



Facultad de Ciencias Humanas y Sociales

Grado en Relaciones Internacionales

# **Las obligaciones jurídico-internacionales de España en su frontera sur**

Análisis de la legalidad de los rechazos en frontera a la luz del Derecho internacional

Estudiante: **Juan Jonás de Gil Blanco-Rajoy**

Directora: Prof. Dra. Irene Claro Quintáns

Madrid, abril 2020

## Índice

<i>Abreviaturas</i> .....	3
<i>Introducción</i> .....	4
<i>Hipótesis</i> .....	5
<i>Objetivos</i> .....	5
<i>1. Rechazos en frontera: definición y contexto</i> .....	7
<i>2. “Cobertura legal” en España: la reforma de la LOEx</i> .....	8
2.1. Justificación del Gobierno español mediante la frontera “operativa”: un concepto jurídicamente insostenible.....	14
<i>3. Relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional</i> .....	17
3.1. Derecho interno y Derecho internacional convencional.....	17
3.2. Derecho interno y Derecho de la Unión Europea.....	19
3.3. Control de convencionalidad por parte del poder jurisdiccional .....	21
<i>4. Incidencia de los rechazos en frontera en el marco jurídico en materia de derechos humanos</i> .....	22
4.1. Prohibición de tortura .....	22
4.2. Derecho a un recurso efectivo .....	24
4.3. Prohibición de expulsiones colectivas .....	25
4.4. Principio de non-refoulement .....	27
<i>5. Giro jurisprudencial del TEDH: el caso N.D. y N.T. contra España</i> .....	29
5.1. La conducta de los extranjeros como factor determinante .....	30
5.2. La controvertida accesibilidad de los cauces legales de entrada en España...	32
5.3. El impacto del fallo respecto al recurso de inconstitucionalidad de la DAA .	37
<i>6. La externalización fronteriza y los rechazos en frontera</i> .....	38
<i>Conclusiones</i> .....	40
<i>Bibliografía</i> .....	42

## Abreviaturas

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
Art./arts.	Artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
DAA	Disposición adicional décima
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FJ	Fundamento jurídico
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
Pág./págs.	Página/páginas
Párr./párrs.	Párrafo/párrafos
RLOEx	Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE/Unión	Unión Europea

## **Introducción**

El control de las fronteras exteriores constituye actualmente un reto sin precedentes al que se enfrentan los Estados del siglo XXI, un reto que se exagera en el contexto actual donde la globalización y las crecientes oportunidades de movilidad convierten a las migraciones en un proceso inevitable. A mayor abundamiento, las crisis migratorias<sup>1</sup> que está viviendo Europa dificultan más aún la gestión de los flujos migratorios y este control fronterizo. A la vista de estas circunstancias, han surgido distintas estrategias que la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros han adoptado con el objeto de controlar más eficientemente la inmigración, pudiendo destacar, a nivel comunitario, el acuerdo entre la UE y Turquía del 20 marzo de 2016, relativo a la gestión migratoria en el marco de los influjos masivos de refugiados desplazados por mor del conflicto sirio.

La magnitud de este reto se aprecia de forma especial en las fronteras del Estado español, en tanto que frontera sur de la Unión Europea con el continente africano por vía terrestre. No cabe de forma alguna negar la situación que se vive en ocasiones en las fronteras de Ceuta y Melilla, donde se alcanza por momentos una cierta perturbación del orden público, debido particularmente a los asaltos masivos que se producen en las vallas de estas dos ciudades. De forma significativa, los controles fronterizos de las dos ciudades autónomas no se rigen de acuerdo con el régimen general de la Unión Europea<sup>2</sup>.

Si bien es evidente la necesidad de gestionar las fronteras exteriores de forma ordenada y eficaz, habida cuenta de la necesidad de controlar la inmigración irregular y de luchar contra las mafias transfronterizas, no es menos cierto que dicha gestión debe en todo momento garantizar el debido respeto a los derechos humanos<sup>3</sup>, pues la transversalidad de éstos debe informar constantemente el diseño y la implementación de todas las políticas públicas del Estado.

---

<sup>1</sup> Conviene de antemano clarificar que con el término “crisis migratorias” estamos aludiendo a crisis protagonizadas por grupos humanos de carácter mixto, esto es, por migrantes *strictu sensu* y por solicitantes de asilo (y potenciales refugiados) y de protección internacional subsidiaria que, en muchas ocasiones, utilizan las mismas rutas de desplazamiento (González Vega, 2015, pág. 188). Esto puede plantear dificultades a la hora de abordar el fenómeno migratorio debido al diferente estatuto jurídico que le corresponde a cada grupo de individuos afectados por dichas crisis.

<sup>2</sup> Ello es así desde la firma del acuerdo entre la Unión y el Estado español, en virtud de la adhesión de este último al Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 1985 (*Boletín Oficial del Estado* (BOE) núm. 81, de 5 de abril de 1994. Corrección de erratas en *BOE* núm. 85, de 9 de abril). Esta excepción está además recogida en el Reglamento 562/2006 CE, de 15 de marzo, sobre el código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, también conocido como Código de fronteras Schengen (*Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE) L 105/1, de 13 de abril de 2006) (Ruiz Sutil, 2016, pág. 329).

<sup>3</sup> En sentido equivalente se pronunció el TEDH en el caso *Amuur c. Francia* (sentencia del TEDH (Sala) sobre el asunto *Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996 (demanda nº 19776/92)), en donde el Tribunal afirmó que el control fronterizo debe en todo caso garantizar el respeto de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (párr. 41).

A este respecto, una “estrategia” adoptada por el Gobierno español en lo referente al control fronterizo es lo que popularmente se conoce como “devoluciones en caliente”. Esta práctica, cuyo régimen y características estudiaremos *ut infra*, supone en líneas generales la expulsión de territorio español de un migrante que se encuentra en la zona fronteriza, prescindiendo de todo procedimiento administrativo de identificación o audiencia al interesado. Así, *a priori* y con esta información en mente, suscita ciertas dudas en qué medida estas prácticas tienen encaje en la legalidad internacional, especialmente a la luz del Derecho internacional y regional de los derechos humanos.

### **Hipótesis**

Este trabajo parte de la hipótesis según la cual los rechazos en frontera suponen una violación de los principios y obligaciones derivados de distintos instrumentos jurídicos que vinculan a España y cuyo fin es proteger y garantizar el respeto de ciertos derechos humanos, tales como el principio de no devolución, la prohibición de tortura, la prohibición de expulsiones colectivas o el derecho a un recurso efectivo contra una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

### **Objetivos**

El presente trabajo tiene diversos objetivos, entre los que se incluyen:

- a. determinar en qué consisten los rechazos en frontera y qué amparo encuentran en la normativa interna, además de examinar y cuestionar la legalidad de dicha normativa, especialmente en comparación con la legislación existente encargada de regular los procesos de expulsión de extranjeros;
- b. analizar en qué medida los rechazos en frontera contravienen lo dispuesto en la normativa internacional y regional de derechos humanos, determinando la legislación que obliga a España y qué obligaciones jurídico-internacionales incumple en este sentido;
- c. estudiar la relación que rige entre el Derecho interno y el Derecho internacional y el Derecho comunitario, particularmente, en el caso de conflicto normativo entre

ambos ordenamientos, examinando además la importancia del control de convencionalidad por parte del poder jurisdiccional en el mismo sentido; y

- d. reflexionar acerca de la incidencia de los derechos humanos en la gestión y el control de fronteras, y de la relación que existe entre este último y los rechazos en frontera.

La justificación de la realización de este trabajo se explica debido a las numerosas críticas y oposición que la doctrina ha manifestado respecto a este tipo de prácticas. Sin embargo, la principal cuestión en este sentido que aún precisa de un análisis es el cambio de criterio que ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a condenar en primera instancia y avalar en segunda instancia las devoluciones en caliente relativas al caso *N.D.* y *N.T.*, dando lugar a pronunciamientos virtualmente inconciliables en lo concerniente a la validez de estas prácticas. Así, este trabajo examinará minuciosamente los puntos más débiles del fallo de la Gran Sala, tratando de desmontar la justificación proporcionada en el único caso de rechazos en frontera realizados por España sobre el que se ha pronunciado hasta ahora el Tribunal de Estrasburgo.

De este modo, este trabajo se estructurará de la siguiente manera: primeramente, analizaremos lo que la doctrina entiende por rechazos en frontera, su contexto y sus principales características; a continuación, examinaremos en profundidad su cobertura legal en la legislación española, analizando su legalidad al amparo de diversas normas y principios, incluidos los recogidos en la Constitución; seguidamente, ante la existencia de normativa que consagra los rechazos en frontera, estudiaremos la relación que rige entre el Derecho interno y el Derecho internacional y, particularmente, la labor de los órganos jurisdiccionales ante un posible conflicto normativo; posteriormente, analizaremos las implicaciones de los rechazos en frontera en lo concerniente a las obligaciones jurídico-internacionales que vinculan a España; a continuación, analizaremos en profundidad el fallo emitido por la Gran Sala del TEDH respecto al caso *N.D.* y *N.T.* contra España<sup>4</sup> (en adelante, *N.D.* y *N.T.*), y sus implicaciones; y finalmente, estudiaremos la relación que existe entre el control fronterizo y los rechazos en frontera, y en particular, la conexión entre estos últimos y la externalización del control fronterizo.

---

<sup>4</sup> Demandas nº 8675/15 y 8697/15, presentadas el 12 de febrero de 2015.

## **Metodología**

Realizado en el marco de una disciplina jurídica como son los Derechos humanos, este trabajo presenta un estudio cualitativo, basado esencialmente en el método deductivo, en la medida en que se analizan las devoluciones en caliente de forma particular, derivando las consecuencias singulares de éstas a través de obligaciones jurídico-internacionales establecidas y aceptadas. No obstante, este estudio también se sirve en gran medida del método comparativo, a efectos de contrastar las implicaciones jurídicas de los rechazos en frontera y de los procedimientos de expulsión contemplados en nuestra legislación. Asimismo, cabe señalar la utilización del método descriptivo en el análisis de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno.

El trabajo se sirve de una amplia tipología de fuentes; por un lado, la comparativa entre el régimen jurídico de los rechazos en frontera y el de los procedimientos de expulsión se basa en su mayoría en fuentes legales y en menor medida doctrinales; por otro lado, el análisis de las derivaciones jurídicas de las devoluciones en caliente y del caso *N.D.* y *N.T.* se apoya en una abundante doctrina jurisprudencial del TEDH; finalmente, respecto a las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno, su análisis se articula a través de fuentes eminentemente doctrinales, y en menor medida, legales.

### **1. Rechazos en frontera: definición y contexto**

Si bien son varios los nombres que reciben este tipo de prácticas, tales como “rechazos en frontera” o “expulsiones sumarias”, las popularmente denominadas “devoluciones en caliente” son definidas por la doctrina como “la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas” (Martínez Escamilla *et al.*, 2014, pág. 2).

Desde que comenzaron las primeras de estas expulsiones en el año 2005 en la frontera entre España y Marruecos, esta práctica no ha cesado (Soler García, 2018, pág. 110).

Tal y cómo examinaremos detalladamente más adelante, tanto el Consejo de Europa como la Organización de las Naciones Unidas han denunciado este tipo de prácticas. No

obstante, no ha sido hasta el año 2017 cuando se ha planteado ante el TEDH el primer caso cuestionando la legalidad de las devoluciones en caliente en la frontera hispano-marroquí, el conocido como *N.D. y N.T.* En relación con los hechos del caso, un grupo de extranjeros intentaron superar el 13 de agosto de 2014 la valla que separa Melilla de Marruecos, entre los cuales se encontraban los demandantes, un ciudadano maliense y otro marfileño, que con ayuda de las autoridades españolas, consiguieron finalmente poner pie en territorio español. No obstante, en ese mismo momento fueron automáticamente esposados y devueltos a Marruecos, sin ningún tipo de garantía procesal ni incoación de procedimiento alguno de identificación. Si bien el Tribunal concluyó en primera instancia <sup>5</sup> que los rechazos en frontera eran contrarios al Convenio, examinaremos más adelante el cambio jurisprudencial que ha supuesto el fallo de la Gran Sala del TEDH en relación con el mismo caso<sup>6</sup>.

## **2. “Cobertura legal” en España: la reforma de la LOEx**

En el año 2015, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>7</sup> (en adelante, LOEx), fue modificada, por iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, a través de una enmienda al Proyecto de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Sin perjuicio de la dudosa legitimidad con la que el procedimiento legislativo fue llevado a cabo<sup>8</sup>, dicha modificación supone la adición de una Disposición adicional décima (en adelante, DAA) titulada “régimen especial de Ceuta y Melilla” (Espiniella Menéndez, 2016, pág. 321).

Dicha disposición reza lo siguiente:

“1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención

---

<sup>5</sup> Sentencia del TEDH (Sección tercera) sobre el asunto *N.D. y N.T. contra España*, del 3 de octubre de 2017 (demandas nº 8675/15 y 8697/15).

<sup>6</sup> Sentencia del TEDH (Gran Sala) sobre el asunto *N.D. y N.T. contra España*, del 13 de febrero de 2020 (demandas nº 8675/15 y 8697/15).

<sup>7</sup> BOE nº 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>8</sup> A este respecto, *vid.* Martínez Escamilla, M. *et al.* (2014). “Rechazos en frontera”: ¿Frontera sin rechazos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. *Informe jurídico promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449)*, págs. 7 – 9. En líneas generales, la cuestionabilidad en la tramitación de esta modificación reside en la elusión de los correspondientes dictámenes preceptivos, así como la exclusión de la sociedad civil en torno a la posibilidad de pronunciarse en el debate sobre la materia (Soler García, 2018, pág. 111).

fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

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

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

Con anterioridad a esta reforma, la expulsión de extranjeros se regía exclusivamente por tres procedimientos: el recogido en el art. 57 LOEx, relativo a la medida de expulsión; el recogido en el art. 58 de la misma ley, sobre la devolución; y el recogido en el art. 69, relativo a la denegación de entrada<sup>9</sup>.

Sin embargo, tal y como hemos señalado anteriormente, los rechazos en frontera se venían realizando con anterioridad a esta modificación, sobre todo durante los años 2013 y 2014. El propio Ministro de Interior en el año 2014, Jorge Fernández Díaz, declaró que las “expulsiones en frontera” cumplían en todo caso con lo previsto en la legislación de extranjería (“Fernández Díaz: «no hay devoluciones en caliente»”, 2014).

Con esto en mente, cabe preguntarse entonces: ¿en qué medida resulta necesario establecer una regulación para una práctica que, de acuerdo con el Ministerio, ya gozaba de fundamentación jurídica?

Desde nuestro punto de vista, la promulgación de esta nueva regulación debería entenderse como un reconocimiento tácito de que los rechazos que se venían realizando no gozaban de la debida cobertura legal. El Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, sobre la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, era invocado en un intento de justificar estas prácticas. Este acuerdo había sido firmado el 13 de febrero de 1992, comenzando su vigencia el 21 de octubre de 2012<sup>10</sup>, si bien se empezó a aplicar de forma provisional desde el año de su firma<sup>11</sup>. No obstante, no habían sido pocas las voces que antes de 2015 habían denunciado la falta de

---

<sup>9</sup> En relación con estas tres modalidades de expulsión, *vid.* González García, J. V. (2015). Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla. *Revista de Administración Pública*, 196, págs. 309 – 329; y González García, I. (2017) Inmigración y Derechos Humanos: las devoluciones en caliente de inmigrantes subsaharianos desde España a Marruecos. *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián [Volumen XVII]*, págs. 141 – 202.

<sup>10</sup> BOE nº 299, de 13 de diciembre de 2012.

<sup>11</sup> BOE nº 100, de 25 de abril de 1992.

cobertura legal para los rechazos en frontera por diversas razones. Por un lado, debido a que el mencionado acuerdo no hace referencia al procedimiento de toma de decisiones en este campo. Por otro lado, y siendo este punto más significativo, debido al hecho de que dicho acuerdo, en su artículo segundo, impone diversas obligaciones internacionales para ambas partes, como la documentación de forma escrita del acto de entrega y la identificación de los individuos objeto de entrega (Espiniella Menéndez, 2016, pág. 322).

De esta forma, a fin de comprender mejor las implicaciones del precepto en cuestión de la LOEx, resulta interesante realizar un análisis comparativo de este régimen especial con el procedimiento ordinario de devolución, particularmente desde el punto de vista de la legalidad prevista por nuestro ordenamiento jurídico.

El régimen de la DAA se aplica, de acuerdo con el primer apartado, únicamente a “extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos”. Así, atendiendo a la dicción literal de este precepto, la norma no resulta de aplicación a los extranjeros que hayan rebasado los elementos de contención fronterizos y se hayan apeado enteramente de la valla fronteriza, puesto que, en tal caso, la acción contemplada por la norma (“mientras intentan superar”) ha finalizado, y en dicho supuesto la devolución afectaría a un individuo que ha rebasado la línea fronteriza, y que se halla, por tanto, en suelo español. De la misma forma, este régimen no resulta de aplicación para extranjeros que hayan accedido de forma irregular a territorio español vía marítima, dada la ausencia de elementos de contención fronterizos (Espiniella Menéndez, 2016, pág. 323).

Así, la aplicación de este régimen supone un rechazo inmediato de la persona interceptada para así imposibilitar su entrada en suelo español. Como curiosidad de índole terminológica, cabe señalar que, hasta el año 2015, el término “rechazo” se había utilizado, únicamente para referirse a la denegación que se produce en los puestos fronterizos habilitados para la entrada de extranjeros, donde se producía el retorno de éstos, lo cual contrasta con lo que sucede en las devoluciones en caliente, que se producen en zonas no habilitadas en la frontera (Espiniella Menéndez, 2016, pág. 324).

No obstante, resulta más destacable la comparación de elementos propios del procedimiento ordinario de devolución y sus correspondientes garantías jurídicas, que parecen no estar presentes en los rechazos en frontera. De acuerdo con el art. 23.2 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en

España y su integración social <sup>12</sup> (en adelante, RLOEx), precepto referido al procedimiento de devolución ordinaria, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que se encargan de la custodia de fronteras y costas, en caso de interceptación de extranjeros, tienen el deber de “conducirles con la mayor brevedad posible a la comisaría correspondiente del Cuerpo Nacional de Policía”. Una vez allí, los extranjeros son identificados y, en su caso, se procede a su devolución. Resulta evidente que nada de lo expuesto se contempla en la DAA de la LOEx. En su lugar, con dicha disposición se pretende dotar de cobertura legal a una vía de hecho consistente en devolver a personas que se encuentran en la línea fronteriza de forma automática e inmediata.

Resulta conveniente, si cabe, referirnos a la precisión que realiza la disposición en relación con las solicitudes de protección internacional, que deberán formalizarse en los “lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos”. Son muchas las dudas que surgen sobre quiénes serán conducidos a dichos lugares, toda vez que, en el proceso de rechazo automático, y dada la dicción literal de la disposición, no parece que se puedan dar las condiciones para presentar una solicitud. También resulta cuestionable la ausencia de referencia alguna a las condiciones materiales que deben presentar dichos “lugares habilitados”, lo que contrasta sobremanera con lo dispuesto en el art. 15.4 RLOEx sobre las condiciones que deben reunir las instalaciones a donde son conducidos los extranjeros en el contexto de una denegación de entrada por puesto habilitado, tales como la dotación de unos mínimos servicios adecuados, incluyendo servicios sanitarios, sociales y jurídicos, debiendo estos ser acordes al volumen medio de ocupación. Así, parece evidente que la DAA referida a las devoluciones sumarias adolece de una ambigüedad y vaguedad que choca indudablemente con la concreción y claridad del régimen relativo al procedimiento de devolución ordinario.

Por otro lado, resulta interesante referirnos a la sistematicidad de esta norma, en comparación con el procedimiento ordinario de devolución. A diferencia de este último, donde, a tenor de lo dispuesto en el art. 58.5 LOEx y en el art. 23.4 RLOEx, interviene el subdelegado de Gobierno o el delegado en las Comunidades de una sola provincia, el régimen previsto para las devoluciones sumarias no prevé la existencia de un órgano que acuerde el rechazo en cuestión. Asimismo, en contraste con lo previsto en el art. 15.1 RLOEx, relativo a la denegación de entrada, no se observa en la DAA ninguna exigencia en relación con una resolución motivada que sea notificada y que contenga información

---

<sup>12</sup> BOE nº 103, de 30 de abril de 2011.

sobre posibles recursos y sus correspondientes plazos. De igual manera, el régimen de las devoluciones sumarias, a diferencia de lo dispuesto sobre la devolución ordinaria, no prevé la posibilidad de solicitar a la autoridad judicial la adopción de medidas de internamiento, en virtud de lo establecido en el art. 58.6 LOEx y el art. 23.4 RLOEx, de la misma forma que tampoco recoge nada relacionado con la comunicación al consulado o a la embajada del país de origen como dispone el art. 15.6 RLOEx. Tampoco se hace referencia alguna en la DAA a la posibilidad que tiene el extranjero en la denegación de entrada por puesto habilitado de acogerse a la protección jurisdiccional, en virtud de la cual el interesado puede interponer recurso contencioso-administrativo y exigir que se deje constancia en acta de dicha voluntad, la cual se incorporará al expediente, lo que le permitirá acogerse también a la asistencia jurídica gratuita, en virtud de lo dispuesto en los arts. 15.2 y 23.4 RLOEx. Otra diferencia entre los dos procedimientos estriba en que el de devolución ordinaria contempla la posibilidad de interponer recurso administrativo y jurisdiccional mediante una representación diplomática o consular, tal y como dispone el art. 15.7 RLOEx. Resulta evidente, pues, cómo el rechazo en frontera regulado en la DAA suscita razonables dudas en torno al respeto y al alcance de la audiencia a la que tiene derecho el interesado, los plazos que rigen, la prestación de asistencia por un intérprete y letrado o el sometimiento de la actuación administrativa a un mínimo control jurisdiccional.

Asimismo, el régimen de las devoluciones en caliente no contiene nada sobre la posibilidad de suspender la ejecución del rechazo en frontera, exceptuando la que se derivaría de la formalización de una solicitud de protección internacional, solicitud que, como hemos comprobado, no tiene mucha cabida en el contexto de una expulsión de este tipo. De esta forma, ninguno de los preceptos de la DAA se refiere a la posibilidad de suspender el rechazo de una persona que padezca una enfermedad y cuya devolución pueda suponer una puesta en peligro de su salud, ni de una mujer embarazada que pueda verse afectada como consecuencia de la devolución. Si bien cabe reconocer que el perfil de estas personas puede no coincidir con el grueso de los inmigrantes que intentan acceder a territorio español de esta forma, sí debe ser señalada la ausencia de dicha regulación, en la medida en que sí que está presente en el régimen previsto para el procedimiento ordinario de devolución, a tenor de lo dispuesto en el art. 58.4 LOEx y el art. 23.6 RLOEx. De igual forma, el régimen de las devoluciones sumarias no recoge nada en relación con los menores extranjeros no acompañados y su identificación. Así, resulta cuestionable hasta qué punto dicho régimen establece las garantías mínimas de protección previstas en

el Protocolo Marco relativo a ciertas actuaciones respecto de los Menores Extranjeros No Acompañados<sup>13</sup> (Espiniella Menéndez, 2016, pág. 326).

Con esta comparativa en mente, resulta interesante finalizar este análisis adoptando la perspectiva del ordenamiento jurídico interno y preguntándose acerca de la constitucionalidad de la disposición en cuestión, particularmente en lo referente al derecho a acceder a la justicia y a la legalidad de la actuación de la Administración.

En relación con esta última cuestión, la DAA nos permitiría hablar de una cierta vulneración del artículo 105.c) de la Constitución española<sup>14</sup>, en la medida en que ampara una vía de hecho. Atendiendo a la literalidad del precepto de la LOEx, no existe una regulación mínima del procedimiento mediante el cual se materializan los actos administrativos, de acuerdo con las exigencias de la Constitución, de la misma forma que tampoco se regula el procedimiento que garantice la audiencia al interesado, en caso de que esta sea necesaria. Además, la regulación sobre rechazos en frontera difiere sustantivamente en cuanto al derecho a la asistencia jurídica gratuita previsto en el procedimiento de devolución, de acuerdo con el art. 23.3 RLOEx, en caso de que el interesado no dispusiera de los recursos económicos necesarios. Así, la vía de hecho amparada por la DAA supone la conculcación de principios recogidos en el apartado tercero del art. 9 de la Constitución, de un carácter sumamente elemental, incluyendo el principio de seguridad jurídica, legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Resulta especialmente destacable también la imprecisión y ambigüedad de la que adolece el término “podrán ser rechazados”, especialmente en lo referente a la determinación del modo, los medios y el cuándo, lo que puede comprometer la protección e incluso el derecho fundamental a la vida –consagrado en el art. 15 de la Constitución – de ciertos grupos de personas, como menores, o aquellos necesitados de asistencia sanitaria debido a un accidente o enfermedad grave.

En relación con la cuestión del acceso a la justicia, la DAA permite cuestionar la materialización del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la asistencia y defensa jurídica, de acuerdo con lo establecido en el art. 24 de la Constitución. Atendiendo a la jurisprudencia española en esta materia, concretamente la Sentencia del

---

<sup>13</sup> Este protocolo, creado por mandato del art. 190.2 RLOEx, fue aprobado mediante la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (*BOE* n° 251, de 16 de octubre de 2014). Este protocolo desarrolla las previsiones del art. 190 RLOEx, siendo destacables como garantías previstas la intervención del Servicio Público de protección de menores y el derecho a ser informado sobre la protección internacional y, en su caso, a solicitarla.

<sup>14</sup> *BOE* n° 311, de 29 de diciembre de 1978.

Tribunal Constitucional (STC) 95/2003, de 22 de mayo, y la STC 236/2007, de 7 de noviembre, el derecho mencionado constituye un derecho fundamental, inherente a toda persona, que no atiende al *status* o a la regularidad de la situación del extranjero. A mayor abundamiento, la limitación de este derecho ni siquiera cumple con los requisitos dispuestos en la Constitución a tal efecto, es decir, el respeto al contenido esencial de un derecho de ese carácter y la reserva de ley. Finalmente, conviene señalar la posible conculcación del art. 106 de la Constitución, en la medida en que los tribunales no pueden controlar la legalidad de los actos administrativos derivados de la actuación en cuestión, ni tampoco controlar el sometimiento de dichos actos a los fines que le son propios.

Así, dadas las conclusiones de este análisis, no sorprende el hecho de que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR) haya recomendado la incoación de un procedimiento mediante el cual se desarrolle de forma reglamentaria la disposición adicional de la LOEx, con el objeto de que el extranjero pueda disfrutar de las garantías procesales que le corresponden (Ruiz Sutil, 2016, pág. 332). De la misma forma, tampoco choca el hecho de que más de cincuenta diputados pertenecientes a distintos grupos del hemiciclo presentaran un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Seguridad Ciudadana, admitido a trámite el 9 de junio de 2015 por el Tribunal Constitucional y actualmente pendiente de resolución (Soler García, 2018, pág. 156).

### **2.1. Justificación del Gobierno español mediante la frontera “operativa”: un concepto jurídicamente insostenible**

A fin de “justificar” este tipo de prácticas, el Ministerio de Interior se ha basado en distintos argumentos para argüir que las devoluciones sumarias gozan de cobertura legal. Si bien el presente estudio no tiene por objeto examinar todas las argumentaciones mencionadas, sí resulta interesante, desde nuestro punto de vista, analizar la que ha sido formulada ante el TEDH por el Gobierno español con el objeto de justificar las devoluciones en caliente relativas al caso *N.D.* y *N.T.*, que en último término, como veremos, adolecen de una evidente inadmisibilidad jurídica.

Este intento de justificación al que nos referimos se basa en la idea de que los rechazos en frontera suponen la denegación de entrada a personas que, pese a estar intentando acceder a territorio español prescindiendo de los puestos habilitados al efecto, finalmente

no han llegado a acceder a dicho territorio, basándose en lo que se denomina un concepto “operativo” de frontera.

El 8 de febrero de 2014, la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil emitió un informe cuyo destinatario era su Director General, que se refería a los hechos ocurridos el 6 de febrero de 2014 en la frontera de Ceuta, siendo posteriormente remitido al Congreso de los Diputados por el Ministerio de Interior el 7 de marzo de 2014. El informe analiza tres casos donde, actuando la Guardia Civil en el contexto de tentativas de acceso al territorio español a través de puestos no habilitados en la frontera con Marruecos, sería de aplicación un concepto “operativo” de frontera, distinto de su significado tradicional. En relación con nuestro estudio, nos preocupa uno de los supuestos, donde se afirma que “la valla interna materializa la línea con la que el Estado, en una decisión libre y soberana, delimita, a los solos efectos del régimen de extranjería, el territorio nacional” (Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, 2015, pág. 8). Así, se consideraría que un inmigrante ha alcanzado el territorio español, quedando sujeto al régimen de extranjería, una vez ha rebasado la valla interna<sup>15</sup>. De esta forma, el Gobierno pretende justificar este tipo de actuaciones contra inmigrantes que, por ejemplo, una vez superada la valla externa, permanecen atrapados en el entramado de la sirga tridimensional sin poder saltar la valla interior.

No obstante, resulta necesario examinar el fundamento jurídico de este planteamiento. En primer lugar, la doble valla originaria, presente tanto en Ceuta como en Melilla, forma parte del territorio nacional (Acosta Sánchez, 2014, pág. 26). Por ende, desde una perspectiva jurídica, no cabe argumentar que la zona que se encuentra entre las dos vallas no forma parte del territorio español. En este sentido, tanto el Gobierno Socialista del año 2005 como el Popular de 2014 han defendido que al espacio que separa las dos vallas no le sería de aplicación la legislación de extranjería, diferenciando así entre la frontera política, que tendría prioridad, de la frontera topográfica o geográfica. De acuerdo con ambos Gobiernos, la aplicación del concepto de frontera geográfica implicaría reconocer el acceso a territorio español una vez que el inmigrante ha superado la verja militar previa

---

<sup>15</sup> La frontera con Marruecos está conformada de forma diferente en Ceuta y en Melilla. En esta última, la demarcación territorial actual se compone de dos vallas construidas en 1998, a las que se añadió entre ellas una sirga tridimensional en 2005 (Acosta Sánchez, 2014, pág. 18). Por otro lado, la frontera de Ceuta con Marruecos está conformada por dos vallas, con una altura de seis metros, entre las cuales se encuentra una carretera asfaltada de 3,5 metros de anchura (González Sacaluga, 2017, pág. 44)

a la valla exterior<sup>16</sup>, lo que constituye una interpretación que califican de “insostenible” (Acosta Sánchez, 2014, pág. 27).

Así, las implicaciones que se derivan de esto no son baladíes. La aplicación de este concepto “operativo” de frontera supone virtualmente la retrotracción unilateral de la frontera con el objeto de inaplicar la legislación en materia de extranjería. Y es que el entonces Ministro Fernández Díaz afirmó en 2014 que este concepto de frontera operativa “se efectúa en Ceuta y Melilla precisamente porque Ceuta y Melilla tienen unas características que no tiene ningún otro perímetro fronterizo, y es evidente que esa singularidad, esa especificidad debe ser tenida en cuenta a la hora de desarrollar operativamente el cumplimiento de la legalidad. No se puede pretender aplicar la ley de la misma forma en Ceuta y Melilla que en otros lugares que no tienen nada que ver” (Acosta Sánchez, 2014, pág. 28). Por tanto, el concepto “operativo” de frontera implica una determinación de la frontera *ad casu*, de la que se deriva una evidente arbitrariedad que vulnera el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de nuestra Carta Magna y el principio de igualdad, vulneración que el entonces Ministro de Interior parece estar avalando. En este sentido, conviene destacar el Informe del Defensor del Pueblo del año 2005, en donde se mantiene que la Administración no es competente para establecer a partir de dónde rige la ley española, y que no cabe la inaplicación de la legislación española sobre una determinada parte del territorio español. Concluye dicho informe con que, a efectos de entrada en territorio español, se considerará que una persona se encuentra en el mismo una vez haya traspasado los límites que han sido impuestos internacionalmente, siendo aplicable a partir de entonces la legislación española (Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, 2015, pág. 10).

Teniendo en cuenta que las fronteras han sido establecidas por normas internacionales cuyo cumplimiento resultaría obligatorio (Díez de Velasco, 1973, pág. 454), la utilización del concepto “operativo” de frontera supone excepcionar la aplicación de un Tratado internacional<sup>17</sup>, con base en una supuesta singularidad a nivel fronterizo y geográfico de Ceuta y Melilla, que además pretender justificar una regulación propia a nivel doméstico.

---

<sup>16</sup> Con anterioridad a la construcción del doble vallado, existía una verja militar, de la cual quedan ciertos restos hoy actualmente, que a finales de los años noventa se reveló como ineficiente en tanto que elemento disuasivo (Acosta Sánchez, 2014, pág. 19).

<sup>17</sup> Conviene señalar que la invocación del Derecho interno como justificación del incumplimiento de una norma o tratado internacional convencional contraviene lo dispuesto en el art. 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, al que España se adhirió el 2 de mayo de 1972 (BOE nº 142, de 13 de junio de 1980).

No obstante, aunque se le confiriera una mínima admisibilidad a la idea de la “frontera operativa”, la actuación de la Administración en el contexto de los rechazos en frontera se vería de todas formas vinculada por el ordenamiento interno, en la medida en que las actuaciones realizadas por miembros de la Administración en el desempeño de sus respectivos cargos está siempre sometida al imperio de la ley, con independencia de que dicha actividad tenga lugar en una zona perteneciente al territorio nacional o no, según ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC 21/1997, de 10 de febrero (FJ 2), y el TEDH, tal y como examinaremos *ut infra*.

De esta forma, independientemente de la delimitación del territorio nacional y su frontera, es evidente que, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, actuando sobre personas extranjeras, se encuentren fuera o dentro de territorio español, están operando en el ejercicio de sus funciones y en calidad de agentes y funcionarios públicos. Así, no cabe negar el sometimiento de dicha actividad al cumplimiento del ordenamiento jurídico doméstico y especialmente, a la Constitución.

Por tanto, no cabe sino concluir que el concepto “operativo” de frontera del que se ha valido el Ejecutivo español en orden a dotar de cobertura legal a las devoluciones sumarias resulta sin lugar a dudas jurídicamente inadmisibles.

### **3. Relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional**

#### **3.1. Derecho interno y Derecho internacional convencional**

En orden a determinar la legalidad de las expulsiones en caliente, conviene examinar cómo se rigen las relaciones entre el Derecho interno – donde encontraríamos normas como la comentada DAA – y el Derecho internacional, lo que incluiría tratados convencionales que examinaremos posteriormente, donde cabría incluir el CEDH<sup>18</sup>, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>19</sup> (en adelante, CDFUE) o la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951<sup>20</sup>. Es decir, teniendo en cuenta

---

<sup>18</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en vigor desde 3 de septiembre de 1953.

<sup>19</sup> Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, firmada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009 (*DOUE C 83/389*, de 30 de marzo de 2010).

<sup>20</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.

que el Estado español está vinculado por ambos tipos de normas, conviene establecer qué tipo de relaciones, en términos de jerarquía y de eficacia, se pueden dar entre ellas.

Una vez que un tratado internacional se integra en el Derecho interno, no pierde por este motivo su especial naturaleza de norma internacional ni su particular eficacia jurídica. Esta especial naturaleza lleva inherente una primacía sobre el derecho doméstico, sin que sea necesario que la Constitución contenga un reconocimiento al efecto de dicha superior jerarquía. Todos los Estados, en la medida en que forman parte de la Comunidad Internacional, y con independencia de las disposiciones que integran los ordenamientos jurídicos internos, deben cumplir con las obligaciones y compromisos internacionales asumidos, lo que conlleva aceptar la especial posición que ostenta el Derecho internacional en la jerarquía jurídica (Díez de Velasco, 1973, pág. 253).

De este modo, un Estado estaría cometiendo un hecho ilícito internacional en caso de que dejara sin efecto un tratado y aplicara en su lugar preceptos contrarios que son parte de una ley interna del Estado, lo que permitiría al Estado o Estados parte del Tratado exigir responsabilidad internacional del Estado incumplidor (Díez de Velasco, 1973, pág. 253).

Resulta reseñable el hecho de que nuestra Constitución, si bien no establece de manera directa la primacía atribuida al Derecho internacional de carácter convencional, esta cabe inferirse indirectamente<sup>21</sup>, pero sin admitir lugar a dudas, del último párrafo del art. 96.1<sup>22</sup> (Díez de Velasco, 1973, pág. 254).

Por tanto, una ley proveniente de las Cortes Generales o de una asamblea legislativa autonómica o una disposición emanada del Poder Ejecutivo no puede de forma alguna modificar, derogar o suspender lo dispuesto en un tratado, sino únicamente a través del consenso alcanzado en base a la voluntad de las Partes de dicho tratado. Así, el carácter “invulnerable” del tratado con respecto a la ley interna asegura la superior jerarquía que tiene el primero frente tanto a leyes anteriores como posteriores que contravengan lo dispuesto en él. Por tanto, en caso de que un tratado vigente en España fuera contrario a una ley interna, ello implicaría la inaplicación de esta última (Díez de Velasco, 1973, pág. 256).

---

<sup>21</sup> Sin embargo, el rango supralegal e infraconstitucional de los tratados internacionales sí que está recogido de forma expresa en el art. 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>22</sup> En virtud de este artículo, “sus disposiciones [en referencia a los tratados internacionales] sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

En este sentido, la práctica judicial en España ha confirmado esta idea. Ya antes de la promulgación de la Constitución en 1978, el Tribunal Supremo había advertido en su sentencia de 27 de febrero de 1970 que “los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente pactado, llámese protocolo o de otro modo, tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes del Derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado”. Así, esta línea ha sido mantenida por el Alto Tribunal de forma constante hasta el día de hoy (Díez de Velasco, 1973, pág. 255).

En relación con la ejecución de tratados internacionales, pese al tenor del párrafo segundo del art. 93<sup>23</sup> de la Constitución, el garantizar el cumplimiento de los tratados no es una tarea atribuida en exclusiva al Ejecutivo o a las Cortes, sino que velarán por el adecuado cumplimiento de los tratados la totalidad de los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias<sup>24</sup> (Díez de Velasco, 1973, pág. 260).

De esta forma, pese a la existencia de una potencial contradicción – la cual examinaremos de forma posterior – entre una norma interna y otra de Derecho internacional convencional, la primacía de esta última implica la inaplicación de la legislación interna, de forma que los compromisos de esta última no podrán en ningún caso impedir el cumplimiento de los previstos en la legislación internacional, la cual debe ser respetada siempre y en todo caso.

### **3.2. Derecho interno y Derecho de la Unión Europea**

Teniendo en mente ciertos instrumentos de los cuales derivan obligaciones jurídico-internacionales conviene examinar la relación que existe entre el Derecho de la Unión Europea y el ordenamiento interno español. En el caso que nos ocupa, analizaremos concretamente la relación existente entre las normas pertenecientes al ordenamiento doméstico del Estado español y las directivas, en la medida en que de ellas derivan ciertas obligaciones jurídico-internacionales que analizaremos posteriormente<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> “Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados [internacionales] y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.”

<sup>24</sup> Lo que incluiría, por ende, cualquier funcionario o autoridad que forme parte de cualquier administración del país, ya sea a nivel estatal, autonómico o local.

<sup>25</sup> Pese a la importancia de otra tipología de normas en el ordenamiento europeo, como son los Tratados constitutivos, los Reglamentos o las Decisiones, nuestro análisis se centra en las directivas, en la medida en que son estas las que contienen obligaciones jurídico-internacionales relevantes en el caso que nos ocupa.

En relación con los principios que rigen las relaciones entre las directivas<sup>26</sup> y los ordenamientos internos, las primeras carecen en principio de efecto directo, con la condición de que los Estados miembros cumplan de forma correcta con los objetivos y lo dispuesto en la directiva, y en el plazo que se haya establecido. Por tanto, la clave de estos actos normativos estriba en obligar al Estado miembro en cuestión a asegurar el resultado que haya fijado la directiva (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 1996, pág. 401).

No obstante, determinadas disposiciones de las directivas por sí mismas sí pueden generar una cierta eficacia directa, tal y como señaló el Tribunal de Luxemburgo por primer vez en el asunto *Van Duyn*<sup>27</sup>, y posteriormente en muchas otras sentencias, en donde concluyó que el procedimiento prejudicial al que se refiere el actual art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la medida en que abarca también a las directivas, implica que estas últimas pueden ser también susceptibles de invocación ante jueces nacionales. Posteriormente, en los casos *Ratti*<sup>28</sup> y *Becker*<sup>29</sup>, estableció el Tribunal las condiciones<sup>30</sup> para la eficacia directa e invocabilidad de las directivas (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 1996, pág. 402).

Por otro lado, la primacía previamente mencionada es inherente asimismo al Derecho de la UE, en tanto que subsistema del Derecho internacional. Así, la primacía del Derecho Comunitario no encuentra su fundamento en las normas supremas de cada Estado miembro, sino en la naturaleza y los caracteres propios de la Unión, incluyendo la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 1996, pág. 417).

De este modo, antes de proceder al examen del contenido del Derecho internacional y regional de los derechos humanos, debemos resaltar la evidente preeminencia de la que goza el Derecho de la Unión, con el que todo Estado miembro está obligado a cumplir en todo caso.

---

<sup>26</sup> En relación con este tipo de instrumento legislativo, establece el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

<sup>27</sup> Sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, 41/74.

<sup>28</sup> Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*, 148/78.

<sup>29</sup> Sentencia de 19 de enero de 1982, *Becker*, 8/81.

<sup>30</sup> Las directivas están condicionadas en este sentido a: la expiración del plazo del que disponen los Estados miembros para su adaptación al Derecho interno; la “ausencia, insuficiencia o deficiencias en la adaptación”; y que, desde la perspectiva del contenido, la directiva goce de un “grado suficiente de incondicionalidad y precisión” (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 1996, pág. 403).

### 3.3. Control de convencionalidad por parte del poder judicial

Examinada la legislación que pretende dar cobertura legal a los rechazos en frontera, y habida cuenta de la inaplicación comentada *ut supra* que procedería en caso de un conflicto entre una norma interna y otra norma internacional, resulta conveniente determinar a quién se le atribuye la labor de salvaguarda del principio de primacía del Derecho internacional.

A este respecto, resulta del todo ilustradora la STC 140/2018, de 20 de diciembre, que aborda de manera directa esta cuestión. Explica el Tribunal Constitucional que, planteado un conflicto normativo en un caso concreto que precise la determinación de la normativa aplicable, recae sobre la jurisdicción ordinaria dicha labor de selección (FJ 6), en la medida en que, tal y como establece su jurisprudencia anterior, “Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 C.E. más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional” (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14). En cambio, “como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios que conozcan” (STC 28/1999, de 14 de febrero, FJ 5).

De esta forma, el potencial desplazamiento en la aplicación de una disposición interna, por mor de una norma internacional, le corresponde en todo caso a la jurisdicción ordinaria<sup>31</sup>. Así, en el supuesto de que un migrante que no fuera solicitante de asilo y no viera sus derechos garantizados como consecuencia de su rechazo en frontera, el juez en cuestión, tras examinar la normativa – tanto nacional como internacional – aplicable, muy potencialmente encontraría una contradicción, ante la cual, como hemos comprobado, debería inaplicar la norma interna, y garantizar la aplicación de la disposición emanada del tratado internacional.

---

<sup>31</sup> La doctrina del control de convencionalidad encuentra su base en el principio de buena fe en relación con el cumplimiento de los tratados y en el principio *pacta sunt servanda* (Marullo, 2019, pág. 316).

#### **4. Incidencia de los rechazos en frontera en el marco jurídico en materia de derechos humanos**

El objeto de este apartado es analizar de qué forma los rechazos contemplados en la DAA contravienen los tratados internacionales y normas de la Unión como las directivas que, tal y cómo hemos examinado, vinculan a España e integran su acervo jurídico.

De esta forma, examinaremos diversas obligaciones jurídico-internacionales que vinculan a España en virtud de su adhesión a distintos instrumentos jurídicos. Entre estos, encontramos: el CEDH, al que España se adhirió el 24 de noviembre de 1977<sup>32</sup>; la CDFUE<sup>33</sup>, que vincula a España en la medida en que forma parte del Derecho originario de la Unión *ex art.* 6.1 del Tratado de la Unión Europea; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, de la cual España es parte desde julio de 1978<sup>34</sup>; y la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>35</sup>.

##### **4.1. Prohibición de tortura**

Recogida en el art. 4 de la CDFUE y el art. 3 del CEDH, supone esta prohibición que “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH resulta clave en orden a determinar y entender la trascendencia y el alcance de esta prohibición en relación con los rechazos en frontera.

Señala el TEDH que el *refoulement* indirecto de un extranjero no excluye de forma alguna la responsabilidad del Estado en base a la cual las autoridades públicas deben asegurarse de que dicho individuo, en caso de ser repatriado, no correrá “un riesgo auténtico de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3”<sup>36</sup>, según ha establecido en el TEDH en

---

<sup>32</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (*BOE* n° 243, de 10 de octubre de 1979, págs. 23564 – 23570).

<sup>33</sup> *DOUE* C 83/389, de 30 de marzo de 2010.

<sup>34</sup> Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (*BOE* n° 252, de 21 de octubre de 1978, págs. 24310 – 24328).

<sup>35</sup> *DOUE* L 348/98, de 24 de diciembre de 2008.

<sup>36</sup> Esta idea ha sido establecida en la jurisprudencia del TEDH. Encontramos en este sentido, *mutatis mutandis*, los casos *T.I. contra Reino Unido* (Decisión de la admisibilidad TEDH (Sección tercera), de 7 de marzo de 2000 (demanda n° 43844/98)) y *M.S.S. contra Bélgica y Grecia* (sentencia del TEDH (Gran Sala) de 21 de enero de 2011 (demanda n° 30696/09)), según estableció el TEDH en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (párr. 146), siendo el primero de estos el caso donde por primera vez el TEDH trató el deber consistente en analizar este riesgo, que le corresponde al Estado, llegando incluso a considerar que las obligaciones

numerosos asuntos, tales como *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*<sup>37</sup> (en adelante, *Hirsi Jamaa*) (párr. 146), *Salah Sheekh c. Países Bajos*<sup>38</sup> (párr. 123), *Hilal c. Reino Unido*<sup>39</sup> (párr. 59) y *Ahmed c. Austria*<sup>40</sup> (en adelante, *Ahmed*) (párrs. 38 – 41). Asimismo, precisa el Tribunal que el Estado que lleva a cabo la expulsión debe asegurarse de que el país al que es expulsado el individuo está dotado de las garantías necesarias que permitan concluir que llevará a cabo un debido análisis de potenciales riesgos, antes de proceder a la devolución a su país de origen, tal y como dictaminó el TEDH en el asunto *Hirsi Jamaa* (párr. 147). Además, el alcance de este artículo en el contexto de expulsiones es de tal magnitud que el TEDH ha precisado que la prohibición se debe respetar independientemente de las actividades del individuo en cuestión, “*however undesirable or dangerous*”, según estableció el TEDH en el asunto *Ahmed* (párrs. 40 – 41). A mayor abundamiento, el carácter absoluto de esta prohibición se deduce de su vigencia incluso en un contexto de crisis económica (Torrecuadrada García-Lozano, 2018, pág. 16)

De esta forma, procede examinar si España cumple con el deber ligado a la prohibición de tortura, con base en la cual, al expulsar de forma sumaria a extranjeros, se asegura de que no existen riesgos de que los mismos vayan a ser sometidos a tratos contrarios al art. 3 CEDH. En primer lugar, resulta evidente que en el marco de un rechazo en frontera, no tiene ninguna cabida un proceso individualizado de audiencia al interesado en el cual este pueda exponer su situación y cualquier alegación pertinente en lo referente a su seguridad y motivos de su desplazamiento. Sin perjuicio del contexto concreto ligado al caso objeto de análisis, resulta muy cuestionable el cumplimiento de este deber por parte del Estado español, en la medida en que son muy numerosos los informes emitidos por la sociedad civil y diversas organizaciones no gubernamentales (ONG) y organizaciones internacionales de derechos humanos, en los que se han denunciado las torturas y malos tratos a los que son sometidos los migrantes en el contexto de las devoluciones en caliente por parte de las fuerzas de seguridad de Marruecos. Son destacables, entre otros, el informe de Human Rights Watch de febrero de 2014, titulado “*Abused and Expelled. Ill-Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco*” (pág. 8); el informe

---

derivadas de la Convención de Dublín no podían eliminar dicha responsabilidad (Morgades, 2012, pág. 193).

<sup>37</sup> Sentencia del TEDH (Gran Sala) sobre el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, del 23 de febrero de 2012 (demanda nº 27765/09).

<sup>38</sup> Sentencia del TEDH (Sección tercera) sobre el asunto *Salah Sheekh c. Países Bajos*, de 11 de enero de 2007 (demanda nº 1948/04).

<sup>39</sup> Sentencia del TEDH (Sección tercera) sobre el asunto *Hilal c. Reino Unido*, de 6 de marzo de 2001 (demanda nº 45276/99).

<sup>40</sup> Sentencia del TEDH (Sala) sobre el asunto *Ahmed c. Austria*, de 17 de diciembre de 2001 (demanda nº 25964/94).

“International Activity Report 2012” de Médicos Sin Fronteras (2012, pág. 66); las “Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Marruecos, doc. ONU CAT/C/MAR/CO/4, de 2011” (Comité contra la Tortura, 2011, pág. 4); y el Informe al Gobierno español sobre la visita a España del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura del 14 al 18 de julio de 2014 (Consejo de Europa, 2014, párr. 54).

Así, se desprende claramente de estos informes que, los rechazos en frontera, en la medida en que los migrantes son puestos a disposición de las autoridades marroquíes, entrañan un riesgo auténtico de agresión, maltrato e incluso tortura. De esta forma, las autoridades españolas, sin poder razonablemente ignorar el potencial riesgo de tortura que corren los extranjeros expulsados en la frontera, estarían claramente infringiendo la prohibición contenida en el art. 3 CEDH<sup>41</sup>.

#### **4.2. Derecho a un recurso efectivo**

Este derecho está recogido en el art. 13 del CEDH, en virtud del cual, “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación ha sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. Así, la obligación de los Estados derivada de este artículo es la de garantizar la disponibilidad dentro del ordenamiento jurídico interno de una vía de recurso en caso de vulneración de un derecho garantizado por el CEDH. Tal y como ha establecido el TEDH en el caso *Hirsi Jamaa* (párr. 197) y en el caso *Abdolkhani y Karimnia contra Turquía*<sup>42</sup> (párrs. 107 y 115), este recurso debe garantizarse de forma efectiva tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista práctico, sin que sea necesario que la mencionada efectividad dependa del grado de certeza sobre la resolución a favor o en contra del demandante. Además, el Tribunal establece también en el asunto *Hirsi Jamaa* que no resulta obligatorio que la autoridad ante la que se vaya a

---

<sup>41</sup> Resulta destacable el caso *D.D. c. España*, resuelto por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en donde el Estado español ha sido condenado por un rechazo en frontera involucrando a un menor. En este caso, el Comité dictaminó que se había producido una violación de la prohibición de tortura consagrada en el art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1989 (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990)), habida cuenta, entre otros factores, de la violencia que sufren los migrantes en la zona fronteriza y de la ausencia de análisis por parte de las autoridades españolas del riesgo que suponía devolver al menor a Marruecos (Comité de los Derechos del Niño, 2019, pág. 12).

<sup>42</sup> Sentencia del TEDH (Sección segunda), sobre el asunto *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, de 22 de septiembre de 2009 (demanda nº 30471/08).

presentar el recurso sea una autoridad judicial, aunque en caso de no serlo, se examinarán los poderes y garantías ofrecidos por dicha autoridad como parámetros en orden a determinar si se trata de un verdadero recurso (párr. 197).

La jurisprudencia del TEDH ha establecido también que, en caso de que un demandante fuera a ser expulsado a un tercer Estado y presentara una queja respecto al riesgo que ello implicaría de sufrir tratos contrarios al art. 3 CEDH, dicha queja debería en tal caso ser examinada por una autoridad nacional de forma detenida, lo cual ha sido confirmado por el fallo del caso *Shamayec y otros c. Georgia y Rusia*<sup>43</sup> (párr. 48). De acuerdo con este principio, el TEDH exige, con base en la interpretación de la noción de “recurso efectivo” recogido en el art. 13 en relación con el art. 3 del CEDH, que la queja presentada por un demandante debe ser sometida a un examen riguroso e independiente, cuando existan razones para creer que dicho individuo corre riesgo de sufrir tratos prohibidos por el art. 3, debiendo asimismo garantizarse que la ejecución de la medida impugnada pueda ser interrumpida, según ha establecido el TEDH en el asunto *Hirsi Jamaa* (párr. 44).

Así, parece evidente la inconsistencia de las devoluciones sumarias con las obligaciones derivadas del art. 13 del CEDH, en la medida en que resulta virtualmente imposible acceder a una vía de recurso efectiva en tanto en cuanto el individuo, al ser interceptado en la frontera, es rechazado automáticamente, sin posibilidad material de realizar alegación alguna ante las autoridades de una instancia doméstica. Por ello, podemos afirmar, sin que haya mucho lugar a dudas, que las expulsiones sumarias amparadas por la legislación española atentan directamente contra el art. 13 del CEDH.

### **4.3. Prohibición de expulsiones colectivas**

Este principio está garantizado, por un lado, en el art. 4 del Protocolo nº 4 del CEDH, el cual reza de la siguiente forma: “Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. Asimismo, dicho principio se recoge en el apartado primero del art. 19 CDFUE con un tenor literal virtualmente idéntico al del CEDH.

Se antoja necesario, con el objeto de comprender el alcance y la trascendencia de esta prohibición contemplada en el Convenio, examinar la jurisprudencia del Tribunal de

---

<sup>43</sup> Sentencia del TEDH (antigua Sección segunda), sobre el asunto *Shamayec y otros c. Georgia y Rusia*, de 12 de abril de 2005 (demanda nº 36378/02).

Estrasburgo. El TEDH, en su fallo del caso *Čonka contra Bélgica*<sup>44</sup>, define la expulsión colectiva como cualquier medida por la que se obligue a un grupo de extranjeros a abandonar un Estado, con la excepción de que se tomen medidas por las que se proceda a examinar de forma objetiva y razonable el caso singular de cada extranjero que integre dicho grupo (párr. 59). Por tanto, conviene apuntar que el hecho de que varios extranjeros sean sometidos a decisiones parecidas no constituye ello una expulsión colectiva, siempre que cada uno de esos extranjeros haya tenido la posibilidad de argumentar a título individual contra su devolución ante las autoridades correspondientes, según estableció el TEDH en los asuntos *Sultani c. Francia*<sup>45</sup>(párr. 81) y *Hirsi Jamaa* (párr. 177).

Asimismo, conviene apuntar que, lo más significativo en orden a determinar si nos encontramos ante una expulsión colectiva, no es el criterio cuantitativo en base al cual examinaríamos si la medida ha recaído en un grupo de un mayor o menor número de personas, sino el criterio cualitativo en base al cual se debería analizar si dichas personas han tenido la posibilidad de realizar las oportunas alegaciones o si se ha dejado constancia de los individuos en cuestión o de las posibles necesidades de una especial protección (Martínez Escamilla *et al.*, 2015, pág. 27).

Así, las implicaciones derivadas de los rechazos en frontera en relación con esta prohibición parecen claras. Tal y como hemos visto, los rechazos en frontera, en la medida en que se basan en la interceptación de los extranjeros y la puesta a disposición automática de los mismos en favor de las fuerzas de seguridad marroquíes, no permiten de forma alguna ningún tipo de examen particular del caso del individuo en cuestión, sin que tampoco tenga este la posibilidad de presentar sus argumentos ante la decisión de la Administración de expulsarlo. De acuerdo con esta lógica, las devoluciones en caliente suponen una indiscutible violación de la prohibición contenida en el art. 4 del Protocolo nº4 del CEDH.

En este punto, cabe recordar la justificación del Ejecutivo español basada en la utilización del concepto de “frontera operativa”, en virtud del cual los rechazos en frontera se producirían fuera de territorio español. Aunque haya quedado clara la inadmisibilidad jurídica de la que adolece dicho concepto, cabría de todas formas, aunque lo consideráramos válido, argumentar contra las devoluciones en caliente. De acuerdo con

---

<sup>44</sup> Sentencia del TEDH (Sección tercera) sobre el asunto *Čonka c. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002 (demanda nº 51564/99).

<sup>45</sup> Sentencia del TEDH (Sección tercera) sobre el asunto *Sultani c. Francia*, de 20 de septiembre de 2007 (demanda nº 45223/05).

la jurisprudencia del TEDH, “cuando un Estado, mediante agente que opera fuera de su territorio, ejerce control y autoridad y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del artículo 1, de garantizar a este individuo los derechos y libertades previstos en el Título I del Convenio que sean pertinentes en la situación de ese individuo”, según estableció el TEDH en el asunto *Hirsi Jamaa* (párr. 74). Tal y como asentó el TEDH en el mismo fallo, en la medida en que exista un control efectivo sobre los individuos implicados por parte de las autoridades, podremos en tal caso hablar de un ejercicio *de iure* atribuible al Estado en lo relativo a la jurisdicción, quedando sometidos a ésta los individuos en cuestión (párr. 77).

Advierte el Tribunal también en el asunto *Hirsi Jamaa* que “si el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 fuera aplicable solamente a expulsiones colectivas del territorio nacional de los Estados parte al Convenio, una parte importante de las tendencias migratorias contemporáneas quedarían fuera de su ámbito de aplicación, a pesar de que el tipo de comportamiento que esta disposición busca evitar puede tener lugar fuera del territorio nacional” (párr. 177). Si bien en este último caso el Tribunal hacía referencia a expulsiones de migrantes por vía marítima, el razonamiento resultaría igual de aplicable ante las alegaciones del Gobierno sobre el concepto “operativo” de frontera. De esta forma, el Gobierno español no puede justificar los rechazos en frontera con base – que, como hemos comprobado, resulta insostenible – en que tienen lugar fuera de territorio español, pues incluso fuera de éste rige lo dispuesto en el CEDH, en el caso de que las autoridades del Estado ejerzan un control efectivo sobre los individuos en cuestión. Así, en los rechazos en frontera, dicho control se manifestaría a través de la interceptación y la entrega de los extranjeros por parte de las fuerzas de seguridad del Estado. Por consiguiente, incluso en el hipotético caso de que se diera por válida la afirmación en base a la cual el triple vallado no se encuentra dentro del territorio español, la aplicación extraterritorial del CEDH, con el cumplimiento del correspondiente criterio del “control efectivo”, nos permitiría afirmar que las devoluciones en caliente son contrarias al art. 4 del Protocolo nº4 del CEDH.

#### **4.4. Principio de *non-refoulement***

También conocido como principio de no devolución, constituye este uno de los pilares fundamentales en materia de derechos humanos, y concretamente en el Derecho de asilo, hasta el punto de que existen autores que abogan por el reconocimiento de este principio

como norma de *ius cogens*<sup>46</sup> (Allain, 2001, pág. 533). De acuerdo con la doctrina, dicho principio “impide devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o integridad física y moral corran peligro” (I. González García, 2017, pág. 42).

Este principio está consagrado, por un lado, en el art. 19 CDFUE, en virtud del cual “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. Por otro lado, el art. 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados dispone: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. Asimismo, pese a la ausencia de formulación expresa en el CEDH, el TEDH estableció ya en el año 1989, en el asunto *Soering c. Reino Unido*<sup>47</sup>, que este principio estaba recogido de manera implícita en el art. 3 CEDH, anteriormente comentado (Kristín y Mjöll, 2019, pág. 150). Este principio se encuentra también recogido en el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Conviene señalar la superior protección que ofrece el CEDH en comparación con la Convención de Ginebra. En contraste con esta última, el TEDH estableció en el caso *Hirsi Jamaa* (párr. 125 – 133) que el alcance de las obligaciones estatales a la luz del art. 3 CEDH no están en ningún caso supeditadas a que la persona en cuestión sea – o afirme ser – un refugiado. En el caso mencionado, el TEDH estableció que la expulsión de cualquier persona, independientemente de su *status* como refugiado o no, al territorio de otro Estado, no puede en ningún caso acarrear el sometimiento a tratos prohibidos por el art. 3 CEDH. Por tanto, se deduce que la protección derivada del principio de *non-refoulement*, al amparo del art. 3 CEDH, abarca a *cualquier* migrante que pueda ser devuelto al territorio de un Estado potencialmente inseguro.

En relación con los indicios sobre el riesgo que pueda suponer la expulsión del migrante a otro Estado, el TEDH anteriormente ha tomado en consideración los informes provistos

---

<sup>46</sup> Pese a que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas no ha reconocido por ahora la naturaleza *ius cogens* de este principio, numerosos autores consideran que debería tener tal reconocimiento, considerándolo como una norma consuetudinaria de Derecho internacional (Costello y Foster, 2016, pág. 323).

<sup>47</sup> Sentencia del TEDH (Pleno) sobre el asunto *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989 (demanda nº 14038/88).

por organizaciones de protección de los derechos humanos, incluido el Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas, tal y como se comprobó en el caso *Daoudi c. Francia*<sup>48</sup> (párr. 68).

En la medida en que existen sobrados indicios, comentados *ut supra*, sobre el riesgo auténtico de padecer los actos recogidos en el art. 3 del CEDH como consecuencia de la expulsión de los inmigrantes a territorio marroquí, las devoluciones sumarias son contrarias al principio de *non-refoulement*.

## **5. Giro jurisprudencial del TEDH: el caso *N.D. y N.T. contra España***

Tal y como hemos comentado *ut supra*, este caso ha sido el primero donde el TEDH ha examinado el fenómeno de los rechazos en frontera que tiene lugar en la frontera de Melilla. Mientras que la Sección tercera del TEDH condenó a España por violación del art. 4 del Protocolo nº4 y del art. 13 del CEDH – cuya ratificación, de acuerdo con nuestra tesis, debía esperar –, la Gran Sala ha rectificado dicho fallo, estableciendo que las devoluciones en caliente que se produjeron el 13 de agosto de 2014 no violaron la legalidad establecida en el CEDH.

En relación con la justificación planteada por el Gobierno español basada en el concepto de frontera “operativa”, la Sección tercera no entró en el debate sobre la ubicación de la valla fronteriza<sup>49</sup>, limitándose únicamente a sustentar su argumentación en la doctrina de la extraterritorialidad respecto a la aplicación del CEDH (párr. 54). No obstante, y debiendo destacar este aspecto positivo de su fallo, la Gran Sala concluye, además de lo ya confirmado en primera instancia sobre la aplicación extraterritorial del CEDH (párrs. 105 – 111), que “*it is not disputed that the events in issue took place on Spanish territory*” (párr. 104). Así, se confirma el hecho apodíctico de nuestra tesis, con base en el cual, el vallado fronterizo, en el cual acaecen los rechazos en frontera, está ubicado en territorio español.

---

<sup>48</sup> Sentencia del TEDH (Sección quinta) sobre el asunto *Daoudi c. Francia*, de 3 de diciembre de 2009 (demanda nº 19576/08).

<sup>49</sup> A este respecto, la Sección tercera señaló que “el TEDH se remite al derecho internacional aplicable y a los acuerdos celebrados entre los Reinos de Marruecos y de España que conciernen al establecimiento de las fronteras entre estos dos Estados. Considera sin embargo que no es necesario establecer si la valla fronteriza levantada entre Marruecos y España se sitúa o no en territorio de este último Estado” (párr. 54).

### 5.1. La conducta de los extranjeros como factor determinante

El elemento decisivo que explica este giro copernicano en la decisión del TEDH es la consideración que surge en relación con la propia conducta de los demandantes, la cual estiman como un factor relevante en orden a determinar la protección recogida en el art. 4 del Protocolo nº4. Siguiendo esta línea, recuerda el TEDH la asentada jurisprudencia en base a la cual no cabe hablar de conculcación del art. 4 del Protocolo nº4 en caso de que la propia conducta del demandante sea la causa de la ausencia de expulsión individual, donde encontramos los asuntos *Hirsi Jamaa, Khlaifia y otros c. Italia*<sup>50</sup> (en adelante, *Khlaifia y otros*), *M.A c. Chipre*<sup>51</sup> (en adelante, *M.A.*), *Berisha y Haljiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*<sup>52</sup> (en adelante, *Berisha y Haljiti*), *Dritsas y otros c. Italia*<sup>53</sup> (en adelante, *Dritsas y otros*) (párr. 200). Señala el Tribunal que los demandantes deliberadamente trataron de acceder a territorio español cruzando los dispositivos fronterizos de Melilla a través de una localización no autorizada, formando parte de un grupo numeroso de personas y mediante el uso de la fuerza, colocándose los demandantes de esta forma en una situación de ilegalidad (párr. 231). A su vez, los demandantes prescindieron de los cauces legales existentes en el momento<sup>54</sup>, que les hubieran permitido acceder a territorio español de forma regular, respetando así lo pertinente en relación con el cruce de fronteras del área Schengen, en virtud de lo establecido en el Código de fronteras Schengen (párr. 242). Además, considera el TEDH que los demandantes carecían de razones convincentes, ligadas a hechos objetivos atribuibles a España, con las que poder justificar la inutilización de las vías legales previstas para entrar en territorio español (párr. 229).

No obstante, debemos destacar que los casos señalados por el TEDH – en relación con la conducta de los demandados como factor relevante – presentan hechos sustancialmente distintos a los que se dan en el caso *N.D. y N.T.* Mientras que, en los casos traídos a

---

<sup>50</sup> Sentencia del TEDH (Gran Sala) sobre el asunto *Khlaifia y otros c. Italia*, de 15 de diciembre de 2016 (demanda nº 16483/12).

<sup>51</sup> Sentencia del TEDH (Sección cuarta) sobre el asunto *M.A c. Chipre*, de 23 de julio de 2013 (demanda nº 41872/10).

<sup>52</sup> Decisión de admisibilidad del TEDH (Sección quinta), sobre el asunto *Dzavit Berisha y Baljje Haljiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 16 de junio de 2005 (demanda nº 18670/03).

<sup>53</sup> Decisión de admisibilidad del TEDH (Sección segunda) sobre el asunto *Dritsas y otros c. Italia*, de 1 de febrero de 2011 (demanda nº 2344/02).

<sup>54</sup> En ese sentido, el Tribunal examinó si España había puesto a disponibilidad de los demandantes “*genuine and effective access to means of legal entry*” en su territorio, que constituye el otro requisito a examinar, además de la conducta del interesado, con el objeto de determinar si un Estado demandado está dispensado de llevar a cabo un procedimiento individualizado de expulsión (párr. 201). Concluye el Tribunal que, entre los medios legales al alcance de los demandantes para entrar en España, estaban a su disposición el puesto fronterizo de Beni Enzar, además de consulados y embajadas españolas donde los demandantes pudieron haber solicitado protección internacional, de acuerdo con la legislación española (párr. 222).

colación por el TEDH, o bien se llegó a iniciar un procedimiento individualizado donde efectivamente los demandantes *pudieron ejercer sus derechos*, como en los casos *Khlaifia*<sup>55</sup>, *M.A*<sup>56</sup> y *Berisha y Haljiti*<sup>57</sup>, o bien las autoridades tomaron las medidas iniciales con el objeto de iniciar dicho proceso, como en el caso *Dritsas y otros*<sup>58</sup>, en el caso que nos ocupa, en contraste, no sé llegó a iniciar dicho proceso de identificación, sino que directamente se procedió a la devolución de los individuos sin intento alguno de dotarles de unas mínimas garantías procedimentales. De esta forma, es evidente la abismal diferencia que existe, en lo relativo al contexto y hechos que motivan la denegación de procedimiento, entre los casos a los que se refiere el TEDH y el caso de *N.D. y N.T.*

Asimismo, consideramos que suscita una gran cuestionabilidad, desde el punto de vista jurídico, la aproximación que realiza el Tribunal en su razonamiento sobre el hecho de que los demandantes accedieran a territorio español de forma irregular. En opinión del Tribunal, como consecuencia de esta entrada ilegal, los demandantes “pierden” su derecho a un procedimiento de identificación y a la posibilidad de realizar alegaciones en relación con sus circunstancias personales, además de que se documente y quede constancia de dicha actuación. Sin embargo, en materia de extranjería, a los asaltos a la valla fronteriza que caracterizan los rechazos en frontera, les es de aplicación el art. 58.3 LOEx comentado anteriormente, en lo relativo a su régimen sancionador. En virtud del

---

<sup>55</sup> En el caso *Khlaifia y otros*, el TEDH concluyó que no se produjo una violación del art. 4 del Protocolo nº4, en la medida en que los demandantes tuvieron una auténtica y efectiva posibilidad de presentar argumentos en contra de su expulsión, teniendo en cuenta que su nacionalidad fue determinada y que fueron identificados en dos ocasiones (párr. 254). No obstante, es evidente que dicha posibilidad no estuvo al alcance de los demandantes en el caso de España, puesto que los rechazos en frontera, en la medida en que se basan en la interceptación y entrega automática de extranjeros por la vía de hecho, no permiten ni la realización ni registro de alegaciones en contra de la expulsión.

<sup>56</sup> En el caso *M.A*, un grupo de sirios kurdos argumentó que las órdenes de deportación y las cartas a tal efecto estaban redactadas en términos idénticos. No obstante, el TEDH concluyó que el proceso que llevó a determinar la deportación se realizó de manera individualizada y en atención a los hechos particulares de cada persona, por lo que no se produjo una expulsión colectiva (párr. 254). En contraste, en el caso *N.D. y N.T.* – tal y cómo ocurre en los rechazos en frontera – no hubo proceso alguno de individualización.

<sup>57</sup> En el caso *Berisha y Haljiti*, los demandantes demandaron a dicho país argumentando en contra de la decisión común que recibieron en relación con su solicitud de asilo, inadmitiendo el TEDH la demanda y concluyendo que los hechos denunciados no habían implicado una expulsión colectiva puesto que la interposición de la solicitud de asilo la realizaron de forma conjunta, aportaron los mismos medios de prueba y presentaron la solicitud de apelación de manera conjunta (Unidad de prensa del TEDH, 2020, págs. 6 – 7). Las circunstancias de este caso difieren sobremanera de las relativas al caso *N.D. y N.T.* en la medida en que en este último los demandantes no tuvieron oportunidad de interponer solicitud de ningún tipo.

<sup>58</sup> En el caso *Dritsas y otros*, el TEDH inadmitió la demanda en relación con una expulsión colectiva, puesto que los demandantes, al ser requeridos sus documentos de identificación, desobedecieron a las autoridades, por lo que estas últimas no tuvieron posibilidad material de redactar órdenes de expulsión donde constasen los nombres correspondientes de las personas (Unidad de prensa del TEDH, 2020, págs. 7). Sorprende la invocación de este caso por parte del TEDH en la medida en que los demandantes del caso *N.D. y N.T.* no fueron en ningún momento requeridos sus documentos de identificación.

citado artículo, respecto a los extranjeros “que pretendan entrar ilegalmente en España”<sup>59</sup>, se procedería a la devolución de los mismos sin necesidad de apertura de expediente<sup>60</sup>. Esta devolución, considerada como medida tendente a restaurar el orden jurídico vulnerado, carece así de carácter sancionador, tal y como dictaminó el Tribunal Constitucional en la STC 17/2013, de 31 de enero (FJ 12). Por tanto, teniendo en cuenta que el intento de entrada ilegal en España de la que derivan los rechazos en frontera, cuya consecuencia no tiene naturaleza sancionadora, y que a diferencia de la expulsión, no se califica como infracción grave de acuerdo con la legislación en materia extranjería<sup>61</sup>, resulta claramente desproporcionado admitir, por parte del TEDH, que los migrantes involucrados en este tipo de actuaciones vean mermados sus derechos hasta el extremo de ser privados de las mínimas garantías procesales reconocidas en la legislación nacional y por la jurisprudencia del TEDH, inherentes tanto a los procedimientos de devolución como de expulsión. Así, podríamos calificar como desmesurado el hecho de que el TEDH admita este recorte de derechos ante la infracción de una norma de carácter meramente administrativo (que no penal).

## **5.2. La controvertida accesibilidad de los cauces legales de entrada en España**

La principal objeción en relación con el fallo de la Gran Sala se basa, desde nuestro punto de vista, en la inadmisibile postura que adopta el Tribunal respecto al contexto y particularidades que caracterizan la frontera hispano-marroquí. Si bien el TEDH se basa en la posibilidad de la que disponían los demandantes para utilizar los cauces legales dispuestos por el ordenamiento jurídico español con el objeto de entrar en España, dicha

---

<sup>59</sup> Resultaría coherente, en relación con este precepto, argumentar, de la forma en la que lo hemos hecho en este trabajo, que los extranjeros involucrados en los rechazos en frontera se encuentran ya en territorio español, una vez superada la valla más externa y situados dentro del triple vallado fronterizo, por lo que no sería de aplicación el mencionado artículo. No obstante, señala el art. 23.1.b) RLOEx, respecto a qué se entiende por extranjeros “que pretendan entrar ilegalmente en España”, que se incluye dentro de estos, a “los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”.

<sup>60</sup> Conviene apuntar, en este sentido, que la ausencia de expediente no es equivalente a una ausencia de procedimiento, aunque este se caracterice por una mayor simplicidad. En líneas generales, el procedimiento de devolución regulado en el art. 23 RLOEx, garantiza la identificación de los individuos interceptados, además de un estudio particular de la situación de los mismos y que se registre que han tenido la posibilidad de solicitar asilo, además de asistencia jurídica y de intérprete, en su caso, tal y cómo hemos comentado *ut supra*. Asimismo, cumple este régimen con los requisitos exigidos por el TEDH a este respecto (J. V. González García, 2015, pág. 323).

<sup>61</sup> Dentro de las modalidades de expulsión – en el sentido lato de la palabra – que existen en España, es significativo dónde está ubicado cada procedimiento en el RLOEx: mientras que procedimiento de expulsión *strictu sensu* se encuentra recogido en el Título XIV, sobre “Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, el procedimiento de devolución, teóricamente aplicable a los casos de entradas ilegales en el contexto de rechazos en frontera, se incluye en el Título I, concerniente al “régimen de entrada y salida de territorio español” (I. González García, 2015, pág. 35).

posibilidad es manifiestamente irreal. Aunque resulta innegable que existen oficinas de asilo en donde solicitar protección internacional o visados, así como puestos fronterizos a través de los que acceder a territorio español de forma legal, resulta del todo reveladora la preocupación que ha mostrado el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en este sentido. Dicha preocupación se fundaría en el hecho de que, en la práctica, la oficina de asilo situada en territorio fronterizo marroquí únicamente concede acceso a solicitantes sirios. A mayor abundamiento, en relación con el puesto de control fronterizo ubicado en territorio marroquí, las fuerzas policiales de Marruecos deniegan acceso a migrantes de ciertas nacionalidades, pero especialmente a aquellos de origen subsahariano<sup>62</sup> (Soler García, 218, pág. 140). Ante el contexto expuesto, no hay lugar a dudas de que muchos migrantes que quieren acceder a territorio español no tienen otra opción sino penetrar de forma irregular en el país superando el vallado fronterizo. Con esto en mente, resulta muy chocante que el TEDH haya afirmado que los demandantes tenían a su disposición “*genuine and effective access to Spanish territory*” (párr. 201), suscitando una gran cuestionabilidad la exigencia por parte del Tribunal de agotar las vías domésticas de acceso a España, cuando éstas, en la práctica, no existen a los ojos de muchos migrantes, incluyendo los demandantes –de origen subsahariano– del caso *N.D. y N.T.*

Esta cuestión es tratada por el TEDH a raíz de los informes presentados al respecto por el mencionado Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, así como por ACNUR. No obstante, considera el Tribunal que dichos informes “*are not conclusive as to the reasons and factual circumstances underlying these allegations. Some of them mention racial profiling or severe passport checks on the Moroccan side. However, none of these reports suggests that the Spanish Government was in any way responsible for this state of affairs*” (párr. 218). Asimismo, advierte el Tribunal, en relación con la necesidad de que los derechos recogidos en el Convenio se garanticen de forma efectiva y práctica, que no implica ello “*a general duty for a Contracting State under Article 4 Protocol No. 4 to bring persons who are under the jurisdiction of another State within its own jurisdiction*”. Siguiendo este hilo argumental, afirma el TEDH más adelante, en lo relativo a la accesibilidad al puesto fronterizo de Beni Enzar, que “*even assuming that difficulties existed in physically approaching this border crossing point on the Moroccan*

---

<sup>62</sup> Organizaciones como Médicos sin Fronteras (Alami, 2012), la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (2017, pág. 24) y Amnistía Internacional (2015, pág. 40) han denunciado las estrategias de evaluación y fichaje racial, adoptadas por agentes de la policía marroquí, con el objeto restringir el acceso a España desde territorio marroquí de migrantes subsaharianos, lo que explica que a la oficina de Beni Enzar solo puedan acceder en la práctica personas de nacionalidad siria, argelina y yemení (Saez, 2017).

*side, no responsibility of the respondent Government for this situation has been established before by the Court” (párr. 221).*

Desde nuestro punto de vista, las implicaciones de este razonamiento son desconcertantes. En primer lugar, aunque susceptible de ser puesto en cuestión en mayor o en menor medida, el TEDH parece pasar por alto, de forma intencionada, las evidencias existentes, registradas por ONG y organizaciones internacionales dedicadas a la protección de los derechos humanos, en relación con las posibilidades de acceso a las vías legales de entrada en España, como los puestos fronterizos y consulados. En segundo lugar y más importante, se deduce de forma clara de las afirmaciones del TEDH que los puestos fronterizos de un país, estando situados en territorio del otro, no son por ello responsabilidad del primero, en lo relativo a su accesibilidad<sup>63</sup>. En el caso que nos ocupa, incluso asumiendo que existen dificultades para acceder al puesto fronterizo de Beni Enzar, en tanto en cuanto este está situado en territorio marroquí, España no puede ser declarada responsable en ese sentido. *Pese a ello*, a los demandantes se les exige utilizar vías cómo la citada, y en caso de no hacerlo, se le permite al Estado privarle de los derechos recogidos en el Convenio. De esta forma, podemos afirmar que el razonamiento del TEDH es cuanto menos paradójico: a los demandantes, en orden a disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio, se les exige recurrir a unas vías legales de entrada en el territorio de un Estado. Sin embargo, a este último, en tanto que dichas vías se institucionalizan en unas oficinas situadas en territorio extranjero, no se le exige que garantice su accesibilidad y funcionalidad. Así, aunque materialmente no exista posibilidad de acceder a dichas vías, los demandantes – a ojos del TEDH – son susceptibles de recriminación y de sanción, en tanto en cuanto no han hecho uso de estas vías, en vista de lo cual el Estado tiene derecho a privarles del procedimiento individualizado de expulsión que reconoce el CEDH<sup>64</sup>.

Finalmente, conviene resaltar un tema que, por limitaciones de espacio, no abordaremos en profundidad en este trabajo, que es la cuestión del acceso al procedimiento de asilo,

---

<sup>63</sup> Conviene destacar que, en materia de asilo, ni la legislación interna, ni la Convención de Ginebra, ni la legislación comunitaria regulan de forma alguna las restricciones y limitaciones de accesibilidad en lo concerniente a las solicitudes de asilo o de protección internacional que estén supeditadas a los cauces de acceso al territorio de España (Arce Jiménez, 2017, pág. 59)

<sup>64</sup> Sin perjuicio de la evidente problemática que suscitaría el exigir a España la garantía de accesibilidad a sus instancias situadas en Marruecos, hubiera resultado lógico que, eximiendo a España de garantizar dicha accesibilidad, los demandantes no hubieran sido recriminados por no haber hecho uso de dichas instancias al no ser estas accesibles. Así, resulta del todo relevador que el Tribunal no se molestó en hacer esta precisión, pero que sí apunte que España no podría ser declarada como responsable en cualquier caso en lo relativo a la accesibilidad a sus instancias en el extranjero.

teniendo en cuenta la ausencia del reglamento de aplicación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria<sup>65</sup> (en adelante, Ley de Asilo)<sup>66</sup>. Esta cuestión es tratada por la Gran Sala en tanto en cuanto los demandantes y el Gobierno discuten la eficacia protectora del art. 38 de la Ley de Asilo, relativo a las “solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados”. En este sentido, argumentan los demandantes que el mencionado artículo carecía aún del desarrollo reglamentario necesario y que, por tanto, no resultaba de aplicación. Sin embargo, el TEDH estimó que esta afirmación era errónea en la medida en que el Ejecutivo español había demostrado esto “*pointing out that according to Article 2 § 2 of the Civil Code, laying down implementing arrangements for the previous version of the Law on asylum, was still in force*”<sup>67</sup> (párr. 224). A pesar de que, cómo hemos señalado, no vamos a entrar en el interesante análisis sobre si el nivel de protección dispensado por el reglamento anterior, aprobado mediante el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero<sup>68</sup>, y aún vigente, resultó ser suficiente en el caso que nos ocupa, sí nos gustaría poner de manifiesto la contradicción en la que parecen incurrir nuestros gobiernos en este sentido. Por un lado, el Gobierno presidido por el Partido Popular en el 2016, fue preguntado acerca del consulado de Nador y de la posibilidad de solicitar protección internacional para los migrantes subsaharianos, a lo que contestó que resultaba necesaria la aprobación del nuevo reglamento (Sánchez Tomás, 2018). Contrasta con ello el argumento del Estado en este caso, presidido por el Gobierno socialista, sobre la suficiencia del reglamento anterior en la regulación de esta cuestión. Así, en la medida en que carece de lógica que el color del Ejecutivo explique esta contradicción, podemos afirmar que el Estado, en defensa de sus propios intereses, ha optado por negar la necesidad de una nueva regulación, con el objetivo de resultar eximido de una responsabilidad que a todas luces le es atribuible.

Del fallo de este caso, habida cuenta del giro de ciento ochenta grados que experimenta en relación con la decisión de primera instancia, se han hecho eco un gran número de medios de comunicación. Varios de los principales periódicos a nivel nacional – incluidos

---

<sup>65</sup> BOE nº 263, de 31 de octubre de 2009.

<sup>66</sup> La aprobación de este reglamento está pendiente desde que la citada ley fue promulgada en el año 2009. Establece su art. 38 *in fine*: “El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos”. *Vid.*, respecto a las implicaciones de la falta de este reglamento, García Victoria, I. (2018). Una década sin reglamento de asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes. *Anuario CIDOB de la Inmigración 2018*. Págs. 116 – 128.

<sup>67</sup> Continúa diciendo el Tribunal que “*That decree provided for a specific procedure enabling the ambassadors to establish whether asylum applications submitted at the Spanish embassies and consulates were genuine and, if appropriate, to arrange for the transfer to Spain of the persons concerned, by means of an urgent admission in the event of a high risk in the third country*” (párr. 224).

<sup>68</sup> BOE nº 52, de 2 de marzo de 1995, págs. 7237 – 7246.

El País, La Vanguardia<sup>69</sup> y El Mundo – han tratado el caso, afirmando, respecto al fallo del TEDH, que este último ha “avalado” las devoluciones en caliente (Ayuso, 2020; Val, 2020; Marraco y Álvarez, 2020). Consideramos estas afirmaciones como un punto de partida ideal para matizar y analizar, desde el rigor y el espíritu crítico, las implicaciones del fallo respecto a lo que se denomina de forma general “devoluciones en caliente”.

Desde nuestro punto de vista, el fallo de la Gran Sala lo que ha hecho es avalar las devoluciones en caliente *que se produjeron el 13 de agosto de 2014*, unas expulsiones colectivas que, como hemos comprobado, se caracterizaron por una entrada de forma irregular, en la que los demandantes se prevalieron del gran número de personas involucradas y donde utilizaron la fuerza.

No obstante, estos últimos hechos no son necesariamente característicos, de acuerdo con la definición de “devolución en caliente” proporcionada *ut supra*, de absolutamente todas las entradas ilegales previas a dichas expulsiones. Así, la potencial variedad de hipotéticos escenarios en este contexto nos permite afirmar que se pueden haber producido, y de seguro se producirán en un futuro, entradas ilegales de un número reducido de personas, donde las mismas no utilicen necesariamente la fuerza. En la medida en que estos últimos hechos han sido determinantes en la valoración y fallo del TEDH, no podemos afirmar que estando estos hechos ausentes y manteniéndose el resto igual, el Tribunal “avalaría” cualesquiera devoluciones en caliente<sup>70</sup>.

Así, no cabe afirmar – de la forma en la que lo ha hecho la prensa – que el TEDH haya reconocido la validez de lo que generalmente se entiende por “devoluciones en caliente”. Como decimos, sin ánimo de restarle importancia y reconociendo la preocupación que suscita, el TEDH ha admitido unas expulsiones con unas determinadas características, acaecidas en un contexto en particular. Sin embargo, sí conviene señalar que el caso de *N.D y N.T.* constituía una oportunidad ideal para el TEDH de establecer una interpretación más garantista respecto a la prohibición de expulsión colectiva recogida en el Protocolo nº4 del CEDH. En cambio, el Tribunal de Estrasburgo, ante una clara disyuntiva entre exigir responsabilidad a las personas o al Estado, ha optado claramente por eximir a este

---

<sup>69</sup> Se ha llegado a afirmar por parte de este medio que “el TEDH considera que las devoluciones sumarias son legales y no contrarias a los derechos humanos” (Val, 2020).

<sup>70</sup> Conviene señalar que los casos *Doumbé Nnachui c. España* (demanda nº 19420/15) y *Balde y Abel c. España* (20351/17), actualmente pendientes de admisibilidad en el TEDH, suponen para este último una oportunidad de corregir lo establecido en el caso *N.D. y N.T.* respecto a los rechazos en frontera. Además, resulta destacable, por un lado, que ambas demandas alegan la conculcación del art. 3 CEDH y, por otro lado, que el caso *Balde y Abel c. España* se refiere a hechos acaecidos una vez entrada en vigor la reforma legislativa llevada a cabo mediante la DAA, por lo que el TEDH tendría ocasión de pronunciarse sobre este extremo.

último, llegando al extremo inconcebible de atribuir a las personas una obligación que resulta ser, en atención a las circunstancias, manifiestamente inexigible. De esta forma, el Tribunal ha adoptado una interpretación del CEDH claramente restrictiva de los derechos humanos, sentando con ello un precedente sumamente peligroso en lo relativo a la protección dispensada por la prohibición de expulsiones colectivas recogida en el CEDH.

### **5.3. El impacto del fallo respecto al recurso de inconstitucionalidad de la DAA**

En lo referente a las implicaciones a nivel doméstico, conviene recordar que el Tribunal Constitucional está actualmente estudiando el recurso de inconstitucionalidad mencionado *ut supra*, y son contradictorias las opiniones que han surgido en relación con el encaje que va a tener el fallo del TEDH por parte del Tribunal Constitucional. Pese a que fuentes ligadas al Tribunal Constitucional han señalado que este último está ahora abocado a desestimar el recurso de inconstitucionalidad, argumenta Boza Martínez y García Vitoria que el fallo del TEDH no debería afectar a la autonomía del Tribunal Constitucional a la hora de resolver el recurso, en la medida en que el objeto examinado, tal y como venimos de distinguir, no es idéntico. Mientras que el TEDH examina la legalidad de las devoluciones que sufrieron los demandantes en particular, el objeto a estudiar por parte del Tribunal Constitucional es una norma de carácter abstracto, cuya aplicación se extiende en teoría a cualquier escenario hipotético que se pueda dar en la realidad. A mayor abundamiento, señalan estos autores que no cabe obviar el principio de mínimos del CEDH, con base en el cual la protección dispensada por el CEDH constituye un mínimo común que los Estados parte deben respetar, sin perjuicio del margen de apreciación nacional con el que cuentan a efectos de establecer estándares de protección más altos en virtud de lo dispuesto en las Constituciones domésticas. De este modo, existen diferencias entre la Constitución española y el CEDH que permitirían argüir en favor de una protección más intensa derivada de la primera. Asimismo, resultan del todo relevantes en este sentido los mandatos constitucionales contenidos en los arts. 10.2 y 9.2, en virtud de los cuales, los derechos recogidos en la Constitución deben ser interpretados de acuerdo con los tratados internacionales, y en virtud del principio de protección real y efectiva de los derechos. De esta forma, si bien el CEDH constituye ciertamente un tratado internacional a tener en cuenta, no es menos cierto que también deban considerarse la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención sobre los Derechos del Niño (Boza Martínez y García Vitoria, 2020).

## **6. La externalización fronteriza y los rechazos en frontera**

Tras la reflexión precedente, cabría sostener que el fin de las devoluciones en caliente sería posible si el Estado español tuviera la voluntad de poner en práctica políticas migratorias que respetaran las garantías jurídicas que le corresponde a todo migrante al amparo de la normativa de derechos humanos.

No obstante, desde nuestro punto de vista, se podría incluso ir más allá del ámbito de lo que estrictamente abarcan los procesos de expulsión de migrantes que, como hemos examinado, están regulados de forma minuciosa en nuestra legislación nacional. Con el caso *N.D. y N.T.*, hemos palpado la controversia que suscita actualmente la cuestión de la accesibilidad a las vías legales implantadas en el extranjero con el objeto de permitir a migrantes acceder de forma regular a nuestro territorio nacional o de que soliciten asilo o protección internacional. Así, parece lógico que garantizando el Estado dicha accesibilidad, se reducirían por tanto los intentos de acceso irregular a nuestro país, ergo disminuiría la posibilidad de que se llevaran a cabo rechazos en frontera.

De esta forma, surge la cuestión de cómo garantizar que los migrantes tengan un acceso real y efectivo a los cauces legalmente establecidos que les permitan entrar en España y solicitar la protección que corresponda. La respuesta a esta cuestión nos lleva de nuevo al propio Estado y su adopción de una estrategia en boga incluso en la Unión Europea<sup>71</sup>: la externalización del control fronterizo<sup>72</sup>.

Pese a que por razones de espacio no vamos a analizar esta cuestión con toda la prolijidad que nos gustaría, sí consideramos conveniente introducir este tema y examinar en la medida de lo posible las extraordinarias implicaciones que acarrea en relación con las devoluciones en caliente.

La externalización del control fronterizo es definida por la doctrina como “todas las prácticas llevadas a cabo por los Estados con el objetivo de trasladar la frontera, desplazándola de una simple frontera física hacia cualquier lugar donde se puedan encontrar los migrantes” (Poncela, 2018, pág. 5). En el caso del Estado español, una de las múltiples modalidades de externalización de fronteras se traduce en diversos

---

<sup>71</sup> El acuerdo entre la UE y Turquía del 18 marzo de 2016, citado al inicio de este trabajo, ha sido calificado por la doctrina como estrategia de externalización fronteriza, en tanto en cuanto dicho acuerdo implicaba esencialmente delegar en las autoridades turcas el control de la frontera comunitaria hacia el sureste entre Grecia y Turquía (Üstübici y İçduygu, 2018, pág. 26).

<sup>72</sup> A mayor abundamiento, estas estrategias son adoptadas en un contexto de endurecimiento de políticas migratorias por parte de los Estados del continente europeo (Goig Martínez, 2017, pág. 97).

acuerdos<sup>73</sup>, en el marco también de la Unión Europea, en virtud de los cuales Marruecos ha incrementado el despliegue de cuerpos de policía y del ejército ante las vallas de Ceuta y Melilla, encargándose entre otras cosas, del desmantelamiento de campamentos establecidos por migrantes en las inmediaciones del territorio español (Garcés-Mascareñas, 2016)<sup>74</sup>. Así, se enmarcaría como estrategia de externalización de fronteras el papel adoptado por las autoridades marroquíes, denunciado por el Comisario de Derechos Humanos para el Consejo de Europa, con el objeto de prevenir el acceso de muchos migrantes a los puestos de control fronterizo o a las oficinas de asilo, derivando esta actuación en la imposibilidad de acceso a estas vías<sup>75</sup>.

Así, se deduce la relación, cuanto menos peculiar, que se da entre esta modalidad de externalización de fronteras y las devoluciones en caliente. España, presumiblemente con el objetivo de reducir la entrada de inmigrantes en su país por vía regulares, recurre a la cooperación de Marruecos<sup>76</sup> para reducir el número de solicitantes en sus instancias situadas en dicho país. Consecuentemente, los migrantes que ven obstaculizado su acceso a dichas vías se ven entonces forzados a intentar entrar en España de forma irregular, con lo que las autoridades españolas recurren así a los rechazos en frontera.

De esta forma, cabría sostener en cierta medida que la externalización de fronteras adoptada por España constituye una suerte de causa mediata o indirecta de las devoluciones en caliente, en tanto en cuanto, las entradas irregulares características de este tipo de prácticas se producen como consecuencia de la inaccesibilidad a los cauces

---

<sup>73</sup> Sin perjuicio de la significación de los acuerdos de España con Marruecos en tanto que país limítrofe, el Estado español también ha firmado acuerdos con otros países de los que proviene un gran porcentaje de la inmigración venida de la África subsahariana, tales como Gana, Senegal, Mali, Costa de Marfil, Guinea y Gambia (Garcés-Mascareñas, 2016).

<sup>74</sup> Afirma Frontex, en el mismo sentido, que *“the dismantling of makeshift migrant camps in Morocco and Algeria might act as a ‘push factor’ in displacing migrants to other areas”* (Gálvez, 2017).

<sup>75</sup> En relación con la veracidad de estas afirmaciones, resulta del todo significativo un informe del Representante Especial del Secretario General del Consejo de Europa en materia de migración y refugiados, en donde se afirma, al respecto de la prevención de acceso a territorio español desde Marruecos y la cooperación en materia de inmigración entre estos dos países, que *“member states should exercise human rights due diligence in the context of such coo-operation. They should take into account the situation in their neighbouring countries to refrain from sharing information with or requesting the latter to intercept people before they reach member states’ when they know, or should have known, that the intercepted persons would as a result be exposed to a real risk of torture or inhuman degrading treatment or punishment and they would not be given protection in the neighbouring countries”* (Consejo de Europa, 2018).

<sup>76</sup> Respecto a los acuerdos concluidos por España en esta materia, una cuestión muy problemática es la de su opacidad, toda vez que en muchas ocasiones no hablamos de tratados internacionales, sino de acuerdos no normativos no vinculantes jurídicamente, de carácter confidencial, cuya vigencia y contenido resultan difíciles de determinar (González Vega, 2015, pág. 183).

legales de entrada en Marruecos, inaccesibilidad de la que es responsable el propio Estado español debido al empleo de mecanismos de externalización fronteriza.

Consecuentemente, en la medida en que no cese la externalización fronteriza que hemos examinado, continuarán produciéndose entradas de forma irregular en España, ante las cuales, a la vista del fallo de la Gran Sala, responderá el Estado español impunemente mediante devoluciones en caliente.

### **Conclusiones**

1. En conclusión, podemos afirmar que los rechazos en frontera contravienen radicalmente la legalidad internacional y nacional. Por una parte, la expulsión de los extranjeros a territorio marroquí, en tanto en cuanto supone un verdadero riesgo de abusos y malos tratos por parte de las fuerzas de seguridad de Marruecos, contraviene de forma patente la prohibición de tortura y el principio de *non-refoulement*. Por otra parte, la ausencia de cualquier forma de procedimiento de individualización y audiencia al extranjero se traduce en un atentado frontal, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, contra la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho a un recurso efectivo ante una violación de un derecho consagrado en el CEDH.
2. El fallo de la Gran Sala sobre el caso *N.D. y N.T.* confirma la doctrina de la aplicación extraterritorial del CEDH, según la cual las devoluciones en caliente, incluso aunque se produjeran en territorio no español, son realizadas por agentes de la administración española que están efectivamente ejerciendo su jurisdicción y, por ende, se ven vinculados por todas las obligaciones derivadas de normas de Derecho internacional, incluyendo las relativas a la protección de los derechos humanos, que les son de aplicación al Estado español en virtud de su condición de parte en el tratado en cuestión.
3. No obstante, el fallo del caso *N.D. y N.T.* supone, desde nuestro punto de vista, una batalla perdida para el Derecho internacional. El TEDH, considerado como último bastión europeo en la defensa de los derechos humanos, ha adoptado una postura a todas luces restrictiva de los derechos recogidos en el CEDH, pese a la jurisprudencia asentada en la materia, que con este fallo queda en gran medida desvirtuada. Cabría argumentar que, de ahora en adelante, la prohibición de expulsiones colectivas no será de aplicación a un gran número de migrantes y solicitantes de asilo o protección internacional que intenten traspasar la valla fronteriza de Ceuta o Melilla, en la

medida en que el carácter irregular de sus entradas constituirá el pretexto necesario en orden a limitar los derechos que les corresponden a la luz del CEDH.

4. Además, el razonamiento del TEDH peca de contradictorio en la medida en que exime a España de garantizar la accesibilidad de los cauces legales habilitados en el extranjero para entrar en su territorio, pero requiere a migrantes y solicitantes de asilo utilizar dichos cauces, lo que en último término se traduce en una postura claramente punitivista. Así, el fallo del caso *N.D. y N.T.* añade un eslabón más en un proceso de endurecimiento de las políticas migratorias, al que se han sumado ya muchos Estados de Europa, contribuyendo así en un menoscabo de las garantías mínimas que le corresponden a migrantes y solicitantes de asilo.

5. Sin embargo, las perspectivas de admisibilidad de los rechazos en frontera en España no deberían *a priori* verse afectadas por el fallo de la Gran Sala. Habida cuenta del estándar mínimo de protección que proporciona el CEDH, nada obsta a que dicho estándar se incremente a nivel doméstico, máxime cuando las devoluciones en caliente, tal y como hemos comprobado, también atentan claramente contra la legalidad nacional.

6. Desde nuestro punto de vista, resulta clara la presión migratoria a la que se enfrenta el Estado español en tanto que frontera sur de Europa limítrofe con África. Sin embargo, esta presión no puede en ningún caso considerarse como justificación que exima a España de cumplir con sus obligaciones a la luz del Derecho internacional. En relación con la regulación de la entrada, estancia y salida de extranjeros de un territorio nacional, los Estados soberanos, tal y como los concebimos hoy en día, ostentan *a priori* el derecho a ejercer el control que estimen oportuno. No obstante, dicho control debe respetar en todo caso lo dispuesto en el CEDH, tal y como ha establecido el TEDH en su jurisprudencia. Consecuentemente, el ejercicio de las competencias relativas a la gestión y control fronterizo está en todo caso supeditado al debido respeto y garantía de los derechos humanos que le son inherentes a todas las personas envueltas en flujos migratorios.

7. De esta forma, futuras líneas de investigación deberían abordar la potencialidad de una regulación en Derecho de asilo, en relación con la responsabilidad estatal en la garantía de accesibilidad y funcionalidad de los cauces legales de entrada en su territorio mediante los que se puede solicitar asilo o protección internacional, y especialmente, las implicaciones jurídicas que derivarían estando dichos cauces situados en el territorio de otro Estado.

8. Resulta evidente que la cuestión de la presión migratoria no debería ser abordada ni mediante estrategias de externalización fronteriza, ni mediante la creación de figuras como los rechazos en frontera, indirectamente promovidos por mor de las primeras. No podemos olvidar que el respeto de los derechos humanos constituye un límite insoslayable que debe en todo caso actuar de piedra angular en la regulación de todo lo concerniente con los procesos migratorios. No obstante, incluso cumpliendo con esto, puede resultar difícil la conciliación del interés por mantener la seguridad y frenar la inmigración irregular, y el debido respeto de los derechos humanos. Así, el fenómeno de la inmigración, tanto regular como irregular, precisa de una aproximación holística e integral, que incida de forma especial en las causas profundas que motivan a las personas a abandonar de forma forzosa sus países de origen.

## **Bibliografía**

### 1. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS CIENTÍFICAS

- Acosta Sánchez, M. A. (2014). Las fronteras terrestres de España en Melilla: Delimitación, vallas, fronterizas y “tierra de nadie”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 28. DOI: 10.17103/reei.28.07
- Allain, J. (2001). The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement. *International Journal of Refugee Law*, 13(4), págs. 533-558. DOI: [10.1093/ijrl/13.4.533](https://doi.org/10.1093/ijrl/13.4.533)
- Arce Jiménez, C. (2017). Dos años de devoluciones en caliente “legales”. En *Derechos Humanos en la Frontera Sur* (págs. 54 – 63). Sevilla: Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. Obtenido 03/04/2020 de <https://apdha.org/media/informe-frontera-sur-2017-web.pdf>
- Costello, C. y Foster, M. (2016). Non-refoulement as Custom and *Jus Cogens*? Putting the Prohibition to the Test. En *Netherlands Yearbook of International Law 2015. Ius Cogens: Quo Vadis?* (págs. 273 – 327) La Haya: Asser Press.

- Díez de Velasco, M. (1973). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (18ª edición). Madrid: Tecnos.
- Espiniella Menéndez, Á. (2016). Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla. *Revista Española De Derecho Internacional*, 68(2), págs. 321 – 358. DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.2.03>
- García Victoria, I. (2018). Una década sin reglamento de asilo en España. Obstáculo e interpretaciones divergentes. *Anuario CIDOB de la Inmigración 2018*, págs. 116 – 128. ISSN: 2462-6732. DOI: [doi.org/10.24241/AnuarioCIDOBInmi.2018.116](http://doi.org/10.24241/AnuarioCIDOBInmi.2018.116)
- Goig Martínez, J. M. (2017). La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso). *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 32, págs. 71 – 111.
- González García, I. (2017). Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017. *Revista General de Derecho Europeo*, 43, págs. 17 – 57.
- González García, J.V. (2015). Expulsiones «en caliente», devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla. *Revista de Administración Pública*, 196, 2015, págs. 309-329.
- González Sacaluga, L. F. (2017). *La Gestión de la Seguridad en la Valla de Ceuta* (Trabajo de Fin de Grado). Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- González Vega, J. A. (2015). El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos. *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 11, págs. 173 – 193.
- Kristin, E. y Mjöll, O. (2019). Non-Refoulement in Strasbourg: Making Sense of the Assessment of Individual Circumstances. *Oslo Law Review*, 5(3), págs. 147-174.
- Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D. J. (1996). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (8ª edición). Madrid: Tecnos.
- Martínez Escamilla, M. y Sánchez Tomás, J.M. (2015). Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”. *Proyecto I+D+i “Iusmigrante” (DER 2011-26449)*
- 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)*. Obtenido el 25/02/2020 de: <http://eprints.ucm.es/25993>

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)*. Obtenido el 25/02/2020 de: <https://eprints.ucm.es/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf>

Marullo, M. C. (2019). La jurisdicción española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre. *Revista Española de Derecho Internacional*, 71(2), págs. 311 – 318.

Morgades Gil, S. (2012). TEDH -- Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. c. Belgica y Grecia, 30696/09 -- "Artículos 3 y 13 CEDH - Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes -- Reglamento (CE) N.o 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)" -- El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 41, págs. 183 – 204.

Peral Fernández, L. (2006). Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios. *Non-refoulement*, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 11.

Poncela Sacho, A. (2018). La externalización de las fronteras en el ámbito de la Unión Europea. *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos bie3*, 11, págs. 231 – 245.

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), págs. 329 – 336.

Sánchez Tomás, J. M. (2018). Las “devoluciones en caliente” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03-10-2017). *Revista española de derecho europeo*, 65, págs. 101 – 135.

Soler García, C. (2018). La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Europeo*, 45, págs. 107 – 160.

Torre Cuadrada García-Lozano, S. (2018). Los derechos humanos como límite a la gestión de los flujos migratorios mixtos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 36, págs. 1 – 25.

Üstübcici, A. y İçduygu, A. (2018). Border closures and the externalization of immigration controls in the Mediterranean: A comparative analysis of Morocco and Turkey. *New Perspectives on Turkey*, 59, págs. 7 – 31. DOI: 10.1017/npt.2018.21

## 2. RECURSOS DE INTERNET

Amnistía Internacional (2015). *Fear and fences. Europe's approach to keeping refugees at bay*. Obtenido el 04/04/2020 de <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR0325442015ENGLISH.PDF>

Boza Martínez, D. y García Vitoria, I. (2020, 24 de febrero). El Tribunal Constitucional ante las “devoluciones en caliente”. Dos visiones complementarias sobre los riesgos de admitir su encaje constitucional. *Instituto de Derecho Público de Barcelona*. Obtenido el 05/03/2020 de <http://idpbarcelona.net/tribunal-constitucional-ante-las-devoluciones-caliente-dos-visiones-complementarias-los-riesgos-admitir-encaje-constitucional/>

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (2017). *Refugees and migrants in Spain: the invisible walls beyond the southern border*. Obtenido el 06/04/2020 de <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/03/REPORT-MUROS-FRONTERA-SUR.pdf>

Garcés-Mascareñas, B. (2016). Frontera sur: laboratorio de las políticas europeas. *CIDOB – Barcelona Centre for International Affairs*. Obtenido el 04/03/2020 de [https://www.cidob.org/publicaciones/serie\\_de\\_publicacion/opinion/migraciones/frontera\\_sur\\_laboratorio\\_de\\_las\\_politicas\\_europeas](https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion/migraciones/frontera_sur_laboratorio_de_las_politicas_europeas)

Human Rights Watch (2014). *Abused and Expelled Ill-Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco*. Obtenido el 15/03/2020 de [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/morocco0214\\_ForUpload.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/morocco0214_ForUpload.pdf)

Médicos sin Fronteras (2012). *International Activity Report 2012*. Obtenido el 05/04/2020 de [https://www.msf.org/sites/msf.org/files/msf\\_activity\\_report\\_2012\\_interactive\\_fi\\_nal.pdf](https://www.msf.org/sites/msf.org/files/msf_activity_report_2012_interactive_fi_nal.pdf)

### 3. MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Alami, A. (2012). African Migrants in Morocco Tell of Abuse. *The New York Times*. Obtenido el 04/04/2020 de <https://www.nytimes.com/2012/11/29/world/middleeast/african-migrants-in-morocco-tell-of-abuse.html>

Ayuso, S. (2020, 14 de febrero). Estrasburgo avala las devoluciones en caliente de inmigrantes que saltan la valla en Ceuta y Melilla. *El País*. Obtenido el 29/02/2020 de [https://elpais.com/politica/2020/02/13/actualidad/1581597061\\_111909.html](https://elpais.com/politica/2020/02/13/actualidad/1581597061_111909.html)

Fernández Díaz: «No hay devoluciones en caliente, sino rechazos en frontera» (2014, 6 de mayo). *ABC*. Obtenido el 15/03/2020 de: <https://www.abc.es/espana/20140505/abci-fernandez-diaz-devolucion-inmigrantes-201405051320.html>

Gálvez, J. J. (2017, 8 de agosto). People smugglers double price of sea journeys into Spanish territory. *El País*. Obtenido el 02/04/2020 de [https://english.elpais.com/elpais/2017/08/08/inenglish/1502176554\\_468693.html](https://english.elpais.com/elpais/2017/08/08/inenglish/1502176554_468693.html)

Marraco, M. y Álvarez, R. J. (2020, 13 de febrero). Estrasburgo avala las “devoluciones en caliente” en Ceuta y Melilla y revoca la condena inicial a España. *El Mundo*. Obtenido el 29/02/2020 de <https://www.elmundo.es/espana/2020/02/13/5e455c1dfc6c83ee098b46bc.html>

Saez, S. (2017, 16 de noviembre). Melilla: No asylum for black men. *Deutsche Welle*.  
Obtenido el 05/04/2020 de <https://www.dw.com/en/melilla-no-asylum-for-black-men/a-41404179>

Val, E. (2020, 13 de febrero). Estrasburgo rectifica y avala las devoluciones en caliente de migrantes en la valla de Melilla. *La Vanguardia*. Obtenido el 28/02/2020 de <https://www.lavanguardia.com/politica/20200213/473532156015/tedh-avala-devoluciones-en-caliente-inmigrantes.html>

#### 4. FUENTES OFICIALES

Comité de los Derechos del Niño (2019). *Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relative a un procedimiento de Comunicación Núm. 4/2016 (CRC/C/80/D/4/2016)*. Obtenido el 16/04/2020 de <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5c73f8f54>

Comité contra la Tortura (2011). *Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Marruecos, doc. ONU CAT/C/MAR/CO/4*. Obtenido el 25/03/2020 de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8698.pdf>

Consejo de Europa (2014). *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 18 July 2014*. Obtenido el 07/04/2020 de <https://www.refworld.org/docid/553e4fbc4.html>

Consejo de Europa (2018). *Report of the fact-finding misión by Ambassador Tomáš Boček, Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, to Spain, 18-24 March 2018. SG/Inf(2018)25*. Obtenido el 15/04/2020 de [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016808d2c31](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808d2c31)

Unidad de Prensa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2020). *Factsheet on collective expulsion of aliens*. Estrasburgo: Consejo de Europa. Obtenido el 21/03/2020 de [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Collective\\_expulsions\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Collective_expulsions_ENG.pdf)

## 5. LEGISLACIÓN

### 5.1. Ámbito internacional

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, firmada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009. *Diario Oficial de la Unión Europea* C 83/389, de 30 de marzo de 2010.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), y en vigor desde el 22 de abril de 1954.

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, adoptado el 23 de mayo de 1969, y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

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.

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

### 5.2. Ámbito nacional

Constitución española, promulgada el 27 de diciembre de 1978, y en vigor desde el 29 de diciembre del mismo año. *Boletín Oficial del Estado* nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. *Boletín Oficial del Estado* nº 288, de 28 de noviembre de 2014.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado* nº 10, de 12 de enero de 2000.

Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado* nº 103, de 30 de abril de 2011.

## 6. JURISPRUDENCIA

### 6.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno) sobre el asunto *Soering contra Reino Unido*, de 7 de julio de 1989 (demanda nº 14038/88).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala) sobre el asunto *Amuur contra Francia*, de 25 de junio de 1996 (demanda nº 19776/92).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera) sobre el asunto *Hilal contra Reino Unido*, de 6 de marzo de 2001 (demanda nº 45276/99).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala) sobre el asunto *Ahmed contra Austria*, de 17 de diciembre de 2001 (demanda nº 25964/94).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera) sobre el asunto *Čonka contra Bélgica*, de 5 de febrero de 2002 (demanda nº 51564/99).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (antigua Sección segunda), sobre el asunto *Shamayec y otros contra Georgia y Rusia*, de 12 de abril de 2005 (demanda nº 36378/02).

Decisión de admisibilidad del TEDH (Sección quinta), sobre el asunto *Dzavit Berisha y Baljie Haljiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 16 de junio de 2005 (demanda nº 18670/03)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera) sobre el asunto *Salah Sheekh contra Países Bajos*, de 11 de enero de 2007 (demanda nº 1948/04).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera) sobre el asunto *Sultani contra Francia*, de 20 de septiembre de 2007 (demanda nº 45223/05).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección segunda), sobre el asunto *Abdolkhani y Karimnia contra Turquía*, de 22 de septiembre de 2009 (demanda nº 30471/08).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección quinta) sobre el asunto *Daoudi c. Francia*, de 3 de diciembre de 2009 (demanda nº 19576/08).

Decisión de admisibilidad del TEDH (Sección segunda) sobre el asunto *Dritsas y otros c. Italia*, de 1 de febrero de 2011 (demanda nº 2344/02).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) sobre el asunto *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, del 23 de febrero de 2012 (demanda nº 27765/09).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección cuarta) sobre el asunto *M.A contra Chipre*, de 23 de julio de 2013 (demanda nº 41872/10).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) sobre el asunto *Khlaifia y otros contra Italia*, de 15 de diciembre de 2016 (demanda nº 16483/12).

Sentencia del TEDH (Sección tercera) sobre el asunto *N.D. y N.T. contra España*, del 3 de octubre de 2017 (demandas nº 8675/15 y 8697/15).

Sentencia del TEDH (Gran Sala) sobre el asunto *N.D. y N.T. contra España*, del 13 de febrero de 2020 (demandas nº 8675/15 y 8697/15).

## 6.2. Tribunal Constitucional

Sentencia 49/1988, de 22 marzo, del Tribunal Constitucional. *BOE* nº 89, de 13 de abril de 1988 (ECLI:ES:TC:1988:49)

Sentencia 21/1997, de 10 de febrero, del Tribunal Constitucional. *BOE* nº 63, de 14 de marzo de 1997 (ECLI:ES:TC:1997:21)

Sentencia 28/1999, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional. *BOE* nº 89, de 14 de abril de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:28).