



**Universidad
Zaragoza**

TRABAJO FIN DE GRADO

EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN:
APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS
HUMANOS

CON ESPECIAL ATENCIÓN AL ENCUADRE DE LAS
DEVOLUCIONES EN CALIENTE EN EL MARCO DEL PRINCIPIO

Autora

Inés Zuazo Ara

Director

Sergio Salinas Alcega

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	4
I. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN	7
1. El reflejo del Principio de no devolución en el Derecho internacional	7
2. Contenido del Principio de no devolución en los textos internacionales	8
3. El contexto del Principio de no devolución en el Convenio Europeo de Derechos Humanos	11
4. Límites del Principio de no devolución	12
5. Naturaleza jurídica del Principio de no devolución en el marco del Derecho internacional.....	13
II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	16
1. Asunto N.D. y N.T. contra España.....	16
2. Asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia	22
3. Asunto Hisri Jamaa y otros contra Italia.....	27
4. Asunto Ilias y Ahmed contra Hungría	30
III. LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN	33
1. Las <i>devoluciones en caliente</i> en el contexto de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros.....	33
2. Marco regulador de las <i>devoluciones en caliente</i>	35
3. Relación con el Principio de no devolución	38
4. Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las <i>devoluciones en caliente</i>	40
IV. CONCLUSIONES	47
V. BIBLIOGRAFÍA	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

ACNUR.....Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

CDFUE.....Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CDI.....Comisión de Derecho Internacional

CEAR.....Comisión Española de Ayuda al Refugiado

CEHD.....Convenio Europeo de Derechos Humanos

LOEX.....Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

STEDH.....Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH.....Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Fin de grado analiza la regulación y aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) del Principio de no devolución y su relación con el fenómeno actualmente conocido como *devoluciones en caliente*.

A pesar de que los flujos migratorios y el desplazamiento de personas ha sido algo que lleva sucediendo durante toda la historia y ha motivado la adopción de mucha legislación, es algo cierto que actualmente está muy presente en los discursos políticos y sociales y que se ha ido incrementando notablemente durante los últimos años.

En Europa nos encontramos con grandes flujos migratorios, principalmente con los que provienen de África del Norte y tratan de llegar desde España o Italia hasta Alemania, Reino Unido y otros países del Norte de Europa; los que provienen de Asia; y por último los que surgen a consecuencia de conflictos bélicos, como los refugiados que vienen de Siria y Afganistán, y el más actual, el de Ucrania por la reciente guerra contra Rusia.

En España, como es lógico, el mayor problema de fluctuación de inmigrantes y refugiados en condición de vulnerabilidad lo encontramos en el Estrecho de Gibraltar y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Es indudable que poco a poco se va tratando de desarrollar una legislación que garantice la protección de inmigrantes y refugiados, pero en muchos casos los Estados no la cumplen, poniendo en peligro la vida de muchas personas devolviéndolas a sus países de origen en los cuales el respeto de sus derechos humanos está en riesgo.

El objetivo de este trabajo es analizar cómo el Principio de devolución, una de las normas internacionales más importantes en relación con la protección de inmigrantes y refugiados, se aplica en los distintos Estados, principalmente europeos, y qué sucede cuando se incumple. Porque es tan importante este Principio a la hora de proteger a los refugiados y qué implica que los Estados lo incumplan.

Los motivos por los cuales he escogido este tema para realizar el Trabajo de Fin de Grado son varios, principalmente porque siempre me ha interesado mucho la política migratoria y los derechos de los inmigrantes y refugiados, un ámbito que creo que debe ser respetado por todos los Estados y por todas las personas, y espero que en el futuro se vayan

implementando más leyes que protejan a las personas que deciden, por el motivo que sea y de la forma que sea, salir de su país a buscar una vida mejor.

Además, el Principio de no devolución y las *devoluciones en caliente* son aspectos de un problema de gran actualidad y que, concretamente en España, se puede ver prácticamente a diario por la gran cantidad de inmigrantes provenientes de África que deciden abandonar sus países y buscar una vida mejor en Europa, siendo España una vía de acceso privilegiada.

El eje central de este Trabajo Fin de Grado es el análisis de la jurisprudencia del TEDH con respecto al Principio de no devolución. Este Tribunal es una jurisdicción internacional que tiene como función garantizar la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)¹ y enjuiciar las posibles violaciones de los derechos humanos consagrados en este Convenio. Actualmente está formado por 47 jueces, el mismo número que Estados Parte en el CEDH.

Ante este Tribunal puede acudir cualquier persona física que quiera presentar una demanda porque que considere que ha sido víctima directa de violaciones de derechos reconocidos por este Convenio, siempre y cuando se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado Miembro del Consejo de Europa, que la infracción se haya cometido por un Estado Parte² y que ya haya agotado los recursos judiciales disponibles en ese Estado.³

Un dato relevante es que este Tribunal es una institución independiente de la Unión Europea, que se crea con el único objetivo de que se cumpla el CEDH⁴.

El presente Trabajo está dividido en tres capítulos. El primero de ellos aborda una explicación general del Principio de no devolución, indagando tanto su regulación como su naturaleza jurídica y su relación con el CEDH.

¹ BOE núm. 243, de fecha 10 de octubre de 1979.

² Así lo dice el artículo 34 del CEDH: “*El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*”.

³ Artículo 35.1 del CEDH: “*Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas*”.

⁴ Amnistía Internacional, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una lucha por los derechos”, 2017 [consultado el 9 de mayo de 2022]. Disponible en: [https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/tribunal-europeo-de-derechos-humanos-una-joya-para-las-libertades-fundamentales/#:~:text=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos,de%20Derechos%20Humanos%20\(CEDH\).](https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/tribunal-europeo-de-derechos-humanos-una-joya-para-las-libertades-fundamentales/#:~:text=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos,de%20Derechos%20Humanos%20(CEDH).)

El segundo capítulo se centra en analizar la jurisprudencia adoptada por el TEDH en relación con el Principio de no devolución mediante 4 sentencias de distintos años para ver también la evolución histórica de cómo se ha aplicado en la jurisprudencia este principio. En este apartado el análisis más exhaustivo es a la sentencia *N.D. y N.T. contra España*⁵, ya que es una sentencia muy interesante con respecto al fallo del TEDH, el cual cambia radicalmente después del recurso que interpone el Gobierno español. Gran parte de las sentencias objeto de análisis tienen relación con las *devoluciones en caliente*, cuestión que se va a tratar de forma exclusiva en el último apartado pero que se va a ir viendo a lo largo de todo el trabajo.

El último capítulo se centra en explicar qué son las *devoluciones en caliente*, su regulación, su relación con el Principio de no devolución y el análisis de jurisprudencia del TEDH con respecto a este fenómeno.

La metodología se apoya principalmente en dos pilares. El primero la lectura y análisis crítico de las sentencias escogidas y la segunda el análisis de bibliografía relativa tanto al Principio de no devolución como al funcionamiento del sistema europeo de derechos humanos.

Para la consulta de la jurisprudencia del TEDH se ha acudido a HUDOC, la base de datos del TEDH e igualmente se ha hecho uso de servidores oficiales para la consulta de la legislación nacional y europea pertinente.

Tras una primera fase consistente en la lectura y análisis de los fondos bibliográficos y documentales se procedió a preparar un esquema en el que se ordenase el estudio. Para ello se optó por ir de lo general, la descripción del contenido del Principio de no devolución, a lo más particular como es en primer lugar el análisis de la jurisprudencia escogida del TEDH y más tarde el análisis del encuadre del fenómeno de las *devoluciones en caliente* en el contexto de la toma en consideración del Principio de no devolución por el TEDH.

⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 13 de febrero de 2020, *N. D. y N. T. contra España*, demandas nº 8676/15 y 8697/15. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-201353>.

I. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

1. El reflejo del Principio de no devolución en el Derecho internacional

El Principio de no devolución es un Principio del Derecho migratorio mediante la cual se prohíbe a los Estados devolver a una persona a un territorio en el cual sus derechos humanos más básicos puedan correr peligro.⁶

Este Principio representa una de las herramientas más importantes en cuanto a derechos humanos, Derecho migratorio y Derecho de los refugiados.⁷

Este Principio: “[...] *implica la reconducción a la frontera de aquellas personas que han realizado una entrada ilegal, también implica la denegación de admisión a aquellos que no poseen de documentación válida*”⁸.

Si un Estado pretende aplicar algún tipo de medida de deportación, debe asegurarse de que el territorio al que se va a expulsar a esa persona no es uno en el cual haya posibilidades de que sufra graves violaciones de sus derechos humanos. Si hay una mínima posibilidad de que esto ocurra, el Estado debe descartar la realización de esta deportación, y en caso de no hacerlo, estaría incurriendo en el incumplimiento del Principio de no devolución⁹.

Este Principio impone ciertas obligaciones a los Estados de la comunidad internacional, los cuales no podrán en ningún caso: “[...] *expulsar, extraditar o rechazar en la frontera a ninguna persona cuya vida o libertad puedan correr peligro como consecuencia del acto de devolución*”¹⁰.

⁶ GIL BAZO, M.T., “Non-refoulement (No devolución)”, en *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Universidad del País Vasco, 2005 [consultado el 29 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/157#:~:text=Ning%C3%BAn%20Estado%20Contratante%20podr%C3%A1%2C%20por,o%20de%20sus%20opiniones%20pol%C3%ADticas%20%80%9D>.

⁷ UNITED NATIONS NETWORK ON MIGRATION, *The principle of non-refoulement under international human rights law*, Policy brief, 2018 [consultado 30 de abril de 2022]. Disponible en: <https://migrationnetwork.un.org/resources/principle-non-refoulement-under-international-human-rights-law>.

⁸ GIL BAZO, M.T., op. cit., p. 7.

⁹ ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, 2007 [consultado 30 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>.

¹⁰ PERAL FERNANDEZ, L., “Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas”, en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* [revista electrónica], n.11, 2006 [consultado 30 de abril de 2020]. Disponible en: <file:///C:/Users/Utilisateur/Downloads/Dialnet-LimitesJuridicosAlDiscursoPoliticoSobreElControlDe-1446340.pdf>.

Este Principio protege a toda persona: “[...] *frente a aquellas consecuencias del acto de devolución que puedan equipararse a una violación de sus derechos básicos*”¹¹.

El objetivo principal de este Principio es que a la persona considerada refugiado o refugiada y que huye de una persecución se le preste asilo y protección, además de asistencia médica y jurídica si se precisa. Esto también debe suceder cuando la persona no sea considerada refugiada sino inmigrante, siendo irrelevante si su situación está regularizada o no cuando se presenta en la frontera, ésta sigue estando protegida por el Principio de no devolución.

El Principio de no devolución es por tanto una herramienta de protección no solo para los considerados refugiados según la Convención de Ginebra¹², sino para todos los seres humanos sin ningún tipo de excepción¹³.

2. Contenido del Principio de no devolución en los textos internacionales

Además de admitirse generalmente que el Principio de no devolución es una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, por lo que obliga a todos los Estados de la comunidad internacional a cumplirlo, este Principio ha sido plasmado en diversos tratados internacionales¹⁴.

La Convención de Ginebra fue la primera convención internacional que se centra en los aspectos más importantes de la vida de los refugiados y los problemas a los que se enfrentan. Reconoce el alcance mundial que tiene el problema del movimiento de refugiados y lo necesaria que es una solución cooperada, compartiendo la responsabilidad entre todos los Estados para hacer frente al problema¹⁵.

El primer apartado del artículo 33 de la Convención de Ginebra recoge la prohibición de devolución de refugiados en los siguientes términos: “*1. Ningún Estado Contratante*

¹¹ PERAL FERNANDEZ, L., op. cit., p. 7.

¹² Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de junio de 1951, *BOE* núm. 252, 21 de octubre de 1978.

¹³ PERAL FERNANDEZ, L., op. cit., p. 7.

¹⁴ GIL BAZO, M.T., op. cit., p. 7.

¹⁵ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), “La Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. Preguntas y respuestas”, 2007 [consultado el 2 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2007/5754.pdf>.

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

Este artículo resulta de aplicación para todos los refugiados. El artículo 1 de la Convención de Ginebra define a un refugiado como aquel que: “[...] *debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él*”.

En esta misma Convención, el artículo 3 establece lo siguiente con respecto a la prohibición de la discriminación: *“Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen”.*

Por lo tanto, el Principio de no devolución se aplica a todos los refugiados sin que pueda darse ningún tipo de discriminación por motivos de raza, religión o país de origen.

Este Principio también está regulado en otras Convenciones, como en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 26 de junio de 1987¹⁶, cuyo artículo 3.1. establece que: *“Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.*

Por otro lado, hay que hacer referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966¹⁷, en concreto al artículo 6 sobre el derecho a la vida y el artículo 7 sobre la prohibición de la tortura, respecto de los que existe abundante jurisprudencia considerándolos como susceptibles de servir de base para sustentar el

¹⁶ BOE núm. 268, 9 de noviembre de 1987.

¹⁷ BOE núm. 103, 30 de abril de 1977.

Principio de no devolución en el sentido de que la expulsión forzosa de refugiados o inmigrantes puede suponer poner en riesgo su vida y puede estar expuesto a torturas¹⁸.

Finalmente, el Principio no de devolución se establece en otros textos legales regionales, ya sea explícita o implícitamente, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, que en su artículo 22 sobre derecho de circulación y residencia señala que: “8. *En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.* 9. *Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros*”¹⁹.

Otro instrumento internacional en el que se encuentra regulado el Principio de no devolución es la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, de 10 de septiembre de 1969, que es un complemento regional de la Convención de Ginebra. Este tratado se adoptó en respuesta al aumento de refugiados que se encontraban en el continente africano y regula los: “[...] *aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África*”²⁰.

En concreto, el Principio de no devolución aparece recogido en su artículo 2.3., de acuerdo con el cual: “*Ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1*”.

¹⁸ GIL BAZO, M.T., op. cit., p. 7.

¹⁹ Ver esta Convención (consultado el 2 de mayo de 2022) en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>.

²⁰ Ver esta Convención (consultado el 2 de mayo de 2022) en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac934b2>.

3. El contexto del Principio de no devolución en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Principio de no devolución no está regulado explícitamente en el CEDH., pero hay tres artículos que hacen referencia a él implícitamente y son los que el TEDH va a utilizar en su jurisprudencia para apreciar que las devoluciones ilegales vulneran dicho Principio.

El primero es el artículo 3, que hace referencia a la prohibición de la tortura: “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Haciendo referencia a lo expuesto anteriormente, el Principio de no devolución tiene relación con la prohibición de la tortura ya que se trata de que los refugiados no puedan ser devueltos a su Estado de origen por el riesgo que sufre su vida en caso de que esto sucediera, pudiendo sufrir torturas y tratos denigrantes.

La definición concreta de tortura o trato inhumano no se encuentra en el CEDH, sino que se desarrolla a través de la jurisprudencia del TEDH²¹.

Por otro lado, el artículo 4 del Protocolo 4º del CEDH enuncia lo siguiente: “*Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros*”, prohibiendo así que se produzcan devoluciones masivas de refugiados que acuden a un Estado, siendo un claro ejemplo lo que sucede en Ceuta y Melilla²².

Por último, el artículo 13 del Convenio, hace referencia al derecho a un recurso efectivo cuando se hayan violado sus derechos consagrados en el CEDH, lo que tiene relación con el Principio de no devolución ya que en muchos casos los refugiados que son devueltos a su país de origen no acceden a la posibilidad de interponer un recurso ante una instancia del país al que querían entrar. El artículo 13 establece este derecho así: “*Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales*”.

²¹ MURRAY, A.R, *The Fragmentation of the International Legal System and the Role for a Formal Approach to Law in the Context of International Human Rights Law, International Humanitarian Law and International Criminal Law* [libro electrónico], Lancaster University, 2014 [consultado el 20 de abril de 2022]. Disponible en: <https://eprints.lancs.ac.uk/id/eprint/133440/1/11003488.pdf>.

²² Las devoluciones en caliente serán explicadas en el Capítulo III del presente trabajo.

4. Límites del Principio de no devolución

El Principio de no devolución, a pesar de ser una norma imperativa para los Estados y una herramienta de protección de los refugiados, tiene unos límites y excepciones que se pueden aplicar en ciertos casos concretos.

El primer límite se encuentra regulado en el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra y se establece de la siguiente manera: *“Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”*.

Por lo tanto, si se considera que el refugiado representa un peligro para la seguridad del país de asilo o ha sido objeto de una condena definitiva por un delito grave, no puede invocar los beneficios del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra, y podrá ser devuelto a su Estado de origen sin ninguna garantía ni protección legal²³.

En la realidad el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra debe interpretarse de forma restrictiva, por lo que los casos en los cuales se puede evitar aplicar el Principio de no devolución son muy reducidos y concretos.²⁴

²³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS Y UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, “Guía sobre el derecho internacional de los refugiados”, en *Guía práctica para parlamentarios*, n. 2, 2001 [consultado el 22 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8951.pdf>.

²⁴ Un ejemplo en el cual se aplicó el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra se puede encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), núm. 8195/2012, de 5 de diciembre de 2012. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a1964321fc1218269c2a0c6571d5cefa3b62>.

En esta sentencia, el demandante, D. Fidel, había recibido una resolución en 2011 denegándole la protección jurídica internacional derivada del derecho de asilo y siendo devuelto a Siria, país en el cual el demandante alega que había un gran riesgo de sufrir torturas y que su devolución a este país constituía un incumplimiento del principio de no devolución. Se le denegó esta petición por haber sido condenado por la Audiencia Nacional como autor de un delito de pertenencia a una organización terrorista, a la pena de ocho años y seis meses de prisión.

Por lo tanto, en esta sentencia el TS alude al artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, estableciendo que hay una excepción al Principio de no devolución, en caso de que el refugiado haya sido objeto de una condena particularmente grave, como es aquí el caso y constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

5. Naturaleza jurídica del Principio de no devolución en el marco del Derecho internacional

El objetivo principal de este apartado es analizar si el Principio de devolución ha obtenido la naturaleza de *ius cogens*. Para ello, se debe comprobar su aceptación por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

La Convención sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969²⁵, señala en su artículo 53 la norma de *ius cogens* como: “[...] *una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*”.

En el artículo 64 se determina que es lo que sucede si aparece una nueva norma *ius cogens* de Derecho internacional, apuntando que: “*Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*”.

Actualmente, la naturaleza como norma de *ius cogens* del Principio de no devolución sigue siendo incierta, ya que no está claro si los Estados que aplican esta norma consideran que tiene estatus de *ius cogens*, es decir, que falta por consolidar la *opinio iuris* o elemento espiritual. La aplicación práctica de este Principio debe ser demostrada con base en la creencia de que ellos mismos están vinculados por una obligación legal de no hacerlo, y que esta obligación es vinculante para ellos como una cuestión de *ius cogens*²⁶.

La concreción de la naturaleza jurídica del Principio de no devolución es abordada en las conclusiones del ACNUR en la sesión anual que tiene su Comité Ejecutivo.

La primera conclusión a la que se hace referencia aparece en la Conclusión General sobre Protección Internacional No. 25 (XXXIII) del año 1982, en el apartado b), el cual establece lo siguiente: “*Reafirmó la importancia de los principios básicos de la protección internacional y, en particular, del principio de no devolución, que fue*

²⁵ BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

²⁶ ALLAIN, J., “The *ius cogens* nature of non-refoulement” en *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, Serle Goodwin-Gill (dir.), Oxford University, Oxford, 2001, p.538 [consultado el 23 de abril de 2022]. Disponible en: <file:///C:/Users/Utilisateur/Downloads/NonRefoulementandJusCogens.pdf>.

adquiriendo progresivamente el carácter de norma imperativa de derecho internacional”²⁷.

También podemos encontrarlo en la Conclusión General sobre Protección Internacional No. 55 (XL) del año 1989, en el apartado d) que expone lo siguiente: *“Expresó su profunda preocupación porque la protección de los refugiados se ve seriamente comprometida en algunos Estados por la expulsión y devolución de refugiados o por medidas que no reconocen la situación especial de los refugiados y pidió a todos los Estados que se abstuvieran de tomar tales medidas y, en particular, de devolver o expulsar refugiados en contra de las prohibiciones fundamentales contra estas prácticas*”²⁸.

Por último, la Conclusión General sobre Protección Internacional No. 79 (XLVII) del año 1996 en la letra j): *“Reafirma la importancia fundamental del principio de no devolución, que prohíbe la expulsión y el retorno de los refugiados [...], tal como se establece en el art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*”²⁹.

Mediante estos tres extractos se comprueba la importancia de que los Estados respeten el Principio de no devolución.

En la Opinión Consultiva del ACNUR sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 se encuentra también una referencia expresa al carácter *ius cogens* de la prohibición de la tortura, muy relacionada con el Principio de no devolución³⁰.

Impone así una prohibición absoluta a las devoluciones forzadas de inmigrantes o refugiados a los territorios de los que provenían si en estos territorios hay riesgo de que

²⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), “Conclusión N° 25 (XXXIII)” en *Conclusiones generales*, 1982 [consultado el 28 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc62c2.html>.

²⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), “Conclusión N° 55 (XL)” en *Conclusiones Generales*, 1989 [consultado el 28 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc60ba.html>.

²⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), “Conclusión N° 79 (XLVII)” en *Conclusión general sobre la protección internacional*, 1996 [consultado el 28 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc5f0a.html>.

³⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), “Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967”, 2007 [consultado el 29 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4a8124522.html>.

puedan sufrir torturas, algo vinculante y obligatorio para todos los Estados, incluyendo aquellos que no son parte de los instrumentos pertinentes.

Que el Principio de no devolución tuviese naturaleza de *ius cogens* conllevaría que es una norma que tiene primacía sobre cualquier otra norma internacional.

Y más allá de los Estados Parte de la Convención, todos los Estados están vinculados a respetar la obligación de no devolver a individuos cuando eso suponga una amenaza a sus derechos más básicos.

Confirmar naturaleza *ius cogens* del Principio de no devolución supondría que, sea cual sea el ámbito en el que se ha cometido la violación de este Principio y sea cual sea el lugar en el que ha sucedido, nunca debe permitirse que se pueda devolver a una persona a su lugar de origen si está en riesgo de persecución o sus derechos humanos están en peligro³¹.

³¹ ALLAIN, J., op. cit., p. 13.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En este apartado se van a analizar 4 sentencias del TEDH. La elección de estas sentencias se ha realizado por su estrecha relación con el Principio de no devolución y ya que cada una de ellas explica, en contextos muy distintos, cómo se puede llegar a dar un incumplimiento de éste.

En concreto, los hechos de la primera sentencia acontecen en España y es muy interesante ya que, tras una primera sentencia, el Gobierno español recurre y la Gran Sala del TEDH realiza una interpretación del caso totalmente distinta a la que hizo la Sección tercera en la sentencia de 2017.

Por otro lado, los hechos de las otras tres sentencias ocurren en Italia, Bélgica y Hungría y reflejan muy bien también en qué casos el TEDH ha considerado que se han violado artículos del CEDH (principalmente el artículo 3 sobre la prohibición de tortura) y en qué casos las autoridades han actuado correctamente y no ha dado lugar al incumplimiento de esas disposiciones, lo que va a reflejar la relación que tienen estos artículos con el Principio de no devolución.

1. Asunto N.D. y N.T. contra España

Los hechos de este caso giran en torno al intento de ingreso a España de dos ciudadanos de Mali tras saltar la valla en Ceuta y Melilla.

El primer demandante, N.D., abandonó su pueblo por el conflicto armado que estaba teniendo lugar en Mali en 2012. En 2013 llegó a Marruecos, donde vivió en un campamento de inmigrantes durante nueve meses. El segundo demandante, N.D., llegó a Marruecos a finales del año 2012, y vivió en el mismo campamento que el primer demandante.

Ambos realizaron el primero intento de acceder territorio español a través del puesto fronterizo de Melilla el 13 de agosto de 2014 junto con un grupo de subsaharianos.

Los demandantes y el grupo de subsaharianos treparon por la primera valla (una de las tres vallas que conforman este puesto fronterizo) por la mañana. Afirman que las Autoridades marroquíes les atacaron lanzándoles piedras.

El primer demandante permaneció en lo alto de la tercera valla hasta por la tarde de ese día. El segundo demandante fue alcanzado por una piedra al trepar la primera valla, pero consiguió superar las dos primeras vallas.

Los demandantes afirman ser testigos de actos violentos cometidos por las Autoridades españolas, en concreto la Guardia Civil, y por las fuerzas del orden marroquíes hacia el grupo de inmigrantes subsaharianos que los acompañaban.

Alrededor de las 15 horas bajaron de la tercera valla y fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil, los cuales les devolvieron a Marruecos sin pasar en ningún momento por un procedimiento de identificación, ni siendo capaces los demandantes de exponer sus circunstancias personales ni recibir asistencia jurídica ni médica.

A continuación, fueron conducidos a la comisaría de Nador, donde les denegaron asistencia médica. Justo después, fueron llevados a Fez, lugar que se encuentra a 300 kilómetros de Nador y fueron abandonados.

Los demandantes afirman que el número de inmigrantes subsaharianos que fueron devueltos a Marruecos ese día en las mismas condiciones que ellos fue de aproximadamente ochenta.

El 9 de diciembre de 2014 y el 23 de octubre de 2014, el primer demandante y el segundo demandante lograron entrar en territorio español por el puesto fronterizo de Melilla.

El primer demandante fue devuelto a Mali el 31 de marzo de 2015 por una orden de expulsión y el segundo demandante fue objeto de una orden de expulsión también, pero actualmente se desconoce su paradero actual³².

Con respecto al fallo de la sentencia del 3 de octubre de 2017, hay varios aspectos a destacar. Primero, el Tribunal rechaza las excepciones preliminares planteadas por el Gobierno demandado relativas a la ausencia de condición de víctimas de los demandantes.

Y lo más importante, falla, por unanimidad, que ha habido una violación del artículo 4 del Protocolo nº4, relativo a la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, y del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³³.

³² STEDH (Sección Tercera), de 3 de octubre de 2017, asunto *N.D. y N.T. contra España*, denuncias nº 8675/15 y 8697/15. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177683>.

³³ *Cit.*, par. 1 y 4 del fallo de la sentencia.

El 13 de febrero de 2020 se publicó la segunda sentencia relativa a estos hechos³⁴, que se ocupa de analizar el recurso que presentó el Gobierno español contra la Sentencia de la Sala 3º del TEDH, de 3 de octubre de 2017.

Lo que argumentó el Gobierno español fue que los hechos que sucedieron en agosto de 2014 no eran constitutivos de una expulsión colectiva de inmigrantes, sino de un rechazo en frontera, y que no se había llegado a producir la entrada en territorio español.

Los abogados de los demandantes N.D. y N.T. afirmaron que sí se trataba de una expulsión colectiva regulada en el artículo 4 del protocolo 4º del CEDH y que se les había denegado la posibilidad de hacer uso de un recurso efectivo establecido por el artículo 13 del CEDH³⁵.

Por otro lado, la ONG de Comisión Española de Ayuda al Refugiado (en adelante, CEAR), presentó la demanda contra el Gobierno español en defensa de los demandantes N.D. y N.T. y alegó que las autoridades españolas habían violado el Principio de no devolución del artículo 33 de la Convención de Ginebra, ya que no se había identificado a los inmigrantes en ningún momento y no se les había proporcionado asistencia médica ni jurídica³⁶.

El TEDH analiza fundamentalmente tres puntos en su sentencia de 2020.

- Sobre la jurisdicción en la que se desarrollaron los hechos.

La sentencia confirmó que las actuaciones de las autoridades españolas dieron lugar a una expulsión de N.D. y N.T. tras haber superado la valla situada en Melilla, actuaciones que se desarrollaron bajo el control de las autoridades españolas y en territorio español.

El Gobierno español negaba que las actuaciones se hubiesen desarrollado bajo jurisdicción española, alegando esto mediante el “concepto operativo de frontera”³⁷.

³⁴ *Cit.*, pag. 6.

³⁵ *Cit.*, par. 91-94.

³⁶ *Cit.*, par. 95-101.

³⁷ DE LUCAS MARTIN, J., “El Derecho contra los derechos. Un comentario a la Sentencia N.D. y N.T. contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico* [revista electrónica], nº27, 2020, p.87 [consultado el 10 de mayo de 2022]. Disponible en: [file:///C:/Users/Utilisateur/Downloads/Javier+deLucas,+EL+DERECHO+CONTRA+LOS+DERECHOS.+UN+COMENTARIO+A+LA+SENTENCIA+N.D.+Y+N.T.+CONTRA+ESPA%C3%91A+DEL+TRIBUNAL+EUROPEO+DE+DERECHOS+HUMANOS%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Utilisateur/Downloads/Javier+deLucas,+EL+DERECHO+CONTRA+LOS+DERECHOS.+UN+COMENTARIO+A+LA+SENTENCIA+N.D.+Y+N.T.+CONTRA+ESPA%C3%91A+DEL+TRIBUNAL+EUROPEO+DE+DERECHOS+HUMANOS%20(1).pdf).

Además, sostuvo que los demandantes, tras escalar las vallas, no llegaron a descender la valla interior, por lo que no consideran que estuviesen sujetos a jurisdicción española en ningún momento.

La Sala consideró que: “[...] desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas estuvieron bajo el control continuo y exclusivo, al menos de facto, de las autoridades españolas” y el TEDH deja claro que no hay ninguna duda de que los hechos tuvieron lugar bajo jurisdicción española: “El Tribunal señala de entrada que no se cuestiona que los hechos acaecidos tuvieron lugar en territorio español”³⁸.

- Sobre las actuaciones ilegales de los denunciantes y la imposibilidad de beneficiarse de la protección legal que ofrece el CEDH.

El Gobierno español alegó que los demandantes no poseían la condición de víctimas ya que unos meses más tarde de los hechos de esta Sentencia, consiguieron acceder de manera irregular al territorio español y que las órdenes de expulsión que se dictaron contra ellos se enmarcaron en un procedimiento que contaba con las garantías necesarias.

Alega también que los demandantes podrían haber solicitado asilo en Marruecos o en cualquier Consulado español en los países que tuvieron que atravesar para llegar hasta Marruecos o que podrían haber tratado de conseguir visados de entrada a España.

A este respecto, el TEDH manifiesta que las vías jurídicas a las que podrían haber recurrido los demandantes eran efectivas y accesibles, y que podrían haber acudido al Consulado español de Nador fácilmente y allí haber solicitado protección internacional. Por otro lado, los demandantes tampoco se plantearon la posibilidad de solicitar un visado en otras Embajadas españolas.

Teniendo en cuenta todo esto el TEDH considera que los demandantes participaron en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla bajo su propio riesgo. Además, determina que los demandantes utilizaron la fuerza y se aprovecharon del hecho de que iban acompañados de un gran número de personas.

Como conclusión, el Tribunal afirma lo siguiente: “En consecuencia, de conformidad con su jurisprudencia reiterada, el Tribunal considera que la ausencia de resoluciones individuales de expulsión puede deberse al hecho de que los demandantes, si

³⁸ Cit, par. 90.

*efectivamente deseaban hacer valer sus derechos en virtud del Convenio, no hicieron uso de los procedimientos formales de entrada existentes a tal efecto, lo que por tanto fue consecuencia de su propia conducta. Por consiguiente, no ha habido vulneración alguna del artículo 4 del Protocolo no. 4*³⁹.

Por lo tanto, el TEDH justifica la privación de la garantía de derechos afirmando que los demandantes no quisieron utilizar las vías legales que se les proporcionaban y actuaron saltando la valla mediante violencia y coordinándose con otros inmigrantes.

- Sobre el incumplimiento del artículo 13 del CEDH.

Los demandantes afirmaron que no habían tenido acceso a la interposición de un recurso que les permitiera denunciar las expulsiones que se habían ocasionado el 13 de agosto de 2014, recurso que se les tenía que haber dado la oportunidad de presentar.

Los demandantes denuncian que no se había emitido ninguna resolución individual ni tampoco se les identificó, y que no se les había garantizado el derecho a un recurso interno con respecto a su expulsión.

El Tribunal determina que, aunque la legislación española sí que prevé la posibilidad de interponer un recurso contra las órdenes de expulsión en la frontera, los demandantes: “[...] *debían atenerse a las normas que rigen la interposición de dicho recurso contra su expulsión*”. Con esto se refiere a que los demandantes y el resto de los inmigrantes que los acompañaban trataron de entrar a jurisdicción española de manera ilegal al intentar cruzar las vallas de la frontera que se encuentran en Melilla, por lo que no se podía invocar a un incumplimiento del artículo 4 del Protocolo 4º.

Al optar por no utilizar los procedimientos legales que hay para acceder en territorio español, incumplieron las disposiciones del Código de Fronteras Schengen relativas al cruce de las fronteras del espacio Schengen y la legislación española relativa a estas fronteras.

Por lo tanto, el Tribunal considera que la ausencia de un procedimiento individualizado, en el cual haya una identificación individual de cada individuo y su posterior expulsión, fue consecuencia directa de la conducta ilegal que llevaron a cabo los demandantes al tratar de acceder a Melilla sin las autorizaciones pertinentes.

³⁹ *Cit*, par. 231.

Como conclusión, no ha habido violación del artículo 13 del CEDH en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4.

En resumen, el TEDH desestima la objeción preliminar del Gobierno en relación de la falta de jurisdicción, pero, al contrario que la sentencia de 2017, declara que no se ha vulnerado el artículo 4 del Protocolo nº 4 ni el artículo 13 del CEDH⁴⁰.

- Conclusiones

Esta sentencia fue duramente criticada por organizaciones internacionales de derechos humanos que consideraban que, mediante la sentencia de 2020 se estaban legitimando las *devoluciones colectivas*⁴¹.

Es importante destacar que el caso de N.D. y N.T. no es un caso aislado, es el régimen habitual de España en la frontera con Marruecos. Dichas devoluciones han llegado a convertirse en modelo a seguir por otros países a lo largo de las fronteras de Europa⁴².

El eje de la decisión de esta sentencia se centra en que no hay violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 si la existencia de esa expulsión puede ser atribuida a la conducta de los peticionarios⁴³.

En muy pocas palabras, la razón fundamental que esgrime la Gran Sala es que la inexistencia de un proceso individual de expulsión puede atribuirse al hecho de que los solicitantes de asilo no utilizaron los procedimientos de entrada oficiales existentes para este propósito y, por lo tanto, la devolución a Marruecos es consecuencia de su propio comportamiento, no pudiendo hacerse responsable a España de la ausencia en Melilla de mecanismos adecuados para impugnar la actuación de las autoridades⁴⁴.

⁴⁰ *Cit*, par. 2 y 8 del fallo de la sentencia.

⁴¹ INSTITUTO BRASILEÑO DE DERECHOS HUMANOS, “Explicando el caso N.D y N.T vs. España – Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre deportaciones en caliente”, 2020 [consultado el 20 de mayo de 2022]. Disponible en: <http://ibdh.org.br/jurisprudencia-nd-nt-espana-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-deportaciones/>.

⁴² EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, “España - Expulsiones automáticas / Devoluciones en caliente – Melilla”, 2020 [consultado el 22 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.ecchr.eu/es/caso/el-caso-de-nd-y-nt-contra-espana-ante-el-tedh/>.

⁴³ INSTITUTO BRASILEÑO DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., p. 21.

⁴⁴ PRESNO LINERA, M.A., “Algunas consideraciones a propósito de los efectos de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las *devoluciones en caliente*.”, 2020 [consultado el 22 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/02/14/algunas-consideraciones-a-proposito-de-los-efectos-de-la-sentencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-las-devoluciones-en-caliente/>.

La decisión del TEDH es controvertida, ya que podría abrir la puerta a que los Estados europeos puedan impedir el ingreso a su territorio en cumplimiento de su obligación de controlar sus fronteras.

Dado que España se encuentra expuesta a un creciente flujo migratorio y de refugiados, es necesario comprender la dimensión real de la decisión con la finalidad de contribuir a la protección de los refugiados⁴⁵.

El *asunto N.T y N.D. contra España* es una oportunidad para revisar si todas y cada una de las medidas que pueden entrar en el concepto amplio de expulsión de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, establecidas en la legislación española, están previstas y se aplican con base en un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada una de las personas extranjeras. Si los procedimientos, plazos y recursos disponibles garantizan de manera efectiva que no se pueda devolver o denegar la entrada a una o un determinado número de personas extranjeras sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos⁴⁶.

2. Asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia

El asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia tiene su origen en la demanda de un ciudadano afgano, M.S.S., el cual abandonó su país a comienzos del año 2008. Tras pasar por Irán y Turquía, accedió a la Unión Europea a través de Grecia. Allí se tomaron sus huellas dactilares y estuvo detenido durante una semana y después fue liberado con la orden de dejar el país⁴⁷.

Llegó a Bélgica en febrero de 2009 y se presentó en la Oficina de extranjería solicitando asilo. En ese momento no estaba en posesión de sus documentos de identidad. Se comprobó que sus huellas habían sido registradas en Grecia.

⁴⁵ INSTITUTO BRASILEÑO DE DERECHOS HUMANOS, cit., p. 21.

⁴⁶ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE CATALUÑA, “N.D y N.T contra España: más que las devoluciones en caliente, menos que un recurso con las máximas garantías”, 2017 [consultado el 23 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.idhc.org/es/actualidad/n-d-y-n-t-contra-espana-mas-que-las-devoluciones-en-caliente-menos-que-un-recurso-con-las-maximas-garantias.php>.

⁴⁷ STEDH de 21 de enero de 2011 (Gran Sala), *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, demanda n° 30696/09, pars. 9-41. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-103050>.

Un mes después, la Oficina pidió a las autoridades griegas que se hicieran cargo de examinar la solicitud de asilo, pero estas no respondieron dentro del plazo de dos meses, silencio que la Oficina interpretó como una aceptación a su solicitud.

La Oficina de extranjería le realizó una entrevista, en la cual M.S.S. explicó sus circunstancias personales, diciendo que se había escapado de Afganistán con la ayuda de un contrabandista, quien había retenido su documento de identidad y al que le había pagado 12.000 dólares.

En el mes de mayo M.S.S. fue detenido y ubicado en un centro de extranjeros ilegales. En el mes de junio, las autoridades griegas enviaron un documento confirmando que eran responsables de examinar la solicitud de asilo del demandante.

Tras ser notificado de que su traslado a Grecia se realizaría el 15 de junio, el demandante presentó una solicitud para que se dejara sin efecto la orden de dejar el país. A esos efectos, invocó los riesgos que podría correr en Afganistán y si se le trasladaba a Grecia, dadas las escasas posibilidades de que allí su solicitud de asilo fuera adecuadamente examinada.

El 15 de junio, M.S.S. fue llevado a Grecia. Cuatro días más tarde, su abogado recibió un mensaje según el cual el solicitante estaba detenido en un edificio cercano al aeropuerto junto con otras veinte personas, sin poder salir al aire libre, sin libre acceso a los baños, con alimentación muy escasa y donde dormía en un colchón sucio.

Al ser liberado el 18 de junio, M.S.S. recibió una tarjeta de solicitante de asilo y se fue a vivir a un parque en el centro de Atenas donde se habían reunido otros ciudadanos afganos solicitantes de asilo.

En agosto, M.S.S. fue arrestado en el aeropuerto cuando intentaba abandonar el país con un documento de identidad búlgaro falso y quedó detenido durante siete días en el mismo edificio cercano al aeropuerto donde había estado anteriormente. En un mensaje de texto enviado a su abogado relató que durante su detención había sido golpeado por un agente de policía.

El demandante presentó un recurso ante el TEDH contra Bélgica y Grecia. Alegó la violación por parte de las autoridades belgas de los artículos 2 y 3 del CEDH, y del

artículo 3 por parte de las autoridades griegas. También alegó la falta del acceso a un recurso según el artículo 13 del CEDH⁴⁸.

En la sentencia, el TEDH hace referencia a que en el presente asunto el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra relativo al Principio de no devolución es el artículo central.

Además, determina que el Derecho Internacional de derechos humanos ha establecido la no devolución como un componente fundamental de la prohibición absoluta de la tortura y los tratos o las penas crueles, inhumanos o degradantes⁴⁹.

Dicho esto, se procede a analizar qué dijo el TEDH con respecto a cada una de las violaciones de los artículos del CEDH.

- Sobre violación del artículo 3 del CEDH por parte de Grecia en relación con las condiciones de detención del demandante.

El demandante alega que las condiciones de su detención en Grecia habían supuesto un trato inhumano y degradante. El confinamiento de extranjeros solo es aceptable como medida de prevención de la inmigración ilegal.

El TEDH dice que los Estados deben tomar en consideración el artículo 3 de la CEDH, que consagra uno de los valores fundamentales al prohibir la tortura y los tratos degradantes, cualesquiera sean las circunstancias y la conducta de la víctima.

El demandante no tenía el perfil de un “inmigrante ilegal” y las autoridades griegas conocían su identidad. Pese a ello, lo detuvieron inmediatamente sin darle explicación alguna.

Si bien las alegaciones del demandante con respecto al trato brutal y a los insultos que la policía le propinó durante su segunda detención no se han acreditado en forma documental, el TEDH señaló que las mismas se compadecen con numerosos informes en idéntico sentido de organismos internacionales como el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura.

Por otro lado, las denuncias del demandante relativas a las condiciones de vida en el centro de recepción se sustentan en opiniones similares del ACNUR y Amnistía Internacional.

⁴⁸ *Cit.*, par. 13-28.

⁴⁹ *Cit.*, par. 55 y 56.

El TEDH dijo que el demandante se encontraba en una situación particularmente vulnerable debido a su padecimiento durante la migración y sostiene que las condiciones de detención del recurrente eran inaceptables. Los sentimientos de arbitrariedad, de inferioridad y de ansiedad, así como el profundo efecto que indudablemente tales condiciones producen en la dignidad de una persona, constituyen un tratamiento degradante. Por todo ello, declaró violación del artículo 3 del CEDH.

- Sobre la violación del artículo 3 del CEDH por parte de Grecia debido a las condiciones de vida del recurrente.

El demandante alega que las autoridades griegas no le suministraron información alguna sobre alojamiento ni le proveyeron medio alguno de subsistencia. Por ello se vio obligado a vivir en un parque en el centro de Atenas durante varios meses, pasando sus días en busca de comida y sin acceso a instalaciones sanitarias.

En opinión del demandante, su situación de vulnerabilidad y de privación material y psicológica equivalía a un trato contrario al artículo 3.

Dadas las condiciones de inseguridad y vulnerabilidad en que viven los solicitantes de asilo en Grecia, el Tribunal consideró que las autoridades de ese país no debieron esperar que el recurrente tomara la iniciativa de dirigirse al departamento de policía para atender a sus necesidades básicas.

Por ello, el gobierno griego debe ser considerado responsable de la situación en la que el demandante se encontró durante varios meses. Tales condiciones de vida alcanzaron el nivel de severidad requerido para encuadrarse en el artículo 3 del CEDH.

- Sobre la violación del artículo 13 en conjunto con los arts. 2 y 3 del CEDH por parte de Grecia debido a las fallas en el procedimiento de asilo.

El demandante alega que no contó con un recurso efectivo contemplado en el Derecho griego mediante el cual reclamar la violación de los artículos 2 y 3 en conjunto con el artículo 13 del CEDH.

El TEDH precisó que, durante varios años, tanto el ACNUR como el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa han señalado en repetidas ocasiones que en la práctica, la legislación griega no es aplicada y que el procedimiento de asilo tiene tantas deficiencias que los solicitantes cuentan con muy pocas probabilidades de que sus solicitudes y demandas sean evaluadas por las autoridades griegas y que, ante la falta de

un recurso efectivo, aquellos quedan desprotegidos ante la decisión de un traslado arbitrario a sus países de origen.

Asimismo, es preciso destacar la información insuficiente sobre el procedimiento a seguir con la que cuentan los solicitantes.

Por lo tanto, hubo una violación por parte de Grecia del artículo 13 respecto a los defectos del procedimiento de asilo con relación al demandante y del riesgo de expulsión a Afganistán sin un examen serio de su solicitud de asilo y sin acceso a un recurso efectivo.

- Sobre la violación del artículo 3 del CEDH por parte de Bélgica debido a la exposición del recurrente a condiciones de detención y de vida.

El demandante alega que las autoridades belgas, al trasladarlo a Grecia en virtud del Reglamento, lo expusieron a un trato contrario al artículo 3 del CEDH.

En la opinión del TEDH, antes del traslado del demandante a Grecia, ya eran conocidas las condiciones degradantes de detención y de vida de los solicitantes de asilo en ese país. Al trasladarlo Grecia, las autoridades belgas lo expusieron conociendo estas condiciones de detención y de vida. Por ello, declaran violación del artículo 3 del CEDH⁵⁰.

- Conclusiones

Esta sentencia es relevante principalmente porque supone que para los demandantes de asilo ya no sólo es necesario poder beneficiarse de unas condiciones de detención decentes, sino también de unas condiciones de existencia decentes durante el tiempo en que permanezcan en el Estado que tramita su solicitud de asilo.

Por otro lado, plantea la necesidad de perfeccionar los mecanismos de control del efectivo cumplimiento por parte de los Estados miembros de las normas de Derecho de la Unión, que tienen implicaciones importantes de protección de los derechos humanos, especialmente el Principio de no devolución⁵¹.

⁵⁰ *Cit.*, pars. 362-397.

⁵¹ MORGADES GIL, S., “El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 41, 2012, p. 201 [consultado el 23 de mayo de 2022]. Disponible en: https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/41769/morgades_rcde_tedh.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

3. Asunto Hisri Jamaa y otros contra Italia

En el asunto Hisri Jamaa y otros contra Italia, los demandantes eran veinticuatro inmigrantes ilegales de origen somalí y eritreo que formaban parte de un grupo de aproximadamente doscientos individuos que abandonaron Libia a bordo de tres embarcaciones con el objetivo de llegar a la costa italiana.

El 6 de mayo de 2009, cuando los navíos se hallaban cerca de las costas de Malta, fueron interceptados por un buque guardacostas italiano y dirigidos a costas libias.

Los pasajeros de los navíos interceptados fueron trasladados a buques militares italianos y devueltos a Trípoli. Los demandantes alegan que, durante esta travesía, las autoridades italianas no les informaron de su destino verdadero y no intentaron identificarlos.

Todos sus efectos personales, incluidos los documentos que confirmaban su identidad, fueron confiscados por el personal militar.

A su llegada al puerto de Trípoli, tras un viaje de diez horas, los inmigrantes fueron entregados a las autoridades libias⁵².

Por todos estos hechos, los demandantes consideran que el hecho de ser entregados a Libia sin haberse interesado por la situación particular de cada uno de ellos constituye violación del artículo 4 del Protocolo nº 4.

Además, entienden que el hecho de ser entregados a Libia, país que no respeta los estándares en materia de derechos humanos y en el que los inmigrantes irregulares son sometidos a condiciones inhumanas constituye violación del artículo 3.

Asimismo, entienden que, una vez entregados a Libia, el riesgo de ser devueltos a sus países de origen, en los que la situación de los derechos humanos es nefasta, sin ningún tipo de garantía, constituye también violación del artículo 3⁵³.

En esta sentencia, el TEDH señala que Italia ha ratificado el Convenio de Ginebra que define las situaciones en las que un Estado tiene obligación de otorgar la condición de

⁵² STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hisri Jamaa y otros contra Italia*, demanda nº 27765/09, pars. 9-12. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139041>.

⁵³ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 46, 2013 [consultado el 24 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/39394>.

refugiados a las personas que lo soliciten, así como los derechos y responsabilidades de éstas, incluyendo aquí, el cumplimiento del Principio de no devolución.

También señala que el ACNUR afirma que el Principio de no devolución impone obligaciones procesales a los Estados y que el derecho de acceso a un procedimiento de asilo afectivo llevado a cabo por una autoridad competente es incluso más importante cuando implica flujos migratorios “mixtos”, en el marco de los cuales los solicitantes de asilo potenciales deben ser identificados y distinguidos de los demás emigrantes⁵⁴.

- Sobre la violación del artículo 3 del CEDH por la entrega a Libia.

El temor de los recurrentes de poder ser víctimas de malos tratos se basaba en la situación de los derechos humanos en Libia.

El TEDH señala que la obligación que se deriva es la de establecer si existen motivos serios y fehacientes para creer que los interesados corrían un riesgo real de ser sometidos a tortura o tratos inhumanos o degradantes una vez entregados a Libia.

Así pues, el siguiente paso es determinar cuál es la situación concreta en el Estado libio.

El TEDH tiene en cuenta, además de las informaciones de los recurrentes, la información ofrecida por los organismos y Organizaciones que participan en el proceso. Mediante estas informaciones el TEDH considera que resulta evidente que los demandantes una vez desembarcados en Libia, serían víctimas de los malos tratos. Entiende el TEDH que en el presente caso la falta de respeto de los derechos humanos en Libia constituía una realidad notoria y fácil de verificar.

En definitiva, el Tribunal entiende que existe un riesgo real para los interesados de sufrir tratos contrarios al artículo 3 en Libia y, por tanto, pesa sobre Italia la obligación de no entrega.

- Sobre la violación del artículo 3 derivada de la posible repatriación.

En primer lugar, el TEDH recuerda la obligación para el Estado que devuelve de asegurarse que el Estado intermediario ofrece garantías suficientes de que la persona concernida no será expulsada hacia su país de origen sin una evaluación de los riesgos que podría correr.

⁵⁴ *Cit.*, pars. 22 y 23.

Por lo tanto, entiende el Tribunal que el análisis debe centrarse en determinar si existen garantías suficientes para evitar que los interesados sean sometidos a una devolución arbitraria a sus países de origen donde podrán ser sometidos a malos tratos contrarios al artículo 3.

Partiendo de los datos aportados a lo largo del procedimiento, el Tribunal considera que las autoridades italianas sabían, o debían saber, que no existían garantías suficientes en Libia para proteger a los interesados del riesgo de ser enviados arbitrariamente a Somalia y Eritrea.

Por tanto, también en este sentido se produce violación del artículo 3 por parte de Italia.

- Sobre las expulsiones colectivas.

El TEDH afirma que los “alejamientos” de extranjeros realizados en el marco de intercepciones en alta mar por las autoridades de un Estado y que tienen como efecto impedir a los inmigrantes cruzar las fronteras de ese Estado constituyen un ejercicio de su jurisdicción y, por tanto, entraña la responsabilidad del Estado en el marco del artículo 4 del Protocolo nº 4.

Así pues, entendiendo que Italia ha ejercido su jurisdicción y que la entrega de los demandantes se ha realizado sin analizar la situación personal e individualizada de cada uno de ellos, el TEDH determina ha sido violado el artículo 4 del Protocolo nº 4⁵⁵.

- Conclusiones

Esta sentencia establece que las autoridades italianas no tuvieron en cuenta los riesgos que podían suponer devolver a los demandantes a Libia, país en el cual existía un riesgo real de que los demandantes sufrieran abusos contra sus derechos humanos. Además, declara que se ha producido una expulsión colectiva de extranjeros. Ambas afirmaciones son contrarias al Principio de no devolución consagrado en la Convención de Ginebra.

Según Amnistía Internacional: “[...] *esta histórica sentencia refuerza el respeto por los derechos humanos en toda Europa y confirma las salvaguardias legales internacionales para inmigrantes y solicitantes de asilo*”⁵⁶.

⁵⁵ *Cit.*, par. 85-207.

⁵⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Italia: Sentencia “histórica” del Tribunal Europeo confirma derechos de migrantes”, 2012 [consultado el 23 de mayo de 2022]. Disponible en:

4. Asunto Ilias y Ahmed contra Hungría

Los demandantes emigraron de Bangladesh, llegaron a la Unión Europea a través de Grecia y posteriormente llegaron a Hungría, en concreto a la ciudad de Röszke, que tiene frontera con Serbia. El día de su llegada solicitaron asilo en Hungría, pero las autoridades de inmigración húngaras la rechazaron y ordenaron la salida de los peticionarios del país.

Al recurrir la expulsión, los demandantes argumentaron que se exponían a situaciones de trato inhumano y degradante en su país de origen. Además, adujeron que las autoridades húngaras les exigían pruebas cuya obtención era muy complicada, por la dificultad que tenían para reunirse con sus abogados. No obstante, la decisión fue confirmada por los tribunales locales y los demandantes debieron trasladarse a Serbia.

Durante la sustanciación del procedimiento, los demandantes estuvieron encerrados en un área de unos 110 metros cuadrados durante 23 días. No tuvieron acceso a asistencia legal, social o médica. Ambos fueron diagnosticados con diversos problemas psicológicos, los cuales se vieron agravados por el encierro al que estaban sometidos⁵⁷.

El 14 de marzo de 2017 la Sección Cuarta del TEDH declaró que Hungría era responsable por violación de los artículos 3 sobre prohibición de tortura, del artículo 5 relativo al derecho a la libertad y a la seguridad y del artículo 13, sobre el derecho a un recurso efectivo del CEDH⁵⁸.

Pero el 14 de junio de 2017 el Gobierno solicitó la remisión del caso a la Gran Sala del TEDH y se admitió esta petición. Por lo tanto, se va a analizar la sentencia del 21 de noviembre de 2019 emitida por la Gran Sala⁵⁹.

- Sobre la presunta violación del artículo 3 del CEDH relativo a las condiciones de la zona de tránsito.

El TEDH afirma que es indiscutible que mientras se encontraban en la zona de tránsito de Röszke, era responsabilidad de las autoridades húngaras no someter a los demandantes

<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2012/02/italy-historic-european-court-judgment-upholds-migrants-rights/>.

⁵⁷ STEDH (Sección Cuarta) de 14 de junio de 2017, *Ilias y Ahmed contra Hungría*, demanda n° 47287/15, par. 9-30. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172091>.

⁵⁸ MINISTERIO PÚBLICO DE DEFENSA, “Jurisprudencia: Ilias y Ahmed v. Hungría”, 2017 [consultado el 22 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1493&source=/Jurisprudencia/forms/fallos.aspx>.

⁵⁹ STEDH (Gran Sala) de 21 de noviembre de 2019, *asunto Ilias y Ahmed contra Hungría*, denuncia n° 47287/15. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-214997>.

a condiciones que constituyeran un trato humano y degradante contrario al artículo 3 del Convenio.

Teniendo en cuenta las condiciones materiales de la zona, la duración de la estancia de los demandantes allí, y las posibilidades de contacto humano con otros solicitantes de asilo, el TEDH consideró que la situación denunciada no alcanzó el nivel mínimo de gravedad necesario para constituir un trato inhumano que entre en el ámbito de aplicación del artículo 3. Por lo tanto, no considera que haya habido violación de dicha disposición⁶⁰.

- Sobre si las autoridades húngaras cumplieron con su deber procesal en virtud del artículo 3.

El TEDH observa que el Gobierno demandado no mencionó ningún hecho que demostrara que el proceso de toma de decisiones implicara una evaluación exhaustiva del riesgo de falta de acceso efectivo a los procedimientos de asilo en Serbia, incluido el riesgo de devolución⁶¹.

Teniendo cuenta que no hubo una base suficiente para la decisión del Gobierno de establecer una presunción general relativa a Serbia como país tercero seguro en el caso de los demandantes, que las decisiones de expulsión ignoraron las conclusiones del ACNUR en cuanto a un riesgo real de denegación de acceso a un procedimiento de asilo efectivo en Serbia y que las autoridades húngaras agravaron los riesgos a los que se enfrentaban los demandantes al inducirles a entrar ilegalmente en Serbia, el TEDH considera que el Estado demandado no cumplió con su obligación procesal, en virtud del artículo 3 del Convenio, de evaluar los riesgos de un trato contrario a dicha disposición antes de expulsar a los demandantes de Hungría⁶².

Con respecto al Principio de no devolución, el Gobierno demandado dijo que no ha tenido lugar ningún informe del ACNUR ni ningún caso ante el Tribunal que indique que Serbia haya violado el Principio de no devolución. El informe del ACNUR no afirmaba que Serbia hubiera incumplido el Principio de no devolución⁶³.

⁶⁰ *Cit.*, par. 180-194.

⁶¹ *Cit.*, par. 154.

⁶² *Cit.*, par. 163.

⁶³ *Cit.*, par. 114.

- Conclusiones

Mediante esta sentencia, el TEDH deja claro que Hungría incumplió sus obligaciones en relación con el Principio de no devolución al expulsar a Serbia a solicitantes de asilo sin tener en cuenta el peligro de trato inhumano al que podían enfrentarse los demandantes en su llegada a este país.

III. LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

1. Las devoluciones en caliente en el contexto de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros

Con el término *devoluciones en caliente* se identifica la expulsión colectiva de un Estado Parte de personas refugiadas o inmigrantes sin que estas hayan tenido acceso a un procedimiento legal ni a la interposición de un recurso judicial efectivo contra esa expulsión.

Normalmente las *devoluciones en caliente* son colectivas y se producen en la frontera del Estado al que tratan de acceder esos inmigrantes o refugiados, aunque también pueden ocurrir una vez han cruzado la frontera o incluso en alta mar⁶⁴.

Las expulsiones colectivas de extranjeros están prohibidas según el artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH. Este artículo está establecido en los siguientes términos: “*Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros*”.

Para que no se esté incumpliendo esta prohibición, debe quedar demostrado que todos los extranjeros deben haber podido exponer sus argumentos en contra de esa expulsión y que la decisión de expulsarlos haya surgido después de un examen de cada caso particular.

Por tanto, para decidir si se trata de una expulsión colectiva de extranjeros debe valorarse si las autoridades han analizado la situación particular de las personas afectadas, además del contexto del Estado al que se va a expulsar a esas personas, en concreto con respecto a la seguridad de ese Estado. Es decir, se tienen que considerar los riesgos derivados de su expulsión⁶⁵.

Por otro lado, es importante que quede claro también qué es considerado como una expulsión, qué quiere decir este término en el ámbito de las expulsiones colectivas de extranjeros.

⁶⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *¿Qué son las devoluciones en caliente? 7 claves para comprenderlo*, 2020 [Consultado el 5 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/que-son-las-devoluciones-en-caliente-7-claves-para-comprenderlo/>.

⁶⁵ SOLER GARCÍA, C., “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España” en *Revista General de Derecho Europeo*, n. 45, 2018, p. 110. Disponible en: <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/c-soler-publicaciones/la-prohibicion-de-las-expulsiones-colectivas-de-extranjeros.pdf>.

Con respecto a esto, el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) sobre expulsión de extranjeros establece como 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*”⁶⁶.

Por otro lado, el TEDH aplica el concepto de expulsión en su jurisprudencia como un traslado de un extranjero a un tercer Estado, sin ser relevante el lugar donde se produzca, y siendo el traslado realizado por las autoridades de un Estado Parte del CEDH.

El TEDH desarrolla a través de su jurisprudencia: “[...] *un concepto autónomo de expulsión más garantista que el que ofrece el Derecho internacional general*”⁶⁷.

También establece que una expulsión colectiva es: “[...] *una medida que obliga a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, salvo cuando tal medida sea adoptada sobre la base de un examen razonable y objetivo*” y que el término expulsión debe interpretarse como “*ahuyentar de un lugar*”⁶⁸.

Con ello pretende garantizar que los derechos del CEDH puedan ser de aplicación a todos los individuos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte, y evita la creación de “limbos jurídicos”, argumento que algunos Estados esgrimen para eludir las responsabilidades que conlleva que sus autoridades hayan llevado a cabo una expulsión colectiva⁶⁹.

El fundamento de la prohibición de expulsar colectivamente a extranjeros reside en que: “[...] *ya que la admisión de un extranjero es un derecho individual, la pérdida o denegación de este derecho solo puede tener carácter individual*”⁷⁰.

⁶⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 66º período de sesiones”, 2014 [Consultado del 6 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5915f0e84.pdf>.

⁶⁷ SOLER GARCÍA, C., op. cit., p. 128.

⁶⁸ STEDH de 31 de enero de 2019, asunto *Georgia contra Rusia*, demanda n° 13255/07, par. 167. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189019>; STEDH de 7 de abril de 2009, STEDH de 30 de septiembre de 2007, asunto *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05, par. 81. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82338>.

⁶⁹ SOLER GARCÍA, C., op. cit., p. 128.

⁷⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Asamblea General, Tercer informe sobre la expulsión de los extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, 2007 [Consultado el 6 de mayo de 2022]. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_581.pdf.

Por otro lado, con respecto a qué se considera como un “extranjero”, el TEDH establece en su jurisprudencia que un extranjero es: “[...] *cualquier nacional de un tercer Estado, sin que sea necesario que el mismo se encuentre o se haya encontrado, en algún momento, en situación administrativa regular en alguno de los Estados Parte*”⁷¹.

El TEDH también menciona en varias de sus sentencias que, aunque varios extranjeros hayan recibido decisiones similares de expulsión no quiere decir que se trate de una expulsión colectiva. Lo que sí que es necesario es que las autoridades hayan tenido en cuenta las situaciones personales de cada individuo y las circunstancias generales del Estado al que les van a expulsar, y tienen que demostrar que los extranjeros han podido exponer sus argumentos en contra de la expulsión⁷².

Por último, para que una expulsión sea catalogada como colectiva no es necesario un número mínimo de individuos que son expulsados y también se puede considerar expulsión colectiva independientemente de la nacionalidad de los integrantes, no es imprescindible que sean de distintas nacionalidades⁷³.

2. Marco regulador de las devoluciones en caliente

El artículo 4 del Protocolo nº4 del CEDH fue el primer precepto en prohibir la expulsión colectiva de extranjeros de forma expresa.

Hasta que entró en vigor este Convenio y se convirtió en obligatorio para todos los Estados miembros del Consejo de Europa, los Estados consideraban que: “[...] *había una facultad discrecional e ilimitada de expulsión de extranjeros de sus territorios*”. El Protocolo nº4 supuso un límite a estas prácticas⁷⁴.

⁷¹ SOLER GARCÍA, C. *Límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 1º ed., Aranzadi, Madrid, 2019.

⁷² STEDH de 8 de abril de 2004, asunto *Assanidze contra Georgia*, demanda nº 71503/01, par. 167. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61875>; STEDH de 7 de abril de 2009, asunto *Ghulami c. Francia*, demanda nº45302/05, par. 81. Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4a1bc7102.html>.

⁷³ SOLER GARCÍA, C., op. cit., p. 133.

⁷⁴ Ibid., p. 130.

En el Informe Explicativo del Protocolo nº4 al CEDH el Comité de Expertos explica que el artículo 4 se crea con la finalidad de prohibir la expulsión colectiva de extranjeros y evitar que se lleven a cabo las expulsiones que los Estados estaban realizando⁷⁵.

Ya que mediante la prohibición de las expulsiones colectivas del artículo 4 del Protocolo nº4 se pretende evitar que los Estados expulsen a extranjeros sin haber proporcionado ciertas garantías previas a la expulsión, este artículo está muy relacionado con el artículo 13 del CEDH. Este se formula en los siguientes términos: *“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”*.

Este artículo complementa muchas veces al artículo 4 del Protocolo nº 4 en la jurisprudencia del TEDH, ya que garantiza el derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, derecho que debe ser proporcionado a los extranjeros cuando quieran interponer un recurso contra una orden de expulsión de un Estado Parte.

Más regulación con respecto a las expulsiones colectivas se encuentra en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)⁷⁶, en concreto en su artículo 19, sobre protección en caso de devolución, expulsión y extradición, que establece que: *“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”.

En relación con el artículo 13 del CEDH, el artículo 47 del CDFUE garantiza también la salvaguardia del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

Por último, el artículo 9 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre expulsión de extranjeros establece la prohibición de la expulsión colectiva en los siguientes términos⁷⁷:

⁷⁵ CONSEJO DE EUROPA, “Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto” en *European Treaty Series*, nº 46, Estrasburgo, 1963. Disponible en: <https://rm.coe.int/16800c92c0>.

⁷⁶ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000. Publicado en el *DOUE* núm. 83, en fecha de 30 de marzo de 2010.

⁷⁷ Comisión de Derecho Internacional, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones”, 2014 [Consultado el 8 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5915f0e84.pdf>.

“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”.

Con respecto a la regulación en España de las *devoluciones en caliente*, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX)⁷⁸, contiene en su Disposición Adicional 10ª el régimen especial de Ceuta y Melilla, y establece que: *“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”.

Por lo tanto, según el segundo apartado de esta Disposición adicional, todas las expulsiones de extranjeros que se efectúen en Ceuta y Melilla deben respetar la normativa internacional, estando aquí incluido el CEDH.

El artículo 57, en su apartado 6, de esta misma Ley advierte que: *“La expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución”.*

Muchas veces esto resulta de dudoso cumplimiento, ya que la propia LOEX avala en el primer apartado de esta disposición que se podrá rechazar a todos los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de Ceuta y Melilla. En la práctica las *devoluciones en caliente* que se efectúan en estas Ciudades Autónomas no cumplen con la normativa internacional. Además, la LOEX no menciona en ningún caso el término *devoluciones en caliente*, sino que alude al de *“rechazos en frontera”*.

⁷⁸ BOE núm. 10, de fecha 12 de enero de 2000.

3. Relación con el Principio de no devolución

El Principio de no devolución y las *devoluciones en caliente* o expulsiones colectivas de extranjeros están estrechamente relacionadas. Partiendo de su definición, el Principio de no devolución es un Principio que prohíbe a los Estados devolver a una persona a un territorio en el cual pueda correr peligro su vida.

Cuando se lleva a cabo una *devolución en caliente* se está, precisamente, incumpliendo este Principio. Lo que pretende evitar el Principio de no devolución es que los Estados devuelvan a los inmigrantes que lleguen a entrar en su jurisdicción sin ningún procedimiento legal.

Las expulsiones colectivas de extranjeros están prohibidas según el Principio de no devolución, que es un Principio de Derecho internacional consuetudinario⁷⁹.

Por lo tanto, estas prácticas son contrarias a la Convención de Ginebra, ya que incumplen su artículo 33.1. Con esto, se trata de que los Estados lleven a cabo la identificación de todos los individuos que traten de entrar en un Estado que necesiten protección internacional y acceso al procedimiento de asilo.

Las *devoluciones en caliente*, como vía de hecho sin procedimiento y sin las debidas garantías y salvaguardas procesales, privan a las personas necesitadas de protección internacional del acceso al derecho de asilo⁸⁰.

El Comité de Tortura de Naciones Unidas señala que cualquier forma de expulsión colectiva debe ser considerada una violación del principio de no devolución⁸¹.

Varios organismos internacionales se han pronunciado con respecto a las *devoluciones en caliente* y su relación con el principio de no devolución.

⁷⁹ CARBÓ XALABARDER, C. y SANZ VILAR, E., “Las *devoluciones en caliente*: ¿Una respuesta deshumanizada?” en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 34, 2017 [consultado el 10 de mayo de 2022]. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/681223/RJUAM_34_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁸⁰ CEAR, “Manifiesto contra las ‘*devoluciones en caliente*’ junto a un centenar de personalidades”, 2020 [consultado el 12 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.cear.es/manifiesto-devoluciones-en-caliente/>.

⁸¹ COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “Observación general núm. 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22”, 2018 [consultado el 2 de junio de 2022]. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhskvE%2BTuw1mw%2FKU18dCyrYrZBES0pgkG84G5A46LqLcmLr4fzKiF937jh4pEBU8D%2FJL0I%2BZUis6hBTJxmGxqmpiBm3yzzadr1211XfX0x1dk>.

Según la portavoz del ACNUR en España, María Jesús Vega, las *devoluciones en caliente* sin garantías contravienen la prohibición de las expulsiones colectivas recogida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y también: “[...] *son contrarias al principio de no devolución que es vinculante para todos los Estados firmantes y establece la obligación de no devolver a un lugar a cualquier persona cuya vida o integridad física pudiera correr peligro*”⁸².

Olivia Sundberg Diez, analista de política migratoria del *European Policy Center* de Bruselas también se ha pronunciado en este tema, en concreto con respecto a las *devoluciones en caliente* que se producen en Ceuta y Melilla: “*Este nuevo elemento es muy preocupante. En la práctica, puede afectar el principio de no devolución, el cual debería ser absoluto y no tener excepciones como esta*”⁸³.

Por otro lado, Gisela Cardús de la CEAR recuerda que esta práctica es *ilegal e inconstitucional* y que: “[...] *se priva a la persona de su derecho a la tutela judicial efectiva y vulnera el principio de no devolución recogido en la Convención de Ginebra*”⁸⁴.

Y por último, la directora asociada de *Human Rights Watch* en Europa, Judith Sunderland, explica que las *devoluciones en caliente* vulneran las leyes internacionales y el Principio de no devolución por tres motivos: “*Hay un daño irreparable a las personas que son retornadas a lugares donde su vida o su libertad son amenazadas; se les niega el derecho a solicitar asilo y también el derecho a una evaluación individual sobre sus circunstancias: si son personas vulnerables, víctimas del tráfico de personas, menores no acompañados o cualquier otro motivo por el que hayan huido de su país*”⁸⁵.

⁸² *Organizaciones de derechos humanos, desoladas y preocupadas ante el aval a las devoluciones en caliente*, en el periódico *Público*, 2020 [consultado el 12 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/organizaciones-derechos-humanos-pronuncian-del.html>.

⁸³ *La polémica sentencia de Estrasburgo sobre las devoluciones en caliente frente a la realidad de la frontera*, en el periódico *El País*, 2020 [consultado el 12 de mayo de 2022]. Disponible en: https://elpais.com/politica/2020/02/17/actualidad/1581956972_542277.html.

⁸⁴ *Las devoluciones en caliente, una práctica ilegal*, en el periódico *El Periódico*, 2021 [consultado el 13 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/politica/20210518/devoluciones-caliente-practica-ilegal-11738677>.

⁸⁵ *Por qué son polémicas las 'devoluciones en caliente'?*, en *RTVE*, 2020 [consultado el 14 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20200215/son-devoluciones-caliente/2001209.shtml>.

Como conclusión, queda claro que la necesidad de observar un mínimo procedimiento para poder devolver a una persona extranjera interceptada por autoridades de un Estado es consecuencia también de la normativa de la Unión Europea, en la que se encuentra el Principio de no devolución y la prohibición de las expulsiones colectivas⁸⁶.

4. Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las *devoluciones en caliente*

La primera vez que el TEDH menciona las *devoluciones en caliente* tiene lugar en el asunto de Andric contra Suiza⁸⁷. En este se analiza la expulsión a Croacia de los demandantes que procedían de Bosnia y Herzegovina. Estos habían huido de su país a Suiza, donde solicitaban asilo.

Las autoridades suizas les expulsan a Croacia tras rechazar sus solicitudes y los demandantes alegan que se ha violado el artículo 4 del Protocolo nº4, pero el TEDH declara la demanda inadmisibile.

El Tribunal concluye que, aunque varios extranjeros recibieran decisiones similares no significa que se haya producido una expulsión colectiva ya que todos los demandantes pudieron presentar argumentos contra su expulsión. Además, las autoridades tuvieron en cuenta la situación y seguridad del Estado al que los extranjeros iban a ser expulsados y la situación personal de cada uno de ellos. Por lo tanto, se concluyó que no se trataba de una expulsión colectiva de extranjeros⁸⁸.

Otro ejemplo se encuentra en la sentencia de Sultani contra Francia, en la cual las autoridades francesas expulsan de un vuelo colectivo a un gran número de extranjeros.

El demandante fue uno de los expulsados de ese vuelo y sostuvo que no se llevó a cabo un análisis de calidad de las condiciones de cada uno de los extranjeros. Hace alusión al poco tiempo que las autoridades francesas utilizaron para analizar su segunda petición de asilo.

⁸⁶ *Devoluciones en caliente*: ¿hasta dónde están dispuestos a llegar?, en el periódico *El Diario*, 2014 [consultado el 14 de mayo de 2022]. Disponible en: https://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/devoluciones-caliente-dispuestos-llegar_1_4527085.html.

⁸⁷ STEDH de 23 de febrero de 1999, *Vedran Andric contra Suiza*, demanda n.º 45917/99. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4520>.

⁸⁸ *Ibid*, p. 4.

Las autoridades francesas alegaron que tuvieron en cuenta las declaraciones del demandante y las condiciones del destino al que se le iba a expulsar.

El TEDH consideró que se realizó un examen lo suficientemente exhaustivo e individualizado de cada uno de los casos particulares como para permitir a las autoridades francesas establecer las causas concretas de la situación del demandante, por lo que no hubo expulsión colectiva y, en consecuencia, tampoco incumplimiento del artículo 4 del Protocolo nº 4⁸⁹.

Otra sentencia que trata sobre las expulsiones colectivas es *M.A. contra Chipre*⁹⁰. En este caso un individuo kurdo-sirio es detenido por las autoridades de Chipre que pretenden expulsarlo a la República Árabe Siria en el año 2006.

El demandante alega que las autoridades chipriotas tienen la intención de expulsarlo junto con más personas sin seguir el procedimiento debido, es decir, el del examen individual de su situación personal.

El TEDH tampoco consideró en este caso que se hubiese llevado a cabo una expulsión colectiva, es decir, que no se incumplió el artículo 4 del Protocolo nº 4 ya que el Tribunal declara que las solicitudes de asilo del demandante y del resto de solicitantes de asilo habían sido tramitadas de forma individual durante un periodo de más de cinco años.

Las solicitudes se habían examinado teniendo en cuenta las circunstancias personales de cada uno de ellos y que aquellos que habían querido apelar individualmente tuvieron oportunidad de hacerlo. Las solicitudes de asilo fueron denegadas, pero cada uno de los afectados por la expulsión fue objeto de un examen individual, y a la hora de tomar la decisión de expulsarles, las autoridades de Chipre tuvieron en cuenta las circunstancias de cada uno de los extranjeros de forma individualizada, por lo que no hubo incumplimiento del artículo 4 del Protocolo nº 4⁹¹.

Otro ejemplo similar se encuentra en la sentencia *Khlaifia y otros contra Italia*. En este caso, los demandantes son tres individuos procedentes de Túnez que trataron de entrar en

⁸⁹ STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani contra Francia*, demanda nº 45223/05, pars. 83 y 84. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82337>.

⁹⁰ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. contra Chipre*, demanda nº 41872/10. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162183>.

⁹¹ *Ibid*, par. 251.

Europa en 2011, cruzando el Mediterráneo desde el norte de África a la costa italiana. Se les expulsó de vuelta a Túnez.

Los demandantes alegaron que habían sido expulsados colectivamente solo habiendo sido identificados, pero sin tener en cuenta sus situaciones individuales.

Inmediatamente después de su entrada en Italia, las autoridades italianas les identificaron y recogieron sus huellas dactilares. Los demandantes no tuvieron la oportunidad de hablar nada con las autoridades, ni explicar nada sobre su situación personal, no les hicieron ningún tipo de pregunta ni recibieron asistencia de un abogado⁹².

Con respecto a la valoración del Tribunal, este observa que no hay duda en que los demandantes, que se encontraban en territorio italiano, fueron expulsados de ese Estado y devueltos a Túnez contra su voluntad, lo que constituye una “expulsión” de acuerdo con el artículo 4 del Protocolo nº 4, pero hay que establecer si esta expulsión tuvo el carácter de expulsión colectiva.

La conclusión del Tribunal es que los solicitantes fueron identificados en dos ocasiones, se estableció su nacionalidad y se les dio la oportunidad real y efectiva de presentar argumentos en contra de su expulsión. Por lo tanto, el Tribunal sostuvo, por dieciséis votos contra uno, que no hubo violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio.

En esta sentencia se encuentra una opinión parcialmente disidente del Juez Serghides, quien plantea un análisis de la aplicación del artículo 4 del Protocolo nº4 que difiere de la que realizó el TEDH y explica otro punto de vista distinto con respecto a los hechos, haciendo especial énfasis en la cuestión de la obligatoriedad de realizar entrevistas personales en virtud de este artículo.

Dice que el Gobierno no agregó pruebas de que se habían realizado entrevistas personales, que solo aportaron explicaciones poco convincentes, por lo que considera que no está probado que los demandantes se sometieron a entrevistas personales a efectos del artículo 4 del Protocolo nº4 y que las autoridades italianas habían, por lo tanto, incumplido sus obligaciones procesales.

Este Juez concluye con lo anterior que, para ser cumplido efectivamente por un Estado el artículo 4 del Protocolo nº 4, primero deben ser realizado el procedimiento

⁹² STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros contra Italia*, demanda nº 16483/12, par.11-19. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-170054>.

correspondiente relativo a las entrevistas personales a cada uno de los extranjeros, algo que en este caso no se respetó, por lo que, en su opinión, se incumplió este artículo⁹³.

Ahora bien, hay otras sentencias como Čonka contra Bélgica, en las que el Tribunal concluye en que sí que ha habido una expulsión colectiva de extranjeros.

Esta sentencia es la primera en la que el TEDH proclama un incumplimiento del artículo 4 del Protocolo nº 4.

Los demandantes eran una familia de eslovacos de origen romaní. Huyeron de Eslovaquia porque fueron víctimas de ataques racistas, llegando incluso a ser hospitalizados a consecuencia de estos ataques y sin recibir protección por parte de la policía eslovaca.

En consecuencia, esta familia solicitó asilo en Bélgica en noviembre de 1998, pero sus solicitudes fueron rechazadas alegando falta de credibilidad y de pruebas de los ataques que estaban sufriendo en su país de origen y se les solicitó que abandonaran Bélgica.

Fueron convocados a comparecer junto con otros solicitantes, y cuando estuvieron todos juntos se les entregó la orden de expulsión. Los demandantes fueron devueltos a Eslovaquia el 5 de octubre de 1999⁹⁴.

El TEDH afirma que el procedimiento seguido es claramente el de una expulsión colectiva.

Lo primero que dice el Tribunal para llegar a esta conclusión es que antes de que los solicitantes de asilo fuesen expulsados, las autoridades belgas anuncian las actividades que se van a llevar a cabo y se precisan las instrucciones que deben seguir, por lo que es algo meditado. Esto lo refuerza que todos los extranjeros fueron llamados a las dependencias policiales a la vez.

Por otro lado, las órdenes de expulsión tenían una redacción prácticamente idéntica y los demandantes no tuvieron posibilidad real y efectiva de contactar con un abogado.

Por último, el TEDH dijo que: “[...] *en ningún momento el procedimiento de expulsión tiene las garantías que demuestren que las circunstancias personales de cada uno de los interesados son tomadas en cuenta de manera genuina e individual*”.

⁹³ Ibid., pags. 101-127.

⁹⁴ STEDH de 5 de mayo de 2002, Čonka contra Bélgica, demanda nº 51564/99, par. 7-22. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-60026>.

Por todos estos hechos, el TEDH falla, que sí que ha habido una expulsión colectiva de extranjeros y por lo tanto se ha incumplido el artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH⁹⁵.

Otro ejemplo de jurisprudencia en la que ha aparecido el Principio de no devolución es en la sentencia Georgia contra Rusia⁹⁶, del año 2019. Este caso trata sobre el arresto, la detención y expulsión colectiva de ciudadanos georgianos en Rusia en el año 2006.

El Tribunal sostuvo que había habido una violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 de la CEDH.

Señaló, por otro lado, que el artículo 4 del Protocolo nº 4 era aplicable, independientemente de la cuestión de si los nacionales georgianos en este caso habían residido legalmente o no.

En cuanto a la cuestión de si las medidas de expulsión se habían adoptado tras un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los nacionales georgianos y sobre la base de este, el Tribunal utilizó como prueba la descripción que hicieron los testigos georgianos e hizo hincapié en que, según el Comité de Supervisión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁹⁷, las expulsiones habían seguido un patrón recurrente en todo el país.

Durante el período en cuestión, los tribunales rusos dictaron miles de órdenes de expulsión de ciudadanos georgianos. Aunque, formalmente hablando, se había dictado una decisión judicial con respecto a cada nacional georgiano, el Tribunal consideró que la realización de los procedimientos de expulsión durante ese período habían seguido un patrón idéntico, ya que se emitieron circulares e instrucciones de cómo realizar estas expulsiones, y era imposible que las autoridades hubiesen realizado un examen razonable y objetivo del caso particular de cada individuo en vista del elevado número de ciudadanos georgianos a los cuales se les había expulsado en un periodo tan corto de tiempo.

⁹⁵ Ibid., par. 56-63.

⁹⁶ STEDH de 31 de enero de 2019, *Georgia contra Rusia*, demanda nº 13255/07. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145546>.

⁹⁷ COMMITTEE ON THE HONOURING OF OBLIGATIONS AND COMMITMENTS BY MEMBER STATES OF THE COUNCIL OF EUROPE (MONITORING COMMITTEE), “Current tensions between Georgia and Russia”, 2007 [consultado el 2 de junio de 2022]. Disponible en: <http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2007/NoteGeorgiaRussiaE.pdf>.

El Tribunal concluyó que, si bien cada Estado tiene derecho a establecer su propia política de inmigración, los problemas con la gestión de los flujos migratorios no pueden justificar prácticas incompatibles con las obligaciones del Estado en virtud del CEDH, por lo que se había incumplido el artículo 4 del Protocolo n° 4⁹⁸.

Otra sentencia en la que se determinó que había habido una expulsión colectiva de extranjeros es en *M.K. y otros contra Polonia*. En este caso, las autoridades fronterizas polacas que se encontraban en la frontera con Bielorrusia se negaban a admitir a los demandantes, que habían venido de la región bielorrusa de Chechenia y afirmaban que habían intentado sin éxito presentar solicitudes de protección internacional en la frontera en numerosas ocasiones.

En concreto, los solicitantes se quejaban de que se les negó el acceso a los procedimientos de asilo y que estaban expuestos a malos tratos en Chechenia. También afirmaron que habían sido objeto de una expulsión colectiva y que no se les dio acceso a un recurso efectivo para presentar sus demandas⁹⁹.

El TEDH sostuvo que había habido un incumplimiento del artículo 4 del Protocolo n° 4 del CEDH. Concluyó que las decisiones que denegaban la entrada a Polonia a los solicitantes no se habían tomado teniendo en cuenta sus situaciones individuales y habían formado parte de una política más amplia de denegación de solicitudes de asilo de personas que se presentaban en la frontera entre Polonia y Bielorrusia¹⁰⁰.

El TEDH también consideró que había habido una violación de los artículos 3 y 13 del CEDH. El primero, por el riesgo que conllevaba la expulsión a una zona en la cual podían sufrir tratos inhumanos o torturas, y el segundo por la inexistencia de un recurso efectivo¹⁰¹.

Finalmente, la sentencia más reciente a analizar es *Shahzad contra Hungría*. Aborda el caso de la entrada de un grupo de extranjeros de Serbia a Hungría. El demandante fue un hombre de origen paquistaní al cual expulsó la policía húngara.

⁹⁸ *Cit.*, par. 164-178.

⁹⁹ STEDH de 23 de julio de 2020, *M.K. y otros contra Polonia*, demandas n° 40503/17, 42902/17 y 43643/17, par. 9-14. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203840>.

¹⁰⁰ *Cit.*, par. 188-211.

¹⁰¹ *Cit.*, par. 212-220.

El demandante alegó que su expulsión de Hungría había sido parte de una expulsión colectiva y que no pudo realizar una queja contra esta expulsión¹⁰².

El Tribunal sostuvo que había habido una violación del artículo 4 del Protocolo n° 4 del CEDH, determinando que el solicitante había sido objeto de una expulsión colectiva. Los motivos fueron que las autoridades no habían determinado su situación individual, y no habían proporcionado formas genuinas y efectivas de ingresar a Hungría.

El Tribunal también sostuvo que había habido una violación del artículo 13, el derecho a un recurso efectivo, del CEDH en conjunto con el artículo 4 del Protocolo¹⁰³.

En resumen, por medio de toda esta jurisprudencia se llega a la conclusión de que lo más importante que deben realizar las autoridades es un examen individual de los extranjeros que vayan a ser objeto de una expulsión, y que este examen vaya más allá de la mera identificación de la persona o su nacionalidad, sino que también se tengan en cuenta sus circunstancias personales y se realice un análisis del riesgo que tiene expulsarlo a su Estado de origen.

¹⁰² STEDH de 8 de octubre de 2021, *Shahzad contra Hungría*, demanda n° 12625/17, par.1. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210853>.

¹⁰³ *Ibid.*, par. 58 y 59.

IV. CONCLUSIONES

El aumento de las migraciones en el mundo también está ocasionando la adopción de más legislación encargada de proteger a las personas que se desplazan de su país de origen para buscar una vida mejor. El Principio de no devolución es una norma que todos los Estados deben cumplir y un mecanismo de protección de los derechos humanos.

Los Estados deben comprometerse a otorgar a las personas refugiadas y extranjeros el acceso a asistencia jurídica y médica, y en caso de que se les de orden de expulsión de ese país, la posibilidad real de poder interponer un recurso en contra de ésta.

Como se ha visto en la jurisprudencia, las autoridades de los países deben realizar un análisis exhaustivo de las circunstancias personales de cada individuo y de las condiciones de seguridad del país al que les quieran devolver, en caso de que sean expulsados. Es muy importante que se aseguren de que la vida de las personas que vayan a volver a ese Estado no vaya a correr peligro ni estén expuestos a tratos inhumanos o torturas.

Por otro lado, está claro que uno de los grandes problemas a los que se enfrenta España con respecto a la crisis migratoria se focaliza en las ciudades de Ceuta y Melilla, donde se realizan las *devoluciones en caliente*, poniendo en peligro la vida de miles de extranjeros que deciden saltar las vallas y que son devueltos a su país de origen o a Marruecos, donde es bastante posible que no se respeten sus derechos humanos.

Por esto, es relevante la interpretación que hace el TEDH de las *devoluciones en caliente* en la sentencia de N.D. y N.T. contra España, ya que sorprende que el Tribunal haya decidido que es correcto privar a los extranjeros que hayan entrado ilegalmente al país de derechos tan básicos como el derecho a la interposición de un recurso y a un procedimiento legal debido, es decir, que se exima de la aplicación del Principio de no devolución a las autoridades españolas, siendo este un criterio básico del sistema de derecho de asilo y una norma imperativa que todos los Estados deben cumplir, sin poderse anular en ningún caso.

No obstante, sí que es cierto que el TEDH ha hecho en el resto de sentencias comentadas un análisis que ha beneficiado casi siempre a los demandantes, afirmando que es imprescindible que las autoridades cumplan con todas las garantías que el Principio de no devolución ofrece, siendo fundamental que los extranjeros estén informados de sus derechos, poniendo como prioridad la obligación de proporcionar a todos los individuos

un procedimiento justo y efectivo en caso de que las autoridades determinen la expulsión de ese Estado y que se analicen las circunstancias de todos los individuos.

Además, como se ha visto en la jurisprudencia de las expulsiones colectivas de extranjeros, el TEDH no exime de la aplicación del Principio de no devolución ni del respeto artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH, aunque se trate de una entrada masiva de individuos, por más que para las autoridades sea más complicado llevar a cabo todos los procedimientos legales, tienen que seguir proporcionando las garantías necesarias a todos los extranjeros.

Queda claro que los Estados siguen incumpliendo en muchos casos el Principio de no devolución y se siguen realizando muchas *devoluciones en caliente* que no siempre se denuncian, lo que puede ocasionar poner en riesgo la vida de muchas personas.

Finalmente, es muy importante que los Estados y sus autoridades cumplan cada vez más con las disposiciones del CEDH, evitando así poner a personas en riesgo, aunque posteriormente puedan denunciar; y que las leyes internas de los países no traten de evitar la aplicación de las leyes internacionales, especialmente del CEDH y la Convención de Ginebra, como podría ser el caso de la LOEX en el caso de las *devoluciones en caliente*.

A pesar de ello, cada Sentencia del TEDH que penalice estos actos es un paso hacia delante en la protección de los derechos de los inmigrantes, extranjeros y refugiados, ya que se garantizan sus derechos fundamentales y se asientan bases jurisprudenciales que serán aplicadas en más sentencias *a posteriori*.

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- MURRAY, A.R, *The Fragmentation of the International Legal System and the Role for a Formal Approach to Law in the Context of International Human Rights Law, International Humanitarian Law and International Criminal Law* [libro electrónico], Lancaster University, 2014 [consultado el 20 de abril de 2022]. Disponible en: <https://eprints.lancs.ac.uk/id/eprint/133440/1/11003488.pdf>
- SOLER GARCÍA, C., *Límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2019.

Artículos científicos y contribuciones en libros colectivos:

- ALLAIN, J., “The jus cogen nature of non-refoulement” en *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, Serle Goodwin-Gill (dir.), Oxford University, Oxford, 2001 [consultado el 23 de abril de 2022]. Disponible en: <file:///C:/Users/Utilisateur/Downloads/NonRefoulementandJusCogens.pdf>
- CARBÓ XALABARDER, C. y SANZ VILAR, E., “Las devoluciones en caliente: ¿Una respuesta deshumanizada?” en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 34, 2017 [consultado el 10 de mayo de 2022]. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/681223/RJUAM_34_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 46, 2013 [consultado el 24 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/39394>
- DE LUCAS MARTIN, J., “El Derecho contra los derechos. Un comentario a la Sentencia N.D. y N.T. contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico* [revista electrónica], nº27, 2020 [consultado el 10 de mayo de 2022]. Disponible en: <file:///C:/Users/Utilisateur/Downloads/Javier+deLucas,+EL+DERECHO+CONTRA+LOS+DERECHOS.+UN+COMENTARIO+A+LA+SENTENCIA+N.D.+>

[Y+N.T.+CONTRA+ESPA%C3%91A+DEL+TRIBUNAL+EUROPEO+DE+D
ERECHOS+HUMANOS%20\(1\).pdf](#)

- GIL BAZO, M.T., “Non-refoulement (No devolución)” en *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Universidad del País Vasco, 2005 [consultado el 29 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.dicc.hegoa.ehu.eus/listar/mostrar/157#:~:text=Ning%C3%BAn%20Estado%20Contratante%20podr%C3%A1%2C%20por,o%20de%20sus%20opiniones%20pol%C3%ADticas%20%80%9D>
- MORGADES GIL, S., “El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 41, 2012 [consultado el 23 de mayo de 2022]. Disponible en: https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/41769/morgades_rcde_tedh.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- PERAL FERNANDEZ, L., “Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas”, en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* [revista electrónica], n.11, 2006 [consultado 30 de abril de 2020]. Disponible en: <file:///C:/Users/Utilisateur/Downloads/Dialnet-LimitesJuridicosAlDiscursoPoliticoSobreElControlDe-1446340.pdf>
- PRESNO LINERA, M.A., “Algunas consideraciones a propósito de los efectos de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las devoluciones en caliente.”, 2020 [consultado el 22 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/02/14/algunas-consideraciones-a-proposito-de-los-efectos-de-la-sentencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-las-devoluciones-en-caliente/>
- SOLER GARCÍA, C., “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España” en *Revista General de Derecho Europeo*, n. 45, 2018. Disponible en: <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/c-soler-publicaciones/la-prohibicion-de-las-expulsiones-colectivas-de-extranjeros.pdf>

Informes:

- ACNUR, “La Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. Preguntas y respuestas”, 2007 [consultado el 2 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2007/5754.pdf>
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS Y UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, “Guía sobre el derecho internacional de los refugiados”, en *Guía práctica para parlamentarios*, n. 2, 2001 [consultado el 22 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8951.pdf>
- ACNUR, “Conclusión N° 25 (XXXIII)” en *Conclusiones generales*, 1982 [consultado el 28 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc62c2.html>
- ACNUR, “*Conclusión N° 55 (XL)*” en *Conclusiones Generales*, 1989 [consultado el 28 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc60ba.html>
- ACNUR, “Conclusión N° 79 (XLVII)” en *Conclusión general sobre la protección internacional*, 1996 [consultado el 28 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc5f0a.html>
- CDI, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones”, 2014 [Consultado el 8 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5915f0e84.pdf>
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “Observación general núm. 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22”, 2018 [consultado el 2 de junio de 2022]. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskvE%2BTuw1mw%2FKU18dCyrYrZBES0pgkG84G5A46LqLcmLr4fozKiF937jh4pEBU8D%2FJL0I%2BZUis6hBTJxmGxqmpiBm3yzzadr12l1XfX0x1dk>
- COMMITTEE ON THE HONOURING OF OBLIGATIONS AND COMMITMENTS BY MEMBER STATES OF THE COUNCIL OF EUROPE (MONITORING COMMITTEE), “*Current tensions between Georgia and Russia*”, 2007 [consultado el 2 de junio de 2022]. Disponible en: <http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2007/NoteGeorgiaRussiaE.pdf>

- CONSEJO DE EUROPA, “Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto” en *European Treaty Series*, nº 46, Estrasburgo, 1963. Disponible en: <https://rm.coe.int/16800c92c0>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 66º período de sesiones”, 2014 [Consultado del 6 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5915f0e84.pdf>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Asamblea General, Tercer informe sobre la expulsión de los extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, 2007 [Consultado el 6 de mayo de 2022]. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_581.pdf

Legislación:

- Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, *BOE* núm. 252, de 21 de octubre de 1978.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977.
- Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, publicado en el *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 26 de junio de 1987, *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE* núm. 10, de 12 de enero de 2000.
- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000. Publicado en el *DOUE* núm. 83, en de 30 de marzo de 2010.

Opiniones consultivas:

- ACNUR, “Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los

Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967”, 2007 [consultado el 29 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4a8124522.html>

- ACNUR, “Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967”, 2007 [consultado 30 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>

Jurisprudencia:

- STS, núm. 8195/2012, de 5 de diciembre de 2012
- STEDH de 23 de febrero de 1999, asunto Vedran Andric c. Suiza
- STEDH de 5 de mayo de 2002, asunto Čonka contra Bélgica
- STEDH de 20 de septiembre de 2007, asunto Sultani contra Francia
- STEDH de 21 de enero de 2011, asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia
- STEDH de 23 de febrero de 2012, asunto Hisri Jamaa y otros contra Italia
- STEDH de 23 de julio de 2013, asunto M.A. contra Chipre
- STEDH de 15 de diciembre de 2016, asunto Khlaifia y otros contra Italia
- STEDH de 14 de junio de 2017, asunto Ilias y Ahmed contra Hungría
- STEDH de 3 de octubre de 2017, asunto N.D. y N.T. contra España
- STEDH de 31 de enero de 2019, asunto Georgia contra Rusia
- STEDH de 21 de noviembre de 2019, asunto Ilias y Ahmed contra Hungría
- STEDH de 13 de febrero de 2020, asunto N.D. y N.T. contra España
- STEDH de 23 de julio de 2020, asunto M.K. y otros contra Polonia
- STEDH de 8 de octubre de 2021, asunto Shahzad contra Hungría

Recursos de Internet:

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *¿Qué son las devoluciones en caliente? 7 claves para comprenderlo*, 2020 [Consultado el 5 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/que-son-las-devoluciones-en-caliente-7-claves-para-comprenderlo/>
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una lucha por los derechos”, 2017 [consultado el 9 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/tribunal-europeo-de-derechos-humanos-una-joya-para-las-libertades->

[fundamentales/#:~:text=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos,de%20Derechos%20Humanos%20\(CEDH\)](#)

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Italia: Sentencia “histórica” del Tribunal Europeo confirma derechos de migrantes”, 2012 [consultado el 23 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2012/02/italy-historic-european-court-judgment-upholds-migrants-rights/>
- CEAR, “Manifiesto contra las ‘devoluciones en caliente’ junto a un centenar de personalidades”, 2020 [consultado el 12 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.cear.es/manifiesto-devoluciones-en-caliente/>
- COMISIÓN DE AYUDA AL REFUGIADO EN EUSKADI, “Convención de la OUA” en *Diccionario de asilo* [consultado el 2 de mayo de 2022]. Disponible en: <http://diccionario.cear-euskadi.org/convencion-de-la-oua/#:~:text=Esta%20Convenci%C3%B3n%20que%20entr%C3%B3%20en,de%20los%20refugiados%20en%20%C3%81frica%E2%80%9D>
- *Devoluciones en caliente*”: ¿hasta dónde están dispuestos a llegar?, en el periódico *El Diario*, 2014 [consultado el 14 de mayo de 2022]. Disponible en: https://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/devoluciones-caliente-dispuestos-llegar_1_4527085.html
- EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, “España - Expulsiones automáticas / Devoluciones en caliente – Melilla”, 2020 [consultado el 22 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.ecchr.eu/es/caso/el-caso-de-nd-y-nt-contra-espana-ante-el-tedh/>
- INSTITUTO BRASILEÑO DE DERECHOS HUMANOS, “Explicando el caso N.D y N.T vs. España – Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre deportaciones en caliente”, 2020 [consultado el 20 de mayo de 2022]. Disponible en: <http://ibdh.org.br/jurisprudencia-nd-nt-espana-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-deportaciones/>
- INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE CATALUÑA, “N.D y N.T contra España: más que las devoluciones en caliente, menos que un recurso con las máximas garantías”, 2017 [consultado el 23 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.idhc.org/es/actualidad/n-d-y-n-t-contra-espana-mas-que-las-devoluciones-en-caliente-menos-que-un-recurso-con-las-maximas-garantias.php>
- *La polémica sentencia de Estrasburgo sobre las devoluciones en caliente frente a la realidad de la frontera*, en el periódico *El País*, 2020 [consultado el 12 de mayo

- de 2022]. Disponible en: https://elpais.com/politica/2020/02/17/actualidad/1581956972_542277.html
- *Las devoluciones en caliente, una práctica ilegal*, en el periódico *El Periódico*, 2021 [consultado el 13 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/politica/20210518/devoluciones-caliente-practica-ilegal-11738677>
 - MINISTERIO PÚBLICO DE DEFENSA, “Jurisprudencia: Ilias y Ahmed v. Hungría”, 2017 [consultado el 22 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1493&source=/Jurisprudencia/forms/fallos.aspx>
 - *Organizaciones de derechos humanos, desoladas y preocupadas ante el aval a las devoluciones en caliente*, en el periódico *Público*, 2020 [consultado el 12 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/organizaciones-derechos-humanos-pronuncian-del.html>
 - *Por qué son polémicas las 'devoluciones en caliente'?*, en *RTVE*, 2020 [consultado el 14 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20200215/son-devoluciones-caliente/2001209.shtml>