



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE” EN EL TERRITORIO ESPAÑOL –  
CONSIDERACIONES TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE  
DERECHOS HUMANOS EN EL ASUNTO N.D. Y N.T. CONTRA ESPAÑA”**

Autor: Guillermo Ferrer Hernáez

5º Derecho y Relaciones Internacionales E-5

Derecho Constitucional

Tutor: Francisco Valiente Martínez

Madrid

Junio, 2021

## RESUMEN

*El presente trabajo analiza los argumentos jurídicos esgrimidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que respecta a la protección internacional de los migrantes que intentan acceder a España por la valla fronteriza de Melilla. La creciente presión migratoria en las fronteras de la Unión Europea ha provocado que muchos países fronterizos tomen decisiones de dudosa legalidad.*

*En agosto de 2014, se produjo una expulsión masiva de personas migrantes por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado español en la frontera de Melilla con Marruecos, sin que estas tuvieran acceso a las protecciones y garantías legales en materia de extranjería de España. Estas "devoluciones en caliente" fueron llevadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se pronunció condenado a España por una supuesta violación de los derechos del migrante. Posteriormente, España recurrió la sentencia elevando el asunto a la Gran Sala que exculpó a España.*

*Es necesario realizar un estudio de las dos sentencias para considerar las argumentaciones jurídicas que han dado lugar a un fallo y a otro. Este análisis será de vital importancia para constatar si estamos ante un giro jurisprudencial que pueda afectar a futuras entradas de migrantes en los Estados miembros parte del Consejo de Europa y a la aplicación de otras normas nacionales e internacionales que protejan al migrante en el Estado español.*

Palabras clave: Presión migratoria, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Protecciones y Garantías Legales, Materia de Extranjería, Devoluciones en Caliente, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Consejo de Europa.

## Índice

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
1.1 Objetivos.....	5
1.2. Justificación del tema.....	6
1.3. Estructura del trabajo y metodología.....	6
<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE</b> .....	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO II. MARCO NORMATIVO</b> .....	<b>11</b>
2. 1. Legislación internacional .....	11
2.2. Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	13
2.3. Derecho comunitario en materia de control fronterizo e inmigración. ....	15
2.4. Legislación española.....	21
<b>CAPÍTULO III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIAS DEL TEDH</b> .....	<b>26</b>
3. 1. Antecedentes de hecho del Asunto N.D y N.T contra España .....	26
3.2. Análisis fundamentos de derecho aportados en la sentencia 3 de octubre de 2017..	28
3.2.1. Excepciones preliminares planteadas por el Gobierno.....	28
3.2.1.1. <i>La ausencia de la condición de víctimas</i> .....	28
3.2.1.2. <i>No haber agotado las vías de recursos internos</i> .....	29
3.2.2. Jurisdicción y la frontera operacional.....	30
3.2.3. Violación del artículo 4 del protocolo nº 4 al CEDH.....	34
3.2.4. Derecho de asilo y principio de non-refoulement.....	37
3.2.5. Violación del artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4 al Convenio.....	39
3.3. Cambio de perspectiva por la Gran Sala del TEDH.....	41
3.3.1. <i>Existencia de vías legales y efectivas de acceso</i> .....	42
3.3.2. <i>La conducta de los demandantes como factor determinante</i> .....	44
<b>CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES DE LA JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>45</b>
4.1. Postura del Tribunal Constitucional frente a las devoluciones en caliente.....	47
4.2. La efectividad de las vías legales bajo el criterio del Tribunal Supremo.....	50
<b>CAPÍTULO V. CONCLUSIONES FINALES</b> .....	<b>52</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>54</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

ACNUDH: misión de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

ACNUR: Alto Comisionado para los Refugiados de Naciones Unidas.

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CE: Constitución Española

CEAR: Comisión Española de Ayuda al Refugiado.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CETI: Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes.

COMISARIO DDHH: Comisario Europeo de Derechos Humanos.

DFP: Disposición Final Primera

FRONTEX: Agencia Europea de la Guardia de Fronteras.

LO: Ley Orgánica.

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.

ONG: Organización No Gubernamental.

SECA: Sistema Europeo Común de Asilo.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

# 1. INTRODUCCIÓN

## 1.1 Objetivos

Este Trabajo de Fin de Grado tiene como objetivos principales:

- Constatar los hechos que dieron lugar a la interposición de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Comprender la normativa a nivel internacional, comunitario y nacional en lo que respecta al derecho de asilo y el concepto de devoluciones en caliente.
- Realizar un análisis de los fundamentos jurídicos esgrimidos por sendos tribunales para comprobar si las devoluciones en caliente respetan la normativa de protección internacional de los solicitantes de asilo y/o refugiados en el ámbito internacional, comunitario y nacional.
- Identificar las fortalezas y debilidades del Sistema Europeo Común de Asilo, (en adelante, SECA), como las del sistema de asilo español, a la hora de garantizar el derecho al asilo.
- Reflexionar sobre la gestión y control de fronteras, ante el endurecimiento de las políticas migratorias y la externalización del control migratorio a terceros países.

## **1.2. Justificación del tema.**

Este tema posee un especial interés desde un punto de vista humano y jurídico, dado que en los últimos años ha habido un incremento exponencial del flujo migratorio hacia el territorio español, sobre el cual las autoridades españolas han generado una respuesta inadecuada, según múltiples asociaciones y organismos internacionales especializados en la defensa de los derechos humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) en su sentencia N.D. y N.T. vs España, de 3 de octubre de 2017 condenó a España por su actuación en la frontera entre Melilla y Marruecos. Sin embargo, la Gran Sala del TEDH el 13 de febrero de 2020, cambiaría su postura, exculpando a España por la práctica de las expulsiones colectivas por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sin ningún tipo de garantía y protección también conocidas como devoluciones en caliente.

El estudio de estas dos sentencias es vital porque podría suponer un cambio en las políticas migratorias de los Estados del Consejo de Europa irrespetuosas con la normativa internacional, comunitaria y nacional en materia de derechos humanos (Gortázar Rotaache, 2020).

## **1.3. Estructura del trabajo y metodología**

Este trabajo de fin de grado se estructura en cuatro partes y utiliza primordialmente una metodología dogmática jurídica. Esta metodología parte del análisis de las instituciones jurídicas desde el plano teórico, con el objetivo de distinguir el alcance, vigencia y sentido de las normas jurídicas.

En el primer capítulo, se contextualiza la realidad de las devoluciones en caliente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, ante el incremento de migrantes irregulares por el contexto de inseguridad en países terceros, no miembros del Consejo de Europa ni de la Unión Europea.

En el segundo capítulo, se identifica previamente la normativa en el ámbito internacional, comunitario y nacional en materia de derechos humanos y de protección internacional. Este capítulo configura el primer punto de partida para entender qué derechos tiene un extranjero en España y cómo puede solicitar el asilo en España. Para ello, se realiza un estudio exegético de los tratados ratificados por España, directivas de la Unión Europea y la legislación nacional en materia de extranjería.

En el tercer y cuarto capítulo, se analizará y realizará una comparación de los argumentos esgrimidos en las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este método de análisis jurisprudencial se apoyará en el estudio previo de la normativa de protección internacional, así como en la doctrina fijada por el TEDH. El cuarto capítulo profundizará en la legalidad de las devoluciones en caliente y en la posibilidad de acudir a otras vías legales para solicitar la protección internacional, remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Además, se constatará la creciente presión migratoria, con eventos como los acontecidos el 19 de mayo de 2021 en la ciudad autónoma de Ceuta.

En el quinto capítulo, se deducirán una serie de conclusiones y propuestas que debe seguir España para garantizar el derecho de asilo, así como una migración ordenada, segura y regular y respetuosa con los tratados internacionales.

Finalmente, en el último capítulo del trabajo se recogen las fuentes utilizadas en el trabajo en la bibliografía en donde se pueden distinguir la variedad de recursos empleados.

Este trabajo se apoya en fuentes cualitativas y primarias entre las que destacan textos legales relevantes tales como tratados internacionales en materia de extranjería y derechos humanos, informes de organismos, revistas especializadas en derecho migratorio y jurisprudencia. Para recabar tales fuentes, se utilizaron diferentes bases de datos como: Ebsco, ProQuest Political Science y Tirant Lo Blanch.

El trabajo analiza las devoluciones en caliente desde un punto de vista integral, teniendo en cuenta los desafíos a los que se enfrentan los migrantes que intentan acceder a territorio español.

## **CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE**

La historia de la humanidad se caracteriza por el constante desplazamiento en masa de personas en búsqueda de mejores condiciones de vida, entre las que caben destacan las laborales, económicas, políticas e incluso cuestiones de supervivencia (Gabriela Pineiro, 2014). La presencia de personas migrantes a lo largo de los siglos ha entrado en conflicto con el ejercicio de la soberanía de los Estados. Esta disyuntiva se basa, por un lado, en que los Estados quieren ejercer el control soberano de vigilar sus fronteras y, por otro lado, en que los Estados quieren permitir el flujo migratorio hacia sus territorios, asegurando así los derechos humanos y los anhelos inherentes a la naturaleza del hombre.

La creciente aparición de conflictos a lo largo de la región subsahariana y Oriente medio ha dado lugar a un constante flujo migratorio hacia las costas norafricanas (Oroza & Puente, 2017). Los migrantes huidos de estos conflictos humanitarios intentan sobrepasar las fronteras marroquíes alcanzando el territorio español y por ende europeo.

Ceuta y Melilla, dos enclaves españoles en territorio norafricano de menos de 20 km<sup>2</sup>, han sido escenario de numerosas incursiones por mar y tierra por parte de estos migrantes en las últimas décadas. Ambos enclaves gozan del mismo régimen jurídico que cualquier otro territorio de una comunidad autónoma, al ser constituidas como ciudades autónomas en 1995. Sin embargo, estas no forman parte del Convenio Schengen, ya que se rigen por un régimen especial establecido en 1991<sup>1</sup>, caracterizado porque tienen controles adicionales en sus fronteras para cualquier viaje por mar o tierra a España u a otros destinos dentro de la Unión Europea (García, 2017).

Ambas ciudades autónomas, están protegidas por un sistema de vallado que ha ido variando a lo largo de los años. Este entramado de vallas estuvo compuesto hasta el año 2019 por una sirga tridimensional, unos doce mil kilómetros de cables de acero que

---

<sup>1</sup> Vid. Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla del Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991.

discurren entre las dos vallas de seis metros de altura para evitar la entrada irregular de inmigrantes (Giráldez López, 2019). En 2020, se procedió a retirar la tercera valla con el fin de conseguir una frontera más segura pero también más humana, retirando así las cuchillas que provocaban cortes en los migrantes que intentaban acceder a territorio español (Guerrero, 2020).

Las labores de vigilancia y control fronterizo en estos territorios son realizadas por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas<sup>2</sup> (en adelante, FRONTEX) junto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para evitar el acceso irregular a territorio español y por ende europeo (Jiménez, 2019).

Las organizaciones no gubernamentales (en adelante, ONG), grupos de activistas y protectores de derechos humanos están consternados por las políticas establecidas por el Gobierno español en lo que respecta a la detención de ciudadanos extranjeros y la entrega sumaria a las autoridades marroquíes sin ningún tipo de procedimiento, audiencia o asistencia. Estas actividades conocidas como devoluciones en caliente han sido denunciadas también por numerosas asociaciones como Jueces Para la Democracia y por el Defensor del Pueblo en sus informes anuales<sup>3</sup> (López-Sala, 2015).

El análisis de las devoluciones en caliente, ya se habría llevado a los tribunales de manera previa a la interposición de la demanda de N.D. y N.T, dado que llevan produciéndose desde el año 2005 (Soler García, 2018). Es importante destacar aquí la presencia del auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Melilla de 11 de septiembre de 2014. En este escrito, se pone en duda la legalidad de estas prácticas y se imputa al Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, por un delito de prevaricación, por haber ordenado estos rechazos en frontera, demostrando así la duda sobre la legitimidad de estas prácticas. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Málaga anuló la imputación al entender que era acorde a lo establecido en los protocolos de la Guardia Civil (Oanta et al., 2015). Con el fin de dotar de mayor cobertura legal a las

---

<sup>2</sup> *FRONTEX* se crea en 2004 con el objetivo de ayudar a los Estados miembros y a los países asociados a Schengen a controlar y proteger las fronteras exteriores con de este espacio libre de circulación. Entre sus funciones se encuentran: el control migratorio, la lucha contra la delincuencia fronteriza y la búsqueda y salvamento marítimo.

<sup>3</sup> Vid. Informes anuales de 2005 y de 2015 del Defensor del Pueblo mencionados en la Sentencia del TEDH sobre el asunto N.D. y N.T. contra España de 3 de octubre de 2017.

devoluciones en caliente, el gobierno introdujo la disposición adicional décima de la LOEX. A pesar de ello, dos individuos conocidos como N.D. y N.T. (por cuestiones de anonimato), decidieron interponer unas demandas ante el TEDH por las devoluciones en caliente acontecidas en agosto de 2014, las cuales no pudieron impugnar en España (Oanta et al., 2015).

Estas acciones judiciales dieron lugar a una sentencia primigenia de octubre de 2017 que estimaba la ilegalidad de las devoluciones en caliente, condenando a España por la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que respecta al artículo 13 en relación con el artículo 4 del protocolo. Esta sentencia inicial fue recurrida por España, al comprender que quizás se estaba vulnerando el margen de apreciación nacional, celebrándose la vista ante la Gran Sala del TEDH en septiembre de 2018.

Finalmente, la Gran Sala del TEDH el 13 de febrero de 2020 avaló las entregas a las autoridades marroquíes de aquellas personas que saltaron la valla en una serie de circunstancias y concluyó que España no había incumplido ni el CEDH ni ninguno de sus protocolos (Martínez Escamilla, 2020). Este fallo es digno de estudio dado que primó el margen de apreciación nacional sobre el principio de integración funcional.

El análisis de legitimidad de estas prácticas también fue llevado al Tribunal Constitucional mediante la interposición de un recurso de inconstitucionalidad con fecha 21 de mayo de 2015<sup>4</sup> contra ciertos artículos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC)<sup>5</sup>. El Tribunal dirimió el asunto publicando su sentencia el 19 de noviembre de 2020, avalando la disposición que introduce en la LOEX los rechazos en frontera.

---

<sup>4</sup> BOE nº. 49, de 26 de febrero de 2013.

<sup>5</sup> BOE nº 77 de 31 de marzo de 2015.

## CAPÍTULO II. MARCO NORMATIVO

### 2. 1. Legislación internacional

Tras la monstruosa violación y menosprecio de los derechos humanos acontecida en la Segunda Guerra mundial, se elaboró un documento que marcó un hito en la defensa de los derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos cambió la percepción tanto en el ámbito jurídico y moral sobre el respecto y protección de estos derechos. Este documento, motivo de inspiración de múltiples constituciones en Iberoamérica, así como, en las constituciones europeas, establece la base de la normativa de derechos humanos (Carl Hakansson, 2008).

Aunque no se consiguiera su conclusión como un tratado internacional, la Declaración ha sido el punto de partida de numerosos tratados de derechos humanos vinculantes y de las leyes y normas nacionales en materia de respeto a los derechos humanos (Oraá & Gómez, 2009). La importancia de esta Carta magna reside en los derechos reconocidos tales como el *ius migrandi*<sup>6</sup> y el derecho de asilo.

Muchos migrantes, en virtud de este derecho, buscan asilo en el territorio español, dado a su condición de refugiados<sup>7</sup>. La mayor parte de las personas que traspasan la valla de Melilla huyen de conflictos y de situaciones de violencia y trata de personas, pudiendo ser calificados como refugiados (Palacios, Gimeno y Fernández, 2019). El artículo 33 .1 de la Convención de Ginebra de 1951 establece que los Estados “*no pueden devolver, retornar, expulsar o extraditar a un refugiado a su país de origen ni a otros en los que su vida o su libertad corran peligro*”. Este principio de *non-refoulement*, relacionado con el derecho a la vida,<sup>8</sup> es de obligado cumplimiento y se encuentra también en numerosos

---

<sup>6</sup> Este derecho está consagrado en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone que “*toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de cada Estado... Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, y a elegir su residencia en el territorio de cada Estado*”.

<sup>7</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y en vigor desde el 22 de abril de 1954.

<sup>8</sup> El derecho a la vida se encuentra en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

tratados tales como el Tratado de la Unión Europea<sup>9</sup> (artículo 3.2) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>10</sup> (artículo 67.2). El Reino de España, el cual se adhirió a la Convención en 1978, está obligado a cumplir cada uno de los artículos dispuestos en la Convención. Asimismo, en virtud de lo dispuesto en la Convención, los Estados parte tienen la obligación de colaborar con Alto Comisionado para los Refugiados de Naciones Unidas (en adelante, ACNUR) para garantizar los derechos de los refugiados (ACNUR, 2021).

El derecho de asilo y su ejercicio también se ve reflejado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España el 27 de abril de 1977. El Pacto establece la posibilidad de circular libremente por un territorio siempre y cuando la persona se halle legalmente en él y fija ciertos motivos por los que se puede limitar a saber: la prevención de infracciones penales, la protección de la seguridad nacional o el orden públicos, la moral o la salud públicas y la salvaguarda de los derechos y libertades de los demás (Veas-Peñalver, 2015). A pesar de que el Pacto no haga referencia explícita a lo que podrían ser las expulsiones colectivas, si detalla en su artículo 2.3 la posibilidad de interponer un recurso efectivo por parte de las personas que hayan visto violados sus derechos civiles y políticos, incluyendo el derecho de los retornados. El derecho de un recurso efectivo ha sido puesto en duda en relación a aquellos migrantes que han realizado incursiones irregulares en territorio español y han sido entregados de manera forzosa a las autoridades marroquíes sin la interposición de recurso administrativo adecuado.<sup>11</sup> Estos migrantes alegan, a su vez, haber sido objeto de tratos crueles y degradantes por parte de las autoridades fronterizas que también serían prohibidos por el artículo 7 del Pacto de Derechos civiles y Políticos (Veas-Peñalver, 2015).

Los Estados que han ratificado estos pactos y convenios deben transponer en leyes internas que cumplan con los criterios fijados en estas normas internacionales. Sin embargo, la ausencia de un organismo a nivel internacional que haga que los Estados cumplan con estas normas internacionales genera una gran indefensión de estos migrantes (Oroza & Puente, 2017).

---

<sup>9</sup> Diario Oficial de la Unión Europea C 83/13, de 3 de marzo de 2010.

<sup>10</sup> Diario Oficial de la Unión Europea C 326/47, de 26 de octubre de 2012.

<sup>11</sup> Sentencia del TEDH sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 (demanda nº 8675/15 y 8697/15).

## 2.2. Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Reino de España, desde su adhesión al CEDH el 24 de noviembre de 1979, es parte del Consejo Europa cuya finalidad es: *“realizar una unión más estrecha entre sus miembros y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”*<sup>12</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es aquel encargado de enjuiciar, siempre y cuando se cumplan los requisitos de las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio, así como aquellos reconocidos en los protocolos firmados por parte de los Estados miembros.

La Unión Europea, como persona jurídica (artículo 47 del TUE), incorporó la futura adhesión obligatoria de la Unión Europea al Convenio en su artículo 6 apartado 2 del TUE. La virtualidad de la adhesión supondría que los ciudadanos europeos y de terceros países presentes en el territorio de los Estados miembros podrían impugnar los actos jurídicos de la UE ante el TEDH. Por tanto, la UE estaría sometida al control de una jurisdicción ajena a ella, en concreto al TEDH (García, 2015). En 2010, la Unión comenzó las negociaciones con el Consejo de Europa para la adhesión, pero tras el dictamen negativo del TJUE el 18 de diciembre de 2014, en el que declaraba que el acuerdo podría afectar a la autonomía del derecho de la Unión, no se tomó ningún paso más hacia la inclusión de este convenio. Sin embargo, muchos de los derechos reconocidos en el CEDH se han incluido en el ordenamiento jurídico de la UE por la jurisprudencia del TJUE (Martín Pérez, 2015).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como destaca García Roca (2019), ha dejado de ser un acuerdo de mínimos para convertirse en un marco de decisión y garantía de derechos, gracias a la labor interpretativa, actualizadora y de desarrollo del TEDH. El mismo autor destaca que este tratado internacional tendría también aspiraciones de funcionar como una constitución sobre la defensa de los derechos humanos. Si se pretendiera conseguir este objetivo, los Estados parte del Consejo de Europa no sólo

---

<sup>12</sup> BOE n° 243, de 10 de octubre de 1979, págs. 23564 – 23570.

estarían obligados a reparar los daños causados a las víctimas<sup>13</sup>, si no que también deberían introducir medidas o disposiciones en sus ordenamientos internos para no seguir incumpliendo los preceptos dispuestos en el mismo Convenio (García Roca, 2019).

Las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros tienen el deber de homogeneizar los criterios establecidos por el TEDH, desde una relación colaborativa, sin haber ningún tipo de jerarquía entre estos tribunales. Este diálogo judicial permite que haya una interpretación común de los derechos fundamentales, dotando de una coherencia y eficacia *erga omnes* en lo que respecta al cumplimiento de ciertos estándares por los organismos y poderes públicos de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. Otros autores como Martín Pérez (2017) destacan la existencia de un diálogo judicial aún mayor entre el TJUE, los tribunales de los Estados Miembros de la Unión Europea y el TEDH, otorgando un papel al TEDH relevante como depositario del control judicial último en lo relativo a derechos humanos. El TJUE también tendrá en cuenta, por tanto, las sentencias de ambos tribunales con el fin de fijar los estándares en materia de protección de derechos reconocidos en el Convenio.

A su vez, es necesario destacar que el TEDH permite una especie de margen de maniobra de interpretación de los criterios establecidos en el CEDH en los Estados miembros con el fin de dotar de efectividad a sus resoluciones, al entender que si no estas podrían caer en papel mojado (Sánchez-Molina, 2015). Este ejercicio pretende hacer un balance entre la defensa de la soberanía nacional de los Estados parte y el reconocimiento de unos mínimos de protección de los derechos, todo bajo la interpretación del propio CEDH. Esto quiere decir que los Estados pueden limitar los derechos reconocidos en el CEDH, en los que no hay un consenso en su aplicación, teniendo en cuenta la proporcionalidad de esta restricción (Sánchez-Molina, 2015).

Por ello, el TEDH podría avalar actuaciones de los tribunales nacionales que no cumplan estrictamente los criterios del convenio, bajo el criterio del margen de apreciación nacional. El TEDH, en su sentencia del 3 de octubre de 2017, defendería el criterio de principio de integración funcional en el asunto de las devoluciones en caliente otorgando

---

<sup>13</sup> En virtud del artículo 41 CEDH, los Estados deben reparar equitativamente las consecuencias de las violaciones del Convenio.

mayor importancia al consenso de unos mínimos, para posteriormente modificar este criterio para priorizar el margen de apreciación nacional en política migratoria.

### 2.3. Derecho comunitario en materia de control fronterizo e inmigración.

La libertad de circulación de personas, que busca una aminoración de los controles fronterizos, es una de las clásicas libertades comunitarias, que ha fortalecido el proyecto de la Unión Europea y el sentimiento de ciudadanía entre sus Estados miembros. No será hasta 1957 con la creación del Grupo de Trevi cuando se consiga una mayor cooperación intergubernamental en los ámbitos judicial y policial para caminar hacia una libre circulación. Este precedente dará lugar a la firma del Acuerdo Schengen en 1985 en el que se materializa la posibilidad de circular libremente a toda persona que haya entrado regularmente por una frontera exterior o resida en uno de los países que aplican el Convenio (Tassinari, 2018).

El Tratado de Lisboa, en línea con esta tendencia, configura la creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, convirtiéndolo en una competencia compartida, con el fin de que los ciudadanos parte de este espacio puedan circular libremente por este territorio con mayor seguridad gracias a la cooperación entre las fuerzas de seguridad, la mejor protección de sus derechos y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (Tassinari, 2018).

Tras la ratificación y entrada en vigor de los tratados originarios, se configura el derecho comunitario, un ordenamiento jurídico propio procedente de las instituciones comunitarias, el cual se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y se impone a sus órganos jurisdiccionales. El Reino de España, como Estado miembro efectivo desde 1986, tiene el deber de trasponer estas directivas en su ordenamiento jurídico y cumplir con los reglamentos de la Unión Europea (Tassinari, 2018). España tendría la facultad de escoger la forma y los medios, teniendo libertad para elaborar su legislación interna que desarrolle el contenido de las directivas. A su vez, los Estados miembros deben de aplicar de manera automática y uniforme los reglamentos de la Unión Europea desde que entren en vigor, sin necesidad de incorporarlos al ordenamiento jurídico interno (Argerey, 2006).

En octubre de 1999, el Consejo de Tampere decidió configurar el SECA con el fin de establecer un marco legislativo común armonizado en cuestiones de procedimiento y de fondo en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal. Este sistema común de normas comunitarias relativas al derecho de asilo está detallado en el artículo 78 del TFUE<sup>14</sup> que dispone que: *“la Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal con el fin de ofrecer un estatuto adecuado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y garantizar el respeto del principio de no devolución”*. Este marco legislativo está conformado por una serie de Directivas y Reglamentos que tienen como fin primordial garantizar el derecho de asilo en todos los Estados Miembros basados en el principio de solidaridad (García, 2015).

Con el fin de comprender el SECA, se realizará un estudio detallado de las Directivas 2008/115/UE, así como la Directiva 2005/85/CE y la Directiva 2013/32/UE.

La Directiva 2008/115/UE, conocida como directiva de retorno, es un documento que establece un mínimo de garantías respecto a las decisiones relativas al retorno, aplicables a todos los nacionales de terceros países que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, permanencia o residencia en un Estado miembro. La lectura del artículo 6 de esta directiva da a entender que el Estado miembro, ante la situación de irregularidad en su territorio de un nacional de un tercer país, puede optar entre proceder a la expulsión o proceder a la regularización del migrante (Veas-Peñalver, 2015).

Asimismo, en virtud de lo establecido en el artículo 8, se permite a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para hacer cumplir esta decisión, siempre y cuando no se conceda un plazo para la salida voluntaria ni se haya cumplido con la obligación de retorno según lo establecido en el artículo 7. Este instrumento normativo parece haber sido utilizado para justificar la devolución en frontera de los inmigrantes irregulares por la violación de las normas nacionales y comunitarias (Veas-Peñalver, 2015). Otra serie de prácticas cuestionables han sido legitimadas por el articulado de esta directiva, entre las que se incluyen el internamiento temporal al inmigrante que no coopera con su devolución, pudiendo ser incluso de menores no acompañados (artículos 15, 16 y 17).

---

<sup>14</sup> Diario Oficial de la Unión Europea C 326/47, de 26 de octubre de 2012.

Esta directiva a su vez, establece la obligatoriedad de otorgar una resolución motivada para la denegación de entrada, indicando los motivos y posibilitando el hecho de recurrir dicha resolución de manera informada y asesorada (artículos 12 y 13).

La transposición de esta directiva ha sido objeto de crítica por numerosas organizaciones no gubernamentales en lo que respecta a la vulneración de las garantías procesales y judiciales (Burgueño, 2018).

La Directiva 2005/85/CE, *sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, fija un marco común de normas para los procedimientos de concesión y retirada de estatuto de los refugiados en los Estados miembros (Rodríguez, 2020). La importancia de esta Directiva reside en la designación de conceptos claves tales como el primer país de asilo (aquel país donde la persona ha sido reconocida como refugiada en dicho país y puede acogerse a esa protección o si goza de protección suficiente incluyendo el acogerse al principio de *non-refoulement*), tercer país seguro (aquel en el que el solicitante pudo y debió pedir protección) y el país de origen seguro (aquel considerado como objetivamente incompatible con las circunstancias de consideración de un solicitante de protección internacional) (Burgueño, 2018). Esta directiva, derogada por su predecesora la Directiva 2013/32/UE que entró en vigor el 21 de julio de 2015, configura todo lo relativo al procedimiento de asilo incluida la solicitud de asilo, su examen, la asistencia a los que lo soliciten, así como las vías de recurso. La nueva Directiva 2013/32/UE clarifica y ensalza la importancia de las garantías procedimentales y mecanismos para agilizar y proceder al examen de las solicitudes de protección internacional (Ramírez, 2017).

En virtud de la última Directiva, cada Estado establece cuáles son las autoridades que tienen que examinar las solicitudes de asilo, contando con el apoyo de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, ACNUR y otras organizaciones internacionales de derechos humanos para tener más información sobre las características del individuo y poder otorgar así la protección internacional pertinente (Ramírez, 2017). El solicitante debe presentar la solicitud de protección internacional ante las autoridades competentes de los Estados Miembros para que posteriormente esta se registre en el plazo de 3 días hábiles a 10. La Directiva 2013/32/UE hace especial hincapié en la agilidad de los procesos para dotar de

eficacia al SECA y proteger a los solicitantes de la arbitrariedad de las autoridades. Estos tienen el derecho a permanecer en el Estado siempre y cuando su solicitud esté pendiente de examen y hasta que se dicte una resolución, la cual podrá ser recurrida ante los órganos competentes (Ramírez, 2017).

La resolución sobre el examen de la solicitud debe cumplir una serie de criterios establecidos en el artículo 10.3 entre los que figuran: la información sobre el procedimiento, derechos y deberes durante este; la posibilidad de acudir a un interprete; la posibilidad de contactar con ACNUR u otra organización; y notificar en un plazo racional sobre la solicitud. Los Estados Miembros deben considerar la peligrosidad que puede suponer el enviar de vuelta al solicitante a su país de origen. Esta peligrosidad puede ser fundamentada por el solicitante, pero no se le exigirá probarlo siempre y cuando haya realizado un esfuerzo auténtico para fundamentar su petición, según lo establecido en el artículo 4.5 de la Directiva 2011/95/UE. A su vez, se estima que el examen de la solicitud de protección internacional puede efectuarse en las zonas de tránsito y en la frontera siempre y cuando el solicitante se encuentre en alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 33 y en el 43 de la Directiva 2013/32/UE.<sup>15</sup>

Ante la decisión de los órganos de los Estados miembros, la Directiva reconoce el derecho al recurso efectivo en su artículo 46, el cual muchas veces ha sido interpretado de manera restrictiva (Tassinari, 2018). En este caso, la Directiva dispone en su artículo 46 la obligación por parte de los Estados miembros de garantizar el derecho a un recurso efectivo ante una resolución adoptada sobre la solicitud de protección internacional<sup>16</sup>. La transposición de este derecho a un recurso efectivo en el sistema español se encuentra en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que será objeto de estudio en el próximo apartado.

---

<sup>15</sup> Las circunstancias son las siguientes: el solicitante no cumpla con los requisitos para acceder a la protección internacional; su país de origen es seguro; ha mentado sobre su nacionalidad o sobre su identidad o ha ocultado su documentación para establecerlo; entra ilegalmente o se mantiene de manera ilegal en el territorio sin presentar ninguna solicitud; no permite que se le tomen las huellas dactilares; se considera peligroso para el orden público o para la seguridad nacional.

<sup>16</sup> Esta resolución objeto de recurso efectivo puede caracterizarse por: ser infundada, ser inadmisibile, ser previamente adoptada en la frontera, no tener las garantías procedimentales necesarias, ser objeto de la negativa a reabrir el examen tras la suspensión de la solicitud o ser una decisión de los órganos jurisdiccionales de retirar la protección internacional.

Otra norma vital para entender la legislación comunitaria en materia de extranjería y de asilo es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta es una norma que reafirma, dentro del respeto de las competencias de los Estados Miembros y del principio de subsidiariedad, los derechos que proceden de las tradiciones y obligaciones comunes de los Estados miembros de la Unión Europea. La Carta sería aplicable a los países de la UE al aplicar una norma comunitaria y también se aplica a las instituciones europeas (Corella, 2017). Esta norma pasó a ser jurídicamente vinculante para los Estados miembros el 1 de diciembre de 2009 junto con el Tratado de Lisboa y es uno de los mayores logros en lo que respecta a la protección del individuo frente al poder. La Carta configura un entramado normativo que incluye el derecho de asilo en línea con lo establecido en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Cintas, 2014).

El artículo 19 de la CDFUE defiende el principio básico que será objeto de estudio en siguientes apartados, el principio de *non refoulement*, y también la prohibición de las expulsiones colectivas. Las principales ONG alegan que la expulsión colectiva de los inmigrantes que han accedido de manera irregular al territorio español, sin ningún tipo de identificación previa ni asistencia es una práctica rutinaria que conculca estos mismos principios y derechos (López-Sala, 2015). Esta actuación estaría en contra de lo dispuesto por el artículo 47 de la Carta que dispone la necesidad de que toda persona sea oída equitativa y públicamente teniendo derecho a asistencia jurídica, siempre y cuando no disponga de recursos suficientes. A su vez, organizaciones sociales de derechos humanos como la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) han condenado la desprotección de personas migrantes en territorio marroquí, incluyendo traslados forzosos hacia el sur del país, así como expulsiones a otros Estados<sup>17</sup> (CEAR, 2019). Estas prácticas suponen la vulneración de los preceptos de la Carta, así como de los principios de derecho internacional general reconocidos en la Carta y en otras normas internacionales como el principio de *non-refoulement*.

---

<sup>17</sup> Vid. La nota de prensa de CEAR, «CEAR alerta del peligro que correrían las personas devueltas a Marruecos», 21 de febrero de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/30ZM1e4>.

Las instituciones europeas son conscientes del aumento del flujo migratorio hacia regiones fronterizas. En consecuencia, estas han diseñado numerosos planes contra el tráfico ilícito de migrantes, así como normativas para controlar el flujo migratorio (La Spina & Corella, 2014). Ante las alegaciones de vulneración de la normativa en materia de derechos humanos, la Comisión realizó una evaluación REFIT<sup>18</sup> en mayo de 2015 sobre el marco jurídico existente. En esta evaluación, se descubrió que no hay pruebas suficientes de persecución real y repetida de personas u organizaciones de ayuda humanitaria en lo que respecta a la implementación de estas medidas. La Comisión defiende que el marco jurídico comunitario es suficientemente respetuoso con los derechos humanos y normativa internacional y que, por tanto, se debe seguir implementando las medidas legislativas y no legislativas de los Estados miembros, incluyéndose la cooperación con terceros países (Schmid-Drüner, 2019).

Por otro lado, en lo que respecta a la directiva de retorno, la Comisión procedió a crear un comité para reformar la Directiva debido a las acusaciones de vulneración de derechos y la falta de homogeneidad en los procedimientos de retorno. Sin embargo, el Parlamento Europeo concluyó que esta iniciativa supondría un aumento considerable del gasto para los Estados miembros debido al aumento de las detenciones (Schmid-Drüner, 2019). Además, concluyó que el cambio no supondría que los retornos fueran más efectivos e incluso destacó que podía suponer un aumento en lo que respecta a las violaciones de los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular. Hasta la fecha actual no se ha llegado a un acuerdo en lo que respecta a la modificación de la directiva de retorno (Schmid-Drüner, 2019).

Por último, cabría mencionar, que España como parte de los tratados de la Unión Europea debe cumplir con lo establecidos en ellos. Estos acuerdos vinculantes reconocen que los Estados miembros comparten competencias en políticas migratorias (artículo 79 y 80 TFUE)<sup>19</sup>. Al ser una competencia compartida, debe haber cierta unidad y coherencia en su implementación. Por tanto, es crucial fijar unos criterios comunes de actuación en el ámbito comunitario que respeten los derechos humanos y que consigan lograr los objetivos comunes establecidos en la normativa comunitaria.

---

<sup>18</sup> La evaluación REFIT consiste garantiza que las leyes de la UE aporten los objetivos esperados, reduciendo inconvenientes tales como los costes y la burocracia.

<sup>19</sup> Diario Oficial de la Unión Europea C 326/47, de 26 de octubre de 2012.

## 2.4. Legislación española

La construcción de la valla en 1998 entre la ciudad autónoma de Melilla y el Reino de Marruecos respondía a la necesidad de controlar el flujo de inmigración creciente en esta zona fronteriza. Esta actuación se veía respaldada por la firma de acuerdos de readmisión tendentes a la regulación del flujo irregular de inmigrantes y externalización del control migratorio tales como el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 13 de febrero de 1992 *relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente* cuya entrada en vigor se pospuso hasta el 21 de octubre de 2012 (Hidalgo, 2010).

El artículo 1 del Tratado recoge la readmisión de extranjeros por parte de las autoridades fronterizas marroquíes tras recibir una solicitud de las autoridades españolas. Esta readmisión debe cumplimentar una serie de requisitos tales como: que los extranjeros hayan entrado por territorio marroquí, que se tramite esta petición en los 32 días posteriores a la entrada de los migrantes en territorio español y que haya una documentación clara sobre las condiciones en que el migrante entró en España, así como sus datos personales (María del Águila, 2018). Esta readmisión no podrá ser efectiva cuando se le reconozca como refugiado en España tal y como dispone el artículo 3.4 del Tratado. A su vez, el Tratado establece que Marruecos debe enviar a los migrantes lo antes posible a sus países de origen; y en el caso de que el país de origen no acepte la devolución, España debe readmitir al migrante.<sup>20</sup> El artículo 6 del Tratado es el más conveniente para explicar la diferencia entre la norma y la práctica. Este artículo establece que tanto Marruecos como España permitirán tanto el acceso y tránsito por su territorio para la expulsión de “*nacionales de países extranjeros*”, cuando “*la continuación del viaje y su admisión en el Estado de destino estén plenamente aseguradas*”<sup>21</sup>.

Este Acuerdo firmado en febrero de 1992, no entra en vigor hasta el 2012, debido a la negativa de Marruecos a admitir a los migrantes ilegales en fronteras, argumentando que se desconoce si estos individuos entraron realmente por territorio marroquí. El Reino de Marruecos, a su vez, ha sido reticente a la hora de aplicarlo, alegando que no tenía suficientes recursos económicos para cumplirlo (Mazouz, 2015).

---

<sup>20</sup> BOE no 100, de 25 de abril de 1992.

<sup>21</sup> *Id.*

Todo tipo de tratados internacionales ratificados por España pasan a ser parte del ordenamiento jurídico interno<sup>22</sup> y deben ser respetados por “los poderes públicos, órganos y organismos del Estado”, siendo “*de aplicación directa*” y “*prevaleciendo sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno si hay conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.*”<sup>23</sup> Las prácticas realizadas en frontera por parte de las autoridades españolas, constatadas por ONGS<sup>24</sup>, son contrarias al espíritu de este texto y las normas internacionales de derechos humanos.

El Reino de España, considerando la legislación internacional, ha configurado un marco normativo relativo a los derechos de los migrantes, tanto de los extranjeros, como de los solicitantes de asilo. La pieza clave de este entramado es la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta ley de extranjería ha sido objeto de sendas reformas a lo largo de la primera decena del 2000, tal y como Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, la Ley Orgánica 14/2003 y la Ley Orgánica 2/2009. A su vez, también ha sido dotada del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social aprobado por el Real Decreto 557/2011 de 20 de abril<sup>25</sup>. Esta norma nos otorga unos conceptos claves a la hora de analizar la situación de protección de derechos de los migrantes y extranjeros en España.

En primer lugar, la ley define el concepto de extranjero en su artículo 1 estableciendo que son todos aquellos que no ostenten la nacionalidad española<sup>26</sup>. En el mismo precepto, se incluye que lo dispuesto en esta ley se entenderá a su vez con lo establecido en las leyes especiales y tratados internacionales. A su vez, este artículo distingue entre los extranjeros nacionales de los Estados miembros y los que no lo son, al otorgar a los primeros la aplicación de los aspectos más favorables de esta normativa.

---

<sup>22</sup> BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>23</sup> Vid. Artículos 29, 30, y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. (BOE no 288, de 28 de noviembre de 2014).

<sup>24</sup> Vid. Amnistía Internacional. (2015). Miedo y vallas: los planteamientos de Europa para contener a las personas refugiadas. Recuperado de: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/EUR0325442015SPANISH.PDF>

<sup>25</sup> BOE nº 103, de 30 de abril de 2011.

<sup>26</sup> BOE nº 10, de 12 de enero de 2000.

Por otro lado, esta ley reconoce a los extranjeros una serie de derechos tal y como expresa en su artículo 3, entendiéndose que *“los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”*<sup>27</sup>.

Otro aspecto relevante reflejado en el artículo 3 de la LO 4/2000<sup>28</sup> es que todos los preceptos que regulen la situación de los extranjeros y sus derechos fundamentales deben interpretarse bajo el criterio de *“la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España”*.

Los Estados, acorde a la normativa internacional, son los encargados de fijar las condiciones de entrada a su territorio, respetando lo dispuesto en los tratados. El artículo 25 de la Ley de Extranjería (en adelante, LOEX) establece de la siguiente manera las condiciones en las que deben efectuar la entrada: *“el extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje en vigor de que acredite su identidad y no estar sujeto a prohibiciones expresas de entrada. Asimismo, deberá presentar los documentos (...) que justifiquen el objeto y condiciones de entrada y estancia y acreditar la posesión de los medios económicos suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o en su caso, estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios”*<sup>29</sup>.

Si se les deniega la entrada a los extranjeros, en virtud del artículo 26, hay que otorgar una resolución motivada y entregar información sobre los recursos que se pueden interponer contra esta decisión (Ruiz Sutil, 2016).

La necesidad de una resolución motivada sobre esta negativa aparece también en el artículo 15 del Reglamento de la LOEX que expresa que la necesidad de otorgar tanto asistencia letrada, en el caso de no disponer de medios económicos suficientes, así como de intérprete<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> BOE nº 103, de 30 de abril de 2011

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son las encargadas de proceder, en virtud de lo establecido en el artículo 23 del Reglamento de la LOEX, al traslado de los extranjeros interceptados a la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía para que proceda su identificación y en su caso a la devolución<sup>31</sup>. La Disposición Adicional Décima de la LOEX faculta a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a rechazar a los extranjeros que sean “*detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla*”. Las expulsiones del territorio español se encuentran reguladas en el precepto 57 de la LOEX.

Las expulsiones colectivas conocidas como devoluciones en caliente vulnerarían tanto el artículo 26.2 de la ley de extranjería que fija la manera en la que se debe denegar la entrada, así como los artículos 15 y 23 del Reglamento de la LOEX (Ruiz Sutil, 2016).

Muchos de los derechos reconocidos en la LOEX se verían conculcados con la realización de estas prácticas. Entre estos caben destacar los siguientes: el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 20), el derecho al recurso contra los actos administrativos (artículo 21), asistencia jurídica gratuita (artículo 22).

Otra de las leyes clave a la hora de entender la legalidad o ilegalidad de las devoluciones en caliente es la Ley 12/ 2009 de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*<sup>32</sup>. La base de esta normativa es otorgar un régimen de protección internacional basado en los derechos fundamentales y en el derecho asilo que se encuentra reconocido en la CE en el precepto 13.4. Entre las posibles medidas para garantizar el derecho de asilo, esta normativa incluye la posibilidad de pedir el traslado en los Consulados y Embajadas a España para presentar las solicitudes de protección internacional. El artículo 38 de la ley establece la posibilidad de atender estas peticiones siempre que los solicitantes no sean nacionales de los países donde están las representaciones diplomáticas y, a su vez, es necesario que su integridad física esté en peligro. La terminología jurídica empleada en el artículo daba entender que atender estas peticiones no era facultad exclusiva de los Embajadores y los Cónsules, ya que estos solo podían estimar la peligrosidad y remitirlo a la Secretaria General de Asuntos, Consulares

---

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> BOE nº 263, de 31 de octubre de 2009.

y Migratorios. Al no haber una normativa reglamentaria que estableciera la obligación de responder a estas peticiones, muchas solicitudes quedaban sin respuesta (Ruiz Sutil, 2016). Esta manera de actuación defendida por el Estado español se refleja en la Carta Circular a los embajadores relativa al artículo 38 que disponía que los Embajadores y Cónsules, en ningún momento, podían proceder directamente a tramitar tal solicitud y trasladar a los solicitantes a territorio español en caso de inminente peligro. La Circular explicaba que siempre había que disponer del beneplácito del Ministerio y que la razón de ser de esta decisión es el elevado coste que supondría atender en condiciones a estos solicitantes otorgándoles asistencia jurídica, protección, mantenimiento y asistencia sanitaria. Sin embargo, el Tribunal Supremo estableció en 2020<sup>33</sup> que debían evaluarse estas peticiones siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 38, otorgando una respuesta tras la petición de protección.

Esta misma ley, en virtud de su capítulo IV, faculta a ACNUR a comprobar las solicitudes de asilo y valorar si los solicitantes cumplen los criterios para otorgarles asilo en territorio español. Por tanto, se intenta dotar de independencia a la evaluación de este estado de protección internacional, como después se estudiará en posteriores apartados.

Por último, lugar, cabría destacar la LO 4/2015 de 30 de marzo de Protección y Seguridad Ciudadana, la cual fue objeto de recurso de inconstitucionalidad resuelto el 20 de noviembre de 2020<sup>34</sup>. Esta ley ha sido el principal instrumento jurídico utilizado para diferenciar en el trato a los extranjeros de los territorios de Ceuta y Melilla (Ruiz Sutil, 2016). La disposición final primera (en adelante, DFP), por la que se introduce la disposición adicional décima de la LOEX, prevé un régimen especial para estas dos regiones fronterizas con el continente africano. En ningún momento, se remite al artículo 58 de la LOEX donde se concretan las garantías y procedimientos del proceso de expulsión. La disposición, la cual fue objeto del recurso de inconstitucionalidad, se centra en la posibilidad de rechazar a los migrantes que intenten entrar ilegalmente a territorio español y, por otro lado, permite que estos individuos formulen solicitudes de protección internacional en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos (Martínez Escamilla, 2020).

---

<sup>33</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de octubre, núm. 1327/2020. Fundamentos de Derecho, p.7.

<sup>34</sup> BOE nº. 49, de 26 de febrero de 2013

Es importante destacar que los rechazos en frontera se efectúan por parte de los efectivos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, los cuales deben actuar acorde a los protocolos operativos de fronteras aprobados por el Ministerio del Interior. A la hora de juzgar los hechos de la sentencia, es necesario atender al protocolo vigente en el momento de los hechos conocido como el Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014. Este documento incluía una previsión en lo que respecta al rechazo de los migrantes que cruzan lo que se conoce como “frontera operacional”. Este concepto define aquellas áreas en las zonas fronterizas donde no hay elementos que indiquen la existencia de soberanía sobre el territorio. Si los migrantes que no conseguían efectuar la entrada tras el traspaso de la valla interior, podían ser entregados a las autoridades marroquíes, sin ningún tipo de identificación previa, ni asistencia (Sánchez-Tomas, 2018).

El informe del Defensor del Pueblo de 2005, circunscribe la soberanía española sobre el perímetro fronterizo construido alrededor de la Ciudad Autónoma de Melilla. Acorde a este informe anual, en virtud de los tratados firmados entre el Reino de España y de Marruecos, este terreno es de soberanía española. En consecuencia, se debe aplicar la normativa española respetando los derechos de los migrantes que acceden irregularmente a territorio español (Martínez Escamilla, 2020).

### **CAPÍTULO III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIAS DEL TEDH**

#### **3. 1. Antecedentes de hecho del Asunto N.D y N.T contra España**

Los hechos se remiten a la expulsión de dos hombres, uno procedente de Malí y otro de Costa de Marfil, en la frontera hispano-marroquí de Melilla en agosto de 2014. N.D. y N.T. habían accedido irregularmente al enclave español de Melilla escalando las vallas en su frontera, junto con un grupo de otros migrantes (párrafo 9)<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Sección Tercera) sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 (demanda n°8675/15 y 8697/15).

El primer demandante ciudadano de Malí tuvo que huir de su aldea debido a un conflicto armado en 2012. Posteriormente, se trasladó a un campamento de refugiados en Mauritania para acceder a Argelia y así poder llegar a Marruecos en marzo de 2013 (párrafo 10)<sup>36</sup>.

El segundo demandante, ciudadano de Costa de Marfil, llegó a Marruecos a finales de 2012 estableciéndose en el campamento del Monte Gurugú, cercano a la frontera española de Melilla (párrafo 11)<sup>37</sup>.

El 13 de agosto de 2014 ambos demandantes participaron en uno de los intentos de salto a la valla. Estos migrantes fueron interceptados por los miembros de la Guardia Civil que les bajaron de la valla con unas escaleras. En el momento en el que pisaron suelo español, los miembros de la Guardias Civil les esposaron y entregaron a las autoridades marroquíes, sin ningún tipo de identificación previa ni asistencia letrada ni de interpretes. Además, los demandantes no pudieron en ningún momento alegar sus circunstancias personales ni motivos por los que habían traspasado la frontera (párrafo 12)<sup>38</sup>.

Debido al fallido intento de entrada irregular, ambos migrantes fueron trasladados a la comisaría de la policía de Nador, donde solicitaron asistencia médica por unas presuntas agresiones con piedras por parte de la Guardia Civil, así como, por la larga cantidad de horas que estuvieron en la valla. Esta solicitud fue denegada y se procedió a enviarles a Fez junto a otros inmigrantes.

Los demandantes realizaron otro intento de entrada irregular los días 2 de diciembre y el 23 de octubre de 2014, consiguiendo acceder a Melilla y por ende al territorio español y europeo (Sosa Navarro, 2020).

El primer demandante recibió una orden expulsión con fecha 26 de enero de 2014 y se le alojó en el Centro de Estancia Temporal para inmigrantes (en adelante, CETI) de Melilla y posteriormente se le trasladó al CETI de Barcelona. Este demandante realizó una solicitud de protección internacional en el mismo mes, siendo denegada por falta de

---

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> *Id.*

motivos. Con posterioridad a esta decisión, se procedió a la interposición de un recurso de revisión, el cual fue rechazado tras la negativa emitida por ACNUR ese mismo día (Sánchez-Tomas, 2018).

La desestimación del recurso de revisión puso fin al procedimiento administrativo de expulsión y por ello el primer demandante fue devuelto a Malí, a pesar de que se hubiera interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la orden de expulsión. Este recurso fue inadmitido posteriormente, el 26 de septiembre de 2015 (párrafo 15)<sup>39</sup>.

El segundo demandante fue objeto también de una orden de expulsión el 7 de noviembre de 2014 que fue confirmada en febrero de 2015 tras desestimar el recurso de alzada. Al haberle trasladado a un CETI a la Península y expirar el plazo máximo de detención de inmigrantes, el segundo demandante estuvo de forma irregular en territorio peninsular hasta que se procedió a su expulsión (párrafo 15)<sup>40</sup>.

### 3.2. Análisis fundamentos de derecho aportados en la sentencia 3 de octubre de 2017

#### **3.2.1. Excepciones preliminares planteadas por el Gobierno**

##### *3.2.1.1. La ausencia de la condición de víctimas*

El primer argumento esgrimido por parte del Ejecutivo español fue que no se podía considerar como víctimas de los demandantes, en virtud del artículo 34 del CEDH, por los siguientes motivos. En primer lugar, el Gobierno español defiende que no se podía identificar a los demandantes en las grabaciones como demuestra en los informes que aporta al TEDH (párrafo 56). En segundo lugar, el Ejecutivo entiende que, aunque se pudiera reconocer a los demandantes en estas pruebas gráficas, estos habrían perdido la condición de víctimas al haber conseguido acceder al territorio español y haber sido objeto de expulsión acorde a lo dispuesto en las normativas internacionales y nacionales (párrafo 56)<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> *Id.*

En contraposición a estos argumentos, los demandantes defienden que sí que se les podía identificar tal y como han establecido otras organizaciones no gubernamentales en sus informes dispuestos en la demanda (párrafo 57). Asimismo, estos individuos argumentaron que, en el supuesto que no se les pudiera reconocer, era debido a la violación del artículo 4 del Protocolo nº 4, el cual exige la realización de procedimientos de identificación y evaluación de las circunstancias individuales de cada persona (Martínez Escamilla et al., 2015).

A su vez, los demandantes cuestionan la veracidad e independencia de los informes realizados a expensas del Ejecutivo español, dado que favorecen la postura del Gobierno español. La defensa de los demandantes se apoya en su condición de víctimas y en la necesidad de que el daño que han sufrido se vea resarcido, en virtud de lo establecido en el artículo 41 del CEDH (párrafo 123)<sup>42</sup>.

El TEDH decidió declarar a los demandantes como posibles víctimas de una violación del artículo 34 del CEDH, pero siempre y cuando se comprobara su presencia en el salto a la valla y solo respecto a los hechos acontecidos en 2014, pero no a los posteriores. El TEDH afirmó la dificultad de reconocer a las víctimas, dado que el Gobierno español no realizó un estudio particular de las circunstancias de los demandantes, ni ningún proceso de identificación (párrafo 59)<sup>43</sup>. Por ello, se entendió que no se podía aceptar el argumento del Ejecutivo español y se estimó su condición como víctimas (Martínez Escamilla, 2020).

### *3.2.1.2. No haber agotado las vías de recursos internos*

El Gobierno español cuestionó la posibilidad de que se hubieran agotado por los demandantes las vías contencioso administrativas nacional previas al recurso ante el TEDH (párrafo 62). Este requisito reflejado en el convenio, es una regla consuetudinaria que exige que se recurra a todas las vías de recurso internas y efectivas del Estado cuya responsabilidad se invoca, antes de reclamar a un órgano internacional (Sánchez Legido, 2020). El Ejecutivo alegaba que, al no haber recurrido estas decisiones de expulsión a

---

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> *Id.*

través de los procedimientos contencioso-administrativos, todavía quedaba la posibilidad de haber acudido a otros recursos internos. A pesar de ello, las órdenes de expulsión a las que se refería el Ejecutivo son las que habían sido puestas en marcha con posterioridad a los hechos acontecidos, aludiendo a aquellas relativas a la segunda entrada de los demandantes (Sánchez-Tomas, 2018). Ante este argumento, los demandantes defienden que no pudieron tener acceso a la interposición de un recurso interno y efectivo en lo que respecta a la primera expulsión colectiva antes de presentar la queja ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (párrafo 63)<sup>44</sup>.

El TEDH desestimó la excepción sobre la falta de agotamiento de recursos internos previos en el momento de los hechos, aunque reconoce que sí que se agotarían los recursos internos con posterioridad, tras el segundo intento exitoso de acceder a territorio español (párrafo 65). Como ya se habría establecido en otros apartados, los demandantes no pudieron en su primer intento presentar los recursos necesarios y tampoco pudieron acceder a otras vías legales por su procedencia (Martínez Escamillas, 2020). Este argumento por razones de espacio y estructura, será desarrollado a lo largo del trabajo.

### **3.2.2. Jurisdicción y la frontera operacional**

En este apartado de la sentencia, se conjugan dos intereses contrapuestos que son el derecho de un Estado a ejercer su soberanía, mediante el control de sus flujos migratorios, y la posibilidad de acceder a un territorio en virtud del derecho protección internacional reconocidos en los tratados internacionales (Gortázar Rotaeché, 2020).

El Ejecutivo español parte de la necesidad de legislar y actuar para controlar estos flujos migratorios basándose en el concepto de soberanía. Acorde a la postura defendida por el Gobierno, los Estados tienen la obligación de “*proteger, vigilar y salvaguardar sus fronteras*” y las de la Unión Europea como Estado soberano y miembro de la Unión.

---

<sup>44</sup> *Id.*

(párrafo 76)<sup>45</sup>. Las normativas de la Unión Europea facultarían a España a realizar este control y vigilancia de las fronteras conjunto a FRONTEX.<sup>46</sup>

Ante este argumento, como tercera parte, el Comisario de Derechos Humanos afirma que ningún tipo de política migratoria puede vulnerar las garantías y derechos fundamentales en una sociedad democrática (párrafo 83). Las actuaciones deben ser conjuntas y responder a las obligaciones previstas en el CEDH y los tratados internacionales relativos a la defensa de los refugiados y derechos humanos (párrafo 42)<sup>47</sup>.

El TEDH recalca que este argumento sobre el ejercicio de la soberanía para ejercer un control migratorio no es suficiente para contravenir la legislación humanitaria ni el Convenio y ni sus Protocolos (párrafo 101)<sup>48</sup>.

El Ejecutivo español establece que los demandantes no estaban bajo su jurisdicción dado que ellos no habían accedido a territorio español. En virtud del Protocolo operativo de vigilancia de Fronteras de la Guardia civil de 26 de febrero de 2014, el Gobierno estima que no se produjo una entrada ilegal efectiva, ya que estos intentos fueron contenidos y rechazados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad antes de lograr alcanzar la tercera valla (párrafo 44). El Ejecutivo defiende que para que la entrada fuera efectiva debía realizarse por los propios medios de los migrantes irregulares, sin ningún tipo de ayuda de las autoridades. Según la postura del Ejecutivo, si se hubiera producido una entrada efectiva, el Gobierno sí que hubiera aplicado la normativa en materia de extranjería que proporciona derecho a asistencia jurídica, médica y de intérpretes para poder proceder a la petición de protección internacional<sup>49</sup>. Por tanto, el Gobierno español estima que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado español habían impedido la entrada de los demandantes en territorio español y que, por consiguiente, los interesados no se encontraron en ningún momento bajo la jurisdicción de España (párrafo 44)<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Sección Tercera) sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 (demanda nº8675/15 y 8697/15).

<sup>46</sup> Vid. Reglamento (CE) no 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Sección Tercera) sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 (demanda nº8675/15 y 8697/15).

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> Estas garantías jurídicas se encuentran en los artículos 20, 21 y 22 de la LOEX.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Sección Tercera) sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 (demanda nº8675/15 y 8697/15).

En contraposición, los demandantes y terceras partes sostienen que la jurisdicción de España no podía cuestionarse en este caso (párrafo 45). Estas terceras partes opinan que el mero hecho de realizar la expulsión de extranjeros que tiene como objetivo el impedir a los inmigrantes alcanzar las fronteras del Estado, incluso enviándolos a otro Estado, suponía la aplicación del principio de jurisdicción extraterritorial<sup>51</sup>. Este último concepto se refiere a que las actividades realizadas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, dentro o fuera del territorio nacional deben ser consideradas jurisdicción del Estado y por ello deben ser sometidas al ordenamiento jurídico español (párrafos 45 a 48)<sup>52</sup>.

La Oficina Del Alto Comisionado para los Derechos humanos de Naciones Unidas (en adelante, ACNUDH) sostiene que “*las fronteras no son zonas de exclusión o excepción respecto de las obligaciones que derivarían del respeto de los derechos humanos que incumben a los Estados*” (párrafo 91). Por ello, establece que la jurisdicción no depende de la nacionalidad ni de la territorialidad, si no del control que un Estado ejerce sobre alguien e incluso en un territorio no delimitado por sus fronteras. El control es definido por el TEDH en la sentencia *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* destacando en su párrafo 77 el valor del control que, aunque no se encuentre dentro del territorio nacional puede ejercerse. Los Estados miembros del Consejo de Europa no pueden intentar evadir sus obligaciones respecto al Convenio tal y como faculta el caso *Sharifi y otros contra Italia y Grecia*, condenando las devoluciones automáticas de Italia a Grecia.

Por otro lado, la CEAR, como tercera parte, defiende, al igual que el Defensor del Pueblo en su informe anual de 2005, que el terreno donde se había construido la valla es territorio español, en virtud de los tratados internacionales en los que son parte los Reinos de España y de Marruecos. Asimismo, este informe demuestra que la aplicación territorial

---

<sup>51</sup> El caso de *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* establece que el mismo rechazo supondría un ejercicio por parte de las autoridades de su jurisdicción con arreglo al artículo 1 del CEDH y por ello debía aplicarse el principio de jurisdicción extraterritorial. Sentencia del TEDH (Gran Sala) sobre el *Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012 (demanda nº 27765/09) (párrafo 70).

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Sección Tercera) sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 (demanda nº8675/15 y 8697/15).

de la legislación depende de los tratados internacionales y no de la voluntad de la administración de un país (párrafo 33)<sup>53</sup>.

El TEDH parte de la base del artículo 1 para comprender qué consecuencias tiene el encontrarse bajo la jurisdicción de un Estado (Sánchez-Tomas, 2018). El TEDH defiende que los Estados tienen la obligación a "*reconocer*" a las personas que se encuentran bajo su "*jurisdicción*" los derechos y libertades que se enumeran CEDH y se presume que se ejerce normalmente sobre el conjunto de su territorio<sup>54</sup>. Es importante recalcar que los Estados miembros del Consejo de Europa deben ser conscientes de las garantías dispuestas dentro de su ordenamiento jurídico y garantizar estas a los individuos que estén bajo su jurisdicción, no pudiendo exponer a los individuos a una falta de procedimiento de asilo con las suficientes garantías al expulsarles de su territorio.<sup>55</sup>

En ciertos casos, el TEDH ha admitido excepcionalmente la posibilidad de que estos actos llevados por los Estados miembros ejercidos fuera de su territorio sean considerados como ejercicio de su jurisdicción, como establece el artículo 1 del CEDH.<sup>56</sup>

Sin embargo, el TEDH recalca que su función es señalar si los hechos acontecidos se encontraron bajo la jurisdicción de el Estado español, no pudiendo delimitar el territorio español. Con el fin de realizar tal tarea, el TEDH remitió a los acuerdos internacionales entre el Reino de Marruecos y el Reino de España por los que se delimitan la línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla (párrafo 54). Estos acuerdos firmados señalan que la frontera operativa se encuentra dentro del

---

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Sección Tercera) sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 (demanda nº8675/15 y 8697/15).

<sup>54</sup> El TEDH ya defendió esta postura en el caso *Hirsi Jamaa contra Italia*, en cuya sentencia declaró que, si un Estado dispone del control y autoridad mediante sus funcionarios públicos, aunque no sea en su territorio, ese Estado debe asegurar el cumplimiento de todos los derechos y libertades previstos en el Título I del CEDH. Sentencia del TEDH (Gran Sala) sobre el *Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012 (demanda nº 27765/09) (párrafo 73).

<sup>55</sup> La sentencia del TEDH sobre el asunto *Sharifi y otros contra Italia* remarca la actuación del Estado italiano que decide mandar a dos ciudadanos sudaneses y a un nacional de Eritrea de vuelta a Grecia, donde se conocía que los procedimientos de asilo no gozaban de las mismas garantías procesales, exponiéndoles a una posible devolución a sus países de origen en los que podían ser objeto de muerte, tortura u otro tipo de tratos inhumanos.

<sup>56</sup> La sentencia del TEDH sobre el caso *Loizidou c. Turquía*, remarca el concepto del "control", para apoyar el argumento señalado, consolidando así la postura de la aplicación de la jurisdicción extraterritorial ya señalada en otros casos como el de *Soering c. Reino unido* de 1989 (Soler Garcia, 2018).

territorio español y, por ende, todo acto ejecutado en esta zona se debe someter a la jurisdicción española (Sánchez-Tomas, 2018).

El TEDH argumenta que los Estados contratantes no pueden modificar en ningún caso los tratados que designan la soberanía sobre un territorio en función de un hecho en concreto, si no que debe mantenerse la soberanía permanentemente (párrafo 33).

Al designar este territorio bajo la jurisdicción española, el TEDH entiende que desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, estos se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, *de facto*, de las autoridades españolas. Por tanto, el Estado español debía haber garantizado los derechos vinculados al CEDH en virtud de la aplicación territorial de la jurisdicción en sentido extensivo (Sánchez-Tomas, 2018).

### **3.2.3. Violación del artículo 4 del protocolo nº 4 al CEDH.**

El Ejecutivo español defiende que no se habrían realizado expulsiones colectivas dentro de territorio, por tanto, negando así la vulneración del artículo 4 del Protocolo nº4 al CEDH. El Ejecutivo se excusa en que los demandantes no habrían accedido al territorio español, siguiendo su línea argumental sobre el concepto operativo de frontera. Por tanto, al no haber logrado pasar todas las vallas, los demandantes no se encontrarían en territorio español y por tanto no estarían bajo la jurisdicción española (párrafo 54)<sup>57</sup>.

El mismo Ejecutivo entendía que las devoluciones de los demandantes a Marruecos respetaban lo establecido en el *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*<sup>58</sup>. En virtud del Acuerdo, Marruecos aceptaría a las personas migrantes, aunque no sean sus nacionales, que han intentado ingresar ilegalmente en España. A pesar de que Marruecos acepte a las migrantes irregulares, esto no significa que las devoluciones en caliente que motivaron la demanda cumplan lo establecido en el Acuerdo (Mazouz, 2015). Esta norma bilateral establece una serie de obligaciones, tales como la

---

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Sección Tercera) sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 (demanda nº8675/15 y 8697/15).

<sup>58</sup> BOE nº 299, de 13 de diciembre de 2012.

identificación del migrante y obtención de la documentación e información de cada uno de los migrantes que vayan ha ser readmitidos, que no pueden ser omitidas según lo dispuesto en el articulado del Acuerdo (Mazouz, 2015).

A su vez, el Gobierno español alega que el hecho de que se permita la entrada de migrantes de forma descontrolada por zonas no habilitadas puede ocasionar un “efecto llamada” que podría conllevar a una entrada masiva de migrantes que impidiera la efectiva protección de los derechos humanos, pudiendo dar lugar a grandes beneficios para las mafias de traficantes de derechos humanos (párrafo 72)<sup>59</sup>. El Ejecutivo español resalta que por esta razón habría incluido en el artículo 25 de la LOEX la obligación de ingresar por los pasos fronterizos habilitados. Asimismo, el Gobierno español recalca que no existe ningún derecho de acceso incondicional en ningún país miembro del Consejo de Europa (párrafo 79)<sup>60</sup>.

Finalmente, el Ejecutivo estima que como Estado miembro fronterizo y “guardián de la Unión Europea” tiene el deber de proteger las fronteras exteriores para asegurar el orden público y la seguridad interior. El Gobierno entiende que, en virtud del artículo 72 del TFUE, las políticas sobre controles en fronteras, asilo e inmigración, no vulneran el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados para conseguir los objetivos anteriormente citados (párrafo 73 y 76) y que es tarea de la Guardia Civil la vigilancia en la frontera (párrafo 77)<sup>61</sup>.

Por otro lado, los demandantes y terceros intervinientes sostienen que las devoluciones en caliente suponen una flagrante violación de los derechos establecidos en el derecho internacional y en particular en el CEDH.

En relación con el ejercicio de una facultad inherente a la soberanía del Estado, los demandantes defienden que “*las dificultades en la gestión de los flujos migratorios o en la acogida no pueden justificar unas prácticas incompatibles con sus obligaciones convencionales*” (párrafo 83)<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Sección Tercera) sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 (demanda n°8675/15 y 8697/15).

<sup>60</sup> *Id.*

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> *Id.*

Como tercero interviniente, ACNUDH defiende en primer lugar que la prohibición de las expulsiones colectivas es una “*norma de derecho general internacional que implica el derecho a un examen individualizado con garantías suficientes para considerar de manera real y diferenciada las circunstancias individuales de las personas afectadas*” (párrafo 90)<sup>63</sup>.

A su vez, ACNUDH argumenta que la ejecución de una expulsión colectiva provoca que haya una ausencia de garantías entre las que caben destacar el examen individualizado de la situación de las personas migrantes. Esta parte interviniente entiende que en todo momento se debe proceder a otorgar un derecho a un recurso objetivo ante la decisión de un Estado de expulsar a un migrante de su territorio, indemnizando a los demandantes si se dio la expulsión (párrafo 90)<sup>64</sup>.

Asimismo, ACNUDH declara que en las zonas fronterizas no puede haber “*limbos jurídicos*” en donde se excluya la aplicación de normativa que respete los derechos humanos, y recalca que la jurisdicción se atribuye en base a la autoridad y el control ejercido sobre una persona o un territorio, lo cual no depende de la localización geográfica (párrafo 91)<sup>65</sup>.

Por otro lado, el Subcomité para la Prevención de la Tortura manifestó al Estado Español la necesidad de que dejara de realizar las devoluciones en caliente dado que son una práctica sumaria que no implica una evaluación individualizada sobre los riesgos de sufrir tortura de las personas migrantes expulsadas. Como ya habría establecido el mismo TEDH, en otros asuntos tales como *Asunto de Souza Ribeiro c. Francia*, es necesario que las autoridades antes de proceder a la expulsión de los individuos se realice un examen suficientemente profundo y con las garantías procesales adecuadas, no pudiendo realizar exámenes superficiales o anularlos (párrafo 82)<sup>66</sup>. Incluso, aunque se diera un examen individualizado, se debe garantizar en todo momento el contacto entre abogados y

---

<sup>63</sup> *Id.*

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> *Id.*

<sup>66</sup> Vid. Sentencia del TEDH sobre el *Asunto Souza Ribeiro c. Francia*, de 13 de diciembre de 2012 (demanda n° 22698/07).

expulsados, respetando los procedimientos de asilo que estuvieran pendientes, tal y como destaca la sentencia del TEDH en el *caso Čonka c. Bélgica*.<sup>67</sup>

En lo que respecta al artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH, el TEDH establece que el término expulsión debe ser entendido genéricamente, siendo irrelevante para el TEDH la terminología utilizada por el Estado español para denominar la acción que conlleva la expulsión, devolución o rechazo de una persona extranjera del territorio nacional (párrafo 174). El mismo TEDH designa a extranjero a cualquier persona no nacional del Estado que está siendo examinado, sin tener en cuenta la situación de regularidad o irregularidad de la persona extranjera<sup>68</sup>. Este será objeto de una expulsión colectiva, siempre y cuando, se le expulse, devuelva o rechace sin haber realizado un examen previo de sus circunstancias personales lo cual conlleva la ausencia de poder argumentar por qué se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente (Sánchez-Tomas, 2018).

Por los argumentos anteriormente mencionados, el TEDH declaró que la expulsión constituía una violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH<sup>69</sup>, calificando esta devolución como una expulsión sumaria y colectiva<sup>70</sup>. El TEDH opta por esta lectura del Convenio, al realizar una interpretación coherente y armoniosa de los tratados según el artículo 32 del Convenio de Viena de los Tratados<sup>71</sup>.

### **3.2.4. Derecho de asilo y principio de non-refoulement.**

Las autoridades del Estado receptor deben garantizar en todo momento que las personas tengan acceso efectivo a los procedimientos apropiados que determinan la condición de refugiado o la necesidad de otra medida de protección internacional (Gortázar Rotaache,

---

<sup>67</sup> Vid. Sentencia del TEDH sobre el *asunto Čonka c. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002 (demanda nº 51564/99).

<sup>68</sup> Concepto desarrollado en el *asunto Becker contra Dinamarca*, de 3 de octubre de 1975 (página 252).

<sup>69</sup> El TEDH ya habría reconocido la violación del artículo 4 del Protocolo en otros casos tales como *Shioshvili y otros c. Rusia*, 20 de diciembre de 2016, (demanda nº 19356/07) y *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, 26 de marzo de 2019 (demanda nº 14594/07 y otros 6).

<sup>70</sup> El TEDH determina que esta expulsión es colectiva, al remitirse a la sentencia *Čonka c. Bélgica*. En esta sentencia se valora la colectividad desde la existencia de garantías suficientes para acreditar un examen de las circunstancias particulares de los demandantes, así como las circunstancias del caso. Al no haber procedido a ningún tipo de análisis individual, tras rebasar la frontera de manera ilegal, se constata el carácter colectivo de estas expulsiones.

<sup>71</sup> *BOE* no 142, de 13 de junio de 1980.

2020). En virtud de las terceras partes intervinientes, el derecho a pedir asilo se debe aplicar tanto a las solicitudes de protección de las personas que el Estado permite entrar en el territorio como a las de aquellas personas que siguen los procedimientos fronterizos, tal y como dispone la Directiva 2013/32/UE.

Ante este argumento, el Gobierno español resalta que los demandantes habían accedido al territorio español de forma ilegal, atravesando una frontera terrestre en lugar de formular una solicitud de entrada de manera legal. El Ejecutivo español insiste en que las personas migrantes tenían la posibilidad de presentar sus solicitudes de asilo en países de tránsito, en los Consulados españoles en estos países o en el puesto fronterizo de Beni Enzar (Sosa Navarro, 2020).

Sin embargo, la realidad no puede estar más lejos de lo argumentado. ACNUDH, y el Comisario de DDHH señalan la imposibilidad de las personas de origen subsahariano de acceder al puesto fronterizo de Beni Enzar para solicitar asilo (Gortázar Rotaèche, 2020).

Las garantías del proceso de solicitud de asilo son cruciales a la hora de asegurar el derecho de asilo, el principio de no devolución y otros derechos fundamentales (Gortázar Rotaèche, 2020). Entre estas garantías mínimas del procedimiento de asilo, ACNUR destaca: el acceso a un recurso efectivo y un proceso con la identificación, consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas.

El informe del Comité para la Prevención de la Tortura de 2015 avala esta postura, demostrando que las actuaciones realizadas en la frontera con Marruecos suponen una violación del principio de non-refoulement (párrafo 40). El Comité recalca que no se garantiza un análisis individual de las circunstancias personales de los individuos que acceden a territorio español de manera irregular, procediendo a una devolución forzosa a Marruecos, incumpliendo así el principio de *non-refoulement* (Sosa Navarro, 2020).

Derechos reconocidos en tratados internacionales y normativa nacional tales como el derecho a la vida, integridad física, libertad de las personas migrantes, se ven afectados por la ausencia de estas garantías procedimentales<sup>72</sup>. Por ello, se entiende que el principio

---

<sup>72</sup> Vid. Sentencia del TEDH sobre el *asunto Bubbins c. Reino Unido*, de 17 de marzo de 2005 (demanda nº 50196/99) (párrafos 170-172); Sentencia del TEDH sobre el *asunto A.C. y otros c. España*, de 22 de abril de 2014 (demanda nº 6528/11) (párrafos 81-83).

de no devolución tiene un significado más amplio incluyendo la obligación del Estado de respetar las garantías mínimas de tutela efectiva como expresar los motivos personales en contra de la expulsión.

Al no existir un principio de non-refoulement como tal en el CEDH, tal y como destaca Abrisketa (2017), el TEDH se vale del artículo 3 del CEDH, en el que se prohíben las torturas y tratos degradantes. Este derecho, se relaciona con el principio de no devolución, al prohibir la expulsión de los migrantes a países donde puedan ser sometidos a estas prácticas denigrantes e inhumanas. Los Estados están obligados a no devolver, retornar, expulsar o extraditar a las personas migrantes a su país de origen ni a otros en los que su vida o su libertad corran peligro. Aunque ya se habría indicado por parte de organismos y asociaciones como Amnistía Internacional la práctica de estas medidas que atentan contra la dignidad e integridad de la persona, el TEDH no se pronunció sobre la vulneración del artículo 3 del CEDH (CEAR, 2020). Sin embargo, es necesario destacar que acorde a la normativa internacional y otras sentencias del TEDH, las devoluciones en caliente constituyen una práctica contraria al sentido del artículo 3 del CEDH y a los derechos fundamentales. El TEDH ya habría establecido la posibilidad en el *asunto Cruz Varas y otros c. Suecia* que la vulneración del artículo 3 del CEDH se puede aplicar a expulsiones y devoluciones (párrafo 70)<sup>73</sup>. Esta prohibición está relacionada con la responsabilidad de las autoridades del Estado de asegurarse que, en el caso de devolver al individuo, este no sea sometido a tratos contrarios este precepto. El hecho de que las autoridades españolas procedan a un rechazo en frontera, sin ningún tipo de proceso individualizado en donde los individuos aleguen sus circunstancias personales, implica que los individuos puedan verse sometidos a tratos denigrantes e inhumanos en Marruecos, bien por parte de las autoridades marroquíes o bien por parte de las autoridades del Estado al que sean enviados tras su llegada a Marruecos (Sosa Navarro, 2020).

### **3.2.5. Violación del artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4 al Convenio.**

---

<sup>73</sup> Sentencia del TEDH sobre el *asunto Cruz Varas y otros c. Suecia*, de 20 de marzo de 1991 (demanda nº 46/1990/237/307).

El artículo 13 del CEDH dispone que: “*Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional (...).*” Según los demandantes, este artículo ha sido violado al no poder disponer de una identificación previa, ni poder haber alegado sus circunstancias e impugnado mediante un recurso con efecto suspensivo, su rechazo inmediato a Marruecos, poniéndoles en una situación donde podían sufrir malos tratos en el Estado norafricano (párrafo 109)<sup>74</sup>.

En primer lugar, el gobierno sostiene que el derecho a un recurso interno efectivo está relacionado con la posibilidad de que se haya vulnerado un artículo del Convenio y de sus protocolos. Al entender el Ejecutivo que no se ha producido ninguna vulneración del CEDH ni de los Protocolos, no procedería el derecho a un recurso interno efectivo. El Gobierno español hace hincapié de nuevo en que los demandantes podían haber acudido a otras vías legales, al poder presentar una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo (párrafo 111)<sup>75</sup>.

Por otro lado, los demandantes hacen referencia a la vulneración del artículo 13 del CEDH, alegando que ha habido una ausencia de asistencia jurídica y lingüística, así como de una identificación previa que supondría una ausencia de las exigencias del artículo 13. Por ello, los demandantes argumentan que han sido desprovistos de las garantías legales y procedimentales correspondientes contra la decisión del Estado español (Sosa Navarro, 2020).

Esta situación de indefensión y de privación de acceso ha sido recogida en las intervenciones de ACNUR y del informe anual de actividad de 2015 del Comisario DDHH, que constatan la relación entre la privación de recursos efectivos de las personas migrantes y la ausencia de garantías suficientes para el examen individualizado que garantiza un proceso equitativo (párrafo 90)<sup>76</sup>.

Ante sendos argumentos, el TEDH estima que la expulsión de los demandantes a Marruecos constituye una vulneración del artículo 4 del Protocolo y por tanto se puede sostener a efectos del artículo 13 del CEDH. El TEDH constata la existencia de un vínculo

---

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Sección Tercera) sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 3 de octubre de 2017 (demanda nº8675/15 y 8697/15).

<sup>75</sup> *Id.*

<sup>76</sup> *Id.*

evidente entre las expulsiones y el hecho de que no se les permita a los inmigrantes el acceder a un procedimiento que cumpla con las exigencias del 13 CEDH (párrafo 120)<sup>77</sup>. Debido al carácter inmediato de la expulsión *de facto*, los demandantes fueron privados del acceso a todo tipo de recursos que les hubieran permitido presentar una queja ante la autoridad competente y lograr un control adecuado de sus solicitudes previo a que se lleve a cabo la devolución (Sosa Navarro, 2020).

En conclusión, el TEDH en la sentencia del 3 de octubre de 2017 de N.D. y N.T. contra España:

- Rechazó por unanimidad las dos excepciones preliminares planteadas por el Ejecutivo español.
- Estimó que se había producido una vulneración del artículo 4 del Protocolo nº4, al considerar que las actuaciones suponían la violación de la prohibición de expulsiones colectivas.
- Estimó que se había producido una violación del artículo 13 del CEDH en relación con el artículo 4 del Protocolo nº4, al no haberse otorgado derecho a un recurso efectivo.
- Estableció, en virtud del artículo 41 del CEDH, la obligación del Estado español de abonar en concepto de daños 5.000 euros y los intereses por mora si transcurriera el plazo en el que se debía pagar esta indemnización.

### **3.3. Cambio de perspectiva por la Gran Sala del TEDH**

La sentencia del TEDH con fecha 3 de octubre de 2017 fue derivada a la Gran Sala, al ser una cuestión ligada a la interpretación del CEDH de importancia general<sup>78</sup> (Sánchez

---

<sup>77</sup> *Id.*

<sup>78</sup> El Gobierno español decidió solicitar esta remisión en virtud del artículo 43 del CEDH. Los gobiernos de Francia, Italia y Bélgica se adhirieron como terceros intervinientes en el proceso (art. 36 CEDH), apoyando la postura del Ejecutivo español.

Legido, 2020). A efectos de realizar un análisis de esta segunda sentencia, se realizará un estudio de los argumentos clave esgrimidos por el Gobierno que dieron lugar al giro jurisprudencial del TEDH, en el que se rectificó el anterior fallo, estableciendo que las devoluciones en caliente acontecidas el 13 de agosto de 2014, no vulneraron ningún precepto del CEDH.

### *3.3.1. Existencia de vías legales y efectivas de acceso*

En virtud de lo establecido por la Gran Sala, los demandantes tuvieron en todo momento la posibilidad de utilizar los cauces legales dispuestos por el ordenamiento jurídico español para conseguir la entrada efectiva al territorio español (párrafo 242)<sup>79</sup>. El ordenamiento jurídico español otorgaba la posibilidad de solicitar un visado o la protección internacional en el puesto fronterizo de Beni Enzar, en las representaciones diplomáticas o consulares de España en los países de origen o de tránsito o incluso en Marruecos. Esta postura, sin embargo, no puede estar más lejos de la realidad (Martínez Escamilla, 2020).

A pesar de que es cierto que existen oficinas de asilo en donde las personas migrantes pueden solicitar protección internacional o visados, las personas migrantes de origen subsahariano tienen grandes dificultades para acceder físicamente a estas oficinas, en concreto a la parte española del puesto fronterizo de Beni Enzar (Martínez Escamilla, 2020). Como prueba de ello, se demuestra que ninguna solicitud de asilo de personas procedentes del África subsahariana fue presentada tras la puesta en funcionamiento el 1 de septiembre de la oficina de asilo de Beni Enzar (párrafo 126)<sup>80</sup>. Cuanta mayor afluencia de personas en la frontera, mayor es el control ejercido por las autoridades marroquíes para permitir el acceso al puesto de control fronterizo, pero especialmente a aquellas personas de origen subsahariano (Sánchez Legido, 2020). Los informes presentados por el Comisario DDHH, así como, ACNUR detallan la falta de acceso a las vías legales que permitirían la entrada en España, remarcando la imposibilidad de solicitar asilo en estas oficinas (Martínez Escamilla, 2020).

---

<sup>79</sup> STEDH sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 13 de febrero de 2020 (demanda nº 8675/15 y 8697/15).

<sup>80</sup> *Id.*

A pesar de esta evidencia, el Tribunal entiende que los informes no son concluyentes, alejándose de la tradicional importancia que otorgaba a los informes de organismos independientes (Sosa Navarro, 2020, pág. 1055). A su vez, el TEDH estima que, aunque hubiera algún tipo de discriminación por el origen de los migrantes, efectuado por el perfilado racial<sup>81</sup> o el control de pasaportes, esto no supone que España sea responsable de estas actuaciones (párrafo 221)<sup>82</sup>. El Estado español no tendría la obligación de llevar a otras personas bajo la jurisdicción de otro Estado a la suya. El Tribunal entiende, por tanto, que el Estado español proveía genuino y efectivo acceso a este puesto fronterizo (párrafo 217)<sup>83</sup>, sin considerar ningún tipo de responsabilidad en la posible falta de acceso debido a la actuación de las autoridades marroquíes. De esta manera, el razonamiento del TEDH exige a los demandantes a acceder a una vía legal obsoleta y disfuncional para poder disfrutar del derecho de un procedimiento individualizado reconocido por el propio Convenio.

La Gran Sala considera que los demandantes también tenían la posibilidad de acceder a las embajadas y consulados españoles, para presentar su solicitud de protección internacional (párrafo 222)<sup>84</sup>. Los demandantes discuten la eficacia del artículo 38 de la Ley de asilo, dado que no existía un reglamento que desarrolle su aplicación. No obstante, el TEDH entiende que el Ejecutivo Español habría demostrado que seguían en vigor, en virtud del artículo 2 del Código Civil, las disposiciones del reglamento de la anterior ley de asilo y una circular de 20 de noviembre de 2009 que incluía instrucciones de cómo aplicar el artículo 38 (párrafo 224).<sup>85</sup>

El mismo Tribunal dispondría que esta es una línea de actuación efectiva, explicando que en el año 2014 se habían presentado 346 solicitudes de asilo en embajadas españolas. Sin embargo, estos datos no son correctos dado que estas no serían solicitudes de asilo, “*si no extensiones de solicitud familiar*” (Martínez Escamilla, 2020, p.66).

---

<sup>81</sup> Este término, procedente del inglés *racial profiling*, se relaciona con cualquier acto discriminatorio realizado por las autoridades para realizar “*generalizaciones fundadas en la raza, color ascendencia, nacionalidad o etnia en lugar de comportamiento individual o pruebas objetivas*” (Dw.com, 2021, párrafo 5).

<sup>82</sup> STEDH sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 13 de febrero de 2020 (demanda nº 8675/15 y 8697/15).

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> *Id.*

<sup>85</sup> *Id.*

### 3.3.2. La conducta de los demandantes como factor determinante

El Tribunal considera en esta sentencia que la ausencia de una conducta diligente por parte de los demandantes al no acceder a las vías legales previstas, determina la protección recogida en el artículo 4 del Protocolo nº4 del CEDH (párrafo 200). Los demandantes carecían de razones de peso, ligadas a hechos objetivos para demostrar que no podían acceder a las vías legales previstas para entrar en el territorio español (párrafo 229)<sup>86</sup>. Este argumento desplazaría la carga de la prueba a los demandantes que debían haber probado los motivos por los que no pudieron acceder a los procedimientos de entrada legales. La Gran Sala establece que estas razones de peso debían estar ligadas a una actitud imputable al Estado español, no pudiendo entrar a conocer otras razones tales como el comportamiento de los efectivos de la Fuerza Auxiliar Marroquí (Sánchez Legido, 2020). Por tanto, esta decisión invalidaría cualquier tipo de prueba otorgada por las terceras partes relativas al impedimento de acceder a los puestos fronterizos por parte de las autoridades marroquíes, ya que no son imputables al Estado demandado (Martínez Escamilla, 2020).

Asimismo, la Gran Sala, esgrime que el TEDH se limita a seguir la doctrina de la conducta culpable reflejada en asuntos como *Berisha y Haljiti c. la ex República Yugoslava de Macedonia*<sup>87</sup>, *Dritsas y otros c. Italia*; y *Hirsi Jamaa, Khlaifia*<sup>88</sup> y *otros c. Italia*. La Gran Sala condena la actitud de los demandantes que deliberadamente “*se pusieron a sí mismos en peligro, participando en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla el 13 de agosto 2014, sacando ventaja de ser un grupo numeroso y del uso de la fuerza*” (párrafo 231)<sup>89</sup>.

Esta conducta, que atenta contra la seguridad pública, sería fruto de la voluntad de los demandantes los cuales podían haber entrado a través de los procedimientos legales

---

<sup>86</sup> *Id.*

<sup>87</sup> En la Decisión de admisibilidad de 2005 relativa al asunto *Dzavit Berisha y Baljie Haljiti c. la ex República Yugoslava de Macedonia*, el TEDH inadmitió la queja de los demandantes al entender que su conducta de actuar conjuntamente ante los tribunales como cónyuges daba entender que las autoridades debían dictar una sola decisión para ambos. El hecho de que los demandantes actuaran de esta manera en particular, provocó que las autoridades respondieran de una forma concreta.

<sup>88</sup> Sentencia del TEDH (Gran Sala) sobre el *Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012 (demanda nº 27765/09) (párrafo 183).

<sup>89</sup> *Id.*

disponibles, no teniendo ninguna razón de peso imputable al Estado para no valerse de estos procedimientos (Sánchez Legido, 2020). La Gran sala argumenta que el comportamiento de los demandantes resulta en la pérdida al derecho a un procedimiento de identificación individualizada y la posibilidad de alegar sus circunstancias personales (párrafo 242)<sup>90</sup>.

Esta afirmación atenta contra todos los principios establecidos en el Convenio, incluyéndose el artículo 13 del CEDH que facultaría a los demandantes a instar a un recurso efectivo ante la expulsión realizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Asimismo, el Tribunal parece entender que los representantes de los demandantes no habían sido siquiera capaces de demostrar los hechos concretos o fundamentos de derecho en la demanda que hubieran impedido la expulsión de estos si hubiera habido un procedimiento con todo tipo de garantías, registrándose individualmente (párrafo 230)<sup>91</sup>.

Tal y como destaca De Lucas (2020) es curioso que el TEDH despoje de los derechos fundamentales y garantías reconocidos en el propio Convenio por la comisión de ilícitos penales (si se estima que se utiliza violencia en el salto) o infracciones en el ámbito administrativo (no tener la documentación adecuada). Por ello, instituciones como Comisión Española de Ayuda al Refugiado (en adelante, CEAR) entienden que el veredicto del TEDH constituiría “*uno de los mayores retrocesos en materia de derechos humanos que hace dudar de la propia universalidad de los mismos*”. (CEAR, 2020, p.8).

#### **CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES DE LA JURISPRUDENCIA**

El último fallo del TEDH<sup>92</sup> avaló las devoluciones en caliente producidas el 13 de agosto de 2014 en la frontera de Melilla con Marruecos, demostrando que estas expulsiones colectivas producto de una entrada irregular ilegal en territorio español no eran contrarias a los preceptos del CEDH. Sin embargo, esta decisión del TEDH no podría trasladarse a otros escenarios, en los que ciertos elementos característicos de estas devoluciones no estuvieran presentes. El TEDH avaló las devoluciones en caliente que habían sido

---

<sup>90</sup> STEDH sobre el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, de 13 de febrero de 2020 (demanda nº 8675/15 y 8697/15).

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> *Id.*

efectuadas ante una entrada irregular en la que los demandantes se aprovecharon de la presencia de un gran número de personas involucradas en el salto y en las que prevaleció el uso de la fuerza (párrafo 231)<sup>93</sup>.

Por tanto, no podemos concluir que todos los tipos de devoluciones en caliente son legítimas bajo el mismo criterio. De hecho, están siendo juzgadas devoluciones, cómo el caso *de Doumbe Nnauchi contra España*, en el que el demandante, junto con un grupo de subsaharianos, accedió a Melilla. En dicho proceso, el demandante alega, que, tras haber sido asistido por los guardias civiles españoles, éstos le agredieron con el fin de que regresase a Marruecos (Soler García, 2018). El presunto uso de violencia por parte de las autoridades españolas para impedir que el demandante iniciara un proceso de solicitud de asilo, podría ser un elemento diferenciador que diera lugar a no avalar este tipo de rechazos en frontera y otros semejantes.

Ante los eventos ocurridos el pasado 19 de mayo de 2021 en Ceuta (Infolibre, 2021), cabe preguntarse si los rechazos en frontera hubieran sido avalados ante el TEDH, considerando los argumentos esgrimidos en la Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2013. Es necesario partir de la base que los Estados tienen el derecho de ajustar las llegadas a la capacidad de acogida, teniendo en cuenta que no tiene porque aceptar a todo tipo de migrantes (Martínez Escamilla et al., 2014).

El uso por parte de las autoridades marroquíes de menores no acompañados, como si de una marcha verde infantil se tratara, es algo deplorable, injustificado y peligroso para lograr una migración segura, ordenada y regular<sup>94</sup>. Sin embargo, una vez que estos menores acceden a territorio español, debía iniciarse un procedimiento con todas las garantías necesarias, respetando los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que España es parte. En este aspecto, es necesario traer a colación la condena a España por el Comité de Derechos del Niño ante la eventual devolución en caliente de un menor. El Dictamen del Comité estimó que la manera de actuar de las autoridades españolas vulneró los derechos contenidos en los artículos, 3,

---

<sup>93</sup> *Id.*

<sup>94</sup> Estos serían los criterios fijados por el Pacto Mundial sobre Migración, un acuerdo global para aprovechar los beneficios de la migración, intentando ahondar en la construcción de los objetivos fijados en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes (Pardo Cuerdo, 2019).

20, y 37 de la Convención, al no proveer ningún tipo de asistencia especial a este menor no acompañado. La resolución destaca que la ausencia de identificación y de un examen individualizado de las circunstancias particulares provoca que muchos de los menores de edad no sean identificados y que otros miembros de colectivos que deben ser protegidos tampoco (Montesinos Padilla, 2021). Por tanto, aun no siendo una resolución vinculante, cabría ver hasta que punto estos rechazos efectuados contra niños serían avalados por el TEDH, uno de los órganos cuyo papel ha sido clave en el desarrollo y defensa de los derechos fundamentales y humanos. Por ahora, la Fiscalía de Menores de Ceuta ha iniciado una investigación para clarificar los hechos acontecidos respecto a varios menores dado que estas vulneran la legislación nacional e internacional. Esta investigación, a saber, sigue pendiente de la identificación de varias pruebas gráficas, así como del análisis de las declaraciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad implicados en las devoluciones de menores (Infolibre, 2021). Estos mismos hechos incluso podrían ser constitutivos de un delito de prevaricación por el incumplimiento por parte de los funcionarios públicos de las leyes relativas a la repatriación de menores.

Hay otros supuestos en los que este tipo de prácticas no estarían permitidos por el derecho internacional y nacional tales como mujeres embarazadas<sup>95</sup>, aquellos afectados por serios motivos de incapacidad o cualquier tipo de persona calificada como parte de un colectivo especialmente vulnerable. El mismo TEDH ya habría condenado a Rusia en la sentencia *Shioshvili y otros contra Rusia* por no haber tenido en cuenta el estado de embarazo y la corta edad de los otros solicitantes a la hora de realizar las expulsiones colectivas (párrafo 76)<sup>96</sup>.

#### 4.1. Postura del Tribunal Constitucional frente a las devoluciones en caliente.

Otro aspecto determinante en este trabajo de fin de grado es establecer cuál ha sido el criterio fijado por nuestros órganos jurisdiccionales sobre la legitimidad y constitucionalidad de los rechazos en frontera en base al criterio establecido por el TEDH en su última sentencia. El Tribunal Constitucional admitiría la validez de los rechazos en

---

<sup>95</sup> Los artículos 57.6 de la LOEX establecería la suspensión de la expulsión cuando “*conculca el principio de no devolución o afecte a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre*”.

<sup>96</sup> Sentencia del TEDH (Sección Tercera) sobre el caso *Shioshvili y otros contra Rusia*, de 20 de diciembre de 2016 (demanda nº 19356/07).

frontera como parte de un procedimiento administrativo no sancionatorio en la STC 17/2013 de 31 de enero<sup>97</sup>, al afirmar que son necesarios para el control de flujos migratorios, respetando siempre los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros (FJ 12) y los tratados internacionales<sup>98</sup>. Esta serie de requisitos y condiciones se encontrarían detallados en la LOEX, que faculta en el artículo 58.3 la expulsión de extranjeros sin necesidad de expediente a “*los que pretendan entrar ilegalmente en el país*”<sup>99</sup>. En concreto, el artículo 23 del Reglamento de la LOEX incluye “*a estos efectos a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones*”<sup>100</sup>. Esta misma ley orgánica determina un régimen especial para Ceuta y Melilla, especificando que los extranjeros detectados en la línea fronteriza que accedan irregularmente en estos territorios “*podrán ser rechazados para no permitir su entrada ilegal en España*” (Disposición adicional décima)<sup>101</sup>.

Según Acosta Penco (2018), la puesta en práctica de las devoluciones en caliente, sin ningún tipo de garantías, asistencia y evaluación particular de las circunstancias iría en contra de los derechos reconocidos en la Constitución Española<sup>102</sup> tales como: el derecho a la libertad, integridad física o tutela judicial efectiva<sup>103</sup>. Esto es sin tener en cuenta otra serie de derechos anteriormente mencionados en el capítulo relativo a los tratados internacionales por el cual queda supeditado el ordenamiento jurídico español, en virtud del artículo 10 CE (Martínez Escamilla et al, 2015). García Vitoria (2020) destaca la obligación del Estado español de cumplir con los tratados internacionales, entre los que destaca el CEDH, y que la interpretación genérica de las expulsiones colectivas del artículo 4 del Protocolo 4 de la primera sentencia era más adecuado a la hora de garantizar una protección real y efectiva de los derechos (artículo 9.2 CE). Esta sentencia recalcaría que es necesario que los derechos sean reales y efectivos, debiendo acudir forzosamente a las circunstancias de los individuos que pretenden saltar las vallas y a la actuación de las autoridades en las fronteras.

---

<sup>97</sup> BOE nº. 49, de 26 de febrero de 2013.

<sup>98</sup> Por ello, el TC rechazaba la visión de que esta figura de rechazo en frontera era una práctica administrativa libre del control de los tribunales.

<sup>99</sup> BOE nº 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>100</sup> BOE nº 103, de 30 de abril de 2011.

<sup>101</sup> BOE nº 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>102</sup> BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>103</sup> Estos argumentos se relacionan con los argumentos esgrimidos sobre la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE), la ausencia del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y la falta de control por los tribunales de la actividad de la Administración (artículo 106 CE).

A pesar de que gran parte de la academia y juristas apuntalan la postura anteriormente mencionada, el Tribunal Constitucional corroboró la legitimidad de los rechazos en frontera dispuestos, estimando la legalidad de la DFP de la LOPSC por el que se introducía la disposición adicional décima de la LOEX que fija un régimen especial para Ceuta y Melilla y permitiendo *de facto* las devoluciones en caliente<sup>104</sup>. El propio Tribunal Constitucional se remitió a la doctrina del TEDH<sup>105</sup> para establecer que la disposición actúa conforme a la normativa constitucional, siempre y cuando, se interprete conforme a lo establecido en el fundamento jurídico 8C<sup>106</sup>.

Estos rechazos en frontera deben ejecutarse siempre en cumplimiento de las normas, acuerdos, tratados internacionales ratificados en España, según lo establecido por el Tribunal Constitucional. España como parte del CEDH, un tratado internacional, debe respetar los derechos establecidos en el mismo. Reconocidos juristas como García Vitoria (2020) remarcan que el mismo Convenio instaura una garantía de mínimos, debiendo haber un mayor control por parte del TC, dado que este tiene un nivel de garantías más amplio. En este sentido, es necesario recalcar que la CE habría reconocido el derecho de asilo en su artículo 13.4, mientras que el CEDH no contemplaría si quiera este derecho, teniendo que acudir el TEDH a los preceptos dispuestos en el ordenamiento jurídico español para estimar la legitimidad de las devoluciones en caliente. Por tanto, desde nuestro punto de vista, el TC debía haber realizado un examen mucho más exhaustivo sobre la realidad de los rechazos en frontera, teniendo en cuenta un estudio de la norma para aplicarla “*a cualquier situación que pueda plantearse en el futuro*” (García Vitoria, 2020, párr. 4).

---

<sup>104</sup> El TC prefiere no entrar en el estudio del contenido de los derechos alegados por los recurrentes, estableciendo que esta disposición es constitucional acorde a las obligaciones asumidas por España en lo relativo al CEDH y los tratados internacionales.

<sup>105</sup> Los tribunales ordinarios pueden fundamentar sus decisiones en las disposiciones del CEDH (en virtud del artículo 96.1 CE) y en la interpretación de las mismas por el TEDH, pero estas resoluciones no pueden ir en contra de la Constitución. Esta relación jurisprudencial también funciona al revés, ya que el TEDH tiene en cuenta las resoluciones del TC, al valorar el derecho interno ya interpretado por los órganos jurisdiccionales españoles (Ripol Carrulla, 2014).

<sup>106</sup> Los requisitos fijados en la STC se pueden resumir en 3 puntos: aplicación a las entradas individualizadas, pleno control judicial, cumplimiento de las obligaciones internacionales (Martínez Alarcón, 2017). De esta manera, el TC desestima la vulneración del principio de no devolución al remitirse a estos tres requisitos que estima que se dan en los rechazos en frontera, aunque efectúa un análisis demasiado superficial sobre los mismos requisitos.

A su vez, el TC estableció en esta sentencia que, si bien avala las devoluciones en caliente, se debe otorgar procedimientos legales y reales efectivos de entrada al territorio español. Aunque el TEDH y el TC estimaron la posibilidad de entrar en el territorio español por vías legales<sup>107</sup>, esta es bastante baja por no decir nula, sobre todo para los extranjeros de origen subsahariano (Sánchez Legido, 2020)<sup>108</sup>. Asimismo, muchos de estos mecanismos de entrada legal al territorio español son raramente puestos en práctica por parte de los funcionarios públicos. El argumento esgrimido para inutilizar estas vías ha venido siendo que el artículo 38 de la Ley 12/2009 que faculta a los extranjeros a solicitar asilo en puestos fronterizos y pedir el traslado a España para promover la solicitud de protección internacional en representaciones diplomáticas ante un riesgo inminente contra su integridad física, no tiene un suficiente desarrollo reglamentario.

#### 4.2. La efectividad de las vías legales bajo el criterio del Tribunal Supremo.

ACNUR y otras ONG especializadas, ya habrían denunciado las graves dificultades que tienen los migrantes, especialmente los de origen subsahariano, para acceder a estas vías, bien por el uso de la fuerza de autoridades de otros Estados, así como la negativa de los funcionarios de trasladar a los solicitantes a España para que presenten su solicitud de protección internacional (Amnistía Internacional, 2015).

El Tribunal Supremo analizó esta sinrazón, admitiendo en casación un recurso contra el auto que desestimó por silencio administrativo una solicitud presentada para promover el traslado de la demandante a España para que presentara la solicitud de protección internacional tal, ante el peligro inminente contra su integridad física. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de 2020<sup>109</sup> rechazó el argumento esgrimido por Gobierno para no responder a las solicitudes de protección internacional por la falta de desarrollo reglamentario. El Alto Tribunal acudió a la misma fundamentación jurídica que se aplicó en la segunda sentencia del TEDH relativa al caso N.D. y N.T. sobre el

---

<sup>107</sup> El TC establecería que no hay ninguna vulneración del principio de no devolución por el rechazo en frontera dado que se puede acudir a las vías dispuestas en la Ley 12/2009 si uno ha sido rechazado en virtud de la disposición adicional décima de la LOEX.

<sup>108</sup> Sánchez Legido basándose en los informes del Defensor del pueblo, así como otros informes de organismos internacionales remarca que: “*las fuentes denuncian que es imposible para los inmigrantes subsaharianos como consecuencia de la acción represiva de los efectivos de la Fuerza Auxiliar Marroquí*” (Sánchez Legido, 2020, p.256).

<sup>109</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de octubre, núm. 1327/2020. Fundamento de Derecho, p.9.

desarrollo reglamentario, para probar que sí que se debe cumplir con en el artículo 38 de la ley 12/2009<sup>110</sup>. Según este veredicto, sí que existiría un desarrollo reglamentario del artículo 38 dispuesto en el Real Decreto 203/1995 y la Carta de Circulares de 2009. El Alto Tribunal aplicó el artículo 2.2 del Código Civil, para llegar a la misma conclusión que el TEDH, sobre la existencia de un desarrollo reglamentario, que faculta a los migrantes a acceder a estas vías legales de entrada a territorio español<sup>111</sup>.

Como ya se habría recalcado anteriormente, los tribunales españoles tienen el deber de seguir los criterios establecidos por el CEDH y por las sentencias del TEDH. Si el mismo Gobierno alegó ante el TEDH que ya existía un desarrollo reglamentario y este confirmó su existencia, este reglamento debe aplicarse, garantizando también el principio de seguridad jurídica y cumpliendo con los artículos 96 y 10 de la CE. Por ello, concluimos que el Ejecutivo español debe ser coherente y establecer una línea de actuación clara en lo que respecta a las vías de acceso dispuestas en la ley de extranjería, facilitando el acceso por vías legales dispuesto en el artículo 38 de la Ley 12/2009.

---

<sup>110</sup> *Id.*

<sup>111</sup> *Id.*

## CAPÍTULO V. CONCLUSIONES FINALES

1. A lo largo del trabajo, se ha analizado la legitimidad de las devoluciones en caliente, concluyendo que estas no cumplen con los estándares establecidos en la normativa internacional y nacional. Las expulsiones colectivas por parte de las autoridades españolas, sin ningún tipo de garantía procedimental, quebrantan derechos constitucionales tan fundamentales como el derecho al asilo, el derecho a la libertad, el derecho a la integridad física y el derecho a la tutela judicial efectiva.

2. La sentencia de la Gran sala en el asunto N.D. y N.T. c. España avala las devoluciones en caliente acontecidas el 13 de agosto de 2014 que fueron caracterizadas por haberse realizado tras un asalto masivo y con uso de la fuerza por parte del grupo numeroso de personas migrantes, sin haber acudido a otro tipo de vías legales para acceder al territorio español. La doctrina de la conducta culpable establecida en este fallo omite la realidad de las personas migrantes que ven como única vía factible de acceder a territorio español la entrada de manera irregular. En este sentido, es necesario destacar la inexistencia de vías legales efectivas para acceder al territorio de personas del África subsahariana, dado que o son rechazados por las autoridades marroquíes antes de alcanzar los puestos fronterizos o no se les permite pedir el traslado desde las representaciones diplomáticas para solicitar la protección internacional. El TEDH parece así omitir la inexistencia de vías efectivas legales de acceso al territorio español, en el contexto de endurecimiento de las políticas migratorias y la externalización del control de fronteras de los Estados europeos.

3. El TEDH entiende que para dotar de efectividad a sus decisiones en todos los Estados miembros del Consejo de Europa debe dejar un espacio de maniobra para conseguir la aplicación y efectividad del CEDH. Al entender que el CEDH es una garantía de mínimos, quedarían otras vías domésticas por las cuales se puedan proteger y asegurar los derechos de los migrantes, que pueden ser más garantistas o más adecuadas. La Gran Sala en su sentencia de 2020 prima el criterio del margen de apreciación nacional a la hora de controlar los flujos migratorios en fronteras, dejando a España que aplique los estándares nacionales relativos a los derechos fundamentales, en concreto al derecho de asilo. El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de los derechos dispuestos en la constitución, avaló en su sentencia 19 de noviembre de 2020 la disposición por la que se

incluyen las devoluciones en caliente en la LOEX, restringiendo el sentido y alcance del derecho de asilo. Sin embargo, esta tendencia parece que puede ser revertida, gracias a la obligación del Estado español de cumplir con lo dispuesto en las sentencias del TEDH en lo relativo a los derechos dispuestos en el Convenio. La última sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2020 fija que el Ejecutivo español tiene el deber de promover el traslado de solicitantes de asilo, siempre y cuando, se cumplan los requisitos dispuestos en la Ley 12/2009. El Alto Tribunal señala la existencia de un desarrollo reglamentario de esta vía de acceso legal al territorio español, tal y como dispuso el TEDH en su sentencia de 19 de noviembre de 2020, por lo que se debe asegurar la efectividad de esta vía. La puesta en práctica de esta vía podría ser un avance hacia una migración ordenada, regular y segura que evitaría acontecimientos tan lamentables, desde un punto de vista humanitario, como los acontecidos el 19 de mayo de 2021 en la ciudad autónoma de Ceuta.

4. Es necesario que, ante eventos caracterizados por una enorme presión migratoria en las fronteras españolas, se realice un examen individualizado y exhaustivo de las circunstancias de los migrantes menores de edad no acompañados, mujeres embarazadas y otros grupos susceptibles de especial atención tal y como faculta la LOEX. Este examen pormenorizado de las circunstancias garantizaría el cumplimiento del Reino de España con los estándares fijados en los tratados internacionales incluidos en el ordenamiento jurídico español, asegurando los derechos fundamentales de colectivos especialmente vulnerables como los niños.

5. Finalmente, cabe concluir que el diálogo entre el TEDH y los tribunales nacionales españoles debe ser más coherente y completo a la hora de concretar las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos humanos. Se debe evitar remitir a la jurisprudencia de otros tribunales, sin realizar un análisis integral de la realidad de los migrantes, con el fin de evitar responsabilidades y asumir los retos de la migración. La consecución de esta tarea permitirá el desarrollo de una migración segura, ordenada y regular, en línea con los objetivos del Pacto Mundial de Migración de Naciones Unidas.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. LEGISLACIÓN.

#### *a. Internacionales*

Asamblea General de Naciones Unidas, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio 1951, Ginebra, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol.189, p.137, Disponible en esta dirección: <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>. [Accedido en febrero de 2021].

Asamblea General de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171, Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html> [Accedido en junio 2021]

Asamblea General de Naciones Unidas, Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 31 enero 1967, Nueva York, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 606, p.267, Disponible en esta dirección: <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>. [Accedido en enero de 2021].

Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 diciembre 1948, 217 A (III). Disponible en esta dirección: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [Accedido en febrero de 2021].

Asamblea General de Naciones Unidas, Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, 23 de mayo de 1969. Disponible en esta dirección: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1980-11884](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1980-11884) [Accedido en febrero de 2021].

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en vigor desde 3 de septiembre de 1953.

*b. Comunitarios.*

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/391, 26 octubre 2012). Disponible en esta dirección: [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf) [Accedido en enero de 2021].

Código de Fronteras Schengen. 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 (Diario Oficial de la Unión Europea, L 77/1, 23 de marzo de 2016). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32016R0399>

Directiva 2005/85/CE, 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DOCE L 326/13, de 13 de diciembre de 2005). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2005/326/L00013-00034.pdf>

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOCE L 348/98, de 24 de diciembre de 2008). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2008/348/L00098-00107.pdf>

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DOCE L 337/9 de 20 de diciembre de 2011). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:es:PDF>

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 (DOCE L 180/60, de 29 de junio de 2013). Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9260.pdf>

Tratado de Funcionamiento de la Unión europea. (Diario Oficial de la Unión Europea C 326/47, de 26 de octubre de 2012).

Tratado de la Unión Europea. (Diario Oficial de la Unión Europea C 83/13, de 3 de marzo de 2010).

### c. Nacionales

Constitución española, promulgada el 27 de diciembre de 1978, y en vigor desde el 29 de diciembre del mismo año. *Boletín Oficial del Estado*, 311, de 29 de diciembre de 1978. España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, 10, sec. I, de 12 de enero de 2000, 1139 a 1150. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-544-consolidado.pdf#page=34>

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria. *Boletín Oficial del Estado*, 263, sec. I, 30 de octubre de 2009, 90860 a 90884. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-17242>

Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. *Boletín Oficial del Estado*, 288, de 28 de noviembre de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12326>

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. *Boletín Oficial del Estado*, 77, sec. I., de 31 de marzo de 2015, 27216 a 27243. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3442>

Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la

condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. *Boletín Oficial del Estado*, 52, de 2 de marzo de 1995, 7237 a 7246. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-5542>

Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, 103, de 30 de abril de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>

## 2. JURISPRUDENCIA.

Decisión de admisibilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección quinta), sobre el *asunto Dzavit Berisha y Baljie Haljiti contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Demanda n.º 18670/03, de 16 de junio de 2005.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 17/2013, de 31 de enero de 2013.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 172/2020, de 19 de noviembre de 2020.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa). *Asunto Henning Becker contra Dinamarca*. Demanda n.º 7011/75, de 3 de octubre de 1975.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Caso Berdzenishvili y otros c. Rusia*. Demanda n.º 14594/07 y otros 6, 26 de marzo de 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Caso Čonka c. Bélgica*. Demanda n.º 51564/99, de 5 de febrero de 2002.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Asunto A.C y otros. c. España*. Demanda n.º 6528/11, de 22 de abril de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Asunto Bubbins c. Reino Unido*. Demanda n.º 50196/99, de 17 de marzo de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Asunto N.D. y N.T. c. España*. Demanda nº 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Asunto Souza Ribeiro c. Francia*. Demanda nº 22698/07, de 13 de diciembre de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. Demanda nº 27765/09, de 23 de febrero de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Caso Sharifi y otros contra Italia*. Demanda nº 1664/09, 21 de octubre de 2014

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera). *Asunto N.D. y N.T. c. España*. Demanda nº 8675/15 y 8697/15, de 3 de octubre de 2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera). *Caso Shioshvili y otros contra Rusia*. Demanda nº 19356/07, de 20 de diciembre de 2016.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Gran Sala). *Asunto de Dritsas y otros c. Italia*. Demanda nº 2344/02, 1 de febrero de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Asunto Cruz Varas y otros c. Suecia*, de 20 demanda nº 46/1990/237/307, de marzo de 1991.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Asunto Doumbe Nnabuchi contra España*. Demanda 19420/15, presentada el 13 de abril de 2015.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm. 1327/2020, de 15 de octubre de 2020.

### 3. OBRAS DOCTRINALES

Abrisketa Uriarte, J. (2017). La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 119-158. Recuperado de: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.56.04>

Acosta Penco, T. (2018). Rechazo en frontera y derechos humanos. *Revista española de Derecho Administrativo*, 193, 275-307.

Argerey, P. (2006). La Unión Europea y el control de la inmigración. *Política Exterior*, 20(114), 177-184. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/20646006>

Burgueño, B. F. (2018). La transposición de la Directiva de Procedimientos de Asilo y la efectividad coercitiva de las decisiones de infracción de la Comisión Europea. *RIEM. Revista internacional de estudios migratorios*, 7(4), 257-269.

Cintas, E. P. (2014). La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 143-174.

Corella, Á. S. (2017). Naïr, Sami. Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real. Barcelona. Editorial Planeta, Crítica, 2016, 186 pp. *Anuario de filosofía del derecho*, (33), 318-323.

De Lucas, J. (2020). El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia «ND y NT contra España» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, (27), 84-96.

Gabriela Pinheiro, M. B. (2014). Rompiendo mitos: Migraciones en Europa. *Geopolítica(s)*, 5(1), 138-141. Recuperado de: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/rompiendo-mitos-migraciones-en-europa/docview/2428302951/se-2?accountid=34207>

García Roca, J. (2019) *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Editorial Civitas.

García, I. G. (2017). Rechazo en las Fronteras Exteriores Europeas con Marruecos: Inmigración y Derechos Humanos en las Villas de Ceuta y Melilla 2005-2017. *Revista General de Derecho Europeo*, 43, 17-57.

García, R. A. (2015). Sobre la adhesión de la UE al CEDH:(o sobre cómo del dicho al hecho, hay un gran trecho). *Revista Española de Derecho Europeo*, (53), 11-16.

Gortázar Rotaache, C. (2020) ¿La nueva línea del TEDH es restrictiva? Una sentencia sobre “devoluciones en caliente” que cae como jarro de agua fría, *Revista Prisa*, p. 36-44.

Gutiérrez, J. M., Borre, J. R., Montero, R. A., & Mendoza, X. F. B. (2020). Migración: Contexto, impacto y desafío. Una reflexión teórica. *Revista de ciencias sociales*, 26(2), 299-313.

Hakansson, C. (2008). El impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las constituciones iberoamericanas. *Persona y Derecho*, 59 (2008): 57-75. Recuperado de: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/17352>

Hidalgo, N. A. (2010). Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular: diez años de política europea de readmisión a debate. *Cuadernos Europeos de Deusto*, (43), 53-90. Recuperado de: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/152/la-politica-de-inmigracion>

Jiménez, G. P. (2019). Deconstrucción de la política europea de inmigración. *Política exterior*, 33(187), 68-74.

La Spina, E., & Corella, Á. S. (Eds.). (2014). Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España. Universitat de València.

María del Águila, L. P. (2018). Análisis de los acuerdos entre España y Marruecos - la garantía de la circulación de las personas inmigrantes en la frontera sur de la ciudad autónoma de Melilla. *Revista Internacional De Pensamiento Político*, 13, 455-472. Recuperado de: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/análisis-de-los-acuerdos-entre-españa-y-marruecos/docview/2357418064/se-2?accountid=34207>

Martín Pérez, J. (2015). El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19(52), 825-869.

Martín Pérez, J. (2017) El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 235–269.

Martínez Escamilla, M. (2020). Las "devoluciones en caliente" tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.D. y N. T. vs España). *Revista Jueces para la democracia*, (97), 61-71.

Martínez Escamilla, M., Sánchez Tomás, J. M., Segovia Bernabé, J. L., Díez Ripolés, J. L., García España, E., Gimbernat Ordeig, E., ... Villaverde Menéndez, I. (2015). "Rechazos en frontera": ¿Frontera sin derecho? *Informe promovido desde el Proyecto I+D+i "Iusmigrante"* (DER 2011-26449). Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf>

Martínez Escamilla, M., Sánchez Tomás, J. M., Segovia Bernabé, J. L., Díez Ripolés, J. L., García España, E., Gimbernat Ordeig, E., & Villaverde Menéndez, I. (2014). "Expulsiones en caliente": Cuando el Estado actúa al margen de la ley. *Informe promovido desde el Proyecto I+D+i "Iusmigrante"* (DER 2011-26449). Recuperado de: <http://eprints.ucm.es/25993>.

Montesinos Padilla, C. (2021). La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los Menores Extranjeros No Acompañados. *Revista de Derecho Político*, 1(110), 229-258.

Oanta, G., Teijo García, C., Movilla Pateiro, L., Sánchez Ramos, B., Ríos Rodríguez, J., Laso Pérez, J., . . . Abrisketa Uriarte, J. (2015). A) Jurisprudencia española en materia de derecho internacional público. *Revista Española De Derecho Internacional*, 67(1), 179-229.

Oraá, J. O., & Gómez, F. I. (2009). *La declaración universal de Derechos humanos*. Universidad de Deusto.

Oroza, R., & Puente, Y. (2017). La crisis migratoria en el Mediterráneo y la Unión Europea: principales políticas y medidas antinmigrantes. *Revista Novedades en población*, 13(26), 1-9.

Palacios, M. D. Á. L., Gimeno, M. D. C. M., & Fernández, S. S. (2019). Violencia de género y trata de personas con fines de explotación sexual. Vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes en su paso por Melilla y norte de África. *Collectivus, Revista de Ciencias Sociales*, 6(2), 121-140.

Pardo Cuerdo, J. L. (2019). El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular y sus implicaciones para los estados. *Tiempo de Paz*, 135, 13–21.

Ramírez, J. M. P. (2017). El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización. *Revista de estudios políticos*, (175), 207-234.

Ripol Carulla, S. (2014). Un nuevo marco de relación entre el tribunal constitucional y el tribunal europeo de derechos humanos. *Revista Española De Derecho Internacional*, 66(1), 11-53. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/26180600>

Rodríguez, J. R. (2020). Las políticas de migración y asilo en la Unión Europea y sus problemas de aplicación en los Estados miembros. *RESI: Revista de estudios en seguridad internacional*, 6(1), 57-77.

Ruiz Sutil, C. (2016). El rechazo en frontera o la denominada «devolución en caliente» y su regulación en la LOEX. *Revista Española De Derecho Internacional*, 68(2), 329-336. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/26181589>

Sánchez Legido, A. (2020). Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo ¿Apuntalando los muros de la Europa Fortaleza? *Revista Española de Derecho Internacional*, 72 (2), 235-260.

Sánchez-Tomas, J. (2018). Las “devoluciones en caliente” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Europeo*, 65, 101-135.

Schmid-Drüner, M. (2019). *Parlamento Europeo. Fichas temáticas sobre la Unión Europea: la política de inmigración.*

Soler García, C. (2018). 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*, (45), 107-160.

Sosa Navarro, M. (2020). Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto *N.D. y N.T. contra España* ante el TEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 67, 1039-1061. Recuperado de: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.08>

Tassinari, F. (2018). La tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo a la luz de la Directiva 2013/32/UE: Reflexiones sobre el asunto ND Y NT vs. España. *Teoría y Derecho*, (24), 327-345.

Veas-Peñalver, C. (2015). La inmigración irregular en España y la Unión europea: retos y desafíos para la protección del ser humano derivados de las denominadas “devoluciones en caliente”. *Revistas académicas*, 6(1).

#### 4. RECURSOS DE INTERNET

Acnur.org. (2021). *La Convención de 1951*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/la-convencion-de-1951.html>. [Accedido en febrero 2021].

Amnistía Internacional. (2015). Miedo y vallas: los planteamientos de Europa para contener a las personas refugiadas. Recuperado de: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/EUR0325442015SPANISH.PDF> [Accedido en abril 2021].

CEAR. (2019). *CEAR alerta del peligro que correrían las personas devueltas a Marruecos*. [Nota de prensa]. Recuperado de: <https://www.cear.es/cear-alerta-del-peligro-que-correrian-las-personas-devueltas-a-marruecos/>. [Accedido en marzo 2021].

CEAR. (2020), Análisis de la sentencia N.D. y N.T contra España de 13 de febrero de 2020. Recuperado de: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf>

Dw.com, D. (2021). *Consejo de Europa apoya prohibir perfilado racial de Policía | DW / 07.07.2020. DW.COM*. Recuperado de: <https://www.dw.com/es/consejo-de-europa-apoya-prohibir-perfilado-racial-de-polic%C3%ADa/a-54073982>.

García Vitoria, I. (24 de febrero de 2020) [Publicación de blog]. El Tribunal Constitucional ante las “devoluciones en caliente”. Dos visiones complementarias sobre los riesgos de admitir su encaje constitucional: Por qué el Tribunal Constitucional no está obligado a permitir las devoluciones en caliente. Recuperado de: <http://idpbarcelona.net/tribunal-constitucional-ante-las-devoluciones-caliente-dos-visiones-complementarias-los-riesgos-admitir-encaje-constitucional/>.

Guerrero, F. G. (2020). Interior retira la tercera valla de Melilla. *elperiodico.com*. Recuperado de: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20200121/ministerio-interior-melilla-frontera-sirga-tercera-valla-7816010> [Accedido en junio 2021].

Infolibre.es. *La Fiscalía investiga un presunto delito de prevaricación en la devolución de un menor recién llegado a Ceuta*. Recuperado de (2021, mayo). Recuperado de: [https://www.infolibre.es/noticias/politica/2021/05/28/la\\_fiscalia\\_investiga\\_presunto\\_delito\\_prevaricacion\\_devolucion\\_caliente\\_menor\\_recien\\_llegado\\_ceuta\\_121071\\_1012.htm](https://www.infolibre.es/noticias/politica/2021/05/28/la_fiscalia_investiga_presunto_delito_prevaricacion_devolucion_caliente_menor_recien_llegado_ceuta_121071_1012.htm)

Mazouz, C. (2015). Lectura analítica del acuerdo hispano-marroquí sobre readmisión de extranjeros. *Mundiario*. Recuperado de: <https://www.mundiario.com/articulo/politica/lectura-analitica-acuerdo-hispano-marroqui-readmision-extranjeros/20150820160120032828.html>