

NOTAS



EL MEDITERRÁNEO ¿UN LUGAR SIN DERECHOS?

Nicolás Pérez Sola
Universidad de Jaén

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EN MATERIA DE INMIGRACIÓN Y ASILO Y EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS. III. EL DETERIORO DE LAS GARANTÍAS: 1. Los internamientos. 2. Los menores. 3. La viabilidad del acceso al procedimiento de asilo. 4. La expulsión de extranjeros. 5. Las devoluciones en caliente.

31

RESUMEN

En la actualidad se observa un deterioro en las garantías de los derechos de los inmigrantes y potenciales solicitantes de asilo en el mar mediterráneo que ponen en evidencia una crisis humanitaria, pero también la crisis del sistema de protección de derechos humanos.

Palabras clave:

Inmigración y asilo, protección de derechos, deterioro de las garantías.

ABSTRACT

THE MEDITERRANEAN: A PLACE WITHOUT RIGHTS?

During the last few years there has been an erosion of immigrants' and potential asylum seekers' rights safeguards in the Mediterranean Sea, which has evinced not only a humanitarian crisis, but also the crisis of human rights protection system.

Key Words:

Immigration and asylum, Rights protection, Erosion of rights safeguards.

I. INTRODUCCIÓN.

Desde hace años se puede apreciar como con ocasión de conflictos políticos, guerras, crisis ambientales, los desplazamientos crecientes de quienes huyen en busca de una vida mejor encuentran en el Mediterráneo una dramática manifestación. Sin embargo, lejos de intentar remediar la suerte de quienes necesitarían algún tipo de protección, o al menos, soluciones en origen que garanticen los derechos elementales, asistimos a un reforzamiento de los “muros” ante la imposibilidad de la Unión Europea de esbozar una respuesta homogénea y solidaria, que evidencia la cada vez mayor contradicción entre la Europa de las libertades y la Europa fortaleza. Ocurre además que el espacio de las libertades se ve progresivamente restringido por la regulación comunitaria en la materia de inmigración y asilo y con una jurisprudencia de los tribunales carente de coherencia en la que se hace palpable la dificultad de operar un verdadero diálogo entre el marco comunitario y el ámbito convencional de protección de derechos de inmigrantes y potenciales solicitantes de protección internacional.

II. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EN MATERIA DE INMIGRACIÓN Y ASILO Y EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

En el contexto actual de crisis del proyecto europeo, la vigencia y cumplimiento de algunos instrumentos normativos comunitarios por los Estados miembros han sido puestos en cuestión. Ocurre así, entre otros, en el ámbito de la regulación de la inmigración y el derecho de asilo. El marco normativo de referencia ya planteaba contradicciones con otras obligaciones internacionales contraídas por los Estados en el ámbito del sistema europeo de protección de derechos humanos. La parálisis legislativa en esta materia vivida los últimos años, así como su falta de modificación y actualización, se ha puesto en evidencia en mayor medida a partir de 2014. Pues bien, sobre la compatibilidad entre este acervo normativo, las políticas comunitarias desarrolladas y el marco de garantías que supone el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) en la actualidad versan las reflexiones que siguen.

Además se debe recordar que convergen en esta materia diversos compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros de la Unión Europea que van desde el estricto cumplimiento del ordenamiento propio, hasta la observancia del CEDH o la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y sin embargo determinados acuerdos o políticas desarrolladas lo son con la participación de terceros Estados no concernidos por aquél marco jurídico, en un proceso creciente de externalización de responsabilidades en terceros Estados. Así los acuerdos con Turquía, Libia o incluso con Marruecos suscritos ya por la Unión Europea ya por Estados miembros como Italia o España, pueden entrar en contradicción con los compromisos derivados de la protección de derechos humanos. La situación de bloqueo en el mediterráneo central de buques de las ONGs con inmigrantes y potenciales solicitantes de protección internacional o prácticas como las “devoluciones en caliente”, son muestras de un claro debilitamiento de la protección de los seres humanos y de las garantías de los derechos humanos en este espacio del que somos un Estado ribereño.

En este análisis cobra especial interés el acuerdo suscrito entre la Unión Europea y Turquía el 18 de marzo de 2016, que nos lleva a plantear la compatibilidad del mismo y, en su conjunto, de la política común en materia de asilo y refugio con los compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros en derechos humanos. Estamos en presencia de un instrumento internacional que claramente conculca algunos de los preceptos del CEDH, además de resultar contrario a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y a la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. La primera objeción que se ha de formular al Acuerdo Unión Europea-Turquía lo es por el procedimiento seguido para la conclusión del mismo, ya que no se ha observado lo preceptuado en el artículo 216 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹. Cuestión esta que ha generado además una indefensión a solicitantes de asilo que ha cuestionado el alcance de dicha declaración y que ha quedado “impune” ante los órganos judiciales de la Unión Europea.

La solución de extraterritorialidad adoptada por la Unión Europea para hacer frente a la situación de flujo masivo de solicitantes de protección internacional se fundamenta en la propuesta de creación de áreas regionales de protección en regiones de origen que tendría por destinatarios a los solicitantes de asilo provenientes de determinados países, con el objeto de que sus demandas de asilo fuesen tramitadas en los Estados de origen o tránsito, completándose este sistema con programas destinados a la reinstalación. En última instancia se perseguiría con este sistema, según sus promotores, evitar el denominado “factor de atracción” que hoy día constituye la Unión Europea. El establecimiento de zonas protegidas en terceros países podría cumplir pues una finalidad disuasoria frente a las solicitudes infundadas de asilo.

Desde entonces mucho se ha discutido sobre si estos centros o áreas de protección regional resultarían compatibles con la legislación comunitaria, la legislación nacional de los Estados miembros y de los Estados en los que se ubicasen tales centros, así como respecto del CEDH. Finalmente, se plantean una serie de incógnitas en torno a si este nuevo sistema de centros de tramitación de tránsito responderían a la exigencia de protección efectiva² a los solicitantes de asilo. La entrada en vigor del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía permite recuperar nuevamente el debate al respecto en un doble sentido, sobre la condición de tercer Estado seguro de Turquía pero también sobre las condiciones reales en las que se gestionará, en su caso, las solicitudes de asilo de los solicitantes devueltos de Grecia a Turquía.

Para comprender las circunstancias que han rodeado este Acuerdo se debe recordar que con anterioridad, esto es el 14 de abril de 2014 ya se había suscrito un Acuerdo entre la Unión Europea y Turquía si bien estaba prevista su entrada en vigor en 2017³. La situación sobrevinida como consecuencia de las dimensiones del drama humano provocado por el conflicto bélico en Siria hizo aconsejable a la Unión Europea el adelanto de su entrada en vigor al 1 de junio de 2016. En efecto, la Decisión del Consejo de 23 de marzo de 2016 (UE) 2016/551 así lo constata⁴. La consecuencia fundamental de dicho acuerdo era que Turquía aceptaba “el retorno rápido de todos los inmigrantes que no precisen protección internacional y que hayan pasado de Turquía a Grecia”, así como aceptar por Turquía todos aquellos inmigrantes que hubiesen sido interceptados en aguas turcas. A tenor del contenido de la Declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016, para poner término a la migración irregular desde Turquía a Europa se acordaba el retorno de los migrantes irregulares, si bien por “cada sirio retornado a Turquía” desde Grecia “se reasentará a otro sirio procedente de Turquía” a la Unión Europea, así como impedir que se pudiesen abrir nuevas rutas de migración ilegal entre aquel país y la Unión Europea. Como contraprestaciones se formaliza el compromiso de “revigorizar el proceso de adhesión” así como “el desembolso de 3.000 millones de euros de la Unión Europea a Turquía”, que se verían complementados con otra cuantía idéntica a finales de 2018. La constatación de la vigencia de este acuerdo se obtiene a partir del 4 de abril de 2016, fecha en la que Turquía comenzó a aceptar a los inmigrantes devueltos desde Grecia⁵.

1 “aun suponiendo que se hubiera concluido informalmente un acuerdo internacional en la reunión de 18 de marzo de 2016, lo que, en el caso de autos, niegan el Consejo Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, dicho acuerdo habría sido alcanzado por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión y el Primer Ministro Turco. Pues bien, en el marco de un recurso interpuesto con arreglo al art. 236 TFUE, el Tribunal General no es competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acuerdo internacional celebrado por los Estados miembros”. Autos del Tribunal General en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM/Consejo Europeo. Tribunal General de la Unión Europea. Comunicado de Prensa n° 19/17. Luxemburgo, 28 de febrero de 2017.

2 En este sentido recuérdese que para que la protección sea efectiva se precisa que se cumplan las condiciones de seguridad física, garantía de no devolución, acceso a los procedimientos nacionales de asilo con garantías, acceso a atención sanitaria primaria, educativa obligatoria y al mercado laboral.

3 Decisión 2014/252/UE del Consejo relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales que entró en vigor el 1 de octubre de 2014, DO L 134 de 7 de mayo de 2014.

4 Decisión (UE) 2016/551 del Consejo de 23 de marzo de 2016 por la que se establece la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión en el Comité Mixto de Readmisión relativa a las normas de desarrollo a efectos de la aplicación, a partir de 1 de junio de 2016, de los artículos 4 y 6 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales DO L 95/9 de 23 de marzo de 2016.

5 “Todos los nuevos migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016 serán retornados a Turquía. Esta se aplicará en plena conformidad con el Derecho Internacional y de la Unión Europea, descartándose así todo tipo

Como es conocido, la garantía esencial que se deriva de la Convención de Ginebra respecto de los peticionarios de refugio y asilo es el principio de no devolución, por lo que constituye una obligación para los Estados llevar a cabo “un análisis adecuado e individualizado de las peticiones” con carácter previo al rechazo en frontera o a la expulsión del país del peticionario. Obligación que se hace extensible respecto de la devolución a un Estado en donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución, o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo. No parece pues que la devolución a Turquía cubra en su totalidad dichas exigencias.

Sin embargo el mayor escollo que presenta este Acuerdo lo es respecto de la propia normativa comunitaria en la materia. La consideración de Turquía como país seguro para los refugiados resulta extremadamente cuestionable⁶. Recordemos que la Directiva 2013/32/UE del Parlamento y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), presenta como principal novedad, a los efectos que aquí importan, la incorporación del concepto de país de origen seguro, al objeto de su correspondencia para llevar a cabo el examen individual de la solicitud y el concepto de tercer país seguro. Pues bien los Estados miembros “sólo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante de protección internacional” no corre riesgo alguno respecto de su vida o libertad, que no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social particular y opinión política. Igualmente se debe cumplir como condición indispensable el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra, la prohibición de expulsión y la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra (art. 38). Al objeto de llevar a cabo un examen de la solicitud de protección internacional y de la seguridad del solicitante, un tercer país sólo podrá ser considerado tercer país seguro si ha ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y observa sus disposiciones, cuenta con un procedimiento de asilo prescrito por la ley y ha ratificado el CEDH.

Pues bien, como consecuencia del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía surge la duda razonable de si este último país reúne las características para ser considerado como tercer país seguro. De un lado hay que significar que la pertenencia de Turquía al Consejo de Europa debe ser actualizada en la medida en que de conformidad con el artículo 15 del CEDH, desde el fallido intento de golpe de Estado se ha comunicado que la República de Turquía se acogía a la suspensión temporal de derechos prevista en aquel precepto. Una consideración complementaria se ha de realizar ya que aun cuando por Turquía se ha ratificado el Estatuto de los Refugiados se ha hecho respecto de peticionarios procedentes del continente europeo, pues al no haber ratificado el Protocolo de Nueva York excluye el ámbito de aplicación de procedencia del solicitante fuera de territorio europeo.

Una vez que se contextualizan todas estas consideraciones es obligado reparar en que la mayoría de los inmigrantes que han llegado a Grecia desde 2015 procedían de situaciones bélicas, esencialmente de Siria, y eran potenciales solicitantes de asilo en Europa. De tal manera que los migrantes que no soliciten asilo o cuya solicitud se haya considerado infundada o inadmisibles a tenor de la Directiva de Retorno serán objeto de devolución a Turquía. Se trata así de obviar la prohibición de no devolución contenida en la Convención de Ginebra por ser considerada Turquía como país seguro.

de expulsión colectiva. Todos los migrantes estarán protegidos de acuerdo con las normas internacionales pertinentes y dentro del respeto del principio de no devolución. Se tratará de una medida temporal y extraordinaria que es necesaria para poner término al sufrimiento humano y restablecer el orden público. Los migrantes que lleguen a las islas griegas serán debidamente registrados y las autoridades griegas tramitarán toda solicitud de asilo individualmente, de acuerdo con la Directiva sobre procedimientos de asilo, en cooperación con el ACNUR. Los migrantes que no soliciten asilo o cuya solicitud se haya considerado infundada o inadmisibles de conformidad con la citada Directiva serán retornados a Turquía. Los gastos de las operaciones de retorno de migrantes irregulares correrán a cargo de la Unión Europea”.

6 “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías” (art. 1 bis Tratado de Lisboa).

Las anteriores consideraciones deben hacerse extensibles a los acuerdos alcanzados por la Unión Europea con Libia como consecuencia de la negativa del gobierno italiano a aceptar en sus puertos el desembarco de inmigrantes procedentes del norte de África. No obstante es preciso recordar que en el período 2013-2017 se ha estimado una cifra aproximada de 624.000 personas que arribaron a las costas italianas. Fue sin duda la falta de acuerdo en el seno de la Unión Europea respecto del reparto de responsabilidades en orden a su reubicación, el origen de la decisión del hasta hace poco Ministro del Interior Matteo Salvini de cerrar los puertos italianos a las embarcaciones que trasladaran inmigrantes rescatados en las aguas del Mediterráneo⁷, en ausencia de un acuerdo previo de reubicación en los Estados miembros de la Unión Europea. Es precisamente esta falta de acuerdo en materia de política migratoria la que ha dejado en situación muy precaria la presencia de la Unión Europea en la zona, en concreto la Operación Sophia que iniciada en 2015 con la intención de combatir el tráfico de personas en el Mediterráneo, se ha visto limitada a la presencia de medios aéreos sin mayor intervención por vía marítima. Se ha dado lugar así a generalizar la externalización del control de los flujos migratorios por parte de terceros Estados, de forma que tan solo las embarcaciones de las ONGs han continuado su presencia en la zona operando rescates, no sin verdaderas dificultades para lograr desembarcar en algún puerto del Mediterráneo a los inmigrantes rescatados.

La crudeza de esta situación y, por ello, la exigencia de responsabilidades por inacción política, se puede ilustrar con la formulación de una denuncia por parte de activistas en defensa de los derechos humanos contra la Comisión Europea por la colaboración con Libia, así como por la no actuación ante las sucesivas crisis de barcos de las ONGs en busca de puerto seguro, con grave riesgo de tragedias humanas entre los inmigrantes en ellas embarcados y salvados de una muerte segura en el Mar Mediterráneo. En este sentido nos hacemos eco también de la denuncia ante la Corte Penal Internacional de La Haya de un grupo de letrados por la comisión de crímenes contra la humanidad al entender que la Comisión Europea y sus agentes y funcionarios incurren en responsabilidad por consentir la entrega a Libia, sin garantías para la vida e integridad de los inmigrantes, como consecuencia del acuerdo alcanzado con este país⁸.

Ciertamente la Unión Europea ha aprobado una dotación económica cifrada en 87,2 millones de euros para la formación de personal de la Guardia costera libia, apoyo técnico y logístico al objeto de llevar a cabo los rescates en sus aguas jurisdiccionales así como el posterior traslado a tierra y acogida. No es necesario recordar el carácter de Estado fallido de Libia, la guerra civil que se libra en su territorio y la nula vigencia de la más mínima seguridad jurídica y garantía de derechos denunciada por las organizaciones internacionales presentes en la zona. Es en este contexto en el que resulta innecesario argumentar la no consideración de Libia como tercer Estado seguro. Como evidencian sucesivos informes de ACNUR, Amnistía Internacional y ONGs, la situación de precariedad, insalubridad e inseguridad jurídica de quienes permanecen en centros de internamiento en Libia, conculca todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. En estas condiciones la observancia de las más mínimas garantías para los derechos humanos en esta franja central del Mediterráneo es inexistente con la aquiescencia y financiación de la Unión Europea si bien dentro de un marco de cooperación y relaciones de buena vecindad a partir de la Declaración de Abiyán con ocasión de la 15ª cumbre Unión Europea-Unión Africana celebrada en noviembre de 2017⁹.

El escenario institucional que se dibuja tras el nombramiento de la nueva Comisión Europea al frente de Ursula Von der Leyen tampoco invita al optimismo en la medida en la que se pretende “colaborar más estrechamente en el ámbito de la seguridad, en particular en lo que respecta a las amenazas nuevas y emergentes que trascienden las fronteras”. Se culminaría así una mayor aproximación al tratamiento de la inmigración desde la perspectiva de seguridad al objeto de preservar un supuesto estilo de vida europeo.

7 “en relación con el ejercicio por parte de un Estado de su jurisdicción en alta mar, que la naturaleza especial del medio marino no justifica la existencia de una zona de no derecho, en la que los individuos se encuentran desprovistos de un sistema jurídico susceptible de proteger los derechos y garantías de los que disfrutaban en virtud del Convenio y que los Estados se han comprometido a garantizar a toda persona bajo su jurisdicción”. Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia, STEDH de 23 de febrero de 2012, apartado 179.

8 Diario *El País*, 1 de julio de 2019.

9 Constituye el desarrollo de los acuerdos contenidos en la Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos externos de la migración; abordar la ruta del Mediterráneo central adoptados el 3 de febrero de 2017.

Ante esta realidad el contraste con el marco teórico de garantías y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales es más que evidente y arroja un balance muy negativo. Así cabe advertir que algunas de las normas comunitarias que han sido aprobadas y entrado en vigor a la luz del espacio de libertad, seguridad y justicia en materia de asilo y refugio suscitan dudas respecto de su compatibilidad con el ordenamiento internacional, especialmente por la situación en que se encuentran solicitantes de protección internacional a partir del éxodo masivo desde 2014 a la Unión Europea. La situación jurídica de aquéllos en los centros de internamiento en Grecia e Italia como la suerte de quienes en aplicación del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía son devueltos a este país, obligan a realizar algunas consideraciones.

III. EL DETERIORO DE LAS GARANTÍAS.

La orientación adoptada en la legislación comunitaria sobre extranjería, inmigración y asilo puede presentar zonas de conflicto con derechos asentados en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros como con el propio CEDH y la jurisprudencia del TEDH. En concreto previsiones como las de los internamientos, las garantías a los menores no acompañados, los riesgos derivados de los retornos, las expulsiones colectivas o la devolución de los solicitantes de protección internacional a los terceros países seguros merecen una breve referencia a través de la jurisprudencia recaída sobre estas cuestiones.

Es desde esta perspectiva que debemos destacar la situación de precariedad jurídica en la que se encuentra el solicitante de protección internacional en los centros de acogida en Grecia e Italia, en tanto se resuelve la admisión o examen de su petición. De igual modo, las condiciones reales de acceso a los procedimientos que permitan otorgar dicha protección, no resultan favorables. Además, antes de la entrada en vigor del acuerdo con Turquía se trataba de centros abiertos que, tras el 20 de marzo de 2016, se han convertido en centros de internamiento en los que se debe dudar no ya de las condiciones de vida, sino también del ejercicio de derechos y garantías de los solicitantes de protección contempladas en las Directivas antes reseñadas. En estas circunstancias cabe cuestionar el grado de cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros para establecer los procedimientos justos y eficientes, que habrán de ser seguidos por sus responsables, oficina pública u organismo competente en la materia para llevar a cabo la correcta evaluación e identificación de los solicitantes de asilo, y determinar la condición de refugiados a quienes satisfagan los requisitos para obtener la protección internacional. Incluso resulta cuestionable hasta el efectivo acceso al procedimiento a través de la presentación de la solicitud de asilo y su consideración por la administración competente, desde que la Directiva de procedimientos permite que los Estados miembros lleven a cabo en la frontera un procedimiento de examen para tomar decisiones sobre el fondo de la solicitud por considerarla manifiestamente infundada o falsa en sus datos con la consecuencia inmediata de la devolución del solicitante (arts. 31.8 y 43). En todo caso y, sin ánimo de exhaustividad, varios son los aspectos en los que nos hemos de detener brevemente en orden a determinar la posible incompatibilidad de acuerdos y políticas en materia de control de fronteras y flujos migratorios con los compromisos adquiridos por los Estados con el sistema europeo de protección de derechos.

3.1. Los internamientos.

En este contexto nos hemos de acercar a la situación de internamiento en la que se encuentran los solicitantes de protección internacional en los denominados centros de registro (hotspots)¹⁰, así como en la prolongación de la situación temporal de privación de libertad deambulatoria, quizá sin suficiente base legal en el ordenamiento comunitario. Cabe recordar que el internamiento viene formulado en la Directiva de Retorno¹¹ como última respuesta, “salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo”, teniendo como destinatarios a “nacionales

¹⁰ En Italia se encuentran en Lampedusa, Pozzalo, Porte Empedocle, Augusta, Taranto y Trapani. En Grecia en Lesbos, Chios, Samos, Leros y Kos.

de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno a la ejecución del proceso de expulsión cuando haya riesgo de fuga o el destinatario evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión”. La situación de las personas que se encuentran en los centros de registro no ha sido previamente objeto de ningún procedimiento administrativo en el que se haya acordado su expulsión, por lo que quizá no resulte apropiado aplicar a los afectados el tratamiento que recoge la Directiva de Retorno. No parece ser ésta la razón de los hotpost, si bien la supresión de la libertad deambulatoria es similar, su función es la de llevar a cabo el registro de los datos personales de quienes han llegado a las costas del sur de Europa, pero dista de ser el entorno más propicio para el acceso al procedimiento para solicitar protección internacional y gozar de un relativo control judicial de las condiciones de limitación de la libertad. Aun cuando acudamos a la analogía no debemos olvidar que según el texto de la Directiva “El internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras se llevan a cabo las gestiones para la expulsión, las cuales se ejecutarán con la debida diligencia”, cuestión esta que parece poco acorde con la prolongación de la situación de internamiento de quienes se encuentran en dichos centros, por lo que quizá se debiera ser especialmente exigente en la observancia de determinadas garantías jurídicas¹².

Resulta preocupante en especial la situación de los menores no acompañados, así como en las condiciones en las que se llevará a cabo el retorno de quienes llegaron a Grecia con posterioridad al acuerdo de la Unión Europea con Turquía. Nuevamente la extensión de esta previsión normativa a los miles de solicitantes en los centros de internamiento de Grecia e Italia constituye una generalización excesiva de una previsión excepcional en su aplicación.

En el mismo sentido y con cobertura y amparo de la Agencia Europea FRONTEX la interceptación de embarcaciones en el mediterráneo por guardacostas libios y el internamiento posterior de dichos inmigrantes en centros para tal fin sin garantías, deja en evidencia la finalidad de control fronterizo y externalización del mismo por la Unión Europea, sin mayor interés en garantizar unas condiciones mínimas para los inmigrantes allí retenidos, cuestión esta sobre la que se volverá más adelante.

Pero este escenario también se repite en otros lugares y cuenta con la participación de las autoridades españolas. Así conviene no olvidar que desde la denominada crisis de los Cayucos en 2006 se adoptó una serie de acciones específicas con soporte económico y presencia constante de miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en Mauritania y Senegal hasta el día de hoy, en virtud de los acuerdos adoptados respecto a la repatriación a estos países de los inmigrantes llegados a España. Sin embargo no existe información sobre el tratamiento posterior de dichos inmigrantes una vez entregados en Naudibú (Mauritania). En este sentido se pronunció CEAR a través del Informe del Centro de detención de inmigrantes en Naudibú así como en el Informe Anual de 2009. Sobre la suerte de los inmigrantes que han pasado por dicho Centro no se ha podido obtener más información.

3.2. Los menores.

Esta situación se ve agravada ante el internamiento relativo a menores no acompañados y familias con menores que estaba ya previsto en la Directiva de Retorno como “último recurso y por ello por el menor tiempo posible”¹³. Respecto de la definición de menor o los menores no acompañados se trata de extranjeros menores no acompañados nacionales de terceros países o apátridas menores de 18 años que llegan al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea

11 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.

12 En el Caso O.S.A. y otros c. Grecia, STEDH, de 21 de enero de 2019, se considera que la permanencia en un centro durante un mes sin acceso a información sobre la privación de libertad por este período de tiempo, sin asesoramiento jurídico y posibilidades de un recurso efectivo contra la detención en espera de la expulsión “equivale a una privación de libertad” contraria al art. 5.4 del CEDH.

13 Una primera respuesta interpretativa del contenido de la Directiva de Retorno se contiene en la resolución del asunto C-61/11 PPU, como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por la Corte de Apelación de Trento (Italia). El Tribunal

legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros¹⁴.

Pues bien, no deja de sorprender que el retorno o la devolución puedan tener por destinatarios a menores no acompañados. Nuevamente hemos de tener presente la insuficiencia de garantías que pueden existir en el país al que se retorne al menor en atención al nivel de protección de los derechos humanos en Estados a los que puedan ser retornados en virtud de acuerdos de cooperación, el nivel de desarrollo del sistema de servicios sociales o la obligatoriedad de la escolarización infantil en aquéllos.

El ordenamiento internacional ha rodeado al menor de una serie de garantías para dotarlo de protección dada su mayor vulnerabilidad que en el ámbito migratorio experimenta un notable incremento. Recuérdese que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados parte a respetar los derechos incorporados a la misma, asegurando su aplicación sin distinción alguna de raza u origen nacional, e impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para “garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo” (art. 2). En este sentido el Comité de los Derechos del Niño señaló que en caso de no cumplir la totalidad de requisitos para la consideración de refugiado a tenor de la Convención de Ginebra, “los menores separados o no acompañados disfrutarán de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección, (incluyendo) la obligación (estatal) de atender las necesidades específicas de protección del menor no acompañado y separado de su familia”. Es por ello que corresponde a los Estados garantizar “en la máxima medida posible, el disfrute de todos los derechos humanos que se reconocen a los niños en el territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado, con inclusión de los derechos que presuponen la estancia legal en dicho territorio”¹⁵.

Por tanto las previsiones contenidas en la Directiva de Retorno y aplicadas por extensión a los menores no acompañados que se encuentran en los centros de internamiento de Grecia e Italia no se compadecen con el “interés superior del niño” que se recoge en la citada Convención (art. 3), en la medida en que solo se contempla la asistencia de los servicios adecuados (sociales de menores) y la obtención por parte de los Estados miembros de garantías de que dicha persona “será entregada a un miembro de su familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno”. En el mismo sentido, la contradicción de la Directiva se hace evidente con lo protegido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. En efecto la Carta de Niza establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial” (art. 24) que queda considerablemente debilitada en los centros de internamiento de Grecia e Italia. En último caso, el hecho de que el retorno sea posible para los menores si “existen instalaciones de recepción y si dichas instalaciones son adecuadas”, sin especificar el contenido de dichas instalaciones ni la necesidad de la existencia de un responsable del menor en el país de retorno ya personal o institucional, agrava la situación de vulnerabilidad del menor. En este sentido el Caso Rahimi contra Grecia¹⁶ resulta especialmente relevante por cuanto el TEDH afirma la necesidad de tomar medidas de protección efectivas respecto de los menores no acompañados para no incurrir en vulneración del art. 3 del CEDH. En concreto se trata de la primera ocasión en la que el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que no sólo se vulnera el art. 3 del CEDH cuando se retiene a menores no acompañados como ya había señalado con

de Justicia de la Unión Europea responde en la resolución de este asunto a la duda suscitada respecto del ámbito de aplicación de la citada Directiva y su compatibilidad con el ordenamiento penal interno de los Estados miembros. El Tribunal resolvió que “se opone a la normativa de un Estado miembro (...) que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado”.

14 Art. 2, f, de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

15 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: trato de los menores no acompañados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 77.

16 Caso Rahimi c. Grecia, STEDH 5 de abril de 2011.

antelación¹⁷ sino que además constituye un trato inhumano y degradante dejar en libertad tras la retención, al menor no acompañado sin ninguna medida de protección o tutela sobre el mismo, quedando absolutamente desprotegido y en una situación de vulnerabilidad extrema. Con posterioridad ha tenido ocasión el Tribunal de Estrasburgo de pronunciarse sobre la necesidad de adoptar medidas de intervención social respecto de menores que hubieran quedado desprotegidos con ocasión del desmantelamiento de campamentos provisionales de inmigrantes con la consiguiente condena al Estado¹⁸. Por esta razón hemos de reiterar que los menores extranjeros no acompañados deben ser tratados como menores y no como extranjeros¹⁹.

3.3. La viabilidad de acceso al procedimiento de asilo.

En las circunstancias relatadas con antelación parece clara la dificultad de acceder a los procedimientos para interesar protección internacional. No obstante con las insuficiencias del sistema Schengen y el cierre temporal de algunas fronteras interiores, por los Estados miembros se han incrementado los obstáculos para acceder a los procedimientos de protección internacional. Además, como ha indicado el TJUE a través de varias resoluciones ante cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, es necesario clarificar el alcance de la normativa comunitaria, su compatibilidad con la normativa interna, el Estado en cada caso responsable del examen de la solicitud de protección internacional o las condiciones en las que puede ser privado de libertad quien está incurso en un procedimiento de retorno. Es sorprendente además que en aplicación de la legislación antiterrorista se produzcan devoluciones de inmigrantes en situación irregular entre los Estados miembros. Ocurre así en la frontera entre España y Francia y provoca una situación de desvalimiento de quienes sufren la adopción de medidas destinadas a la toma de decisiones por el Estado por el que se llevó a cabo la entrada ilegal en la Unión Europea con procedimientos expeditivos y sin garantías²⁰.

El TJUE se ha debido pronunciar respecto de la privación de libertad previa a la finalización del procedimiento de retorno. En efecto, en el asunto C-47/115²¹ la situación de irregularidad en tránsito por un Estado diferente a aquél por el que se produjo la llegada se ha resuelto por este Tribunal que la entrada no es condición suficiente para la privación de libertad del mismo. Puesto que la Directiva 2008/115 “se opone” a disposiciones internas del Estado miembro que “permita el encarcelamiento de un nacional de un tercer país por el mero hecho de la entrada ilegal por una frontera interior desencadenante de una situación irregular cuando el procedimiento de retorno” aún no se ha concluido.

También resulta controvertida la determinación del Estado responsable de la tramitación del procedimiento cuando se ha producido una entrada colectiva en el espacio Schengen, como ha señalado el TJUE en la resolución del asunto C-646/16 cuando una entrada ha sido tolerada por las autoridades de un primer Estado miembro ante la llegada de un “número excepcionalmente alto” de inmigrantes, se considerara que ha cruzado de forma irregular” dicha frontera para presentar la solicitud de protección internacional en otro Estado miembro sin cumplir las condiciones de entrada en principio exigidas en el primer Estado miembro²².

17 Caso Assenov y otros c. Bulgaria, STEDH de 28 de octubre de 1998, Caso Okkadi c. Turquía, STEDH de 17 de octubre de 2006 y Caso A. c. Reino Unido, STEDH de 19 de febrero de 2009.

18 El recurrente menor de edad por inacción de las autoridades quedó en una situación de desprotección “constitutiva de un trato degradante” contrario al art. 3 del CEDH. Caso Khan c. Francia, STEDH de 28 de febrero de 2019.

19 Vid. J. M. LÓPEZ ULLA, “Alcance del art. 3 del CEDH en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013 pág. 496.

20 “El mero restablecimiento de controles en las fronteras interiores de un Estado miembro no tiene como consecuencia que un nacional de un tercer país, en situación irregular y aprehendido con ocasión del cruce de esa frontera o en las inmediaciones de esta, pueda ser expulsado más rápidamente o más fácilmente del territorio del espacio Schengen, siendo inmediatamente reconducido a una frontera exterior”. Asunto C-444/17 Prefecto de los Pirineos occidentales y Abdelaziz Arib. STJUE de 19 de marzo de 2019.

21 Se trata de la resolución de una cuestión prejudicial resuelta en el Asunto C-47/15 Sélina Affum/Prefecto de Pas de Calais y Fiscal General del Tribunal de Apelación de Douai. STJUE de 6 de junio de 2016.

22 Asunto C-646/16 Jafari, STJUE de 26 de julio de 2017.

Con referencia a la garantía y eficiencia de los sistemas nacionales de asilo enorme interés presenta la resolución del Caso M.S.S. c. Bélgica y Grecia²³, que supuso la condena a ambos Estados. Aun cuando el contexto en el que se desarrolla la actuación previa de los Estados implicados es el de la solicitud y tramitación de la petición de asilo, las consecuencias que alcanza el TEDH son plenamente aplicables a la necesidad de respeto y observancia por el ordenamiento comunitario de la CEDH. Brevemente expuesto el caso se trataba de una entrada del demandante en la Unión Europea por Grecia y con posterioridad presentación de la solicitud de asilo en Bélgica, en cuyo Estado no fue analizada la misma y trasladado nuevamente a Grecia para su análisis de conformidad con lo preceptuado en el Reglamento de Dublín. Pues bien, concluyó el TEDH que por parte de ambos Estados no se había garantizado suficientemente el derecho de acceso al proceso de determinación de la procedencia del asilo, se había llevado a cabo la retención en condiciones inhumanas del demandante y no se había ponderado suficientemente el riesgo de la devolución hipotética al Estado de origen (Afganistán). Nos encontramos ante un claro ejemplo de vulneración del CEDH por dos Estados de la Unión Europea en aplicación del Reglamento de Dublín aunque hay que hacer la salvedad de la incapacidad del sistema de asilo griego para hacer frente a las responsabilidades derivadas del mismo.

Sin embargo, una posterior sentencia del TJUE nos sitúa ante la discutible apreciación por el mismo de la situación de inseguridad y la ausencia de vías legales para poder huir de las condiciones extremas en Siria. Este Tribunal se ha pronunciado ante una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 25,1, a) del Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados²⁴, en el asunto C-638/16 PPU²⁵. Una pareja con tres hijos de corta edad residentes en Alepo presentaron solicitudes de visado de validez territorial limitada en la embajada de Bélgica en Beirut, argumentando que al ser de confesión cristiana ortodoxa corrían el riesgo de sufrir persecución por sus creencias religiosas. El Estado belga consideró que “no estaba obligado, ni sobre la base del artículo 3 del CEDH, ni en virtud del artículo 33 de la Convención de Ginebra, a admitir en su territorio a un nacional de un tercer país, siendo su única obligación la de no devolver a ese nacional”. El Tribunal resolverá que los procedimientos aplicables a las solicitudes de protección internacional no previenen tal obligación y excluyen de su ámbito de aplicación las solicitudes presentadas en las representaciones de los Estados miembros, por lo que responde a la cuestión prejudicial planteada que la petición de visado con fundamento en el art. 25 del citado Reglamento, según el que no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del mismo y “sólo está sujeta al derecho nacional”. Contrasta este fallo del Tribunal con las conclusiones del Abogado General Mengozzi para quien “cuando un Estado miembro adopta una decisión con respecto a una solicitud de visado de validez territorial limitada, está aplicando el Derecho de la Unión, lo cual, en consecuencia, le obliga a garantizar el respeto de los derechos reconocidos en la Carta”²⁶.

En todo caso queda acreditada en modo suficiente la ausencia de una vía legal de acceso a la Unión Europea y, por ello, el incremento de los “flujos” irregulares.

3.4. La expulsión colectiva de extranjeros.

En tanto esto sucede con quienes llegaron a estos Estados miembros con anterioridad a la fecha citada, la devolución automática a Turquía de los que intentan llegar con posterioridad nos hace cuestionarnos incluso la compatibilidad de dicho proceder con el art. 4 del Protocolo 4º del CEDH. Se debe recordar que

²³ Caso M.S.S. c. Bélgica y Grecia, STEDH de 21 de enero de 2011.

²⁴ “Expedición de un visado de validez territorial limitada (...) se expedirá un visado de validez territorial limitada excepcionalmente (...) cuando el Estado miembro de que se trate considere necesario, por razones humanitarias o de interés nacional o debido a obligaciones internacionales”.

²⁵ Asunto C-638/16 X y X contra Bélgica, STJUE de 7 de marzo de 2017.

²⁶ En este sentido es que el Abogado General considera que “el respeto de dichos derechos” y en especial el reconocido en el artículo 4 de la Carta, “implica la existencia de una obligación positiva de los Estados miembros de expedir un visado de validez territorial limitado cuando existan motivos serios y acreditados para pensar que, como consecuencia directa de su negativa a expedir dicho documento, las personas que buscan protección internacional se verán expuestas a la tortura o a tratos inhumanos o degradantes, prohibidos por dicho artículo”.

dicho precepto señala expresamente “la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”²⁷. En los mismos términos se recoge también en la Carta Europea de Derechos Humanos, que especifica además que “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” (art. 19.2). Por tanto, ya en su formulación teórica la previsión de los retornos presentaba algunas contradicciones con los derechos contemplados en el CEDH así como en la Carta de Niza.

La responsabilidad de los Estados firmantes de la Convención de Ginebra alcanza a la imposibilidad de llevar a cabo el rechazo en frontera, sin una evaluación precisa de las peticiones de protección a través del procedimiento correspondiente que, en la medida en que se sustancia con la devolución automática a Turquía resulta a todas luces un incumplimiento de la Convención. En el mismo sentido recuérdese que el artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza “garantiza el derecho de asilo”. Por su parte el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge el desarrollo de 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” necesitado de protección internacional (art. 78.1).

En suma a las dificultades para garantizar la repatriación en condiciones de respeto a la dignidad de las personas se une la complejidad para determinar la recepción adecuada en el Estado de retorno o de tránsito como tercer Estado seguro. Además como consecuencia del acuerdo con Turquía se ha procedido a una clara discriminación en favor de los solicitantes de protección de determinadas nacionalidades, especialmente procedentes de Siria o Afganistán, con indudable discriminación de otras nacionalidades con claro incumplimiento del art. 3 de la Convención de Ginebra que prohíbe la discriminación por el país de procedencia del solicitante de protección.

Quedan así en “cuarentena”, para todos los que hayan llegado a las costas de Grecia con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía, el examen de las solicitudes y la adopción de las decisiones sobre la petición de asilo, el derecho a ser informados del procedimiento a seguir durante el mismo, disponer de servicios de un intérprete y la comunicación al ACNUR, cuando ésta se interese por el solicitante. La obtención en un tiempo razonable y en debida forma de la resolución de la autoridad decisora sobre su solicitud de asilo parece una exigencia razonable, en una lengua que pueda suponerse que comprende, así como una audiencia personal y la asistencia jurídica y representación legal, pero en la actualidad quedan más lejos que nunca de ser efectivas en los centros de internamiento, especialmente en Grecia pero sin duda también en Italia.

En relación con los riesgos para los potenciales devueltos a Turquía hemos de hacer hincapié en que son múltiples, dada la posibilidad de incurrir el Estado griego que acuerda y ejecuta el retorno en responsabilidad internacional por tortura o tratos inhumanos²⁸, expresamente prohibidos en el art. 3 del CEDH si, como consecuencia del retorno pudiese sufrir vulneración de sus derechos el retornado en el territorio de un tercer Estado (Turquía) por carecer de medios y capacidad para garantizar la dignidad o la libertad y seguridad de las personas devueltas²⁹. En el caso de extradición, pero entendemos que plenamente aplicable a una devolución, el TEDH ha señalado respecto de la prohibición de los malos tratos que “no pueden liberar a los Estados Partes de responsabilidad en virtud del art. 3 CEDH, por todas y cada una de las

27 “toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a salir de un país, salvo en el caso de que la medida se haya tomado como consecuencia y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo” (Caso Conka c. Bélgica, STEDH de 5 de junio de 2002). Con posterioridad se ha pronunciado el TEDH en el Caso Hirsi Jamma y otros c. Italia, STEDH de 23 de febrero de 2012, Caso Georgia c. Rusia, STEDH de 3 de julio de 2014; Caso Sharifi y otros c. Italia y Grecia, STEDH de 21 de octubre de 2014; Caso Shiozhvili y otros c. Rusia, STEDH de 20 de diciembre de 2016; Caso Berdzenishvili y otros c. Rusia, STEDH de 20 de diciembre de 2016.

28 “la gravedad de las medidas, duración, objeto perseguido y los efectos a la persona concernida” han de ser ponderados para determinar si los hechos serían subsumibles en el art. 3 CEDH. Caso Van der Ven c. Países Bajos, STEDH de 4 de febrero de 2003.

29 Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, STEDH de 12 octubre 2006. Entiende el Tribunal que constituye entre otras una vulneración del art. 3 CEDH la permanencia de una menor de cinco años en un centro de expulsión durante dos meses y su posterior devolución al país de origen sin garantías respecto de su recepción por familiares o la administración competente.

consecuencias previsibles de la extradición sufridas fuera de su jurisdicción³⁰. Por tanto, tiene cabida en el ámbito de aplicación del art. 3 CEDH en los supuestos de la puesta a disposición de una persona a un tercer Estado no parte del CEDH, aun cuando plantea un claro supuesto de aplicación extraterritorial del CEDH³¹. La prohibición general de no devolución además juega en estos casos pese a que no hay un reconocimiento expreso en el CEDH del derecho de asilo. El TEDH ha señalado que la protección del art. 3 “es más amplia que la del art. 33” de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951³².

En efecto, el alcance de la prohibición del art. 3 del CEDH llega hasta la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como se constata en la resolución de los Asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10 relativos a la obligación de un Estado miembro de asumir la responsabilidad de examen de una solicitud de asilo sobre la base del Reglamento núm. 343/2003 en caso de riesgo de violación de los derechos fundamentales del solicitante y/o de no aplicación de las normas mínimas impuestas por las Directivas 2003/9, 2004/83 y 2005/85 por parte del Estado miembro responsable de la solicitud en virtud de los criterios fijados por dicho Reglamento. Concluye pues el Tribunal que “El artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro responsable en el sentido del Reglamento núm. 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del reconocimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición³³”.

Diversos han sido con posterioridad los pronunciamientos del TEDH sobre los riesgos de llevar a cabo expulsiones colectivas de extranjeros en situación irregular en el territorio de un Estado parte del CEDH o que son interceptados durante el intento de su entrada en el mismo. En el Caso *Sellem contra Italia*³⁴, el recurrente alegó que la ejecución de la decisión de expulsarlo a Túnez constituía una violación de los arts. 3 y 8 del CEDH. El TEDH considera que están suficientemente documentados casos de torturas y maltratos infligidos en Túnez a personas sospechosas o reconocidas culpables de terrorismo.

En el Caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*³⁵, los hechos que desencadenaron el procedimiento tienen su inicio el 6 de marzo de 2009 a trescientas millas marinas al sur de la isla de Lampedusa, tres embarcaciones provenientes de Libia que transportaban doscientos migrantes fueron detenidas por la Guardia de Finanza y la Guardia Costera italiana. A continuación, fueron conducidos en las naves italianas a Trípoli, sin ser informados del destino del viaje, ni llevado a cabo procedimiento alguno de identificación, donde fueron entregados a las autoridades de Libia, negándose a quedar en manos de las autoridades libias y abandonando la nave por la fuerza. En el caso de los inmigrantes procedentes de Eritrea y Somalia el TEDH recuerda que “El Estado que procede a la devolución debe, pues, asegurarse que el país en el que efectúa la expulsión, diverso del país de origen, ofrezca garantías suficientes para evitar que el inmigrante pueda ser expulsado al país de origen, sin una valoración de los riesgos que puede correr de llevarse ésta a cabo”. Por tanto se habría producido una violación del art. 3 CEDH³⁶.

30 Caso *Soering c. Reino Unido*, STEDH de 7 de julio de 1989. En este sentido Caso *Cruz Vara y otros c. Suecia*, STEDH de 20 de marzo de 1991; Caso *Vilvarajh c. Reino Unido*, STEDH de 30 de septiembre de 1991; Caso *Cahal c. Reino Unido*, STEDH de 15 de noviembre de 1996 y Caso *Ahmed c. Austria*, STEDH de 17 de diciembre de 1996.

31 Quizá el precedente más conocido es el relativo a la cuestión resuelta por el TEDH en el Caso *Saadi contra Italia* de 28 de febrero de 2008, en esta ocasión se trataba de la expulsión llevada a cabo por el gobierno italiano del recurrente a Túnez, donde afirmaba haber sido condenado por contumacia en 2005 a 20 años de prisión por pertenecer a una organización terrorista. La conclusión alcanzada por el TEDH no fue otra que la existencia en Túnez de un riesgo grave de denegación de justicia, razón por la que la expulsión a Túnez había constituido una violación del art. 3 del CEDH.

32 Caso *Chahal contra Reino Unido*, STEDH de 15 de noviembre de 1996.

33 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 21 de diciembre de 2011.

34 STEDH de 5 de mayo de 2009.

35 STEDH 23 de febrero de 2012.

36 Se trata de la primera ocasión en la que el TEDH ha examinado la aplicabilidad del art. 4 del Protocolo 4º a un caso de alejamiento de extranjeros hacia un tercer Estado efectuado fuera del territorio nacional. Ciertamente la noción de expulsión

También el Tribunal Europeo estima la violación del artículo 4 del Protocolo 4º del CEDH, que prohíbe la expulsión colectiva. Además, se ha reiterado que la Convención es un instrumento vivo que ha de ser interpretado a la luz de las condiciones actuales, en consecuencia la actualidad del fenómeno migratorio necesita de reglas bien precisas porque el contexto no deviene en una zona “off-shore” del derecho. En efecto, recordemos que en la interpretación evolutiva llevada a cabo por el Tribunal de Estrasburgo respecto del ámbito de sujeción a la jurisdicción del mismo por los Estados Parte a tenor del art. 1 CEDH se ha avanzado hacia una limitada extraterritorialidad en la competencia del TEDH y en la obligación de observancia por los Estados de los derechos contenidos en el CEDH³⁷, si bien más tarde esta consideración será matizada.

En concreto, por lo que respecta al control efectivo sobre las personas en el caso *Hirsi Jamaa* y otros contra Italia quedó fijado que “Cuando un Estado, mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce control y autoridad, y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del art.1 de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título 1 del Convenio que sean pertinentes en la situación de ese individuo”³⁸.

Por tanto los Estados miembros de la Unión Europea no quedan exentos del cumplimiento de sus obligaciones derivadas del CEDH. Bien es cierto que el origen del conocimiento de estos asuntos por el Tribunal Europeo en diversas ocasiones está relacionado con la adopción de medidas cautelares en virtud de la regla 39 del Reglamento del Tribunal para personas en necesidad de protección internacional³⁹. Cabe decir que en la mayoría de las ocasiones se invocan los citados arts. 2 y 3 del CEDH, presentados por aquellos sobre los que, encontrándose fuera de su país dentro de un signatario del Convenio, pesa una orden de expulsión contra la que se presenta la petición de medidas provisionales o sobre aquellas que han visto denegada su solicitud de refugio ante el riesgo de sufrir pena de muerte o tortura. Ante este riesgo, el TEDH puede interesar del Estado la suspensión de la expulsión o extradición⁴⁰, aunque en algún caso los Estados no atienden dicha petición y proceden a ejecutar la expulsión o extradición⁴¹. Recuérdese la condena a España por vulnerar el art. 13 del CEDH, ya que no atendió a la medida cautelar acordada por aquél de paralizar la expulsión de los demandantes de asilo del territorio nacional durante el examen de sus causas, y en tanto la decisión interna definitiva a sus solicitudes de protección internacional hubiese sido pronunciada⁴².

como la noción de jurisdicción estaba vinculada al territorio nacional pero aquí el TEDH reconoce que el Estado había ejercido a título excepcional su jurisdicción fuera de su territorio nacional y dicho ejercicio de la jurisdicción extraterritorial había tomado la forma de una expulsión colectiva. Concluye el TEDH que se ha vulnerado también el art. 3 en la medida que los recurrentes habían sido expuestos al riesgo de sufrir malos tratos en Libia. El Tribunal de Estrasburgo ha indicado que con el traslado de los recurrentes a Libia, las autoridades italianas los habían expuesto, con pleno conocimiento de causa, a tratamientos contrarios al CEDH. Esto es, el riesgo evidente de ser repatriados a Somalia y Eritrea ya que en el momento del traslado a Libia, las autoridades italianas eran conocedoras de que no existían garantías suficientes para proteger a los recurrentes del riesgo de ser reenviados a continuación arbitrariamente a su país de origen.

³⁷ El TEDH ha admitido solo en circunstancias excepcionales que los actos de los Estados contratantes producidos fuera de su territorio puedan ser analizados en el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal. Caso *Medvedev* y otros c. Francia, STEDH de 29 de marzo de 2010.

³⁸ En este sentido también Caso *Jaloud* c. Países Bajos, STEDH de 20 de noviembre de 2014 y Caso *Hassan* c. Reino Unido, STEDH de 16 septiembre de 2014.

³⁹ “La Sala o, en su caso, su Presidente podrán, a petición de una parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida provisional que estimen deba adoptarse en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento”.

⁴⁰ Caso *Sultani* c. Francia, STEDH de 20 de septiembre de 2007, no se llevó a cabo la expulsión a Afganistán del recurrente. Caso *Saadi* c. Italia, STEDH de la Gran Sala de 28 de febrero de 2008, no se produjo la expulsión a Túnez en atención a la indicación del TEDH.

⁴¹ Entre otros Caso *Mamatkoulov* y *Abdurasulovic* c. Turquía, STEDH de 6 de febrero de 2003, Caso *Chamaiev* y otros c. Georgia y Rusia, STEDH de 12 de abril de 2005. Caso *Ben Khemais* c. Italia, STEDH de 24 de febrero de 2009.

⁴² El TEDH “es consciente de la necesidad de los Estados enfrentados a un gran número de solicitantes de asilo de disponer de los medios necesarios para afrontar un tal contencioso, así como de los riesgos de saturación del sistema. Sin embargo, el art. 6 del Convenio, así como el artículo 13, obligan a los Estados contratantes a organizar sus jurisdicciones de manera que les permitan responder a las exigencias de esta disposición”. Caso *A.C.* y otros c. España, STEDH 24 de abril de 2014.

Respecto a las garantías de los derechos de los extranjeros que permanecen retenidos el TEDH en el caso *Khlaifia*⁴³ ha señalado que es de aplicación a los supuestos de retención de inmigrantes y solicitantes de asilo en dependencias, ya sean estas propiamente centros de internamiento o embarcaciones, de las previsiones contenidas en el art. 5.1 del CEDH, toda vez que constituyen una clara limitación de su libertad. En este contexto carecer de información suficiente sobre la causa de la detención en dichos centros y embarcaciones también es constitutiva de una violación del art. 5.2 CEDH. En el mismo sentido en esta situación de internamiento se exige la existencia de un control judicial al objeto de constatar la legalidad de dicha medida así como la adopción de la resolución correspondiente al objeto de que dicha privación de libertad no se extienda por más tiempo del imprescindible.

3.5. El caso N. D y N.T. contra España.

En este ámbito varias han sido las ocasiones en las que se ha suscitado la polémica en torno al nivel de cumplimiento por el Estado español de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos en la aplicación de los controles de seguridad en frontera. Sin duda las devoluciones en caliente en la frontera de Ceuta y Melilla son quizá las situaciones más conocidas, pero están documentadas otras más como las que sitúan dichas “entregas” en la isla de tierra del archipiélago de las Islas Chafarinas. Es cierto que para analizar estas devoluciones es necesario primero tener en cuenta la edificación del vallado fronterizo y la controversia sobre los efectos jurídicos que se derivan del mismo. Interesa conocer como ha sido la aplicación del acuerdo con Marruecos y la devolución a este país de los inmigrantes y demandantes potenciales de protección internacional. El Acuerdo entre el Reino de Marruecos y el Reino de España de 13 de febrero de 1992 por el que se posibilita la readmisión a Marruecos de las personas extranjeras que hubieran entrado irregularmente en territorio nacional desde Marruecos ha estado presente y se ha aplicado de forma intermitente durante estos últimos años.

Pues bien es en este contexto en el que debemos reparar en el salto de la valla el 13 de agosto de 2014 con la entrada en Melilla y ulterior devolución a Marruecos de varios inmigrantes que dará lugar más tarde a la STEDH en el caso N.D. y N.T. de 3 de octubre de 2017 con una condena clara al Estado español por el Tribunal de Estrasburgo. En efecto el Tribunal es consciente de las obligaciones contraídas por los Estados en el control de flujos migratorios, sin embargo no puede admitir el recurso a “prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos”.

Por otra parte, se recordará que con ocasión del debate sobre la reforma de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana se incorporó una disposición adicional 10ª a la Ley Orgánica 4/2000 sobre los Derechos y Libertades de los extranjeros y su inserción social al objeto de dotar de pretendida cobertura legal dicha práctica habitual en la frontera con Marruecos⁴⁴. Más allá del criticable procedimiento empleado para su incorporación a la legislación de extranjería y el contenido sustantivo de la misma, lo cierto es que no existe una cuantificación precisa de las devoluciones en “caliente” llevadas a cabo desde dicha reforma. La información accesible respecto de las “devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla no son fáciles de obtener, pero con ocasión de la información de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio de Interior de 17 de diciembre de 2018, en respuesta a una pregunta parlamentaria, se han ofrecido cifras relativas a los afectados en Melilla 125 tanto en 2017 como en 2018 y, sin embargo una cifras superiores en Ceuta 482 y 533 respectivamente.

Los recurrentes, inicialmente expulsados con la mayor celeridad tras la entrada formaban parte de un grupo que saltaron la valla el 13 de agosto de 2014, con posterioridad volvieron a entrar de igual modo pero fueron en el primer caso objeto de devolución una vez denegada la solicitud de asilo y, en el segundo, fue objeto de una orden de expulsión tras la denegación del recurso de alzada. No obstante las circunstancias

⁴³ Caso *Khlaifia* y otros c Italia, STEDH de 15 de diciembre de 2016.

⁴⁴ 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”.

que se enjuician en este caso lo son respecto de la primera entrada irregular en territorio nacional por la frontera de Melilla. En las demandas formuladas ante el Tribunal de Estrasburgo se alegan la vulneración del art. 3 en relación con el art. 13 del CEDH⁴⁵, así como del art. 4 del Protocolo 4^o del mismo y de este en relación con el citado art. 13 CEDH. La normativa en vigor al tiempo de la resolución merece un breve comentario ya que alcanza tanto al ordenamiento interno como al comunitario. La regulación general se contiene en la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros y su inserción social⁴⁶, así como en la Ley 12/2009, reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria. Por lo que se refiere a la regulación de la entrada por puestos habilitados era de aplicación en primer lugar el Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la citada Ley Orgánica 4/2000⁴⁷, así como el Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil, de 26 de febrero de 2014 en el que se introduce la expresión “frontera operacional”⁴⁸. En el ordenamiento comunitario nos hacemos eco de las garantías del derecho de asilo⁴⁹ y de protección en caso de devolución, expulsión y extradición⁵⁰ respectivamente, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tratado de la Unión así como la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 (Directiva de retorno)⁵¹ y la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional⁵² analizados con antelación.

La primera cuestión suscitada por el Gobierno ante el Tribunal de Estrasburgo fue la relativa a la falta de jurisdicción de conformidad con el art. 1 CEDH, por entender que los hechos habrían tenido lugar “fuera de la jurisdicción de España”, ya que los recurrentes no habían rebasado “el dispositivo de protección del puesto fronterizo de Melilla”. Sin embargo para los demandantes no existía duda al respecto de la jurisdicción de España en el lugar en el que se produjo la expulsión.

En cuanto a las excepciones preliminares planteadas por el Gobierno español se argumentó la ausencia de condición de víctima de los recurrentes así como el no agotamiento de la vía judicial previa, ambas excepciones no fueron admitidas. Puesto que la devolución de los recurrentes se produjo sin previo procedimiento de identificación se considera que aquéllos “pueden pretender ser víctimas de las violaciones alegadas del Convenio”. Además, y en ausencia de resolución previa a la expulsión sumaria la imposibilidad de su recurso era evidente. También se argumentó por el Gobierno que la actuación aquí cuestionada era resultado de la obligación contraída por el Estado español en el marco de la Unión Europea de proteger, vigilar y salvaguardar sus fronteras. Además se mantenía desde la representación del Gobierno que los recurrentes podrían haber

46

45 Cabe recordar que no admitió el Tribunal esta alegación por descartar el riesgo de que los demandantes corriesen riesgo de ser sometidos a malos tratos en Marruecos como consecuencia de su entrega a ese país.

46 “No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros (...) que pretendan entrar ilegalmente en el país” (art. 58.3, b).

47 “el extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto”, art. 1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

48 “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 por tanto se le aplica el régimen relativo a los extranjeros”.

49 “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas” de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 18 Carta de Niza).

50 “1. Se prohíben las expulsiones colectivas. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corre un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

51 En esta Directiva se hace una expresa mención a la conformidad con el derecho internacional “incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos” (art. 1) a la vez que se establece que 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” (art. 12).

52 “1. Cuando se presuma que nacionales de terceros países o apátridas mantenidos en centros de internamiento o que se encuentran en puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores, pueden desear presentar una solicitud de protección internacional, los Estados miembros les facilitarán información sobre la posibilidad de hacerlo” (art. 8.1).

formulado la pertinente solicitud de asilo en las embajadas de los países de origen o tránsito así como en el puesto fronterizo de Beni-Enzar y no haber procedido a la entrada de forma irregular saltando la valla fronteriza.

Por la defensa de los recurrentes se señala, de un lado, la imposibilidad de presentar solicitudes de asilo en Marruecos o Mauritania por carecer estos países de sistema de asilo. En cuanto a la apertura en el puesto fronterizo de Beni-Enzar de la oficina de protección internacional se señala que fue con posterioridad a dicha fecha, por lo que no hubiera podido realizarse la misma en ese momento en dicha instalación.

Respecto a las argumentaciones de fondo relativas a los preceptos vulnerados, consideran los recurrentes que la individualización en el procedimiento de expulsión constituye la cuestión esencial a precisar al objeto de determinar si dicha expulsión vulneró el art. 4 del Protocolo 4°. Contribuyen a concretar los términos de la controversia las intervenciones de las entidades participantes en el mismo en defensa de los derechos humanos. En este sentido por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa se presenta comunicación escrita en la que se reitera la obligación estatal de garantizar “el pleno acceso a un procedimiento de asilo efectivo y a la protección contra el rechazo, así como a prohibir las expulsiones colectivas”. La representación del ACNUR recuerda la propia jurisprudencia del TEDH según la que “el hecho de que los interesados omitan solicitar expresamente el asilo, no exime al Estado de cumplir sus obligaciones con respecto al art. 3 del Convenio”. Así por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) se recuerda que para la determinación del carácter de expulsión colectiva no resulta tan relevante el aspecto cuantitativo de los expulsados, cuanto por “la ausencia de un examen objetivo y razonable de cada caso individual”. También intervino CEAR así como de forma conjunta el Centro Asociado sobre Derechos de las personas en Europa (Centro AIRE) Amnistía Internacional, el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE) y la Comisión Internacional de juristas.

Para el Tribunal de Estrasburgo como se ha recogido en su jurisprudencia la finalidad del art. 4 del Protocolo 4° no es otra que la de “evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales, y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente”.

Aunque una cuestión relevante fuese no tanto determinar si las personas devueltas estaban en el territorio español sino si se encontraban bajo el control y jurisdicción del Estado español, no consideró el TEDH necesario pronunciarse sobre si la expulsión se había producido una vez en territorio español o si el rechazo tuvo lugar con antelación como argumentaba el Gobierno, dado que los expulsados se encontraban “bajo control continuado y exclusivo de las autoridades españolas” cuando fueron devueltas a Marruecos, por lo que a los efectos del art. 4 del Protocolo 4° tuvo lugar una “expulsión”.

Resta por determinar el carácter de expulsión “colectiva” para el Tribunal de Estrasburgo puesto que, como ha señalado en su doctrina al respecto, la ausencia de procedimiento de identificación de los recurrentes por parte de las autoridades españolas le permite concluir que no cabe dudar del “carácter colectivo de las expulsiones “y, por consiguiente, violación de dicho precepto.

Por lo que se refiere a la violación alegada del art. 13 CEDH⁵³ en relación con el art. 4 del Protocolo 4°, el Gobierno reitera que la presentación de la solicitud de protección internacional hubiera permitido el acceso al procedimiento administrativo y posterior recurso ante el órgano jurisdiccional competente. Los recurrentes contradicen la argumentación anterior en la medida que la expulsión hizo imposible el acceso al procedimiento y a las garantías reconocidas en el ordenamiento jurídico a los solicitantes de protección internacional.

Para el Tribunal de Estrasburgo aun cuando el alcance de la obligación que se contiene en el art. 13 CEDH “varía en función de la naturaleza de la queja del demandante”, el recurso que este precepto exige debe ser efectivo, por lo que se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del art. 4 del Protocolo 4° y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución”, por lo que aprecia la vulneración del art. 13 CEDH en relación con aquel precepto del reiterado Protocolo. Es relevante que el fallo contiene la unanimidad de los miembros de la Sala⁵⁴.

53 “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional”.

54 Como señala el propio Tribunal “concede un valor particular a la versión de los demandantes, ya que está corroborada por numerosos testimonios recogidos, entre otros, por el ACNUR o por el Comisario de Derechos Humanos” (119).

La consecuencia provisional que se extrae de esta resolución es que la aplicación a los inmigrantes de la denominada "devolución en caliente" ha sido que no se ha procedido, tras el salto de la valla, a la identificación de perfiles vulnerables de entre ellos, por tanto no ha podido realizarse el acceso a asistencia letrada, intérprete y garantías judiciales frente a la expulsión. Estas actuaciones pudieran constituir un incumplimiento por el Estado español de los compromisos adquiridos de no devolución, así como de protección frente a la tortura, tratos inhumanos o degradantes aun cuando éstos se pudieran sufrir en el tercer Estado de devolución que no es un tercer Estado seguro, en los términos en que se recoge en la legislación comunitaria y no existen garantías de que no pueda suceder así. Ahora bien, el riesgo evidente de ser repatriados a terceros países no parece constituir preocupación de las autoridades españolas que son conocedoras de que no existen garantías suficientes para proteger a los recurrentes del riesgo de ser reenviados a continuación desde Marruecos arbitrariamente a su país de origen.

Pero la citada sentencia fue recurrida por el Gobierno de España ante la Gran Sala siendo admitida por entender que se trataba de "una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general". Sin duda la relevancia de la cuestión controvertida justifica que por parte de los Gobiernos de Francia, Bélgica e Italia se formalizaran observaciones frente a dicha sentencia en calidad de terceras partes en la medida en que este fallo generaba aspectos controvertidos con la aplicación por los Estados miembros del control de fronteras en la Unión Europea.

Cabe recordar que desde la publicación de la STEDH en el caso N.D. y N.T. contra España⁵⁵ y hasta el día de hoy, los sucesivos gobiernos presididos por Mariano Rajoy y Pedro Sánchez han continuado con esta práctica, algo que entra en contradicción con el recurso de inconstitucionalidad planteado por el grupo parlamentario del PSOE entre otras contra la citada disposición adicional incorporada in extremis en la tramitación de la reforma de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.

En concreto durante la vista oral celebrada ante la Gran Sala el 26 de septiembre de 2018 se reiteró por la representación del Estado español la argumentación sostenida por el Gobierno de Mariano Rajoy pese a que ya había tenido lugar el triunfo de la moción de censura y la investidura de Pedro Sánchez como nuevo Presidente del Gobierno.

La sentencia de la Gran Sala de 14 de febrero de 2020 contiene un fallo radicalmente contrario, pues considera que no se ha producido vulneración alguna del art. 4 del Protocolo 4º y del art. 13 del CEDH. Aunque las partes en el procedimiento reiteran las argumentaciones ya puestas de manifiesto ante la Sección Tercera, interesa una primera consideración respecto al cuestionamiento que por los representantes del Gobierno se hace de la extensión de la aplicación del art. 4 del Protocolo 4º al caso concreto. En efecto, al hilo del debate en torno a la apreciación de la situación controvertida y su consideración como expulsión o rechazo de admisión toda vez que no habrían sido admitidos en territorio nacional, según el Gobierno, se arguye por la representación de éste que en la voluntad de los redactores del art. 4 del Protocolo 4º no se contenía la intención de "extender el campo de aplicación a la situaciones extraterritoriales", recordando, además, que la apreciación del Tribunal de Estrasburgo en el casos Hirsi Jamma y otros⁵⁶ se debía a la situación de los afectados que habían emprendido la vía marítima con peligro para su vida y, por tanto, no habían tomado la vía terrestre. Por otra parte, el TEDH repara en la importancia de la gestión y de la protección de las fronteras por los Estados en aplicación del Convenio de Schengen, y la competencia de aquellos para establecer un marco normativo destinado a reservar el acceso al territorio nacional solo a las personas que reúnan las condiciones legales establecidas.

55 "Desde el momento en que los demandantes bajaron de las vallas, estaban bajo el control continuo y exclusivo de las autoridades españolas" frente a la tesis mantenida por el Gobierno de España según la que no habría una expulsión cuanto una "prevención de entrada", puesto que los inmigrantes no habrían superado la "totalidad del dispositivo antiintrusión".

56 Se analiza en esta sentencia el Informe Explicativo del Protocolo 4º, redactado en 1963, según el que el Comité de Expertos precisa que el objetivo del art. 4 del mismo es el de la prohibición de "las expulsiones colectivas de extranjeros". Así se estima que la referencia que se contiene al territorio lo es en el art. 3 relativo a la expulsión. Igual ocurre en el art. 1 del Protocolo 7º que para referirse a las garantías procesales relativas a la expulsión de extranjeros legalmente residentes en el territorio de un Estado. En concreto señala la Gran Sala que <<según los que redactaron el Protocolo 4º la palabra "expulsión" debe ser interpretada "en sentido genérico" empleado en el lenguaje corriente (ahuyentar de un lugar)>> por lo que deduce el propio Tribunal que "cabe concluir que los trabajos preparatorios no excluyen la posibilidad de una aplicación extra-territorial del citado art. 4 del Protocolo 4º".

Esta resolución gira en torno a dos argumentaciones igualmente controvertidas, la conducta de los recurrentes y la efectividad de mecanismos para formular peticiones de asilo ante las autoridades españolas en el extranjero o en frontera. De un lado, la Gran Sala otorga a la conducta de los recurrentes una relevancia determinante para apreciar la oportunidad de gozar de protección del art. 4 del Protocolo 4º. En efecto, se considera que la violencia que ha acompañado a la entrada ilegal en territorio nacional no es compatible con el reconocimiento y garantía de derechos fundamentales por quienes llevan a cabo esta conducta⁵⁷. En efecto, por el TEDH ya se había señalado con anterioridad en otras resoluciones que “no se produce violación alguna del art. 4 del Protocolo 4º si la ausencia de una decisión de expulsión individualizada es una consecuencia de la conducta culpable de los propios demandantes⁵⁸. Cabría deducir pues que el sistema general de garantías y derechos contenidos en el Convenio y sus Protocolos solo será invocable y, en su caso, protegible siempre que se hagan valer éstos a través de los cauces legales establecidos por los Estados, por lo que el ejercicio real y efectivo de los mismos siempre quedaría condicionado por los procedimientos pertinentes para hacerlos valer.

Por otra parte, se afirma desde la Gran Sala que existían mecanismos para que los potenciales solicitantes de protección internacional hubieran llevado a cabo dicha petición en consulados o frontera y que por el Estado español se habría posibilitado “un acceso real y efectivo” de entrada regular⁵⁹. Ciertamente la Gran Sala entiende que de conformidad con el Código de fronteras Schengen⁶⁰ y atendiendo a lo preceptuado en el mismo y “sin perjuicio” de las obligaciones adquiridas por los Estados miembros en materia de protección internacional, podrán establecer sanciones “en caso de cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas”. Así, el Estado español en cumplimiento del citado Código podía adoptar sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 5.3). Ahora bien, este Código admite que por motivos humanitarios, interés nacional u obligación internacional puede quedar excepcionada dicha denegación de entrada. Además, respecto de la denegación esta debe realizarse “mediante resolución motivada” con derecho a recurrir la misma aunque la incoación del recurso no tenga efecto suspensivo sobre la denegación de entrada (art. 14.4).

Algo que es difícil de sostener ante la imposibilidad casi total de hacerlo en el momento en el que se produjo el salto de la valla y la entrada posterior (13 de agosto de 2014). Para los recurrentes ocurre que nuestra legislación no contempla tras la reforma de 2011 el asilo diplomático y además, no existía aún en el momento de producirse los hechos la oficina en el paso fronterizo de Beni-Enzar. Hemos de destacar además

57 Puesto que los recurrentes no han utilizado los procedimientos de entrada existentes, la consecuencia de su propio comportamiento es que quedan excluidos de las garantías de las que hubieran gozado de haber seguido dichos procedimientos, por lo que no ha habido violación del art. 4 del Protocolo 4º. Además no se puede exigir responsabilidad al Gobierno de la ausencia en Melilla de un recurso contra la devolución en la medida en que es consecuencia de su propio comportamiento, esto es el intento de entrada de forma ilegal la causa de la exclusión de dicho recurso, por lo que tampoco hubo violación del art. 13 CEDH.

58 Caso Berisha y Haljiti c. Ex República Yugoslava de Macedonia, Dec del 16 de junio de 2005, Caso Dritsas c. Italia, Dec. 1 de febrero de 2011, así como Caso Hirsi Jaama y otros c. Italia, STEDH de 23 de febrero de 2012.

59 En la sentencia de la Gran Sala se hace hincapié en el incumplimiento de la carga de la prueba por los recurrentes. Así no han demostrado la existencia de un riesgo al que hubieran sido expuestos por el hecho de la devolución a Marruecos o a sus países de origen. En el mismo sentido, la alegación con carácter general según la que al tiempo de los hechos no era posible pedir asilo en el puesto fronterizo de Beni-Enzar no se considera suficiente para invalidar la conclusión de que el Estado español ofrecía un acceso real y efectivo para solicitar protección internacional en dicho puesto fronterizo. Repara la Gran Sala que ambos recurrentes habían permanecido dos años y un año y nueve meses respectivamente en el monte Gurugú y no había justificado razones por las que no hubieran podido formular la solicitud de protección en el consulado de Nador. Además la argumentación de los recurrentes respecto de la inaplicación del art. 38 de la Ley 12/2009 por la carencia de su desarrollo reglamentario es considerada errónea por el Tribunal en la medida en que el Real Decreto 203/1995 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros y su inserción social contenía entre los lugares de presentación de demanda de asilo las misiones diplomáticas o los consulados españoles en el extranjero (art. 4.1.d). En este sentido durante la audiencia ante la Gran Sala la representación del Gobierno informó de un número de solicitudes de asilo que se habían formulado en consulados como en el puesto fronterizo en dicho período y con posterioridad a producirse los hechos aquí enjuiciados.

60 Reglamento 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).

como en la resolución de 2017 se le otorgó “un valor particular” al relato de los demandantes en la medida en la que quedaba acreditada por los testimonios aportados, entre otros, por el ACNUR o por el Comisario de DDHH, mientras que a dichas observaciones no se otorga mayor relevancia por la Gran Sala. Esta cuestión ya abordada en la sentencia de la Sección Tercera nos sitúa ante una previsión legal y un hipotético desarrollo futuro que a día de hoy aún no se ha materializado⁶¹. Sin embargo, ante la aportación de datos estadísticos sobre presentación de solicitudes de asilo con anterioridad a 1 de septiembre de 2014 en Beni-Enzar por el Gobierno, considera la Gran Sala que dichos datos no son rebatidos ni por los recurrentes ni por los terceros intervinientes aunque no se tiene en cuenta por la misma que el mayor número de solicitudes había tenido lugar por parte de demandantes sirios. En todo caso, admite el Tribunal que no puede recaer la responsabilidad sobre el Estado español por el hecho de que no se hubiese solicitado asilo en el Consulado de Nador o en el puesto fronterizo o que por la policía marroquí se llevara a cabo un cierto control por perfiles raciales para acceder a la frontera.

El fallo de la Gran Sala plantea diversas incógnitas sobre el alcance de la protección del sistema europeo de derechos humanos a los inmigrantes y potenciales solicitantes de protección internacional, tanto en el ámbito nacional como respecto de otros Estados de la Unión Europea, así como las consecuencias para la política comunitaria en la materia. Puede quebrar de este modo la reiterada jurisprudencia del TEDH respecto de la efectividad de los derechos y no meras declaraciones ilusorias o utópicas de los mismos, por cuanto que con esta resolución se avala el incumplimiento por parte del Estado español de los compromisos internacionales suscritos, especialmente la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1950 y una de sus principales garantías, la no devolución. En efecto, la devolución de los dos recurrentes que generó este recurso implica, en los términos avalados por la sentencia de la Gran Sala, que se incumpla la necesaria identificación de las personas que entran en territorio nacional, garantía imprescindible contenida en los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español que, sin embargo, cede ante el comportamiento personal violento o agresivo de sus hipotéticos beneficiarios por entrar de forma irregular en dicho territorio.

En este sentido cabe reiterar como la no instrucción de un expediente individual impide detectar posibles presencias de personas vulnerables (menores no acompañados, potenciales peticionarios de protección internacional, víctimas de trata, etc.), sin olvidar que dicha devolución puede poner en riesgo la vida o libertad de estas personas en la medida en que puedan ser devueltos a países en los que no existen garantías efectivas de protección de los derechos humanos.

Por otra parte, en un Estado de derecho, las actuaciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad requieren una adecuación al control administrativo y jurisdiccional del que quedarían completamente exentos en este caso, al prescindir de un procedimiento con audiencia al afectado, asistencia letrada, intérprete y control judicial de la resolución administrativa correspondiente.

En cuanto a las consecuencias que pueden extraerse del contenido del fallo conviene reseñar que se trata de una resolución que afecta a un caso concreto y que aún quedan pendientes de resolución por el TEDH al menos cuatro demandas sobre vulneración del art. 4 del Protocolo 4º del CEDH, una de ellas también contra el Estado español⁶². Por tanto solo nos encontramos ante una resolución concreta que podrá, en su caso, dar lugar a una futura línea jurisprudencial del Tribunal si se confirmara en las sucesivas

61 “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” (art. 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria). Para añadir a continuación que “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”, que hasta la fecha no ha sido aprobado a la espera de una reforma del sistema de asilo comunitario pendiente desde hace más de una década.

62 Aún queda pendiente de resolver el caso *Doumbé Nnabuchi c. España y Balde y Abel c. España*. Aunque en ambos casos se renuncia la vulneración de los art. 3 y 13 CEDH y el art. 4 del Protocolo 4º, concurren diferentes circunstancias fácticas en cada uno de ellos.

resoluciones la argumentación principal contenida en la sentencia de 14 de febrero, que permitiría extraer conclusiones respecto del alcance de la protección de derechos en el ámbito de la inmigración irregular, control de fronteras y protección internacional y, en su caso, la compatibilidad de la normativa comunitaria con el CEDH.

Por lo que respecta a sus consecuencias en el ámbito nacional, en este momento se debate en el Tribunal Constitucional la resolución del recurso de inconstitucionalidad sobre determinados preceptos de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana entre los que se encuentra la antes citada disposición. Hemos de recordar que nuestro alto Tribunal ha fijado una jurisprudencia reiterada sobre el alcance y contenido de la tutela judicial efectiva como del derecho de habeas corpus, con reconocimiento de su titularidad a los extranjeros más allá de su situación irregular. En este sentido, no necesariamente el fallo del Tribunal Constitucional sobre la disposición adicional 10^o debe verse concernido por la sentencia aquí comentada.

De igual modo, hemos de recordar la intencionalidad manifestada de la mayoría que conforma el actual gobierno de iniciar una nueva regulación de la legislación de seguridad ciudadana. Sin embargo, en la comparecencia del Ministro del Interior en la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados de 16 de febrero pasado, se ha afirmado por el titular de este departamento que disponemos en nuestro ordenamiento jurídico de mecanismos para la petición de asilo en consulados y frontera⁶³ algo que contrasta, de un lado con los retrasos en la tramitación de expedientes de protección como, de otro lado, en el porcentaje tan nimio de concesión de protección a los solicitantes de la misma, sin olvidar que desde 2011 no se ha llevado a cabo el desarrollo reglamentario de la Ley de asilo.

La externalización del control de las fronteras en el Mediterráneo, aunque sea bajo el paraguas comunitario, claramente pone en cuestión la garantía de los derechos humanos de los inmigrantes y potenciales precisados de protección internacional que son devueltos a Turquía, Libia y Marruecos. No se olvide que FRONTEX, la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de la Unión Europea específicamente y, con carácter general la propia Unión, tienen una responsabilidad evidente por la legislación aprobada en la materia, las políticas desarrolladas en control de flujos migratorios y en la construcción de la Europa fortaleza frente a la dignidad humana y los compromisos adquiridos por los Estados miembros en materia de derechos humanos. Es por ello que la reciente declaración del gobierno de Grecia de suspensión del derecho de asilo al menos por un mes en respuesta a la apertura de fronteras decretada por Turquía para permitir la salida hacia la Unión Europea de refugiados procedentes mayoritariamente de la guerra de Siria, constituye un nuevo hecho de relevancia en el incremento de la respuesta de la Unión Europea como fortaleza. Así la visita de los titulares de las instituciones de la Unión, Presidenta de la Comisión, Presidente del Consejo Europeo y del Parlamento Europeo a Grecia y el mensaje de apoyo al ejecutivo heleno no debe hacernos dudar del futuro de la política comunitaria en inmigración, asilo y refugio⁶⁴.

63 “El Gobierno apuesta por continuar una política de control de fronteras que se base en tres pilares; eficacia, como constata la reducción durante el año pasado del 50% de las entradas irregulares en nuestro país; prevención y cooperación con los terceros países de origen y tránsito para prevenir las entradas irregulares, para lo que hemos desarrollado un modelo basado en el trabajo con nuestros socios africanos, y finalmente modernización, desarrollando las mejoras en el sistema de vigilancia integral de fronteras para lograr un perímetro más moderno, un perímetro más seguro y evidentemente un perímetro menos cruento”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 32, de 17 de febrero de 2020, pág. 5.

64 Los medios de comunicación se han hecho eco de las palabras de la Presidenta de la Comisión Europea Von der Leyen pronunciadas el día 3 de marzo agradeciendo a Grecia “que sea el escudo de Europa”, afirmando que “nuestra prioridad es asegurarnos de que se mantenga el orden en la frontera exterior griega que también es una frontera europea”.

