



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Se recuerda que los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el
inglés y el francés, en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro
documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO N.D. Y N.T. c. ESPAÑA

(Demandas nº 8675/15 y 8697/15)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

3 de octubre de 2017

*Esta sentencia adquirirá carácter de firmeza en las condiciones definidas en el artículo
44 § 2 del Convenio. Puede sufrir correcciones de estilo.*

En el caso N.D. y N.T. c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en Sala compuesta por:

Branko Lubarda, *presidente*,

Luis López Guerra,

Helen Keller,

Dmitry Dedov

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides, *jueces*,

y Fatoş Aracı, *secretaria adjunta de sección*,

Tras haber deliberado en Sala del Consejo el día 12 de septiembre de 2017,

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El caso tiene su origen en dos demandas (nº 8675/15 y 8697/15) interpuestas ante el TEDH contra el Reino de España. El demandante de la demanda nº 8675/15, N.D. (“el primer demandante”) es un nacional maliense. El demandante de la demanda nº 8697/15, N.T. (“el segundo demandante”) es un nacional marfileño. Interpusieron las demandas el día 12 de febrero de 2015 en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”). La Sala a la que fueron turnadas las demandas accedió a la solicitud de no divulgación de sus identidades formuladas por los demandantes (artículo 47 § 4 del Reglamento de Procedimiento del TEDH).

2. Los demandantes han sido representados por los letrados C. Gericke y G. Boye Tuset abogados ejerciendo en Hamburgo y Madrid, respectivamente. El Gobierno español (“el Gobierno”) ha sido representado por su agente, R.-A. León Cavero, Abogado del Estado-Jefe del Área de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia (Abogacía del Estado).

3. Los demandantes alegaban en particular una violación del artículo 3 y del artículo 13 del Convenio, de estos dos artículos puestos en relación entre sí, del artículo 4 del Protocolo nº 4 y, por último del artículo 13 puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4 . Se quejaban de su rechazo inmediato a Marruecos y de la ausencia de un recurso efectivo a este respecto. Precisaban que habían sido objeto de una expulsión colectiva, que no habían tenido ninguna posibilidad de ser identificados, ni de alegar sus circunstancias individuales y de los malos tratos a los que, según ellos, corrían el riesgo de ser sometidos en Marruecos, y de impugnar su rechazo mediante un recurso con efecto suspensivo.

4. Mediante decisión de 7 julio 2015, las quejas respecto del artículo 4 del Protocolo nº 4 y del artículo 13 del Convenio y de estos dos artículos puestos en relación entre sí fueron trasladadas al Gobierno. El TEDH acordó acumular las demandas y declararlas inadmisibles por lo demás.

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

6. El Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (“el Comisario DDHH”) ejerció su derecho a tomar parte en el procedimiento y presentó observaciones por escrito (artículos 36 § 3 del Convenio y 44 § 2 del Reglamento de Procedimiento).

7. Han sido igualmente remitidas al TEDH, observaciones por escrito por parte del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), así como, conjuntamente, por el Centro de Asesoramiento sobre los Derechos de la Persona en Europa (“el Centro AIRE”), Amnistía Internacional (AI), el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE -por sus siglas en inglés-) y la Comisión Internacional de Juristas (ICJ -por sus siglas en inglés-), El Presidente les había autorizado a intervenir en virtud de los artículos 36 § 2 del Convenio y 44 § 3 del Reglamento de Procedimiento.

8. Las partes respondieron a estas observaciones. Presentaron igualmente alegaciones tras el fallo del TEDH sobre el asunto *Khlaifia y otros c. Italia* ([GC], no 16483/12, CEDH 2016) de 15 de diciembre de 2016

ANTECEDENTES DE HECHO

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

9. El primer demandante y el segundo demandante nacieron en 1986 y 1985, respectivamente.

10. El primer demandante dejó su pueblo en Mali por causa del conflicto armado del año 2012. Llegó a Marruecos en marzo de 2013. Vivió durante aproximadamente nueve meses en el campamento “no oficial” de inmigrantes del Monte Gurugú, cercano a la frontera española de Melilla, enclave español situado en la costa norteafricana. Afirma haber sido objeto de varias redadas por parte de las fuerzas del orden marroquíes.

11. El segundo demandante llegó a Marruecos a finales del 2012. Vivió igualmente en el campamento de inmigrantes del Monte Gurugú.

A. El primer intento de entrar en España a través del puesto fronterizo de Melilla.

12. El día 13 de agosto los demandantes salieron del campamento del Monte Gurugú y trataron de entrar en España junto con un grupo de subsaharianos a través del puesto fronterizo de Melilla. Este puesto fronterizo se caracteriza por tres vallas consecutivas, las dos exteriores de 6 metros de altura y la interior de 3 metros de altura. Un sistema de cámaras de vigilancia por infrarrojos y sensores de movimiento fue instalado. Los demandantes y otros inmigrantes treparon por la primera valla por la mañana. Dicen haber sido atacados mediante lanzamiento de piedras por parte de las Autoridades

marroquíes. El primer demandante consiguió encaramarse a lo alto de la tercera valla y permaneció allí hasta por la tarde sin recibir ninguna asistencia médica o jurídica. El segundo demandante dice haber sido alcanzado por una piedra cuando trepaba la primera valla y haber caído, pero consiguió después superar las dos primeras vallas. Entretanto, los demandantes habrían sido testigos de actos violentos cometidos por los agentes de la Guardia Civil española y por las fuerzas del orden marroquíes hacía inmigrantes subsaharianos. Hacía las 15 y las 14 horas, respectivamente, bajaron de la tercera valla con la ayuda de las fuerzas de seguridad españolas. En cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por miembros de la Guardias Civil, quienes les esposaron y devolvieron a Marruecos. En ningún momento fueron objeto de procedimiento de identificación alguno. No tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos.

13. Los demandantes fueron entonces conducidos a la comisaria de Nador, donde solicitaron asistencia médica, que les fue denegada. Fueron conducidos a continuación, junto con otras personas que habían sido también rechazadas en circunstancias similares, a Fez, a unos 300 kilómetros de Nador, donde fueron abandonados a su suerte. Los demandantes afirman que entre setenta y cinco y ochenta inmigrantes subsaharianos fueron también rechazados a Marruecos el día 13 de agosto de 2014.

14. Algunos periodistas y otros testigos se encontraban en el lugar en el momento del asalto a las vallas y de las expulsiones del día 13 de agosto de 2014. Han proporcionado unos videos que han sido aportados por los demandantes ante el TEDH. Algunas Organizaciones No Gubernamentales presentaron con posterioridad una denuncia ante el Juzgado de Instrucción no 3 de Melilla solicitando la apertura de una investigación.

B. La entrada posterior en España

15. El día 9 de diciembre de 2014 y el 23 de octubre de 2014, el primer demandante y el segundo demandante lograron entrar, respectivamente, en territorio español por el puesto fronterizo de Melilla. Sendos procedimientos fueron iniciados contra ellos.

N.D. fue devuelto a Mali el día 31 de marzo de 2015 a raíz de la orden de expulsión decretada contra él el día 26 de enero de 2015 y de la denegación administrativa de 26 de marzo de 2015, de su solicitud de asilo presentada el día 17 de marzo de 2015. En la actualidad se encuentra en la región de Bankoumana (Koulikoro, al suroeste de Bamako).

N.T. fue objeto de una orden de expulsión el día 7 de noviembre de 2014, confirmada el día 23 de febrero de 2015 a raíz de la desestimación de su recurso administrativo de alzada. Se desconoce su paradero actual.

Los dos demandantes han sido representados por abogados en el marco de estos procedimientos.

II. EL DERECHO INTERNO APLICABLE

A. 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 (LOEX), tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009

16. Las disposiciones del Real Decreto 557/2011 dicen lo siguiente:

Artículo 1. Entrada por puestos habilitados

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto por los convenios internacionales suscritos por España, el extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje en vigor que acredite su identidad y que se considere válido para tal fin, estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigible, y no estar sujeto a prohibiciones expresas de entrada. Asimismo, deberá presentar los documentos determinados en este Reglamento que justifiquen el objeto y condiciones de entrada y estancia, y acreditar la posesión de los medios económicos suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o, en su caso, estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

(...)”

Artículo 4. Requisitos

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

- a) Titularidad del pasaporte o documentos de viaje a los que se refiere el artículo siguiente.
 - b) Titularidad del correspondiente visado en los términos establecidos en el artículo 7.
 - c) Justificación del objeto y las condiciones de la entrada y estancia en los términos establecidos en el artículo 8.
 - d) Acreditación, en su caso, de los medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el periodo de permanencia en España, o de estar en condiciones de obtenerlos, así como para el traslado a otro país o el retorno al de procedencia, en los términos establecidos en el artículo 9.
 - e) Presentación, en su caso, de los certificados sanitarios a los que se refiere el artículo 10.
 - f) No estar sujeto a una prohibición de entrada, en los términos del artículo 11.
 - g) No suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido.
2. La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España.”

B. 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”

17. En lo que aquí interesa, el Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 dice lo siguiente:

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

C. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada entre otras por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

18. A raíz de distintos acontecimientos, comparables a los que son objeto los del presente asunto, el Gobierno español adoptó la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo de 2015 de protección de la seguridad ciudadana modificando la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero del 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (« la LOEX »). Esta modificación, vigente desde el 1 de abril de 2015, establece un régimen especial de detección y rechazo en frontera de los inmigrantes que llegan a Ceuta y Melilla.

19. Las disposiciones aplicables de la LOEX actualmente en vigor dicen lo siguiente:

Artículo 25

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

(...)”

**Disposición adicional décima, añadida por la antedicha Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo.
Régimen especial de Ceuta y Melilla**

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

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

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

III. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

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

20. Los derechos fundamentales, garantizados por el Convenio, forman parte del derecho de la Unión Europea y así se reconocen en el Tratado de la Unión Europea, modificado por el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009:

Artículo 2

“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. (...)”

Artículo 6

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

(...)

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

B. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, forma parte del derecho originario de la Unión Europea.

21. El artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene una disposición expresa que garantiza el derecho de asilo. Se formula en los términos siguientes:

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

22. El artículo 19 de la citada Carta dispone:

Protección en caso de devolución, expulsión y extradición

“1. Se prohíben las expulsiones colectivas.

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

23. El artículo 47 de la Carta, titulado “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, establece lo siguiente:

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

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

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

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

24. Las cuestiones que afectan más concretamente al presente caso están reguladas en el Título V, “El espacio de libertad, seguridad y justicia”, de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) respecto a las políticas y acciones de la Unión. En el capítulo primero de dicho Título, el artículo 67 dispone:

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

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

25. El artículo 72 de dicho capítulo del Tratado dispone:

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

26. El segundo capítulo del Título V se refiere a las “Políticas sobre Controles en las fronteras, Asilo e Inmigración”. El artículo 78 § 1 dice lo siguiente:

“La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra (...), así como a los demás tratados pertinentes.”

27. El artículo 78 § 2 prevé entre otras cosas que el legislador de la Unión adopte medidas relativas a un estatuto uniforme de asilo y de protección subsidiaria, así como los “criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo”.

D. La “directiva retorno”

28. En el marco de la Unión Europea, el retorno de los extranjeros en situación irregular está regulado por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 (conocida como “directiva retorno”) respecto a las normas y procedimientos comunes aplicables en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Dicho texto incorpora en especial las siguientes disposiciones:

Artículo 1 – Objeto

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

Artículo 2 – Ámbito de aplicación

“1. La presente Directiva se aplicará a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. 2. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países: a) a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro;

(...)”

Artículo 8 – Expulsión

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

(...)”

Artículo 12 – Forma

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

Artículo 13 – Vías de recurso

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

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

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

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

29. Llamado a interpretar la “directiva retorno”, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dicho que todo extranjero tiene el derecho a expresar, con anterioridad a la adopción de una decisión respecto de su devolución, su punto de vista sobre la legalidad de su estancia (ver, principalmente, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, asunto C-249/13, sentencia de 11 de diciembre de 2014, párrafos 28-35). Los principios que se desprenden de la jurisprudencia del TJUE sobre el cumplimiento del derecho a ser oído en la “directiva retorno” pueden ser consultados en detalle en los párrafos 42 a 45 de la sentencia *Khlaifia y otros* (antedicha). Este derecho a ser oído, que se aplica como principio fundamental del derecho de la Unión: a) garantiza a toda persona la posibilidad de dar a conocer, de forma precisa y efectiva, su punto de vista en el transcurso del procedimiento administrativo y con anterioridad a la adopción de cualquier decisión susceptible de afectar de forma adversa a sus intereses; b) tiene como fin que la autoridad competente esté en condiciones de tomar en consideración de forma precisa el conjunto de los elementos relevantes, prestando toda la atención necesaria a las alegaciones formuladas por el interesado y motivando su decisión de manera circunstanciada (ver el asunto *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, antedicho, puntos 37 y 38). El TJUE ha añadido, entre otras cosas, que el interesado no debe necesariamente poder manifestarse sobre todos los elementos sobre los cuales la autoridad nacional entiende fundamentar su decisión de retorno, sino que debe tener simplemente la oportunidad de exponer los posibles motivos que impedirían su expulsión. El TJUE ha establecido las restricciones a las que el derecho a ser oído

puede estar sujeto así como las consecuencias del incumplimiento de este requisito y ha indicado que una decisión adoptada a raíz de un procedimiento administrativo que hubiera violado el derecho a ser oído sólo podría ser anulada si, en ausencia de esta irregularidad, el procedimiento hubiera desembocado en un resultado distinto. Por otra parte, el derecho a ser oído puede estar sujeto a restricciones, siempre que estas respondan a fines de interés general y que no constituyan, con respecto al fin pretendido, una intervención desmesurada e intolerable que vulnerara la sustancia del derecho. (*Khlaifia y otros*, antedicha, §§ 44-45).

E. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (texto refundido)

30. En lo que aquí interesa, las disposiciones del Capítulo II de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) establecen:

Artículo 8 – Información y asesoramiento en centros de internamiento y en puestos fronterizos

“1. Cuando se presuma que nacionales de terceros países o apátridas mantenidos en centros de internamiento o que se encuentren en puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores, pueden desear presentar una solicitud de protección internacional, los Estados miembros les facilitarán información sobre la posibilidad de hacerlo. En dichos centros de internamiento y puestos fronterizos, los Estados miembros proporcionarán servicios de interpretación en la medida en que sea necesario para facilitar el acceso al procedimiento de asilo en esas zonas.

2. Los Estados miembros garantizarán que las organizaciones y personas que presten asesoramiento y consejo a los solicitantes tengan acceso efectivo a los solicitantes que se encuentren en los puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores. Los Estados miembros podrán establecer normas que regulen la presencia de estas organizaciones y personas en dichos puestos fronterizos y, en particular, que el acceso esté sujeto a un acuerdo con las autoridades competentes del Estado miembro. Podrán imponerse limitaciones de acceso solo cuando, en virtud del Derecho nacional, sean necesarias objetivamente para la seguridad, el orden público o la gestión administrativa de los puestos fronterizos en cuestión, siempre y cuando con ello el acceso no resulte seriamente limitado o imposibilitado.”

Artículo 9 – Derecho de permanencia en el Estado miembro durante el examen de la solicitud

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

(...) »

Artículo 11 – Requisitos de la resolución de la autoridad decisoria

“1. Los Estados miembros garantizarán que las resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional se dicten por escrito.

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

No será preciso que los Estados miembros ofrezcan información escrita sobre cómo impugnar una resolución negativa, en relación con una resolución, cuando se haya informado de ello anteriormente al solicitante por escrito o por vía electrónica a la que tenga acceso el solicitante.

3. A efectos de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, y siempre que la solicitud esté basada en los mismos motivos, los Estados miembros podrán dictar una resolución única que se aplique a todas las personas a cargo, a menos que de ello se derive la revelación de circunstancias particulares de un solicitante que pueda poner en peligro sus intereses, en particular en aquellos casos en que se trate de persecución por razones de género, orientación sexual, identidad de género y/o edad. En tales casos, se dictará una resolución separada para la persona afectada.”

Artículo 12 – Garantías para los solicitantes

“1. Los Estados miembros garantizarán, respecto de los procedimientos [de solicitud de protección internacional], establecidos en el capítulo III que todos los solicitantes disfruten de las siguientes garantías:

a) ser informados, en una lengua que comprenden o que sea razonable suponer que comprenden, acerca del procedimiento que debe seguirse y de sus derechos y obligaciones durante el mismo, así como de las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones y de su falta de cooperación con las autoridades. Ser informados de los plazos, de los medios de que disponen para cumplir con la obligación de presentar los elementos a que se refiere el artículo 4 de la Directiva 2011/95/UE, así como de las consecuencias de una retirada explícita o implícita de la solicitud. Dicha información se les dará con tiempo suficiente para que puedan ejercer los derechos garantizados en la presente Directiva y cumplir con las obligaciones descritas en el artículo 13;

b) disponer, en caso necesario, de los servicios de un intérprete para exponer sus argumentos ante las autoridades competentes. Los Estados miembros considerarán necesario proporcionar estos servicios al menos cuando el solicitante sea convocado a la entrevista a que se refieren los artículos 14 a 17 y 34 y no pueda asegurarse la comunicación adecuada sin tales servicios. En ese caso y en otros casos en que las autoridades competentes convoquen al solicitante, dichos servicios se abonarán a través de fondos públicos;

c) no poder negarles la posibilidad de ponerse en contacto con el ACNUR o con otra organización que preste asesoramiento jurídico o consejo a los solicitantes de conformidad con el Derecho del Estado miembro de que se trate;

d) no poder negarles, ni a ellos ni, si procede, a sus abogados u otros asesores jurídicos, de conformidad con el artículo 23, apartado 1, el acceso a la información a que se refiere el artículo 10, apartado 3, letra b), ni a la información facilitada por los expertos a que se refiere el artículo 10, apartado 3, letra d), cuando la autoridad decisoria haya tenido en cuenta dicha información para tomar una decisión sobre su solicitud;

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

f) ser informados del resultado de la resolución de la autoridad decisoria en una lengua que comprenden o que sea razonable suponer que comprenden en caso de que no estén asistidos o representados por un asesor jurídico u otro consejero. Entre la información proporcionada se indicarán cuáles son las actuaciones requeridas para la impugnación de una resolución desestimatoria, de conformidad con las disposiciones del artículo 11, apartado 2.

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

31. Las siguientes disposiciones del Capítulo II exponen, entre otras cosas, las obligaciones de los solicitantes de protección internacional con respecto a las autoridades competentes para la determinación de su identidad y demás elementos necesarios, la posibilidad de mantener una entrevista personal con una persona competente de acuerdo con el derecho nacional, los requisitos a los que está sujeta tal entrevista, el contenido de la misma y su grabación, el reconocimiento médico al que el demandante puede estar sometido y que se centrara en las señales de persecución o de vulneración grave que hubiera padecido en el pasado, la entrega gratuita de informaciones jurídicas y procedimentales, los requisitos para la entrega gratuita de estas, el derecho a la asistencia

jurídica y a la representación en todas las fases del procedimiento, el alcance de estas últimas y los requisitos para su concesión (artículos 13 a 23).

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

32. El artículo 13 § 1 del Código de fronteras Schengen (CFS) dispone:

“La vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente. Toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE.”

IV. OTROS TEXTOS INTERNOS E INTERNACIONALES APLICABLES

A. El Defensor del Pueblo

33. En su Informe anual de 2005, el Defensor del Pueblo español expresa lo siguiente:

“Se ha discutido si el perímetro fronterizo debe ser considerado territorio español y, en consecuencia, qué normativa le resulta aplicable. A la luz de los diversos convenios entre España y Marruecos firmados durante el siglo XIX que fijan los límites jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma de Melilla, puede afirmarse que el perímetro está construido (...) en territorio español; que su titularidad plena pertenece a España y que su custodia sólo se realiza por fuerzas españolas. (...) Sin embargo, no corresponde a la Administración española determinar dónde ha de comenzar a regir la legislación de nuestro país. Dicha aplicación territorial viene regida por los tratados internacionales o, en su caso, la costumbre internacional que fijan los límites con los Estados vecinos»

34. En la presentación, el día 9 de abril de 2014, de su informe anual del 2013 al Senado, a la Defensora del Pueblo español le “duele la imagen, muchas veces desgarradora, de personas subidas en una valla o en lo alto de un poste” y ha subrayado que, “si están en territorio español y creemos que lo están [cuando se encuentran subidas en las vallas del puesto fronterizo de Melilla] (...), a esas personas tenemos que tratarlas conforme a la legalidad. Por consiguiente [la Defensora del Pueblo] ha condenado los rechazos inmediatos (*devoluciones en caliente*) los cuales, ha recordado, no existen en la Ley de Extranjería. »¹

B. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969

35. El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, respecto a la regla general de interpretación, dice lo siguiente:

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

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

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

¹ <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/la-defensora-del-pueblo-concluye-en-el-senado-el-tramite-parlamentario-del-informe-anual-2/>

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

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

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

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

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

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

36. El artículo 32 del tratado, en relación con los medios de interpretación complementarios, dispone lo siguiente:

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

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

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

C. La Comisión de Derecho Internacional

37. En su sexagésimo sexto periodo de sesiones, en 2014, la Comisión de Derecho Internacional adoptó el “Proyecto de articulado sobre expulsión de extranjeros”. Dicho texto, del que la Asamblea General tomó nota (Resolución A/RES/69/119 de 10 de diciembre de 2014), destaca las siguientes disposiciones:

Artículo 2 – Términos empleados

“A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) Se entiende por "expulsión" un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado;

b) Se entiende por "extranjero" la persona física que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra.”

Artículo 3 – Derecho de expulsión

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

Artículo 4 – Obligación de conformidad con la ley

“Un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley.”

Artículo 5 – Motivos de expulsión

“1. Toda resolución de expulsión deberá ser motivada.

2. Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero por un motivo previsto en la ley.

3. El motivo de expulsión será evaluado de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias, teniendo en cuenta en particular, cuando proceda, la gravedad de los hechos, el comportamiento del extranjero en cuestión o el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar.

4. Un Estado no expulsará a un extranjero por un motivo contrario a las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional.”

Artículo 9 – Prohibición de la expulsión colectiva

“1. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo.

2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con el presente proyecto de artículos.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor.”

Artículo 13 – Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

« 1. Todo extranjero objeto de expulsión será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante todo el procedimiento de expulsión.

2. Tendrá derecho a que se respeten sus derechos humanos, incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos. »

Artículo 17 – Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

« El Estado expulsor no someterá a un extranjero objeto de expulsión a la tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. »

38. En su comentario al artículo 9 del proyecto, la Comisión de Derecho Internacional ha tomado nota, entre otras cosas, de lo siguiente:

“(…) 4) La prohibición de las expulsiones colectivas de los extranjeros, enunciada en el párrafo 2 del proyecto del artículo 9, debe entenderse a la luz del párrafo 3, que lo aclara al precisar las condiciones en las que los miembros de un grupo de extranjeros pueden ser expulsados de manera concomitante sin que por ello dicha medida deba considerarse como una expulsión colectiva a efectos del proyecto del articulado. El párrafo 3 indica que tal expulsión se admite siempre que se adopte al término y en base a una valoración individual de las circunstancias de cada uno de los miembros que forman el grupo según lo previsto en el presente proyecto del articulado (...)”.

V. DOCUMENTOS DEL CONSEJO DE EUROPA

A. El informe del Comité para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa (CPT)

39. Entre el 14 y el 18 de julio de 2014, una delegación del CPT realizó una visita a España. La delegación tenía especialmente como objetivo examinar determinados aspectos del trato de los inmigrantes detectados en situación irregular, a lo largo de la frontera con Marruecos en el enclave de Melilla.

40. En su informe, publicado el 9 de abril de 2015, el CPT indicaba lo siguiente:

“(…)

36. El CPT reconoce que ciertos Estados europeos se enfrentan con frecuencia al flujo de inmigrantes en situación irregular. Este es, en especial, el caso de los países situados en las fronteras externas de la Unión Europea, que son una puerta de entrada hacia el resto de Europa. España es un país sometido a dichas presiones.

37. La Ciudad autónoma de Melilla es un enclave español de 12 km² situado en la costa del norte de África, rodeado de territorio marroquí. Se encuentra en la ruta migratoria de personas procedentes del norte de África y del África subsahariana, así como de inmigrantes sirios. La delegación tuvo conocimiento de que el número de extranjeros que intentaban cruzar la frontera ilegalmente en Melilla había aumentado considerablemente durante los últimos dieciocho meses.

La Guardia Civil se encarga de patrullar la frontera terrestre y la costa para impedir las entradas clandestinas. La delegación ha sido informada de que en Melilla la Guardia Civil ha institucionalizado la cooperación con la gendarmería marroquí pero que no existía cooperación formal con las Fuerzas Auxiliares marroquíes (las “FAM”), que tienen como responsabilidad primordial la vigilancia fronteriza.

38. Las autoridades españolas han construido un dispositivo formado por vallas paralelas a lo largo de trece kilómetros de la frontera que separa Melilla de Marruecos, con el objetivo de impedir el acceso de inmigrantes en situación irregular a territorio español. El CPT indica que la valla ha sido completamente construida en territorio español y que, por lo tanto, es competencia exclusiva de España.

El dispositivo consiste en una valla de 6 metros de altura, ligeramente cóncava del lado marroquí, un mallado tridimensional seguido de una segunda valla de 3 metros de altura y, al otro lado de una carretera patrullada, de otra valla de 6 metros de altura. A intervalos regulares, unas puertas se han integrado dentro de las vallas para permitir el paso de un lado al otro. Además, se ha instalado un sofisticado sistema de video vigilancia (con cámaras de infrarrojos) combinado con sensores de movimiento. La mayor parte de las vallas ha sido legalmente equipada con un mallado anti-trepador.

39. El 13 de febrero de 1992, España suscribió un acuerdo bilateral con el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente (“acuerdo de readmisión”). En virtud de dicho acuerdo, “Las autoridades fronterizas del Estado requerido readmitirán en su territorio, a petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requirente, a los nacionales de países terceros que hubieren entrado ilegalmente en el territorio de este último procedente del Estado requerido”. La solicitud de readmisión debe presentarse en los diez días posteriores a la entrada ilegal en el territorio del Estado requerido.

44. Grupos más o menos importantes de extranjeros –entre varios y un millar de personas- intentan periódicamente entrar en territorio español. En lo que se refiere a las tentativas de entrada en territorio español por mar, el CPT ha sido informado del drama que tuvo lugar el 6 de febrero de 2014 y que tuvo una amplia repercusión en los medios de comunicación social. Miembros de la Guardia Civil dispararon pelotas de goma desde la playa a aquellas personas que intentaban alcanzar Melilla a nado y que fueron obligadas a volver a Marruecos. No obstante, no todos consiguieron volver nadando y parece ser que se ahogaron 15 extranjeros.

En lo referente al acceso a territorio español a través del dispositivo fronterizo, la delegación ha recibido denuncias coincidentes, confirmadas por imágenes de video, según las cuales los inmigrantes irregulares fueron detectados en el interior del dispositivo fronterizo o más allá del mismo por miembros de la Guardia Civil, y fueron seguidamente devueltos a la fuerza a Marruecos –a veces tras ser esposados- sin haber sido identificados. Varios ciudadanos extranjeros indicaron igualmente a la delegación haber sido detenidos por la Guardia Civil varios centenares de metros más allá de la frontera. En efecto, parece ser que el deber de la Guardia Civil incluye detener a los inmigrantes irregulares de camino al CETI de Melilla y devolverlos a Marruecos. Además, los ciudadanos extranjeros eran supuestamente devueltos a Marruecos pese a estar heridos o con serias dificultades para caminar (ver asimismo el párrafo 47).

EL CPT considera que la práctica descrita de devolver inmediatamente y por la fuerza a los inmigrantes irregulares, sin identificación previa o evaluación de sus necesidades, es una flagrante vulneración del principio de no rechazo anteriormente mencionado.

(...)

46. El CPT recomienda que se den instrucciones claras a las fuerzas de seguridad españolas para que respeten plenamente el principio de no rechazo. Los inmigrantes que entran irregularmente en territorio español no deberían ser devueltos a la fuerza a Marruecos sin que se proceda previamente a una evaluación de aquellas personas que necesitan protección, que se analicen sus necesidades y que se adopten las medidas necesarias.

Además, recomienda que se adopten medidas para asegurar que la legislación nacional sigue siendo conforme con el principio de no rechazo”.

B. El informe anual de actividad de 2015 de Nils Muižnieks, Comisario europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa (Comisario DDHH), de 14 de marzo de 2016

41. En lo que aquí interesa, el citado informe dice lo siguiente:

“(…) 1.2 Visitas

Visita a España

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

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

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

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

Aun cuando se felicita por la apertura de una oficina encargada de las cuestiones de asilo en uno de los controles fronterizos de Melilla y de la buena cooperación de la policía con ACNUR, el Comisario ha insistido en la necesidad de reforzar el sistema de asilo en Melilla, de forma que todas aquellas personas que requieran protección, cualquiera que sea su país de origen, puedan entrar en territorio español con total seguridad, disfrutar de un examen individual de sus circunstancias personales y

presentar una demanda de protección internacional. Además, ha instado a las autoridades para que tomen medidas urgentes con el fin de mejorar las disposiciones existentes respecto a la acogida de los inmigrantes en Melilla, y aclarar las reglas que regulan los traslados al continente.

La nota de prensa publicada tras la visita del Comisario (el 16 de enero) se puede consultar en su página web. Esta visita ha servido igualmente de base para las observaciones por escrito que el Comisario ha remitido al TEDH como tercera parte en los dos asuntos contra España (N.D y N.T., demandas nº8675/15 y nº8697/15) respecto a la supuesta devolución de inmigrantes desde Melilla a Marruecos (ver más adelante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

(...)

2. Actividades temáticas

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

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

(...)

6. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En 2015, el Comisario ha usado ampliamente su derecho a presentar observaciones por escrito de los asuntos presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 36, párrafo 3 del Convenio. Lo ha utilizado en (...) dos asuntos contra España respecto al alegado rechazo de inmigrantes desde la ciudad española de Melilla a Marruecos.

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

C. Nota de prensa publicada el 16 de enero de 2015 tras la visita del Comisario DDHH a España (del 13 al 16 de enero de 2015)

42. La citada nota de prensa dice lo siguiente:

“España: la legislación y la práctica en materia de inmigración y de asilo deben respetar las normas de derechos humanos.

Madrid 16/01/2015

El comisario en Melilla, España

En España se examinan en la actualidad propuestas para modificar la ley de extranjería, que pretenden legalizar la devolución de los inmigrantes que llegan a Ceuta y a Melilla; estas propuestas contradicen claramente las normas de derechos humanos. Las autoridades españolas deberían reconsiderarlas y velar por que cualquier texto legislativo futuro sea plenamente conforme con las obligaciones internacionales de España, que consisten principalmente en garantizar el pleno acceso a un procedimiento de asilo efectivo, en aportar una protección contra el rechazo y en no proceder a

expulsiones colectivas”, ha declarado hoy Nils Muižnieks, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, tras la visita a Melilla y Madrid comenzada el 13 de enero.

El Comisario ha recordado que los Estados no deberían jamás derogar las garantías fundamentales en materia de derechos humanos, cualesquiera que sean las dificultades que la gestión de los flujos migratorios pueda plantear en ciertos contextos. “Las migraciones son indiscutiblemente una cuestión compleja, que requieren una respuesta europea conjunta, pero esto no exonera a los Estados de sus obligaciones. España tiene ciertamente el derecho a establecer sus propias políticas inmigratorias y de control fronterizo, pero también debe respetar sus obligaciones en materia de derechos humanos, y en concreto aquellas que le conciernen con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Convenio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados”.

Durante su visita a Melilla, el Comisario ha recibido informaciones coherentes sobre el estado de los rechazos, acompañados en ocasiones de un uso excesivo de la fuerza por parte de la Guardia Civil. “Los rechazos deben cesar y deben reemplazarse por una práctica que concilie el control de las fronteras y los derechos humanos. No es una misión imposible, ya que los flujos migratorios a Melilla se mantienen actualmente en un nivel manejable. Cualquier uso excesivo de la fuerza por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad debe dar lugar a una investigación completa y efectiva, y las personas responsables deben ser sancionadas de forma adecuada”.

El Comisario acoge con satisfacción la creación, en noviembre de 2014, de una oficina encargada de las cuestiones de asilo, situada en uno de los puntos de paso entre Melilla y Marruecos, que permite que aquellas personas que necesitan protección para entrar en España lo hagan en las mejores condiciones de seguridad. “Ello es particularmente cierto para las personas que huyen del conflicto sirio, y que son por otra parte cada vez más numerosas en utilizar esta nueva posibilidad. No obstante, para otras personas, sobre todo aquellas que proceden de África subsahariana, que también pueden tener buenas razones para solicitar protección, esta posibilidad les resulta imposible y deben correr enormes riesgos para entrar en la ciudad, incluso escalar las vallas que la rodean. Insto a las autoridades españolas a reforzar el sistema de asilo en Melilla, de forma que cualquier persona con necesidad de protección pueda entrar en territorio español en condiciones de seguridad y presentar sus solicitudes”. Frente al rápido aumento de numerosas solicitudes de asilo, el Comisario invita encarecidamente a las autoridades españolas a movilizar los recursos humanos y materiales necesarios, incluidos los suficientes efectivos de policía debidamente formada, de abogados y de intérpretes.

El Comisario también acoge con satisfacción la presencia en el terreno de ACNUR en Melilla desde julio de 2014 y su buena cooperación con las autoridades. Recomienda sin embargo adoptar de manera urgente medidas orientadas a mejorar las condiciones de acogida en Melilla (...).

Además, el Comisario pide a las autoridades que establezcan reglas claras y transparentes aplicables a los traslados de solicitantes de asilo desde Melilla al continente, y de racionalizar esos traslados para reducir el hacinamiento, pero también la incertidumbre de los inmigrantes que con frecuencia no saben qué va a pasar con ellos”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA CUESTIÓN DE LA JURISDICCIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 1 DEL CONVENIO

43. A tenor del artículo 1 del Convenio:

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

A. Los argumentos de las partes

44. El Gobierno considera que la demanda se basa en hechos que se han producido fuera de la jurisdicción de España alegando que los demandantes no habrían conseguido

superar el dispositivo de protección del puesto fronterizo de Melilla (párrafo 17 anterior) y por tanto no habrían entrado en territorio español. Estima pues que las Fuerzas del Orden sólo podían impedir la entrada de los demandantes en territorio español y que, por consiguiente, los interesados no estaban bajo la jurisdicción de España con arreglo al artículo 4 del Protocolo nº 4 al Convenio. Añade sin embargo que, “Aunque la valla fronteriza se situara eventualmente dentro de las fronteras terrestres de España, el ejercicio de la jurisdicción, aún dentro del territorio de los Estados Miembros, puede tener un ámbito objetivo variable respecto de cada uno de los derechos protegidos por el Convenio.”

45. Los demandantes sí estiman que la jurisdicción de España no puede cuestionarse en este caso y se refieren a las observaciones presentadas por las terceras partes desarrolladas a continuación. Opinan que la expulsión de extranjeros, que tiene por efecto, según ellos, impedir a los inmigrantes alcanzar las fronteras del Estado, incluso de rechazarlos a otro Estado, constituye un ejercicio de la jurisdicción con arreglo al artículo 1 del Convenio, que compromete la responsabilidad del Estado en cuestión en el ámbito del artículo 4 del Protocolo nº 4 (*Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GC], nº 27765/09, § 180, CEDH 2012).

46. El Comisario DDHH, tercer interviniente en el presente caso, hace especial referencia a una afirmación publicada por la Defensora del Pueblo español el día 9 de abril de 2014 en su sitio web oficial (párrafo 34 anterior), según la cual la jurisdicción española se ejerce también sobre el terreno que se encuentra entre las vallas en el puesto fronterizo de Melilla y no sólo más allá del dispositivo de protección del puesto en cuestión.

47. La CEAR estima que ni el Estado español ni la Unión Europea reconocen una situación jurídica específica a la delimitación de fronteras de Ceuta y Melilla. La línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla es, por consiguiente, la que ha sido delimitada por los Tratados internacionales en los que son parte los Reinos de España y de Marruecos. La CEAR se refiere al siguiente párrafo del informe anual de 2005 del Defensor del Pueblo español reproducido en el párrafo 33 anterior).

48. Las ONG Centro de Asesoramiento sobre los Derechos de la Persona en Europa (Centro AIRE), Amnistía Internacional (AI), el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE) y la Comisión Internacional de Juristas (ICJ), que han presentado conjuntamente sus observaciones como terceros intervinientes, citando al TEDH en su sentencia *Hirsi Jamaa* (anteriormente citada, § 180), consideran “que las expulsiones de extranjeros realizadas en el marco de intercepciones en alta mar por parte de las autoridades de un Estado en el ejercicio de sus prerrogativas de potestad pública, y que tienen por efecto impedir que los inmigrantes alcancen las fronteras del Estado, incluso de rechazarlos a otro Estado, constituyen un ejercicio de su jurisdicción con arreglo al artículo 1 del Convenio, que compromete la responsabilidad del Estado en cuestión en el ámbito del artículo 4 del Protocolo nº 4”. Estas ONG estiman que esto es igual para la denegación de entrada en el territorio nacional de las personas que han entrado clandestinamente en España (*Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, nº 16643/09, § 212, 21 de octubre de 2014), que se encuentran según las ONG bajo el control efectivo de las

autoridades de éste Estado, ya estén en el interior del territorio del Estado o en sus fronteras terrestres.

B. La valoración del TEDH

1. Breve recordatorio de los principios generales relativos a la jurisdicción con arreglo al artículo 1 del Convenio

49. El TEDH juzga oportuno recordar que, a tenor del artículo 1 del Convenio, el compromiso de los Estados contratantes consiste en "reconocer" a las personas que se encuentran bajo su "jurisdicción" los derechos y libertades que en aquél se enumeran (*Banković y otros c. Bélgica y otros 16 Estados contratantes* (decisión) [GC], nº 52207/99, § 66, CEDH 2001-XII). El ejercicio de la "jurisdicción" es una condición necesaria para que a un Estado contratante se le pueda considerar responsable por los actos u omisiones que le son imputables y que están en el origen de una alegación de violación de los derechos y libertades enunciados en el Convenio (*Hirsi Jamaa*, antedicha, § 70).

50. La jurisdicción de un Estado, con arreglo al artículo 1, es principalmente territorial (*Banković y otros*, decisión anteriormente citada, §§ 61 et 67, y *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia* [GC], nº 48787/99, § 132, CEDH 2004-VII) y se presume que se ejerce normalmente sobre el conjunto de su territorio (*Assanidzé c. Georgia* [GC], nº 71503/01, § 139, CEDH 2004-II).

51. En conformidad con el carácter básicamente territorial de la noción de "jurisdicción", el TEDH sólo ha admitido en circunstancias excepcionales la posibilidad de que los actos de los Estados contratantes realizados o que produzcan efectos fuera de su territorio se consideren por su parte como un ejercicio de su jurisdicción en el sentido del artículo 1 del Convenio (*Banković y otros*, decisión anteriormente citada, § 67, *Ilaşcu y otros*, anteriormente citada, § 314). Se remite, como ejemplos concretos, a los párrafos 73 y siguientes de su sentencia *Hirsi Jamaa* (anteriormente citada). Recuerda sin embargo que, desde el momento en que un Estado, a través de sus agentes que operan fuera de su territorio, ejerce su control y su autoridad sobre un individuo, y por consiguiente su jurisdicción, recae sobre él, en virtud del artículo 1, una obligación de reconocer a aquel los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio que atañen a su caso (*Al-Skeini y otros c. Reino Unido* [GC], nº 55721/07, § 137, CEDH 2011, y *Hassan c. Reino Unido* [GC], nº 29750/09, § 74, CEDH 2014).

2. Aplicación de estos principios a este caso

52. El TEDH apunta que, para el Gobierno, los hechos del presente caso se han producido fuera de la jurisdicción del Estado demandado en la medida en que los demandantes no habrían entrado en territorio español (párrafos 17 y 44 anteriores) e incluso suponiendo que "la valla fronteriza se situara dentro de las fronteras terrestres de España", la actuación de las fuerzas del orden impidiendo la entrada de los inmigrantes no estaría bajo la jurisdicción de España con arreglo al artículo 4 del Protocolo nº 4. Los demandantes y las terceras partes sí estiman que la expulsión de extranjeros que tenga por objeto impedir a los inmigrantes alcanzar las fronteras del Estado o de rechazarles a otro Estado sí constituye un ejercicio de la jurisdicción, con arreglo al artículo 1 del Convenio,

que comprometería la responsabilidad del Estado en cuestión en el ámbito del artículo 4 del Protocolo n° 4.

53. El TEDH observa por otra parte que la línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla ha sido delimitada por los tratados internacionales en los que son parte los Reinos de España y de Marruecos y que no puede ser modificada a instancia de uno de estos Estados por las necesidades de una situación concreta de hecho. Toma nota de las afirmaciones de la CEAR en sus observaciones sobre el perímetro fronterizo entre España y Marruecos (párrafos 47 y 33 anteriores) así como de las del Comisario DDHH retomando las de la Defensora del pueblo español, según las cuales la jurisdicción española también se ejercería sobre el terreno situado entre las vallas en el puesto fronterizo de Melilla y no solamente más allá del dispositivo de protección del puesto en cuestión (párrafos 46 y 34 anteriores).

54. A la vista de cuanto antecede y del contexto de las presentes demandas, el TEDH se remite al derecho internacional aplicable y a los acuerdos celebrados entre los Reinos de Marruecos y de España que conciernen al establecimiento de las fronteras entre estos dos Estados. Considera sin embargo que no es necesario establecer si la valla fronteriza levantada entre Marruecos y España se sitúa o no en territorio de este último Estado. Se limita a recordar, tal como ya lo ha dejado asentado en el pasado, que desde el momento en que hay un control sobre los demás, se trata en esos casos de un control *de jure* ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados (*Hirsi Jamaa*, anteriormente citada, § 77), es decir de un control efectivo de las autoridades de éste Estado, ya se encuentren éstas en el interior del territorio del Estado o en sus fronteras terrestres. En opinión del TEDH, desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, *de facto*, de las autoridades españolas. Ninguna especulación que atañe a las competencias, funciones y actuación de las fuerzas del orden españolas en cuanto a la naturaleza y el fin de su intervención podría llevar al TEDH a otra conclusión.

55. En consecuencia, no hay ninguna duda de que los hechos que sustentan las alegadas violaciones están bajo la "jurisdicción" de España con arreglo al artículo 1 del Convenio.

II. SOBRE LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES PLANTEADAS POR EL GOBIERNO

A. Sobre la ausencia de condición de víctima

56. El Gobierno considera que los demandantes no pueden pretender ser "víctimas", con arreglo al artículo 34 del Convenio, de los hechos que denuncian. Expone que han afirmado, sin documentos oficiales de identidad acreditativos, haber participado, al amanecer del día 13 agosto 2014, al asalto que se dio al puesto fronterizo de Melilla, y que se han reconocido en las grabaciones de video que han aportado (párrafo 14 anterior). Critica, apoyándose en informes periciales, la mala calidad de las grabaciones de video en cuestión, que impediría el cotejo de las imágenes filmadas con las fotos de los archivos oficiales de identidad, las cuales habrían sido comprobadas en su entrada posterior en territorio español. Además, opina que, incluso suponiendo que las personas visibles en las imágenes filmadas sean efectivamente los demandantes, estos últimos han perdido la

condición de víctima en la medida en que, algunos meses más tarde, habrían conseguido entrar ilegalmente en el territorio español por el mismo puesto fronterizo y habrían sido objeto de órdenes de expulsión acordadas en el marco de procedimientos dotados, según el Gobierno, de todas las garantías. Por otra parte, aclara que ninguno de los dos demandantes ha presentado una solicitud de protección internacional ante las autoridades españolas antes de acudir al TEDH. Añade que únicamente el demandante N.D. lo hizo después, cuando, en su entrada ilegal en España con posterioridad a los hechos de la presente demanda, los dos demandantes habrían sido asistidos por abogados e intérpretes. Concluye que, en consecuencia, los demandantes no son víctimas de las violaciones que alegan.

57. Los demandantes, por su parte, consideran que los elementos de prueba que habían reunido –vídeos del asalto a las vallas en cuestión, en los cuales dicen reconocerse entre los demás inmigrantes (párrafo 13 anterior), e informes de instituciones y de organizaciones internacionales e independientes –eran suficientes para demostrar que sí formaban parte del grupo que intentó entrar en España masivamente escalando la valla de Melilla el día 13 agosto de 2014 y que fueron devueltos de forma sumaria. Indican que, por otra parte, el Gobierno español ya ha reconocido la existencia de la práctica sistemática de expulsiones sumarias colectivas en la valla de Melilla. Ponen en duda la independencia y la calidad de los informes presentados por el Gobierno y sostienen que no hay "cotejo" posible, en la medida en que las imágenes filmadas utilizadas por el Gobierno no serían las imágenes pertinentes. Reprochan al Gobierno no haber aportado las grabaciones de vídeo realizadas con las cámaras de seguridad infrarrojas y los sensores de movimiento instalados en la valla de Melilla, cuyas imágenes hubieran sido, según los demandantes, más claras que las que ellos mismos aportaron (párrafo 14 anterior) y que habrían sido tomadas por terceros a pesar de las amenazas proferidas por los agentes de la *Guardia Civil* que trataban de impedir filmar a aquéllos. Mantienen además que la imposibilidad de aportar pruebas suplementarias relativas a su identidad resulta del incumplimiento por el Gobierno español de los procedimientos de identificación y evaluación de las circunstancias individuales exigidos por el artículo 4 del Protocolo nº 4. Estiman que el Gobierno no ha estado en condiciones de responder a la solicitud de información relativa a los hechos formulada por el TEDH el día 7 de julio de 2015, lo que, según los interesados, constituye por sí mismo una violación de la obligación del Gobierno de aportar las pruebas o informaciones requeridas por el TEDH, de acuerdo con el artículo 44 c) de su Reglamento de Procedimiento e impide controlar la veracidad de sus testimonios.

58. Por otra parte, los demandantes indican que no han sido indemnizados por los perjuicios que consideran haber sufrido y que no han disfrutado de ningún recurso para quejarse por su expulsión sumaria. Estiman por consiguiente que no han perdido la condición de víctima y que los acontecimientos posteriores no son pertinentes para la valoración de la existencia de la alegada violación.

59. Habida cuenta de los elementos que constan en el expediente, el TEDH considera que los demandantes pueden pretender ser víctimas de las alegadas violaciones del Convenio. Apunta en efecto que han informado de una manera coherente de las circunstancias, de su país de origen, de las dificultades que les han conducido hasta el monte Gurugú y de su participación, el día 13 agosto 2014, junto con otros inmigrantes, al asalto de las vallas levantadas en la frontera terrestre que separa Marruecos de España

por el puesto fronterizo de Beni-Enzar (párrafo 41 anterior), asalto que fue inmediatamente reprimido por la *Guardia Civil* española. Observa que los demandantes han aportado, para sustentar sus afirmaciones, imágenes de vídeo que parecen verosímiles. El Gobierno no niega por otra parte, la existencia de expulsiones sumarias e incluso ha modificado, poco después de los hechos del presente caso, la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros a fin de legalizar estas "expulsiones en caliente".

60. Además, el TEDH no puede ignorar que, si los demandantes no pueden aportar documentos que les identifiquen de manera más nítida entre el grupo de inmigrantes expulsados el día 13 de agosto de 2014, es ante todo porque, en el momento de su expulsión, los extranjeros devueltos no fueron objeto de ningún procedimiento de identificación. Estima que el Gobierno no puede escudarse tras la ausencia de identificación cuando él mismo es el responsable. Por otra parte, el hecho de que los demandantes hayan accedido posteriormente al territorio español no les puede privar de la condición de víctimas de las violaciones del Convenio que alegan en el presente asunto, en la medida en que no se ha examinado ninguna posible violación del Convenio, incluso declarada, en el marco de los procedimientos posteriores.

61. En consecuencia, se rechaza la excepción que el Gobierno basa en la ausencia de la condición de víctima.

B. Sobre el agotamiento de las vías de recurso internos

62. El Gobierno alega el no agotamiento de las vías de recurso internas: indica que las órdenes de expulsión de N.T. y N.D. no han sido impugnadas ante las jurisdicciones de lo contencioso-administrativo y que solamente N.D. presentó una solicitud de asilo. Ésta habría sido denegada a raíz de dos informes del ACNUR que concluían que no había motivos para la concesión de tal beneficio y, en ausencia de recurso contencioso-administrativo contra dicha orden de expulsión, ésta fue ejecutada el día 31 de marzo de 2015, y N.D. devuelto de esta manera a Mali. En cuanto a N.T., el Gobierno indica que no presentó ningún recurso contra la decisión de 23 de febrero de 2015 desestimatoria de su recurso administrativo contra la orden de expulsión adoptada, cuando, al igual que el primer demandante, habría sido representado por un abogado (párrafo 15 anterior).

63. Los demandantes subrayan que sus demandas tratan de la expulsión sumaria del día 13 de agosto de 2014 y no de los procedimientos posteriores mencionados por el Gobierno y llevados a cabo por hechos distintos. Abogan, en cualquier caso, que sólo los recursos internos que tienen efecto suspensivo, y que son por tanto considerados como efectivos, han de agotarse. Estiman que el artículo 4 del Protocolo n.º 4 al Convenio y el artículo 13 del Convenio están íntimamente ligados (*Georgia c. Rusia (I)*, anteriormente citada, § 212) y afirman que, contra su expulsión sumaria del 13 de agosto de 2014, no han tenido acceso a ningún recurso efectivo que hubieran podido interponer antes de acudir al TEDH.

64. El TEDH observa que el Gobierno hace referencia a las órdenes de expulsión que fueron adoptadas después de los hechos aquí examinados. En efecto, en fecha posterior a la expulsión de la que fueron objeto los demandantes el 13 de agosto de 2014, los interesados lograron de nuevo entrar ilegalmente en España burlando los controles del

perímetro fronterizo de la ciudad de Melilla. Fueron entonces objeto de un procedimiento administrativo que desembocó en la adopción de dos órdenes de expulsión el 7 de noviembre de 2014 y el 26 de enero de 2015. Dicho esto, los demandantes no se quejan aquí de dichas órdenes, sino de una expulsión colectiva resultante de los acontecimientos del 13 de agosto de 2014, de que las Autoridades españolas habrían llevado a cabo sin haber seguido ningún procedimiento de identificación de los inmigrantes y sin haber recabado ninguna información respecto de sus circunstancias personales, y que no habría estado en absoluto documentada.

65. En consecuencia, la excepción del no agotamiento que atañe a las órdenes de expulsión posteriores a los hechos denunciados en la presente demanda debe, por consiguiente, ser rechazada.

C. Conclusión

66. La demanda no puede ser desestimada por falta de la condición de víctima o por el no agotamiento de las vías de recursos internos por parte de los demandantes. En consecuencia, el TEDH descarta estas excepciones preliminares formuladas por el Gobierno demandado.

III. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO N° 4 AL CONVENIO

67. Los demandantes afirman haber sido objeto de una expulsión colectiva y sin examen individualizado de sus circunstancias, lo cual es, a su parecer, el reflejo de una política sistemática de rechazo atípica, carente de toda base legal y en ausencia de toda asistencia jurídica. Invocan a este respecto el artículo 4 del Protocolo n° 4 al Convenio, así redactado:

“Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros.”

A. Los argumentos de las partes

1. El Gobierno

68. El Gobierno alega la inaplicabilidad, en este caso, del artículo 4 del Protocolo n° 4 al Convenio. Estima que los hechos del presente asunto no constituyen una “expulsión colectiva de extranjeros”. Sostiene que para entrar en el ámbito del artículo 4 del Protocolo n° 4, debe tratarse de una “expulsión” de una persona que se encuentre en el territorio del Estado demandado en cuestión, que la expulsión debe ser “colectiva”, es decir que debe afectar a un grupo de personas caracterizado por circunstancias comunes y específicas al grupo del que se trate, y debe aplicarse a “extranjeros”.

69. El Gobierno desea recordar que a primera vista la fuerza obligatoria del Convenio se restringe a lo expresamente pactado por las Altas Partes en la celebración de dicho tratado e inspirados, con fines interpretativos en caso de duda, en el preámbulo, anexos y trabajos preparatorios como lo indicaría la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (párrafo 35 anterior) a la que se referirían los párrafos 170 y 171 de la sentencia *Hirsi Jamaa y otros* (anteriormente citada). Reconoce que el Convenio es un instrumento vivo que requiere una interpretación dinámica y evolutiva que convierta a los derechos reconocidos en el mismo en prácticos y efectivos, no simplemente en teóricos e ilusorios,

pero estima que el TEDH no puede, por medio de una interpretación evolutiva, extraer del Convenio un derecho que no había sido introducido al principio.

70. Refiriéndose a la sentencia *Hirsi Jamaa y otros* (antedicha), el Gobierno estima que las circunstancias del presente asunto son distintas. Expone que, en este caso, se trata de inmigrantes que han intentado entrar ilegalmente en el territorio español atravesando una frontera terrestre en vez de formular una solicitud de entrada en este territorio, lo que, según él, era posible.

71. Aclara que hubieran podido entrar en España de manera legal si hubieran presentado solicitudes de asilo en los países de tránsito, a saber Mauritania y Marruecos, o en los Consulados de España en esos países o en el puesto fronterizo autorizado de Beni-Enzar, o si hubieran obtenido, en sus países de origen, un contrato laboral en España. Subraya por otra parte que N.T. no formuló jamás una solicitud de asilo y que N.D. presentó sólo una después de haber sido objeto de una orden de expulsión.

72. Según el Gobierno, el derecho a entrar en el territorio español, tal como lo reclaman los demandantes, a saber, según él, no sometido a control y efectuado por cualquier punto de la frontera es contrario al sistema del Convenio y pone en peligro el disfrute de los derechos humanos por los ciudadanos de los Estados miembros así como por los inmigrantes, y procura grandes beneficios para las mafias de traficantes de seres humanos. En opinión del Gobierno, una decisión del TEDH que legitimara tal comportamiento ilegal y concluyera que el mantenimiento del sistema de protección de la frontera por los pasos no autorizados, como en este caso, constituye una violación de los derechos humanos produciría un “efecto llamada” no deseable, que generaría una crisis migratoria de catastróficas consecuencias para la protección de los derechos humanos.

73. El Gobierno indica a este respecto que el propio TFUE precisa, en su artículo 72 (párrafo 25 anterior), que las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración no vulneran el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior. Estima que una interpretación dinámica del Convenio no puede llevar tan lejos como a garantizar el derecho a vulnerar el dispositivo de protección de la frontera que se habría implementado dando a los no nacionales la posibilidad de utilizar –desde fuera del país al que desean entrar- los procedimientos previstos para su entrada.

74. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio, y del artículo 4 del Protocolo 4, es, según el Gobierno, compatible con el mantenimiento por España de un dispositivo de protección de fronteras. Este dispositivo prevería la posibilidad de solicitar el asilo en el puesto fronterizo de Beni-Enzar, de acceso libre desde territorio marroquí. Según el Gobierno, este dispositivo de protección de frontera consiste en un sistema de detección avanzada a base de cámaras y sensores, así como de vallas, cuya finalidad es la de disuadir, en primer término, y la de obstaculizar o impedir, en una segunda instancia la entrada en el territorio español, en el sentido del artículo 13 del CFS (párrafo 32 anterior). A esto se añaden, según el Gobierno, unas medidas activas de vigilancia, contención y rechazo a través de los medios humanos oportunos.

75. El Gobierno indica a continuación que solo quien, no habiendo solicitado su entrada en territorio nacional por el paso fronterizo autorizado, o quien no ha solicitado el asilo antes de entrar en el territorio en cuestión y que sin embargo logra rebasar por

medios ilegales el dispositivo de protección de la frontera puede entenderse que ha entrado en territorio español y tiene derecho a la tramitación de un procedimiento administrativo, susceptible de revisión jurisdiccional, con respecto a la legalidad de su estancia. En cambio, según el Gobierno, a quien no ha utilizado las vías legales indicadas y a su vez no ha logrado rebasar el dispositivo de protección de la frontera – lo que sería el caso de los demandantes- se le ofrece ayuda para descender de las vallas. Estas personas continuarían así en territorio marroquí o, si fuera necesario, serían conducidas por la Cruz Roja a los correspondientes centros de asistencia sanitaria.

76. El Gobierno se remite a lo dispuesto en la disposición adicional décima del régimen especial de Ceuta y Melilla de la LOEX según ha sido modificada por la Ley Orgánica 4/2015, antes citada (párrafo 19 anterior). Añade que España, como Estado soberano y miembro de la Unión Europea, frontera exterior de ésta, tiene la obligación de proteger, vigilar y salvaguardar sus fronteras. Estima que se trata por consiguiente de una obligación que trasciende el ámbito puramente nacional para convertirse en una responsabilidad para con el conjunto de la Unión Europea.

77. El Gobierno expone que así lo establece la legislación española (párrafos 18 y 19 anteriores), como el Código de Fronteras Schengen, cuyo artículo 13 (párrafo 32 anterior) distinguiría dos fases distintas, la primera tendente a impedir el cruce no autorizado de la frontera y la segunda dirigida a adoptar medidas contra las personas que hubieran superado ilegalmente la misma. Se refiere en particular a la LOEX vigente en el momento en el momento de la interposición de las demandas ante el TEDH (párrafo 18 anterior) y a su modificación posterior (párrafo 19 anterior), que dispondría que la entrada en el territorio español debiera realizarse por los puestos fronterizos habilitados a este efecto. Precisa que es a la Guardia Civil a quien incumbe la vigilancia de la frontera.

78. El Gobierno discute además las alegaciones escritas de los terceros intervinientes y aclara lo siguiente: a) el presente asunto es el primero en el que el TEDH ha declarado inadmisibles las quejas respecto del artículo 3 en un caso de expulsión colectiva; b) es cierto que existe un puesto fronterizo terrestre con una valla, pero también existe la posibilidad, ofrecida por las autoridades españolas así como por el ACNUR en Rabat o en Mauritania, de solicitar el asilo, lo que haría innecesario cualquier asalto a las vallas; c) las vallas en cuestión constituyen una frontera exterior terrestre europea que protege el espacio Schengen así como a la población europea que vive en un enclave español en África; d) las presentes demandas han sido interpuestas por sólo dos personas que han conseguido finalmente entrar con posterioridad en territorio español y que a partir de entonces han tenido acceso a procedimientos plenamente respetuosos con el Convenio.

79. El Gobierno concluye que se establece un dispositivo de protección de fronteras para impedir el paso de quienes omitirían voluntariamente seguir el procedimiento que permite solicitar la entrada legal o la protección internacional en el puesto fronterizo autorizado. Por último, indica que no existe un derecho incondicional de los extranjeros al acceso por cualquier sitio en ningún país miembro del Consejo de Europa.

2. *Los demandantes*

80. Los demandantes impugnan las afirmaciones del Gobierno respecto de la posibilidad de presentar solicitudes de asilo en Mauritania o en Marruecos. Afirman que Marruecos no tiene un sistema nacional de asilo, que no hay reconocimiento automático

del estatuto de refugiado y que los solicitantes de asilo registrados por el ACNUR no reciben ninguna asistencia por parte del Estado. Sostienen que esta situación no ha cambiado desde el momento de los hechos que son objeto del presente caso y que Marruecos ha incluso intensificado la represión contra los inmigrantes subsaharianos, incluidos los solicitantes de asilo registrados.

81. En lo que respecta al puesto fronterizo de Beni-Enzar, los demandantes refutan la tesis del Gobierno. Indican que, antes de la apertura, en noviembre de 2014, de la oficina de protección internacional, no tenían acceso al procedimiento de asilo, lo cual habrían confirmado (párrafo 87 posterior) el ACNUR así como el comisario DDHH, según el cual este puesto fronterizo estaría accesible casi exclusivamente a los solicitantes de asilo sirios e inaccesible desde Marruecos a los solicitantes de asilo subsaharianos (párrafo 86 posterior).

82. Los demandantes exponen que han intentado, junto con un grupo de 70 a 85 personas, entrar en el territorio español por las vallas de Melilla, que ha sido objeto de una expulsión “sumaria” y “automática” el 13 de agosto de 2014 y que no hay nada que permita decir que su expulsión no fue colectiva. Se refieren por otra parte a la interpretación dada al término “extranjero” en los trabajos preparatorios del Protocolo n° 4 (*Hirsi Jamaa y otros*, antedicha, § 174) y a la intervención escrita a este respecto en el presente caso del ACNUDH (párrafo 90 posterior) para intentar demostrar que no se puede operar ninguna distinción entre los refugiados y los no refugiados o entre los inmigrantes regulares y los inmigrantes irregulares en lo que respecta al beneficio de la protección garantizada por el artículo 4 del Protocolo n° 4.

83. En lo que respecta a los argumentos del Gobierno relativos a la obligación de España, como Estado soberano, a proteger la frontera frente a intentos de entrada ilegal en su territorio, los demandantes se remiten a las sentencias *Hirsi Jamaa y otros* (antedicha, § 179) y *Sharifi y otros* (antedicha, § 224), e indican que las dificultades en la gestión de los flujos migratorios o en la acogida de los demandantes de asilo no pueden justificar el recurso, por parte de los Estados, a unas prácticas incompatibles con sus obligaciones convencionales.

84. En cuanto al carácter colectivo de su expulsión, los demandantes indican que, para concluir en el pasado que no se había producido violación del Protocolo n° 4, los órganos del Convenio precisaron que el hecho de que varios extranjeros hayan sido sometidos a tales decisiones no permitía por sí solo concluir que se había producido una expulsión colectiva por cuanto cada interesado había podido exponer individualmente ante las autoridades competentes, los argumentos que se oponían a su expulsión. Según los demandantes, la cuestión de la individualización en el procedimiento de expulsión es por tanto el punto crucial que se debe examinar para determinar si su expulsión ha sido o no contraria al artículo 4 del Protocolo n° 4, lo que también indicaría el ACNUDH en su intervención escrita en el presente asunto (párrafo 90 posterior).

85. Refiriéndose a las terceras intervenciones que se han aportado al expediente, en particular a las del comisario DDHH y de la CEAR (párrafos 86 y 92 posteriores), los demandantes concluyen que su expulsión constituye un ejemplo clásico de expulsión colectiva prohibida por el artículo 4 del Protocolo n° 4 en la medida en que habría afectado a un grupo de no nacionales expulsados del territorio nacional en ausencia de

cualquier examen individualizado de sus solicitudes y con arreglo a una ley o política expresa.

3. *Los terceros intervinientes*

a) **El Comisario DDHH**

86. El Comisario DDHH se refiere a las modificaciones de la LOEX que no se habían adoptado todavía en el momento de su visita a España en enero de 2015 y a sus recomendaciones a las autoridades españolas para que velaran por que el texto legislativo definitivo fuera conforme a las obligaciones internacionales de España, las cuales consistirían especialmente en garantizar el pleno acceso a un procedimiento de asilo efectivo y a la protección contra el rechazo, así como a prohibir las expulsiones colectivas. Recuerda que, en noviembre de 2014, una oficina encargada de las cuestiones de asilo fue creada en Beni-Enzar, uno de los puntos de paso entre Melilla y Marruecos, pero apunta que, aparte de las personas que huían del conflicto sirio, esta posibilidad ha quedado fuera del alcance de las personas originarias del África subsahariana. Según el Comisario DDHH, éstas incurren en grandes riesgos para entrar en la ciudad y asaltan, en grupo, las alambradas que la rodean o intentan acceder por mar (párrafos 41 y 42 anteriores). El Comisario DDHH indica que los rechazos (*push-backs*) se producen al margen de cualquier procedimiento oficial y sin identificación de las personas afectadas ni evaluación de sus circunstancias individuales, lo que impediría a los inmigrantes ejercer su derecho de solicitar la protección internacional en España. Precisa por último que a los inmigrantes devueltos desde Melilla se les priva de todo recurso efectivo susceptible de permitirles impugnar su rechazo o de reclamar reparación por los malos tratos que los guarda fronteras les infligirían en los rechazos (párrafo 41 anterior).

b) **El ACNUR**

87. El ACNUR expone que hasta noviembre de 2014, no era posible solicitar el asilo en los puestos fronterizos de Melilla y que no había ningún mecanismo para identificar a las personas que necesitarán protección internacional.

88. Considera que incumbe a las autoridades nacionales averiguar el trato al que los inmigrantes estarán expuestos tras su rechazo y que el hecho de que los interesados omitan solicitar expresamente el asilo, no exime al Estado de cumplir sus obligaciones con respecto al artículo 3 del Convenio (*Hirsi Jamaa y otros*, antedicha, § 133, y *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* [GC], nº 30696/09, § 359, CEDH 2011). Estima que la prohibición afecta también, como en este caso, a los rechazos directos o indirectos al país del que un inmigrante ha huido (ver, entre otras, *Muslim c. Turquía*, nº 53566/99, §§ 72-76, 26 de abril de 2005, y *M.S.S.*, antedicha, §§ 286, 298).

89. Refiriéndose a las garantías mínimas que los procedimientos de asilo deben reunir, el ACNUR expone que exigen, como mínimo, la identificación del solicitante de asilo y la consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas. Se remite al capítulo II de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 junio 2013 (párrafo 30 anterior) relativo a los procedimientos comunes para la concesión y la retirada de la protección internacional (versión consolidada), aplicable igualmente a los pasos fronterizos, así como a las declaraciones del TEDH en su sentencia *Hirsi Jamaa y otros* (antedicha, § 185) en lo que respecta a la prohibición de las expulsiones sin identificación de los inmigrantes.

c) El ACNUDH

90. El ACNUDH recuerda que la prohibición de las expulsiones colectivas es una norma de derecho general internacional, inherente al derecho a un proceso equitativo, y que esta norma implica el derecho al examen individualizado por medio de un procedimiento que ofrezca garantías suficientes de la consideración real y diferenciada de las circunstancias individuales de las personas afectadas. La tercera parte apunta igualmente que el carácter colectivo de la expulsión está en mayor medida determinada por la ausencia de un examen objetivo y razonable de cada caso individual, o por la existencia de un examen imprevisible, injusto, inadecuado y no respetuoso de las normas de derecho de estos casos, que por el número de los extranjeros expulsados. Considera como extranjeros a las personas que no tienen la nacionalidad del Estado afectado, independientemente de su estatuto (de refugiado o no). Indica que esta prohibición de las expulsiones colectivas es además diferente del principio de no rechazo en la medida en que formaría parte del derecho a un proceso equitativo. Añade que los Estados deben garantizar a las víctimas de las expulsiones colectivas el derecho a un recurso efectivo mediante el cual puedan impugnar la medida en cuestión, evitar que se adopten medidas contrarias al derecho internacional de los derechos humanos, y, en su caso, reparar la violación, poner término a sus efectos, indemnizar a las personas que han sido expulsadas en violación de la prohibición de las expulsiones colectivas. Para ser efectivo, este recurso tendente a impugnar una medida de expulsión colectiva debe tener un efecto suspensivo automático.

91. El ACNUDH estima además que las fronteras no son zonas de exclusión o de excepción respecto de las obligaciones que derivarían del respeto de los derechos humanos que incumben a los Estados, como tampoco lo son los *no-man's land* entre los puestos fronterizos y las zonas de tránsito. Añade que es la autoridad y el control que un Estado ejerce sobre un territorio o sobre una persona lo que determina la aplicabilidad de sus obligaciones jurídicas internacionales y no la nacionalidad de la persona o su localización geográfica.

d) La CEAR

92. Refiriéndose a sus afirmaciones anteriores en relación con la jurisdicción de España sobre el puesto fronterizo de Melilla (párrafo

47 anterior), la CEAR estima que no hay ninguna duda de que la frontera entre los reinos de España y de Marruecos en Ceuta y Melilla está sujeta al régimen jurídico ordinario. Por consiguiente, a los ojos de la CEAR, no hay nada que justifique la aplicación del régimen especial creado por la disposición adicional décima de la LOEX para Ceuta y Melilla (párrafo 19 anterior). Éste régimen especial permitiría que la administración procediese a rechazos en ausencia de todo procedimiento, de manera totalmente incompatible con el principio de la seguridad jurídica. Privaría a los extranjeros rechazados de cualquier posibilidad de alegar sus argumentos ante una jurisdicción española y no les reconocería ninguna garantía procedimental ni ninguna asistencia jurídica. La CEAR estima, además, que el simple hecho de añadir una mención a la normativa internacional en materia de derechos humanos en el párrafo 2 de la disposición adicional décima en cuestión (párrafo 19 anterior) no significa, en sí, un respeto efectivo de los derechos humanos. Según la CEAR, esta mención no puede por tanto legitimar una vía de hecho que no previese ningún procedimiento administrativo ni ninguna garantía.

e) Las ONG Centro AIRE, AI, ECRE e ICJ, actuando conjuntamente

93. Las ONG Centro AIRE, AI, ECRE e ICJ, actuando conjuntamente, sostienen que el artículo 4 del Protocolo nº 4 al Convenio prohíbe las expulsiones colectivas y la ausencia de consideración individual de las circunstancias de cada persona sujeta a expulsión. Indican que, cuando esta disposición entra en consideración, corresponde al Estado demandado ofrecer como mínimo un recurso efectivo con efecto suspensivo en caso de riesgo para la vida o de riesgo de malos tratos o de expulsión colectiva.

94. Recuerdan que el artículo 19 § 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe las expulsiones colectivas, lo que incluye las interceptaciones y los rechazos en frontera así como los rechazos indirectos. Añaden que los Estados no están exentos de cumplir sus obligaciones a este respecto por el hecho de que los demandantes hubiesen omitido solicitar explícitamente el asilo o exponer los riesgos incurridos en caso de expulsión. Se refieren igualmente al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales e indican que, para que un recurso pueda ser considerado efectivo, debe ser accesible (párrafo 23 anterior).

95. En lo que respecta al acervo del derecho de asilo en el seno de la Unión Europea, los terceros intervinientes se remiten a la Directiva 2013/32/UE (que, en lo que aquí interesa, se cita en el párrafo 30 anterior) e indican que el acervo del derecho de asilo se aplica no sólo a las solicitudes de protección internacional formuladas por las personas que han sido autorizadas a entrar en el territorio de un Estado, sino también a los procedimientos fronterizos. Precisan que la denegación colectiva de acceso al territorio de un Estado a unos individuos que se encuentran en las fronteras terrestres de este y que están, por tanto, sometidos a su jurisdicción, y ello sin que las circunstancias individuales sean consideradas, constituye una violación del artículo 4 del Protocolo nº 4. De acuerdo con los terceros intervinientes, tal denegación compromete también la responsabilidad de dicho Estado desde el punto de vista del acervo del asilo en el seno de la Unión Europea con respecto a cualquier individuo que desee solicitar el beneficio de la protección internacional.

B. La valoración del TEDH

1. Sobre la admisibilidad

96. El TEDH considera que la excepción preliminar planteada por el Gobierno en lo que respecta a la aplicabilidad *ratione materiae* del artículo 4 del Protocolo nº 4 al presente caso está tan estrechamente ligada a la sustancia de la queja de los demandantes que procede acumularla al fondo de la demanda.

97. Al constatar por otra parte que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 a) del Convenio y que no incurre en ninguna otra causa de inadmisibilidad, el TEDH la declara admisible.

2. Sobre el fondo

a) Breve recordatorio de los principios asentados por la jurisprudencia del TEDH

98. El TEDH recuerda que se debe entender por expulsión colectiva toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos

en que tal medida se toma al término y en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman el grupo (ver, en último lugar, *Khlaifia y otros c. Italia* [GC], n° 16483/12, §§ 237 y siguientes, CEDH 2016, con las referencias que figuran en la misma, para el detalle *in extenso* de estos principios). Las circunstancias que rodean la puesta en práctica de decisiones de expulsión juegan sin embargo un papel en la valoración del respeto del artículo 4 del Protocolo n° 4 (*Georgia c. Rusia (I)*, antedicha, § 167).

99. El fin del artículo 4 del Protocolo n° 4 es el 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 (*Hirsi Jamaa y otros*, antedicha, § 177, y *Sharifi y otros*, antedicha, § 210). Dicho esto, el hecho de que varios extranjeros sean objeto de decisiones parecidas no es suficiente, por sí mismo, para concluir que existe una expulsión colectiva cuando cada interesado ha podido exponer individualmente ante las autoridades competentes los argumentos que se oponían a su expulsión (*Hirsi Jamaa y otros*, antedicha, § 184). Además, el TEDH ha juzgado que no había violación del artículo 4 del Protocolo n° 4 cuando la ausencia de decisión de expulsión individual era la consecuencia del comportamiento culpable de las personas interesadas (*Hirsi Jamaa y otros*, antedicha, § 184, entre otras).

100. A día de hoy, el TEDH ha concluido que había violación del artículo 4 del Protocolo n° 4 en solamente seis asuntos. En cuatro de ellos (*Čonka c. Bélgica*, n° 51564/99, §§ 60-63, CEDH 2002 I, *Georgia c. Rusia (I)*, antedicha, *Shiashvili y otros c. Rusia*, n° 19356/07, 20 de diciembre de 2016, y *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, n° 14594/07 y otros 6, 20 de diciembre de 2016), las expulsiones afectaban a individuos con el mismo origen (familias romaníes provenientes de Eslovaquia en el primer asunto y nacionales georgianos en los demás). En los otros dos asuntos (*Hirsi Jamaa y otros* y *Sharifi y otros*, antedichos), la violación que ha sido declarada se refería a la devolución de todo un grupo de personas (inmigrantes y solicitantes de asilo) que se había efectuado en ausencia de una comprobación previa en debida forma de la identidad de cada uno de los miembros del grupo.

101. El TEDH recuerda sus declaraciones anteriores en lo que respecta a la soberanía de los Estados en materia de política de inmigración y la prohibición de recurrir a prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos en la gestión de flujos migratorios (párrafo 83 anterior). Toma conocimiento de los “nuevos retos” que deben afrontar los Estados europeos en materia de gestión de la inmigración, debidos al contexto de la crisis económica y de las recientes transformaciones sociales y políticas que han afectado muy particularmente determinadas regiones de África y del Medio Oriente (*Khlaifia y otros*, antedicha, § 241).

b) Aplicación de estos principios al presente caso

102. El TEDH debe ante todo analizar el argumento del Gobierno (párrafo 68 anterior) según el cual el artículo 4 del Protocolo nº 4 no se aplica a los hechos del presente asunto en la medida en que no se trataría de la “expulsión” de una persona que se encuentra en el territorio del Estado demandado en cuestión y donde, incluso en el supuesto de que se tratara de una expulsión, ésta no sería “colectiva”, es decir no habría afectado a un grupo de personas caracterizado por circunstancias comunes y específicas al grupo en cuestión.

103. El TEDH recuerda que, según la Comisión de Derecho Internacional, «la, “expulsión” se debe interpretar como un acto jurídico o comportamiento imputable a un Estado por el que un extranjero está obligado a salir del territorio de ese Estado» (ver el artículo 2 del “Proyecto de articulado sobre la expulsión de extranjeros”, citado en el párrafo 37 anterior) (*Khlaifia y otros*, antedicha, § 243). Se remite al análisis contenido en su sentencia *Hirsi Jamaa y otros* (antedicha, §§ 166-180, citada en *Sharifi y otros*, antedicha, § 210) y a las referencias que figuran en la misma, y recuerda que, en aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe establecer el sentido ordinario que se debe atribuir a los términos en su contexto y a la luz del ámbito objetivo de la disposición relacionada. Debe tener en cuenta el hecho de que el artículo 4 del Protocolo nº 4 forma parte de un tratado para la protección efectiva de los derechos humanos, y que el Convenio debe leerse como un todo e interpretarse de manera que se promueva su coherencia interna y la armonía entre sus distintas disposiciones, al tiempo que se toma en consideración toda regla y todo principio del derecho internacional aplicables a las relaciones entre las Partes contratantes así como de los medios complementarios de interpretación, principalmente los trabajos preparatorios del Convenio (artículo 32 del Convenio de Viena). A este respecto, el TEDH ya ha establecido que ni la redacción del artículo 4 del protocolo nº 4 en sí, ni sus trabajos preparatorios, se oponen a la aplicación extraterritorial de esta disposición (*Hirsi Jamaa y otros*, principalmente §§ 173-174).

104. Por ello el TEDH no considera necesario establecer, en el presente asunto, si los demandantes han sido expulsados después de haber entrado en territorio español o si han sido rechazados antes de poder hacerlo, como lo sostiene el Gobierno. Habida cuenta de que incluso las interceptaciones en altamar entran en el ámbito del artículo 4 del Protocolo nº 4 (*Hirsi Jamaa y otros*, antedicha), sólo puede ocurrir lo mismo para la denegación de entrada en territorio nacional de la que serían legalmente objeto las personas llegadas clandestinamente a España.

105. El TEDH observa que no hay duda de que los demandantes que se encontraban bajo control continuado y exclusivo de las autoridades españolas (ver también los párrafos 50 y siguientes anteriores), han sido expulsadas y devueltas a Marruecos, contra su voluntad, lo que constituye claramente una “expulsión” con arreglo al artículo 4 del Protocolo nº 4 (*Sharifi y otros*, antedicha, § 212).

106. Queda por determinar si dicha expulsión era o no “colectiva”.

107. El TEDH recuerda que, en su sentencia *Čonka* (antedicha, §§ 61-63), con el fin de evaluar la existencia de una expulsión colectiva, había examinado las circunstancias del caso y comprobado si las decisiones de expulsión habían tomado en consideración las

circunstancias particulares de los individuos afectados. Los demandantes formaban parte de un grupo de entre setenta y cinco y ochenta inmigrantes subsaharianos que intentaron entrar ilegalmente en España por el puesto fronterizo de Melilla (párrafo 13 anterior). Se les ha aplicado una medida de carácter general consistente en contener y rechazar los intentos de los inmigrantes de rebasar ilegalmente la frontera (párrafo 17 anterior). El TEDH constata que en este caso, las medidas de expulsión han sido tomadas en ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa. En ningún momento han sido objeto los demandantes de procedimiento alguno. La cuestión de garantías suficientes que acreditan una consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas afectadas ni siquiera se plantea en este asunto, en ausencia de todo examen de las circunstancias individuales de los demandantes, al no haber sido estos, objeto de ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas. En estas circunstancias, el TEDH estima que el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas.

108. Por cuanto antecede, se descarta la excepción *ratione/materiae* planteada por el Gobierno demandado. El TEDH concluye que la expulsión de los demandantes revestía un carácter colectivo contrario al artículo 4 del protocolo nº 4. En consecuencia ha habido violación de esta disposición.

IV. SOBRE LA ALEGADA VIOLACION DEL ARTICULO 13 DEL CONVENIO PUESTO EN RELACION CON EL ARTICULO 4 DEL PROTOCOLO Nº 4 AL CONVENIO

109. Los demandantes denuncian la imposibilidad con la que se han encontrado para establecer su identidad, alegar sus circunstancias individuales, impugnar ante las autoridades españolas, mediante un recurso con efecto suspensivo, su rechazo inmediato a Marruecos y para que se tomara en cuenta el riesgo de malos tratos en este último Estado. Invocan el artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4 al Convenio. El artículo 13 está redactado como sigue:

“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 (...).”

A. Los argumentos de las partes

110. El Gobierno recuerda que el derecho a un recurso interno efectivo es un derecho procedimental que está vinculado a la eventualidad de que pueda producirse una vulneración de un precepto material del Convenio o de sus Protocolos. Indica que en su decisión sobre la admisibilidad del 7 de julio de 2015, § 15, el TEDH concluyó que “en ausencia de queja sostenible en cuanto a vulneración del artículo 3 del Convenio, la queja respecto del artículo 13 no puede prosperar”. Sostiene por tanto que, en la medida en que, según él, no hay ninguna vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 4 en este asunto, no puede concluirse que se haya producido una vulneración del artículo 13 del Convenio.

111. El Gobierno expone de nuevo que, en cualquier caso, los demandantes podían haber presentado una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo cuando se encontraban en territorio marroquí, lo que, según el Gobierno, les hubiera permitido disfrutar de los correspondientes procedimientos administrativos y jurisdiccionales.

112. Los demandantes sí estiman que, en caso de una violación del artículo 4 del Protocolo nº 4, las vías de recurso disponibles deben tener un efecto suspensivo automático para que puedan ser consideradas como efectivas con arreglo al artículo 13 del Convenio. Exponen que no han sido nunca objeto de procedimiento de identificación alguno, lo que el Gobierno no discutiría, y denuncian la ausencia de asistencia jurídica y lingüística así como de cualquier procedimiento relativo a su expulsión *de facto* a Marruecos. Indican que sus afirmaciones están confirmadas por las intervenciones escritas de los terceros intervinientes resumidas anteriormente, en particular las del comisario DDHH o del CEAR. Se refieren igualmente a los principios inherentes al artículo 13 del Convenio recordados en la sentencia *A.C. y otros c. España* (nº 6528/11, 22 de abril de 2014), y exponen que, en el marco de un rechazo inmediato, las exigencias del artículo 13 no pueden cumplirse, por cuanto los extranjeros rechazados se verían privados de todo acceso a procedimientos y garantías legales y que su rechazo se efectuaría en ausencia de toda decisión individual susceptible de ser objeto de un recurso.

B. Valoración del TEDH

1. Sobre la admisibilidad

113. El TEDH considera que esta queja plantea cuestiones de derecho y de hecho complejas que sólo se pueden resolver tras un examen del fondo; consecuentemente ésta no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 a) del Convenio. Al constatar por otra parte que no incurre en ninguna otra causa de inadmisibilidad y que ninguna otra excepción preliminar ha sido planteada por el Gobierno a este respecto, el TEDH la declara admisible.

2. Sobre el fondo

a) Los principios asentados en la jurisprudencia del TEDH

114. El TEDH recuerda que el artículo 13 del Convenio garantiza la existencia en Derecho interno de un recurso que permita alegar los derechos y libertades del Convenio tal como están consagrados en el mismo. Esta disposición tiene por tanto la consecuencia de exigir un recurso interno que permita examinar el contenido de una “queja sostenible» fundada en el Convenio y ofrecer una reparación apropiada. El alcance de la obligación que el artículo 13 representa para los Estados contratantes varía en función de la naturaleza de la queja del demandante. Sin embargo el recurso exigido por el artículo 13 debe ser “efectivo” en la práctica como en derecho (*Hirsi Jamaa y otros*, antedicha, § 197, y *Khlaifia y otros*, antedicha, § 268).

115. Sobre la cuestión de la exigencia del carácter suspensivo del recurso, el TEDH ha alcanzado soluciones distintas teniendo en cuenta el riesgo potencialmente irreversible incurrido por los demandantes en el país de destino en caso de expulsión del territorio del Estado demandado. Ha estimado que un tal perjuicio no existía, cuando, por ejemplo, el interesado sostenía que su expulsión vulneraría su derecho al respeto de su vida privada y familiar (*De Souza Ribeiro c. Francia* [GC], nº 22689/07, § 83), si bien ha concluido que hubo violación del artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 8 por otras razones. En la sentencia *Khlaifia y otros* (antedicha), el TEDH ha estimado que, cuando un demandante alegaba que el procedimiento seguido para ordenar su expulsión había tenido un carácter “colectivo” sin alegar de forma concomitante que le había expuesto a un perjuicio irreversible resultante de una violación de los artículos 2 o 3 del Convenio, el

Convenio no imponía a los Estados la obligación absoluta de garantizar un remedio con pleno Derecho suspensivo, pero que se limitaba a exigir que la persona afectada tuviera una posibilidad efectiva de impugnar la decisión de expulsión obteniendo un examen lo suficientemente detenido de sus reclamaciones por parte de una instancia interna independiente e imparcial (*Khlaifia y otros*, antedicha, § 279). El TEDH ha concluido por tanto en la sentencia *Khlaifia y otros* que la ausencia de efecto suspensivo de un recurso contra una decisión de expulsión no era por sí misma constitutiva de una vulneración del artículo 13 del Convenio cuando, como en este caso, los demandantes no alegaban un riesgo real de violación de los derechos amparados por los artículos 2 y 3 en el país de destino.

b) Aplicación a este caso de los principios antedichos

116. Los demandantes se quejan de la ausencia de un recurso efectivo que les permitiera impugnar su expulsión desde la perspectiva del carácter “colectivo”.

117. El TEDH acaba de concluir que la devolución de los demandantes a Marruecos se consideraba como una violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 (párrafo 108 anterior). La queja planteada por los demandantes sobre este punto es por consiguiente “sostenible” a efectos del artículo 13 del Convenio (*Hirsi Jamaa y otros*, antedicha, § 201).

118. El TEDH constata que, en el presente caso, la cuestión del carácter suspensivo de pleno derecho del recurso ni siquiera se plantea al no haber tenido acceso los demandantes, antes de su expulsión a Marruecos, a ningún procedimiento tendente a su identificación y a la comprobación de sus circunstancias personales. El Gobierno no se pronuncia sobre la falta de identificación de los demandantes por los agentes de la *Guardia Civil*, limitándose a indicar que no tiene conocimiento de la identidad de los interesados. Sostiene sin embargo que los demandantes no han conseguido probar su identidad ante el TEDH (párrafo 56 anterior).

119. El TEDH 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 DDHH.

120. Ya ha apuntado anteriormente, en el ámbito del artículo 4 del Protocolo nº 4, que los demandantes han sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas y que no han tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión. Ya hay, en este caso, un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio (*Sharifi y otros*, antedicha, § 242).

121. Habida cuenta de las circunstancias del presente caso y del carácter inmediato de su expulsión *de facto*, el TEDH estima que a los demandantes se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del artículo 4 del Protocolo nº 4 y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución.

122. Por consiguiente, el TEDH estima que ha habido igualmente vulneración del artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 du Protocole n° 4 al Convenio.

V. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

123. Según el artículo 41 del Convenio,

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

A. Daños

124. Los demandantes reclaman 5.000 euros cada uno por perjuicio moral. Estiman que este importe se justifica por el carácter absoluto de la prohibición de las expulsiones colectivas, por los sentimientos de injusticia, impotencia, vergüenza, desamparo y frustración que han padecido así como por la imposibilidad de una *restitutio in integrum*.

125. El Gobierno considera que las reclamaciones de satisfacción equitativa de los demandantes “no son aceptables”.

126. A la vista de las circunstancias particulares de este asunto, el TEDH considera que los importes reclamados por cada uno de los demandantes son razonables y se los concede íntegramente. Por tanto, decide que procede otorgar a cada uno de los demandantes 5.000 euros por perjuicio moral, es decir la suma total de 10.000 euros para los dos demandantes.

C. Intereses por mora

127. El Tribunal juzga conveniente imponer el mismo tipo de interés por mora que el tipo de interés de la facilidad marginal de crédito aplicado por el Banco Central Europeo, más tres puntos porcentuales.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL

1. *Rechaza*, por unanimidad, las excepciones preliminares planteadas por el Gobierno demandado relativas a la ausencia de la condición de víctimas de los demandantes y el no agotamiento de las vías de recurso internas (párrafo 66 anterior);
2. *Falla*, por unanimidad, acumular al fondo la excepción *ratione materiae* planteada por el Gobierno demandado, y desestimar la misma (párrafo 108 anterior);
3. *Declara*, por unanimidad, las demandas admisibles;
4. *Falla*, por unanimidad, que se ha producido violación del artículo 4 del Protocolo n° 4;

5. *Falla*, por unanimidad, que se ha producido violación del artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4;
6. *Falla*, por seis votos a uno
 - a) que el Estado demandado debe abonar, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia haya adquirido carácter de firmeza, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 § 2 del Convenio, 5.000 € (cinco mil euros), que se incrementará con el importe de los impuestos que por su causa pudieran gravar a los demandantes por daño moral;
 - b) que una vez transcurrido este plazo, y hasta su liquidación, estas cantidades devengarán intereses a un tipo porcentual igual al tipo de interés marginal aplicado a sus préstamos por el Banco Central Europeo en este periodo, aumentado en tres puntos porcentuales;

Hecho en francés, y comunicado posteriormente por escrito el día 3 octubre de 2017, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del Reglamento de Procedimiento del TEDH.

Fatoş Aracıs
Secretaria adjunta

Branko Lubarda
Presidente

Se adjunta a la presente sentencia, de conformidad con los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del Reglamento de Procedimiento, la exposición del voto particular del Juez Dedov.

B.L.
F.A.

VOTO PARTICULAR PARCIALMENTE DISCORDANTE DEL JUEZ DEDOV

Lamento no poder unirme sin reserva a la opinión de mis colegas en este caso concreto. Voté a favor de una vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio, pero creo que la declaración de la violación bastaría a efectos del perjuicio moral. Los hechos de la causa demuestran que los demandantes no se encontraban en una situación de emergencia resultante de una persecución o de una amenaza inmediata contra la vida, la integridad o la dignidad. Además, los demandantes superaron la frontera ilegalmente y violentamente. Las autoridades, en lo que a ellas respecta, han examinado las circunstancias individuales de cada uno de los demandantes cuando ha cruzado de nuevo la frontera, como lo exige Convenio. Por tanto, incluso en el fondo, la violación no puede ser considerada como grave.

Para mí, todas las circunstancias están claras. Sólo tengo una inquietud en cuanto al presente asunto y otros casos similares examinados por el TEDH, y es que el TEDH mantenga (si bien no en todos los casos) sus estrictas normas con respecto a las autoridades en una situación de comportamiento ilegal o incluso de violencia. Puedo imaginar hasta qué punto los guarda fronteras españoles han estado desconcertados por esta invasión, cuando los candidatos, acompañados por numerosos inmigrantes, han atacado la frontera. Pensamos que los agentes del Estado deberían guardar la calma y ser imparciales en todos los supuestos porque han sido formados para estar preparados ante cualquier situación "estándar". Pero son personas como nosotros. Que sienten emociones; merecen igualmente nuestro respeto y deberíamos tenerlo en cuenta. Hay que preguntarse entonces quién era el más vulnerable en este caso concreto.

Nota: Todas las citas referentes a resoluciones de los Tribunales españoles, así como a leyes y/o disposiciones nacionales, son transcripciones de los originales en español de dichos documentos.