



**Universidad**  
Zaragoza

TRABAJO FIN DE GRADO

# **Estudio de la legalidad de las devoluciones en caliente: la negación al procedimiento administrativo**

Autor:

Lorenzo Pelegay Casbas

Director:

Antonio Embid Irujo

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y ADE

Curso 2019/2020

## ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN .....	4
1.	OBJETO DEL TRABAJO Y ESTRUCTURA .....	4
2.	MOTIVACIÓN .....	4
3.	METODOLOGÍA EMPLEADA.....	5
II.	LA FIGURA DE LA DEVOLUCIÓN: EL NO PROCEDIMIENTO.....	6
1.	LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CEUTA, MELILLA Y LA VALLA FRONTERIZA .....	6
2.	ORIGEN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA.....	8
3.	CONDICIONES Y PRESUPUESTOS HABILITANTES.....	11
4.	LA NORMATIVA EUROPEA Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES	12
5.	CARACTERÍSTICAS DE LA DEVOLUCIÓN EN CALIENTE: NATURALEZA JURÍDICA Y CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN. ....	14
6.	DIFERENCIAS CON LAS OTRAS FIGURAS DE LA LOEX.....	19
III.	LA LEGALIDAD DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE .....	22
1.	LA IMPOSIBILIDAD DE RECURRIR EN ESPAÑA.....	22
2.	LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES .....	25
3.	LA RATIO DECIDENDI DEL TEDH .....	27
4.	EL FUTURO PRÓXIMO: EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE .....	30
IV.	CONCLUSIONES.....	32
V.	BIBLIOGRAFÍA.....	34

## **ABREVIATURAS**

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

DA: Disposición Adicional

LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

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

REx: Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/200

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STSJA: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TC: Tribunal Constitucional

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. OBJETO DEL TRABAJO Y ESTRUCTURA

El objeto de este trabajo es un análisis de la legalidad de las conocidas como «devoluciones en caliente» desde un punto de vista administrativo, esto es, centrándose en la naturaleza de la figura, su marco normativo, su procedimiento de aplicación y los efectos legales que despliega.

La devolución en caliente ha sido objeto de extenso debate político a lo largo de los últimos años y es una figura en la que entran en juego una variedad de disciplinas jurídicas, como el derecho constitucional, el derecho penal, el derecho internacional y el derecho administrativo. Este trabajo pretende dar una visión imparcial y puramente jurídica al fenómeno de las devoluciones en caliente desde el punto de vista administrativo, en especial respecto a su procedimiento y encaje dentro del resto de normativa administrativa, y, por extensión, a los derechos constitucionales que entran en juego desde el punto de vista administrativo.

La estructura del trabajo se divide en tres partes fundamentales: la primera está dedicada al análisis de la figura de la devolución en caliente, o, técnicamente, el rechazo en frontera, analizando el marco normativo general y específico en el que se desarrolla, sus orígenes, su supuesto de aplicación, y por último, su naturaleza y los efectos legales que despliega en el ámbito administrativo. La segunda parte está dedicada más al ámbito judicial, en la que se analizan las consecuencias que tiene la aplicación de la devolución en caliente respecto de la tutela judicial de derechos, los principales pronunciamientos judiciales al respecto, principalmente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los posibles pronunciamientos futuros que pueden ocurrir. La tercera y última parte está dedicada a las conclusiones obtenidas en los dos apartados anteriores.

### 2. MOTIVACIÓN

Las devoluciones en caliente son un tema de extrema actualidad dado que la última y definitiva decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a estas ha tenido lugar en el pasado mes de febrero, contradiciendo además su propia decisión anterior. Esta decisión ha provocado que, como se verá, el Tribunal Constitucional tenga que cambiar su proyecto de sentencia en cuanto a las devoluciones en caliente

para adaptarse a esta decisión, sentencia la cual además está previsto que se dicte en los meses siguientes.

Este cambio repentino de criterio ha hecho que la casi todos los trabajos académicos y artículos publicados sobre este tema queden desactualizados de inmediato, puesto que casi en su totalidad exponían los criterios del tribunal para considerar las devoluciones en caliente como una figura ilegal, sin detenerse a analizar prácticamente su justificación legal. Por otra parte, la mayoría de trabajos se centraban en aspectos morales, de derecho constitucional o de derecho internacional de las devoluciones en caliente, quedando el aspecto administrativo de las mismas relegado al último plano y ocupando un espacio mínimo de estos trabajos. Es por ello que me pareció interesante escribir sobre este tema desde el punto de vista administrativo actualizándolo a los cambios doctrinales que se han producido en los últimos meses.

### 3. METODOLOGÍA EMPLEADA

La metodología empleada ha consistido en un estudio del régimen de las leyes de extranjería aplicables en España, tanto nacionales como europeas, de los principales convenios internacionales suscritos por España que resultan aplicables al caso y al objeto de este trabajo, y de las principales sentencias y pronunciamientos judiciales que han tenido lugar al respecto, centrando siempre el trabajo en el aspecto administrativo de la discrepancia jurídica. Por ello, también se analiza la relación con las leyes del procedimiento administrativo y con los principios constitucionales que lo regulan.

También se han analizado las principales sentencias nacionales e internacionales al respecto, poniéndolo en relación con la normativa aplicable. Por último, se han consultado numerosos artículos y trabajos académicos que analizan la figura.

## II. LA FIGURA DE LA DEVOLUCIÓN: EL NO PROCEDIMIENTO

### 1. LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CEUTA, MELILLA Y LA VALLA FRONTERIZA

Antes de empezar a analizar propiamente las figuras administrativas objeto del trabajo y su controversia jurídica, procede hacer una síntesis del marco normativo general en el que se encuentra el espacio geográfico concreto en el que se desarrolla esta figura, puesto que su particular configuración normativa hace que no sea posible en ningún otro lugar de la geografía española.

En primer lugar, hay que señalar que Ceuta ni Melilla presentan especialidades dentro del Espacio Schengen. Esto es, a las dos ciudades autónomas no les son de aplicación el régimen general comunitario de la UE en materia de migración irregular, tal y como se dispuso en el Acuerdo de 25 de junio de 1991 de Adhesión del Reino de España al Acuerdo Schengen. Tal y como expone Juan Antonio Hurtado Martínez<sup>1</sup>, «las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla se encuentran sometidas únicamente a la legislación y jurisdicción españolas, como resulta tanto desde el punto de vista de la normativa especial como del ordenamiento general comunitario»<sup>2</sup>.

En segundo lugar, merece una mención especial también la valla fronteriza situada en Melilla, objeto de numerosas controversias políticas y también legales. En el Informe de 8 de febrero de 2014, redactado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil y dirigido a su Director General, se crea (aunque venía empleándose desde 2005)<sup>3</sup> lo que se ha denominado “concepto operativo” de frontera, esto es, un intento por parte de España de delimitar la frontera con Marruecos, pero solo a efectos de extranjería. Se trata de un intento porque esta configuración, como se verá, ha sido rechazada por el TEDH, aunque por el momento se mantendrá como válida, puesto que es necesaria para comprender el apoyo legal sobre el que se asientan las devoluciones en caliente.

En resumen, el concepto operativo de frontera consiste en que el territorio español, a efectos de extranjería, no comienza en la valla fronteriza, sino en dos lugares distintos dependiendo de la vía de acceso:

---

<sup>1</sup> Juan Antonio Hurtado Martínez fue Magistrado de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

<sup>2</sup> HURTADO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO (2015, p.1)

<sup>3</sup> Página 7 del Informe de 8 de febrero de 2014 redactado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil y dirigido a su Director General

- Cuando los inmigrantes intentan entrar directamente desde el mar, a pesar de atravesar aguas nacionales españolas y llegar a pisar la playa, no se encuentran en territorio español y, por eso, no se les aplica el régimen general de extranjería, hasta que no haya conseguido traspasar la línea formada por los cuerpos de los Guardias Civiles esperándoles en la arena, que a efectos prácticos constituye el límite fronterizo.
- Cuando los inmigrantes intentan acceder saltando las vallas han de sortear todas las vallas, puesto 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<sup>4</sup>.

Como los hechos que han sido objeto de procesos judiciales más importantes han tenido lugar en la valla, nos centraremos en este segundo concepto. Hay que señalar que Melilla está rodeada por tres vallas fronterizas concéntricas de diferente altitud y configuración de seguridad. Pues bien, a efectos legales, es la última valla interior la que marca y delimita el territorio nacional a efectos de extranjería según lo recogido en el informe, postura la cual después ha sido defendida por el Gobierno, por ejemplo, por el Ministro de Interior en una comparecencia el 13 de febrero de 2014<sup>5</sup>, y, sobre todo, por los Abogados Generales del Estado en sus escritos ante el TEDH en los procedimientos en que España se enfrentaba contra los inmigrantes que alegaban haber sido expulsados ilegalmente.

Este concepto operativo, objeto de numerosas críticas por la arbitrariedad que implica, sigue hoy en día vigente en España, pese a que, como se verá, ha sido declarado ilegal por el TEDH.

---

<sup>4</sup> Página 6 del Informe de 8 de febrero de 2014

<sup>5</sup> Comisión del Interior del Congreso de los Diputados (13 de febrero de 2014)

## 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA

En primer lugar, conviene hacer una referencia al término «devolución en caliente», puesto que este no es un término jurídico, sino más bien coloquial. Este término, acuñado por el periodismo y la política, proviene de la figura de common law «hot pursuit», que se refiere a la exención de la inviolabilidad del domicilio a la hora de perseguir a un delincuente que ha sido sorprendido *in fraganti*, similar a como sucede en España.

Aplicándolo al contexto migratorio, es complicado obtener una definición aséptica del fenómeno, dado que la mayoría de los autores plasman sus conclusiones directamente en la definición del problema<sup>6</sup>. Según un informe del Comité de Derechos Humanos de la ONU<sup>7</sup>, se trata de «la práctica de devoluciones sumarias que tienen lugar en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla», según otros autores de «prácticas para intentar evitar que inmigrantes ilegales lleguen a entrar en el territorio o para expulsarlos con mayor rapidez sin seguir ningún procedimiento<sup>8</sup>». En concreto, los hechos a los que se asocia la devolución en caliente y que han sido objeto de enjuiciamiento por el TEDH son los siguientes<sup>9</sup>: a las personas que tratan de entrar ilegalmente en España escalando las vallas fronterizas, pero son interceptadas por las fuerzas de seguridad antes de conseguir cruzar la última de ellas, se les conduce de vuelta a territorio marroquí mediante las puertas interiores de la propia valla, sin que sean identificados en ningún momento ni se les tome declaración sobre sus circunstancias.

Hay testimonios también de que la devolución en caliente pudo aplicarse también a personas que se hallaban a varios cientos de metros de la valla dentro de territorio español<sup>10</sup>, pero estos no han resultado nunca probados.

En segundo lugar, la figura jurídica de la devolución existe en España desde la primera Ley de Extranjería, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de

---

<sup>6</sup> A modo de ejemplo, la definición dada en MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, JM (2015, p.2)

<sup>7</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. «Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España». (2015, pár.18-19)

<sup>8</sup> CARBÓ XALABARDER, Clara (2016, p. 376)

<sup>9</sup> Sentencia del TEDH N.D. y N.T. contra España del 3 de octubre de 2017.

<sup>10</sup> Consejo de Europa, «Informe al Gobierno Español sobre la visita a España llevado a cabo por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) de 14 a 18 de julio de 2014». (2015, p. 13)

los extranjeros en España. Con la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx) se mantuvo la figura con una redacción similar, aunque, como se verá, no con los mismos matices que hoy en día. La devolución aparece en el art. 58 LOEx, en su apartado tercero y siguientes, con una redacción que «no es precisamente acertada, por su imprecisión terminológica y por la mezcla que hace de realidades totalmente diferentes»<sup>11</sup>. Esto se debe a que aparece mezclada en el mismo artículo con la expulsión, que es una figura completamente distinta a efectos de la LOEx.

Desde su redacción original, este artículo ha sido objeto de modificación en dos ocasiones: por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre y por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Además, el Tribunal Constitucional en su STC 17/2013, de 31 de enero, declaró inconstitucional y nulo el inciso del apartado 6 (ahora apartado 7) introducido en 2003 por el que se establecía que «toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años».

Hay que tener en cuenta que, pese a que el art. 58.3 LOEx establece que no será necesario expediente para la devolución, el apartado 7 sí que indica que la devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión. El procedimiento a seguir se regula en detalle en el art. 23 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante REx) y se analizará en detalle en el apartado 2.5.

Sin embargo, este no es el procedimiento de devolución aplicado a las personas interceptadas en la valla fronteriza a las que se hace referencia más arriba. La devolución en caliente propiamente dicha aparece en la LOEx por primera vez en la reforma introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, Ley de Seguridad Ciudadana). Esta reforma modifica la DA décima LOEx de forma que queda redactada como de la siguiente forma: «los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para

---

<sup>11</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2015, p. 318)

cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España». Es esta última actualización la que ha levantado una mayor polémica sido objeto de debate jurídico más extensamente, de manera que es en la que se centra este trabajo. Como se puede ver, en ningún momento se habla de devolución, sino de rechazo, de forma que se crea un nuevo concepto jurídico que no aparecía en la LOEx actual: el rechazo en frontera. La naturaleza del rechazo en frontera se analizará más en profundidad en el apartado 2.5.

Téngase en cuenta también de que antes de su introducción en la LOEx en 2015, las devoluciones en caliente ya venían produciéndose al menos desde 2014, tal y como se ha visto anteriormente. De esta forma, la modificación introducida por la Ley de Seguridad Ciudadana lo único que hace es dar un soporte legal a una práctica que venía produciéndose de antemano<sup>12</sup>. Este extremo es importante dado que, como se verá, los casos planteados ante el TEDH datan de antes de la entrada en vigor de esta modificación, mientras que el recurso de inconstitucionalidad planteado contra las devoluciones en caliente se dirige precisamente contra la DA décima de la LOEx, introducida en 2015.

---

<sup>12</sup> CARBÓ XALABARDER, Clara (2016, p. 378)

### 3. CONDICIONES Y PRESUPUESTOS HABILITANTES

Según el art. 58.3 LOEx, la devolución solo es aplicable en dos supuestos: a aquellos que hayan contravenido la prohibición de entrada en España (una de las sanciones previstas en otros procedimientos de la LOEx y en el Código Penal) y a aquellos que pretendan entrar ilegalmente en España. Este último supuesto es el más importante, puesto que es a partir del cual gira el rechazo en frontera. Así, la DA 10<sup>a</sup> de la LOEx prevé que el rechazo en frontera es aplicable aquellos que pretendan entrar ilegalmente en España y que no hayan superado los elementos de contención fronteriza en Ceuta y Melilla. El rechazo en frontera se articula sobre dos conceptos: el de intento de entrada ilegal en España, ya previsto por el art. 58.3 LOEx, y el polémico concepto operativo de frontera explicado anteriormente, que establece una zona de especial jurisdicción en la valla fronteriza, que termina cuando se ha superado el último de los obstáculos fronterizos.

Se requieren por lo tanto dos requisitos para la aplicación del rechazo en frontera: que exista un intento de entrada ilegal en España y que este se produzca exactamente en las vallas fronterizas de Ceuta o Melilla, sin que se haya llegado a superar la última de las vallas u obstáculos fronterizos. Como se puede ver, es una figura creada para un supuesto muy específico como respuesta a los intentos de salto masivo de la valla fronteriza que vienen produciéndose desde hace unos años. Es una especialidad dentro de la devolución: se aplica solo a algunos de aquellos que cumplen los requisitos para que les resulte aplicable la devolución, y solo en un espacio geográfico determinado.

Su procedimiento también es una especialidad, y, aunque se analizará más en detalle en apartados posteriores, hay que indicar que el rechazo en frontera tiene lugar sin que medie expediente ni resolución administrativa alguna. La devolución tampoco tiene expediente, aunque sí que cumple con otras garantías, como es la presencia de una resolución motivada y un plazo máximo para su acuerdo, debiéndose en caso contrario optarse por otros procedimientos más garantistas, como el de la expulsión.

#### 4. LA NORMATIVA EUROPEA Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

En el propio punto segundo de la DA 10<sup>a</sup> LOEx se establece, con respecto a los rechazos en frontera, que «el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte». Procede, por tanto, analizar el marco jurídico en el que encaja el rechazo en frontera respecto a los convenios internacionales suscritos por España. Además, son precisamente estos convenios o tratados los que se alegan ante el TEDH por las personas que han sido expulsadas. A continuación, examinaré los preceptos de estos textos internacionales que más entran en conflicto con la DA 10<sup>a</sup>, aunque determinar su infracción corresponde al TEDH, como se verá más adelante.

En primer lugar, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en su art.3 establece la prohibición de torturas o tratos degradantes. No se acusa a las fuerzas españolas de cometer este tipo de actos, sino que se alega que, al entregarlas a las autoridades marroquíes en la devolución, se les está enviando a un país en que sí se producen<sup>13</sup>, por lo que indirectamente España sería responsable de estos. También el art. 4 del Protocolo 4º del CEDH prohíbe expresamente las expulsiones colectivas de extranjeros. En la valla se producen numerosos asaltos masivos, por lo que, dependiendo de la magnitud en la que se aplicara el rechazo en frontera, podríamos llegar a entrar en este supuesto. Es también de especial relevancia el art. 13 del CEDH: este artículo establece el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante las instancias nacionales cuando crea que uno de los derechos reconocidos en el Convenio han sido violados. Como se analizará a continuación, la propia naturaleza de esta figura hace que el recurso contra la devolución resulte materialmente imposible.

De manera complementaria, también se puede citar el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados que prohíbe la expulsión y la devolución de refugiados en las fronteras de los territorios donde sus vidas o sus libertades están en peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de su opinión política. Este precepto plasma en un Convenio el principio consuetudinario del derecho internacional de la no devolución, que es importante sobre todo a efectos de recurso ante el TEDH.

---

<sup>13</sup> Existen numerosos informes de ONG de tratos degradantes hacia inmigrantes por parte de las autoridades marroquíes, a modo de ejemplo: APDHA. «Derechos Humanos en la Frontera Sur 2013»

También el art. 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que prevé la garantía del derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, el art. 19 CDFUE, que establece la misma prohibición de expulsiones colectivas que el art. 13 CEDH, y, por último el art. 47 CDFUE, que establece la salvaguardia del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

Las devoluciones en caliente efectuadas con arreglo a la DA 10<sup>a</sup> LOEx deben ajustarse a todas estas prohibiciones contenidas en los tratados internacionales, lo cual en muchas ocasiones resulta de dudoso cumplimiento, y es por ello que, como se verá, existen resoluciones contradictorias al respecto dentro del propio TEDH.

También existe normativa europea que resulta aplicable al respecto, concretamente el art. 13 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). En él se dispone que «toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE». La citada directiva es la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 (conocida como “directiva retorno”). Esta directiva establece en su art. 12 que «las decisiones de retorno y —si se dictan— las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone» y en su art. 13 que «se concederá al nacional de un tercer país de que se trate el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo que se revisen éstas ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente».

## 5. CARACTERÍSTICAS DE LA DEVOLUCIÓN EN CALIENTE: NATURALEZA JURÍDICA Y CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN.

Como se ha visto, la LOEx no regula las devoluciones en caliente como una devolución propiamente dicha, sino como una figura totalmente diferenciada: los rechazos en frontera. El precepto a aplicar es distinto dependiendo del caso, puesto que la devolución tiene un régimen general (para los casos recogidos en el art. 58.3), mientras que el rechazo en frontera se aplica específicamente para aquellos casos «detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos». Sin embargo, son más los elementos que tienen en común que los que las diferencian. En primer lugar, el supuesto de aplicación es prácticamente el mismo en ambos casos, esto es, aquellas personas que pretendan entrar irregularmente en España. De esta forma, se aplica el rechazo en frontera de forma especial, mientras que podríamos decir que la devolución sería el régimen general para los casos de intento de entrada ilegal. En segundo lugar, la consecuencia de su aplicación, es en ambos casos la salida obligatoria y forzada de territorio español. Por lo tanto, puede observarse que ambas figuras comparten tanto supuesto de aplicación como consecuencias, y es esto lo que hace que se denomine coloquialmente «devolución» al rechazo en frontera.

Lo que hace que el rechazo en frontera sea una figura diferenciada a la de la devolución es el procedimiento a seguir para su aplicación, del que se deriva la coletilla «en caliente». De acuerdo con el art. 58.3 LOEx, no es necesario expediente administrativo para acordar la devolución, sin embargo, esto no significa *per se* que no tenga lugar un procedimiento administrativo<sup>14</sup> con las mínimas garantías, tal y como expuso el Tribunal Constitucional en su STC 17/2013, de 31 de enero. De hecho, tal y como establece el art. 58.5 LOEx, la resolución debe ser acordada por la autoridad gubernativa competente (en este caso, el Delegado del Gobierno en Ceuta y Melilla), y, de no poder ejecutarse en 72 horas, se transformaría en un procedimiento de expulsión. Además, de acuerdo con el art. 58.4, la devolución se paraliza hasta que se resuelva, si lo hubiera, la solicitud de protección internacional. Por lo tanto, estamos ante un procedimiento que se inicia de oficio, que finaliza con resolución motivada (el art. 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC, obliga a ello) que tendrá en cuenta las

---

<sup>14</sup> RUIZ SUTIL, Carmen (2016, p.333)

circunstancias individuales de cada caso, y que cuenta con todas las garantías del procedimiento administrativo, especialmente, la posibilidad de interponer el correspondiente recurso en sede judicial<sup>15</sup> con el que queda salvaguardado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

En el caso del rechazo en frontera, nos encontramos sin embargo con que los mismos efectos terminan produciéndose sin mediar expediente ni resolución alguna. Tan solo se hace un inciso en el apartado 3 acerca de los procedimientos de protección internacional, pero no se contemplan los mismos requisitos que en el caso de la devolución ni, por lo tanto, las mismas garantías. Así, el rechazo y la devuelta a territorio marroquí no tiene lugar mediante resolución, como en el caso de la devolución del art. 58.3, ni, evidentemente, mediando expediente alguno. La carencia de resolución y de un procedimiento administrativo propiamente dicho tiene unas consecuencias trascendentes tal y como se verá a continuación.

Así, en opinión de algunos juristas<sup>16</sup> puede decirse que las devoluciones «en frío» serían las devoluciones propiamente dichas del art. 58.3 LOEx, mientras que las devoluciones «en caliente» son los rechazos en frontera de la DA 10<sup>a</sup>. De esta forma, viendo que a pesar de su distinta denominación la figura es esencialmente la misma<sup>17</sup>, procede analizar su naturaleza para determinar qué efectos produce su aplicación, especialmente, dado que se trata de una figura del derecho administrativo, sobre el procedimiento administrativo.

El Tribunal Constitucional todavía no se ha manifestado acerca de los rechazos en frontera, aunque es previsible que se dicte sentencia antes del final del 2020. Sin embargo, sí que se ha pronunciado sobre la devolución del art. 58.3 LOEx en su STC 17/2013, de 31 de enero, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad contra la mencionada reforma de la LOEx en 2003. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha determinado que la devolución es «la decisión administrativa por la que se decide la salida de España de aquellos que han pretendido entrar en nuestro país eludiendo los requisitos que para ello exige la legislación en materia de extranjería». Acerca de la naturaleza de la figura, establece que no constituye una sanción, esto es, no es un ejercicio del ius puniendi estatal, ni «concurre así en la orden de devolución la “función

---

<sup>15</sup> No es posible interponer recurso de alzada puesto que la resolución del Delegado del Gobierno agota vía administrativa. En vía administrativa, solo es posible recurrir en reposición.

<sup>16</sup> HURTADO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO (2015, p.1)

<sup>17</sup> RUIZ SUTIL, Carmen (2016, p.332)

represiva, retributiva o de castigo”, propia de las sanciones» sino que más bien se trata de una «medida de restitución de la legalidad conculcada, expresada en el incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional». El hecho de que el Tribunal Constitucional no considere a la devolución como una sanción tiene una especial relevancia dado que, según doctrina del propio tribunal, los procedimientos administrativos sancionadores deben cumplir con todas las garantías del art. 24 CE en cuanto a la tutela judicial efectiva<sup>18</sup>. Además, estas garantías son aplicables también a los extranjeros que se encuentren de forma ilegal en España y no solo a los españoles, tal y como ha reiterado en numerosa jurisprudencia<sup>19</sup>. Sin embargo, en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional establece que no se puede prescindir por completo del procedimiento administrativo a la hora de dictar la resolución y «habrán de respetarse las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones».

Aplicándolo al supuesto del rechazo en frontera, no estamos por lo tanto ante una sanción, puesto que el Constitucional ha establecido que estas deben respetar las garantías del art. 24 CE en su adopción, y en concreto aquí no se cumple ni el principio de contradicción, el de audiencia, el de motivación, etc., puesto que se trata de una medida tomada sin expediente ni resolución. Esto en principio no supondría ningún inconveniente, puesto que, como hemos visto, el Tribunal Constitucional lo ha admitido para el supuesto de la devolución del art. 58.3 LOEx. Sin embargo, el Tribunal establece explícitamente que «la inmediatez del supuesto de hecho que origina el procedimiento de devolución y de su consecuencia, la prohibición de entrada, no significan que ésta última pueda adoptarse de plano o en ausencia de todo procedimiento administrativo».

Además de todo esto, la propia LOEx determina en su art. 20.2 que «los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo». Esto choca frontalmente con la DA 10<sup>a</sup>, puesto que, como se ha visto, carece siquiera de resolución. La existencia de resolución es una obligación en todo procedimiento administrativo, tal y como se recoge en el art. 21.1 LPAC: «la Administración está

---

<sup>18</sup> STC 212/2009, de 26 de noviembre

<sup>19</sup> Ibídem, FJ 4.

obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación».

Por lo tanto, se puede observar que con la DA 10<sup>a</sup> se carece por completo de cualquier procedimiento administrativo, por ello, y la administración está actuando por la vía de hecho, sin respetar cualquiera de las garantías recogidas en la LPAC o cualquier procedimiento regulado por esta. Recordemos que, según el art. art. 51.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) se infiere que hay vía de hecho «cuando la actuación administrativa se ha producido al margen de la competencia o prescindiendo de las reglas del procedimiento legalmente establecido<sup>20</sup>». El art. 97.1 LPAC asimismo establece que «las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico».

Podría argumentarse que el rechazo en frontera sí cumple con un procedimiento legalmente establecido, ya que este se encuentra recogido en la DA 10<sup>a</sup> LOEx. Además, existe apoyo legal dentro de la propia ley que introduce el rechazo en frontera en la LOEx, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, para la ausencia de resolución escrita y motivada, puesto que no es necesaria en determinados casos. Esta ley, en su art. 21 establece que «las autoridades competentes podrán acordar, como medidas de seguridad extraordinarias, (...) la evacuación de espacios públicos debidamente acotados (...). Dichas medidas podrán adoptarse por los agentes de la autoridad si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible, incluso mediante órdenes verbales». Sin embargo, en mi opinión, el rechazo en frontera no puede tratarse en ningún caso de una medida de seguridad extraordinaria que permita su acuerdo verbal, puesto que el propio art. 21 indica que estas medidas solo proceden «en situaciones de emergencia que las hagan imprescindibles y durante el tiempo estrictamente necesario para garantizar la seguridad ciudadana». Aquí, no se trata de una medida que se aplique solamente en situaciones de emergencia, nada al respecto aparece indicado en la DA 10<sup>a</sup>, sino que es una figura de aplicación permanente en el tiempo siempre que se cumplan con los requisitos

---

<sup>20</sup> Interpretación a sensu contrario del art. 53.1 LJCA efectuada por Alberto Palomar, Magistrado de lo contencioso- administrativo, en PALOMAR, Alberto (2016, p.1)

subjetivos y espaciales previstos. Por lo tanto, no es aplicable la previsión del art. 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana que permite las órdenes verbales en este tipo de actos.

Además, el procedimiento administrativo de la LPAC es obligatorio en todas las resoluciones en materia de extranjería que se regulen en la LOEx, tal y como establece su art. 20.1 y ha recordado el Tribunal Constitucional en su STC 17/2013, de 31 de enero. Se puede observar claramente cómo no se cumple ninguno de los requisitos de la LPAC, puesto que no existe expediente, procedimiento, ni resolución administrativa. También se está ejecutando una resolución que limita derechos fundamentales de los particulares (recordemos que los inmigrantes en situación irregular en España también se encuentran amparados por estos según el Tribunal Constitucional) careciendo por completo de resolución motivada.

La vía de hecho, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo reiteradamente<sup>21</sup> conlleva la nulidad de la actuación administrativa y puede dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios a favor del perjudicado por esta. La vía de hecho es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa por el art. 46.3 LJCA, sin embargo, en el caso del rechazo en frontera puede resultar realmente complicado obtener pruebas de su comisión para argumentarla (no existe ningún tipo de documento ni resolución que dé prueba de ello), al margen de las carencias materiales que normalmente tienen las personas sobre las que se aplica el rechazo en frontera.

---

<sup>21</sup> Vg. STS de 20-3-2015, rec. 1211/2015

## 6. DIFERENCIAS CON LAS OTRAS FIGURAS DE LA LOEX

La diferencia esencial del rechazo en frontera respecto a otras figuras de la LOEx que tienen unos efectos similares (esto es, la vuelta forzada a territorio extranjero) es sin duda el carácter sumario y la ausencia de procedimiento frente a otros procedimientos más garantistas. Se ha hablado ya extensamente acerca de su comparación con la devolución, por lo que ahora procede examinar brevemente las similitudes y diferencias con las otras figuras administrativas contenidas en la LOEx, a saber, expulsión y denegación de entrada.

En primer lugar, la expulsión es una sanción administrativa (aunque también cabe como medida judicial en el seno de un proceso penal) que se puede imponer a un extranjero que ha cometido una infracción tipificada en la LOEx como grave o muy grave. Se regula en los arts. 47 y 58 LOEx como una potestad de la administración, ya que es sustituible por una multa. También procede en el caso de que el extranjero haya sido condenado dentro o fuera de España por una conducta dolosa «que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados». El supuesto de aplicación es radicalmente distinto, puesto que no estamos ante personas que pretenden entrar en España, sino ante extranjeros que ya se encuentran en España y han realizado algún tipo de infracción administrativa o ilícito penal.

En todo caso, es una medida alternativa con la multa, no pudiendo en ningún caso aplicarse ambas a la vez (art. 57.3). Se contienen una serie de excepciones para determinados casos (extranjeros nacidos en España, principalmente), aunque las notas más destacadas son que el art. 57.6 establece que esta no podrá aplicarse cuando vulnere el principio de no devolución (principio del derecho internacional consuetudinario al que se aludía en el apartado de normativa internacional) y que «la resolución de expulsión deberá ser notificada al interesado, con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos».

La principal diferencia respecto al rechazo en frontera es que, como se puede observar, la expulsión sí que es una sanción, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada anteriormente, el procedimiento para su adopción debe respetar las garantías derivadas del art. 24 CE, lo cual queda plasmado en el

requerimiento legal de resolución motivada en el art. 57.6 LOEx, así como en la exigencia de tramitación de expediente administrativo del art. 57.1 LOEx, que se desarrolla en el REx. Los trámites para un procedimiento sancionador como el que acuerda la expulsión se regulan en los arts. 216 y ss. REx, con expresa remisión en el art. 216 REx a la LPAC para su complementación. Así, los arts. 226 a 233 REx contienen la regulación para este procedimiento, en el que hay prueba, actuaciones y alegaciones, propuesta de resolución, trámite de audiencia y resolución motivada, como en cualquier procedimiento sancionador. En definitiva, se cumple suficientemente con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

En segundo lugar, la denegación de entrada se contiene en los arts. 26.2 y 60 LOEx. Se aplica cuando un extranjero pretende acceder al territorio nacional español por puestos fronterizos habilitados sin cumplir los requisitos legalmente establecidos<sup>22</sup>. Esta es la primera diferencia principal, puesto que en el caso de la devolución y el rechazo en frontera se trata en todo caso de intentos de entrada ilegal en España, mientras que en el caso de la denegación de entrada estamos ante personas que intentan entrar siguiendo los cauces legalmente establecidos, pero que carecen de alguno de los requisitos materiales que impone la LOEx para poder acceder a España. En este caso no estamos ante una sanción, sino, como en el caso de la devolución y el rechazo en frontera, de una medida para garantizar la restitución de la legalidad, lo cual, como se ha visto, tiene una trascendencia especial sobre las garantías que debe cumplir el procedimiento administrativo a seguir para su adopción. La denegación, de acuerdo con el art. 26.2 LOEx, debe contener «información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo». El contenido exacto de esta resolución viene determinado por el art. 15 REx, que indica que debe expresar el motivo de la denegación, los efectos que produce (retorno al punto de origen) y derechos que asisten al solicitante de entrada. Esto es, estamos también ante una resolución motivada y ante un procedimiento que, si bien no cumple con otras garantías

---

<sup>22</sup> Los requisitos para la entrada en España, establecidos por el artículo 25 LOEx, son:

- hacerlo por puestos habilitados;
- poseer un documento que acredite la identidad;
- justificar el objeto y las condiciones de viaje;
- acreditar medios de vida suficientes;
- disponer de visado, en su caso

como la audiencia puesto que no es una sanción, sí contiene derechos como la asistencia jurídica o el derecho a intérprete (art. 15.1.c REx), por lo que es un procedimiento que entraría dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

A modo de conclusión, puede observarse, sin duda alguna, que el rechazo en frontera tiene el procedimiento menos garantista de todos los contenidos en la LOEx, y que la ausencia de procedimiento administrativo no es un hecho extendido por toda la regulación de extranjería, sino que está limitado tan solo al rechazo en frontera y, en menor medida a la devolución. El resto de procedimientos son procedimientos plenamente ajustados al derecho administrativo y que cumplen con todas las garantías, por lo que lo que parece que pretende el legislador es aumentar la «dureza» del procedimiento eliminando garantías cuanto más ilegal es el intento de entrada en España: resolución motivada con derecho a asistencia jurídica e intérprete si se intenta acceder por algún puesto habilitado, solo resolución motivada si se pretende acceder ilegalmente, y ausencia total de resolución ni procedimiento si se pretende saltar la valla.

Así, la intención sería que los extranjeros intentaran entrar en España por los cauces legalmente establecidos, sin embargo, según las alegaciones de los abogados defensores en el procedimiento N.T y N.D contra España ante el TEDH<sup>23</sup>, resulta imposible para los extranjeros sin recursos acceder a estos procedimientos puesto que se lo impide la policía marroquí, por lo que no tienen más remedio que intentar la entrada ilegal. Esta afirmación, según el TEDH no ha resultado probada<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Inciso 205 de la Sentencia del TEDH, Gran Sala, de 13 de febrero de 2020. Disponible en inglés en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-201353%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-201353%22]). Debido a su actualidad, todavía no se encuentra traducida al español, por lo que la traducción ha sido realizada por mí mismo

<sup>24</sup> Inciso 229 de la Sentencia del TEDH, Gran Sala, de 13 de febrero de 2020.

### III. LA LEGALIDAD DE LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE

#### 1. LA IMPOSIBILIDAD DE RECURRIR EN ESPAÑA

A lo largo de los apartados anteriores se ha hecho hincapié en el procedimiento que se sigue a la hora de aplicar el rechazo en frontera, y, especialmente, de la ausencia de resolución que lo caracteriza frente a los otros procedimientos de la LOEx.

Pues bien, al no existir expediente ni resolución, no se puede recurrir en alzada, ya que el art. 121 LPAC se refiere a resoluciones y actos de trámite, siendo ambos inexistentes aquí. Teóricamente, si existiese una resolución en este procedimiento sería presumiblemente dictada por el Jefe Superior de Policía o Guardia Civil, por lo que serían susceptibles de recurso de alzada al tener estos órganos un superior jerárquico. Sin embargo, como no hay resolución, ni acto, es imposible interponer cualquier recurso, con lo que las garantías de la LPAC para el procedimiento administrativo quedan completamente excluidas de nuevo en el rechazo en frontera. Recordemos que, según el art. 20.2 LOEx, los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo. La vía del recurso administrativo no existe por lo tanto para aquellos afectados por el rechazo en frontera.

La ausencia de resolución tiene gran importancia también en vía judicial, ya que tal y como recoge en el art. 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), solo se puede acceder a la vía judicial del contencioso administrativo cuando se ha agotado la vía administrativa. El art. 114 LPAC establece aquellos actos que agotan vía administrativa, que, como se pueden ver, son todos ellos resoluciones (con la excepción de los actos administrativos de los altos miembros del Gobierno, que no es el caso). Es un requisito esencial por lo tanto para agotar vía administrativa la presencia de una resolución sobre el asunto. Como se ha visto, ni siquiera se ha podido interponer recurso de alzada, con lo que la vía administrativa, de existir en este caso, tampoco se consideraría agotada.

De esta forma, al carecer de cualquier tipo de resolución, resulta materialmente imposible para los afectados recurrir su salida forzada de España en vía contencioso-administrativa, según lo dispuesto en el art. 25.1 LJCA. El mismo artículo, en su apartado segundo, permite también impugnar las actuaciones de la administración en vía de hecho, algo que, como se ha explicado, puede argumentarse firmemente acerca del

rechazo en frontera. Sin embargo, hasta el momento, no existe ninguna sentencia estimatoria o desestimatoria de un recurso contra un rechazo en frontera, por lo que hay que asumir que es legal y materialmente imposible recurrir esta decisión en vía judicial.

Esto ha llevado a varios autores<sup>25</sup>, e incluso al defensor del pueblo<sup>26</sup> a afirmar que se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE de aquellos a los que se aplica el rechazo en frontera y se ven imposibilitados para recurrir. El derecho a la tutela judicial efectiva lo tienen tanto españoles como extranjeros, según el Tribunal Constitucional, y tal y como recoge la propia LOEx en su art. 20.1. Sin embargo, es también doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho al recurso no es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (excepto en materia penal) por lo que el legislador no está obligado a establecer un determinado sistema de recursos<sup>27</sup>. Es por ello que la vulneración del derecho fundamental del art. 24 CE no es segura, y habrá que esperar a la decisión del Tribunal Constitucional al respecto.

También se alega la vulneración del art. 106 CE, que establece el control de la actuación administrativa por parte de los tribunales, dado que, al no poderse interponer recurso, se trata de una decisión que no puede recurrirse ante ningún tribunal, y, por tanto, no puede ser controlada.

De cualquier forma, queda claro que con el rechazo en frontera se cierra el acceso a la vía judicial, que sí existe cuando se aplica la devolución gracias a la resolución que la motiva<sup>28</sup>. Las principales consecuencias de esto, al margen de que los afectados no pueden ejercer el derecho al control de la actividad administrativa por parte de los tribunales, son que la decisión de rechazo en frontera es automáticamente ejecutable, sin que se pueda recurrir ni solicitar cautelarmente su paralización o suspensión. Se trata así de una decisión sin posibilidad de recurso alguno y que, una vez dictada, es legalmente imposible de detener hasta que se ejecuta.

Sí que existen y han existido en España procesos judiciales en marcha en el orden penal en los que se investiga la posible comisión de delitos de lesiones y homicidio derivados de la fuerza excesiva empleada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

---

<sup>25</sup> VILLEGAS HIGUERAS, José Luis (2016, p.12).

<sup>26</sup> Informe anual 2015 del Defensor del Pueblo.

<sup>27</sup> ABARCA JUNCO, Ana, ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén y LACRUZ LÓPEZ, J.M. (2012, p. 24)

<sup>28</sup> Algunos ejemplos recientes de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía acerca de recursos contra devoluciones en Ceuta y Melilla son la STSJA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2<sup>a</sup> 1607/2019 de 20 mayo y la STSJA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>, 545/2019 de 18 febrero

durante los intentos por realizar una devolución en caliente, un rechazo en frontera. En dichos procedimientos, sin embargo, no se discute la legalidad o ilegalidad de la actuación policial respecto al rechazo en frontera, sino si su actuación fue proporcionada o pudieron cometer algún delito. Hasta el momento no existe ninguna sentencia condenatoria en un caso de rechazo en frontera, en el caso más mediático de los últimos años 14 personas perdieron la vida tratando de acceder a Ceuta en 2014, pero la juez de instrucción del Juzgado de Instrucción Nº6 de Ceuta dictó sobreseimiento provisional en su auto de 29 de octubre de 2019, tras más de cinco años de instrucción<sup>29</sup>. La vía penal sí que puede suponer un acceso a la vía judicial para los afectados, aunque esto en la práctica no suele suceder debido a la carencia de recursos y conocimientos jurídicos de estas personas. Por ejemplo, en el procedimiento antes citado tan solo aparecían como denunciantes y querelladas varias oenegés, pero ninguno de los heridos ni los familiares de los fallecidos.

En conclusión, es realmente complicado acceder a la tutela judicial de sus derechos para los perjudicados por un rechazo en frontera, bien en el orden administrativo, bien en el orden penal.

---

<sup>29</sup> «Archivada la causa del 6F contra 16 guardias civiles». En *El Faro de Ceuta*, 30/10/2019

## 2. LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES

Debido a todo lo anterior, los procedimientos en los que se ha impugnado la legalidad de una devolución en caliente han tenido lugar en instancias supranacionales, principalmente ante el TEDH. El caso más mediático y en el que la corte suprema de los derechos humanos en Europa se ha manifestado sobre la posible ilegalidad de los rechazos en frontera ha sido el caso de N. D. y N. T. contra España. Actualmente hay otros dos casos pendientes de resolución por parte del TEDH, Doumbe Nnabuchi c. España, y Balde y Abel c. España, pero tratándose de supuestos similares, es previsible que el caso de N.D y N.T. siente jurisprudencia en el TEDH y se resuelvan de la misma forma<sup>30</sup>, de ahí su importancia.

Antes de comenzar con el análisis hay que hacer dos precisiones: la primera es que el TEDH no juzga la legalidad del caso con arreglo al ordenamiento jurídico español, sino tan solo su ajuste a los convenios internacionales de derechos humanos suscritos por España. La segunda es que el caso objeto de enjuiciamiento tuvo lugar en 2014, esto es, previamente a la aprobación y entrada en vigor de la DA 10<sup>a</sup> LOEx, por lo que el rechazo en frontera era una realidad material pero no jurídica. Aun así, dado que el TEDH no discute el encaje de la norma dentro de la LOEx, el efecto de su declaración es el mismo que si el hecho hubiera tenido lugar después de 2015.

El caso de N. D. y N. T. contra España se origina por los hechos que tuvieron lugar el 13 de agosto de 2014, en el que se produjo un intento de salto masivo a la valla fronteriza de Melilla. Según los hechos que la Sentencia de 3 de octubre de 2017 declara probados, ambas personas trataron de atravesar los obstáculos fronterizos, fracasando en el intento y quedando atrapados encima de la tercera y última de las vallas fronterizas de Melilla durante algunas horas. Cuando la Guardia Civil los bajó de la valla con escaleras, fueron detenidos y esposados y conducidos de vuelta a territorio marroquí. En ningún momento fueron objeto de procedimiento de identificación alguno. No tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos. Como se puede ver, estamos ante el supuesto de aplicación del rechazo en frontera, puesto que se cumplen todos los requisitos previstos para que tenga lugar. Se trata por tanto de un rechazo en frontera que tuvo lugar previamente a la entrada en vigor de este, por lo que resulta interesante analizar la posición del TEDH

---

<sup>30</sup> COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. Análisis de la Sentencia N. D. y N. T. contra España de 13 de febrero de 2020.

respecto a este suceso. Este caso es además polémico ya que el TEDH se ha pronunciado en dos ocasiones de forma contradictoria: en la primera de ellas, en la Sentencia de la Sala de 3 de octubre de 2017, se condenó a España, mientras que en la segunda de ellas, en la Sentencia de la Gran Sala de 13 de febrero de 2020, se revocó la decisión anterior y se estableció que la actuación era ajustada a derecho.

Los perjudicados, asistidos por el equipo jurídico de varias oenegés, alegan la infracción por parte de España de la mayoría los artículos de convenios internacionales que se explicaron en el apartado 2.4 (recuérdese que el apartado segundo de la DA 10<sup>a</sup> LOEx establece que el procedimiento de rechazo en frontera debe llevarse a cabo respetando todos los convenios internacionales de derechos humanos suscritos por España), principalmente la prohibición de expulsiones colectivas (art. 4 del Protocolo 4º al CEDH), y, lo que resulta más interesante para el objeto de este trabajo, la vulneración del derecho al recurso efectivo que establece el art. 13 CEDH.

En relación con el art. 13 CEDH, los demandantes alegan la imposibilidad con la que se han encontrado para establecer su identidad, alegar sus circunstancias individuales, impugnar ante las autoridades españolas, mediante un recurso con efecto suspensivo, su rechazo inmediato a Marruecos. Se ha visto que esto, incluso después de la aprobación de la DA10<sup>a</sup>, que legaliza el rechazo en frontera, es legalmente imposible, dada la inexistencia de procedimiento o resolución que permita dar trámite de alegaciones, audiencia o interponer a raíz de la resolución un recurso efectivo en vía administrativa o judicial.

España por su parte alega que no se ha agotado la vía administrativa antes de interponer el recurso ante el TEDH (lo cual, como se ha explicado, sucede dada la ausencia de resolución) y que, si deseaban interponer algún recurso o alegar su situación personal, deberían haber tratado de entrar a España por alguno de los puestos legalmente habilitados. Además, España también hace uso ante el TEDH del concepto operativo de frontera visto anteriormente, alegando que la valla fronteriza de Melilla queda fuera de su jurisdicción y que, por tanto, dado que el art. 1 CEDH establece que los derechos contenidos en el Convenio solo son aplicables a las personas bajo la jurisdicción de los estados contratantes, el caso tuvo lugar fuera de la jurisdicción española y excede al ámbito de aplicación del Convenio.

### 3. LA RATIO DECIDENDI DEL TEDH

El TEDH, en sus dos sentencias contradictorias, cambia su postura respecto a la vulneración del derecho al recurso efectivo. Este derecho al recurso efectivo se puede trasladar al ordenamiento jurídico español haciendo un símil con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Como se ha visto, el desarrollo del rechazo en frontera hace imposible que se interponga cualquier tipo de recurso contra la salida de territorio español, por lo que esta, una vez acordada, no se puede paralizar. En su Sentencia de 3 de octubre de 2017, el TEDH apreció que el art. 13 CEDH debe interpretarse en el sentido de que se garantice «la existencia en Derecho interno de un recurso que permita alegar los derechos y libertades del Convenio tal como están consagrados en el mismo. Esta disposición tiene por tanto la consecuencia de exigir un recurso interno que permita examinar el contenido de una “queja sostenible” fundada en el Convenio y ofrecer una reparación apropiada». Así, dado que no se identificó a los demandantes, no tuvieron acceso a asistencia jurídica, ni a la mínima información sobre el derecho de asilo o el procedimiento pertinente para la expulsión, el TEDH indica que no tuvieron posibilidad de interponer recurso alguno y que, por tanto, se vulneró el art. 13 CEDH. Esta afirmación es importante porque vendría a confirmar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE al negar de cualquier modo el recurso a los perjudicados por una decisión administrativa.

Sin embargo, en su posterior Sentencia de 13 de Febrero de 2020, que revoca la anterior, el TEDH afirma en el inciso 242 que, si bien es cierto que no existe recurso alguno contra la decisión del rechazo en frontera, también es cierto que fueron los demandantes los que voluntariamente optaron por la vía ilegal de entrada a España y, por tanto, se colocaron a sí mismos en una situación contraria a derecho. Al no emplear los medios legales de entrada en España, evitaron la aplicación del Código de fronteras Schengen y la normativa española. El TEDH concluye que, por lo tanto, fue la propia conducta de los demandantes tratando de entrar ilegalmente en España la que provocó la falta de un procedimiento para su devolución, por lo que de ninguna manera pueden hacer responsable a España de no establecer los oportunos recursos contra un procedimiento que ellos eligieron no acatar.

Esta es la postura final y firme del TEDH respecto al rechazo en frontera, interpretando que es ajustado a derecho y, especialmente, que no queda vulnerado el derecho a un recurso efectivo cuando se aplica esta figura. La sentencia del TEDH no es vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles, pero, como se verá en el apartado siguiente, sí es condicionante. Discutir la decisión del TEDH respecto a su interpretación del art. 13 CEDH no es objeto de este trabajo, sin embargo, en mi opinión, hay que hacer unas matizaciones a su decisión.

En primer lugar, el TEDH ha admitido y ratificado que no existe recurso alguno posible contra el rechazo en frontera. En segundo lugar, en mi opinión es errónea su afirmación de que se excluye la aplicación del derecho tanto interno como internacional solo porque los demandantes se situaron en una situación antijurídica. Las situaciones antijurídicas se prevén en las leyes, bien administrativas, bien penales, y son objeto de sanción siempre con arreglo al procedimiento previsto en las propias leyes y a las penas o sanciones establecidas en ellas. No puede dejar de aplicarse una ley solo porque el implicado se situó en una posición antijurídica voluntariamente, de lo contrario, no tendría sentido que se recogieran sanciones en nuestras leyes. Hay que recordar además que la propia LOEx sí establece un procedimiento administrativo de devolución en supuestos de entrada ilegal, que es una situación igualmente antijurídica, con el único matiz respecto al rechazo en frontera del lugar de realización. Por lo tanto, la argumentación de que la realización voluntaria de una conducta antijurídica excluye la aplicación del derecho que realiza el TEDH en relación al art. 13 CEDH, es en mi opinión una alteración de los principios del estado de derecho y de los principios de los procedimientos sancionadores administrativos y penales.

También hay que resaltar la pronunciación del TEDH respecto al concepto operativo de frontera, que fue alegado por el Gobierno en ambos procedimientos y cuya interpretación por parte del TEDH se mantuvo firme en todo momento. Según el TEDH, en el inciso 104 y ss. de la Sentencia de 13 de febrero de 2020, las vallas están erigidas íntegramente sobre territorio español, según reconoce el propio Gobierno, por lo que la cuestión es determinar si un Estado puede establecer zonas de jurisdicción especial dentro de su propio territorio, tal y como pretende España con el concepto operativo de frontera. Según jurisprudencia de este tribunal, las exclusiones de jurisdicción están prohibidas salvo que se aleguen limitaciones de facto o hechos objetivos que dificulten su aplicación. Dado que no se observan en este caso, puesto que las vallas son

patrulladas frecuentemente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no puede permitirse en ningún caso la exclusión de la jurisdicción española que se pretende con el concepto operativo de frontera. Así, el TEDH declara ilegal el primero de los dos pilares sobre los que se asienta el rechazo en frontera, esto es, que las vallas fronterizas pueden ser objeto de una jurisdicción especial y, por tanto, no son de aplicación los procedimientos habituales previstos en las leyes españolas.

#### 4. EL FUTURO PRÓXIMO: EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE

El 21 de mayo de 2015, un grupo numeroso de diputados, encabezados por el actual Presidente del Gobierno, presentaron un recurso de inconstitucionalidad contra un conjunto de artículos de la Ley de Seguridad Ciudadana<sup>31</sup>. Entre estos artículos recurridos se encuentra la disposición final primera de esta ley, que es la que reforma la LOEx introduciendo la DA 10<sup>a</sup> y, por ende, el rechazo en frontera. Los recurrentes exponen los argumentos que ya se han repetido anteriormente, como son la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y al control judicial de la actividad administrativa del art. 106 CE. Los recurrentes argumentan que «este régimen especial de rechazo en frontera en Ceuta y Melilla no constituye ningún tipo de acto administrativo del que derive un procedimiento, ni se encuentra regulado como tal en la LOEX ni en la legislación sobre procedimiento administrativo» y que «la nueva disposición adicional décima de la LOEX carece, total y absolutamente, de procedimiento previsto para ser ejecutada, pues supone una actuación inmediata, ejecutiva, material, que no reúne los necesarios requisitos del genuino acto administrativo conforme al artículo 53 LPAC».

Los recurrentes llegan a la conclusión, por todo ello, de que el rechazo en frontera se trata de una actuación en vía de hecho y que, por ello, se está quebrando uno de los principios básicos del estado de derecho. También que «en tanto la disposición adicional no prevé procedimiento para que sus actos de aplicación puedan sustanciarse, así como no dispone las garantías nucleares del derecho a la tutela judicial efectiva, se está limitando, a través de la citada disposición, la potestad revisora de los Tribunales de Justicia». Como se puede ver, las conclusiones a las que llegan los recurrentes respecto a la naturaleza y efectos del rechazo en frontera son similares a las que se han analizado en este trabajo en apartados anteriores: no existe ningún tipo de procedimiento posible ni de resolución, se está actuando en vía de hecho y no es posible defender los derechos ante los tribunales.

La sentencia del Tribunal Constitucional está prevista para este año 2020. Sin embargo, pese a que la mayoría de fuentes empleadas en este trabajo y las propias conclusiones

---

<sup>31</sup> Disponible en <http://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2018/05/270127790-Recurso-de-la-oposicion-contra-la-ley-mordaza-ante-el-TC-PDF-2.pdf>. Sobre el apartado que nos ocupa, en la página 42 y ss.

que he podido obtener indican en todo momento que el Tribunal debería manifestarse positivamente acerca del recurso dada la más que aparente inconstitucionalidad de la DA 10<sup>a</sup> (solo analizando su procedimiento, sin pararse a considerar los otros derechos constitucionales que podrían quedar vulnerados), lo cierto es que todo apunta a que el Tribunal Constitucional permitirá las devoluciones en caliente<sup>32</sup>. Esto deriva de la reciente sentencia del TEDH analizada anteriormente que, si bien no es vinculante para los tribunales españoles, sin duda resulta condicionante, puesto que en muchas ocasiones el TEDH actúa como una instancia superior de recurso contra las resoluciones del Tribunal Constitucional.

---

<sup>32</sup> «El Constitucional cambiará su proyecto de sentencia sobre las devoluciones en caliente para permitirlas». En *El País*, 14/2/2020.

#### IV. CONCLUSIONES

Las devoluciones en caliente son una herramienta de control fronterizo que viene utilizándose en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla desde al menos hace 15 años. Su regularización en un texto legal se produjo en 2015 con la entrada en vigor de la DA 10<sup>a</sup> LOEx, que crea la figura administrativa del rechazo en frontera. Esta figura es una excepción en el procedimiento de devolución establecido en la LOEx dirigida solo a aquellos que se encuentran en una situación concreta: tratando de entrar ilegalmente en España sin haber conseguido superar los obstáculos fronterizos de las vallas de Ceuta y Melilla.

El rechazo en frontera implica una negación al procedimiento administrativo para aquellos a los que les es aplicado desde el momento en que se aplica mediante una resolución oral, sin que medie expediente alguno ni conste por escrito nada de lo acordado. Se evita también cualquier trámite de alegaciones o de audiencia, faltando a los principios básicos de cualquier actuación administrativa. Todo ello permite concluir que estamos ante una actuación de la administración en vía de hecho, puesto que se trata de una devolución sumaria que evita cualquier procedimiento legalmente establecido, en la LOEx o en la LPAC. El rechazo en frontera tampoco encaja dentro de la propia LOEx, que establece que en todos los procedimientos de extranjería deben respetarse las leyes del procedimiento administrativo.

Los fundamentos de esta figura son el concepto operativo de frontera, que establece que no existe jurisdicción española sobre las vallas fronterizas, y la naturaleza de la figura, definida por el TC como una «medida de restablecimiento de la legalidad», que permite no realizar un procedimiento con todas las garantías. Ambos fundamentos han sido descartados tanto por el TEDH como por el TC: el TEDH estableció en febrero de 2020 que el concepto operativo de frontera es ilegal, y el TC determinó en 2013 que la presencia de resolución escrita es obligatoria, aunque no haya expediente. Por lo tanto, se puede concluir también que no existen fundamentos legales para mantener esta figura en la LOEx con su redacción actual.

Por otra parte, la DA 10<sup>a</sup> obliga al respeto de todos los convenios internacionales de derechos humanos suscritos por España. En este sentido el TEDH se ha manifestado en dos ocasiones con signo contrario, aunque su pronunciación final y definitiva es que las devoluciones en caliente no infringen ninguno de estos tratados.

La ausencia de resolución impide también recurrir ante los tribunales esta actuación administrativa, lo que, como hemos visto, puede justificar ampliamente una vulneración de los arts. 24 y 106 CE, la cual se encuentra pendiente de resolución, entre otros aspectos, por el TC. Sin embargo, no está claro que el TC vaya a admitir la inconstitucionalidad de las devoluciones en caliente después de lo manifestado por el TEDH.

Como propuesta, no es necesario eliminar el rechazo en frontera de la ley, sino que podría mejorarse la redacción de la DA 10<sup>a</sup> LOEx adaptándola a los procedimientos ya existentes cuya constitucionalidad ha sido declarada por el TC. Bastaría con incluir una identificación y una resolución por escrito, al igual que se hace con el procedimiento de devolución para que el rechazo en frontera respetara un mínimo procedimiento administrativo. Es cierto que puede resultar complicado dentro del caos existente en los casos en que se aplica el rechazo en frontera, que son los intentos de salto masivo, sin embargo, el empleo de atajos legales como el rechazo en frontera para llevar a cabo un control fronterizo más eficaz no puede admitirse en un estado de derecho, puesto que crea una situación de arbitrariedad en la que no se garantizan ninguno de los derechos fundamentales de las personas que, si bien se encuentran realizando una actuación antijurídica como es un intento de entrada ilegal, siguen siendo titulares de estos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, Ana, ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén y LACRUZ LÓPEZ, J.M. «El extranjero en el derecho español». Dykinson S.L., Madrid, 2012.

APDHA. «Derechos Humanos en la Frontera Sur 2013», disponible en [http://www.apdha.org/media/fronterasur\\_2013\\_web.pdf](http://www.apdha.org/media/fronterasur_2013_web.pdf)

CARBÓ XALABARDER, CLARA et al. «Las devoluciones en caliente: ¿una respuesta deshumanizada?». En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 34, 2016-II, pp. 373-381.

ECHARRI, Carmen. «Archivada la causa del 6F contra 16 guardias civiles». En *El Faro de Ceuta*, 30/10/2019 (Consultado el 25/5/2020). Disponible en <https://elfarodeceuta.es/archivada-causa-6f/>

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. «Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla». En *Revista de administración pública*, núm. 196, Madrid, enero-abril (2015), págs. 309-329.

HURTADO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO. «Reflexión sobre la devolución de extranjeros en los puestos fronterizos de Melilla y Ceuta». En *ELDERECHO.COM*, 13-10-2015. (Consultado 16-4-2020). Disponible en <https://elderecho.com/reflexion-sobre-la-devolucion-de-extranjeros-en-los-puestos-fronterizos-de-melilla-y-ceuta>

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, JM. «Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”». En *Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE*. Fecha de publicación: 10 de febrero de 2015. Disponible en

<https://eprints.ucm.es/28256/1/E%20print.%20DEVOLUCIONES%20ILEGALES%20EN%20LA%20FRONTERA%20SUR..pdf>

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, JM. «La vulneración de derechos en la frontera sur: De las devoluciones en caliente al rechazo en frontera». En *Revista Crítica Penal y Poder*, 2019, nº 18, Diciembre (pp. 28-39).

PALOMAR, Alberto. «Vía de hecho». En *vlex.com*. Disponible en <https://practico-administrativo.es/vid/via-hecho-380391598#:~:text=La%20v%C3%ADa%20de%20hecho%20es,absolutamente%20del%20procedimiento%20legalmente%20establecido>).

RUIZ SUTIL, Carmen. «El rechazo en frontera o la denominada “devolución en caliente” y su regulación en la LOEx» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68 (2016), 2.

VILLEGAS HIGUERAS, José Luis (coord.). «Derechos Humanos y Justicia Universal en la Frontera Sur». Universidad de Granada, Granada, 2016.

## DOCUMENTACIÓN

Análisis de la Sentencia N. D. y N. T. contra España de 13 de febrero de 2020 por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Disponible en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf>

Comisión del Interior del Congreso de los Diputados (13 de febrero de 2014). Texto disponible en el Diario de Sesiones del Congreso: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-500.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-500.PDF)

Informe al Gobierno Español sobre la visita a España llevado a cabo por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) de 14 a 18 de julio de 2014, disponible en <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf>.

Informe anual 2015 del Defensor del Pueblo. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/02/Informe2015.pdf>

Informe de 8 de febrero de 2014, redactado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil y dirigido a su Director General. Disponible en [https://www.cadenaser.com/csermedia/cadenaser/media/201403/13/espana/20140313csr\\_csrnac\\_1\\_Pes\\_PDF.pdf](https://www.cadenaser.com/csermedia/cadenaser/media/201403/13/espana/20140313csr_csrnac_1_Pes_PDF.pdf)

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España. 2015. pár.18-19. Disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fESP%2fCO%2f6&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fESP%2fCO%2f6&Lang=es)

Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Seguridad Ciudadana. Disponible en <http://libertadininformacion.cc/wp-content/uploads/2018/05/270127790-Recurso-de-la-oposicion-contra-la-ley-mordaza-ante-el-TC-PDF-2.pdf>

## **SENTENCIAS**

Sentencia del TEDH de 3 de octubre de 2017

Sentencia del TEDH, Gran Sala, de 13 de febrero de 2020

STC 212/2009, de 26 de noviembre

STC 17/2013, de 31 de enero

STS de 20-3-2015, rec. 1211/2015

STSJA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2<sup>a</sup> 1607/2019 de 20 mayo

STSJA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1<sup>a</sup>, 545/2019 de 18 febrero