*

*Suecia* (dec.), nº 45917/99, de 23 de febrero de 1999; *Davydov c. Estonia* (dec.), nº 16387/03, de 31 de mayo de 2005; *Sultani c. Francia*, nº. 45223/05, § 81, CEDH 2007-IV (extractos); y *Ghulami c. Francia* (dec.), nº 45302/05, de 7 de abril de 2009).

194. En cuanto a si una expulsión es "colectiva" en el sentido del artículo 4 del Protocolo nº 4, el Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual, cuando utiliza el adjetivo "colectivo" para describir una expulsión, se refiere a un "grupo", sin por ello distinguir entre grupos en función del número de sus miembros (véase *Georgia c. Rusia* (I), citado anteriormente, § 167; *Sultani*, citado anteriormente, § 81; *Ghulami*, citado anteriormente, y *Khlaifia y otros*, citado anteriormente, § 237; véase también el artículo 9.1 del proyecto de articulado de la Comisión de Derecho Internacional sobre la expulsión de extranjeros, según el cual "la expulsión colectiva significa la expulsión de extranjeros, en su conjunto", y el comentario adjunto, citado en *Khlaifia y otros* (citado anteriormente, § 46 y 47, y en el párrafo 65). El grupo no tiene que comprender un mínimo de individuos por debajo del cual se pondría en duda el carácter colectivo de la expulsión. Por ello, 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.

195. Además, hasta el momento el Tribunal nunca ha exigido que el carácter colectivo de una expulsión se determine por la pertenencia a un grupo determinado o definido por características específicas como el origen, la nacionalidad, las creencias o cualquier otro factor a la hora de aplicar el artículo 4 del Protocolo nº 4. El criterio decisivo para que una expulsión sea calificada de "colectiva" es la ausencia de "un análisis razonable y objetivo del caso particular de cada uno de los extranjeros del grupo" (véase *Khlaifia y otros*, anteriormente citado, §§ 237 y siguientes, junto a otras referencias).

196. Los casos de *Hirsi Jamaa y otros* y *Sharifi y otros* (citados anteriormente) se referían al traslado a Libia y Grecia, respectivamente, de un grupo de personas que fueron interceptadas en alta mar, sin que se tuvieran en cuenta su identidad ni sus circunstancias individuales. En el caso de *Hirsi Jamaa y otros* (§ 185), los demandantes no se sometieron a ningún control de identidad y las autoridades se limitaron a embarcar a bordo de buques militares a todos los emigrantes interceptados en alta mar y a desembarcarlos en territorio libio. En el caso *Sharifi y otros* (§§ 214 a 225), el Tribunal afirmó que los migrantes, que habían sido interceptados en puertos del Adriático, habían sido objeto de "devoluciones automáticas" a Grecia y privados de toda posibilidad efectiva de solicitar asilo. En ambos casos, muchos de los demandantes eran solicitantes de asilo cuya queja relativa al Estado demandado, en virtud del artículo 3 del Convenio, era que no se les había ofrecido la posibilidad efectiva de oponerse a su devolución. En consecuencia, el principal argumento de los demandantes en esos casos fue que su regreso a Libia y Grecia, respectivamente, los expondría sin duda

a un "riesgo real" de maltrato o a ser repatriados a Eritrea, Somalia y Afganistán (véase *Sharifi y otros*, anteriormente citado, §§ 135, 180 y 215, y *Hirsi Jamaa y otros*, anteriormente citado, §§ 131 y 158).

197. En el asunto más reciente, *Khlaifia y otros*, los demandantes llegaron a Italia a través del Mediterráneo y fueron devueltos a Túnez por las autoridades italianas. En el procedimiento seguido ante el Tribunal no alegaron una violación del artículo 3 por dicha expulsión. La Gran Sala, refiriéndose a *Hirsi Jamaa y otros* (citado anteriormente, § 177) y *Sharifi y otros* (citado anteriormente, § 210), reiteró que el artículo 4 del Protocolo no. 4 establecía un conjunto de criterios procedimentales destinados a impedir que los Estados puedan expulsar a los extranjeros sin haber evaluado sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad pertinente (véase *Khlaifia y otros*, citado anteriormente, § 238, y *Andric*, citado anteriormente). Consideró que, para determinar si había habido un examen suficientemente individualizado, era necesario tener en cuenta las circunstancias particulares de la expulsión y el "contexto general en el momento de los hechos" (véase *Khlaifia y otros*, citado anteriormente, § 238; *Georgia c. Rusia* (I), citado anteriormente, § 171; e *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 183).

198. De la anterior jurisprudencia se desprende que la finalidad del artículo 4 del Protocolo n° 4 en este tipo de casos es preservar la posibilidad de que, en caso de expulsión, cada uno de los extranjeros afectados invoque riesgos de trato incompatible con el Convenio, y en particular con su artículo 3, y de que las autoridades no expongan a ese riesgo a nadie que pueda hacer valer una queja justificada en ese sentido. Por ello, el artículo 4 del Protocolo n° 4 exige a las autoridades del Estado que garanticen que cada uno de los extranjeros afectados cuente con una posibilidad real y efectiva de formular alegaciones en contra de su expulsión (véanse *Hirsi Jamaa y otros*, anteriormente citado, § 177; *Sharifi y otros*, anteriormente citado, § 210; y *Khlaifia y otros*, anteriormente citado, §§ 238 y 248).

199. En este contexto, el hecho de que varios extranjeros sean objeto de decisiones similares no permite por sí mismo concluir que existe una expulsión colectiva, siempre que se haya ofrecido a cada interesado la oportunidad de presentar alegaciones individualmente a las autoridades competentes en contra de su expulsión (véase *Khlaifia y otros*, citado anteriormente, § 239; véase asimismo *M. A. c. Chipre*, n° 41872/10, §§ 246 y 254, CEDH 2013 (extractos); *Sultani*, citado anteriormente, § 81; *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 184; y *Georgia c. Rusia* (I), citado anteriormente, § 167). No obstante, el artículo 4 del Protocolo n° 4 no garantiza el derecho a una entrevista individual en todos los casos, ya que los requisitos de dicha disposición pueden cumplirse cuando cada extranjero tiene una posibilidad real y efectiva de presentar alegaciones en contra de su expulsión, y cuando dichas alegaciones son adecuadamente evaluadas por

las autoridades del Estado demandado (véase *Khlaifia y otros*, citado anteriormente, § 248). En *Khlaifia y otros*, los abogados de los demandantes no pudieron indicar "el más mínimo motivo de hecho o de derecho que, con arreglo al derecho internacional o nacional, pudiera justificar la presencia de sus clientes en territorio italiano e impedir su expulsión". Lo que puso en duda la utilidad de una entrevista individual en aquel asunto (ibíd., § 253).

200. Por último, la propia conducta del demandante es un factor relevante para evaluar la protección que se debe otorgar en virtud del artículo 4 del Protocolo nº 4. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal, no hay vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 4 si la ausencia de una decisión individual de expulsión puede atribuirse a la propia conducta del demandante: véase *Khlaifia y otros*, citado anteriormente, § 240, y *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 184; véase también *M. A. c. Chipre*, citado anteriormente, § 247; *Berisha y Haljiti*, citado anteriormente; y *Dritsas y otros*, citado anteriormente. En los dos últimos casos, fue la falta de cooperación activa respecto al procedimiento disponible para evaluar individualmente las circunstancias de los demandantes lo que llevó al Tribunal a considerar que el Gobierno no podía ser considerado responsable de que no se llevara a cabo dicha evaluación.

201. A juicio del Tribunal, el mismo principio debe aplicarse igualmente a aquellas situaciones en las que la conducta de aquellos que cruzan una frontera terrestre sin autorización, se aprovechan deliberadamente de su gran número y utilizan la fuerza, es tal que crea una situación claramente perturbadora, difícil de controlar y que pone en peligro la seguridad pública. No obstante, en dicho contexto, al evaluar una queja con arreglo al artículo 4 del Protocolo nº 4, el Tribunal tendrá en cuenta esencialmente si, en las circunstancias del caso concreto, el Estado demandado proporcionó un acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada, en particular procedimientos en la frontera. Siempre que el Estado demandado haya facilitado dicho acceso pero un demandante no lo utilice, el Tribunal evaluará, en dicho contexto y sin perjuicio de la aplicación de los artículos 2 y 3, si existen razones de peso para no hacerlo basadas en hechos objetivos de los que el Estado demandado sea responsable.

#### **b) Aplicación al presente caso**

##### *i) El hecho de que sólo hubiera dos demandantes*

202. En el presente asunto, desde el principio el Tribunal ha señalado que el Gobierno impugnó el carácter "colectivo" de la expulsión a la que supuestamente habían sido sometidos los demandantes porque únicamente afectaba a dos individuos. A ese respecto, el Tribunal indica que los demandantes formaban parte de un numeroso grupo de extranjeros que

actuaban simultáneamente y que fueron objeto del mismo trato que los demás miembros del grupo.

203. Independientemente de esta consideración de hecho, el Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual el número de personas afectadas por una determinada medida es irrelevante a la hora de determinar si se ha vulnerado el artículo 4 del Protocolo no. 4. Por otra parte, el criterio decisivo para que una expulsión sea calificada de "colectiva" ha sido siempre la ausencia de "un análisis razonable y objetivo del caso concreto de cada uno de los extranjeros del grupo" (véase el párrafo 193 supra). El Tribunal no contempla razón alguna para llegar a una conclusión diferente en el presente caso y, por lo tanto, rechaza las alegaciones del Gobierno a este respecto.

*ii) La conducta de los demandantes*

*a) Las alegaciones de las partes*

204. El Gobierno alegó además que la expulsión de los demandantes había sido consecuencia de su propia "conducta delictiva" a los efectos de la jurisprudencia consolidada del Tribunal. Los demandantes intentaron entrar en territorio español de manera ilegal (véase el artículo 25 de la LOEX y el párrafo 32 supra), sin llegar a demostrar la imposibilidad de utilizar los numerosos procedimientos legales disponibles para obtener autorización para cruzar la frontera con España. El Gobierno sostuvo que todo extranjero que deseara entrar en España para solicitar asilo o protección internacional en general podía presentar dicha solicitud en el paso fronterizo de Beni Enzar (artículo 21 de la Ley 12/2009, citado en el párrafo 34 supra) o en la embajada de España en Rabat o los consulados españoles en Marruecos (en particular en Nador), o en una embajada o consulado español en otro país (artículo 38 de la Ley 12/2009, citado en el párrafo 34 supra). Por lo tanto, los demandantes podrían -si hubieran necesitado solicitar asilo u obtener protección internacional por otros motivos- haber presentado dicha solicitud ante las instituciones mencionadas (artículo 38 de la Ley 12/2009, véase el párrafo 34 supra). Además, en las actuaciones posteriores a su eventual entrada en España en 2015, los demandantes no demostraron la existencia de riesgo alguno al que se hubieran expuesto como consecuencia de su traslado a Marruecos o a su país de origen.

205. Los demandantes impugnaron la afirmación del Gobierno de que el Estado demandado les había ofrecido opciones legales reales y eficaces para entrar legalmente en España. Simplemente subrayaron la imposibilidad de acceder a la mayoría de los lugares mencionados por el Gobierno, especialmente para los individuos provenientes de África subsahariana.

## b) Análisis del Tribunal

206. Desde el inicio, el Tribunal ha indicado que los demandantes en el presente caso eran miembros de un grupo numeroso de individuos que intentaron entrar en territorio español cruzando una frontera terrestre de forma no autorizada, aprovechando su gran número y en el contexto de una operación que había sido planificada con antelación. Señala además que las quejas de los demandantes en virtud del artículo 3 fueron inadmitidas por la Sala.

207. En el presente caso los demandantes no fueron identificados, ya que el 13 de agosto de 2014 no se llevó a cabo ningún procedimiento escrito para examinar sus circunstancias individuales. Por lo tanto, su regreso a Marruecos fue una entrega individual *de facto* pero inmediata a las autoridades marroquíes por parte de los guardias fronterizos españoles sobre la única base del Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil (véase el párrafo 37 supra).

208. El Tribunal indica que, de acuerdo con el argumento del Gobierno de que los demandantes habían incurrido en "conducta culpable" al eludir los procedimientos legales disponibles para entrar en España. En consecuencia, se plantea la cuestión de si dichos procedimientos existían en el momento de los hechos; si ofrecían a los demandantes una oportunidad real y efectiva de presentar motivos -suponiendo que existieran tales motivos- contra su entrega a las autoridades marroquíes; y, en caso afirmativo, si los demandantes hicieron uso de ellos.

209. En lo que respecta a aquellos Estados contratantes como España, cuyas fronteras coinciden parcialmente con las fronteras exteriores del espacio Schengen, la eficacia de los derechos del Convenio exige que estos Estados faciliten un acceso real y efectivo a los medios legales de entrada, en particular a los procedimientos fronterizos para quienes llegan hasta la frontera. Dichos medios deberían permitir a todos aquellos que sufren persecución presentar una solicitud de protección, basada en particular en el artículo 3 del Convenio, en condiciones que garanticen un tratamiento compatible con las normas internacionales, incluido el Convenio. En el contexto del presente caso, el Tribunal también se refiere al enfoque reflejado en el Código de Fronteras Schengen. La aplicación del artículo 4.1 del Código, que dispone que las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los puestos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas, presupone la existencia de un número suficiente de puestos fronterizos. En ausencia de mecanismos adecuados, la posibilidad de que los Estados denieguen la entrada en su territorio puede privar de eficacia todas las disposiciones del Convenio destinadas a proteger a quienes corren un riesgo real de persecución.

210. Sin embargo, cuando existen tales mecanismos y se garantiza el derecho a solicitar protección en virtud del Convenio, y en particular del artículo 3, de forma real y eficaz, el Convenio no impide que los Estados, en

cumplimiento de su obligación de controlar las fronteras, exijan que las solicitudes de protección se presenten en los puestos fronterizos existentes (véase también el artículo 6 de la Directiva sobre procedimientos de la Unión Europea, párrafo 49 supra). En consecuencia, pueden denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que, sin razones de peso, hayan incumplido dichos mecanismos, (como se describe en el párrafo 201 al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente, especialmente como en este caso, aprovechando su gran número y utilizando la fuerza).

211. En consecuencia, este Tribunal debe determinar si las opciones que, según el Gobierno, estaban a disposición de los demandantes para entrar legalmente en España, en particular para solicitar la protección del artículo 3, existían en el momento de los hechos y, en caso afirmativo, si los demandantes podían acceder a ellas de forma real y efectiva. En caso de que así fuera y los demandantes no utilizaron dichos procedimientos legales, sino que cruzaron la frontera ilegalmente (en este caso aprovechando su gran número y utilizando la fuerza), sólo la ausencia de razones de peso (como se describe en el párrafo 201) que impidieran el uso de dichos procedimientos podría conducir a la conclusión de que ello fue consecuencia de la propia conducta de los demandantes, lo que justificaría que los agentes españoles de frontera no los identificaran individualmente.

212. A este respecto, el Tribunal indica que la legislación española ofrecía a los demandantes varias posibilidades para solicitar la admisión en el territorio nacional, ya fuera mediante la solicitud de un visado (véase el párrafo 115 supra) o mediante la solicitud de protección internacional, en 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 (véanse los artículos 21 y 38 de la Ley 12/2009, citados en el párrafo 34 supra, y los artículos 4, 16 y 29.4 del Real Decreto 203/1995, citados en el párrafo 35 supra). La disponibilidad y acceso real de dichas vías legales en el presente asunto se examinaron en detalle en las actuaciones ante la Gran Sala, incluso en la vista.

213. Se ha determinado que el 1 de septiembre de 2014, poco después de los acontecimientos del presente caso, las autoridades españolas crearon una oficina de registro de demandas de asilo ("la Oficina de Protección Internacional"), abierta las veinticuatro horas del día, en el puesto fronterizo internacional de Beni Enzar. Según el informe de la Dirección General de Policía de Melilla (véase el párrafo 128 supra), incluso antes de la creación de una oficina de registro de asilo en esa fecha, se había previsto un mecanismo jurídico a tal efecto en virtud del artículo 21 de la Ley 12/2009 (véase el párrafo 34 supra). El Gobierno declaró que, por ello, entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2014 se habían presentado 21 demandas de asilo en Melilla, incluidas seis demandas de asilo presentadas en el puesto fronterizo de Beni Enzar, y que se había conducido a los demandantes de

asilo a la comisaría de Melilla para que presentaran una solicitud oficial. Todos ellos procedentes de Argelia, Burkina Faso, Camerún, Congo, Costa de Marfil y Somalia.

214. El Tribunal indica que los demandantes y los terceros intervinientes no impugnaron de manera convincente la precisión de las estadísticas presentadas por el Gobierno en relación con esta cuestión. Tampoco impugnaron la declaración del Gobierno según la cual "antes de que se formara y desplegara la Oficina de Protección Internacional en [Beni Enzar], se informaba al demandante de asilo de sus derechos, con la ayuda de un intérprete y la asistencia de un letrado especialista y gratuito asignado por el Colegio de Abogados. A continuación se le trasladaba a un Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes, en el que también se atendieron sus necesidades básicas" (véase el párrafo 128 supra). En consecuencia, el Tribunal no tiene motivos para dudar de que, incluso antes de la creación, el 1 de septiembre de 2014, de la Oficina de Protección Internacional de Beni Enzar, no sólo existía la obligación jurídica de aceptar las demandas de asilo en ese puesto fronterizo, sino también la posibilidad real de presentar dichas solicitudes.

215. El hecho indiscutido de que, según las estadísticas del Gobierno, entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2014 se presentaron en Beni Enzar 404 solicitudes de asilo, es decir, muchas más de las seis demandas presentadas en los ocho primeros meses de 2014, no altera dicha conclusión. Como indicó el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, refiriéndose al informe anual de 2014 del Defensor del Pueblo español, esas 404 solicitudes fueron presentadas por refugiados sirios en un momento en que la crisis siria se había intensificado. Lo que se confirma en el anexo 14 de las observaciones del Gobierno, según el cual, debido al notable incremento de solicitantes de protección internacional que se venía produciendo, a finales de 2014 y con el fin de facilitar la tramitación de las demandas de asilo, se reforzó el número de funcionarios de Policía Nacional en Beni Enzar y Tarajal, que recibieron instrucción adecuada para recibir las solicitudes de asilo que se presentasen. De esta manera, el mayor número de solicitudes presentadas a partir del 1 de septiembre de 2014 parece ser resultado básicamente de un mayor número de solicitudes de protección por parte de nacionales sirios en ese período y, como tal, no pone en tela de juicio la accesibilidad de Beni Enzar antes del 1 de septiembre de 2014.

216. Dicha conclusión parece confirmarse por el hecho de que, según las estadísticas, el número de solicitantes de asilo procedentes de África subsahariana no aumentó después del 1 de septiembre de 2014, a diferencia del número de solicitudes de nacionales sirios. De hecho, no se presentó ni una sola solicitud de asilo de personas del África subsahariana en Beni Enzar entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2014 o durante todo 2015, mientras que sólo se presentaron dos solicitudes de este tipo en 2016

y ninguna en 2017. Los demandantes también se apoyaron en estas cifras en sus alegaciones ante la Gran Sala.

217. En consecuencia, el mero hecho -no cuestionado por el Gobierno- de que se presentaran muy pocas solicitudes de asilo en Beni Enzar antes del 1 de septiembre de 2014 (véase el párrafo 213 supra), no permite concluir que el Estado demandado dejase de facilitar un acceso real y efectivo a ese puesto fronterizo. Las alegaciones generales presentadas por los demandantes ante la Gran Sala de que "en el momento de los hechos, no era posible que nadie solicitara asilo en el puesto fronterizo de Beni Enzar", es insuficiente para invalidar esta conclusión.

218. El Tribunal determinará a continuación si los demandantes tenían motivos de peso (como se describe en el párrafo 201 supra) para no valerse de estos procedimientos fronterizos en el puesto fronterizo de Beni Enzar. A este respecto, el Tribunal señala que varios terceros en las actuaciones ante la Gran Sala sostuvieron que acercarse físicamente al puesto fronterizo de Beni Enzar era, en la práctica, imposible o muy difícil para quienes procedían del África subsahariana y se encontraban en Marruecos. No obstante, los diversos informes presentados a tal efecto, en particular por el ACNUR y el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, no son concluyentes en cuanto a las razones y las circunstancias de hecho en que se basan dichas alegaciones. En alguno de ellos se cita el perfil racial o un riguroso control de pasaportes en el lado marroquí. No obstante, ninguno de estos informes sugiere que el Gobierno español fuera de alguna manera responsable de este estado de cosas.

219. En cuanto a las conclusiones del Sr. Boček en su informe de 2018 en el sentido de que la Guardia Civil notificaba a las autoridades marroquíes cualquier movimiento en la valla de Melilla, con el resultado de que éstas impedían que quienes se encontraban en territorio marroquí saltaran la valla, dichas conclusiones parecen aplicarse únicamente a los cruces de frontera no autorizados (véase el párrafo 58 supra). No hay nada que sugiera que una situación similar se produjo en los puntos fronterizos oficiales, incluyendo Beni Enzar.

220. En cuanto a los demandantes en el presente caso, en las actuaciones ante la Gran Sala ni siquiera alegaron en un primer momento que hubieran intentado entrar en territorio español por medios legales, refiriéndose a las dificultades mencionadas sólo en abstracto. En sus segundas observaciones remitidas a la Gran Sala, siguieron negando cualquier vínculo entre su queja en virtud del artículo 4 del Protocolo nº 4 y una posible solicitud de asilo. Únicamente en la vista ante la Gran Sala alegaron que ellos mismos habían intentado acercarse a Beni Enzar pero que habían sido "perseguidos por la policía marroquí". Aparte de las dudas sobre la credibilidad de esta afirmación que se derivan del hecho de que se hizo en una fase muy tardía del procedimiento, el Tribunal indica que en ningún momento los demandantes alegaron en este contexto que los obstáculos supuestamente

encontrados, en caso de ser confirmados, fueran responsabilidad de las autoridades españolas. Por lo tanto, el Tribunal no está convencido de que los demandantes tuvieran motivos de peso requeridos (como se describe en el párrafo 201) para no utilizar el puesto fronterizo de Beni Enzar en el momento de los hechos con el fin de alegar los motivos en contra de su expulsión de forma adecuada y legal.

221. El Tribunal subraya que el Convenio tiene por objeto garantizar a quienes se encuentran bajo su jurisdicción derechos prácticos y efectivos, no teóricos o ilusorios (véase el párrafo 171 supra). Sin embargo, ello no implica una obligación con carácter general para un Estado contratante, en virtud del artículo 4 del Protocolo nº 4, de incluir en su propia jurisdicción a quienes están bajo la jurisdicción de otro Estado. En el presente caso, aun suponiendo que existieran dificultades para acceder a este puesto fronterizo del lado marroquí, no ha quedado demostrado ante este Tribunal la responsabilidad del Gobierno demandado por dicha situación.

222. Esta conclusión es suficiente para que el Tribunal concluya que no ha habido violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 en el presente caso. El Tribunal toma nota de la alegación del Gobierno en el sentido de que, además de tener acceso real y efectivo al territorio español en el paso fronterizo de Beni Enzar, los demandantes también tenían acceso a las embajadas y consulados españoles donde, según la legislación española, cualquier persona puede presentar una solicitud de protección internacional. Como el Tribunal ya ha determinado que el Estado demandado proporcionó un acceso real y efectivo al territorio español en Beni Enzar en el momento de los hechos, no es necesario adoptar una posición en el presente caso sobre si esas embajadas y consulados habrían llevado a los demandantes a la jurisdicción de España, o en qué medida, si hubieran solicitado allí la protección internacional, si esas embajadas y consulados también habrían sido capaces de proporcionarles el nivel de acceso requerido. No obstante, teniendo en cuenta que el Gobierno se basa en estos procedimientos y las presentaciones detalladas recibidas, el Tribunal procederá a examinar esta cuestión.

223. En este contexto, el Tribunal indica que, en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009, en el momento de los hechos ya estaba previsto que los embajadores españoles promoviesen el traslado a España de quienes acreditasen la necesidad de protección (véase el párrafo 34 supra). En consecuencia, examinará el efecto protector del artículo 38, que es objeto de controversia entre las partes.

224. En la vista ante la Gran Sala, los demandantes aludieron a un informe de 2016 de la base de datos informativa sobre asilo (AIDA, por sus siglas en inglés), según el cual este apartado de la Ley 12/2009 "carecía todavía de legislación de aplicación específica que le permita convertirse en una realidad". No obstante, el Gobierno demostró que dichas alegaciones eran erróneas, señalando que, según el artículo 2.2 del Código Civil, seguía

estando en vigor el Real Decreto 203/1995 (citado en el párrafo 35 supra), que aprueba las disposiciones de aplicación de la anterior versión de la Ley reguladora del derecho de asilo. Dicha norma preveía un procedimiento específico que permitía a los embajadores determinar si las solicitudes de asilo presentadas en las embajadas y consulados españoles eran reales y, en su caso, organizar el traslado a España de los interesados, mediante su admisión urgente en caso de riesgo elevado en un tercer país. De acuerdo con dicho Real Decreto, el expediente debía resolverse en un plazo máximo de tramitación de seis meses y era susceptible de recurso. La aplicación de este procedimiento fue confirmada por una circular de 20 de noviembre de 2009, enviada por el Gobierno a todos los embajadores españoles y que contenía instrucciones sobre las modalidades de dichos traslados. En esta circular se establece que "si según su criterio "la integridad física de esa persona corre peligro", se lleve a cabo el traslado al territorio nacional (lo que implica facilitar un visado en su caso y eventualmente obtener un billete de avión de ida a España que siempre requerirán una autorización previa de este Ministerio)" (véase el párrafo 38 supra). Por lo tanto, la afirmación de los demandantes de que el artículo 38 de la Ley 12/2009 no era aplicable en el momento de los hechos debido a la falta de un reglamento de aplicación es errónea.

225. A este respecto, el Gobierno también presentó cifras concretas sobre las solicitudes de asilo registradas en 2014 en las embajadas y consulados españoles. Según estas cifras, que no fueron refutadas por los demandantes, entre 2014 y 2018 se presentaron en las embajadas y consulados españoles 1.308 solicitudes de asilo, de las cuales 346 se presentaron en 2014. En ese año, dieciocho demandas de asilo fueron presentadas por nacionales de Costa de Marfil en las embajadas españolas de Abidján y Bamako. Las nueve demandas de asilo presentadas en la embajada española en Rabat durante esos cinco años pertenecían a ciudadanos marroquíes. Además, solo cuatro de ellas se presentaron en 2014. Los demandantes, por su parte, no impugnaron el acceso efectivo a las embajadas y consulados españoles, incluidas la embajada española en Rabat y el consulado español en Nador, ni la posibilidad de solicitar protección internacional en dichos lugares por parte de ellos mismos o de otros nacionales de terceros países.

226. El Tribunal es consciente de las limitadas competencias de los embajadores españoles a la hora de aplicar el procedimiento especial previsto en el artículo 38 de la Ley 12/2009 y del plazo de seis meses para su resolución, circunstancias que pueden implicar que no todos los demandantes de asilo reciben protección inmediata. No obstante, en el presente caso estas circunstancias no fueron decisivas, ya que en su decisión de inadmisibilidad de 7 de julio de 2015 el Tribunal desestimó la queja de los demandantes en virtud del artículo 3 sobre el temor de que fueran objeto de malos tratos en Marruecos, declarándola manifiestamente infundada. 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, donde han estado residiendo durante un tiempo considerable (véanse los párrafos 22 y 23 supra).

227. En consecuencia, el Tribunal no está convencido de que esas vías jurídicas adicionales existentes en el momento de los hechos no fueran efectivas y efectivamente accesibles a los demandantes. Señala al respecto que el consulado español en Nador está a sólo 13,5 km de Beni Enzar y, por tanto, del lugar donde se produjo el asalto a las vallas el 13 de agosto de 2014. Los demandantes, que declararon que habían permanecido en el campamento del monte Gurugú durante dos años (en el caso de N.D.) y durante un año y nueve meses (en el caso de N.T.), podrían haber viajado fácilmente hasta allí en caso de haber querido solicitar protección internacional. No dieron ninguna explicación al Tribunal sobre por qué no lo hicieron. De hecho, ni siquiera alegaron que se les hubiera impedido utilizar dichas posibilidades.

228. Por último, los demandantes tampoco cuestionaron la posibilidad real y efectiva de solicitar un visado en otras embajadas españolas, ya fuese en sus países de origen o en alguno de los países por los que habían transitado desde 2012. En el caso de N.D., un tratado especial entre España y Malí ofrecía incluso la posibilidad adicional de obtener un permiso especial de trabajo (véase el párrafo 115 supra). En la vista ante la Gran Sala, el Gobierno ofreció cifras concretas que mostraban que se había expedido un número considerable de permisos de trabajo a ciudadanos de Malí y Costa de Marfil en el período pertinente. Dichas estadísticas tampoco fueron refutadas por los demandantes.

229. En todo caso y por los motivos que anteceden (véanse los párrafos 213 a 220 supra), el Tribunal no está convencido de que el Estado demandado no haya proporcionado un acceso real y efectivo a los procedimientos de entrada legal en España, en particular mediante una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Beni Enzar, así como de que los demandantes tuvieran motivos de peso basados en hechos objetivos de los que era responsable el Estado demandado para no hacer uso de dichos procedimientos.

230. En cualquier caso, el Tribunal señala que los abogados de los demandantes, tanto en sus observaciones escritas como en la vista ante la Gran Sala, no fueron capaces de indicar el más mínimo fundamento de hecho o de Derecho que, con arreglo al derecho internacional o interno, hubiera impedido la expulsión de los demandantes si se hubieran registrado individualmente (véase, *mutatis mutandis*, *Khlaifia y otros*, § 253; véanse asimismo el dictamen aprobado por el Comité de Derechos del Niño citado en el párrafo 68).

231. Partiendo de estas observaciones, el Tribunal considera que, de hecho, fueron los demandantes quienes se arriesgaron al participar en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla el 13 de agosto de 2014, aprovechando el gran número de miembros del grupo y utilizando la fuerza. No hicieron uso de los procedimientos legales existentes para obtener la entrada legal en territorio español de acuerdo con las disposiciones del Código de Fronteras Schengen sobre normas para el cruce de las fronteras exteriores del espacio Schengen (véase el párrafo 45 supra). En consecuencia, de conformidad con su jurisprudencia reiterada, el Tribunal considera que la ausencia de resoluciones individuales de expulsión puede deberse al hecho de que los demandantes, si efectivamente deseaban hacer valer sus derechos en virtud del Convenio, no hicieron uso de los procedimientos formales de entrada existentes a tal efecto, lo que por tanto fue consecuencia de su propia conducta (véanse las referencias en el párrafo 200 supra). Por consiguiente, no ha habido vulneración alguna del artículo 4 del Protocolo no. 4.

232. No obstante, cabe precisar que esta constatación no pone en tela de juicio el amplio consenso existente en la comunidad internacional en cuanto a la obligación y la necesidad de que los Estados contratantes protejan sus fronteras -ya sean sus propias fronteras o las fronteras exteriores del espacio Schengen, dependiendo del caso- de forma que se respeten las salvaguardas del Convenio y, en particular, la obligación del principio de no devolución. A este respecto, el Tribunal constata los esfuerzos realizados por España, en respuesta a los recientes flujos migratorios en sus fronteras, para aumentar el número de puestos fronterizos oficiales y mejorar el respeto efectivo del derecho de acceso a aquellos, y de esta manera hacer más eficaz, en beneficio de las personas que requieren protección contra la devolución, la posibilidad de acceder a los procedimientos establecidos a tal efecto.

#### V. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO PUESTO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO N° 4

233. Los demandantes se quejaron de la falta de un recurso efectivo con efectos suspensivos para impugnar su retorno inmediato a Marruecos. Se basaron en el artículo 13 del Convenio, puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo no. 4.

El artículo 13 del Convenio establece:

"Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

234. El Gobierno indicó que el derecho a un recurso interno efectivo era un derecho de procedimiento que debía vincularse a una posible vulneración

de un derecho sustantivo en virtud del Convenio o de sus Protocolos. A su juicio, no existían motivos para determinar que se hubiera producido una violación del artículo 13 del Convenio.

235. Por su parte, los demandantes afirmaron que no habían tenido acceso a un recurso interno que les permitiera denunciar el carácter colectivo de las expulsiones del 13 de agosto de 2014; dicho recurso tendría que haber estado disponible, ser efectivo y tener efectos suspensivos.

236. A su juicio, las expulsiones sumarias y automáticas de las que habían sido víctimas habían infringido directamente la legislación española aplicable en ese momento. El procedimiento que debía seguirse era el procedimiento de expulsión previsto en el artículo 58.3.b) de la LOEX así como en el artículo 23 del Real Decreto 557/2011 (véanse los párrafos 32 y 36 supra), según el cual los guardias de frontera que detengan a un extranjero deben conducirlo hasta la comisaría de policía con el fin de ser identificado y al posible inicio de un procedimiento de expulsión. Toda orden de expulsión emitida una vez finalice dicho trámite está sujeta a recurso, en el que el interesado tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un abogado y un intérprete.

237. Los demandantes afirmaron además que, en la medida en que no se había adoptado ninguna resolución individual formal en el presente caso y en ausencia de toda identificación, información o procedimiento, se les había privado de todo recurso interno con respecto a su expulsión, incluidos los recursos previstos en el Derecho interno y europeo. En su opinión, esto equivalía a una vulneración del artículo 13 del Convenio, puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4.

## **A. Admisibilidad**

238. El Tribunal considera que esta demanda plantea complejas cuestiones de hecho y de Derecho que no pueden determinarse sin examinar el fondo. De ello se desprende que la queja no está manifiestamente infundada en el sentido del artículo 35.3.a) del Convenio. El Tribunal señala además que no es inadmisibles por ningún otro motivo y que el Gobierno no presentó ninguna otra objeción preliminar a ese respecto. Por lo tanto, debe ser admitida.

## **B. Fondo**

### *1. Sentencia de Sala*

239. La Sala consideró que esta queja era "discutible" a los efectos del Artículo 13 del Convenio (véase *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 201) y que los demandantes fueron privados de todo recurso que les permitiera presentar su queja en virtud del Artículo 4 del Protocolo nº 4 ante

una autoridad competente y obtener una evaluación completa y rigurosa de sus demandas antes de ser devueltos. Por consiguiente, la Sala sostuvo que se había vulnerado el artículo 13 del Convenio, puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo no. 4 del Convenio.

## 2. *Valoración del Tribunal*

240. El artículo 13 del Convenio garantiza la disponibilidad a nivel interno de un recurso para implementar el fundamento de los derechos y libertades garantizados por el Convenio, en cualquiera de sus formas. El efecto de dicha disposición es, por lo tanto, exigir la disponibilidad de un recurso interno para tratar el fondo de una "queja justificada" en virtud del Convenio y conceder una reparación adecuada.

241. En la medida en que los demandantes se quejaron de la falta de un recurso efectivo para impugnar su expulsión por su carácter supuestamente colectivo, el Tribunal señala que, si bien la legislación española preveía la posibilidad de interponer un recurso contra las órdenes de expulsión en la frontera (véanse los párrafos 32 y ss. supra), los propios demandantes también debían atenerse a las normas que rigen la interposición de dicho recurso contra su expulsión.

242. Como ya indicó anteriormente al examinar la queja presentada en virtud del artículo 4 del Protocolo nº 4 (véase el párrafo 231 supra), este Tribunal considera que los demandantes se pusieron en situación ilegal al intentar deliberadamente entrar en España cruzando los dispositivos de protección de la frontera de Melilla el 13 de agosto de 2014, formando parte de un grupo numeroso y en un lugar no autorizado. Así pues, optaron por no utilizar los procedimientos legales existentes para entrar legalmente en territorio español, incumpliendo así las disposiciones pertinentes del Código de Fronteras Schengen relativas al cruce de las fronteras exteriores del espacio Schengen (véase el párrafo 45 supra) y la legislación interna en la materia. En la medida en que el Tribunal ha considerado que la falta de un procedimiento individualizado para su expulsión fue consecuencia de la propia conducta de los demandantes al intentar entrar sin autorización en Melilla (véase el párrafo 231 supra), no puede considerar responsable al Estado demandado por no haber puesto a su disposición un recurso judicial contra dicha expulsión.

243. De ello se desprende que la falta de recurso con respecto a la expulsión de los demandantes no constituye en sí misma una violación del artículo 13 del Convenio, en la medida en que la queja de los demandantes sobre los riesgos que podían correr en el país de destino fue desestimada al principio del procedimiento.

244. En consecuencia, no se ha vulnerado el artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo no. 4.

**POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL**

1. *Decide*, por unanimidad, continuar el examen de las demandas con arreglo al artículo 37.1 *in fine* del Convenio (véase el párrafo 79 supra);
2. *Desestima*, por unanimidad, la objeción preliminar del Gobierno respecto a la falta de la condición de víctima, examinada por el Tribunal desde el punto de vista de la determinación de los hechos (véase el párrafo 88 supra);
3. *Desestima*, por unanimidad, la objeción preliminar del Gobierno sobre la falta de jurisdicción (véase el párrafo 111 supra);
4. *Desestima*, por unanimidad, la objeción preliminar del Gobierno relativa a la supuesta pérdida de la condición de víctima de los demandantes por los hechos ocurridos tras el 13 de agosto de 2014 y la solicitud del Gobierno de que se archive el caso por dicho motivo (véase el párrafo 114 supra);
5. *Desestima*, por unanimidad, la objeción preliminar del Gobierno respecto a la falta de agotamiento de los recursos internos (véase el párrafo 122 supra);
6. *Desestima*, por mayoría, la objeción preliminar del Gobierno relativa a la inaplicabilidad del artículo 4 del Protocolo nº 4 en el presente asunto (véase el párrafo 191 supra);
7. *Declara*, por unanimidad, las demandas admisibles (véanse los párrafos 191 y 238 supra);
8. *Declara*, por unanimidad, que no se ha vulnerado el artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio (véase el párrafo 231 supra);
9. *Declara*, por unanimidad, que no se ha vulnerado el artículo 13 del Convenio, puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4 (véase el párrafo 244 supra).

Hecho en inglés y en francés, y presentado en una vista pública en el Edificio de los Derechos Humanos de Estrasburgo el 13 de febrero de 2020.

Johan Callewaert

Secretario

Linos-Alexandre Sicilianos

Presidente

De conformidad con el artículo 45.2 del Convenio y el artículo 74.2 del Reglamento, se adjuntan a la presente sentencia los siguientes votos particulares:

- a) voto concurrente del juez Pejchal;
- b) voto parcialmente discrepante del juez Koskelo.

L.A.S.  
J.C.

## VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ PEJCHAL

### 1. Introducción

Si prescindo de la solución que implica una cuestión preliminar sobre si se cumplen las condiciones para archivar la demanda en virtud del artículo 37 del Convenio, entonces puedo compartir la opinión de la mayoría. Por eso voté, a pesar de tener algunas dudas, con la mayoría. Sin embargo, todavía tengo bastantes dudas sobre si la Gran Sala debería haber examinado este caso. En particular, tengo dudas sobre si en este asunto fue justo para la comunidad de ciudadanos libres que viven en los Estados miembros del Consejo de Europa que un tribunal internacional ordenara una vista en la que se invirtieron considerables recursos económicos, que le fueron confiados por las Altas Partes Contratantes para administrar justicia. Abordaré estas dudas en mi voto particular concurrente, ya que considero que son graves.

### 2. Derecho a una demanda individual con arreglo al artículo 34 del Convenio (consideraciones generales)

No existe motivo alguno para no aceptar el postulado de Rawls de que la justicia es ante todo equidad y que para determinar los criterios de justicia es necesario comenzar con criterios de equidad. Esta idea no es nueva ni revolucionaria. Hace tiempo, fue Cicerón quien, en su “*De officiis*”, declaró: “*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*”<sup>1</sup>.

En la búsqueda de la justicia, la teoría de Rawls es mucho más válida en la esfera del Derecho internacional que en la del Derecho interno, que dispone de muchas más posibilidades que el derecho internacional para imponer la observancia de la ley. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que proporciona directrices para interpretar los tratados internacionales, incluida la Convención, se basa acertadamente en el principio de equidad en las relaciones internacionales.

Es oportuno tener en cuenta que toda demanda individual en la que el demandante alegue una vulneración del Convenio por una Alta Parte Contratante no sólo afecta a la vida de la sociedad de ciudadanos libres que viven en el territorio de esa Alta Parte Contratante en particular, sino que también afecta, directa o indirectamente, a la vida de la sociedad de ciudadanos libres de todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

---

<sup>1</sup> Traducción libre: *El fundamento de la justicia, además, es la buena fe, es decir, verdad y fidelidad a las promesas y a los acuerdos.*

A mi juicio, cada demandante está por ello obligado a presentar su demanda en base a razones reales y verdaderamente motivadas. A lo largo del procedimiento en curso los demandantes tienen además la obligación de dejar claro al Tribunal, no sólo por medio de sus abogados sino también a través de su actitud personal en el asunto en cuestión, que están realmente convencidos de que la Alta Parte Contratante ha vulnerado sus libertades fundamentales o que de hecho han sido incapaces de ejercer los derechos garantizados en el Convenio. Un demandante puede realmente equivocarse en su interpretación del Convenio, pero en cualquier caso debe ser evidente que la demanda obedece a una intención firme y que el demandante se compromete a cumplirla. De no ser así, es obligación del Tribunal considerar detenidamente dicha situación y, en caso de que no se den las circunstancias excepcionales en el caso del demandante (como enfermedad, falta de madurez mental, etc.), entonces no es ciertamente adecuado, desde el punto de vista de la justicia universal, que el Tribunal examine la demanda, ni siquiera en lo que respecta a si la demanda estaba justificada o no. En mi opinión, es por tanto necesario interpretar la última frase del párrafo 1 del artículo 37 del Convenio (“No obstante, el Tribunal proseguirá el examen de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos”) exclusivamente en relación con el demandante y su problema concreto, y no de manera general en relación con la cuestión planteada por el demandante, lo que podría suponer una vulneración del Convenio en términos generales y no de manera concreta.

Si las circunstancias del asunto indican de manera clara que el demandante no demuestra un interés genuino en el caso en cualquier etapa del procedimiento ante el Tribunal, entonces durante el análisis prospectivo del caso es imposible cumplir con el requisito del proceso contradictorio a los efectos del artículo 38 del Convenio (“El Tribunal procederá al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, si procede, a una indagación, para cuya eficaz realización las Altas Partes Contratantes proporcionarán todas las facilidades necesarias”). El objetivo siempre debe ser resolver el asunto en cuestión, que debe conllevar una intención firme, y no la interpretación académica de la cuestión planteada por el demandante lo que, como las circunstancias del caso pueden revelar, no responde a una intención clara por parte del demandante y no revela ningún problema grave por su parte. Este es un Tribunal internacional que debe tener un cuidado escrupuloso en asegurar que únicamente se ocupa de asuntos graves.

### **3. Examen del presente caso en base a la teoría de Rawls**

La demanda se presentó por dos ciudadanos de países africanos que no forman parte de los Estados miembro del Consejo de Europa y no han suscrito el Convenio (y no pueden hacerlo ya que no son países europeos).

En consecuencia, ambos demandantes reclamaron la protección de derechos y libertades fundamentales garantizados por una sociedad de ciudadanos libres de otros Estados pertenecientes a un continente diferente. Ciudadanos de esta sociedad (europea) que cumplen con sus obligaciones fiscales con respecto a sus países de origen, Estados miembro del Consejo de Europa, que utilizan sus impuestos para abonar su aportación al Consejo de Europa, que incluye al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El cumplimiento de las obligaciones fiscales y el abono de aportaciones por parte de los Estados miembro del Consejo de Europa son los requisitos previos para la existencia misma del mecanismo europeo de protección de los derechos humanos de todos.

Al parecer ninguno de los demandantes cumple sus obligaciones básicas (incluyendo las fiscales) emanadas del artículo 29 de la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos (Carta de Banjul) dice lo siguiente:

“El individuo también tendrá el deber de:

1. Preservar el desarrollo armonioso de la familia y de fomentar el respeto y la cohesión de ésta; de respetar a sus padres en todo momento y de mantenerlos en caso de necesidad;
2. Servir a su comunidad nacional poniendo sus aptitudes físicas e intelectuales a su servicio;
3. No comprometer la seguridad del Estado del cual sea nacional o residente;
4. Preservar y reforzar la solidaridad nacional y social, especialmente cuando la primera se vea amenazada;
5. Preservar y reforzar la independencia nacional y la integridad territorial de su país, así como contribuir a su defensa de conformidad con la ley;
6. Trabajar al máximo de su rendimiento y pagar los impuestos estipulados por la ley en el interés de la sociedad;
7. Preservar y reforzar los valores culturales africanos positivos en sus relaciones con los demás miembros de la sociedad en un espíritu de tolerancia, diálogo y consulta y, en general, contribuir a la promoción del bienestar moral de la sociedad;
8. Contribuir en todo lo posible, en todo momento y a todos los niveles a la promoción y la consecución de la unidad africana”.

Los dos Estados de los que son ciudadanos los demandantes han ratificado la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos (Carta de Banjul). Desde el punto de vista de la equidad general, se debe por tanto asumir necesariamente que los demandantes se encuentran en una situación excepcional que justifica el incumplimiento de sus obligaciones básicas respecto a su país de origen y su continente. Sólo en caso de que se produzca esa situación excepcional es posible imaginar que los demandantes puedan reclamar la protección de los derechos y libertades fundamentales garantizados por una sociedad de ciudadanos libres de otros Estados pertenecientes a un continente diferente. Asimismo, su actitud ante el procedimiento de concesión de la protección de esos derechos y

libertades debe evidenciar el conocimiento del carácter excepcional de la situación. De lo contrario, la conducta de los demandantes carecería por completo de los elementos fundamentales de la equidad; en tal caso, es inconcebible, a mi juicio, que busquen justicia en el ámbito del derecho internacional.

#### **4. Reseña de los hechos del caso**

Dos jóvenes - los demandantes - dejaron sus países de origen en el continente africano. El Tribunal sólo conoce los supuestos motivos de su actuación a través de las alegaciones presentadas por sus abogados. La existencia objetiva de dichos motivos es imposible de evaluar debido a la casi absoluta falta de pruebas. Lo único que se conoce con certeza es que tras dejar sus países de origen pasaron algún tiempo en Marruecos, Estado que desde la perspectiva del derecho internacional se considera seguro, y que se reincorporó a la Unión Africana el 30 de enero de 2017. La cuestión fundamental que, en mi opinión, la mayoría debería haber abordado es la razón por la que los dos jóvenes -los demandantes- no intentaron resolver su situación supuestamente desfavorable en sus países de origen mientras se encontraban en Marruecos, presentando una solicitud ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Ese tribunal podría haber examinado la situación de los demandantes directamente en relación con sus países de origen, ya que estos últimos son miembros de la Unión Africana y, como ya se ha mencionado, han ratificado la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos (Carta de Banjul).

Pero en lugar de tratar de resolver su supuesta situación desfavorable por los medios indicados anteriormente, los demandantes trataron presuntamente de escalar ilegalmente una valla fronteriza entre Marruecos y el territorio español en África. Según la solicitud presentada por sus abogados, las fuerzas de seguridad españolas les enviaron de vuelta a territorio marroquí. Tal como yo lo veo, no hay pruebas objetivas de que los demandantes escalasen la valla, o, más concretamente, los abogados de los demandantes no han aportado pruebas de ese tipo.

Varios meses después uno de los demandantes pidió formalmente a España que le concediera asilo. Aparentemente, nada le impedía haber utilizado dicha acción legal con anterioridad. No se le concedió asilo porque no había motivos para hacerlo según los procedimientos habituales de asilo.

Uno de los demandantes regresó a su país de origen y su paradero se desconoce desde hace más de cuatro años. Sin embargo, sus abogados mantienen supuestamente contacto con él, aunque no en persona. Según sus abogados, el otro demandante ha estado en algún lugar de España durante los últimos cuatro años. Los abogados afirman igualmente estar en contacto con él, aunque no en persona. Según los abogados, ambos demandantes

insisten en que el Tribunal debe examinar su caso, en el que alegan que España vulneró el artículo 4 del Protocolo n° 4 del Convenio.

### **5. Examen del caso en virtud del artículo 37.1.a) del Convenio**

Desde un punto de vista formal es necesario tener en cuenta la regla 47.7 del Reglamento del Tribunal, según la cual "los demandantes deberán informar al Tribunal de cualquier cambio de domicilio y de cualquier hecho relevante para el examen de su demanda". ¿Por qué? Porque ni los demandantes ni sus abogados han cumplido con dicha obligación a largo plazo. Obligación -una de las pocas que tienen los demandantes ante el Tribunal, y también ante la sociedad europea de ciudadanos libres- que no puede satisfacerse con una declaración del abogado de que mantiene contacto con su cliente, a pesar que su cliente no tiene un domicilio permanente o lo desconoce. A partir de esta situación - que, por otra parte, ha durado más de cuatro años - el Tribunal puede, y creo que debe, deducir que las circunstancias conducen a la conclusión de que el demandante no tiene intención de mantener su demanda.

### **6. Examen del caso en virtud del artículo 37.1.c) del Convenio**

No cabe la menor duda de que la escalada de la valla, tanto si los demandantes participaron en ella como si no, fue contraria no sólo al ordenamiento jurídico español sino también al derecho internacional consuetudinario. Las fuerzas de seguridad españolas no pusieron en peligro la salud, la vida, la dignidad o la libertad de ninguno de los participantes. El Tribunal, antes de examinar la cuestión de si la queja relativa a la escalada de la valla podía admitirse o no de conformidad con el artículo 4 del Protocolo n° 4 del Convenio, podía y debía, en mi opinión, haber tratado la cuestión de si este hecho concreto debía causar la aplicación del artículo 37.1.c) del Convenio, que prevé el archivo de la demanda cuando las circunstancias permitan comprobar que ya no está justificado continuar el examen de la misma.

Ambos demandantes justificaron su conducta ilegal en la frontera de Marruecos con España mediante su intención de solicitar asilo en España a causa de su desfavorable situación en sus países de origen. No obstante, no explicaron por qué desde el principio no eligieron la acción legal consistente en solicitar asilo. Además, se encontraban en el territorio de otro Estado africano, Marruecos, que desde el punto de vista del derecho internacional es un país seguro. Dispusieron de una oportunidad única de recurrir a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, como se ha indicado anteriormente. Al no hacerlo, considero que en esta situación concreta habría sido más lógico que el Tribunal procediera con arreglo al artículo 37.1.c) del Convenio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no debería investigar las supuestas consecuencias (en este caso la escalada de la valla) de una situación presuntamente inhumana (las supuestas condiciones en los países de origen de ambos demandantes) en una situación en la que otro tribunal internacional de derechos humanos dispone claramente de competencia. En mi opinión, a efectos prácticos y si se me permite cierto exceso, la policía española cometió un pequeño error. Al devolver a territorio marroquí a todos los participantes en la escalada de la valla les podrían haber informado de que si no estaban satisfechos con la protección de los derechos humanos en sus países de origen, podían presentar una demanda ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, competente en la materia.

## **7. Conclusión**

Soy consciente de que la anterior evaluación del asunto representa un enfoque absolutamente diferente y novedoso respecto al examen de las demandas interpuestas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Creo estar en lo cierto al considerar que el artículo 37 del Convenio merece un examen mucho más profundo por parte del Tribunal y, en especial, una interpretación precisa como la descrita anteriormente. A mi juicio, ambas demandas podrían haberse archivado incluso antes de la vista ante la Gran Sala sobre la base de que ya no se justificaba continuar con su examen. La mayoría no compartía este punto de vista y, por tanto, siendo consciente de este hecho, voté con la mayoría por compromiso. El enfoque adoptado también es una forma de resolver el asunto, aunque, a mi juicio, menos eficaz. No obstante, creo importante haber aclarado mi punto de vista teniendo en cuenta que los motivos por los que finalmente estuve de acuerdo con la redacción de esta sentencia eran algo diferentes a los de la mayoría.

## VOTO PARCIALMENTE DISCREPANTE DEL JUEZ KOSKELO

### *Observaciones preliminares*

1. Lamentablemente, no he podido coincidir con la conclusión alcanzada por la mayoría de que el artículo 4 del Protocolo n° 4 es aplicable en las circunstancias del presente asunto. A mi juicio, la posición adoptada por la mayoría sobre la interpretación del término "expulsión" hace que el ámbito de aplicación de esta disposición sea más amplio de lo que se justifica.

2. Se recuerda, como cuestión de fondo, que la prohibición de las expulsiones colectivas establecida en el artículo 4 del Protocolo n° 4 equivale a exigir un procedimiento individualizado como requisito previo a la expulsión de los extranjeros. El Tribunal ha establecido en numerosas ocasiones que la finalidad de esta disposición es impedir que los Estados puedan expulsar a determinados extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por lo tanto, sin permitirles formular alegaciones contra la medida (véase *Khlaifia y otros c. Italia* [GS], n° 16483/12, § 238, de 15 de diciembre de 2016).

3. En otras palabras, la protección prevista en esta disposición es de carácter procedimental. Por ello, lo que está en juego es el alcance de dicho requisito procedimental en el contexto de los extranjeros que están a punto de cruzar la frontera exterior de un Estado contratante de manera no autorizada.

4. La mayoría en este caso ha considerado que el artículo 4 del Protocolo n° 4 es aplicable en circunstancias como las del presente asunto, pero que no ha habido violación alguna de dicha disposición. Por lo tanto, puede ser útil explicar brevemente desde el principio por qué es importante adoptar esta posición, en lugar de considerar, como es mi caso, que la disposición no es aplicable. Los motivos fundamentales por los que la diferencia tiene una importancia considerable son dos. En primer lugar, la interpretación según la cual las circunstancias entran en el ámbito de la citada disposición somete el fondo a la supervisión del Tribunal. A mi juicio, el Tribunal desborda de este modo los límites de su competencia. En segundo lugar, los criterios elaborados por la mayoría para evaluar el fondo del asunto marcan un considerable cambio de orientación en este contexto. Ambos movimientos tienen importantes implicaciones en la práctica.

### *Algunas aclaraciones preliminares*

5. Quisiera subrayar desde el principio que mi discrepancia no pone en duda en modo alguno la necesidad de garantizar el cumplimiento de la obligación inderogable de la no devolución. En este sentido, no hay desacuerdo.

6. Por tanto y en aras de la claridad, puede resultar útil enumerar algunos de los puntos de partida clave reiterados en la presente sentencia, que suscribo plenamente:

- existe un vínculo entre el ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo nº 4 y el del principio de no devolución (véase el párrafo 171 de la sentencia);

- el principio de no devolución incluye la protección de los solicitantes de asilo tanto en los casos de inadmisión como de rechazo en frontera (véase el párrafo 178 de la sentencia);

- para los migrantes y solicitantes de asilo que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado, el riesgo en caso de expulsión forzosa del territorio de ese Estado es el mismo independientemente de cualquier diferencia entre la inadmisión y la expulsión, a saber, el de ser expuesto a maltrato infringiendo los artículos 2 ó 3 del Convenio (véase el párrafo 184 de la sentencia);

- a las personas con derecho a ser protegidas de conformidad con el Convenio no se les puede denegar dicha protección por depender (en lo que respecta a las garantías procedimentales previstas en el artículo 4 del Protocolo nº 4) de consideraciones puramente formales (ibíd.). De lo contrario, la protección otorgada por el Convenio, en particular por el artículo 3, quedaría sin efecto (ibíd.).

7. De hecho, todos estos puntos ponen de relieve el vínculo entre el artículo 4 del Protocolo nº 4 y la obligación de la no devolución en el contexto de la entrada de extranjeros. Opino que precisamente este vínculo no debe perderse. Como ha sostenido anteriormente el Tribunal, el derecho de los extranjeros a entrar en un Estado no está garantizado como tal por el Convenio, pero los controles fronterizos y de inmigración deben ejercerse de conformidad con las obligaciones del Convenio (véase *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985, § 59, Serie A nº 94). Mientras que para los extranjeros residentes en el Estado afectado los motivos pertinentes contra la expulsión pueden ser más variados (en concreto, en virtud del artículo 8), para aquellos extranjeros que solicitan la entrada en la frontera los motivos pertinentes que pueden invocarse contra una medida de denegación de entrada estarán vinculados al requisito de no devolución.

8. Sin embargo, lo que la posición mayoritaria implica es ampliar el alcance del artículo 4 del Protocolo nº 4 incluso a situaciones en las que no existe dicho vínculo. Y aquí es donde percibo los problemas: el término "expulsión" se extiende a *cualquier* situación de "expulsión forzosa del territorio de un Estado en el contexto de un intento de cruzar una frontera interna vía terrestre". Esa extensión ilimitada y sin reservas del término "expulsión" por la presente sentencia amplía la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo nº 4 mucho más allá de lo que es necesario y razonable para

salvaguardar eficazmente la obligación de *no devolución* en el contexto de la entrada de extranjeros en un Estado contratante.

*Antecedentes jurídicos del presente caso*

9. Es útil recordar el contexto del presente caso. Las quejas de los demandantes con arreglo al artículo 3 del Convenio fueron declaradas inadmisibles en una fase temprana por ser manifiestamente infundadas (véanse los párrafos 4 y 226 de la sentencia). En otras palabras, ha quedado demostrado desde el principio de la tramitación de este asunto que los derechos de los demandantes en virtud del artículo 3 del Convenio, en la medida en que incorpora la obligación de *no devolución*, no estaban en juego.

10. Por ello, si bien el Tribunal (como se ha señalado anteriormente) ha destacado el vínculo entre el alcance del artículo 4 del Protocolo nº 4 y la obligación de *no devolución*, en el presente asunto no se trata de la necesidad de salvaguardar los derechos de los demandantes a ese respecto. En cambio, la sentencia supone una interpretación de la noción de "expulsión" que se desvincula de cualquier vínculo efectivo con la protección de los demandantes contra el riesgo de una vulneración del principio de no devolución.

*El marco del Convenio*

11. A continuación, conviene recordar algunas características y limitaciones fundamentales inherentes al Convenio.

12. *En primer lugar*, el alcance de las obligaciones dimanantes del Convenio se ha limitado expresamente a aquellas personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado contratante afectado. Cabe destacar este punto, a pesar de que los demandantes en el presente caso entraron de hecho en el ámbito de competencia del Estado demandado. Es importante recordar la limitación jurisdiccional básica en este contexto, ya que los principales beneficiarios futuros del alcance ampliado del artículo 4 del Protocolo nº 4 serán los extranjeros que tengan la *intención de entrar* en la jurisdicción de un Estado Parte.

13. Como ha reconocido el Tribunal en el pasado, el compromiso contraído por un Estado contratante en virtud del artículo 1 se limita a "garantizar" los derechos y libertades enumerados a aquellos que se encuentran dentro de su propia "jurisdicción" (véase *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, § 86, Serie A no. 161, y *Banković y otros c. Bélgica y otros* (dec.) [GS], no. 52207/99, § 66, ECHR 2001XII-). En otras palabras, las obligaciones que corresponden a los Estados contratantes en virtud del Convenio no tienen por objeto aplicarse en beneficio de personas que se encuentran fuera de su jurisdicción. Además, el Tribunal también ha

reconocido que la doctrina del "instrumento vivo" no puede servir para ampliar el alcance del artículo 1, que es "determinante del alcance mismo de las obligaciones positivas de las partes contratantes y, como tal, del ámbito y del alcance de todo el régimen de protección de los derechos humanos del Convenio" (véase *Banković y otros*, citados anteriormente, §§ 64-65).

14. *En segundo lugar*, el Convenio -a diferencia, por ejemplo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE) (véase el artículo 18 de esta última)- no incluye disposiciones relativas al derecho de asilo o a la protección internacional. Por lo tanto, garantizar el acceso a los procedimientos de asilo a los extranjeros que deseen entrar en la jurisdicción de un Estado Parte no es una cuestión que entre en el ámbito del Convenio y, por consiguiente, no es una cuestión que deba analizar el Tribunal. El grado en que el Convenio regula las cuestiones relativas al asilo y la protección internacional se limita a la obligación de no devolución, tal y como se contempla en los artículos 2 o 3, es decir, el deber de los Estados contratantes de no expulsar o entregar a nadie que se encuentre dentro de su jurisdicción a otra jurisdicción cuando esa persona se viese sometida a un riesgo real de recibir un trato prohibido en virtud de dichas disposiciones.

15. *En tercer lugar*, el Convenio no está concebido como un instrumento para vigilar las obligaciones de los Estados Parte derivadas de otros tratados internacionales, como la Convención de Ginebra, o el Derecho europeo (véase *Avotiņš v. Letonia* [GS], no. 17502/07, § 100, de 23 de mayo de 2016).

16. Por lo tanto, los límites del régimen del Convenio vienen impuestos por los Estados contratantes y el Tribunal no puede dejarlos de lado.

#### *Algunas observaciones sobre el enfoque adoptado*

17. La idea que subyace bajo la posición adoptada por la mayoría parece ser la de impedir que los Estados Contratantes cierren sus fronteras a los extranjeros. Lo que se confirma por los principios desarrollados por la mayoría al abordar el fondo del presente caso (que se examinan más adelante). Sin opinar al respecto, lo que deseo señalar, a la vista de las anteriores consideraciones, es simplemente que, a mi juicio, los Estados Contratantes no han otorgado competencia al Tribunal para analizar esta materia.

18. La mayoría se refiere en este contexto, *inter alia*, al antiguo artículo 4.1 y actual artículo 5.1, del Código de Fronteras Schengen, según el cual las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas; la mayoría afirma que la aplicación de este requisito presupone la existencia de un número suficiente de esos pasos (véase el párrafo 209 de la sentencia). Si bien esto es cierto, no se deduce que el Tribunal esté facultado para convertir esta observación, procedente de un reglamento interno adoptado por un grupo de Estados que

han unificado su soberanía en materia de gestión de fronteras, en un requisito del Convenio. (Además, la aplicación del Código de Fronteras Schengen está en todo caso sujeta al cumplimiento de las "obligaciones relativas al acceso a la protección internacional, en especial el principio de no devolución" (artículo 4 del Código), obligaciones que, como ya se ha mencionado, están expresamente consagradas en el derecho primario de la UE. El artículo 5 del Código también contiene una excepción específica para las personas o grupos de personas en el supuesto de que se dé alguna situación imprevista de emergencia).

19. Cuando los extranjeros se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado Contratante, han entrado en el territorio de este último o están sujetos al ejercicio de la autoridad por parte de sus agentes en la frontera exterior del Estado, se desencadena la obligación de no devolución consagrada en el Convenio. Mi punto de partida, a la vista de las limitaciones anteriores consagradas en el Convenio, es que las obligaciones más amplias en cuanto a la provisión de acceso a la entrada para los extranjeros a través de las fronteras exteriores del Estado, o el acceso a los procedimientos de asilo, no son asuntos de la competencia del Convenio. A este respecto, es importante señalar que la no devolución, tal como se contempla en el Convenio, es una obligación negativa, es decir, una obligación de abstenerse de adoptar medidas que entrañen el traslado de personas de la jurisdicción del Estado, directa o indirectamente, a otra jurisdicción en la que estarían expuestas a un riesgo real de maltrato. Sin embargo, en la presente sentencia, la mayoría va más allá del control de dichas obligaciones y se compromete a formular obligaciones positivas en beneficio de los extranjeros que tienen la intención de entrar en el territorio de un Estado Contratante.

20. A mi juicio, la mayoría defiende una interpretación del artículo 4 del Protocolo nº 4 que amplía excesivamente su aplicación e impacto.

21. Como ya se ha mencionado, la necesidad de garantizar una protección procedimental efectiva de los derechos sustantivos del Convenio que se derivan del artículo 3, de conformidad con las conclusiones adoptadas por el Tribunal al principio del procedimiento, es manifiestamente inexistente en el presente caso. Los demandantes, al haber llegado a territorio español -aunque sin reclamación alguna ni necesidad de protección en virtud del Convenio-, brindaron la oportunidad que ahora aprovecha el Tribunal para sentar las bases para formular obligaciones que, esencialmente, operarán en beneficio de los extranjeros que pretendan entrar en la jurisdicción de un Estado Contratante. En este sentido, las presentes quejas son un medio para ampliar significativamente el papel del Tribunal. No estoy seguro de la conveniencia de dicho movimiento.

*Sobre el alcance del artículo 4 del Protocolo n° 4*

22. No hay duda alguna, y no es controvertido, que la obligación de no devolución respecto de los extranjeros que intentan cruzar la frontera exterior de un Estado Contratante no puede restringirse sobre la base de una distinción jurídica entre la inadmisión y la expulsión (véase más arriba). En otras palabras, la protección contra la no devolución debe extenderse a quienes hayan llegado a la frontera de un Estado Contratante y den a conocer a las autoridades de ese Estado (de manera expresa o, en su caso, mediante indicaciones claras a través de su conducta) que desean obtener dicha protección. Pero de ello no se desprende que el alcance del artículo 4 del Protocolo n° 4 (es decir, de sus requisitos para un procedimiento individualizado) deba ampliarse para abarcar a *cualquier* extranjero que tenga la intención de cruzar la frontera, independientemente de que las circunstancias reales puedan entrañar la obligación de no devolución por parte del Estado en el que intentan entrar.

23. No obstante, la interpretación adoptada por la mayoría hace que el artículo 4 del Protocolo n° 4 sea aplicable en el contexto del intento por parte de cualquier extranjero de cruzar la frontera exterior de un Estado Contratante vía terrestre (véase el párrafo 187 de la sentencia), incluso en ausencia de cualquier indicación de que estén buscando protección internacional, e incluso en presencia de circunstancias que indiquen otros motivos para entrar en su jurisdicción. El Tribunal declara que considera "apropiado" situar dicha disposición en el contexto de su jurisprudencia en materia de migración y asilo (véase el párrafo 167), sin dar explicación o justificación alguna del motivo por el que sería "apropiado" hacer caso omiso de cualquier otro contexto o situación que implique un intento no autorizado de los extranjeros de cruzar la frontera de un Estado Contratante. Cabe señalar que en el reciente asunto *Ilias y Ahmed c. Hungría* ([GS], n° 47287/15, de 21 de noviembre de 2019), en el que se cuestionaba el artículo 3 del Convenio, el Tribunal declaró que cuando se expulsaba a los solicitantes de asilo a un tercer país sin que se examinara el fondo de sus solicitudes de asilo, no se podía saber si las personas objeto de expulsión corrían el riesgo de recibir un trato contrario al artículo 3 en su país de origen o si eran simplemente migrantes económicos, y que solo mediante un procedimiento legal que diera lugar a una resolución se podía llegar a una conclusión sobre esta cuestión y basarse en ella (ibíd. § 137). Incluso en ese contexto, se hace referencia a los demandantes de asilo y no a *cualquier* extranjero que llegue a la frontera exterior con la intención de entrar en la jurisdicción de un Estado Contratante.

24. La posición anterior se adopta bajo la consigna de la protección efectiva del principio de no devolución. Sin embargo, lo que se omite es que la llegada a la frontera de personas que necesitan protección internacional, y

la consiguiente aplicación de la obligación de no devolución consagrada en el Convenio, no es el único escenario que debe tenerse en cuenta en el contexto de la vigilancia de las fronteras por los Estados Contratantes y el control de la entrada de extranjeros a través de sus fronteras.

25. Aunque el flujo masivo de migrantes y solicitantes de asilo que desean solicitar protección internacional ha ocupado en los últimos años, y es probable que continúe así, un lugar dominante en toda Europa, estos acontecimientos no deben restar importancia al hecho de que otras cuestiones y otros intereses también son pertinentes en el contexto de las facultades que los Estados Contratantes deben poder ejercer en sus fronteras. También están en juego importantes cuestiones de seguridad nacional, de protección de la integridad territorial y de orden público. No veo justificación alguna para ignorar estas cuestiones en el análisis jurídico por el mero hecho de que, en un momento dado, muchos de los extranjeros que aparecen en la frontera pueden ser personas que desean reclamar protección internacional. En mi opinión, equivale a una distorsión de la perspectiva considerar este último escenario como el único que merece atención y consideración, y pasar por alto la necesidad legítima de los Estados Contratantes de impedir y rechazar, en especial, la entrada en su jurisdicción de extranjeros que pretendan cruzar sus fronteras exteriores con intenciones abiertamente hostiles o que planteen amenazas evidentes a la seguridad nacional.

26. Una interpretación según la cual el Convenio exigirá, en aras del cumplimiento efectivo de la obligación de no devolución, que nadie, independientemente de sus circunstancias, pueda ser rechazado o expulsado de las fronteras exteriores de un Estado Contratante sin que se le conceda acceso a un procedimiento individualizado, no es, a mi juicio, necesaria ni está justificada. De hecho, es bastante raro. Me resulta difícil entender por qué se debe esperar que los Estados Partes acepten, por principio, que *cualquiera* que esté a punto de penetrar en sus fronteras exteriores deba ser tratada como un posible solicitante de asilo, y que no se puede detener e impedir la entrada a *nadie* sin garantías procedimentales individualizadas, incluidas las personas cuyas intenciones sean abiertamente hostiles o se conozcan de antemano basándose en actividades de inteligencia. Una situación en la que los Estados Contratantes no pudieran responder a las crisis de seguridad nacional o a los incidentes en sus fronteras sin la necesidad de invocar primero el artículo 15 del Convenio (en la medida en que esté permitido) no parece ni razonable ni muy sensata. Tampoco parece razonable que la detención prevista en el artículo 5.1.f) sea la única opción disponible en cualquier tipo de situación que implique la entrada ilegal de extranjeros.

### *Consideraciones jurídicas*

27. Además de las anteriores consideraciones relativas a los límites básicos del marco del Convenio, los siguientes puntos me parecen pertinentes desde una perspectiva jurídica.

28. *En primer lugar*, la mayoría se basa en el Proyecto de Articulado sobre Expulsión de Extranjeros, con comentarios, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 2014. Cabe señalar que, según el artículo 2.a) del Proyecto de Articulado, el término "expulsión" *no incluye* "la inadmisión de un extranjero en un Estado". En el comentario se aclara que esta limitación de la noción de "expulsión" se entiende, sin embargo, sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los refugiados y al principio de no devolución. Así pues, el Proyecto de Articulado está en consonancia con la posición -sobre la que no se está en desacuerdo (véase más arriba)- según la cual el punto clave con respecto al Convenio, incluida la interpretación del artículo 4 del Protocolo nº 4, es garantizar y preservar el cumplimiento de la obligación de no devolución. Lo que el Proyecto de Articulado no pide ni apoya es una interpretación de la noción de "expulsión" que abarcaría *bajo cualquier circunstancia* la inadmisión de extranjeros y que, por lo tanto, exigiría equiparar totalmente cualquier inadmisión a la expulsión, sometiendo a todos a los mismos principios. Por lo tanto, no veo orden alguna derivada del citado Proyecto de Articulado que apoye la interpretación adoptada por la mayoría.

29. *En segundo lugar* -teniendo en cuenta que España pertenece al espacio Schengen que se rige esencialmente por el Derecho comunitario- se puede observar que el marco jurídico pertinente de la Unión Europea ilustra en realidad el hecho de que para garantizar el cumplimiento de la obligación de no devolución *no* es necesario adoptar una interpretación absolutamente ilimitada e inequívoca del concepto de expulsión tal como se establece en la presente sentencia.

30. En el Derecho europeo se distingue, respecto de los nacionales de terceros países, entre la *denegación de entrada* en los puntos de cruce de las fronteras exteriores y el *retorno inmediato* de quienes han sido aprehendidos o interceptados por las autoridades competentes en el momento mismo del cruce irregular de la frontera exterior o cerca de esa frontera tras haberla cruzado (véanse las sentencias del TJUE en *Affum*, C47/15-, UE:C:2016:408, párrafo 72, y *Arib y otros*, C-444/17, EU:C:2019:220, párrafos 46 y 54), y el *retorno* de los residentes ilegales. Cada escenario es sin perjuicio del cumplimiento del principio de no devolución.

31. Más concretamente, el marco jurídico de la Unión Europea -desde el derecho primario<sup>23</sup> hasta el derecho secundario pertinente, pasando por las

---

<sup>2</sup> En el plano del derecho originario, el artículo 78.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone lo siguiente: "La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes".

También a nivel del derecho originario, el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales, titulado "Protección en caso de devolución, expulsión o extradición" dispone lo siguiente:

"1. Se prohíben las expulsiones colectivas.

2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes".

<sup>3</sup> En el plano del derecho derivado, la obligación de no devolución se reitera en varios instrumentos. En el presente contexto, cabe señalar en particular lo siguiente:

El artículo 4.4 de la Directiva 2008/15/CE ("Directiva de retorno") dispone lo siguiente con respecto a los Estados miembros que hagan uso de la opción de no aplicar la directiva a los nacionales de terceros-países a los que se deniegue la entrada o que sean aprehendidos o interceptados por las autoridades competentes en relación con un cruce irregular:

"4. Por lo que respecta a los nacionales de terceros países excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva con arreglo al artículo 2.2.a), los Estados miembros:

...

b) *respetarán el principio de no devolución*" (la cursiva es nuestra).

El artículo 5 de la Directiva de retorno establece lo siguiente:

"Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros (...) respetarán el principio de no devolución".

El artículo 4 del Código de Fronteras Schengen establece lo siguiente:

"En la aplicación del presente Reglamento, los Estados miembros actuarán dentro del pleno respeto del Derecho de la Unión aplicable, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), del Derecho internacional aplicable, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 (en lo sucesivo, «Convención de Ginebra»); de las obligaciones relativas al acceso a la protección internacional, en especial el principio de no devolución, y de los derechos fundamentales...".

Además, el artículo 14 del Código de Fronteras Schengen, relativo a la denegación de entrada, establece lo siguiente:

"1. Se negará la entrada en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan todas las condiciones de entrada (...). *Esto no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional*" (la cursiva es nuestra).

En el Reglamento Frontex, anteriormente vigente (Reglamento (CE) nº 2007/2004, modificado por el Reglamento (UE) Nº 1168/2011), el artículo 1, párrafo 2, disponía que "La Agencia cumplirá sus cometidos dentro del pleno respeto del Derecho de la Unión pertinente, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; del Derecho internacional pertinente, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951; de las obligaciones relativas al acceso a la protección internacional, en especial el principio de no devolución...". En el nuevo Reglamento (Reglamento (UE) 2019/1896), el párrafo 1 del artículo 80 dispone que "La

directrices prácticas de aplicación<sup>4</sup> - deja absolutamente claro que todas las medidas que se adopten en el contexto del control fronterizo deben cumplir con la obligación de no devolución. Además, los organismos de la Unión Europea, en particular la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA) y la Oficina de Apoyo al Asilo (EASO), han publicado orientaciones prácticas específicas sobre DICHAS cuestiones<sup>5</sup>.

32. Además, en lo que respecta a la protección efectiva, es necesario distinguir entre las cuestiones relativas al contenido de la ley, por una parte, y los problemas de aplicación y cumplimiento, por otra. No estoy convencido de que una interpretación jurídica novedosa sea la mejor respuesta a los innegables desafíos de la aplicación y el cumplimiento en este campo.

33. *En tercer lugar*, la presente sentencia replantea el panorama jurídico no sólo en lo que respecta al ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo nº 4, sino también en lo que respecta a su contenido. Una vez establecido el alcance de dicha disposición de forma que no se reconoce limitación o calificación alguna de la noción de expulsión en el contexto de la entrada de extranjeros, la mayoría desarrolla posteriormente una "excepción" al evaluar si ha habido una violación de dicha disposición.

34. Esta última limitación se basa en el criterio de la "conducta propia" del individuo. Así pues, el Estado demandado queda dispensado de un procedimiento y una decisión de expulsión individualizados si la falta de tal medida "puede atribuirse a la propia conducta del demandante" (véase el

---

Guardia Europea de Fronteras y Costas garantizará la protección de los derechos fundamentales en la realización de las tareas que le asigna el presente Reglamento de conformidad con el Derecho de la Unión, especialmente la Carta y el Derecho internacional aplicable, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, su Protocolo de 1967, la Convención sobre los Derechos del Niño y las obligaciones relacionadas con el acceso a la protección internacional, especialmente el principio de no devolución".

<sup>4</sup> En lo que respecta al "Manual Schengen" (Manual práctico para guardias fronterizos, C (2006) 5186 final con enmiendas posteriores), en la sección 6.2 de la segunda parte, relativa a la denegación de entrada, se establecen las posibles excepciones a la denegación de entrada por motivos, *inter alia*, de obligaciones internacionales, por ejemplo, cuando una persona solicita asilo o necesita otro tipo de protección internacional.

<sup>5</sup> Véase en particular el documento de la FRA "Alcance del principio de no devolución en la gestión contemporánea de las fronteras: evolución de las esferas del derecho" (2016). En el presente documento se destaca, por ejemplo, lo siguiente (pág. 39):

"Los guardias fronterizos que ejercen un control efectivo están plenamente obligados a respetar el principio de no devolución. Si se solicita protección, debe hacerse una evaluación individual de la necesidad de dicha protección. ... Si no se hace esa evaluación individual o se niega ilegalmente la protección, se viola el principio de *no devolución*.

La obligación también puede desencadenarse si el migrante no solicita asilo y se le niega la entrada a pesar de los indicios de que la persona necesita protección internacional".

En este contexto, también se hace referencia a un instrumento práctico elaborado por la OAEA junto con Frontex y la FRA con el fin de ayudar a los oficiales de primer contacto a determinar si hay indicios de que una persona pueda desear solicitar protección internacional.

párrafo 200 de la sentencia). Más concretamente, esta excepción entrará en juego en las situaciones en que "la conducta de aquellos que cruzan una frontera terrestre sin autorización, se aprovechan deliberadamente de su gran número y utilizan la fuerza, es tal que crea una situación claramente perturbadora, difícil de controlar y que pone en peligro la seguridad pública" (véase el párrafo 201 de la sentencia). No obstante, la excepción seguirá estando sujeta a la disponibilidad de "un acceso real y efectivo a los medios de entrada legal" (ibíd.).

35. Sobre esta base, las condiciones en las que los Estados Contratantes serán dispensados del requisito de los procedimientos individualizados se elaboran más detalladamente en una prueba de dos vertientes. La primera condición es que el Estado Contratante haya facilitado a quienes lleguen a la frontera un acceso real y efectivo a los medios de entrada legal, en particular los procedimientos fronterizos (véase el párrafo 209 de la sentencia). Únicamente cuando se haya cumplido esta condición, el Estado Contratante podrá denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que no hayan cumplido sin razones de peso con dichos mecanismos al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente, especialmente aprovechando su gran número y utilizando la fuerza (véase el párrafo 210 de la sentencia).

36. Tal enfoque me parece algo paradójico. En aras de la necesidad de garantizar efectivamente la obligación de no devolución, el enfoque se desplaza en realidad de dicha noción y de las correspondientes garantías, a la noción de "conducta propia", tal como se ha elaborado en la sentencia.

37. No estoy seguro de que la necesidad crucial de asegurar el cumplimiento efectivo de la obligación de no devolución sea la mejor forma de hacerlo. Como se desprende del marco jurídico de la UE, se ha llevado a cabo un esfuerzo importante por consolidar los requisitos de esa obligación a todos los niveles de las normas y directrices pertinentes. La introducción de nuevas nociones y criterios planteará, en cambio, nuevas cuestiones y preguntas. Teniendo en cuenta, entre otras cosas, el artículo 52.3 de la Carta, la presente sentencia puede perturbar innecesariamente el marco jurídico de la Unión Europea actualmente en vigor en estas cuestiones. La gestión ordenada del flujo de migrantes y solicitantes de asilo, que con toda probabilidad seguirá siendo un reto difícil, no se ve necesariamente favorecido por ello.

38. *En cuarto lugar*, parece que, de acuerdo con la sentencia, los principios generales desarrollados sobre el fondo sólo se refieren a situaciones en las fronteras *terrestres* exteriores de un Estado Contratante. Si bien es evidente que las circunstancias fácticas sobre vigilancia y control fronterizos en el mar o en las fronteras marítimas pueden diferir de las que prevalecen en las fronteras terrestres, en particular porque las situaciones en el mar pueden entrañar obligaciones jurídicas particulares relativas al rescate de los extranjeros afectados (reflejadas en la jurisprudencia de *Hirsi*

*Jamaa y Khlaifia*), no siempre será así necesariamente. No está claro por qué los principios jurídicos en las fronteras terrestres y marítimas deben ser diferentes en general, independientemente de que las circunstancias reales de una situación determinada difieran en algún aspecto significativo.

39. *Por último*, cabe señalar que el Protocolo nº 4 no ha sido ratificado por todos los Estados miembros del Consejo de Europa. En la medida en que la protección efectiva de los derechos sustantivos del Convenio se base en las salvaguardias procedimentales previstas en esta disposición, la situación jurídica así creada no prevalecerá, por consiguiente, en todos los Estados que estén obligados por las disposiciones sustantivas pertinentes.

#### *Consideraciones prácticas*

40. Ni siquiera un marco jurídico sólido es por sí solo una garantía suficiente del cumplimiento efectivo de la obligación de no devolución. No subestimo los problemas y deficiencias que son evidentes en diversas situaciones. Sin embargo, como ya se ha mencionado, también es importante no confundir las deficiencias en la aplicación y el cumplimiento con la necesidad de refundir las normas jurídicas subyacentes. Por el contrario, la remodelación de los requisitos jurídicos y la introducción de nuevos criterios pueden causar dificultades innecesarias en la aplicación, sobre todo en un contexto como el actual, en el que el cumplimiento efectivo depende en gran medida de la capacidad de los guardias de fronteras sobre el terreno para aplicar correctamente las normas jurídicas pertinentes. Dudo que la presente sentencia sea realmente útil en este sentido.

41. Además, cabe temer que los principios enunciados en la presente sentencia creen el riesgo de crear falsos incentivos, a saber, alentar a las mafias a dirigir los flujos de migrantes a los lugares que mejor se presten a argumentar la falta de acceso a los puntos de entrada autorizados, dando así lugar a excusas para que los extranjeros asalten las fronteras con independencia de que la obligación de no devolución se aplique a ese respecto. A su vez, dichos acontecimientos pueden tener repercusiones negativas en las actitudes de la ciudadanía, incluso respecto de quienes realmente necesitan protección en virtud de dicho principio.

42. En el plano internacional, la presente sentencia significa que el Tribunal se erige ahora -en nombre de la protección efectiva- en árbitro último de cuestiones como la de si "los Estados facilitan un acceso real y efectivo a los medios legales de entrada, en especial los procedimientos fronterizos" (véase el párrafo 209 de la sentencia). Aparte de la reserva jurídica planteada anteriormente, a saber, que el Tribunal se aparta de su ámbito de competencia, tal como se establece en el Convenio, esta medida plantea la cuestión de si el Tribunal estará en condiciones de garantizar realmente una "protección eficaz" con respecto al "acceso real y efectivo a

los medios de entrada legal". Esta preocupación es particularmente pertinente en un contexto como el actual, en el que las cuestiones se refieren a circunstancias y situaciones que son a la vez sensibles a los hechos y al tiempo. La supervisión del Tribunal sólo se llevará a cabo con carácter retroactivo y con considerables retrasos. De hecho, el Tribunal no está en condiciones de encargarse de la tarea que ahora ha emprendido.

### *Resumen*

43. Mis principales preocupaciones respecto a la presente sentencia pueden resumirse como sigue:

i) La interpretación ilimitada e incondicional del alcance del artículo 4 del Protocolo nº 4, en virtud de la cual dicha disposición se aplica, sin distinción, a todo cruce no autorizado de extranjeros por la frontera exterior de un Estado Contratante, desligando así su aplicabilidad de todo vínculo con la obligación de no devolución;

ii) La articulación, con la consiguiente supervisión del Tribunal, de obligaciones positivas para los Estados Contratantes en relación con la provisión de "acceso real y efectivo a los medios de entrada legal" en sus fronteras exteriores en beneficio de los extranjeros que aspiran a entrar en la jurisdicción de un Estado Parte;

iii) El cambio de enfoque de los requisitos relativamente bien establecidos que se derivan de la obligación de "no devolución" a un "reparto" basado en el criterio de la "conducta propia", elaborado y circunscrito por una serie de criterios novedosos cuya aplicación sobre el terreno no estará exenta de dificultades;

iv) La falta de consideración de otras preocupaciones vitales relativas a la vigilancia y los controles fronterizos, además de las relacionadas con la entrada de demandantes de asilo reales o potenciales, así como el riesgo de que se creen incentivos indeseables para las mafias de personas.

### *Conclusión*

44. Al constatar el Tribunal, en una fase temprana del procedimiento, que los derechos de los demandantes en virtud del artículo 3 (en lo que respecta a la obligación de no devolución) no estaban manifiestamente comprometidos en las circunstancias del presente asunto, la conclusión debería haber sido la no aplicación del artículo 4 del Protocolo nº 4 en dichas circunstancias. Reitero que esta posición no resta valor al carácter absoluto del artículo 3. Se trata de que, en virtud del Convenio, se limita el alcance de las obligaciones que se derivan para los Estados Contratantes de dicho artículo en el contexto específico de las medidas relativas a los extranjeros aprehendidos o interceptados en la frontera en el contexto de una entrada no autorizada o de una tentativa de entrada.

45. Por lo tanto, he votado a favor de los puntos 1 a 5 y del punto 7 de las disposiciones operativas relativas a las cuestiones preliminares, pero en contra del punto 6 relativo a la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo nº 4 en el presente caso. En mi opinión, las quejas son incompatibles *ratione materiae* con dicho artículo. Como la mayoría consideró que la disposición era aplicable, voté a favor de la no vulneración de dicho artículo. Los motivos de esta última posición se hacen eco de las razones por las que considero que dicha disposición no era aplicable en primer lugar. Por lo tanto, puedo así abstenerme de seguir profundizando.