

# Políticas migratorias. Devoluciones en caliente

## TEDH. *Case of N.D. and N.T. v. Spain*, Great Chamber, 13 de febrero de 2020

*Por Pablo Ceriani Cernadas<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

La decisión adoptada por la Gran Sala del TEDH que aquí comento era esperada con mucha expectativa por diversos actores institucionales que participaron del proceso: por un lado, varios Estados de la región y, por el otro, entidades de la sociedad civil y organismos internacionales.<sup>2</sup> Esto se debía principalmente a dos razones: a) el caso examinaba la legitimidad de una de las prácticas de control migratorio denominadas “devoluciones en caliente”; y b) tres años antes, una de las salas del Tribunal había resuelto en este caso que las devoluciones automáticas configuraban una violación a derechos previstos en el CEDH.

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Doctor en Derechos Humanos (Universidad de Valencia). Magíster en Migraciones Internacionales (Universidad Europea de Madrid). Director de la Especialización en Migración y Asilo desde una Perspectiva de Derechos Humanos (UNLa). Coordinador del Programa Migración y Asilo (IJDH-UNLa). Ex vicepresidente del Comité de ONU sobre Derechos de Trabajadores Migrantes y sus Familias.

<sup>2</sup> Se presentaron, entre otros, representantes de Bélgica, Francia e Italia, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), la Comisión Española de Ayuda a los Refugiados (CEAR), el Centro de Asesoramiento sobre los Derechos Individuales en Europa (el Centro AIRE), Amnistía Internacional, el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados (ECRE) y la Comisión Internacional de Juristas.

Las reacciones a la sentencia no se hicieron esperar, dado que su contenido, para muchas personas, resultó ser especialmente sorprendente. La primera razón de ello estuvo en que la Gran Sala llegó a conclusiones diametralmente opuestas a las que había arribado la Sala en octubre de 2017. La segunda, más importante –y a ello están dedicadas las reflexiones de estas páginas–, radica en la particularidad de los argumentos utilizados por el TEDH para determinar que el Estado español no había vulnerado ninguno de los derechos que habían sido denunciados por los peticionantes.

Este artículo está organizado sobre la base de una triple crítica al fallo, desde los planos jurídico, lógico y político. El primero está centrado en la interpretación tan restrictiva como débil que hace el Tribunal para concluir que no hubo violaciones a los derechos de los peticionantes. Explicaré por qué la argumentación vulnera derechos protegidos, ignora principios y estándares universales y regionales, y sienta un precedente profundamente peligroso para los derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo, y para los derechos humanos en general. Por su parte, la crítica en el plano de la lógica se basa, precisamente, en una serie de conclusiones absurdas del TEDH, a las que llega mediante razonamientos contradictorios con los hechos y las evidencias del caso y con la misma construcción argumentativa que despliega en los puntos más sustanciales de la decisión.

Finalmente, el cuestionamiento de índole político está dado por el lugar en el cual parece ubicarse el TEDH con esta sentencia. El tono que usa, los argumentos que desarrolla, las fuentes utilizadas y sus conclusiones parecen más las propias de un órgano político, protector de la política migratoria de la Unión Europea, antes que de un tribunal cuyo mandato es la tutela y protección efectiva de los derechos de todas las personas que están bajo la jurisdicción de un Estado parte del Consejo de Europa. El voto particular del juez Pejchal, como veremos, lleva este enfoque hasta un extremo jurídicamente inadmisiblemente, argumentativamente intolerable y políticamente repulsivo. También señalaré, brevemente, que, en este plano político, así como en el jurídico, la sentencia no es del todo sorprendente, si tenemos en cuenta la jurisprudencia desarrollada en las últimas dos décadas en diferentes temas relativos a los derechos de personas migrantes y refugiadas.

Concluyo estas páginas con algunas reflexiones sobre los posibles efectos de la sentencia, principalmente en materia de derechos de las personas afectadas por las políticas migratorias y de asilo de los Estados europeos, pero también por las posibles implicancias que podría tener para los derechos humanos en general si se extendieran algunas de las argumentaciones utilizadas por el tribunal. En el mismo sentido, se comentan ciertas decisiones posteriores del TEDH que profundizan algunas de las preocupaciones generadas por su fallo (no es casual usar aquí este término en lugar de “sentencia”) en el caso *N.D. y N.T. c. España*.

## 2. Hechos del caso y procedimiento ante el TEDH

En el año 2015 dos personas originarias de Costa de Marfil y Mali presentaron una denuncia contra España ante el TEDH como consecuencia de la devolución automática de parte de autoridades fronterizas españolas hacia territorio marroquí. Esta práctica, conocida como “devolución en caliente”,

es aplicada específicamente en las fronteras exteriores de España, las ciudades de Ceuta y Melilla, enclaves españoles en territorio africano. Como es de público conocimiento, en estas fronteras estratégicas para la Unión Europea –son las únicas fronteras terrestres entre Europa y África– se han ido desplegando múltiples mecanismos de disuasión del ingreso irregular, llegando a la construcción de un triple vallado coronado por unas concertinas (alambres con cuchillas cortantes) y un profundo foso –del lado marroquí–. La devolución en caliente ha sido, en los últimos años, el mecanismo por el cual las autoridades españolas retornan de manera inmediata a las personas que logran cruzar esas vallas.

El 14 de agosto de 2014, los peticionantes, según los hechos descritos por el TEDH, integraban un grupo de unas 600 personas que intentaron cruzar el triple vallado. Unas 75 personas lo lograron en su totalidad o fueron detectadas cuando estaban en la parte alta de las vallas, como fue el caso de los peticionantes, quienes fueron bajados por la Guardia Civil española, esposados y devueltos de manera inmediata a los funcionarios marroquíes, sin realizar ninguna clase de procedimiento administrativo.

En octubre de 2017, una Sala del TEDH concluyó que las “devoluciones” de los peticionantes a autoridades marroquíes realizadas por el gobierno español sin una evaluación individual vulneraban la prohibición de expulsiones colectivas y la garantía de un recurso efectivo (art. 13 CEDH).<sup>3</sup> Al haber recurrido el Estado español, el caso fue referido a la Gran Sala. Por ello, como destaca Carrera (2020:2), había grandes expectativas sobre la sentencia final de la Gran Sala. En efecto, era una oportunidad, entre otras cosas, para reafirmar el cuestionamiento jurisdiccional de esta clase de prácticas que España –y otros países– han estado implementando en diferentes fronteras exteriores de países de la Unión Europea.

El interés también radicaba en que se trataba de devoluciones en ámbitos fronterizos terrestres, ya que algunos casos anteriores se habían focalizado en los controles migratorios por vías marítimas, como la sentencia en *Hirsi y otros v. Italia*.<sup>4</sup> En aquella oportunidad, vale subrayarlo, el TEDH había resuelto que las prácticas de interceptación y devolución automáticas eran violatorias de diversos derechos previstos en el CEDH, entre ellos el derecho a un recurso efectivo y a la protección contra la expulsión colectiva, los mismos que analiza en *N.D. y N.T.*

3 TEDH. *Case Asunto N.D. y N.T. c. España*, No. de Application, 8675/15 y 8697/15, Sección Tercera, 3 de octubre de 2017. Para un análisis exhaustivo sobre esta sentencia y, en general, sobre las prácticas de “devolución en caliente” implementadas por el Estado español, ver Hernández Bologna (2020).

4 TEDH. *Case Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. No. de Application, 27765/09, 23 de febrero de 2012.

### 3. Análisis de la sentencia

#### 3.1. Crítica jurídica: los Estados son responsables, pero la culpa es de los migrantes

##### 3.1.1. Jurisdicción: un freno al (nuevo) intento de los Estados europeos de tener zonas sin derechos

Desde comienzos de este siglo, los Estados de la Unión Europea han ido desarrollando nuevos y diversos mecanismos de control migratorio, particularmente en áreas fronterizas y más allá. Aguas internacionales, territorios de países de origen y tránsito (africanos, especialmente) han sido los espacios centrales en los que se ha desplegado el llamado proceso de externalización de las políticas de control de la movilidad humana.

Uno de los cuestionamientos centrales a estas políticas ha estado focalizado en que, mientras los Estados empujan “las fronteras” hacia afuera del territorio europeo, los derechos y garantías exigidas por elementos básicos del Estado de Derecho no han “acompañado” esos desplazamientos. Organismos regionales y universales de derechos humanos han señalado de manera coherente y repetida que las obligaciones de derechos son igualmente aplicables en esos contextos, en tanto el ejercicio de la autoridad implica que las personas están “bajo la jurisdicción” del Estado que despliega esos controles y, por ende, debe gozar de los derechos de toda persona según su ordenamiento jurídico.<sup>5</sup>

A pesar de esa jurisprudencia inequívoca, hoy en día se siguen evidenciando prácticas similares en diferentes espacios de las rutas migratorias. Y por eso no sorprende que tanto España como los Estados que presentaron observaciones al TEDH hayan planteado que las personas no estaban en territorio español (Italia, párrs. 96 y 151), o que los hechos ocurrieron en el espacio fronterizo de Schengen y por ende las personas no habían ingresado a España (Bélgica, paras. 97, 145-6), y entonces no tenían responsabilidad con base en el CEDH. Francia, en un argumento que parece burlarse de las víctimas de devoluciones automáticas, subrayó que las personas no llegaron a estar “bajo el control efectivo y continuo” de las autoridades españolas, sino únicamente a una “intervención breve y limitada”, por lo que el Convenio no era aplicable (paras. 95).

En uno de los pocos aspectos positivos de la sentencia, el TEDH rechazó de manera contundente los argumentos presentados por los Estados. En primer lugar, reiteró que

---

<sup>5</sup> Ver, entre muchos otros trabajos, el análisis de la responsabilidad extraterritorial en derechos humanos en el marco de políticas de control migratorio, en Ceriani Cernadas (2009a), Gammeltoft-Hansen (2010) y Heijer (2011).

debe considerarse que el concepto de ‘jurisdicción’ a los efectos del artículo 1 del Convenio refleja el significado del término en el derecho internacional público [...] Con arreglo a dicha norma, la existencia de una valla situada a cierta distancia de la frontera no autoriza a un Estado a excluir, modificar o limitar unilateralmente su jurisdicción territorial, que comienza en la línea fronteriza.<sup>6</sup>

Luego, la Corte subrayó

que la naturaleza específica del contexto migratorio no puede justificar un ámbito de ilegalidad en el que los individuos no estén amparados por un sistema jurídico que les permita disfrutar de los derechos y garantías previstos en el Convenio, que los Estados se han comprometido a asegurar a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.<sup>7</sup>

Se trata de una importante reafirmación del principio de “jurisdicción”, especialmente en tiempos en que los Estados continúan desarrollando prácticas de interceptación y devolución en áreas fronterizas o más allá. Lamentablemente, como veremos a continuación, el análisis de fondo del caso acaba legitimando, de alguna manera, ese “ámbito de ilegalidad”.

### 3.1.2. La invención del ¿principio? de la “conducta propia” como justificación para la negación de derechos básicos

En palabras de Di Filippo (2020: 492), la verdadera píldora venenosa de la sentencia es la configuración de la nueva excepción de la “mala conducta”. En efecto, las principales conclusiones del TEDH están basadas particularmente en la conjunción de dos factores: por un lado, la creación de una nueva excepción a las obligaciones de los Estados parte del CEDH y, por el otro, una interpretación de los hechos carente de toda lógica.

El análisis de fondo –sobre las alegaciones acerca de la violación de la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho a un recurso efectivo– comienza por la aclaración por parte del Tribunal, por vez número milésima en cada caso sobre temas de movilidad humana, que los Estados pueden establecer sus políticas migratorias.<sup>8</sup> Luego, reproduciendo un lenguaje propio de la Unión Europea, hace refe-

6 TEDH. *Case of N.D. and N.T. v. Spain*, Great Chamber, Application No. 8675/15 y 8697/15, sentencia 13 de febrero de 2020, párr. 109.

7 *Ibidem*, párr. 110.

8 *Ídem*, nota 6., párr. 167. Hay una especie de necesidad de hacer esta aclaración en cada caso sobre temas migratorios, como si los Estados no fueran soberanos para diseñar e implementar políticas públicas en el área que fuera. Esta frase difícilmente se encuentre en una sentencia sobre una temática diferente. Parecería que se está implícitamente aceptando que los Estados, en materia de política migratoria, pudieran establecer distinciones con relación a las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de toda persona sujeta a su jurisdicción.

rencia al objetivo de los Estados en materia de “lucha contra la inmigración clandestina”,<sup>9</sup> haciendo alusión a “cualquier amenaza a la seguridad interior y al orden público” como si, *per se*, la migración irregular fuera solamente eso. Desde un tribunal de derechos humanos, uno esperaría un enfoque diferente, más complejo y al menos mínimamente cercano a la vulnerabilidad de las personas en esas circunstancias (p.ej., como lo hiciera la Corte IDH en su Opinión Consultiva 18/2003).

Una vez señalado que los Estados no pueden “justificar flujos migratorios o en la recepción de demandantes de asilo no pueden justificar la utilización de prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos”,<sup>10</sup> subraya que las disposiciones del CEDH no son “el único marco de referencia para interpretar los derechos y libertades [...] debe asimismo tener en cuenta las normas y principios pertinentes de derecho internacional aplicables”.<sup>11</sup>

Al analizar el concepto de “expulsión” y algunos estándares sobre derechos y garantías en esos casos, el TEDH utiliza como fuente principal al proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre “expulsión de extranjeros” de 2014.<sup>12</sup> Es decir que en lugar de examinar, entre otras referencias claves, la jurisprudencia de organismos de Naciones Unidas creados por tratados internacionales, como el Comité de Derechos del Niño (en casos contra España, precisamente)<sup>13</sup> o la Corte IDH, recurrió a un informe del cual la Asamblea General “tomó nota”.<sup>14</sup> También usó como fuente un informe del Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano integrado por los ministros de Asuntos Exteriores de cada Estado.

El artículo 4 del Protocolo 4 al prohibir toda expulsión colectiva garantiza a las personas el derecho a “contar con una posibilidad real y efectiva de formular alegaciones en contra de su expulsión”. Esta garantía es una herramienta medular para la protección de los derechos en un procedimiento migratorio, más aún en contextos fronterizos. También puede entenderse como un mecanismo de transparencia, en tanto cumple una función crítica para validar las prácticas que implementan las políticas públicas definidas por los Estados en esta materia, así como para prevenir abusos y arbitrariedades por parte de autoridades de frontera, precisamente como las que se debaten en el caso (devoluciones de facto, automáticas, o “en caliente”).

Es aquí donde aparece el aspecto más conflictivo y cuestionable de la decisión del TEDH, que parece evidenciar una lente política –haciendo un guiño a quienes presentan la migración irregular en esas

9 Ídem, nota 6, párr. 168.

10 Ídem, nota 6, párr. 170.

11 Ídem, nota 6, párr. 172.

12 Ver el informe de la CDI en <https://legal.un.org/ilc/reports/2014/spanish/chp4.pdf>

13 El mismo TEDH incluye extractos de una de las decisiones del Comité en un caso contra España, entre la “documentación internacional” presentada en el marco del Asunto N.D. y N.T., pero al momento de hacer el análisis de fondo del caso, opta por omitir este o cualquier otro antecedente emanado de órganos normativamente competentes para la interpretación de tratados de derechos humanos.

14 Cabe agregar que el informe de la CDI está plagado de citas del TEDH (hace referencia a 27 sentencias, casi exclusivamente sobre temas de migración y asilo), y apenas menciona 6 casos de la Corte IDH (ninguno de ellos sobre temas migratorios), omitiendo antecedentes centrales como la Opinión Consultiva 18 (2003), o sentencias como las de *Velez Loor v. Panamá* (2010), o *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana* (2012), entre otras.

fronteras como una amenaza para la seguridad— y para la cual debe abandonar el uso de la lógica en el desarrollo argumentativo.

El TEDH sostiene que “la propia conducta del demandante es un factor relevante para evaluar la protección que se debe otorgar en virtud del artículo 4 del Protocolo nº 4”.<sup>15</sup> Seguidamente, habla de una “jurisprudencia consolidada del Tribunal” por la cual no habría una violación de esa norma “si la ausencia de una decisión individual de expulsión puede atribuirse a la propia conducta del demandante”.

Para demostrar esa “jurisprudencia consolidada”, cita los casos *Khlaifia y otros c. Italia*; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*; *M. A. c. Chipre*; *Berisha y Haljiti c. la ex República Yugoslava de Macedonia*; y *Dritsas y otros c. Italia*. Llamativamente, ninguno de esos casos valida la afirmación de la Corte. En algunos de ellos,<sup>16</sup> aunque el tribunal hizo alusión a la conducta “culpable” o “atribuible” a la persona, no lo aplica a los hechos y las conclusiones, así que son simplemente irrelevantes (Di Filippo, 2020: 493). En los demás,<sup>17</sup> el razonamiento entre los hechos, la conducta de las personas y la parte sustantiva de la sentencia, evidencia de manera clara dos cuestiones importantes: a) el análisis no tiene vinculación alguna con el que luego hace el TEDH en el *caso N.D. y N.T.*, en el cual exceptúa la obligación del Estado como consecuencia de una infracción previa cometida por los peticionantes; y b) son incapaces de representar una “jurisprudencia establecida” (Di Filippo, ídem).

Para ahondar sobre su teoría sobre la “conducta” atribuible a los peticionantes, el TEDH expresa que

el mismo *principio* debe aplicarse igualmente a aquellas situaciones en las que la conducta de aquellos que cruzan una frontera terrestre sin autorización, se aprovechan deliberadamente de su gran número y utilizan la fuerza, es tal que crea una situación claramente perturbadora, difícil de controlar y que pone en peligro la seguridad pública.<sup>18</sup>

El destacado me pertenece, ya que el Tribunal califica como “principio” a una novedad argumentativa que no cumple con ningún requisito jurídico para ser considerado como tal. Por un lado, recurrir a la conducta de alguien que alega ser víctima de violaciones de derechos humanos para exceptuar al

15 Ídem nota 6, párr. 200. En la misma dirección, el Estado de Francia alegó que la falta de una decisión individual podía “atribuirse a la conducta culpable del interesado” y que los demandantes se habían posicionado en una situación ilegal”. Ídem, párrs. 147 y 148.

16 Ídem, nota 4.

17 En *Berisha*, el TEDH sostuvo que las dos personas –un matrimonio– habían peticionado asilo de manera conjunta, y eso explicaba que las autoridades emitieran una sola resolución. Por eso, su “conducta”, y no una actuación del Estado contraria al Convenio, explica que no haya habido una evaluación individualizada. En *Khlaifia y otros*, destaca que entre las razones por las cuales no hubo un análisis detallado e individualizado de los peticionantes (sobre eventuales riesgos en caso de ser expulsados), está el hecho de que durante los 10-12 días que estuvieron en Italia, en los que fueron entrevistados por diferentes autoridades, no pidieron asilo ni plantearon alguna clase de peligro que podría generar su deportación a Túnez. En *Dritsas y otros*, la Corte utiliza este razonamiento para explicar que la falta de algunas decisiones individualizadas se debió a la negativa de las personas de brindar sus datos y documentación de identidad.

18 Ídem, nota 6, párr. 201.

Estado de sus responsabilidades jurídicas básicas no puede ser aceptado siquiera como argumento, menos como principio interpretativo del Convenio. Tampoco tiene un antecedente en otro tribunal u organismo regional o universal de derechos humanos o, como ya señalé, en el mismo TEDH.

Este inexistente “principio”, entonces, es usado para determinar que el Estado no tiene la obligación de seguir lo establecido en el artículo 4 del Protocolo 4. Al respecto, Di Filippo (2020: 495) explica que esta norma no regula un mecanismo específico para introducir restricciones, sin importar si estuviera basada en cuestiones de seguridad nacional o de orden público. Por eso, observa que el Tribunal emplea un lenguaje de excepcionalidad e introduce, *de facto*, una derogación interpretativa de un derecho del Convenio que está formulado en términos absolutos (2020: 494).

Continuando con esta teoría “exculpatoria”, el TEDH concluye que no hubo violación de la prohibición de expulsión colectiva:

fueron los demandantes quienes se arriesgaron al participar en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla [...], aprovechando el gran número de miembros del grupo y utilizando la fuerza. No hicieron uso de los procedimientos legales existentes [...] En consecuencia, de conformidad con su jurisprudencia reiterada [*sic*], el Tribunal considera que la ausencia de resoluciones individuales de expulsión puede deberse al hecho de que los demandantes, si efectivamente deseaban hacer valer sus derechos en virtud del Convenio, no hicieron uso de los procedimientos formales de entrada existentes a tal efecto, lo que por tanto fue consecuencia de su propia conducta [...] Por consiguiente, no ha habido vulneración alguna del artículo 4 del Protocolo no. 4.<sup>19</sup>

En cuanto a la cuestión de la “conducta”, De Lucas (2020) cuestiona

que el TEDH sostenga la tesis de que quien ha cometido una infracción administrativa (cruzar la frontera sin documentación en regla) o, incluso, un ilícito penal (utilizar colectivamente la violencia contra los representantes de la fuerza pública para saltar el triple vallado), queda por ello privado de derechos tan elementales como el derecho a la defensa y al procedimiento debido, o se le suspenda la vigencia del principio de non-refoulement, criterio básico del sistema de derecho de asilo y refugio que pone en pie el Convenio de 1951 de Estatuto de Refugiados, principio que, según reconoce expresamente la sentencia no puede anularse en ningún caso.

Por su parte, Pichl (2020) destaca la gravedad de este razonamiento que ignora fundamentalmente la letra y lugar del artículo 4 P4, en tanto garantía procedimental que sirve de apoyo al principio de no devolución: solamente si la persona no es expulsada de manera colectiva, el Estado puede evitar el retorno de una persona a un lugar peligroso. En este caso, el Tribunal está confundiendo garantías pro-

<sup>19</sup> *Ibídem*, párr. 231.

cesales del CEDH con cuestiones que no tienen relación alguna con las obligaciones de los Estados. La mera “posibilidad” de ir a otro puesto fronterizo para pedir asilo no puede exceptuar a España de su deber de examinar de manera individual la situación de los peticionantes. La Corte rompe claramente con sus sentencias previas sobre el tema, validando un “derecho sin derechos”. Además, la sentencia provee a los Estados un margen incontrolable de discreción, en tanto desde ahora el Protocolo provee protección si no hay otra alternativa que un ingreso irregular, lo cual no podría verificarse si la persona es devuelta automáticamente y sin un procedimiento individual (Pichl, 2020).

Aplicando el novedoso e inexistente “principio”, la Corte destaca que existía en la ley un recurso contra toda expulsión, pero “los propios demandantes también debían atenerse a las normas que rigen la interposición de dicho recurso”.<sup>20</sup> Por ello, concluye,

en la medida en que el Tribunal ha considerado que la falta de un procedimiento individualizado para su expulsión fue consecuencia de la propia conducta de los demandantes al intentar entrar sin autorización en Melilla, no puede considerar responsable al Estado demandado por no haber puesto a su disposición un recurso judicial contra dicha expulsión.<sup>21</sup>

Más allá de la pasmosa debilidad argumentativa de esta conclusión, es particularmente grave que un tribunal de derechos humanos cree “zonas de excepción” o usando sus propios términos, un “ámbito de ilegalidad” sobre la base de una conducta contraria a la ley de la persona a la que, con posterioridad, no se le permitió ejercer derechos y garantías fundamentales. Al respecto, Carrera (2020: 8) pregunta irónicamente si a través de este criterio de “conducta propia” de los peticionantes, estas personas son merecedoras de derechos humanos. El punto de partida del tribunal no es si las autoridades españolas violaron derechos humanos, incluida la dignidad humana de los peticionantes, sino que la expulsión es atribuible a su propia conducta. El principal reto de este enfoque, señala Carrera, es que va en contra del mandato persona-céntrico del TEDH de salvaguardar los derechos humanos de las personas en su interacción con los Estados.

En efecto, si se llevara este argumento al extremo, y por ende a toda la jurisprudencia del tribunal de aquí en adelante (en definitiva, si es un “principio”, no parece descabellado) se estarían corroyendo las bases del sistema de derechos humanos. Cualquier infracción o conducta inapropiada o contraria a la ley por parte de una persona, exceptuaría a las autoridades estatales de cumplir sus deberes de respeto, protección y garantía de derechos. Un ejercicio de analogía nos podría llevar a un sinnúmero de situaciones de este tipo, graficando el peligroso dislate argumentativo del tribunal.

De todas maneras, como señalaremos en el punto siguiente, así como en la sección dedicada a la crítica política, no es nuevo el doble estándar del TEDH cuando se trata de los derechos de las personas

---

<sup>20</sup> Ídem, nota 6, párr. 241.

<sup>21</sup> Ídem, nota 6, párr. 242.

migrantes y, por lo tanto, podríamos hipotetizar que estas nuevas excepciones no se extenderían a otros temas y, en especial, a otras personas.

Para concluir esta sección, no podemos más que acordar con las palabras de De Lucas (2020), para quien la

interpretación del TEDH, en suma, supone, a mi juicio, la utilización de forma bastarda el Derecho contra los derechos con el fin de rebajar el contenido, la garantía y las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales. Es evidente que necesitamos seguridad jurídica en las fronteras (también para las fuerzas de seguridad que trabajan con ese objetivo, desde luego), pero eso no puede significar en modo alguno la suspensión en las fronteras de normas elementales del Estado de Derecho, como la garantía de la tutela judicial efectiva, cuando están en juego derechos humanos y fundamentales. Lo contrario constituye una aberración jurídica.

### 3.1.3. ¿No había otros derechos en juego? La jurisprudencia restrictiva del TEDH como obstáculo para un análisis más integral

La discusión jurídica de este caso estuvo concentrada en los artículos 13 CEDH y 4 P4. Sin embargo, las circunstancias descritas en la denuncia analizada por el TEDH, así como la documentación, los antecedentes y las alegaciones presentadas por las diversas partes del proceso –incluyendo el propio Estado español– podrían haber justificado una evaluación sobre otros derechos en juego, y eventualmente vulnerados. Me refiero, en particular, a las garantías de debido proceso y al derecho humano al asilo.

Las garantías procesales están reconocidas en el artículo 6 del Convenio. A lo largo de la sentencia se puede observar cómo algunos antecedentes de otros organismos especializados, como el Comité de Derechos del Niño, el Representante Especial del Secretario General para la migración y los refugiados del Consejo de Europa, o los argumentos presentados por el ACNUR, la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa, la normativa de la Unión Europea, o diferentes afirmaciones del Estado español, aluden reiteradamente a la importancia de asegurar garantías procesales en el marco de procedimientos migratorios y de asilo. Sin embargo, no hay siquiera una mención del artículo 6 CEDH.

Esto tiene una –lamentable– explicación. En esta materia sí hay una “consolidada jurisprudencia” restrictiva que ha ido desarrollando el TEDH, por la cual, interpretando de manera literal el artículo 6, ha dejado fuera de la protección de las garantías de debido proceso a múltiples procedimientos civiles y administrativos, como los de movilidad humana, en una dirección opuesta a la interpretación de su par interamericano con relación al artículo 8 de la CADH, y contradiciendo el principio de dinamismo de los derechos humanos aplicado por el TEDH. En efecto, en lugar de utilizar las reiteradas alusiones al Convenio como un “instrumento vivo” que tenga un “efecto útil”, el TEDH ha mantenido una posición nítidamente restrictiva, dejando en “letra muerta” y “sin utilidad alguna” a un artículo

esencial para la protección de las personas en cualquier procedimiento en los cuales sus derechos estén en juego y, por ende, central para todo Estado de derecho.

En particular, desde la sentencia *Maaouia c. Francia*,<sup>22</sup> hace un poco más de dos décadas, el Tribunal ha ratificado una y otra vez la inaplicabilidad del artículo 6 a los procedimientos de migración y asilo (ver Ceriani Cernadas, 2007). Esta jurisprudencia ha cumplido un rol central en el proceso de legitimación de políticas de control migratorio que carecen de la protección de derechos adecuada. Un proceso que, sin dudas, vino a incorporar otro preocupante “hito” a través de la sentencia que aquí comento.

Por otra parte, al referirse –brevemente– al tema del asilo y la protección de personas refugiadas, el TEDH

subraya que ni el Convenio ni sus Protocolos protegen el derecho de asilo como tal. La protección que ofrecen se limita a los derechos reconocidos en ellos, incluidos en particular los derechos del artículo 3. Esta disposición prohíbe la devolución de cualquier extranjero que se encuentre bajo la jurisdicción de uno de los Estados contratantes a los efectos del artículo 1 del Convenio a un Estado en el que corra un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes o incluso a tortura.<sup>23</sup>

Si bien esta argumentación no es técnicamente errada (el CEDH no tiene una cláusula como el art. 22.7 de la CADH), llama la atención que, 72 años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Tribunal no lo haya incorporado como derecho consuetudinario obligatorio, a través de un enfoque interpretativo amplio y dinámico de las provisiones del Convenio (como el artículo 3). Así lo ha hecho la Corte IDH en múltiples ocasiones, recurriendo al concepto de *Corpus Iuris* para integrar a las normas interamericanas la protección complementaria emanada de otros tratados de derechos humanos y derecho humanitario. Incluso podría, sin ir más lejos, incorporar normativas de la Unión Europea, o aludir al derecho al asilo como un derecho formalmente reconocido por todos los Estados del Consejo de Europa.

En definitiva, en casos relativos a derechos de personas migrantes y solicitantes de asilo (Ceriani Cernadas, 2009b; Dembour, 2015) el TEDH parece ser más flexible en la identificación de excepciones a las obligaciones de los Estados, y por el otro, más estricto en la aplicación de estándares de protección efectiva de derechos y garantías. Es decir, en el sentido opuesto del principio *pro persona* que debe regir la interpretación de los tratados de derechos humanos.

22 TEDH. *Case Maaouia c. Francia*, Application No. 39652/98, sentencia del 5 de octubre de 2000.

23 Ídem, nota 6, párr. 188.

### 3.2. Crítica lógica: el absurdo como herramienta interpretativa

La teoría de la conducta propia, en la sentencia del TEDH, complementa el argumento de la conducta atribuible a la persona, con un análisis acerca de si las personas podrían haber optado por una vía de ingreso y petición de asilo que no tuviera esas particularidades. El tribunal coincide con las afirmaciones del Estado español en cuanto a que existían “mecanismos reales y efectivos” para que los peticionantes pidieran asilo en: a) el puesto fronterizo español de Beni Enzar; b) el consulado español de sus países de origen; o c) el consulado español en la ciudad de Nador, Marruecos, cercana a las vallas fronterizas. Para llegar a esta conclusión, y más allá de los problemas jurídicos ya descritos, recurre a una argumentación inesperada, en tanto va en la dirección opuesta de la que indicaba, lógicamente, un abundante caudal de evidencias.

Carrera (2020: 2) subraya que la sentencia está llena de incoherencias, incluyendo líneas argumentativas contradictorias que derivan a una incerteza jurídica y errores fácticos manifiestos. Parte de la argumentación sobre la existencia de vías reales y efectivas puede calificarse de absurda (en su sentido literal, “algo contrario a la lógica o la razón”). A modo de ejemplo: los peticionantes, junto al ACNUR y la Comisaría de Derechos Humanos del Consejo de Europa, entre otros, alegaron que las personas originarias de países subsaharianos no podían acceder al puesto fronterizo de España (Beni Enzar), ya que la policía fronteriza marroquí no les permitía llegar hasta allí. Decenas de reportes elaborados por diferentes instituciones a lo largo de las últimas dos décadas han evidenciado lo mismo. Asimismo, el TEDH, luego de reproducir los datos de personas sirias que en número creciente pudieron pedir asilo allí, nota que los números en el caso de personas provenientes de países subsaharianos fueron: 0 en 2014, 2015 y 2017, y solamente 2 en 2016.<sup>24</sup>

Al respecto, De Lucas (2020) subraya que

los supuestos en los que se basa la decisión evidencian un total desconocimiento de la práctica en la frontera, de la realidad, es decir, de los hechos [...] La estadística es terminante: ni un solo caso [...] En suma, los elementos de hecho en los que se apoya la TEDH pueden ser razonablemente considerados endeble y parciales, si es que no cabría incluso hablar de un desconocimiento grosero de la realidad de lo que sucede en esos dos puntos de la verdadera frontera sur de Europa.

A pesar de esos datos cuantitativos tan contundentes y los informes de numerosos organismos especializados, el TEDH reproduce lo alegado por España y afirma que “no tiene duda” que se podía acceder, y califica las estadísticas como un “mero hecho” que “no permite concluir que el Estado demandado dejase de facilitar un acceso real y efectivo a ese puesto fronterizo”.<sup>25</sup> Luego, retomando el (falso) “principio” creado por la Corte, resaltó que, en lugar de usar esos procedimientos, “cru-

<sup>24</sup> Ídem, nota 6, párr. 216.

<sup>25</sup> Ibídem, párrs. 214 y 217.

zaron la frontera ilegalmente [...] lo que justificaría que los agentes españoles de frontera no los identificaran individualmente”.<sup>26</sup>

Carrera (2020:5) nota la importante incoherencia legal en la que incurre el TEDH al legitimar que los Estados puedan no aplicar protecciones legales, incluyendo en materia de asilo, en el caso que las personas no usen los puntos de ingreso existentes. Ello, afirma, es la distorsión del Estado de derecho y la duda sobre si este enfoque es compatible con la obligación *erga omnes* derivada del principio de no devolución. El argumento de la Gran Sala, entonces, podría ser leído como un justificativo para la arbitrariedad de las autoridades estatales al conducir actividades de vigilancia fronteriza.

La argumentación (i)lógica del tribunal también se verifica en la tergiversación de los temas en discusión para poder llegar a sus conclusiones. Afirma que “aun suponiendo que existieran dificultades para acceder a este puesto fronterizo del lado marroquí, no ha quedado demostrado ante este Tribunal la responsabilidad del Gobierno demandado por dicha situación”.<sup>27</sup> Sin embargo, los hechos denunciados al Tribunal no son acerca de la conducta de la policía marroquí de impedir (violentamente, en muchos casos) el tránsito de personas subsaharianas –para poder llegar al puesto español–, sino sobre las devoluciones automáticas realizadas por las autoridades españolas.

Finalmente, otra argumentación carente de lógica hace casi innecesaria su cuestionamiento. La casi imposibilidad de iniciar una petición de asilo en sedes consulares y diplomáticas está sobradamente probada en prácticamente todo el mundo. Sin embargo, el TEDH da por válida la argumentación estatal sobre la eficacia de este mecanismo. A modo de ejemplo, valida lo afirmado sobre el consulado de Nador (Marruecos) como un mecanismo accesible en 2014, mientras que un año después de los hechos, CEAR seguía peticionando al Estado que arbitre las medidas para que se puedan presentar allí, con base en la ley de asilo, peticiones de asilo.<sup>28</sup> A su vez, mientras que la Corte cita las estadísticas de peticiones de asilo en todas las sedes consulares y diplomáticas españolas (346 casos en total en 2014), omite, por un lado, brindar la información sobre cuántas de esas peticiones fueron concedidas y efectivamente operativizadas –incluyendo el traslado al territorio español–, como lo fija la Ley N° 12/2009. Por el otro, tampoco señala dos elementos importantes: primero, que todas esas peticiones son de “extensión familiar”,<sup>29</sup> es decir, de familiares de personas refugiadas que ya están en España; y segundo, que, como alegó el Estado en 2019 ante el Tribunal Supremo (en un caso relativo a este mecanismo), aún falta desarrollar el reglamento de la ley, por lo que “no existe como tal un procedimiento administrativo para poder aplicar ese artículo”.<sup>30</sup>

26 Ídem, nota 6, párr. 211.

27 Ídem, nota 6, párr. 221.

28 Ver la petición en <https://www.cear.es/el-consulado-de-nador-una-oportunidad-para-solicitar-refugio-de-forma-segura/>

29 Ver las estadísticas oficiales de cada año, donde se observa el motivo (extensión familiar), en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica>

30 STS. 1327/2020, Application 4889/19, sección quinta, sentencia del 15 de octubre de 2020.

### 3.3. Crítica política: ¿Tribunal Europeo de Derechos de los Estados?

En un trabajo previo que examinaba la jurisprudencia del tribunal en materia de derechos de las personas migrantes, y concretamente al analizar la sentencia del caso *Omoregie y otros c. Noruega* (2008), subrayé que el TEDH,

sin cuestionar el fundamento genérico del país expulsor (el bienestar económico de la sociedad de acogida), otorga prioridad al ‘derecho’ de los Estados a controlar y sancionar la migración irregular, frente al derecho a la vida familiar de los solicitantes, así como del niño a no ser separado de uno de sus padres (Ceriani, 2009: 224).

Algunos de los aspectos de la sentencia que aquí comento, sugieren una hipótesis similar.

Llama la atención en diferentes pasajes de la sentencia el tono o los términos que usa el tribunal: se puede advertir cierto enojo o fastidio con los peticionantes. Esto no solamente se verifica en las críticas que hace a la “conducta atribuible” a los peticionantes, a la “ilegalidad” de sus acciones, sino también al calificar las evidencias como “meros hechos”, al señalar que los demandantes “simplemente” subrayaron la imposibilidad de acceder al puesto fronterizo (párr. 205), o cuestionarles que “fácilmente” podrían haber ido a solicitar asilo al consulado español en Nador (párr. 227).

Al respecto, Carrera (2020: 10-11) afirma que varios párrafos de la sentencia usan un lenguaje incómodo al referirse a los demandantes, y en otros pasajes muestran cómo la Gran Sala conscientemente descarta, o incluso desacredita, los testimonios de las víctimas, así como la cantidad de evidencia presentada por diferentes actores relevantes.

Un comentario aparte “merece” el voto –en particular– del juez Pejchal. El motivo expresado para agregar un voto individual, según el juez, es su duda sobre si el caso debería haber sido declarado admisible. Su razonamiento, plagado de prejuicios e ignorancia –incluso, de elementos básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos– usa un tono veladamente despreciativo hacia los peticionantes. Pareciera que los desprecia como sujetos de derecho –al menos, ante el TEDH–, o los observa como una suerte de invasores o intrusos del sistema europeo de derechos humanos.

Según el juez, los peticionantes, en lugar de denunciar a España, deberían haber presentado, en Marruecos, un reclamo contra sus países de origen. Y lo hace con un tono que repugna:

Al devolver a territorio marroquí a todos los participantes en la escalada de la valla les podrían haber informado de que si no estaban satisfechos con la protección de los derechos humanos en sus países de origen, podían presentar una demanda ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, competente en la materia (pág. 114).

Además del tono, esta afirmación presenta problemas de todo tipo: primero, que los hechos bajo debate es la devolución automática por parte de la Guardia Civil española, y no los motivos por los que salieron de sus países. En segundo lugar, ningún tratado internacional exige solicitar asilo en un determinado continente. Si fuera correcta la postura del juez (nacido en Praga en 1952), muchos de sus compatriotas no deberían haber podido solicitar asilo en Estados Unidos luego que la invasión soviética echara por el suelo la Primavera de Praga. Solo habrían tenido derecho a hacerlo en otro país europeo, o incluso haberse limitado a denunciar los hechos de su país ante el TEDH, que ya funcionaba desde 1960.

Sin embargo, olvidando tal vez ese pasado reciente, el juez parece más cómodo con una posición rayana con un eurocentrismo neocolonial. Así, acusa a los peticionantes, en pocas palabras, de malgastar los impuestos que pagan “los ciudadanos libres” (así llama en varias oportunidades a las personas de países europeos, pero no a los africanos), gracias a los cuales funciona el TEDH. Sobre este punto, Carrera destaca que su voto es particularmente preocupante, al señalar que solamente las personas que son ciudadanas europeas tendrían el derecho a solicitar la protección del CEDH debido a su carácter de contribuyentes fiscales, vulnerando la prohibición absoluta de discriminación. En palabras de Pichl (2020), este voto particular agrega “*insult to injury*”.

En otra parte de la sentencia, referida a su teoría de la “conducta culpable”, la Corte menciona la “la falta de cooperación activa respecto al procedimiento” para concluir que el Estado no podría ser responsable por “que no se llevara a cabo dicha evaluación” individual.<sup>31</sup> No se puede dejar pasar este concepto de “falta de cooperación”, en tanto es llamativamente similar al lenguaje de la Directiva de Retorno aprobada por la UE en 2008, conocida como directiva de expulsión, o directiva de la vergüenza (Ceriani Cernadas, 2009). Al regular la detención migratoria con miras a la expulsión de la persona migrante en situación irregular, la Directiva fija un plazo máximo de 6 meses, pero este puede ser prorrogado por otros 12 meses “en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a: a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate”. Es decir, si la persona no colabora para su expulsión, se justifica que esté privada de su libertad un año más.

No sorprende encontrar esta clase de similitudes en lo terminológico, especialmente si tenemos en cuenta el análisis que hemos hecho sobre los aspectos jurídicos y lógicos del razonamiento del Tribunal, así como el tono utilizado por sus integrantes. En cierta medida, esto lleva a preguntarse sobre las prioridades que guían la interpretación del TEDH en esta clase de casos, particularmente en un contexto de fortalecimiento incesante de los mecanismos de externalización de la política de control migratorio europeo en África y, conectado con ello, los índices alarmantes de xenofobia y del crecimiento de la extrema derecha en la política europea.

Al respecto, Pichl (2020) subraya que la sentencia es un shock. La Corte se apoya en la noción de “ilegalidad”, que sirve, desde Cambera hasta Washington, como una herramienta para privar a las

---

31 Ídem, párr. 200.

personas de sus derechos. La sentencia es un significativo retroceso en la jurisprudencia del tribunal. Difícilmente podría leerse de otra forma como la Corte haciendo enormes concesiones a la presión de los Estados europeos, la mayoría de los cuales, desde el verano de 2015, promueve la política de expandir la externalización del control migratorio y lleva adelante formas aún más represivas de devoluciones en territorios fronterizos (e.g. Grecia, Hungría, Croacia).

En conclusión, es posible afirmar que, con esta sentencia, se profundizan los niveles de excepcionalidad –en el sentido de no aplicación de las mismas reglas y estándares del Estado de Derecho– con respecto a las personas migrantes y solicitantes de asilo, con especial –pero no exclusivo– énfasis en el marco de procedimientos de control migratorio. Decisiones regresivas como esta, por un lado, afecta gravemente la protección y ejercicio de derechos elementales como el derecho al asilo, a la protección contra la devolución, a las garantías de debido proceso y la prohibición de expulsiones colectivas (todo ello, sin contar todos los derechos en juego que, en cada caso, están detrás de cada persona, de cada procedimiento). Y por el otro, coloca a las personas en contexto de movilidad humana, especialmente en situación migratoria irregular (que no es la consecuencia, cabe agregar, de una “conducta culpable”), en una condición de desigualdad y excepcionalidad, especialmente frente a otras personas bajo la misma jurisdicción.

#### **4. Reflexiones finales: algunos efectos posibles, y preocupantes, de la sentencia**

Más allá del impacto concreto en el caso, esta sentencia del TEDH puede generar diversos efectos, al menos en cuatro niveles. Por un lado, para el derecho humano al asilo y cualquier otra forma de protección bajo el derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en contexto de movilidad humana, así como para el debido proceso para petitionarlo y la protección contra la devolución. Teorías –que mal pueden llamarse argumentos– como la introducida con relación a la “conducta atribuible” a la persona en este caso, junto a otros elementos –como los mecanismos que tendría un Estado en un determinado puesto fronterizo–, podrían poner en una seria crisis este derecho o, para ser más preciso, profundizar la existente (De Lucas: 2015, 2016).

En segundo lugar, para los derechos de personas migrantes y solicitantes de asilo, en tanto la sentencia refuerza un proceso jurisprudencial que ha legitimado –aún con ciertos límites positivos fijados en sentencia como las de *Hirsi y otros*– políticas de control migratorio que pueden ser consideradas arbitrarias y discriminatorias, dado que establecen estándares diferentes –reducidos– respecto de aquellos aplicables a las personas que son ciudadanas de Estados europeos. Como observa Carrera (2020: 17), la sentencia ilustra un ejemplo del nivel desigual de demanda de protección de derechos al Estado español por debajo del exigido por organismos de Naciones Unidas, o incluso de la Unión Europea u otros órganos del Consejo de Europa.

En este contexto, es oportuno destacar la jurisprudencia desarrollada por el Comité de Derechos del Niño en el marco de las peticiones individuales del Tercer Protocolo a la Convención. En efecto, es

importante tener en cuenta que más del 80% de los casos denunciados ante el Comité trata de derechos de niñas, niños y adolescentes presuntamente vulnerados en el marco de procedimientos de migración y asilo. El otro dato significativo es que casi todos esos casos –excepto uno, contra Argentina, sobre expulsión arbitraria y separación familiar–<sup>32</sup> han sido contra Estados europeos.

Las implicancias de esta decisión en las políticas de externalización del control de la movilidad humana y en las fronteras exteriores europeas se podrán conocer con mayor detalle con el transcurso del tiempo, pero el panorama está lejos de ser alentador. Algunas sentencias posteriores del TEDH han sumado nuevas preocupaciones, como se puede observar en los casos *Asady y otros c. Eslovaquia* (24 de marzo de 2020), y *M.K. y otros c. Polonia* (23 de julio de 2020).

En *Asady y otros*, la Corte consideró suficiente –para señalar que hubo un procedimiento individualizado y descartar la denuncia de expulsión colectiva– que las personas fueran entrevistadas por el plazo de 10 minutos cada una, con preguntas estandarizadas sobre los motivos de salida de su país y las circunstancias de ingreso a Eslovaquia, dirigidas a establecer los factores que llevaron a que salgan de sus países de origen y las circunstancias de su entrada a territorio eslovaco, agregando que tal vez fueron muy breves porque los peticionantes no dijeron nada que pudiera requerir un mayor examen (párr. 66). Nuevamente, derechos en manos de interpretaciones restrictivas y una construcción argumentativa desde el absurdo, y no la lógica.

En *M.K. y otros*, el TEDH retoma la teoría sobre la “conducta culpable”, aunque en este caso destaca que los peticionantes habían intentado ingresar la frontera de manera legal, usando un puesto de control oficial y poniéndose a disposición de los controles fronterizos requeridos por la ley (párr. 207). En otro plano, y retomando lo señalado en la crítica política, utiliza el concepto de “migrantes económicos”, a pesar de ser un término que no tiene ninguna base ni definición normativa y, al contrario, responde a una estrategia política vinculada a la paulatina restricción de derechos de personas migrantes y solicitantes de asilo (Ceriani Cernadas, 2016), desplegada especialmente por la Unión Europea en el marco de la crisis sufrida por la población siria desplazada.

En tercer lugar, los efectos de la sentencia pueden impactar, de manera más general, en todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La sentencia, como vimos, avala que una infracción o conducta contraria a la ley de una persona sea motivo suficiente o principal para justificar la negación de derechos y garantías esenciales. Si se traslada este criterio a otros temas, ¿no legitimaría procedimientos administrativos y/o judiciales que carezcan de garantías básicas si la persona, previo al accionar del Estado, hubiera infringido una ley? ¿No avalaría la violencia institucional o diferentes formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes, como respuesta a un acto presuntamente ilegal?

El análisis hecho sobre el doble estándar desarrollado por el TEDH cuando se trata de casos sobre personas migrantes y solicitantes de asilo, podría indicar que ese riesgo de extensión a otros temas –o, mejor dicho, personas– no estaría tan justificado. Ahora bien, por un lado, esto es difícil de afirmar

---

32 Comunicación 090/2019, decisión del 4 de noviembre de 2020, CRC/C/85/D/90/2019.

con certeza. Por el otro, esas teorías podrían ser replicadas por otros actores, incluyendo tribunales de justicia de diversos países, y aplicarlos tanto a temas migratorios como a otros. Y finalmente, y esto es algo que debe subrayarse, la desigualdad de trato hacia las personas migrantes y refugiadas es, en sí mismo, un daño a todo el Estado de Derecho, a la totalidad de una sociedad o comunidad, a cualquier noción elemental de justicia en todos sus sentidos.

Por último, el cuarto efecto es hacia adentro del propio tribunal. En palabras de Pichl (2020), la mayoría de los jueces pudo haberse preocupado por perder apoyo entre los Estados. Sin embargo, con esta sentencia el Tribunal pierde credibilidad como un defensor efectivo de los derechos humanos en tiempos de crisis.

## Bibliografía

- Carrera, S. (2020). The Strasbourg Court Judgement N. D. and N.T. v Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders? *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*.
- Ceriani Cernadas, P. (2007). Políticas migratorias y garantías procesales ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Una crítica a la no aplicación del artículo 6 CEDH en los procesos de admisión, residencia y expulsión de extranjeros. *Base de Datos INFOJUS, Sistema Argentino de Información Jurídica. Id SAIJ: DACF110158*. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/buscador/doctrina-derecho-administrativo>
- (2009a). Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos. *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*. Año 6, 10, San Pablo, junio 2009.
- (2009b). Los derechos de migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región. En P. Ceriani y R. Fava (eds.), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*. Universidad Nacional de Lanús.
- (2016). El lenguaje como herramienta de la política migratoria. Notas críticas sobre el concepto de “migrante económico” y su impacto en la vulneración de derechos. *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*. Año 13, 23, San Pablo.
- De Fillipo, M. (febrero de 2020). Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law. *Diritti umani e diritto internazionale, Rivista quadrimestrale*, 479-509.
- Dembour, M. B. (2015). *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights, with an Inter-American Counterpoint*. Oxford: Oxford University Press.
- De Lucas, J. (2020). El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia “N.D. y N.T. contra España” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría Y Derecho*, 27, 84-96. Recuperado de <https://doi.org/10.36151/td.2020.005>
- De Lucas, J. (junio de 2016). Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE. *Ars Iuris Salmanticensis. Tribuna de actualidad*. Universidad de Salamanca. 4, 21-27.
- De Lucas, J. (2015). *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant.

- Gammeltoft-Hansen, T. (2010). Growing Barriers: International Refugee Law. En Gibney and Sigrun Skogly (eds.), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations* (pp. 55-58). University of Pennsylvania Press.
- Gatta, F. L. (6 de mayo de 2020). “Tell me your story, but hurry up because I have to expel you” – Asady and Others v. Slovakia: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT “own culpable conduct” test to collective expulsions. *Strasbourg Observers*.
- Heijer, Maarten den (2011). *Europe and extraterritorial asylum*. Leiden: Leiden University Publications.
- Hernández Bologna, A. (2020). *Expulsiones colectivas. Análisis de la sentencia del TEDH en el caso N. D. y N. T. contra España*. Tesis de Maestría. Universidad Carlos III, Madrid.
- Pichl, M. y Schmalz, D. (14 de febrero de 2020). Unlawful may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T. *Verfassungsblog*. Recuperado de <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/>