



---

# Universidad de Valladolid

## Facultad de Derecho

### Grado en Derecho

# Las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla

Presentado por:

***María Torresano Emperador***

Tutelado por:

***Juan María Bilbao Ubillos***

*Valladolid, 27 de junio de 2023*

## **RESUMEN**

El objetivo de este TFG es analizar la figura de las devoluciones en caliente, introducidas en el ordenamiento jurídico español de extranjería como un régimen especial para los territorios de Ceuta y Melilla bajo la terminología de “rechazos en frontera”.

Este trabajo se centrará en examinar la legalidad internacional y la constitucionalidad de las devoluciones en caliente, analizando la problemática relativa a la vulneración por estas prácticas de derechos humanos y fundamentales de los extranjeros, y estudiando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español.

**Palabras clave:** devoluciones en caliente, rechazos en frontera, frontera, Ceuta y Melilla, migrantes, derechos humanos, derechos fundamentales.

## **ABSTRACT**

*The aim of this TFG is to analyse the figure of hot returns, introduced in the Spanish legislation on aliens as an special regime for the territories of Ceuta and Melilla under the terminology of “cross-border push-backs”.*

*This paper will focus on examining the international legality and constitutionality of hot returns, analysing the problems related to the violation of human and fundamental rights of aliens by these practices, and studying the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court.*

**Key words:** *hot returns, cross-border push-backs, border, Ceuta and Melilla, migrants, human rights, fundamental rights.*

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ACNUDH: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

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

Art.: artículo.

CAT: Comité Contra la Tortura (por sus siglas en inglés *Committee Against Torture*).

CDFUE: Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CE: Constitución Española.

CEAR: Comisión Española de Ayuda al Refugiado.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CHA: Chunta Aragonesista.

CPT: Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas y Tratos Inhumanos o Degradantes.

ECRE: Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (por sus siglas en inglés *European Council on Refugees and Exiles*).

FJ: fundamento jurídico.

ICV-EUiA: Iniciativa per Catalunya Verds – Esquerra Unida y Alternativa.

IU: Izquierda Unida.

LOEX: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

LOPSC: Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

OAR: Oficina de Asilo y Refugio.

PSOE: Partido Socialista Obrero Español.

RLOEX: Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STSJ ICAN: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

UNCAT: Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (por sus siglas en inglés *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*).

# ÍNDICE

---

1 INTRODUCCIÓN.....	9
2 INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE DEVOLUCIONES EN CALIENTE.....	12
2.1 CONCEPTO DE DEVOLUCIONES EN CALIENTE.....	12
2.2. ESPECIAL SITUACIÓN DE LA FRONTERA SUR ESPAÑOLA: LAS CIUDADES AUTÓNOMAS DE CEUTA Y MELILLA.....	14
2.2.1. Frontera hispano-marroquí: frontera comunitaria y frontera del espacio Schengen.....	14
2.2.2 Política migratoria: cooperación España – Marruecos.....	15
2.2.3 Sistema de vallado de la frontera hispano-marroquí.....	17
2.2.4 Concepto de frontera operacional.....	18
3 MARCO NORMATIVO.....	20
3.1 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	20
3.1.1 Legislación española en materia de extranjería.....	20
3.1.1.1 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.....	20
3.1.1.2 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.....	21
3.1.1.3 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.....	22
3.1.1.4 Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley reguladora del derecho de asilo.....	22
3.1.2 Incorporación de la figura de las devoluciones en caliente al ordenamiento jurídico español: los rechazos en frontera.....	23

3.2 LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.....	27
3.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	28
3.2.2 Convención de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre el derecho de los tratados.....	28
3.2.3 Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados.....	29
3.2.4 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984.....	29
3.3 LEGISLACIÓN EUROPEA.....	30
3.3.1 Tratado de la Unión Europea.....	30
3.3.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	31
3.3.3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.....	31
3.3.4 Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (“Código de Fronteras Schengen”).....	32
3.3.5 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (“Directiva de retorno”).....	33
3.3.6 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de protección internacional.....	35
3.3.7 Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (“Reglamento Dublín III”).....	35

3.3.8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.....	36
4 PROBLEMÁTICA DE LA PRÁCTICA DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE: VULNERACIÓN DE DERECHOS.....	39
4.1 DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS VULNERADOS EN ESTA PRÁCTICA.....	39
4.1.1 Prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes.....	39
4.1.2 Derecho a un recurso efectivo.....	42
4.1.3 Prohibición de las expulsiones colectivas.....	44
4.1.4 Derecho de asilo.....	47
4.1.5 Principio de no devolución o principio de <i>non-refoulement</i> .....	49
4.1.6 Derechos de migrantes en situación de especial vulnerabilidad: el caso de los migrantes menores de edad.....	53
4.2 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	54
4.2.1 STEDH <i>N.D. y N.T. contra España</i> .....	55
4.2.1.1 Antecedentes de hecho.....	55
4.2.1.2 La supuesta falta de jurisdicción.....	56
4.2.1.3 La supuesta vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas del art. 4 del Protocolo n.º 4: la introducción del criterio de la conducta culpable.....	58
4.2.1.4 La existencia de vías de acceso legales y de medios para solicitar protección internacional efectivos.....	61
4.2.1.5 La supuesta vulneración del derecho a un recurso efectivo del art. 13 CEDH.....	65
4.2.1.6 La no incidencia en el caso del principio de no devolución o principio de <i>non-refoulement</i> .....	65
4.2.1.7 Cambio jurisprudencial.....	66

4.3 CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE: STC 172/2020, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020.....	69
4.3.1 Análisis de la sentencia.....	69
4.4.2 Voto particular.....	78
4.4.3 Influencia de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos <i>N.D.</i> y <i>N.T. contra España</i> en la decisión del Tribunal Constitucional.....	81
5 CONCLUSIONES.....	87
6 BIBLIOGRAFÍA.....	90
7 ANEXO: JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	95



## 1 INTRODUCCIÓN

En el contexto mundial actual, donde concurren la globalización y las crecientes oportunidades de movilidad, nos encontramos con que los movimientos migratorios son una realidad constante e inevitable. Esto se traduce en un desafío sin precedentes para los Estados del siglo XXI, quienes emprenden políticas de gestión de los flujos migratorios con el objeto de mantener su seguridad nacional. Los Estados son soberanos en lo relativo a la configuración de sus políticas de inmigración y extranjería, pero esta soberanía debe conciliarse con el respeto por los derechos humanos, y es en este punto donde aparecen los problemas.

Pese a que el derecho a migrar aparece configurado como un derecho humano universal, reconocido a todas las personas por el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, esto no deja de ser una utopía. La libertad absoluta de movimiento entre Estados no conviene a los Estados desarrollados quienes, ajenos muchas veces a su responsabilidad histórica, blindan sus fronteras para impedir el paso de los extranjeros.

Europa se enfrenta a una crisis migratoria, que se inició en el año 2015 por el desplazamiento forzado de víctimas de conflictos armados, persecuciones, pobreza, cambio climático o violaciones masivas de derechos humanos, y que ha experimentado otro auge a consecuencia de la invasión rusa de Ucrania en 2022. A la vista de estas circunstancias, han surgido distintas estrategias por parte tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros; pero en su mayoría estas estrategias tienen algo en común: son inhumanas, vulneran los derechos de los migrantes y criminalizan a estas personas. En este contexto actual los derechos de los extranjeros aparecen como derechos de difícil protección. Hemos podido observar un ejemplo de esto muy recientemente en Italia, donde el Gobierno de Giorgia Meloni decretó el estado de emergencia el 11 de abril de 2023 durante seis meses para frenar la llegada de pateras. Otra terrible noticia con relación a la mala gestión de los

flujos migratorios por parte de los Estados europeos tuvo lugar el pasado 16 de junio de 2023, donde una embarcación naufragó en Pylos (Grecia), produciéndose la muerte de casi 80 personas que trataban de llegar a Europa y la desaparición de centenares más de personas en el mar, sin recibir ayuda por parte de las autoridades griegas.

Este reto migratorio es especialmente acuciante en nuestro país, concretamente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, territorios que no solo suponen la frontera sur del Estado español, sino que son frontera del espacio Schengen y frontera sur comunitaria con el continente africano por vía terrestre. Según el informe del Ministerio del Interior del Gobierno de España sobre inmigración irregular, en el año 2022 España recibió 31.219 inmigrantes, de los cuales 2.289 accedieron a los territorios de Ceuta y Melilla por vía terrestre, cifra que supone un aumento del 24,1% en comparación con el año anterior. Entre las medidas impuestas por el Gobierno español para controlar la presión migratoria en estos territorios críticos destaca el conocido sistema de vallado y la práctica de las conocidas como “devoluciones en caliente”, práctica en la que se va a centrar este trabajo.

Las devoluciones en caliente suponen, en líneas generales, la expulsión del territorio español de un nacional de un tercer Estado que se encuentra en la línea fronteriza sin emplear ningún procedimiento administrativo, por lo que no se produce una identificación del individuo ni se le da la oportunidad de exponer su situación ni de recurrir su expulsión. Vista esta definición, se nos pueden generar dudas acerca de la legalidad internacional de estas prácticas, sobre todo en lo relativo al respeto de los derechos humanos de los migrantes. En España estas devoluciones en caliente fueron introducidas en el ordenamiento jurídico español de extranjería con la denominación de “rechazo en frontera”, y se presentan como un régimen especial para las ciudades de Ceuta y Melilla mediante la disposición final primera de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC), que incluye la disposición adicional décima en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEX). Por las dudas ya señaladas acerca de la posible vulneración de derechos fundamentales por esta práctica, el precepto

que instaura los rechazos en frontera fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad.

Sin embargo, las devoluciones en caliente no solo se producen en España, sino que son una práctica común en diversos Estados fronterizos, tales como Italia o Grecia. El hecho de que sea trate de prácticas comunes y su dudoso respeto hacia los derechos humanos ha provocado que el tema de las devoluciones en caliente haya sido analizado en múltiples ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

El análisis de las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla es interesante debido no solo al factor ya expuesto de la importancia de la inmigración en el contexto mundial actual, sino también debido a la controversia que plantea desde el punto de vista jurídico. Nos encontramos con las decisiones tanto del TEDH en el *caso N.D. y N.T. contra España* de 13 de febrero de 2020, como del Tribunal Constitucional español (en adelante TC) en su Sentencia 172/2020, de 22 de diciembre de 2020, que apoyan la licitud y la constitucionalidad de las devoluciones en caliente. Sin embargo, son numerosas las voces críticas de expertos, organizaciones y juristas que condenan esta práctica por su ilicitud.

El objetivo de este estudio es analizar la figura de las devoluciones en caliente y los derechos que se ven vulnerados por las mismas, así como el juicio acerca de esta práctica de los tribunales garantes de derechos fundamentales, centrándome en la realización de estas prácticas en los territorios de Ceuta y Melilla.

Para ello, en un primer lugar, haré una introducción conceptual de lo que son las devoluciones en caliente y su diferenciación con el procedimiento ordinario de devolución previsto en el ordenamiento jurídico español, seguido de un análisis de la especial situación de la frontera sur española y de Ceuta y Melilla. A continuación, procederé a un análisis del marco normativo, incluyendo tanto legislación española, como legislación internacional y europea. El siguiente punto se centrará en el análisis de la problemática relativa a la vulneración de derechos por parte de estas prácticas, para lo que se expondrán

los derechos fundamentales y humanos vulnerados, así como la jurisprudencia del TEDH, especialmente el caso *N.D. y N.T. contra España* por tratar unos sucesos ocurridos en Melilla y por suponer un giro jurisprudencial del Tribunal en la materia. Por último, se tratará la STC 172/2020, que da respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la disposición final primera de la LOPSC que instaura el régimen especial en Ceuta y Melilla del rechazo en frontera, finalizando con un análisis de la influencia de la STEDH *N.D y N.T.* en la decisión del TC.

## 2 INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE DEVOLUCIONES EN CALIENTE

### 2.1 CONCEPTO DE DEVOLUCIONES EN CALIENTE

Para conceptualizar la figura de las “devoluciones en caliente”, vamos a comenzar por definir qué son las devoluciones de extranjeros. La devolución de extranjeros es una institución presente en nuestro ordenamiento jurídico que podemos definir como aquel acto administrativo por el que un extranjero, que pretende entrar ilegalmente en España, es reintegrado a su país de origen. Este concepto de devolución ha sido definido por el Tribunal Constitucional (TC) en su Sentencia 17/2013, de 31 de enero, entendiendo esta actuación no como el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sino como medida de restitución de la legalidad infringida por aquellos que han entrado en territorio español incumpliendo los requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en dicho territorio, los cuales se prevén en los artículos 25 a 27 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX).<sup>1</sup>

La figura de la devolución de extranjeros lleva aparejada una serie de derechos que se le reconocen al extranjero que pretende entrar ilegalmente en España. Y es que, al no tratarse de un castigo consecuencia del *ius puniendi*

---

1 *Manual práctico de extranjería, asilo y refugio*. 1<sup>a</sup> ed. Barcelona: Bosch-Wolters Kluwer, 2022, pp. 63-64

del Estado, sino de una medida gubernativa de reacción inmediata ante una perturbación del orden público (a saber, la entrada ilegal en territorio español), la devolución no suprime o restringe los derechos del extranjero contra el que se dirige este acto de devolución.<sup>2</sup> En este ámbito, la LOEX reconoce al extranjero en el capítulo III de su título I una serie de garantías jurídicas, que va a poder ejercer en los procedimientos de devolución ordinarios: derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 20), derecho al recurso contra actos administrativos (artículo 21), derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la asistencia letrada, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice (artículo 22).<sup>3</sup>

No hay que confundir estas devoluciones, reguladas en España en el art. 58.3 de la LOEX y en el art. 23 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (RLOEX), con las devoluciones en caliente. Y es que lo que caracteriza a las devoluciones en caliente es la ausencia de procedimiento que garantice al extranjero el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en España en el art. 24 de la Constitución (CE).<sup>4</sup>

El concepto de “devoluciones en caliente”, también conocidas como devoluciones sumarias, surge inicialmente como un término periodístico más que jurídico, pero lo doctrina lo ha acogido. La doctrina define las devoluciones en caliente, en el contexto español, como “la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas”.<sup>5</sup>

---

2 STSJ ICAN 1554/2021, de 23 de abril de 2021, FJ 3

3 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 12/01/2000)

4 RUIZ SUTIL, C., “El rechazo en frontera o la denominada “devolución en caliente” y su regulación en la LOEX”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, N.º 2 (julio-diciembre 2016), pp. 329-336

Las primeras devoluciones en caliente producidas en la frontera entre España y Marruecos de las que se tiene constancia datan del año 2005, y desde entonces no han cesado de producirse, convirtiéndose en una práctica habitual. Esta práctica fue especialmente utilizada en los años 2013 y 2014.

Pero, aunque la definición expuesta responda al supuesto español, esto no significa que las devoluciones en caliente sean una práctica que se dé exclusivamente en la frontera hispano-marroquí. Es más, esta práctica de las devoluciones en caliente (o *push-backs* en inglés) ha sido llevada a cabo con el objetivo de evitar que inmigrantes ilegales lleguen a entrar en sus territorios o para expulsarlos rápidamente sin seguir ningún procedimiento legal por varios Estados, siendo remarcables no solo el caso de España, sino también los casos de Italia y Grecia.<sup>6</sup>

## **2.2. ESPECIAL SITUACIÓN DE LA FRONTERA SUR ESPAÑOLA: LAS CIUDADES AUTÓNOMAS DE CEUTA Y MELILLA**

### **2.2.1. Frontera hispano-marroquí: frontera comunitaria y frontera del espacio Schengen**

Las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla son enclaves españoles situados en la costa norte del continente africano y tienen frontera terrestre con Marruecos.

Estos territorios representan la única frontera terrestre de España con un país africano (Marruecos) y, por lo tanto, la única frontera de la Unión Europea con el continente africano. Esta especial situación geográfica de estas ciudades españolas las ha convertido en una importante ruta migratoria hacia Europa, lo

---

5 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SANCHEZ TOMAS, M, SEGOVIA BERNABE. J, RIOS MARTIN. J., PEREZ MANZANO. M., "Informe jurídico, "Expulsiones en caliente": cuando el Estado actúa al margen de la ley", 2014, p. 2, disponible en: [https://eprints.ucm.es/id/eprint/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027\\_6\\_2014%20\(1\).pdf](https://eprints.ucm.es/id/eprint/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20(1).pdf)

6 CARBÓ XALABARDER, C. Y SANZ VILAR, E., "Las devoluciones en caliente: ¿una respuesta deshumanizada?", *RJUAM*, n.º 34, 2016-II, p. 376

que las ha transformado, consecuentemente, en uno de los principales objetivos de las políticas migratorias.<sup>7</sup>

Además, la frontera entre estas ciudades y Marruecos es una frontera natural del espacio Schengen<sup>8</sup>. España se incorpora al espacio Schengen en el año 1991 y, con el fin de proteger sus fronteras, que son a su vez las fronteras exteriores del espacio Schengen, ha firmado un gran número de acuerdos bilaterales tanto con Estados miembros como con terceros Estados en materia migratoria.

En definitiva, la presión migratoria sufrida en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla adquiere una gran importancia, ya que no solo supone la frontera entre España y Marruecos, sino que supone la frontera entre la Unión Europea y el continente africano, y representan también estas ciudades las puertas al espacio Schengen.

### **2.2.2 Política migratoria: cooperación España – Marruecos**

El control de las fronteras y los controles migratorios forman parte de la soberanía de los Estados. Sin embargo, pese a la afirmación anterior, los Estados, aunque sean soberanos en estas materias, deben respetar las obligaciones contraídas en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los Estados pueden ejercer su soberanía en materia de extranjería, y dicha soberanía la reflejan en sus políticas de control de la movilidad humana, también denominadas políticas de control migratorio. Podemos definir las políticas de control migratorio como las decisiones y dispositivos que implementan los Estados, haciendo uso de su soberanía, para regular y

---

7 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Las “devoluciones en caliente” en el asunto N.D. y N.T. contra España (sentencia de la Gran Sala TEDH de 13 de febrero de 2020), *Revista Española de Derecho Europeo*, 78-29, Abril – Septiembre 2021, pp. 312-313.

8 STEDH, de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. contra España*, Demandas n. 8675/15 y 8697/15, párr. 15.

controlar todo lo relativo a la entrada, salida y permanencia de personas extranjeras en el territorio de su Estado.<sup>9</sup>

La gran afluencia de flujos migratorios y la gran presión migratoria en los territorios de Ceuta y Melilla ha tenido como consecuencia una cooperación en esta materia entre los Estados de España y Marruecos.

Esta cooperación España-Marruecos en materia migratoria se explica por el hecho de que España sigue la tendencia de la UE de “externalizar” el control de sus fronteras. Esta externalización significa el traspaso de parte de las labores de gestión fronteriza a terceros Estados no miembros de la UE. A estos Estados se les conoce como “cordón sanitario”, y buenos ejemplos son los casos de Turquía, con el destacable acuerdo UE – Turquía de 18 de marzo de 2016 por el que se acordaba que todos los extranjeros que llegasen irregularmente a las islas del Egeo, incluidos los solicitantes de asilo, serían devueltas a Turquía; y, más concerniente al tema de este trabajo, Marruecos. Por lo tanto, y en ejecución de esta externalización, España va a firmar numerosos acuerdos bilaterales con Marruecos.<sup>10</sup>

Además de esta táctica de externalización de fronteras en su frontera con Marruecos, otra de las medidas de control migratorio adoptadas por el Estado español son las devoluciones en caliente, tema principal de este trabajo.<sup>11</sup>

---

9 HERNÁNDEZ BOLOGNA, A.C., “POLÍTICAS DE CONTROL DE LA MOVILIDAD HUMANA. Las expulsiones colectivas”, *Universitas*, 2020, N.º 33 Extraordinarios, pp. 29-30, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/5519/3884>

10 Consejo Europeo. *Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016*, [comunicado de prensa en línea]. Bruselas: Consejo Europeo, 18 de marzo de 2016, 22 de marzo de 2019. <<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>> [consultado en: 26 de junio de 2023]

11 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”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018, pp. 108-110, disponible en: <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/c-soler-publicaciones/la-prohibicion-de-las-expulsiones-colectivas-de-extranjeros.pdf>



En este contexto es necesario hacer referencia al Acuerdo bilateral firmado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos el 13 de febrero de 1992 relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, también denominado “Acuerdo de Readmisión”. La finalidad de este Acuerdo reside en la historia común que une a los dos pueblos y en la necesidad de responder a la preocupación común de coordinar los esfuerzos destinados a poner fin al flujo migratorio clandestino de extranjeros entre España y Marruecos.

El artículo primero del Acuerdo de Readmisión establece que *“las autoridades fronterizas del Estado requerido readmitirán en su territorio, a petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requirente, a los nacionales de países terceros que hubieren entrado ilegalmente en el territorio de este último procedente del Estado requerido”*. En el marco de este artículo primero podemos encajar la práctica de la readmisión por parte del Estado marroquí de los migrantes de terceros países, tras haber sido interceptados entrando ilegalmente en territorio español y consecuentemente entregados por los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado español a las fuerzas militares marroquíes.

### **2.2.3 Sistema de vallado de la frontera hispano-marroquí**

Otro de los elementos que caracterizan las medidas en materia migratoria implantadas por el Estado español es el sistema de vallado.

Existen varias formas de cruzar la frontera y acceder a territorio español de manera ilegal utilizadas por los extranjeros: por los pasos fronterizos presentando documentación falsa, también por los pasos fronterizos pero escondidos en vehículos, nadando desde la costa de Marruecos o mediante pequeñas embarcaciones o pateras o, por último, a través de la valla perimetral.

En cuanto a la descripción de este sistema de vallado, dicho vallado está compuesto por un sistema de doble verja de seis metros de altura, habiendo entre ambas vallas un tercer dispositivo, denominado sirga tridimensional,

compuesto por barras metálicas clavadas en el suelo y unidas por un alambre metálico. Además, en casi todo el perímetro las vallas tienen en su parte más alta concertinas. Durante la legislatura del gobierno de coalición entre PSOE y Unidas Podemos las concertinas han sido retiradas de los lugares considerados más vulnerables, y en dichos lugares se ha elevado la valla a diez metros de altitud y se han sustituido las concertinas por una especie de rodillos metálicos.

A la dificultad de cruzar las vallas y a los riesgos que supone, por caídas o por las heridas provocadas por las concertinas, hay que sumarle la violencia ejercida frecuentemente por las Fuerzas Auxiliares de Marruecos contra los extranjeros que intentan saltar la valla.

El elemento de la valla presenta una gran importancia en la práctica de las devoluciones en caliente, siendo la modalidad de devoluciones en caliente más conocida la de extranjeros interceptados tras saltar las vallas perimetrales.<sup>12</sup>

#### **2.2.4 Concepto de frontera operacional**

En estrecha relación con el elemento de las vallas se encuentra el concepto o expresión de “frontera operacional”.

A efectos materiales de la delimitación fronteriza se considera como frontera terrestre aquella línea que delimita los territorios soberanos español y marroquí definida en los tratados internacionales. Según esa frontera jurídica fijada en los tratados internacionales, no hay duda que el sistema de vallado se encuentra en territorio nacional español. Sin embargo, el Gobierno de España ha venido defendiendo que las vallas constituyen una “frontera operacional” destinada a impedir la entrada irregular de extranjeros en territorio español.

Esta figura de la frontera operacional se refleja en el Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014. Este Protocolo operativo va a definir la línea que delimita el territorio nacional, pero define esta frontera como una frontera operacional, es decir, una frontera que

---

12 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., Op. Cit., pp. 312-313

va a tenerse en cuenta a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros. Esta frontera operacional se materializa en la valla. Por lo tanto, cuando los migrantes son interceptados intentando superar las vallas pero sin haber llegado a superarlas, según este Protocolo se considera que no se ha producido ninguna entrada ilegal en territorio nacional y que, por tanto, no se puede aplicar a estas personas el régimen relativo a los extranjeros.<sup>13</sup>

En definitiva, mediante este concepto de frontera operacional se pretende excluir la aplicación de la legislación sobre derechos de los extranjeros en la frontera, a menos que los migrantes hayan conseguido bajar de la valla interior y superar el dispositivo policial. La aplicación de esta frontera operacional tendría como efecto aparente la concepción de la frontera hispano-marroquí como una zona de no derecho, dando lugar a zonas fronterizas en la que los extranjeros migrantes quedan desamparados.<sup>14</sup>

---

13 STEDH, de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. contra España*, párr. 37

14 *Ibíd*em, párr. 98

### 3 MARCO NORMATIVO

#### 3.1 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

##### 3.1.1 Legislación española en materia de extranjería<sup>15</sup>

Como ya he indicado anteriormente, la política migratoria pertenece al ámbito de soberanía de los diferentes Estados, con la salvaguarda de la obligación que tienen dichos Estados a respetar el Derecho internacional de los derechos humanos. Esa política migratoria va a regirse y vertebrarse mediante diversas disposiciones normativas.

##### *3.1.1.1 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*

En el ordenamiento jurídico español la principal Ley que rige la legislación de extranjeros es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, también denominada “LOEX” o “Ley de Extranjería”.

Esta Ley de Extranjería fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, y por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. La LOEX va a regular la entrada y estancia de los extranjeros de terceros países extracomunitarios en el territorio español, así como los derechos y libertades que a dichos extranjeros les son reconocidos.

El art. 25 de la LOEX establece los requisitos para la entrada en territorio español, siendo éstos entrar por un puesto habilitado al efecto, hallarse provisto de pasaporte o de documento de viaje identificativo con validez y no estar sujeto a prohibiciones expresas, no siendo de aplicación esto en los casos de los solicitantes de asilo.

---

15 *Ibidem*, párr. 32-40

El art. 58 apartado b) de la LOEX, que versa sobre los efectos de la expulsión y devolución, establece que no será necesario expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en el supuesto de que dichos extranjeros pretendan entrar ilegalmente en el país.

El art. 65 de la LOEX establece el carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros, tanto en territorio nacional como a quienes se encuentren fuera de España a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes.

*3.1.1.2 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*

A esta Ley de Extranjería hay que sumarle el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, también conocido como Reglamento de desarrollo de la LOEX. Además de los requisitos de entrada de los extranjeros en territorio español, previstos en los artículos 1 y 4, es de especial relevancia el artículo 23 de este Real Decreto, el cual versa sobre las devoluciones. Este artículo establece en su apartado primero que no será necesario un expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país, especificando que se considerarán como tal aquellos extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.

Es de gran relevancia el apartado segundo de este artículo 23, el cual dispone que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que se encarguen del control fronterizo deben conducir con inmediatez a los extranjeros interceptados entrando ilegalmente en territorio español a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía para que puedan ser identificados allí; por lo tanto, este segundo apartado establece la necesidad de una identificación previa a la resolución de devolución en una comisaría.

Por último, el apartado tercero de este artículo 23 establece el derecho a la asistencia jurídica y a la asistencia de un intérprete, en caso de no

comprender las lenguas oficiales utilizadas en el proceso, del extranjero frente a quien se ha adoptado una resolución de devolución; estas asistencias serán gratuitas si el extranjero no cuenta con los recursos económicos suficientes, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa española reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

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

Además del marco normativo en materia estrictamente de extranjería, hay que tener en cuenta también la regulación estatal en materia de asilo, representando el derecho de asilo un ámbito que concierne también a la práctica de las devoluciones en caliente.

En España encontramos la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. En lo relativo a este estudio, cabe destacar que dentro del título II (*de las reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional*), en el capítulo I (*de la presentación de la solicitud*) de esta Ley 12/2009 se establecen como medios de solicitar protección internacional, además de la solicitud dentro del territorio español, la solicitud en puestos fronterizos y la solicitud en embajadas y consulados.

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

Además de la Ley 12/2009, en materia de asilo contamos también con el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley reguladora del derecho de asilo.

En el artículo 4 de este Real Decreto 203/1995 se enumeran los diferentes lugares de presentación de la solicitud de asilo. Según este artículo, las diferentes dependencias ante las que los extranjeros que desean obtener el asilo en España pueden presentar sus solicitudes son la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), los puestos fronterizos de entrada al territorio español, las

Oficinas de Extranjeros, las Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior, y las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.

### **3.1.2 Incorporación de la figura de las devoluciones en caliente al ordenamiento jurídico español: los rechazos en frontera**

En el año 2015 se promulgó en España la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Esta Ley, en su disposición final primera, introduce una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000 (LOEX), estableciendo un régimen especial para la detección y expulsión de migrantes en los territorios de Ceuta y Melilla.

La Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, y más específicamente su disposición final primera, ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad que analizaré más adelante.

La justificación de esta nueva disposición que se dio en el Congreso durante el debate parlamentario de la Ley fue la intención de introducir dentro del ordenamiento jurídico español de extranjería un nuevo procedimiento, distinto de los ya existentes, para afrontar los flujos migratorios en la frontera sur, respondiendo a la singularidad geográfica de las ciudades fronterizas de Ceuta y Melilla.<sup>16</sup>

La disposición adicional décima de la LOEX versa del siguiente modo:

- 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.*

---

16 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SANCHEZ TOMAS, M, SEGOVIA BERNABE. J, RIOS MARTIN. J., PEREZ MANZANO. M., Op. Cit., p. 9

*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”.*

Mediante esta disposición adicional décima de la LOEX se introduce en el ordenamiento jurídico español la figura de los rechazos en frontera. Esta modificación de la Ley de Extranjería en el año 2015 se hace para dar cobertura legal a esta práctica que ya se venía realizando. Además, según la observación realizada por Dunja Mijatović, Comisaria de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, quien participó como tercera interviniente en el procedimiento de la Sentencia del TEDH N.D. y N.T. contra España, esta modificación de la LOEX también responde a la finalidad de dar coherencia al concepto del Gobierno español de “frontera operativa” al que me he referido anteriormente.<sup>17</sup>

Cabe destacar, ante la consideración de que el objetivo de la introducción de esta disposición adicional en 2015 es conseguir la cobertura legal de esta práctica que se venía dando, el hecho de que, a juicio del Ministerio del Interior, estas prácticas antes de su regulación eran acordes con la legalidad. Se justificaba la legalidad de estas prácticas en el ya mencionado Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente de 1992.

Sin embargo, numerosos profesionales y juristas declaraban que dichas prácticas, antes de 2015, no tenían ninguna cobertura legal. En caso de aceptar que sí tenían cobertura legal con anterioridad a la introducción de esta disposición, parece un poco extraña e innecesaria su regulación en la LOEX. Lo que en todo caso es innegable es la necesidad de la regulación de un protocolo de actuación de los cuerpos de seguridad del Estado en estas actuaciones tan complejas para garantizar tanto la seguridad del extranjero como la del propio agente, pero de esto no se encarga la disposición adicional introducida en el año 2015.

---

<sup>17</sup> STEDH, de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. contra España*, párr. 142



En lo relativo a la redacción utilizada en esta disposición normativa, no es una norma técnicamente precisa, lo que, junto a la ausencia de la regulación de un procedimiento específico, puede dar lugar a problemas en cuanto a su ámbito de aplicación. En primer lugar, la disposición hace referencia a “*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*”. La interpretación literal de la norma da a entender que no es de aplicación a las devoluciones sumarias de los extranjeros que ya han superado los elementos de contención fronterizos (el sistema de vallado), ni a las devoluciones sumarias de los extranjeros que acceden a territorio español por mar, ya que los elementos de contención fronterizos solo existen en el trazado fronterizo terrestre.<sup>18</sup>

Incluso hay quienes han criticado su aplicación a los extranjeros que son interceptados en el proceso de traspasar las vallas, ya que éstas se sitúan en territorio español, pero esto sería ir en contra de lo que parece ser la finalidad de la norma. Y es que la disposición se refiere a quienes intentan superar las vallas para “*cruzar irregularmente la frontera*”, pudiendo estas personas ser rechazadas con el objetivo de “*impedir su entrada ilegal en España*”.

Estas expresiones parecen apuntar que esta disposición es de aplicación en los casos en los que el extranjero no ha cruzado la frontera y no se ha producido, por tanto, su entrada en territorio español. El sistema de vallado se encuentra dentro de territorio español, como se ha analizado al hablar del concepto de “*frontera operacional*”, y hay autores que interpretan que no responderían a la aplicación de esta disposición los casos en los que se intercepta a los extranjeros en el momento de traspasar las vallas. No se puede cumplir el requisito de la finalidad de la norma de impedir la entrada ilegal de estos extranjeros en España cuando, según la frontera fijada en los tratados internacionales, ya se encuentran en territorio español.<sup>19</sup>

---

18 ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección FORO, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, pp. 321-328

Cuando se cumplan los requisitos vistos arriba, en definitiva, que los extranjeros sean interceptados cruzando ilegalmente la frontera, resultando el régimen por tanto aplicable, se procede a un rechazo inmediato del extranjero para impedir su entrada en territorio español. Además de lo que pueda extrañar la utilización del término “rechazo” en lugar del término “devolución”, lo que llama la atención es la desaparición de los elementos esenciales del procedimiento de devolución ordinaria y las garantías jurídicas que tiene asociadas.

El procedimiento de devolución ordinario, previsto en el art. 58.3 de la LOEX y el art. 23 del RLOEX, incorpora la obligación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la guardia fronteriza de conducir a los extranjeros interceptados a la mayor brevedad posible a la comisaría correspondiente del Cuerpo Nacional de Policía; en la comisaría se procederá a su identificación y se incoará el procedimiento de devolución. Sin embargo, nada de esto se prevé en las devoluciones en caliente, tan solo se prevé en el apartado tercero de esta disposición un mínimo mecanismo jurídico en cuanto a las solicitudes de protección internacional. Aquí podemos observar un claro contraste entre la exhaustividad descriptiva del procedimiento de devolución ordinario en comparación con la ausencia prácticamente total de previsión de un procedimiento en el caso de las devoluciones en caliente.

Esta ausencia de regulación de procedimiento se traduce en que no existe ningún órgano competente para acordar el rechazo en frontera, ni una resolución motivada que se notifique al extranjero y que le informe de las posibles vías de recurso, los plazos de dichos recursos y de sus derechos, como el derecho a la asistencia letrada, ni un control jurisdiccional de la actuación llevada a cabo por la Administración en estas prácticas. Tampoco se regula la suspensión de la ejecución del rechazo en frontera, no habiendo mención por tanto a dicha suspensión en los casos de enfermos, mujeres embarazadas o menores. En relación con los menores, no se menciona tampoco ningún régimen especial relativo a la identificación de los menores

---

19 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SANCHEZ TOMAS, M, SEGOVIA BERNABE. J, RIOS MARTIN. J., PEREZ MANZANO. M., Op. cit, pp. 9-16

extranjeros no acompañados (MENAs), no garantizando ninguna medida protectora que responda a las exigencias del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENAs.<sup>20</sup>

El RLOEX introduce en su art. 189, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de menor extranjero no acompañado, y lo define como aquel *“extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”*

En definitiva, en la regulación del rechazo en frontera llevada a cabo por esta disposición adicional décima de la LOEX no se establece un procedimiento mínimo, sino que en realidad lo que se hace mediante esta disposición es una cobertura legal a una vía de hecho.<sup>21</sup>

Por último, en lo relativo a la redacción de esta disposición, en su apartado segundo se establece la obligación a la hora de realizar los rechazos en frontera de respetar, en todo caso, la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. A continuación y en relación con este punto, vamos a analizar la legislación internacional y europea pertinente.

### **3.2 LEGISLACIÓN INTERNACIONAL**

Es importante hacer referencia a la legislación internacional, no solo debido al apartado dos de la disposición adicional décima de la LOEX, sino también porque el legislador interno está muy condicionado por la normativa internacional de derechos humanos.

---

20 ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., Op. Cit., pp. 321 - 328

21 Íbidem, p. 326

A la hora de establecer un sistema y una regulación en materia de extranjería, el Derecho internacional de los derechos humanos debe impregnar todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Es decir, pese a la soberanía que posee el Estado en este ámbito, éste debe respetar este Derecho internacional de los derechos humanos, concediendo un trato garante de derechos a los extranjeros que se hallan en su territorio respecto a su persona, sus bienes y sus actos y relaciones jurídicas.<sup>22</sup>

### **3.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos**

En primer lugar, encontramos el reconocimiento del derecho a emigrar reconocido en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, y tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a éste.

### **3.2.2 Convención de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre el derecho de los tratados**

Encontramos también en el ámbito internacional la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el derecho de los tratados, necesaria a tener en cuenta ya que va a regir la aplicación e interpretación de todos los tratados internacionales. En su artículo 27 se establece la relación entre la aplicación del Derecho interno y la observancia de los tratados, disponiendo que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

---

22 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La ilegalidad en el rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, N.º 2, Octubre 2021, pp. 190-191

### **3.2.3 Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados**

En materia de asilo y refugio contamos con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.

Esta Convención, considerada como la carta magna del derecho al asilo, establece en su artículo 33 la prohibición de expulsión y devolución de refugiados en las fronteras de los territorios donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social. Esta prohibición se conoce como principio de no devolución o principio de *non-refoulement*.

Este principio de no devolución es un principio del Derecho internacional consuetudinario, y se puede definir como la prohibición impuesta a los Estados por el Derecho internacional de expulsar o devolver a una persona al territorio de cualquier país en el que su vida o libertad se encuentren amenazadas, o en el que pudiera sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes u otras graves transgresiones de sus derechos humanos. Este principio de no devolución aparece como garantía imprescindible del derecho de asilo.<sup>23</sup>

### **3.2.4 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984**

Para finalizar, dentro del marco del Derecho internacional también tiene relación con el tema tratado la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (UNCAT), de 10 de diciembre de 1984.

---

<sup>23</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *El principio de no devolución* [en línea]: *Resumen de las conclusiones de la Mesa redonda de expertos en Cambridge, 9-10 de junio de 2001*, 8 de marzo de 2002. <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01151.pdf>> [Consultado en: 28 de abril de 2023]; Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Principio de no devolución* [en línea]: *diccionario de asilo*. Bilbao: CEAR-Euskadi. <<https://diccionario.cear-euskadi.org/principio-de-no-devolucion/>> [Consultado en: 28 de abril de 2023]

La disposición pertinente de esta Convención es su artículo 3, que prohíbe a los Estados parte expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. En definitiva, el principio de no devolución o de *non-refoulement* se presenta también como un elemento fundamental de la prohibición consuetudinaria de la tortura y los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>24</sup>

### **3.3 LEGISLACIÓN EUROPEA**

Además del ya citado respeto por parte de los Estados al Derecho internacional de los derechos humanos en el desarrollo de sus sistemas de extranjería, en el caso de los Estados miembros de la Unión Europea, como ocurre en el supuesto español, se añade un elemento extra. Y es que estos Estados miembros tienen que responder a las condiciones establecidas por las normas de la UE, y esto también se da en el ámbito de la extranjería.<sup>25</sup>

#### **3.3.1 Tratado de la Unión Europea**

En primer lugar, hay que hacer referencia al Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, por el que se modifica el Tratado de Maastricht de 1992, conocido tras su modificación como Tratado de la Unión Europea (TUE), y el Tratado de Roma de 1957, conocido tras su modificación como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El TUE dispone que la UE se fundamenta en el respeto de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.

El TUE también dispone en su artículo 6.1 que la UE reconoce los derechos y libertades reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) de 7 de diciembre de 2000, otorgándoles el mismo valor jurídico que los Tratados. Por lo tanto, la CDFUE forma parte del

---

24 *Íbidem*

25 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., Op. cit, pp. 190-191

derecho originario de la Unión Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.<sup>26</sup>

### **3.3.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

Esta CDFUE dispone la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4), el derecho de asilo (art. 18), la protección en caso de devolución, expulsión y extradición (art. 19), y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47). Es especialmente relevante el artículo 19, ya que prohíbe las expulsiones colectivas y dispone que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

Además, el TUE establece en el apartado 2 de su artículo 6 que formarán parte del Derecho de la UE con valor de principios generales los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y aquellos derechos fruto de las tradiciones constitucionales a los Estados miembros.

### **3.3.3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**

El siguiente instrumento normativo europeo a analizar es el ya mencionado TFUE. El TFUE también cuenta con varias disposiciones pertinentes en la materia.

En su artículo 67 se establece que se desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad de los Estados miembros y que sea equitativa respecto a los nacionales de terceros países, constituyéndose la UE como un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales.

Sin embargo, en su artículo 72 hace una reserva a lo dispuesto anteriormente en relación con la política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, indicando que los Estados miembros tienen la

---

<sup>26</sup> STEDH, de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España* párr. 21

responsabilidad de mantener el orden público y salvaguardar la seguridad interior.

El artículo 77 establece que la Unión tendrá por objetivo garantizar en el cruce de las fronteras exteriores los controles de las personas y la vigilancia eficaz, sin que esto afecte a la competencia que ostentan los Estados miembros en lo relativo a la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad siempre con el Derecho internacional.

También se establece en el TFUE que la Unión desarrollará una política común tanto en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, respetando el principio de no devolución (art. 78.1), como en materia de inmigración (art. 79).

#### **3.3.4 Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (“Código de Fronteras Schengen”)**

También en el ámbito de la UE, es de especial relevancia el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras. Es lo que se conoce como Código de Fronteras Schengen.

Este Código resalta el hecho de que el control fronterizo no se efectúa únicamente en interés de los Estados miembros en cuyas fronteras se realiza, sino en interés conjunto de los Estados miembros que han suprimido los controles en sus fronteras interiores, lo cual enlaza con el carácter ya mencionado de frontera comunitaria y frontera del espacio Schengen que representa la frontera sur española. De este Código de Fronteras Schengen es importante destacar, en relación con los rechazos en frontera, los artículos 5,6,7 y 13.

En el art. 5 apartado 3 se contempla la soberanía de los Estados a la hora de fijar las sanciones, de conformidad con su Derecho interno y siendo



sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, en caso de cruce ilegal de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos habilitados para ello y de las horas de apertura de dichos pasos fronterizos.

El art. 8 establece la obligación de realizar inspecciones mínimas que permitan determinar la identidad de toda persona que cruce una frontera exterior del espacio Schengen, mediante la presentación de sus documentos de viaje; este artículo 8 se pone en relación con el artículo inmediatamente anterior, el número 9, que establece el principio de no discriminación en la realización de estas inspecciones fronterizas.

Por último, el artículo 14 regula la denegación de entrada, permitiendo a los Estados miembros denegar la entrada a los nacionales de terceros Estados que no cumplan con los requisitos de entrada, pero siempre con la reserva de aplicar y cumplir las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional.

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

Otro texto normativo europeo destacable es la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, también conocida como “Directiva de retorno”.

Esta Directiva, según su artículo primero, se encarga de establecer normas y procedimientos comunes, dirigidos al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, que deberán aplicarse en los Estados miembros. Estos procedimientos deben ser conformes con los derechos fundamentales y con los principios generales tanto del Derecho comunitario,

como del Derecho internacional, incluyéndose en este marco la obligación de protección de los refugiados y de los derechos humanos.

La Directiva de retorno concierne al tema de las devoluciones en caliente ya que su ámbito de aplicación, establecido en su artículo segundo, son los nacionales de terceros Estados a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 14 del Código de Fronteras Schengen arriba mencionado (en realidad el tenor literal de este art. 2 hace referencia al art. 13 del Código de Fronteras Schengen, pero esto se debe a que esta Directiva es anterior a la modificación que se hace de dicho Código en el año 2016), o a los que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes por el cruce irregular de las fronteras exteriores de un Estado miembro y que no hayan obtenido después una autorización o derecho de estancia en ese Estado miembro.

Son de especial relevancia los artículos 4, 5, 12 y 13 de esta “Directiva de retorno”. El art. 4 hace referencia expresa a la obligación del respeto del principio de no devolución. El artículo 5 reitera el respeto del principio de no devolución, y obliga a los Estados miembros a tener siempre en cuenta el interés superior del menor, la vida familiar y el estado de salud del extranjero.

En el art. 12 se regula la forma que deben tener las decisiones de retorno y las decisiones de prohibición de entrada y expulsión, que deberán ser dictadas por escrito y deberán consignar los fundamentos de hecho y de derecho, además de la información acerca de las vías de recurso disponibles.

En cuanto a estas vías de recurso, el art. 13 establece el derecho efectivo que ostentan los nacionales de terceros países a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno, debiendo tener posibilidad de obtener asesoramiento jurídico, representación, y, en caso de necesidad, asistencia lingüística. En definitiva, de esta Directiva de retorno nace el derecho que tienen estos nacionales de terceros Estados a ser oídos.

### **3.3.6 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de protección internacional**

Para finalizar con los textos normativos europeos pertinentes, me gustaría hacer una referencia a la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Esta Directiva en su artículo séptimo regula el derecho de permanencia en el Estado miembro que tiene el solicitante de asilo durante el periodo del examen de su solicitud, aunque esto no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia en el Estado en el que se solicite.

### **3.3.7 Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (“Reglamento Dublín III”)**

Para la buena aplicación de esta Directiva y de toda la normativa en materia de derecho de asilo y protección internacional, hay que tener en cuenta el Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, el conocido como Reglamento Dublín III.

Este Reglamento de la UE es el encargado de establecer el Estado miembro de la UE responsable del examen de una solicitud de asilo y

proporciona una mejor protección a los solicitantes hasta la resolución de su solicitud.<sup>27</sup>

### **3.3.8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales**

Por último, y pasando al ámbito del Consejo de Europa, es de especial importancia en el ámbito de las devoluciones en caliente este Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, también denominado Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), más específicamente su artículo primero.

A partir de este artículo podemos obtener el concepto de extranjero a los efectos tanto de las expulsiones colectivas como de las devoluciones en caliente. Este artículo 1 dictamina que los Estados parte se comprometen a garantizar los derechos y libertades de cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sean nacionales o cualesquiera otros. Sin embargo, no se regula de manera expresa en el CEDH la libertad de entrada, de residencia o de circulación, ni el derecho de protección internacional.<sup>28</sup>

Ante dicha laguna del CEDH, aparece como complemento el Protocolo n.º 4 al CEDH. Este protocolo constituye el primer tratado internacional que se ocupaba de las expulsiones colectivas, a las cuales el CEDH no hacía referencia expresa. En el artículo 4 del Protocolo n.º 4 se van a prohibir expresamente las expulsiones colectivas de extranjeros. Sin embargo, no se define en este protocolo ni lo que se entiende por “expulsiones”, ni lo que se entiende por “colectivas”.<sup>29</sup>

---

27 Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. *Política de asilo de la Unión Europea: país responsable del examen de las solicitudes* [en línea]. EUR-Lex: 25 de mayo de 2020. <<https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/eu-asylum-policy-eu-country-responsible-for-examining-applications.html>> [Consultado en: 20 de abril de 2023]

28 SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones “en caliente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017, pp. 197-200

29 Íbidem

El carácter colectivo de estas expulsiones no depende exclusivamente de que se expulse o impida la entrada de un grupo de extranjeros; es decir, la calificación como “colectiva” de una expulsión no depende de un criterio cuantitativo, del número de personas. Tampoco basta con que afecte la medida de expulsión a un grupo de personas caracterizado por unas circunstancias comunes y específicas de dicho grupo en cuestión. Esta calificación de colectiva exige que las medidas de expulsión se hayan adoptado sin seguir procedimiento alguno y sin evaluar las características individuales de cada extranjero expulsado. En esos casos sí que se puede decir que hay una expulsión colectiva, y consecuentemente hay una violación del art. 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH.

Ante la ausencia de definición expresa del concepto de “expulsión” en este artículo 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH, podemos seguir la definición dada por el artículo 2 del Proyecto articulado sobre expulsión de extranjeros de la Comisión de Derecho Internacional. Este artículo define la expulsión como un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el que se obliga a un extranjero a abandonar el territorio de ese Estado. Después, este artículo aclara que no se incluyen en el concepto de expulsión ni la extradición, ni la entrega a una jurisdicción penal internacional, ni la no admisión de un extranjero en un Estado.<sup>30</sup>

Aunque no haya una definición expresa en el art. 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH de lo que son las expulsiones colectivas, el TEDH, en su papel de intérprete del CEDH, ha definido la expulsión colectiva como toda medida adoptada por las autoridades competentes que obliga a los extranjeros, como grupo, a abandonar el territorio de un Estado, salvo en los casos en los que dicha medida se adopte basándose en un examen razonable, objetivo e individualizado previamente realizado acerca de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo.<sup>31</sup> A esta primera exigencia de un

---

30 Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de articulado sobre expulsión de extranjeros”, sexagésimo sexto periodo de sesiones, 2014, disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2014/spanish/chp4.pdf>

31 STEDH, de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, Demanda n.º 45223/05, párr. 81

examen de sus circunstancias, se le añade un segundo requisito para no infringir la prohibición de las expulsiones colectivas: cada una de las partes interesadas debe poder alegar, ante las autoridades competentes y de forma individual, los argumentos que estime en contra de su expulsión. Esto enlaza con el artículo 13 del CEDH, que veremos un poco más adelante.<sup>32</sup>

El TEDH también ha interpretado la finalidad de esta disposición en varias ocasiones en su jurisprudencia, como en su sentencia *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, en *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, de 21 de octubre de 2014, o en *Khlaifia y otros c. Italia*, de 15 de diciembre de 2016. La finalidad de esta disposición, según esta jurisprudencia del TEDH, es impedir que los Estados pudieran expulsar a cierto número de nacionales de terceros países sin examinar ni analizar sus circunstancias personales y, consecuentemente, sin permitirles exponer sus argumentos contra la medida de expulsión adoptada por la autoridad competente.<sup>33</sup>

También es relevante en la materia de los rechazos en frontera el art. 3 CEDH, que establece el principio de prohibición de la tortura, estableciendo que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Para terminar con la mención al CEDH, voy a referirme al mencionado arriba artículo 13, el cual reconoce el derecho a un recurso efectivo. El derecho a un recurso efectivo tiene conexión con la falta de procedimiento y de identificación individualizada de los extranjeros que caracteriza a las expulsiones colectivas que prohíbe el artículo 4 del Protocolo n.º 4 del Convenio.

---

32 SOLANES CORELLA, Á., Op. Cit., pp. 200-206

33 STEDH, de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, Demanda n.º 16483/12, párr. 238

## **4 PROBLEMÁTICA DE LA PRÁCTICA DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE: VULNERACIÓN DE DERECHOS**

### **4.1 DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS VULNERADOS EN ESTA PRÁCTICA**

#### **4.1.1 Prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes**

Como ya se ha visto en el marco normativo, esta prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes se refleja en el artículo 4 CDFUE, en el art. 3 CEDH y en el artículo 3 UNCAT, en el que más específicamente se prohíbe a los Estados parte expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

Centrándonos más específicamente en el art. 3 CEDH, el TEDH considera que el principio de prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos reconocido en dicho artículo consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas.<sup>34</sup>

El TEDH interpretó en su sentencia *Cruz Varas y otros contra Suecia* que la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes prevista en este artículo 3 CEDH es de aplicación en los casos de expulsiones y devoluciones.<sup>35</sup>

El Tribunal de Estrasburgo ha establecido reiteradamente en su jurisprudencia que esta prohibición se traduce en la obligación del Estado que se encarga de la expulsión o devolución del nacional de un tercer país de asegurarse que esa persona en concreto, en caso de ser devuelto a su país de procedencia, no correrá un riesgo auténtico de ser sometido a tratos contrarios

---

34 STEDH, de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, Demanda n.º 14038/88, párr. 88

35 STEDH, de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, Demanda n.º 15576/89, párr. 69-70

a este art. 3 CEDH. Además, el TEDH dictamina que quien debe asegurarse de que el país intermediario al que se expulsa al individuo tiene las garantías suficientes que lleven a pensar que va a hacer un análisis de los potenciales riesgos que podría sufrir el individuo en cuestión antes de ser devuelto a su país de origen es el Estado que ejecuta la expulsión.<sup>36</sup>

Además, el TEDH también fijó en su jurisprudencia que el principio de prohibición de la tortura es absoluto, independientemente de la actitud o el comportamiento adoptado por el individuo.<sup>37</sup> El TEDH ha reconocido el carácter absoluto de este principio incluso en supuestos extremos, como es un contexto de guerra o de emergencia nacional, por lo que este carácter absoluto es perfectamente extrapolable al ámbito de las expulsiones de inmigrantes.<sup>38</sup>

Después de estas nociones acerca del alcance y aplicación de la prohibición del art. 3 CEDH, cabe examinar si en las devoluciones en caliente se vulnera dicha prohibición. Pues bien, la ausencia de procedimiento de identificación y de audiencia individualizado que caracteriza a las devoluciones en caliente hace imposible que el nacional de un tercer país pueda hacer alegaciones acerca de su seguridad, su situación de peligro y sobre los motivos de su desplazamiento.

A este razonamiento hay que sumarle informes emitidos al respecto, queriendo destacar dos informes: en primer lugar, las Observaciones finales del Comité contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés “Committee against Torture”) del año 2011 acerca de la situación en Marruecos; y, en segundo lugar, el informe para el Gobierno español sobre la visita llevada a cabo en España por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) del año 2014.

El CAT en su informe sobre Marruecos de 2011 destaca, en un apartado dedicado a la no devolución y riesgo de tortura, su preocupación acerca de que

---

36 STEDH, de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Demanda n.º 27765/09, párr. 146-147

37 STEDH, de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, Demanda n.º 25964/94, párr. 40

38 STEDH, de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, párr. 88



los procedimientos y prácticas en materia de devolución ejecutadas en Marruecos puedan exponer a algunas personas a la tortura. Este Comité destaca que el Estado parte no debe proceder en ninguna circunstancia a la expulsión o devolución de una persona a un Estado si hay razones fundadas para creer que esa persona corre el riesgo de ser sometida a tortura. Para ello, el Estado parte debe examinar el fondo de cada caso particular, tanto la situación general en materia de tortura en el país al que se pretende devolver al individuo como la situación particular y personal del individuo en cuestión, procedimiento que no se da en Marruecos según el Comité.<sup>39</sup>

El segundo informe que quiero destacar, realizado por el CPT trata en un apartado específico la deportación de nacionales de terceros Estados, haciendo una referencia a la particular situación de Melilla. El CPT en este informe recomienda al gobierno español que, para no incurrir en violación del principio de prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado español deben, antes de devolver forzosamente a Marruecos a los nacionales de terceros países que han entrado de manera irregular en territorio español, realizar un análisis individualizado con el objeto de identificar a las personas necesitadas de protección. Además, el CPT también recuerda a los agentes de la Guardia Civil que el uso excesivo de la fuerza está prohibido. Por último, a la luz del riesgo de que se produzcan malos tratos por las Fuerzas Auxiliares de Marruecos contra los migrantes irregulares devueltos a Marruecos, el CPT recomienda que las autoridades españolas se aseguren de que no se les entregue ninguna persona, y que se aseguren también de que los agentes de las Fuerzas Auxiliares de Marruecos no entren en territorio español para aprehender y forzar la devolución a Marruecos de migrantes irregulares.<sup>40</sup>

---

39 CAT, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Observaciones finales del Comité contra la Tortura*, 47º periodo de sesiones, 31 de octubre a 25 de noviembre de 2011 (CAT/C/MAR/CO/4), párr. 9

40 CPT, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 18 July 2014*, (CPT/Inf (2015) 19) párr. 31-54, disponible en: <https://rm.coe.int/1680697f02>

De los informes anteriores se pueden extraer como conclusiones que los migrantes irregulares sufren un riesgo real de ser víctimas de agresiones e incluso de malos tratos cuando se encuentran en manos de los agentes de las Fuerzas Auxiliares de Marruecos, y que las autoridades marroquíes no examinan el fondo de cada caso particular para determinar si el individuo objeto de devolución o expulsión sufre el riesgo de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en caso de ser devuelto a su país de origen. En virtud de esto, las autoridades españolas no pueden entregar a los migrantes que entran irregularmente en territorio español a los agentes de las Fuerzas Auxiliares de Marruecos sin ignorar el potencial riesgo de tortura que supone esta entrega para los extranjeros expulsados en frontera. Por lo que, según esta lógica, se podría afirmar que en la práctica de los rechazos en frontera las autoridades españolas están vulnerando el principio de prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes recogida en el art. 3 CEDH.

#### **4.1.2 Derecho a un recurso efectivo**

El derecho a un recurso efectivo forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental, estableciéndose en el artículo 24 de nuestra carta magna. En este artículo 24 CE se reconoce dicho derecho a *“todas las personas”*, independientemente de su situación administrativa.

Como ya he señalado anteriormente, en el procedimiento de devolución ordinario se prevé que este derecho a un recurso efectivo forma parte del abanico de derechos de los que se dota a los extranjeros objeto de devolución, regulándose en el art. 21 LOEX. Sin embargo, ni este derecho, ni ninguno de los reconocidos a los extranjeros objeto del procedimiento de devolución ordinario, está previsto para los rechazos en frontera.

Pese a que no se reconozca de manera específica en la LOEX, el derecho a un recurso efectivo se configura como un derecho fundamental, ya no solo por su reconocimiento en la Constitución española, sino también por su reconocimiento en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

El derecho a un recurso efectivo se reconoce en el art. 13 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, la “Directiva de retorno”. En este art. 13 se reconoce a los nacionales de terceros Estados el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno.

Además, y es en el artículo en el que me voy a centrar, se reconoce este derecho a un recurso efectivo en el art. 13 CEDH. Este derecho se configura en este art. 13 de la siguiente manera: *“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”*.

De la redacción de este artículo se extrae la obligación de los Estados parte de ofrecer vías de recurso efectivo dentro de su ordenamiento jurídico interno que permitan hacer respetar la sustancia de los derechos y libertades reconocidos y protegidos por el CEDH, independientemente de la forma en la que se establezcan dichos derechos y libertades en el ordenamiento interno del Estado parte.

Asimismo, el TEDH exige que para que este derecho a un recurso efectivo no se considere vulnerado la vía de recurso exigida debe ser “efectiva”, y esa efectividad debe darse tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista práctico. El carácter efectivo del recurso no depende de que el resultado sea favorable para el demandante. También aclara el TEDH que no es necesario que ante la que se vaya a presentar el recurso sea una autoridad judicial, pero en el caso de no serlo se examinarán sus poderes y garantías como parámetros para determinar si se trata realmente de una vía de recurso efectiva.<sup>41</sup>

El Tribunal de Estrasburgo ha interpretado el art. 13 CEDH en conexión con el art. 3 CEDH examinado en el apartado anterior en los casos en los que un demandante fuese a ser expulsado o devuelto a un Estado donde sufriese

---

41 STEDH, de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, párr. 197

riesgo de ser sometido a tratos o penas inhumanos o degradantes contrarios a este art. 3 CEDH. El TEDH dictamina que en esos casos es necesario que el supuesto en cuestión sea objeto de un examen detenido realizado por una autoridad nacional.<sup>42</sup> Además de este examen del caso concreto, para no incurrir en una vulneración del art. 13 CEDH en relación con el art. 3 CEDH en casos como el descrito, se debe garantizar que la ejecución de la medida de expulsión o de devolución impugnada es suspendida de manera automática.<sup>43</sup>

Teniendo en cuenta lo expuesto y comparándolo con la práctica de los rechazos en frontera, el Estado español en esta práctica vulnera el derecho a un recurso efectivo reconocido en el art. 13 CEDH. Y es que la práctica de los rechazos en frontera se caracteriza por su inmediatez, siendo los nacionales de terceros Estados interceptados traspasando irregularmente la frontera española rechazados automáticamente, por lo que no tienen posibilidad de realizar alegación ni recurso alguno ante las autoridades españolas; y, al no tener estas personas la posibilidad de hacer alegaciones acerca de su situación, tampoco se suspende su expulsión de manera automática en caso de riesgo de que las víctimas sufran tratos contrarios al art. 3 CEDH tras su expulsión.<sup>44</sup>

#### **4.1.3 Prohibición de las expulsiones colectivas**

La prohibición de expulsiones colectivas es un principio reconocido en varios instrumentos que conforman el marco normativo internacional en la materia. En primer lugar, se prohíben las expulsiones colectivas en el art. 19.1 de la CDFUE.

En segundo lugar, este principio de prohibición de las devoluciones en caliente se establece en el art. 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH. A pesar de que

---

42 STEDH, de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, Demanda n.º 36378/02, párr. 448

43 STEDH, de 11 de diciembre de 2018, *M. A. y otros c. Lituania*, Demanda n.º 59793/17, párr. 83-84

44 DE GIL BLANCO-RAJOY, J.J., “Garantías procedimentales convertidas en papel mojado: legalidad de los rechazos en frontera a la luz del Convenio Europeo Derechos Humanos”, *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 110, julio-diciembre 2020, p. 14

el tenor literal de la expresión “expulsiones colectivas” parezca indicar que se prohíbe expulsar a grupos de personas, la calificación de colectiva no sigue un criterio cuantitativo, sino que el carácter colectivo de la expulsión exige que las medidas de expulsión hayan sido adoptadas sin evaluar las características individuales de cada persona nacional de un tercer Estado que haya sido objeto de la expulsión.

El TEDH ha venido definiendo en su jurisprudencia las expulsiones colectivas como las medidas adoptadas por las autoridades competentes que van a obligar a personas nacionales de terceros países, como grupo, a abandonar el territorio de un Estado, salvo que se haya adoptado dicha medida de expulsión en base a un examen razonable, objetivo e individualizado de la situación particular de cada uno de los individuos que conforman el grupo.<sup>45</sup>

Además de esta definición de expulsiones colectivas, el TEDH interpreta la prohibición de las mismas establecida en el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH, estableciendo los requisitos que deben darse para no incurrir en una vulneración de esta prohibición. En primer lugar, se exige el antes citado examen individualizado de las circunstancias de cada extranjero que sea objeto de expulsión; y, en segundo lugar, se exige que cada una de las partes interesadas pueda alegar contra su expulsión, ante las autoridades competentes y de manera individual, los argumentos que considere pertinentes. Este último requisito enlaza con el derecho a un recurso efectivo del art. 13 CEDH visto en el apartado anterior.<sup>46</sup>

Cabe destacar que no se vulneraría esta prohibición en caso de que varios extranjeros sean sometidos a decisiones parecidas, siempre que haya un examen individualizado de la situación de cada uno de ellos y se les dé la oportunidad, también a cada uno de ellos, de argumentar a título individual contra su devolución ante las autoridades competentes.<sup>47</sup>

---

45 STEDH, de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, párr. 81

46 SOLANES CORELLA, Á., Op. Cit., pp. 200-206

47 STEDH, de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, párr. 177

Frente a la corriente garantista y extensiva seguida por el TEDH en la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH, es destacable que, en el caso de esta prohibición de las expulsiones colectivas del art. 4 del Protocolo n.º 4, el tribunal parece no seguir esta corriente. Se produce una inflexión en la jurisprudencia del TEDH relativa a las expulsiones colectivas en la sentencia de su Gran Sala de 15 de diciembre de 2016, *asunto Khlaifia y otros c. Italia*. En esta sentencia, el tribunal señala que este art. 4 del Protocolo n.º 4 no garantiza el derecho a una entrevista individual en todos los casos, ya que este requisito puede verse satisfecho en caso de que cada individuo objeto de la expulsión tenga una posibilidad efectiva de argumentar contra su expulsión, y debiéndose examinar de manera apropiada sus argumentos por las autoridades competentes.<sup>48</sup>

En lo relativo a la posible vulneración de esta prohibición en la práctica de las devoluciones sumarias, volvemos a repetir la idea de la naturaleza automática de dicha práctica, caracterizándose la misma por la puesta a disposición de los agentes marroquíes de forma inmediata de los extranjeros que han intentado entrar de manera irregular en territorio español. Hay que comparar esta naturaleza con los dos requisitos exigidos por la interpretación que da de esta prohibición el TEDH, intérprete del CEDH, siendo estos dos requisitos: la necesidad de un examen individualizado de las circunstancias de cada persona objeto de expulsión, y la posibilidad de que cada una de las partes interesadas pueda realizar alegaciones ante las autoridades competentes contra la decisión administrativa de su expulsión.

Pues bien, la naturaleza inmediata de las devoluciones sumarias hace imposible tanto la posibilidad de un examen individualizado como la posibilidad de los afectados de realizar alegaciones contra su expulsión ante las autoridades competentes. En definitiva, y según este razonamiento, las devoluciones en caliente son contrarias a la prohibición de expulsiones colectivas.<sup>49</sup>

---

48 STEDH, de 15 de diciembre de 2015, *Khlaifia y otros c. Italia*, párr. 248

49 DE GIL BLANCO-RAJOY, J.J., Op. Cit., p. 14-16

#### 4.1.4 Derecho de asilo

El derecho de asilo se configura como un derecho humano fundamental al estar recogido en el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este artículo establece que, en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país. Esta última parte se va a ver perfilada en el ámbito territorial de la Unión Europea, como se ha señalado antes, por el Reglamento Dublín III, que va a ser el encargado de establecer el Estado miembro de la Unión que va a ser responsable del examen de una solicitud de asilo.<sup>50</sup>

El derecho de asilo se va a desarrollar en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de Nueva York de 1967. La Convención de Ginebra de 1951, aprobada con el fin de proteger a los refugiados europeos después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, establece que es titular del derecho a buscar y recibir asilo la persona que reúna las condiciones para poder ser considerado refugiado. Estas condiciones las establece la propia Convención de Ginebra en su artículo primero, según el cual se considera refugiado toda aquella persona en que concurra el elemento subjetivo de tener temor a ser perseguida y el elemento objetivo de que ese temor sea fundado.<sup>51</sup>

Además, en el ordenamiento jurídico español, se reconoce este derecho en la Constitución en su art. 13.4, y se desarrolla a través de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

En definitiva, el derecho de asilo se traduce en que toda persona tiene derecho a buscar protección fuera de su país de origen o del país donde tenga

---

50 Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. *Política de asilo de la Unión Europea: país responsable del examen de las solicitudes* [en línea]. EUR-Lex: 25 de mayo de 2020. <<https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/eu-asylum-policy-eu-country-responsible-for-examining-applications.html>> [Consultado en: 20 de abril de 2023]

51 RODRÍGUEZ FORO, L., “El rechazo en frontera a la luz de los derechos fundamentales”, *Foro, Nueva época*, vol. 23, núm. 1, 2020, p. 340

su residencia habitual en caso de huir de un conflicto que pone su vida en peligro y tener fundados temores de ser perseguida por motivos de etnia, religión, nacionalidad, ideología política o pertenencia a un determinado grupo social, identidad sexual o de género.<sup>52</sup>

Pese al reconocimiento de este derecho en múltiples disposiciones normativas, cabe destacar que este derecho tampoco se reconoce expresamente en el CEDH. Frente al hecho de que el CEDH no garantiza un derecho de asilo como tal, el TEDH ha venido interpretando algunas disposiciones del Convenio con el objetivo de garantizar ciertos principios básicos en materia de asilo y protección internacional, como es el caso del reconocimiento del principio de no devolución.<sup>53</sup>

En la práctica de las devoluciones en caliente, al no hacerse una entrevista individualizada de los extranjeros que intentan entrar en territorio español irregularmente, no se da la oportunidad de que, si entre esos extranjeros hay potenciales solicitantes de asilo, estos puedan alegar su necesidad de protección.

Frente a esta posición que afirma que se está denegando el derecho de asilo a estos extranjeros interceptados en la frontera hispano-marroquí, voces críticas señalan que estos individuos podrían haber presentado su solicitud de asilo siguiendo los procedimientos legalmente previstos, entendiéndose que existen vías legales y efectivas para solicitar asilo en España. El artículo 4 del Real Decreto 203/1995 enumera los lugares en los que se puede presentar dicha solicitud de asilo: la OAR, los puestos fronterizos de entrada al territorio español, las Oficinas de Extranjeros, las Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior, y las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el

---

52 Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). Derecho de asilo [en línea]. CEAR. <<https://www.cear.es/derecho-de-asilo/>> [Consultado en: 21 de mayo de 2023]

53 Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Análisis de la Sentencia N.D. y N.T. contra España de 13 de febrero de 2020* [en línea]. CEAR. <<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf>>



extranjero. Esta es la posición que va a adoptar el TEDH en su *sentencia N.D. y N.T. contra España* de 13 de febrero de 2020.

Sin embargo, otras organizaciones, como es el caso de ACNUR y CEAR, desmienten que existan en la realidad una posibilidad efectiva de estas personas de solicitar asilo, señalando que a veces la imposibilidad de acceder al derecho de asilo por vías legales está motivada por motivos discriminatorios. Un supuesto notable de esta imposibilidad se observa en el caso de los migrantes del África subsahariana, quienes no pueden acceder a los procedimientos de inmigración y asilo en los pasos fronterizos autorizados ya que se les impide sistemáticamente llegar a la frontera por el lado marroquí.<sup>54</sup>

#### **4.1.5 Principio de no devolución o principio de *non-refoulement***

El principio de no devolución o principio de *non-refoulement* se puede definir como la prohibición impuesta a los Estados por el Derecho internacional de expulsar o devolver a una persona al territorio de cualquier país en el que su vida o libertad se encuentren amenazadas, o en el que pueda sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes u otras graves transgresiones de sus derechos humanos.<sup>55</sup>

Este principio de no devolución se ha configurado como un principio consuetudinario del Derecho internacional de los derechos humanos, constituyendo uno de los pilares fundamentales del derecho de asilo y de la protección internacional de los refugiados. Podemos afirmar que se trata de un principio consuetudinario del Derecho internacional, constituyendo por tanto una fuente de derecho, ya que se considera que cumple con los dos requisitos exigidos: una práctica consistente de los Estados y la *opinio iuris*, es decir, la convicción de la obligatoriedad jurídica de este principio por parte de los Estados.<sup>56</sup>

---

54 STEDH, de 3 de octubre de 2017, N.D. y N.T. c. España, párr. 152-163

55 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01151.pdf> [Consultado en: 23 de mayo de 2023]

56 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud*

Es tal su importancia que, aunque la Comisión de Derecho Internacional aún no haya reconocido la naturaleza de principio de *ius cogens*, hay ciertos autores de la doctrina que abogan por tal reconocimiento. El reconocimiento de este principio como norma de *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general supondría que se trata de un principio o 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.<sup>57</sup>

El principio de *non-refoulement* aparece reconocido en términos similares en distintas disposiciones normativas. En primer lugar, se reconoce en el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Este artículo establece que “ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de 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”.

El principio de no devolución se refleja asimismo en el art. 19 apartado segundo de la CDFUE, que dispone que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

También aparece reconocido este principio en el art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, disponiendo este artículo en su apartado primero que “ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro

---

de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 [en línea]. Ginebra: ACNUR, 26 de enero de 2007. <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>>

57 Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980)

*Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.*

Además, también aparece mencionado el respeto de este principio de no devolución en los artículos 4 y 5 de la Directiva de retorno, aunque en este texto no se regula en profundidad dicho principio más allá de mencionar la obligatoriedad de su respeto.

Sin embargo, y al contrario de lo que ocurría con los anteriores derechos analizados, el principio de no devolución no aparece formulado de forma expresa en el CEDH. Pese a esta ausencia, el TEDH en el asunto *Soering c. Reino Unido* reconoció que el principio de no devolución se encuentra recogido implícitamente en el art. 3 CEDH ya visto. Es decir, que el TEDH viene reconociendo el principio de no devolución a través de la interpretación de la prohibición de la tortura y los malos tratos del art. 3 CEDH.<sup>58</sup>

El principio de *non-refoulement* parece levantar una problemática acerca del ámbito territorial de su aplicación. Y es que, si tomamos en consideración la definición del término refugiado que da el artículo primero de la Convención de Ginebra en su tenor literal, podemos extraer que este principio de no devolución, reconocido en el art. 33 de esta misma Convención, solo sería aplicable a los refugiados que estén presentes físicamente en el Estado de recepción o en las fronteras del mismo.

Sin embargo, se puede entender que el principio de no devolución tiene una aplicación extraterritorial ya que una persona es un refugiado tan pronto como reúne las condiciones exigidas por la definición dada en la Convención de Ginebra, lo que se va a producir necesariamente antes de su reconocimiento administrativo como tal.<sup>59</sup> Asimismo, si se considerase que el principio de no devolución solo protege a los refugiados que han conseguido

58 STEDH, de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, párr. 92

59 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* [en línea]. Ginebra: ACNUR, diciembre de 2011, p. 10 <<https://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50c1a04a2>>

acceder al territorio del Estado de destino, ya sea de manera legal o ilegal, y no protege a los que no han conseguido entrar, se estaría haciendo depender la eficacia de la protección de este principio a la capacidad o habilidad del refugiado de acceder al territorio soberano del Estado de destino, y no a la necesidad de protección de dicho individuo. Esta reflexión fue el enfoque dado por el juez Robinson, integrante del TS estadounidense, en contra de la opinión mayoritaria dada por la Corte en el caso *Sale contra Haitian Centers*.<sup>60</sup> Por último, en favor de la aplicación extraterritorial del principio de no devolución, cabe destacar que el Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, cuyo objetivo era ampliar el margen de aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, en su artículo primero establece que dicho protocolo será aplicado “*sin ninguna limitación geográfica*”.

En el caso de la aplicación de este principio de *non-refoulement* por la vía del CEDH, cabe recordar que no aparece expresamente reconocido, sino que se trata de una construcción jurisprudencial del TEDH. El TEDH en esta construcción no se refiere de manera exclusiva a los refugiados en los términos de la Convención de Ginebra, sino que lo interpreta como un principio que viene a dar protección a toda persona que busque protección internacional frente a los tratos prohibidos por el art. 3 CEDH y que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado parte. En este punto de encontrarse bajo la jurisdicción de un Estado parte entra el art. 1 CEDH, y la jurisprudencia del TEDH al respecto que reconoce que esta jurisdicción no se limita estrictamente al territorio soberano, sino que dicha jurisdicción se extiende a todos aquellos actos u omisiones llevados a cabo por los órganos o autoridades estatales, aunque sea fuera de su territorio.

Tanto el derecho de asilo como todos los principios más básicos de las normas internacionales en materia de refugio, donde se incluiría el principio de no devolución o *non-refoulement*, deben constituir un límite en la práctica de las devoluciones en caliente, viéndose ambos vulnerados en estas prácticas por la propia naturaleza de las mismas. Y es que las devoluciones en caliente, al no

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Sale c. Haitian Centers, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993)

hacer un examen individualizado de la situación de cada individuo, impiden que las personas merecedoras de protección internacional puedan acceder a ella, poniendo peligro su integridad e incluso su vida.<sup>61</sup>

#### **4.1.6 Derechos de migrantes en situación de especial vulnerabilidad: el caso de los migrantes menores de edad**

La falta de procedimiento de los rechazos en frontera reiteradamente señalada en este trabajo, se traduce en una falta de regulación en lo relativo a la suspensión de los rechazos en los casos de migrantes en situación de especial vulnerabilidad, como es el caso de enfermos, mujeres embarazadas, víctimas de trata o menores.<sup>62</sup>

Me gustaría centrarme en lo relativo a los menores. En el art. 35 LOEx se exige que cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado y haya dudas acerca de su minoría de edad deben ponerlo inmediatamente a disposición de los servicios de protección de menores, y después se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, encargado de determinar su edad, para lo que se realizarán las pruebas sanitarias necesarias. Sin embargo, en la práctica de las devoluciones en caliente ni se pone al menor en disposición de los servicios de protección de menores ni se realiza ninguna prueba para determinar su edad, ya que no se lleva a cabo ningún procedimiento de identificación individualizada.

Además, también se infringe el último inciso de la Disposición Adicional Décima (*En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte*), ya que se considera que esta práctica vulnera la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, de la que España es parte. Esta Convención prevé, en sus artículos 3 y 20, que los Estados deberán adoptar las medidas de protección a los menores bajo su jurisdicción siempre con respeto al interés superior de estos.

---

61 RODRÍGUEZ FORO, L., Op. Cit, pp. 340-343

62 ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., Op. Cit., pp. 321 - 328

A esto hay que sumarle que España ha sido condenada por el Comité de Derechos del Niño en un Dictamen aprobado en enero del año 2019 por la devolución de un menor de edad de nacionalidad maliense sin identificarle previamente como menor y, por tanto, sin tener en cuenta su interés superior y sin proporcionarle una asistencia adecuada a esta situación como menor.<sup>63</sup>

## **4.2 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Me ha parecido conveniente para este estudio hacer un análisis más profundo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que es el intérprete del CEDH.

En sus orígenes, la CEDH excluía prácticamente todo lo relativo al estatuto de los extranjeros, al derecho de asilo y al estatuto relativo a la entrada y residencia de los no nacionales, admitiéndose el derecho soberano del Estado para expulsar a los extranjeros de su territorio.<sup>64</sup>

Con el objetivo de paliar esa laguna y con el ánimo de establecer un marco de protección específico para los derechos de los extranjeros, el TEDH ha ido dando una interpretación dinámica del Convenio, llenando de contenido varias disposiciones del Convenio utilizando la técnica de la protección derivada de derechos y libertades que sí que se reconocen expresamente en el texto del CEDH. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo resulta de vital importancia en la materia.<sup>65</sup>

---

63 Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *11 entidades denuncian ante la Fiscalía la devolución en caliente de un menor en Ceuta* [en línea]. CEAR, 25 de mayo de 2020. <<https://www.cear.es/devolucion-en-caliente-de-un-menor-en-ceuta/>> [Consultado en: 21 de mayo de 2023]

64 DIDIER ROUGET, M., “Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'Homme: une protection limitée et contrastée”, *Revue Québécoise de droit international*, volume 13-1, 2000, pp. 219-220

65 MORTE GÓMEZ, C., *Apuntes sobre jurisprudencia del TEDH en materia de expulsiones colectivas: el artículo 4 del Protocolo 4 al Convenio*. Consejo General de la Abogacía Española: 25 de septiembre 2015. <<https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/apuntes->

Como tal, no hay en la CEDH un derecho reconocido a los extranjeros de no ser expulsados, y es en esta ausencia donde se fundamenta la soberanía de los Estados para regular sus propios sistemas de expulsión. Sin embargo, aunque no se prevea tal derecho a no ser expulsados, sí que se limita la soberanía de los Estados en este ámbito principalmente mediante la prohibición de las expulsiones colectivas, reconocidas en el art. 4 protocolo n.º 4 al Convenio.<sup>66</sup>

Dentro de la jurisprudencia del TEDH relativa a la expulsión de extranjeros, en el caso español es imprescindible referirse a la Sentencia *N.D. y N.T. contra España*. En este asunto se va a ver un importante cambio en la jurisprudencia del Tribunal de su primera sentencia dictada por la Sección Tercera del tribunal en el año 2017, a su último pronunciamiento por parte de la Gran Sala en el año 2020.

#### **4.2.1 STEDH *N.D. y N.T. contra España***

##### *4.2.1.1 Antecedentes de hecho*

Dos demandantes, uno de nacionalidad marfileña y otro de nacionalidad maliense, interponen dos demandas el día 12 de febrero de 2015. El primer demandante abandonó su país huyendo del conflicto armado declarado en su país en el año 2012, llegando a Marruecos en 2013 y viviendo aproximadamente 9 meses en el campamento de inmigrantes del Monte Gurugú, cercano a Melilla; y el segundo demandante llegó a Marruecos en el año 2012, estableciéndose también en el campamento del Monte Gurugú.

Los demandantes denuncian haber sido objeto de una devolución en caliente el día 13 de agosto de 2014. Relatan que ese día tanto ellos como otros inmigrantes treparon por el sistema de vallado, siendo testigos de actos violentos cometidos por los agentes de la Guardia Civil española y por las

[sobre-jurisprudencia-del-tedh-en-materia-de-expulsiones-colectivas-el-articulo-4-del-protocolo-4-al-convenio/>](#) [Consulado en: 21 de mayo de 2023]

66 DURÁN ALBA, J.F., ALONSO SANZ, L., “La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros (Art. 4-P4), *La Europa de los derechos*, en prensa (documento facilitado por el propio autor)

fuerzas del orden marroquíes hacia inmigrantes subsaharianos. Cuando los demandantes descienden de la tercera valla, son detenidos por agentes de la Guardia Civil, esposados y devueltos a territorio marroquí. Estas devoluciones se llevaron a cabo sin mediar ningún procedimiento de identificación y sin tener los demandantes la posibilidad de exponer sus circunstancias personales, ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos. Los demandantes afirman que ese día fueron también rechazados a Marruecos entre setenta y cinco y ochenta migrantes subsaharianos, sin mediar tampoco procedimiento alguno.

Los demandantes consideraban que habían sido objeto de una expulsión colectiva, que no habían tenido ninguna posibilidad de ser identificados ni de alegar sus circunstancias individuales y que sufrían el riesgo de ser sometidos a tratos degradantes si eran devueltos a Marruecos, y que también se les había impedido impugnar su rechazo mediante un recurso con efecto suspensivo. Por ello, alegan una vulneración del art. 3 y del art. 13 del Convenio, puestos en relación entre sí, del art. 4 del Protocolo n.º 4, y del art. 13 del Convenio puesto en relación con el art. 4 del Protocolo.<sup>67</sup>

A continuación voy a proceder a un análisis de los puntos más relevantes del *caso N.D. y N.T. contra España*.

#### 4.2.1.2 *La supuesta falta de jurisdicción*

La primera estrategia de defensa por parte de España fue alegar una falta de jurisdicción en virtud del art. 1 CEDH apoyándose en la idea de frontera operativa. Sin embargo, la Sala rechaza esta excepción preliminar, justificándose en el hecho de que la frontera entre los Estados de España y Marruecos ha sido delimitada por los tratados internacionales de los que ambos Estados son parte, encontrándose la valla en territorio español de acuerdo con dichos tratados. Esto viene a significar que el Estado español no puede modificar su frontera unilateralmente con el objetivo de eludir no solo la aplicación del ordenamiento jurídico interno español sino las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español en virtud de la firma y ratificación del CEDH. Según el Tribunal, el contexto migratorio no puede

---

67 STEDH, de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España* párr.1-15



justificar un ámbito de ilegalidad en el que los extranjeros no estén amparados por un sistema que proteja los derechos y garantías que se les reconocen en el Convenio. En caso de admitirse, las fronteras se convertirían en una zona de no-derecho para los extranjeros.

Además, el Tribunal añade a su argumentación que el hecho de que los actos se hubiesen llevado a cabo por agentes de la Guardia Civil española reconducía la situación inevitablemente a la jurisdicción española. Esta argumentación de atribución de unos sucesos a una determinada jurisdicción estatal responde a jurisprudencia ya establecida del Tribunal de Estrasburgo (sentencia *Hirsi Hamaa y otros c. Italia*, 2012), por lo que no supone una novedad de esta sentencia.<sup>68</sup>

Pese a que esta cuestión se rechaza completamente por la Sección Tercera del Tribunal, cuando se trata el caso ante la Gran Sala en el año 2020 es destacable la aportación de varios Gobiernos en la materia. Concretamente, los Gobiernos francés, italiano y belga defienden que cuando un Estado miembro del Espacio Schengen realiza controles fronterizos no se le puede exigir que admita a las personas que intentan traspasar la frontera ilegalmente, no pudiendo considerarse que los extranjeros que entran ilegalmente en territorio de un Estado (en este caso en territorio español) estén bajo su jurisdicción.<sup>69</sup>

Es decir, los Gobiernos intervinientes venían a fundamentar esta no sujeción a la jurisdicción española en el Derecho de la Unión Europea, y más concretamente en su normativa sobre control fronterizo, siendo esa negación de encontrarse bajo la jurisdicción española un resultado de las obligaciones de vigilancia y control de las fronteras exteriores que se le atribuyen a España en virtud de su situación de Estado periférico del espacio Schengen.<sup>70</sup>

---

68 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., Op. Cit, pp. 315-317

69 STEDH, de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. contra España*, párr. 95-97

70 SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿apuntalando los muros de la Europa fortaleza”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 72/2, julio-diciembre 2020, Madrid, pp. 244-245

#### 4.2.1.3 La supuesta vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas del art. 4 del Protocolo n.º 4: la introducción del criterio de la conducta culpable

En este punto el TEDH va a analizar si los casos a juzgar son en primer lugar expulsiones y, en segundo lugar, si ostentan el carácter de colectivas. Para ello, el Tribunal sigue su jurisprudencia establecida en los asuntos *Hirsi Jamaa contra Italia*, caso en el que los nacionales de terceros Estados fueron devueltos tras ser interceptados desde el mar directamente; *Sharifi y otros contra Italia y Grecia*, caso en el que las personas interceptadas entrando ilegalmente en Italia desde Grecia fueron devueltas a territorio griego inmediatamente, con el miedo de ser devueltas a sus países de origen; y *Khlaifia y otros contra Italia*, caso en el que los inmigrantes, cuyo movimiento migratorio tenía vinculación con la primavera árabe, fueron interceptados en el mar y en un primer momento llevados a territorio italiano para luego ser devueltos a Túnez.<sup>71</sup>

Como todos los casos jurisprudenciales citados en los que se basa el Tribunal tratan sobre extranjeros interceptados en mar, el TEDH aclara para el caso español que es de igual aplicación esta jurisprudencia aunque la devolución sea de inmigrantes irregulares interceptados en las fronteras terrestres. Por lo tanto, la Sala llega a la conclusión de que los casos a tratar son efectivamente expulsiones a efectos del art. 4 del Protocolo.

En cuanto al carácter colectivo de dichas expulsiones, la Sala en su sentencia del año 2017 sigue el criterio de calificar como colectivas aquellas expulsiones en las que no se sigue procedimiento alguno, ni una evaluación de las circunstancias individuales de los demandantes ni una decisión administrativa o judicial previa. Como estas características describen lo sucedido en los sucesos ocurridos en la frontera española denunciados, el Tribunal en esa sentencia de 2017 afirma que en este caso no solo se ha

---

71 European Court of Human Rights. *Collective expulsions of aliens* [Fact sheet en línea]. Press Unit European Court of Human Rights, march 2023. <[https://www.echr.coe.int/documents/fs\\_collective\\_expulsions\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/fs_collective_expulsions_eng.pdf)> [Consultado en: 9 de junio de 2023]

producido una expulsión, sino que se ha producido una expulsión colectiva, vulnerándose la disposición señalada.<sup>72</sup>

Sin embargo, es en este punto donde podemos apreciar un punto de inflexión en la interpretación del precepto por parte del Tribunal de Estrasburgo en la sentencia del año 2020. Y es que la Gran Sala no consideró vulnerada la prohibición del art. 4 del protocolo, entendiendo que la falta de procedimiento y de examen individualizado de las circunstancias de los inmigrantes se debió a su “conducta culpable”. Es decir, que la Gran Sala viene a utilizar este criterio como una especie de excepción a la prohibición de las expulsiones colectivas.

Este elemento de la “conducta culpable” o de la “propia conducta” no aparece como una novedad, ya que ya había sido aplicado en dos ocasiones por el TEDH, aunque se aplicó en un sentido distinto. En primer lugar, en el caso *Berisha y Hakjiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia* (2003), en el que los demandantes alegan una vulneración del art. 4 del Protocolo porque se había expedido una resolución de expulsión conjunta; sin embargo, el Tribunal declara el caso inadmisibile con arreglo a dicho artículo argumentando que la resolución conjunta estaba justificada por la conducta de los demandantes, ya que era un matrimonio que había entrado en el país de manera conjunta y que había hecho una demanda de asilo fundamentada en los mismos motivos y con los mismos elementos probatorios, además de recurrir la decisión de forma conjunta. Y, en segundo lugar, también utilizó el Tribunal el elemento de la conducta culpable de los demandantes en el caso *Dritsas y Otros contra Italia* (2011), en el que los demandantes se negaron a mostrar sus documentos identificativos a la policía cuando los agentes se los solicitaron a los efectos de emitir las órdenes de expulsión, lo que motivó al Estado a emitir órdenes de expulsión no individualizadas, no siendo la no individualización de las órdenes atribuible al Estado.

La diferencia del tratamiento de este criterio de la conducta culpable por el Tribunal en estos dos casos citados y en el caso *N.D. y N.T. en España* es que en los dos primeros casos los solicitantes tuvieron la oportunidad de

---

72 STEDH, de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. contra España*, párr. 124

exponer sus argumentos contra la expulsión, mientras que en el caso español no se dio a los inmigrantes esta oportunidad.<sup>73</sup>

De esta nueva interpretación dada por la Gran Sala del criterio de la “propia conducta” se desprende que la conducta del extranjero puede comportar la ausencia total de un procedimiento de devolución y la consecuente imposibilidad para los extranjeros de explicar sus circunstancias personales.

Una estrategia que ha caracterizado la defensa española ante las instancias internacionales de garantía de derechos humanos en los asuntos relativos a las devoluciones en caliente ha sido la insistencia, ya no solo en el carácter ilegal de la entrada de los extranjeros en territorio español, sino también el uso recurrente de la violencia por parte de los extranjeros. En la sentencia de 2020 la Gran Sala señala que cuando las personas que cruzan la frontera actúan violentamente y aprovechándose deliberadamente de ser un grupo grande de personas, esto genera una situación difícil de controlar, poniendo en peligro la seguridad pública.<sup>74</sup>

Pese a ello, el Tribunal señala que para evaluar si realmente se ha producido una vulneración del art. 4 del Protocolo n.º 4 lo que se debe analizar es si en el caso concreto el Estado demandado, en este caso España, proporcionó “un acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada, en particular procedimientos en la frontera”.

Realmente lo que va a hacer el Tribunal de Estrasburgo es llevar a cabo un doble análisis o un test de dos niveles. En primer lugar, va a valorar si el Estado demandado proporcionó un acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada en territorio español. Y, en segundo lugar, si el Estado ha proporcionado efectivamente vías legales de acceso a su territorio en el caso concreto y el extranjero no las ha utilizado, habrá que analizar si ese individuo

---

73 DURÁN ALBA, J.F., ALONSO SANZ, L., Op. Cit; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., Op. Cit, pp. 326-327

74 SÁNCHEZ LEGIDO, Á., Op. Cit, pp. 252-254

tenía razones de peso para no utilizar esas vías legales, razones basadas en hechos objetivos de los que el Estado demandado sea responsable.<sup>75</sup>

#### 4.2.1.4 *La existencia de vías de acceso legales y de medios para solicitar protección internacional efectivos*

La defensa española en este caso no solo destacó el carácter ilegal y violento de los saltos de la valla por parte de grupos de nacionales de terceros países, sino que también recalcó la idea de que esta conducta era innecesaria ya que el Estado español proporcionaba vías legales para el acceso a su territorio y para la solicitud de protección internacional.

En cuanto a las solicitudes de protección internacional, en la actualidad España se situó en el año 2022 como el tercer país miembro de la UE en la clasificación de países con el mayor número de primeras solicitudes de protección internacional en la UE, presentándose en España ese año el 12% del total de las solicitudes presentadas en la UE.<sup>76</sup>

Sin embargo, pese a ser el tercer Estado de la UE con más solicitudes de asilo, también es el tercer Estado con menor reconocimiento de la UE, situándose muy lejos de la media europea. La media europea de reconocimiento en el año 2022 se situaba por encima del 38%, rondando en España el 16,5%.<sup>77</sup>

Deben señalarse en este ámbito las dificultades que sufre el sistema nacional español de asilo para afrontar este gran número de solicitudes. El sistema español, y más concretamente la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) está en la actualidad saturado. Esto responde en parte a los escasos medios materiales y humanos para garantizar un procedimiento de asilo o protección

75 STEDH, de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. contra España*, párr. 201

76 Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Infografía – Solicitudes de asilo en la UE* [en línea]. Secretaría General del Consejo, 21 de junio de 2023. <<https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/asylum-applications-eu/>> [Consultado en: 22 de junio de 2023]

77 Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). *España es el tercer país con más solicitudes de asilo y tercero con menor reconocimiento de la UE*. [en línea]. CEAR, 13 de abril de 2023. <<https://www.cear.es/datos-asilo-2022/>> [Consultado en: 9 de junio de 2023]

subsidiaria con todas las garantías. Además, a esto hay que sumarle que debido a la Guerra de Ucrania la UE activó la Directiva de protección temporal; todas las solicitudes de desplazados ucranianos que corresponden al ámbito de aplicación de esta Directiva también son tratadas por la OAR, ya que no se ha creado en España ningún otro órgano para dicha tarea.

Todo lo anterior se traduce en una incapacidad manifiesta de la OAR para tramitar y resolver en un tiempo prudencial el gran número de solicitudes de protección internacional que se le presentan. Este tiempo prudencial debe ser de tres meses hasta un máximo de seis, según lo dispuesto en el art. 24.3 de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria.

Centrándonos en el procedimiento fronterizo de Ceuta y Melilla, cabe destacar la creación en el año 2014 de dos oficinas de asilo en esta zona: la Oficina de Protección Internacional de Beni-Enzar en Melilla y la Oficina del Tarajal en Ceuta. Mientras que la primera estuvo plenamente operativa tras su inauguración en el año 2015, la Oficina del Tarajal no comenzó a funcionar hasta el año 2019.

Sin embargo, pese a que estas dos ciudades autónomas constituyen una vía de entrada de un gran número de nacionales de terceros Estados, se han registrado un número muy bajo de solicitudes de protección internacional. Esto se debe a la configuración de estos puestos fronterizos como “diques de contención” más que como lugares de acceso seguros y efectivos para solicitar protección internacional.<sup>78</sup>

Después de esta descripción de la situación del procedimiento de solicitud de protección internacional en España, cabe volver a la exigencia del TEDH de que debe darse un acceso efectivo a las vías legales de entrada y ver qué entiende el Tribunal por esto. El Tribunal considera en la sentencia tres vías de entrada legales en territorio español, previstas en la LOEX: la posibilidad de solicitar visados de entrada a España en sus respectivos países de origen, la posibilidad de solicitar asilo en las embajadas y consulados de

---

78 VIGURI CORDERO, J.A., “Los procedimientos fronterizos de protección internacional en Ceuta y Melilla: un balance crítico”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, pp. 1-11

España en el exterior y la posibilidad de solicitar protección internacional en los puestos fronterizos españoles, más concretamente en los puestos de Beni-Eznar en Melilla y de El Tarajal en Ceuta.

Sobre la posibilidad de solicitar visados en origen, aunque sí que es cierto que se presenta como una opción para los inmigrantes altamente cualificados o con recursos, no es una opción real para la mayoría de inmigrantes procedentes del continente africano. Esto responde al carácter restrictivo y selectivo de la política migratoria española, que se ha visto además acrecentado por la crisis económica. Sin embargo, los demandantes no cuestionaron esta posibilidad, ya fuese la solicitud del visado en sus países de origen o en otros países de tránsito.<sup>79</sup>

En cuanto a la posibilidad de solicitar asilo en las embajadas y consulados españoles en terceros países, no solo en los países de origen sino también en países de tránsito como Marruecos, el Gobierno español afirma que esto es una vía legal de acceso real y efectiva basándose en que, según la legislación española, cualquier persona puede presentar una solicitud de protección internacionales en estos lugares. El Gobierno español en este caso aportó las cifras del número de presentaciones de solicitudes de asilo entre 2014 y 2018, siendo el número de 1.308 solicitudes. Sin embargo, el TEDH destaca que es consciente de las limitadas competencias de los embajadores a la hora de proporcionar protección internacional mediante la aplicación del procedimiento especial del art. 38 de la Ley 12/2009, lo que se traduce en una dificultad para proporcionar una protección inmediata a los solicitantes; a pesar de ello, el Tribunal consideró que esto no era decisivo para el caso, estimando que los demandantes no corrían riesgo de ser sometidos a ningún maltrato en Marruecos donde residieron durante un periodo de tiempo considerable. Asimismo, los demandantes no cuestionaron la posibilidad de esta vía de acceso legal.

Terceros intervinientes en el caso N.D. y N.T. contra España (ACNUR, El Centro Aire, Amnistía Internacional, el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE), el Consejo Neerlandés para los Refugiados y la Comisión

<sup>79</sup> SÁNCHEZ LEGIDO, Á., Op. Cit, pp. 254-256

Internacional de Juristas, actuando estos cinco últimos de manera conjunta) afirman que los migrantes provenientes del África subsahariana en realidad no podían acceder a los procedimientos en el puesto fronterizo de Beni-Eznar, ya que se les impedía sistemáticamente llegar a la frontera y por tanto llegar a este puesto y oficina de asilo desde el lado marroquí por motivos de raza. Por lo tanto, parece que la afirmación de que el acceso a los puestos fronterizos es real y efectiva no parece ser aplicable a todos los migrantes, habiendo diferencias en función de su origen y etnia.

Pese a ello, el Tribunal llega a la conclusión de que existe en España la posibilidad de acceder de forma efectiva y real a los procedimientos de entrada legal al territorio español y a los procedimientos de solicitud de protección internacional, y en particular a los procedimientos del puesto fronterizo y oficina de asilo de Beni Eznar. Pero esta conclusión es cuestionable, en primer lugar por la imposibilidad o excesiva dificultad de los inmigrantes subsaharianos para acceder al puesto de Beni-Eznar y, en segundo lugar, por las cifras ínfimas de solicitudes de protección internacional solicitadas en dicha oficina.

Aunque el Tribunal admite la posibilidad de la existencia de las dificultades expuestas en el procedimiento para acceder al puesto fronterizo del lado marroquí, señala que no se ha probado que dichas dificultades sean responsabilidad del Gobierno demandado, en este caso el Gobierno español. Sin embargo, esta afirmación que tiene como efecto eximir de la responsabilidad al Gobierno español, tiene como contra efecto final la culpabilización de los inmigrantes mediante la aplicación del elemento de la propia conducta de circunstancias que no pueden depender de ellos. Esto viene a separar a esta resolución del estándar de protección al que había llegado el Tribunal mediante su jurisprudencia en este ámbito hasta el momento.

Volviendo al razonamiento dado por el Tribunal, como afirma que hay vías de acceso legales y que los demandantes no hicieron uso de las mismas, el Tribunal considera que la ausencia de resoluciones individuales de expulsión se debe a que los demandantes no hicieron uso de los procedimientos formales



de entrada existentes a tal efecto, lo que fue consecuencia de su propia conducta. Por consiguiente, el Tribunal entiende que no hubo vulneración del art. 4 Protocolo n.º 4.<sup>80</sup>

#### *4.2.1.5 La supuesta vulneración del derecho a un recurso efectivo del art. 13 CEDH*

Los demandantes también alegan la vulneración del art. 13 CEDH, que establece el derecho a un recurso efectivo, pero poniendo este artículo en relación con el art. 4 del Protocolo n.º 4.

El Tribunal de Estrasburgo desestimó la lesión del art. 13 CEDH basándose en la misma idea expuesta antes: que los inmigrantes optaron por un procedimiento ilegal, pudiendo haber optado por vías legales de acceso al territorio español. Por lo tanto, el TEDH, al considerar que la falta de un procedimiento individualizado para la expulsión de los demandantes fue consecuencia de su propia conducta, vuelve a utilizar el criterio de la propia conducta de los demandantes pero esta vez para desestimar la presunta vulneración del derecho a un recurso efectivo del art. 13 CEDH.<sup>81</sup>

#### *4.2.1.6 La no incidencia en el caso del principio de no devolución o principio de non-refoulement*

La sentencia presenta un problema de carácter más bien teórico, y es que se puede observar la no incidencia en el caso del principio de no devolución o principio de *non-refoulement*. En la sentencia el Tribunal al interpretar el art. 4 del Protocolo hace una confusión parcial de esta prohibición de las expulsiones colectivas con el art. 3 CEDH y con el principio de no devolución.

El principio de no devolución es un principio de construcción jurisprudencial por el TEDH sobre la base del art. 3 de la Convención. Mientras que el art. 4 del Protocolo n.º 4 constituye una garantía procedimental aplicable a cada extranjero, prohibiendo la expulsión de cualquier persona sin respetar

---

80 STEDH, de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. contra España*, párr. 221-231

81 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., Op. Cit, pp. 329-330

unas mínimas garantías procedimentales, el principio de *non-refoulement* implica la prohibición de devolver a un extranjero a un país donde su vida y su integridad están amenazadas, por lo que solo es aplicable a determinadas personas.

ACNUDH, como interviniente en el proceso, destaca el hecho de que la prohibición de las expulsiones colectivas difiere del principio de no devolución en que la prohibición de las expulsiones colectivas forma parte del derecho a un juicio justo.

El Tribunal en esta sentencia, al asimilar ambos principios, reduce la responsabilidad del Estado en virtud de la prohibición de expulsiones colectivas del art. 4 del Protocolo a la habilitación de procedimientos fronterizos de protección internacional y la externalización de dicho servicio al territorio de otros Estados mediante embajadas y consulados. Sin embargo, esto supone una reducción del ámbito de aplicación de esta prohibición, ya que hay otras razones legales que podrían invocarse por los extranjeros para recurrir una expulsión, además de la solicitud de asilo o de protección internacional, como es el caso de la situación de los menores no acompañados, de las víctimas de trata o de las víctimas de un uso desproporcionado de la fuerza por parte de las autoridades fronterizas.

En conclusión, aunque el Tribunal en su argumentación confunda ambos principios, los ámbitos de protección de éstos no son equivalentes, y por lo tanto no pueden ser intercambiables.<sup>82</sup>

#### 4.2.1.7 Cambio jurisprudencial

La decisión del Tribunal de Estrasburgo de este *asunto N.D. y N.T. contra España* del 13 de febrero de 2020 no puede verse como una decisión aislada del tribunal, sino como un cambio jurisprudencial. Podemos afirmar esto ya que, en primer lugar, el Tribunal se pronuncia en un momento de gran aumento de demandas en la materia, y se pronuncia enlazando la decisión con otras anteriores; y, en segundo lugar, porque el Tribunal concibe esta sentencia como un *leading case* en la materia. En este sentido cabe destacar las

---

82 DURÁN ALBA, J.F., ALONSO SANZ, L., Op. Cit

numerosas referencias que ha hecho el TEDH a esta sentencia en sus pronunciamientos más recientes.

La doctrina introducida por el TEDH en la *sentencia N.D. y N.T. contra España* del año 2020 supone un claro retroceso en la interpretación de la protección que el CEDH ofrece a las personas migrantes y refugiadas. Y es que la Sentencia del 13 de febrero de 2020 corrige la precedente sentencia de la Sala, de 3 de octubre de 2017, y sustituye la condena al Estado español por un fallo de no violación del Convenio. La función del TEDH ha contribuido a definir en términos amplios las garantías previstas, en este caso en cuestiones migratorias y de asilo, en el Convenio y en sus desarrollos conexos. La evolución de la interpretación de estas garantías alcanzó su culmen en la sentencia *Hirsi Jamaa*, y con esta sentencia *N.D. y N.T.* el Tribunal va en sentido contrario, atenuándose el espíritu garantista que caracterizaba la jurisprudencia precedente.<sup>83</sup>

El cambio jurisprudencial entre el primer pronunciamiento de la Sección Tercera de este Tribunal en el año 2017 y el segundo pronunciamiento de la Gran Sala en 2020 demuestra la permeabilidad del TEDH ante las presiones de los Estados. Podemos observar que en el segundo proceso aparecen como terceros intervinientes los Gobiernos francés, italiano y belga, Estados que por su situación geográfica y por su historia colonial están interesados en el endurecimiento de las políticas de migración de Estados fronterizos como España.

Pese al cuestionamiento por parte del Estado español y de los otros Estados intervinientes, el Tribunal asienta su doctrina anterior relativa a la cuestión de la jurisdicción y al concepto de expulsión. Sin embargo, el cambio se produce en que la operatividad de la prohibición de las expulsiones colectivas, reflejada en el art. 4 del Protocolo n.º 4, se condiciona a la buena conducta del individuo objeto de la expulsión, conducta que a su vez está condicionada por la existencia de vías legales de acceso a los procedimientos

---

83 GONZÁLEZ VEGA, J.A., “¿Un difícil equilibrio? La sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, N.D. y N.T. c. España, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”, *Revista General de Derecho Europeo* 52, núm 52, 2020, pp. 22-26

de entrada al territorio del Estado receptor. En definitiva, la doctrina de la conducta culpable o de la propia conducta supone sentar como regla general que las expulsiones sumarias constituyen una respuesta admisible frente a los intentos de entrada irregular en territorio europeo.<sup>84</sup>

Este cambio jurisprudencial se ha visto reflejado en jurisprudencia posterior del Tribunal de Estrasburgo. Un reflejo de esta doctrina lo encontramos en el caso *M.H. y otros contra Croacia*, de 18 de noviembre de 2021, en el que una familia afgana de 14 miembros denuncia que la policía croata no les había permitido solicitar protección internacional en la frontera entre Croacia y Serbia, siendo devueltos a Serbia. El TEDH falla que hubo violación del art. 4 del Protocolo n.º 4 debido a la incapacidad por parte del Gobierno croata para demostrar, con algo más que con la existencia de disposiciones legales, que realmente existía en el momento de los sucesos una vía legal para realizar las solicitudes de protección internacional en ese lugar.

Otro caso a destacar como reproducción de este cambio jurisprudencial es el caso *A.A. y otros contra Macedonia del Norte*, de 5 de abril de 2022. Los demandantes eran afganos, iraquíes y sirios que dejaron sus respectivos países de origen y llegaron a Grecia, desde donde cruzaron la frontera para entrar en Macedonia del Norte vadeando en grandes grupos de refugiados un río en lo que se conoce como “March of Hope” (o marcha de la esperanza), donde rápidamente fueron interceptados por soldados y devueltos a territorio griego. En este caso, el TEDH llega a la misma conclusión que en *N.D. y N.T. contra España*, y falla que no hubo violación del art. 4 del Protocolo debido a que el Estado de Macedonia del Norte ofrecía vías reales y efectivos de entrada legal a su territorio y que no hubo razones de peso para que los demandantes no utilizaran dichas vías. El Tribunal vuelve a utilizar el criterio de la conducta culpable, fallando que la falta de valoración individualizada de la situación de los demandantes se debió a su propia conducta.

Por último, me gustaría hacer referencia a otro caso presentado ante el Tribunal de Estrasburgo por sucesos sucedidos en España, y que supone la consolidación de la doctrina plasmada por el Tribunal en *N.D. y N.T.*: el caso

84 SÁNCHEZ LEGIDO, Á., Op. Cit, pp. 235-237

*M.B. y R.A. contra España*, de 5 de julio de 2022 . En este caso la decisión fue de inadmisión. Se reproducen de forma similar las características del otro caso, tratándose del intento de un grupo numeroso de extranjeros de entrar en territorio español por la frontera terrestre hispano-marroquí, aunque esta vez por el sistema de vallado presente en Ceuta. En este caso, el Tribunal considera manifiestamente infundada la demanda de vulneración del art. 4 del Protocolo al considerar que la ausencia de un examen individualizado previo a la devolución se debe a la propia conducta culpable de los demandantes.<sup>85</sup>

### **4.3 CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE: STC 172/2020, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020<sup>86</sup>**

#### **4.3.1 Análisis de la sentencia**

Como ya se ha indicado a lo largo de este estudio, en el año 2015 se introdujo mediante la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) una disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta disposición lo que hace es introducir un régimen especial para Ceuta y Melilla de rechazo en frontera para los extranjeros que intenten entrar ilegalmente; es decir, esta disposición viene a dar cobertura legal a la práctica de las devoluciones en caliente.

Un recurso de inconstitucionalidad (núm. 2896-2015) contra varias disposiciones de la Ley Orgánica 4/2015, entre ellas su disposición final primera por la que se introducía el régimen especial para Ceuta y Melilla de rechazo en frontera, fue promovido por noventa y siete diputados del Grupo Parlamentario Socialista, once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i

85 DURÁN ALBA, J.F., ALONSO SANZ, L., Op. Cit

86 STC, 172/2020, de 22 de diciembre de 2020, FJ 8 ; IGLESIAS BÁREZ, M., "Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2020, de 19 de noviembre de 2020. "Devoluciones en caliente" y control de constitucionalidad de la Ley de Seguridad Ciudadana", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 9, Junio 2021, pp. 417-421

Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)], cuatro del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia y dos del Grupo Parlamentario Mixto del Congreso de los Diputados.

Los recurrentes entienden que la disposición final primera de la LOPSC vulnera los arts. 9.3, 15, 23, 24.1 y 106 CE. Los argumentos de los recurrentes se centran principalmente en considerar, por un lado, la vulneración del art. 23.2 CE debido a que la LOPSC no guarda conexión con la LOEX. Y, en segundo lugar, en lo que se van a centrar en mayor medida las argumentaciones de los recurrentes es en considerar que el nuevo régimen, que se configura como un rechazo de los extranjeros sin un análisis individualizado del caso y sin las garantías jurídicas adecuadas que se reconocían para el procedimiento de devolución ordinario, supone una vulneración del derecho de los extranjeros a una tutela judicial efectiva (reconocido en el art. 24.1 CE) y la materialización de un procedimiento que no respeta los principios constitucionales de legalidad e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) e impide el control judicial de la actuación administrativa que es el rechazo en frontera (art. 106 CE). Además, los recurrentes alegan que se trata de una práctica que puede poner en peligro el derecho a la vida o a la integridad física o moral de los extranjeros, derecho reconocido en el art. 15 CE.

El Tribunal Constitucional (TC) en su análisis del precepto, que se corresponde con el FJ 8º de la STC 172/2020, lo primero que examina es la presunta vulneración del art. 23.2 CE. En este sentido el TC indica que la regulación cumple con el principio de conexión mínima de homogeneidad entre la materia de extranjería, regulada por la LOEX, y la materia de seguridad ciudadana, regulada por la LOPSC. Además, señala el TC también que no se ha producido por esta regulación una afectación del contenido esencial de la función representativa. Por ello, el Tribunal concluye con que no se puede considerar vulnerado dicho art. 23.2 CE, descartando este motivo de inconstitucionalidad.

Pero, después de analizar este punto, el TC va a centrar la mayor parte de su argumentación jurídica en enjuiciar los motivos de inconstitucionalidad de carácter sustantivo, es decir, lo referido a la alegada vulneración del régimen especial de rechazo en frontera en Ceuta y Melilla de los arts. 9.3, 24.1 y 106 CE. Aunque los recurrentes indicaron que también entendían que esta disposición lesionaba el art. 15 CE, el TC no entra a analizar esto ya que los recurrentes no motivaron dicha vulneración en el recurso de inconstitucionalidad.

El TC, antes de entrar al fondo del asunto, destaca la esencialidad de contemplar la singular situación de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Con esto parece que viene a justificar la necesidad de un régimen especial para estos territorios, el cual viene a responder al desbordamiento que ha experimentado en los últimos años la frontera y a la especialidad de su situación en tanto que frontera no solo española, sino también frontera sur comunitaria y del espacio Schengen.

A continuación, el TC pasa a analizar el rechazo en frontera desde una triple perspectiva: en primer lugar, va a analizar el estatuto constitucional de los extranjeros en España, que va a servir como marco interpretativo; en segundo lugar, va a examinar el régimen jurídico previsto en la legislación española de extranjería sobre devoluciones y salidas forzosas del territorio español para poder determinar la naturaleza del rechazo en frontera y poder así analizar esta figura desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106.1 CE; y, por último, el Tribunal va a analizar si el precepto impugnado respeta la jurisprudencia del TEDH sobre el principio de no devolución, ya que el hecho de no respetarla impediría el ejercicio del derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE.

En su análisis del estatuto constitucional de los extranjeros en España destaca el art. 13.1 de nuestro texto constitucional, que dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

Según Cruz Villalón, en este artículo, que es el precepto fundamental y nuclear del estatuto constitucional de los extranjeros en España, encontramos

un pronunciamiento de alcance general que establece que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales contenidos en el Título I de la Constitución. Pero, a continuación, este precepto añade la reserva de que será así “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. La existencia de estas dos partes dentro del precepto da lugar a una tensión interior que provoca divergencias interpretativas.<sup>87</sup>

Frente a estas divergencias interpretativas, la doctrina del TC ha sido constante, en primer lugar, en la consideración de la expresión “libertades públicas” en sentido amplio, incluyéndose los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución, de los que podrán disfrutar todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa. Y es que, el TC ha establecido en su doctrina que el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia legal por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en condición de persona; la situación de irregularidad de los extranjeros tan solo impedirá a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o de determinados aspectos de dichos derechos que por su propia naturaleza no son compatibles con la situación de irregularidad de la persona.<sup>88</sup> Es decir, en esta sentencia el Tribunal viene a reiterar su doctrina sobre el acercamiento entre los derechos humanos y los derechos fundamentales que tienen una íntima conexión con la dignidad humana, lo que implica que los extranjeros sean titulares de buena parte de los derechos reconocidos en el Título I de nuestro texto constitucional.

Asimismo, la doctrina del tribunal aclara que la referencia a la ley que se hace en la segunda parte del precepto no supone una desconstitucionalización del estatuto de los extranjeros ya que el legislador, aunque sí que es cierto que goza de un margen amplio, siempre va a estar sometido a los límites derivados del conjunto del título I del texto constitucional. El TC aclara que, aunque los

---

87 CRUZ VILLALÓN, P., “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, Núm. 35, Mayo-Agosto 1992, pp. 63-67

88 STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4



extranjeros gozan de ciertos derechos “por propio mandato constitucional, y no resulta un tratamiento desigual respecto de los españoles” (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4; y STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3), como por ejemplo el derecho a la vida, o el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, esto no significa que no se puedan llevar a cabo por parte del legislador regulaciones distintas en materia de extranjería.

En el proceso de determinación de los derechos de los que gozan los extranjeros en España, el TC ha indicado que es de especial relevancia considerar lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; es decir, son de especial relevancia los textos jurídicos a los que el art. 10.2 CE hace referencia como criterio interpretativo en materia de derechos fundamentales.<sup>89</sup> Cabe destacar que este art. 10.2 CE no va a dar rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto que éstos no estén también reconocidos en nuestro texto constitucional; sin embargo, lo que sí que hace este art. 10.2 CE es obligar a interpretar los preceptos que sí que están incluidos en nuestra Constitución de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios internacionales. Esto tiene como efecto que, al final, el contenido que dan dichos convenios y tratados a los derechos y libertades que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución se convierte en el contenido constitucionalmente declarado de los mismos.<sup>90</sup>

También el TC recuerda su doctrina sobre el art. 13.4 CE, que reconoce el derecho de asilo y cuya vulneración es invocada por los recurrentes. Este precepto constitucional remite a la ley para que sea el legislador quien establezca los términos en que los ciudadanos de otros Estados y los apátridas podrán gozar de este derecho de asilo en España. El TC aclara que no estamos ante un derecho fundamental de los enunciados en el capítulo segundo del título I CE, sino que estamos ante un mandato constitucional de

---

89 STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7

90 STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5

configuración legal; es decir, que estamos ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de los solicitantes de asilo en España.<sup>91</sup>

Una vez analizado el estatuto constitucional de los extranjeros, el TC en esta STC 172/2020 pasa a examinar el régimen previsto en la legislación española de extranjería para devoluciones y salidas forzosas del territorio español, para después poder enjuiciar la figura del rechazo en frontera desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106.1 CE, artículos que contienen derechos que los recurrentes entienden vulnerados.

En primer lugar, el TC destaca que el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que son titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 CE, ya que este artículo solo aplica a los nacionales españoles.<sup>92</sup> Su entrada en territorio español no va a ser libre, sino que va a estar condicionada al cumplimiento por parte de los extranjeros de los requisitos establecidos en la LOEX y en su Reglamento; concretamente el régimen de entrada se regula en el art. 25 LOEX y en el art. 4 RLOEX. Dentro del ámbito de las expulsiones y las devoluciones de extranjeros, la LOEX reconoce a dichos extranjeros el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que todos los procedimientos de expulsión y devolución previstos en la ley deberán respetar en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo; y, a su vez, también dispone la ley que los extranjeros son titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita y a ser asistidos por un intérprete, derechos que vienen a garantizar el derecho de defensa del extranjero.

A continuación, el TC pasa a examinar la naturaleza del rechazo en frontera. El debate en torno a este punto se encuentra en determinar si estamos ante un nuevo régimen de devolución de extranjeros que entran de manera ilegal a territorio español que escapa de las exigencias previstas en el art. 58.3 LOEX, que prevé las devoluciones ordinarias, posición que apoyan los recurrentes; o si, por el contrario, el rechazo en frontera no equivale a una devolución ya que tiene lugar antes que la eventual devolución o expulsión de

91 STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4

92 STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12

los extranjeros, posición que apoya la abogacía del Estado, quien considera que en el momento de producirse el rechazo en frontera la entrada en España de estos extranjeros aún no ha culminado, sino que está en proceso, por lo que en ese momento los extranjeros realmente no se encuentran dentro del territorio español.

El TC contradice la posición defendida por la abogacía del Estado, y afirma que es innegable que los rechazos se producen en territorio español, debido a que los elementos de contención se encuentran en territorio español de acuerdo con los límites fronterizos fijados en tratados internacionales. El legislador español no tiene libertad absoluta para establecer cualquier tipo de concepto de frontera, ya que esta libertad lesionaría el art. 9.3 CE. Más allá de esta aclaración, el TC señala que lo importante es tener en cuenta que los rechazos en frontera son acciones llevadas a cabo por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles. Y es que lo relevante desde el punto de vista constitucional es comprobar si se da en estos casos el sometimiento de la actuación de los poderes públicos a la Constitución, previsto en el art. 9.1 CE. En este sentido la doctrina del TC entiende que están sometidas a la Constitución las actuaciones que realizadas por las autoridades españolas, sin importar que la actividad se desarrolle fuera de territorio español.<sup>93</sup> Esto significa que cuando los extranjeros son aprehendidos al intentar entrar en España ilegalmente por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado español, pasan a estar bajo el control y jurisdicción de dichos agentes, y por tanto, del Estado español, siendo irrelevante la localización dentro o fuera de España de los elementos de contención. En esta reflexión el TC se apoya en la jurisprudencia del TEDH, más concretamente en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* y en la aplicación que se da en dicho caso del art. 1 CEDH para evitar las zonas de no derecho.

En definitiva, el rechazo en frontera, en tanto que es una actuación realizada por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado español, está sometido al estricto cumplimiento tanto de la Constitución como del resto del ordenamiento jurídico español; y, además, debe respetar la

---

93 STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2

normativa internacional en materia de derechos humanos y de protección internacional, según el apartado segundo de esta disposición adicional décima de la LOEX.

Siguiendo con la naturaleza del rechazo en frontera, el TC dice que no comporta una sanción, sino que se trata de “una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden público”. Supone, por tanto, un nuevo régimen ante una situación particular, justificado por la singularidad de la ubicación geográfica y de la presión migratoria que soportan los territorios de Ceuta y Melilla. Por lo tanto, en virtud de esta singularidad, el establecimiento de un régimen especial estaría justificado, además de tratarse de un régimen admitido y justificado por el TEDH en su sentencia *N.D. y N.T. contra España* de 13 de febrero de 2020. Además, también apoyándose en la jurisprudencia del TEDH, más concretamente en el criterio de la propia conducta o de la conducta culpable, el TC extiende la aplicabilidad del régimen especial de rechazos en frontera en Ceuta y Melilla no solo para el caso en el que los extranjeros actúen en un grupo numeroso y con violencia, sino que se puede aplicar a las entradas individuales.

Una vez concretada la naturaleza de los rechazos en frontera, el TC determina si este nuevo régimen es contrario a los arts. 9.3 y 106.1 CE, en conexión con el art. 24.1 CE. Los recurrentes alegan que los rechazos en frontera son una vía de hecho, ya que se trata de una actuación administrativa que se lleva a cabo al margen de cualquier tipo de procedimiento. El TC afirma que se trata de una actuación material de carácter coactivo, cuya finalidad es restablecer de forma inmediata la ilegalidad transgredida por el intento por nacionales de terceros Estados de entrar de forma irregular a España; pero el TC señala que dicha actuación es material sin perjuicio del control judicial que proceda según las acciones y recursos que interponga el individuo afectado. El TC resuelve que el rechazo en frontera, tal y como se ha configurado en la disposición adicional décima de la LOEX, no es inconstitucional, ya que disfruta de la garantía jurisdiccional interna, así como de la protección internacional. En este punto el TC aclara que en un recurso de inconstitucionalidad la apreciación acerca de la constitucionalidad o no de un

precepto se debe hacer de manera abstracta, siendo su labor realizar un control de constitucionalidad en abstracto.

Además, el TC considera que, en virtud del apartado segundo del precepto impugnado, que conecta a través del art. 10.2 CE con el sistema español de derechos y libertades fundamentales, de las obligaciones internacionales se extrae la obligación de los agentes y funcionarios españoles de prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, tales como los menores de edad, las mujeres embarazadas, personas afectadas por motivos de incapacidad, incluida la causada por la edad avanzada y personas que encajan dentro de la categoría de especialmente vulnerables.

Por último, el TC analiza si el precepto impugnado no respeta la jurisprudencia del TEDH sobre el principio de no devolución, impidiendo el ejercicio del derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE. El derecho de asilo está especialmente vinculado con el principio de no devolución, principio que en la actualidad opera como una garantía aplicable a toda la legislación en materia de extranjería, y cuyo objetivo es impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, su integridad o su libertad corren peligro. Este principio, que aparece positivizado en el art. 33 del Convenio de Ginebra de 1951, ha sido desarrollado por el TEDH. Además de dar una definición, el TEDH señala en su sentencia *N.D. y N.T.* que los Estados que tienen fronteras exteriores comunitarias, como es el caso de España, deben disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada. Si tales medios existen y son efectivos, los Estados podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan tratado de cruzar la frontera por un lugar no autorizado sin razones de peso.

El TC concluye que el precepto impugnado no afecta o excepciona el derecho de asilo, ya que no supone ninguna excepción al régimen jurídico previsto en la Ley 12/2009, sino que se limita a determinar dónde se han de formalizar las solicitudes de protección internacional (en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla). Tampoco afecta al derecho de asilo ya que, de acuerdo con

la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, no es contraria al principio de no devolución siempre que España proporcione medios reales y efectivos de acceso a un procedimiento de entrada legal al territorio español. Por ello, y también mediante un control abstracto de constitucionalidad, el TC dictamina que por este motivo la Disposición Adicional Décima de la LOEX tampoco es inconstitucional.

Para concluir, la decisión del TC finaliza con un fallo interpretativo, declarando la constitucionalidad de la Disposición Adicional Décima de la LOEX, siempre y cuando se interprete en el sentido de que es aplicable y alcanza a las entradas individuales, que exige el control judicial y que se deben cumplir las obligaciones internacionales.

#### **4.4.2 Voto particular**

Frente al fallo de esta Sentencia 172/2020, la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón formula un voto particular que muestra su discrepancia con el fallo emitido por la mayoría del TC. Su voto particular se centra en la idea de que este régimen criminaliza al migrante irregular, teniendo como efecto la sentencia la imposibilidad de defender en la práctica los derechos humanos de los que son titulares estos migrantes.

La magistrada opina que el TC ignora la finalidad del precepto en cuestión, que no es establecer un nuevo régimen distinto a los ya previstos en la legislación en materia de extranjería, sino que el objetivo es prescindir de todo tipo de procedimiento y dar cobertura a una práctica que ya venía realizándose por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado español. Esta finalidad queda reflejada en el propio precepto en el hecho de que, no es solo que no aparezca ya previsto en el mismo un procedimiento a seguir, sino que lo que es determinante es que no aparece en la literalidad del precepto ninguna referencia a la necesidad de desarrollo de un procedimiento. Apoya la visión de los recurrentes, considerando el precepto un modo de dar cobertura legal a una vía de hecho en la actuación administrativa contraria a la Constitución.

Por otro lado, la magistrada critica el fallo interpretativo dado por el Tribunal al considerarlo paradójico. Y es que la interpretación conforme a la que el TC condiciona la constitucionalidad del precepto exige que se desautorice el rechazo en frontera si se desarrolla sin la posibilidad de control judicial y sin el respeto a las obligaciones internacionales; sin embargo, defiende que el propio precepto impugnado hace imposible estas dos exigencias.

Entre las paradojas del fallo también señala que el TC dice tener en cuenta la STEDH de 13 de febrero de 2020, pero sin embargo luego extiende la aplicación del precepto no solo a los casos de entrada de grupos compuestos por un gran número de individuos que hacen uso de la fuerza, sino que también permite la aplicación del rechazo en frontera a las entradas individuales. Esto supone que la posición mayoritaria de ampliar la aplicabilidad del precepto a supuestos no autorizados por el TEDH entra en contradicción con la obligación del cumplimiento de las obligaciones internacionales, que también reconoce el TC en la sentencia.

Otro punto sobre el que dirige su atención es la definición dada por la mayoría del TC de los rechazos en frontera como una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida. Pero, según la magistrada esta definición solo incluye la primera parte de la práctica, el acto de interceptar a la persona en el sistema de vallado; sin embargo, en esta definición no tiene cabida el acto posterior de entrega física de los extranjeros a los agentes de la autoridad de Marruecos, acto que constituye una devolución en sentido jurídico. Por ello, al tratarse de una devolución, debe cumplir con un procedimiento con garantías.

La ausencia de procedimiento y de la posibilidad de individualización de cada acto de rechazo en frontera se traduce en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y en la imposibilidad de garantizar ni los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ni el control judicial de la actuación administrativa (art. 106.1 CE). En base a esto, considera que el Tribunal debería haber declarado la íntegra inconstitucionalidad del precepto.

Además, también considera el precepto inconstitucional por lesionar los arts. 13.4 CE y 15 CE en relación con el derecho de asilo y el principio de no devolución. Pese a que en la sentencia el Tribunal afirma que, en virtud de los apartados segundo y tercero del precepto impugnado, no se exceptiona ni la aplicación de la normativa internacional en materia de derechos humanos ni el régimen legal de protección internacional, después en el fallo vienen a condicionar la constitucionalidad del precepto a que el rechazo en frontera se realice respetando esas obligaciones internacionales.

La magistrada considera vulnerados estos artículos ya que no se hace referencia en este régimen de los rechazos en frontera a las garantías concretas del procedimiento para las personas especialmente vulnerables. En este punto, aunque el TC toma en consideración a los menores, a las mujeres embarazadas, a las personas incapacitadas y a las personas de edad avanzada, obligando a los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad españoles a prestar especial atención en estos casos, no se hace ninguna referencia a las garantías concretas del procedimiento para estas personas especialmente vulnerables. Además, el TC solo hace referencia a colectivos cuya vulnerabilidad es apreciable externamente, pero estos no se corresponden con los grupos vulnerables que en la realidad saltan las vallas, como es el caso de las víctimas de trata o de violencia de género, casos en los que es necesario un procedimiento de identificación para conocer su situación de vulnerabilidad. Esta ausencia de apariencia externa de la situación de vulnerabilidad no puede traducirse en una privación de la protección constitucional que se debe dispensar a estas personas. En cambio, la concepción del rechazo en frontera como una actuación material coactiva impide no solo la identificación de los individuos y de esas situaciones por parte de la administración pública, sino también la alegación de esa vulnerabilidad por parte de la persona afectada.

En conclusión, y teniendo en cuenta todo lo anterior, la magistrada opina que el precepto debería haber sido declarado inconstitucional debido a que no se puede posibilitar de una manera real y efectiva el cumplimiento de las condiciones de constitucionalidad que el TC establece. Según ella, el fallo de la



sentencia es contrario a la idea de la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, y viene a responder a la razón de asegurar la garantía social y la convivencia pacífica, pero esto no puede materializarse en detrimento del ejercicio de los derechos fundamentales.

#### **4.4.3 Influencia de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *N.D. y N.T. contra España* en la decisión del Tribunal Constitucional**

El CEDH y la doctrina creada por el TEDH al interpretar y aplicar dicho Convenio ha tenido una gran influencia en los países que, como España, han pasado por un proceso de transición democrática en las últimas décadas.

España ratificó el CEDH el 26 de septiembre de 1979, es decir, tan solo unos meses después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. La ratificación de este Convenio por España tiene un importante efecto debido a la inclusión en el texto constitucional del art. 10.2 CE, el que, como ya se ha visto, establece que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por lo tanto, de acuerdo con este artículo, tras la ratificación del CEDH todas las disposiciones de dicho Convenio así como toda la doctrina elaborada por el TEDH en torno a los derechos reconocidos en él se convierten en un canon de gran importancia para la lectura e interpretación de la Constitución Española.

Pero cabe apreciar que el Tribunal de Estrasburgo tutela los derechos fundamentales sin condicionantes normativos ajenos al CEDH y sus Protocolos, mientras que los Tribunales Constitucionales nacionales, como ocurre en el caso español, se encargan de proteger todo el sistema constitucional en su integridad, lo que les obliga a considerar y a garantizar no

solo los derechos fundamentales, sino también otros preceptos constitucionales que no contemplan derechos fundamentales.<sup>94</sup>

En este caso podemos apreciar como el Tribunal Constitucional español, en su forma de resolver el recurso de inconstitucionalidad contra el régimen del rechazo en frontera en Ceuta y Melilla, invoca y sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *N.D. y N.T. contra España* de 13 de febrero de 2020. Por lo tanto, el giro jurisprudencial producido en el TEDH también tiene su impacto en la STC 172/2020.

Sin embargo, pese a la importancia de la doctrina del TEDH en la interpretación de la Constitución Española por el TC indicada arriba, hay expertos en la materia que afirman que la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo no predetermina la decisión del TC. Encontramos dos ejemplos en el artículo elaborado por el Observatorio de Derecho Público IDP Barcelona “El Tribunal Constitucional ante las “devoluciones en caliente”. Dos visiones complementarias sobre los riesgos de admitir su encaje constitucional”. En primer lugar, la reflexión ofrecida por el Dr. Ignacio García Vitoria, quien defiende el enjuiciamiento autónomo de los recursos de inconstitucionalidad basándose en tres argumentos: en primer lugar, que el objeto de ambos procesos no es el mismo; en segundo lugar, la subsidiariedad de la protección internacional; y, por último, el hecho de que la Constitución obliga a interpretar los derechos constitucionales de conformidad con los tratados internacionales, en virtud del art. 10.2 CE, y de acuerdo con el principio de protección real y efectiva de los derechos, según el art. 9.2 CE.

En lo relativo a su primer argumento, la diferencia de objeto entre los procesos, el TEDH juzga una demanda individual y el Tribunal desestima la violación de los derechos impugnados por los demandantes por las circunstancias que rodean el caso concreto. Sin embargo, el TC debe analizar

---

94 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español: una relación fructífera* [en línea]. Tribunal Constitucional. <<https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2016-05-17-00-00/Ponencia%20del%20Presidente%20del%20Tribunal%20Constitucional.pdf>>

[Consultado en: 16 de junio de 2023]

la constitucionalidad del precepto en abstracto, como él mismo indica en la Sentencia de 22 de diciembre de 2020. Como consecuencia de su labor de control en abstracto, el TC se debe plantear cuestiones que el TEDH no responde, ya que el TC desconoce quiénes van a ser los destinatarios del rechazo en frontera en Ceuta y Melilla, por lo que va a tener que analizar diversos escenarios en los que quepa vulneración de los derechos fundamentales de los destinatarios de esta práctica.

El segundo argumento, a saber la subsidiariedad de la protección internacional, significa que el CEDH concede una protección de mínimos, mientras que la garantía constitucional de los derechos debería ser más exigente. Esto se refleja en la propia Convención, que en su art. 53 dispone que “ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”. Un ejemplo de protección más intensa en nuestro texto constitucional es el derecho de asilo reconocido en el art. 13.4 CE, derecho que no se reconoce en el CEDH; asimismo, otro ejemplo es que la Constitución establece un nivel más elevado de protección de las garantías del procedimiento.

En cuanto a la tercera razón, el hecho de que por imperativo constitucional se deben interpretar los derechos reconocidos en el texto constitucional de acuerdo con los tratados y convenios internacionales y con el principio de protección real y efectiva de los derechos, esto significa que han de tomarse en consideración otros tratados además del CEDH, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención sobre los Derechos del Niño. Según Ignacio García Vitoria, la Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal del año 2017 se adapta mejor al respeto de la protección internacional, ya que la Sala fue consecuente con los objetivos de la protección internacional con el objetivo de amparar a los solicitantes de asilo. El Tribunal en esta Sentencia de 2017 repite muchas veces que los derechos no pueden ser hipotéticos, teóricos o ilusorios, sino reales, prácticos y efectivos, destacando la necesidad de una interpretación finalista de las garantías que

tenga en cuenta las circunstancias reales. Sin embargo, el cambio jurisprudencial de la Sentencia de 2020 da a entender que si hay una conducta culpable por parte del extranjero esto da paso a que las autoridades nacionales prescindan de cualquier procedimiento, lo que resulta incompatible con las obligaciones internacionales en materia de protección internacional y asilo y con la obligación de interpretar los derechos del Convenio de forma finalista garantizando su efectividad. Por ello, Ignacio García Vitoria concluye que el TC podría no seguir la interpretación dada por la Gran Sala del TEDH y en su lugar optar por utilizar como criterio de interpretación los principios fundamentales de aplicación en el caso contenidos en nuestra Constitución, en los mencionados arts. 9.2 y 10.2 CE.

En el mismo artículo encontramos otro punto de vista en la materia, que también conduce a la inconstitucionalidad, sostenido por el Dr. Diego Boza Martínez, quien en primer lugar constata que ni la declaración de constitucionalidad del precepto ni la Sentencia del TEDH obligan a mantener la práctica de las devoluciones en caliente, siendo su mantenimiento una decisión política y no judicial. En segundo lugar, y en este punto concuerda con el Dr. Ignacio García Vitoria al señalar que la decisión del TEDH responde a una demanda concreta, mientras que el del TC es un control en abstracto de la norma, por lo que el pronunciamiento del TEDH no condiciona la decisión del TC.

Es interesante el argumento sostenido por este experto, quien considera que el pronunciamiento de la Gran Sala de 2020 refuerza la inconstitucionalidad de la práctica y del precepto objeto de recurso. Y es que el TEDH en dicha Sentencia consideró que las devoluciones en caliente objeto del proceso no suponían una vulneración del art. 4 del Protocolo n.º 4 ni del art. 13 del CEDH. Sin embargo, estos derechos no tienen rango constitucional más allá de la aplicación del art. 10.2 CE.

En cambio, Diego Boza Martínez considera que hay otra apreciación del TEDH que sí que condiciona de manera notable la constitucionalidad de la práctica. El precepto utiliza el término “rechazo”, pero en la legislación de

extranjería española anterior a este precepto no existe la figura del rechazo, tan solo incluye la denegación de entrada (art. 26 LOEX) y la expulsión en sentido amplio, dentro de la que podemos distinguir la expulsión *stricto sensu* (art. 55.1 LOEX) y la devolución (art. 58.3 LOEX y 23 RLOEX). La denegación de entrada, que se produce cuando el sujeto pretende entrar por los puestos habilitados sin cumplir con los requisitos para ello, exige una resolución motivada y notificada que informe de los recursos posibles, del plazo para ejercer dichos recursos y del órgano competente ante el que deben formalizarse.

El TEDH en su sentencia califica la práctica como expulsión, no como un rechazo en frontera, régimen ya existente en el momento del proceso, ni como una denegación de entrada. La razón radica en que esta práctica tiene lugar en territorio español. Por lo tanto, el TEDH viene a entender las devoluciones en caliente como un procedimiento de expulsión, no de rechazo, que se produce en territorio español; dentro de las expulsiones en sentido amplio, las devoluciones en caliente encajan, según el Tribunal, en el concepto de devolución.

Desde esta óptica, cabe fijarse en la doctrina constitucional, que en sentencias como la STC 17/2013 señala que las devoluciones son un procedimiento administrativo no sancionatorio. Esto se traduce en que en la práctica de las devoluciones deben respetarse las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, con especial cautela en el cumplimiento de las garantías en materia de publicidad, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones.

En la opinión de Diego Boza Martínez, los casos expuestos ante el TEDH en el asunto *N.D.* y *N.T.* no cumplían con estas garantías del procedimiento administrativo, por lo que deben considerarse contrarios a la Constitución. También defiende que debe considerarse contrario a la Constitución el precepto que introduce el nuevo régimen de los rechazos en frontera, ya que introduce una resolución administrativa sin ningún trámite formal, lo que vulnera múltiples principios constitucionales, tales como el

principio de legalidad, la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, la seguridad jurídica o el deber de motivar los actos. En definitiva, este experto concluye que la STEDH *N.D. y N.T. contra España* no justifica el fallo del TC que establece la constitucionalidad del precepto, sino que más bien debería haber tenido el efecto contrario.<sup>95</sup>

---

95 Observatorio de Derecho Público IDP Barcelona. *El Tribunal Constitucional ante las “devoluciones en caliente”. Dos visiones complementarias sobre los riesgos de admitir su encaje constitucional* [en línea]. Barcelona: Observatorio de Derecho Público IDP Barcelona, 24 de febrero de 2020. <<https://idpbarcelona.net/tribunal-constitucional-ante-las-devoluciones-caliente-dos-visiones-complementarias-los-riesgos-admitir-encaje-constitucional/>> [Consultado en: 16 de junio de 2023]

## 5 CONCLUSIONES

La introducción del rechazo en frontera en el ordenamiento jurídico español responde a un intento de dar cobertura legal a una práctica que se venía realizando en la frontera durante años. En su redacción legal, el rechazo en frontera se configura como una mera vía de hecho, sin regularse procedimiento alguno no solo en el propio precepto de la disposición adicional décima de la LOEX, sino que no se ha desarrollado tampoco con posterioridad. Esta ausencia de procedimiento conlleva la vulneración de varios derechos fundamentales y humanos de los que son titulares los extranjeros objeto de los rechazos en frontera; y es que la falta de procedimiento supone la ausencia de una identificación individualizada de cada individuo y la ausencia también de audiencia al extranjero. Aquí es donde está la cuestión clave: ¿la singularidad geográfica de los territorios de Ceuta y Melilla y la gran presión migratoria a la que se enfrentan justifica un régimen especial que prescinda de procedimiento?

Según lo reflejado en este estudio, considero que los rechazos en frontera lesionan la legalidad internacional y nacional. Desde el punto de vista internacional, la ausencia de procedimiento que caracteriza la práctica de las devoluciones en caliente supone una vulneración del art. 3 CEDH (prohibición de la tortura y de los tratos y penas inhumanos o degradantes) así como una vulneración del principio de *non-refoulement*. Además, esta ausencia de procedimiento también conlleva la vulneración de la prohibición de las expulsiones colectivas (art. 4 del Protocolo n.º 4) y del derecho a un recurso efectivo ante una violación de un derecho consagrado en el CEDH (art. 13 CEDH).

Esta era la corriente que seguía el TEDH, intérprete del CEDH, pero a partir de su sentencia *N.D. y N.T. contra España* de 2020 pasa a poner en primer plano otro criterio: la conducta culpable. Según la doctrina actual del TEDH, la conducta culpable del extranjero, para cuya determinación hay que analizar si existe un acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada, justifica la ausencia total de un procedimiento, sin verse vulnerada la

prohibición de las expulsiones colectivas. Este giro jurisprudencial, que responde a presiones por parte de diferentes Gobiernos, supone una derrota para el Derecho internacional de los derechos humanos, ya que criminaliza al extranjero bastando con que su entrada sea irregular para limitar los derechos de los que son titulares en virtud del CEDH.

Desde el punto de vista español, el TC declaró la constitucionalidad de la disposición que introduce los rechazos en frontera, apoyándose en su argumentación en la ya mencionada sentencia del Tribunal de Estrasburgo. El TC en su fallo condiciona la constitucionalidad del precepto al cumplimiento de tres condiciones (que se interprete en el sentido de que es aplicable y alcanza a las entradas individuales, que exige el control judicial y que se deben cumplir las obligaciones internacionales); sin embargo, su fallo es contradictorio, ya que la propia esencia de los rechazos en frontera imposibilita su control judicial. Además, encuentro innegable la vulneración, como consecuencia de la ausencia de procedimiento, del derecho de los extranjeros a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), del control judicial de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) y de su derecho al asilo (art. 13.4 CE).

Asimismo, no encuentro solamente contradictoria la decisión del TC, sino que la redacción del propio precepto en sí resulta contradictoria. Y es que su primer apartado configura el rechazo en frontera como una actuación material sin procedimiento con garantías, mientras que el segundo y el tercer apartado exigen la necesidad de respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional. Pero estas exigencias que aparecen en el propio precepto no son posibles sin procedimiento. En definitiva, todo reconduce a la necesidad de un procedimiento garantista.

En mi opinión, tanto la constitucionalidad y como la legalidad de los rechazos en frontera debería supeditarse a la regulación de un procedimiento que garantice los derechos de los extranjeros, al igual que ocurre en el procedimiento ordinario de devolución. Por lo tanto, considero que la singularidad de los territorios de Ceuta y Melilla no puede suponer una



ausencia de procedimiento que conlleva ineludiblemente una vulneración flagrante de los derechos humanos de los extranjeros. En ningún caso esta singularidad puede eximir a España de cumplir con sus obligaciones a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos.

## 6 BIBLIOGRAFÍA

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *El principio de no devolución* [en línea]: *Resumen de las conclusiones de la Mesa redonda de expertos en Cambridge, 9-10 de junio de 2001*, 8 de marzo de 2002.

<<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01151.pdf>>

[Consultado en: 28 de abril de 2023]

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* [en línea]. Ginebra: ACNUR, diciembre de 2011.

<<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50c1a04a2>>

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* [en línea]. Ginebra: ACNUR, 26 de enero de 2007.

<<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>>

Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de articulado sobre expulsión de extranjeros”, sexagésimo sexto periodo de sesiones, 2014, disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2014/spanish/chp4.pdf>

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *11 entidades denuncian ante la Fiscalía la devolución en caliente de un menor en Ceuta* [en línea]. CEAR, 25 de mayo de 2020. <<https://www.cear.es/devolucion-en-caliente-de-un-menor-en-ceuta/>> [Consultado en: 21 de mayo de 2023]

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Análisis de la Sentencia N.D. y N.T. contra España de 13 de febrero de 2020* [en línea].

<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf>

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Principio de no devolución* [en línea]: *diccionario de asilo*. Bilbao: CEAR-Euskadi. <https://diccionario.cear-euskadi.org/principio-de-no-devolucion/> [Consultado en: 28 de abril de 2023]

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). Derecho de asilo [en línea]. CEAR. <https://www.cear.es/derecho-de-asilo/> [Consultado en: 21 de mayo de 2023]

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). *España es el tercer país con más solicitudes de asilo y tercero con menor reconocimiento de la UE*. [en línea]. CEAR, 13 de abril de 2023. <https://www.cear.es/datos-asilo-2022/> [Consultado en: 9 de junio de 2023]

Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Infografía – Solicitudes de asilo en la UE* [en línea]. Secretaría General del Consejo, 21 de junio de 2023. <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/asylum-applications-eu/> [Consultado en: 22 de junio de 2023]

Consejo Europeo. *Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016*, [comunicado de prensa en línea]. Bruselas: Secretaría General del Consejo, 18 de marzo de 2016, 22 de marzo de 2019. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/> [Consultado en: 26 de junio]

CARBÓ XALABARDER, C. Y SANZ VILAR, E., “Las devoluciones en caliente: ¿una respuesta deshumanizada?”, *RJUAM*, n.º 34, 2016-II, pp. 373-381

CAT, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Observaciones finales del Comité contra la Tortura*, 47º periodo de sesiones, 31 de octubre a 25 de noviembre de 2011 (CAT/C/MAR/CO/4)

- CPT, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 18 July 2014*, (CPT/Inf (2015) 19), disponible en: <https://rm.coe.int/1680697f02>
- CRUZ VILLALÓN, P., “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, Núm. 35, Mayo-Agosto 1992, pp. 63-83
- DE GIL BLANCO-RAJOY, J.J., “Garantías procedimentales convertidas en papel mojado: legalidad de los rechazos en frontera a la luz del Convenio Europeo Derechos Humanos”, *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 110, julio-diciembre 2020, pp. 1-34
- DIDIER ROUGET, M., “Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'Homme: une protection limitée et contrastée”, *Revue Québécoise de droit international*, volume 13-1, 2000, pp. 219-245
- DURÁN ALBA, J.F., ALONSO SANZ, L., “La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros (Art. 4-P4)”, *La Europa de los derechos*, en prensa (documento facilitado por el propio autor)
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla”, *Revista Española de Derecho Internacional, Sección FORO*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, pp. 321-328
- European Court of Human Rights. *Collective expulsions of aliens* [Fact sheet en línea]. Press Unit European Court of Human Rights, march 2023. <[https://www.echr.coe.int/documents/fs\\_collective\\_expulsions\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/fs_collective_expulsions_eng.pdf)> [Consultado en: 9 de junio de 2023]
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La ilegalidad en el rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, N.º 2, Octubre 2021, pp. 190-208

GONZÁLEZ VEGA, J.A., “¿Un difícil equilibrio? La sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, N.D. y N.T. c. España, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”, *Revista General de Derecho Europeo* 52, núm. 52, 2020, pp. 1-26

HERNÁNDEZ BOLOGNA, A.C., “POLÍTICAS DE CONTROL DE LA MOVILIDAD HUMANA. Las expulsiones colectivas”, *Universitas*, 2020, N.º 33 Extraordinarios, pp. 28-84, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/5519/3884>

IGLESIAS BÁREZ, M., “Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2020, de 19 de noviembre de 2020. “Devoluciones en caliente” y control de constitucionalidad de la Ley de Seguridad Ciudadana”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 9, Junio 2021, pp. 417-421

*Manual práctico de extranjería, asilo y refugio*. 1a ed. Barcelona: Bosch-Wolters Kluwer, 2022

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Las “devoluciones en caliente” en el asunto N.D. y N.T. contra España (sentencia de la Gran Sala TEDH de 13 de febrero de 2020)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 78-29, Abril – Septiembre 2021, pp. 309-337

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SANCHEZ TOMAS, M, SEGOVIA BERNABE. J, RIOS MARTIN. J., PEREZ MANZANO. M., “Informe jurídico, “Expulsiones en caliente”: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, 2014, disponible en: [https://eprints.ucm.es/id/eprint/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027\\_6\\_2014%20\(1\).pdf](https://eprints.ucm.es/id/eprint/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20(1).pdf)

MORTE GÓMEZ, C., *Apuntes sobre jurisprudencia del TEDH en materia de expulsiones colectivas: el artículo 4 del Protocolo 4 al Convenio*. Consejo General de la Abogacía Española: 25 de septiembre 2015. <<https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/apuntes-sobre->

[jurisprudencia-del-tedh-en-materia-de-expulsiones-colectivas-el-articulo-4-del-protocolo-4-al-convenio/](#)> [Consultado en: 21 de mayo de 2023]

Observatorio de Derecho Público IDP Barcelona. *El Tribunal Constitucional ante las “devoluciones en caliente”. Dos visiones complementarias sobre los riesgos de admitir su encaje constitucional* [en línea]. Barcelona: Observatorio de Derecho Público IDP Barcelona, 24 de febrero de 2020. <<https://idpbarcelona.net/tribunal-constitucional-ante-las-devoluciones-caliente-dos-visiones-complementarias-los-riesgos-admitir-encaje-constitucional/>> [Consultado en: 16 de junio de 2023]

Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. *Política de asilo de la Unión Europea: país responsable del examen de las solicitudes* [en línea]. EUR-Lex: 25 de mayo de 2020. <<https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/eu-asylum-policy-eu-country-responsible-for-examining-applications.html>> [Consultado en: 20 de abril de 2023]

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español: una relación fructífera* [en línea]. Tribunal Constitucional. <<https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2016-05-17-00-00/Ponencia%20del%20Presidente%20del%20Tribunal%20Constitucional.pdf>> [Consultado en: 16 de junio de 2023]

RODRÍGUEZ FORO, L., “El rechazo en frontera a la luz de los derechos fundamentales”, *Foro, Nueva época*, vol. 23, núm. 1, 2020, pp. 305-352

RUIZ SUTIL, C., “El rechazo en frontera o la denominada “devolución en caliente” y su regulación en la LOEx”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, N.º 2 (julio-diciembre 2016), pp. 329-336

SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿apuntalando los muros de la Europa fortaleza”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 72/2, julio-diciembre 2020, Madrid, pp. 235-259

SOLANES CORELLA, A., “Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones “en caliente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017, pp. 195-225

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”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018, pp. 107-160, disponible en: <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/c-soler-publicaciones/la-prohibicion-de-las-expulsiones-colectivas-de-extranjeros.pdf>

VIGURI CORDERO, J.A., “Los procedimientos fronterizos de protección internacional en Ceuta y Melilla: un balance crítico”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, pp. 1-38

## **7 ANEXO: JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

### **JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES**

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno), de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, Demanda n.º 14038/88

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno), de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, Demanda n.º 15576/89

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala) de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, Demanda n.º 25964/94

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Antigua Sección II), de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, Demanda n.º 36378/02

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, Demanda n.º 45223/05

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Demanda n.º 27765/09

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, Demanda n.º 16483/12

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, Demandas n. 8675/15 y 8697/15

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), de 11 de diciembre de 2018, *M. A. y otros c. Lituania*, Demanda n.º 59793/17

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, Demandas n. 8675/15 y 8697/15

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera), de 18 de noviembre de 2021, *M.H. y otros c. Croacia*, Demandas n.º 15670/18 y 43115/18

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), de 5 de abril de 2022, *A.A. y otros contra Macedonia del Norte*, Demandas n.º 55798/16, 55808/16, 55817/16, et al.

Decisión de inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), de 5 de julio de 2022, *M.B. y R.A. contra España*, Demanda n.º 20351/17

## **JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES EXTRANJEROS**

Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Sale c. Haitian Centers, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993)

## **JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES ESPAÑOLES**

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias 1554/2021 (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª), de 23 de abril de 2021

Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre de 1984



Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero de 1991

Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1997, de 10 de febrero de 1997

Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, de 30 de marzo de 2000

Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 de abril de 2000

Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero de 2002

Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre de 2007

Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 de enero de 2013

Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2020, de 22 de diciembre de 2020