Roj: **STS 2965/2026** - **ECLI:ES:TS:2026:2965**

Id Cendoj: **28079130052026100195**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **5**
Fecha: **29/06/2026**
Nº de Recurso: **3795/2025**
Nº de Resolución: **814/2026**
Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**
Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 6216/2025,**
ATS 9025/2025,
STS 2965/2026,
SJCA 658/2024

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 814/2026

Fecha de sentencia: 29/06/2026

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3795/2025

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/06/2026

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Procedencia: SECCION 1ª DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE ANDALUCIA CON SEDE EN SEVILLA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 3795/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 814/2026

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Fernando Román García

D. Jose Luis Quesada Varea

D.ª María Consuelo Uris Lloret

D.ª María Concepción García Vicario

En Madrid, a 29 de junio de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 3795/2025 interpuesto por la Administración General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado, contra la sentencia n.º 290/2025, de 24 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, que desestimó el recurso de apelación n.º 823/2024.

Ha comparecido como parte recurrida, D. Juan Francisco , representado por el procurador D. César Joaquín Ruiz Contreras, bajo la dirección letrada de D. Javier Ignacio Moreno Gómez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La representación procesal de D. Juan Francisco , de nacionalidad argelina, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación material de la entrega del recurrente a las autoridades de Marruecos después de ser interceptado por las autoridades en alta mar cuando pretendía entrar a nado en la ciudad de Ceuta, alegando que dicha actuación constituye una vía de hecho al ejecutarse sin procedimiento ni resolución, omitiendo los derechos de asistencia letrada y de protección internacional. Asimismo, solicitó una indemnización de 6.000 € por los daños morales causados y que se reconozca como situación jurídica individualizada la adopción de cuantas medidas sean necesarias para lograr el retomo y readmisión a España.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Ceuta dictó sentencia el 4 de septiembre de 2024 estimando parcialmente el recurso n.º 149/2024 y declaró la nulidad de la actuación administrativa impugnada, desestimando la indemnización por los daños morales.

SEGUNDO.-Recurrida en apelación la anterior sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla (Sección Primera) dictó sentencia en fecha 24 de marzo de 2025, cuyo fallo literalmente establecía:

«Que debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado en representación y defensa de la administración del Estado contra sentencia dictada el cuatro de septiembre de 2024 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Ceuta que confirmamos.

Se condena en las costas del recurso a la parte apelante con el límite de trescientos euros (300).»

TERCERO.-Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la Abogacía del Estado. La Sala de instancia lo tuvo por preparado en auto de fecha 19 de mayo de 2025 en el que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

CUARTO.-Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo -en auto de fecha 8 de octubre de 2025- declaró que la cuestión planteada en el recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de:

«(...) Determinar si es aplicable la disposición adicional décima de la Ley de Extranjería respecto de las personas que son interceptadas en el mar, al pretender entrar a nado en las ciudades de Ceuta y Melilla y por ello es posible aplicarles el procedimiento de rechazo en frontera.»

Y, a tal efecto, dicho auto, identificó como norma jurídica que deberían ser objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia hubiera de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso, la siguiente:

«(...) 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.»

QUINTO.-La Abogacía del Estado interpuso recurso de casación en escrito presentado el 24 de noviembre de 2025, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó a la Sala:

*« **1. Respuesta a la cuestión casacional identificada en el Auto de admisión.***

Determinar que la disposición adicional décima de la Ley de Extranjería es aplicable a las personas que son interceptadas en el mar, al pretender entrar a nado o en embarcaciones en las ciudades de Ceuta y Melilla y por ello es posible aplicarles el procedimiento de rechazo en frontera.

2. Efectos sobre el proceso de instancia.

Aplicando el criterio que se postula como respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo señalada en el Auto de admisión, desaparece el motivo de estimación del recurso contencioso administrativo debiendo concluirse que el rechazo en frontera de D. Juan Francisco es plenamente ajusta a derecho.

(...) por formalizado escrito de interposición de recurso de casación y, en su virtud, por solicitado que el mismo sea estimado en los términos interesados en el fundamento de derecho II.2 del presente escrito.»

SEXTO.-La parte recurrida se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario, mediante escrito presentado el 26 de enero de 2026 en el que terminaba suplicando a la Sala: *«(...) desestime el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de apelación nº 290/2025 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), de 24 de marzo de 2025, dictada en el recurso de apelación 823/2025 , y haga expresa imposición de costas a las mismas.»*

SÉPTIMO.-De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento.

OCTAVO.-Por providencia de 14 de mayo de 2026, se señaló el presente recurso para deliberación, votación y fallo el día 16 de junio de 2026, fecha en que, efectivamente, tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso.

Se impugna en este recurso por la Administración del Estado la sentencia dictada en fecha 24 de marzo de 2025 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla (Sección Primera). Esta sentencia trae causa de las siguientes actuaciones:

(i) D. Juan Francisco , de nacionalidad argelina, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación material de las autoridades españolas consistente en su entrega a las autoridades de Marruecos después de ser interceptado en alta mar el 14 de noviembre de 2024 cuando, junto con otras dos personas, pretendía entrar a nado en la ciudad de Ceuta, alegando que dicha actuación constituía una vía de hecho al ejecutarse sin procedimiento ni resolución, omitiendo los derechos de asistencia letrada y de protección internacional. Asimismo, solicitó una indemnización de 6.000 € por los daños morales causados y que se le reconociera como situación jurídica individualizada la adopción de cuantas medidas fueran necesarias para lograr su retomo y readmisión en España.

(ii) El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Ceuta dictó sentencia el 4 de septiembre de 2024 estimando parcialmente ese recurso contencioso-administrativo y declaró la nulidad de la actuación administrativa impugnada, desestimando la pretensión de indemnización por daños morales.

(iii) Recurrida en apelación la anterior sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla (Sección Primera) confirmó la sentencia del Juzgado mediante la sentencia que ahora es recurrida en casación.

SEGUNDO.- Los razonamientos de la sentencia impugnada.

En cuanto ahora importa, la sentencia recurrida, después de referirse a las argumentaciones de las partes, señaló en su Fundamento Cuarto lo siguiente:

«CUARTO.-El análisis de la sentencia del TC citada no lleva a la estimación del recuso. No discutimos que existan fronteras marítimas, junto a las terrestres.

Sin embargo, es lo cierto que no cabe la interpretación extensiva postulada por la apelante en cuanto a la disposición adicional 10ª de la ley que dice que los que intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España..."

En efecto, quien pretende entrar a nado, no supera, ni intenta hacerlo, ningún elemento de contención fronterizo; expresión que sin duda ha de referirse a aquellos elementos físicos que de forma artificial colocan los Estados,

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

y no a la línea marítima cuya existencia -física al menos- es imposible de "superar" por no existir ese elemento físico.

Así parece haberlo entendido la propia administración que en otros casos de personas sorprendidas cuando han pretendido entrar "a nado" en España, ha empleado el procedimiento de devolución, cuya conformidad a derecho hemos analizado en varios recursos.

Así, por todas las sentencias de este Tribunal (sección 2ª) de 19/3/24, o la de 6/6/24).

Dice la primera: *Desde dicha perspectiva no cabe apreciar incurra la resolución -de devolución- impugnada en el pretendido defecto pues no sólo permite conocer la razón de decidir en que se fundamenta la decisión administrativa, sino que, pese a su excesiva someridad, identifica los hechos que integran el presupuesto de aplicación de las normas invocadas, pues expresamente se señala la procedencia de la devolución al amparo del art. 58.3.b de la LO 4/00 , y en los que se ampara la referida decisión, al haber realizado el intento de entrada en territorio nacional encontrándose indocumentado. Debe en este sentido apreciarse, además, que el acta referida a la interceptación del recurrente se señala la fecha de 25 de abril de 2021, la hora, el lugar (Playa Tarajal), el motivo de la interceptación por tratarse de un supuesto de entrada irregular y la forma de acceso la de "a nado". Es decir que nos encontramos ante una interceptación de una persona que intenta realizar la entrada en territorio nacional por vía marítimo cruzando a nado en lugar de por punto fronterizo habilitado al efecto y se encuentra indocumentado.*

En conclusión pues, la total ausencia de procedimiento ha supuesto, en este caso, como aprecia la sentencia de instancia, una vía de hecho. La apelación no puede prosperar».

TERCERO.- El auto de admisión y la cuestión de interés casacional.

El auto de admisión dictado por la Sección Primera de esta Sala Tercera en fecha 8 de octubre de 2025 señala que se plantea la cuestión referida a la interpretación de la Disposición adicional décima de la Ley de Extranjería, en cuanto a si es posible su aplicación a las interceptaciones en alta mar de migrantes que pretenden entrar a nado en las ciudades de Ceuta y Melilla, procediendo entonces a realizar el "rechazo en frontera", como ocurrió en el caso enjuiciado, rechazos también denominados en el ámbito de las organizaciones que trabajan en la defensa de extranjeros en estos procedimientos y por parte de los medios de comunicación como «devoluciones en caliente».

La referida Disposición señala en su párrafo primero lo siguiente:

«Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla.1.

Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.»

La cuestión que se plantea es que la Administración del Estado -tal como defiende la Abogacía del Estado en el escrito de preparación- entiende que este precepto es aplicable a las interceptaciones que se produzcan en alta mar dentro del mar territorial de personas que pretenden entrar a nado, y por tanto en territorio nacional, entendiendo que el concepto de «elemento de contención» también es extensible a los nuevos medios de alerta temprana, como drones o cámaras térmicas de detección y que también en el mar existe una línea fronteriza.

La sentencia recurrida sin embargo, como hizo la propia sentencia de instancia del Juzgado de Ceuta, sostiene que quien entra por mar, como en este caso a nado, no supera un elemento de contención fronterizo y por ello no es aplicable dicha Disposición a las interceptaciones en el mar.

En consecuencia, la Sección Primera apreció en dicho auto que este recurso presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de la siguiente cuestión:

"Determinar si es aplicable la disposición adicional décima de la Ley de Extranjería respecto de las personas que son interceptadas en el mar, al pretender entrar a nado en las ciudades de Ceuta y Melilla y por ello es posible aplicarles el procedimiento de rechazo en frontera".

CUARTO.- El escrito de interposición.

Alega el Abogado del Estado -en síntesis- que la sentencia impugnada considera, al igual la sentencia de primera instancia, que el concepto de "elemento de contención fronterizo" a que hace referencia la Disposición Adicional 10ª de la LOEX, no incluye los intentos de entrada en Ceuta o Melilla por vía marítima porque, dice, esa *"expresión que sin duda ha de referirse a aquellos elementos físicos que de forma artificial colocan los Estados, y no a la línea marítima cuya existencia -física al menos- es imposible de "superar" por no existir ese elemento físico."*

Para sostener esa conclusión la sentencia se basa en dos premisas: la STC 172/2020, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TC:2020:172) y los precedentes de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, que confirman la actuación de la Administración que en otros casos de personas sorprendidas cuando han pretendido entrar "a nado" en España, ha empleado el procedimiento de devolución.

Opone, sin embargo, el Abogado del Estado que la interpretación del TC no tiene por objeto interpretar exactamente el concepto de "elementos de contención fronterizos". Y señala que el «rechazo en frontera» es, por tanto, un nuevo régimen que ante una situación particular -la detección de extranjeros en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera- permite que la administración y sus agentes practiquen una actuación material de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera.

Así, a tenor del párrafo anterior, se puede concluir que el rechazo en frontera es aplicable cuando los extranjeros son detectados en la línea fronteriza, entendiendo que dicho precepto normativo es de aplicación independientemente de la existencia de obstáculos físicos o no, invocando a este respecto la STS de 13 de octubre de 2003 (RC/A 120/2002).

Tal línea fronteriza, como frontera marítima, existe y para su definición debemos acudir al concepto de mar territorial que define el artículo primero de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial, que refiere que *"La soberanía del Estado español se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, al mar territorial adyacente a sus costas delimitado de conformidad con lo preceptuado en los artículos siguientes. Dicha soberanía se ejerce, de conformidad con el Derecho Internacional, sobre la columna de agua, el lecho, el subsuelo y los recursos de ese mar, así como el espacio aéreo suprayacente."*

Concluye, pues, afirmando que la disposición adicional décima de la Ley de Extranjería es aplicable a las personas que son interceptadas en el mar, al pretender entrar a nado o en embarcaciones en las ciudades de Ceuta y Melilla y por ello es posible aplicarles el procedimiento de rechazo en frontera, por lo que solicita la estimación del recurso en los términos indicados en su escrito.

QUINTO.- El escrito de oposición.

La parte recurrida se refiere en su escrito -también en síntesis- al análisis de la Disposición adicional décima de la LOEX, su naturaleza jurídica y circunstancias en las que opera de acuerdo con las SSTC 172/2020 y 13/2021.

Refiere que el Tribunal Constitucional afirma de manera expresa que «el "rechazo en frontera", en cuanto actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico», descartando cualquier interpretación que lo sitúe al margen de las garantías constitucionales y legales aplicables. Destaca, asimismo las siguientes afirmaciones de la mencionada STC:

"Resulta evidente que el acceso o la entrada en el territorio español se realiza cuando se han traspasado los límites fronterizos fijados internacionalmente, e igualmente, que los puestos fronterizos y los elementos de contención (vallas, muros o barreras) se ubican y construyen sobre el territorio español".

Y añade: "En todo caso, con independencia de si el «rechazo en frontera» se produce antes, durante o después de traspasar los límites fronterizos, lo que es innegable es que se trata de acciones llevadas a cabo por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles; y son, en principio, actuaciones realizadas desde el territorio español, pues los extranjeros serán repelidos o aprehendidos en el espacio intervallas o en la misma valla".

"Pasan a estar bajo el control y jurisdicción de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad y, por tanto, del Estado español, resultando irrelevante si dichos elementos -la valla- se sitúan o no en territorio bajo soberanía española, por lo que debe serles de aplicación la legislación en materia de extranjería".

"No es necesario, con carácter general, que se aprecien las circunstancias de actuación en grupo numeroso y con violencia para la aplicación del precepto, sino que basta el intento por personas individualizadas de entrar en España y ser sorprendidos en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla".

Y señala que las sentencias analizadas en este apartado -las SSTC 172/2020 y 13/2021- salvan la constitucionalidad del rechazo en frontera, señalando de modo estricto las condiciones de aplicación, entre las que se encuentra la definición de los elementos de contención fronterizos. Así, la sentencia del Pleno número 13/2021, de 28 de enero de 2021, vuelve a recalcar que: Cabe reiterar que la disposición final primera de la LOPSC no es inconstitucional "siempre que se interprete tal y como se ha indicado en el fundamento jurídico 8 C) de la STC 172/2020."

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La reiteración doctrinal del Tribunal Constitucional en dos sentencias consecutivas, en las que se define con precisión la naturaleza excepcional y el ámbito material de aplicación de la D.A. 10ª LOEX, y el concepto de "elementos de contención fronterizo" impide acoger una interpretación como la sostenida por la Abogacía del Estado, que desborda los límites fijados por la jurisprudencia constitucional y se sitúa, por ello, fuera del marco de constitucionalidad ya establecido.

También alega que resulta oportuno recordar que el objeto del presente recurso se centra en la aplicación íntegra y sistemática de la D.A. 10ª LOEX, y no en una interpretación fragmentaria limitada a su primer inciso o, en particular, a algunos de los conceptos aislados que en él se contienen. La interpretación del inciso relativo a "los elementos de contención fronterizos" ha de hacerse con relación no solo al primer párrafo de la D.A. 10ª LOEX, sino a todo el precepto que hace una remisión expresa a los Tratados Internacionales y por lo tanto a los estándares de protección de derechos humanos del sistema internacional de Naciones Unidas, pero también al regional y al derecho de la Unión Europea.

Y sostiene que la Abogacía del Estado incurre en un error de derecho al pretender una interpretación fragmentaria y descontextualizada de la D.A. 10ª LOEX, al aislar su inciso primero -relativo a los elementos de contención fronteriza- e ignorar el inciso segundo, que integra requisitos esenciales para la válida aplicación de la norma.

Por otra parte, la Abogacía del Estado pretende definir la "contención" como "obstáculo", un término mucho más amplio y ambiguo no contenido expresamente en la norma ni utilizado por la sentencia del TC ya analizada, para ello remite a la definición de este último en el Diccionario de la Real Academia Española. Resulta improcedente debido a la interpretación restrictiva que ya se ha mencionado.

Asimismo, señala que forzar el concepto de línea fronteriza presente en la D.A.10ª para dar cobertura a operaciones administrativas o de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado resulta grave y contrario a la doctrina del TEDH en esta materia, e impide hacer un control de legalidad necesario y obligatorio a las personas que llegan, tanto sean solicitantes de protección internacional, como personas con vulnerabilidades específicas.

Alude también a la diferente naturaleza jurídica entre fronteras terrestres y marítimas: Código de Fronteras Schengen, Derecho Marítimo y sus efectos en la aplicación de la D.A. 10ª LOEX, señalando que el Derecho internacional del mar concede a las personas que cruzan fronteras sin autorización una serie de protecciones y posibilidades que no conocen, si en vez de usar la vía marítima utilizaran la terrestre.

Añade que en los procedimientos de denegación de entrada adoptados en aplicación del CFS, el derecho de la persona afectada a exponer su punto de vista no puede entenderse como una garantía meramente formal, sino que exige la concurrencia de condiciones materiales que hagan posible su ejercicio efectivo. Entre ellas se encuentran, de manera ineludible, la asistencia lingüística adecuada, la posibilidad real de formular alegaciones -incluida, cuando resulte pertinente, una audiencia oral directa-, el acceso a los elementos probatorios relevantes y la asistencia jurídica.

Y también que la posibilidad y necesidad de aplicar normas diferentes a las fronteras exteriores de la UE según se trate de fronteras marítimas, terrestres o aéreas también se deduce de la existencia del Reglamento UE/656/2014 de 15 de mayo de 2014 por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

Por último, hace referencia a la idea de la Abogacía del Estado respecto a la analogía del concepto de elementos de contención fronteriza, no sólo respecto al mar, sino también a los nuevos medios de alerta temprana. Y señala que resulta esencial subrayar que los dispositivos tecnológicos de control fronterizo -como drones, cámaras térmicas o sensores- no cumplen una función material de contención, sino de vigilancia, detección y alerta, permitiendo identificar movimientos o presencia de personas, pero no impedir físicamente el cruce ni retener a quienes lo intentan. La propia denominación de estas herramientas como "tecnologías de alerta temprana" evidencia que su función es instrumental y previa a cualquier actuación material de contención, la cual solo puede llevarse a cabo mediante medios físicos o personales que ejerzan un control directo sobre las personas.

Y, tras referirse a la aplicabilidad del Derecho de la Unión Europea (Convenio europeo de derechos fundamentales y Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea), finaliza su escrito la parte recurrida solicitando la desestimación del recurso de casación.

SEXTO.- La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la Disposición adicional décima de la LOEX .

La Disposición adicional décima de la LOEX ha sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 172/2020 y 13/2021 (que se remite a la anterior).

I. La *STC 172/2020* .

En cuanto ahora interesa, la STC 172/2020 establece en su Fundamento 8.C lo siguiente (el subrayado es nuestro):

«C) El examen de la nueva disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introducida por la disposición final primera de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, exige tener en cuenta, en primer lugar, la singular situación de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. El Acuerdo de Schengen, firmado el 14 de junio de 1985 y al que se adhirió España por protocolo de 25 de junio de 1991 [«Boletín Oficial del Estado» («BOE») de 30 de julio], impulsó la creación de un espacio de libre circulación de personas, mediante la progresiva supresión de los controles en las fronteras interiores, trasladándolos a las fronteras exteriores de los Estados signatarios; de forma tal que las fronteras externas de los Estados europeos son al tiempo las fronteras externas de los demás Estados parte en aquel acuerdo. Posteriormente, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam («BOE» de 7 de mayo de 1999), el acuerdo queda integrado en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea, la cual tiene como uno de sus objetivos mantener y desarrollar «un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia». Por este motivo, las ciudades autónomas, situadas ambas en el continente africano, son actualmente la frontera exterior terrestre entre la Unión Europea y terceros Estados, lo que las convierte en una de las principales vías de acceso de los flujos migratorios hacia Europa. Todo ello hace que, *en muchas ocasiones, el Estado español se vea desbordado en sus esfuerzos por contener los intentos de grupos de personas de cruzar ilegalmente la valla o arribar en embarcaciones a las costas de soberanía española;*lo que prueba que estamos ante un problema humanitario de tal dimensión que su trascendencia es, cuando menos, europea, y exigiría la adopción de medidas de carácter supraestatal.

Siendo innegable la situación descrita, no podemos obviar que la medida prevista en la norma impugnada *-el «rechazo en frontera»- afecta a personas extranjeras que pretenden entrar de forma ilegal en el territorio español,*y que por su configuración legal los recurrentes han cuestionado su encaje en el marco constitucional. El examen del precepto, a la vista de las alegaciones expresadas por las partes en este proceso constitucional, se ajustará al siguiente orden: en primer lugar, en cuanto la medida incide sobre personas extranjeras, recordaremos algunos aspectos del estatuto constitucional de los extranjeros en España relevantes a los efectos de este proceso. A continuación, examinaremos el régimen previsto en la legislación en materia de extranjería sobre salidas forzosas del territorio español, paso previo necesario para determinar la naturaleza del «rechazo en frontera» y poder así enjuiciarlo desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106.1 CE. En último lugar, analizaremos si el precepto impugnado no respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el principio de «no devolución», impidiendo el ejercicio del derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE.

a)...

b)Entrando, ahora, en el examen de la legislación en materia de extranjería, debemos partir de la premisa de que «el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 CE» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12), estando la entrada condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 25 LOEx y el art. 4 de su reglamento, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (Reglamento LOEx). Por ello, se regulan varios procedimientos relativos a la salida obligada del territorio español de las personas extranjeras, que son relevantes a los efectos del presente proceso constitucional. Son los siguientes: i) el retorno al punto de origen (art. 60 LOEx), como efecto derivado de la prohibición de entrada en España por los puestos fronterizos habilitados de extranjeros que no cumplan los requisitos legalmente previstos (art. 26.2 LOEx y art. 15 del Reglamento LOEx); ii) la expulsión del extranjero que se encuentra irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o por carecer o tener caducada la autorización de residencia (art. 57 LOEx y arts. 242 a 248 del Reglamento LOEX); y iii) la devolución de los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España [art. 58.3 a) LOEx], o de los que pretendan entrar ilegalmente [art. 58.3 b) LOEx], incluyendo «a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones» [art. 23.1 b) Reglamento LOEx]. Los extranjeros tienen el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que dichos procedimientos respetarán, en todo caso, las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo y, especialmente, en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones (art. 20 LOEx); igualmente, gozan del derecho de asistencia jurídica gratuita y de intérprete, lo que garantiza el

derecho de defensa (art. 22 LOEx), en concreto la formulación de alegaciones y la presentación de recursos, extremo éste expresamente contemplado en el art. 21 LOEx.

En este marco legal se inserta la impugnada *disposición adicional décima*de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introducida por la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana , que *prevé en su apartado 1 el «rechazo en frontera» de los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla. Los otros dos apartados de la disposición adicional tienen un carácter instrumental:*se precisa cómo ha de hacerse el rechazo (apartado 2) y dónde se han de formalizar, en su caso, las solicitudes de protección internacional (apartado 3). La primera cuestión que hemos de abordar es la de la naturaleza del «rechazo en frontera» para, a continuación, examinar su adecuación o no al marco constitucional.

(i) Entienden los recurrentes que el «rechazo en frontera» es un nuevo régimen de devolución de extranjeros que entran ilegalmente en España, que exceptúa lo previsto en el art. 58.3 LOEx. Por el contrario, la abogacía del Estado sostiene que el rechazo opera en una fase previa a la eventual devolución o expulsión de los extranjeros, por cuanto estos aún no han entrado en territorio español: la entrada ilegal no ha culminado, sino que se está produciendo.

Resulta evidente que el acceso o la entrada en el territorio español se realiza cuando se han traspasado los límites fronterizos fijados internacionalmente, e igualmente, que los puestos fronterizos y *los elementos de contención (vallas, muros o barreras)*se ubican y construyen sobre el territorio español. No existe cobertura legal para operar con un concepto de frontera que pueda ser establecido de forma discrecional por la administración española, aunque sea a los meros efectos de determinar la aplicación de la legislación en materia de extranjería; entre otras razones, porque se pondría en riesgo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

En todo caso, *con independencia de si el «rechazo en frontera» se produce antes, durante o después de traspasar los límites fronterizos,*lo que es innegable es que se trata de acciones llevadas a cabo por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles; y *son, en principio, actuaciones realizadas desde el territorio español, pues los extranjeros serán repelidos o aprehendidos en el espacio inter-vallas o en la misma valla.*No obstante, lo relevante desde la perspectiva del sometimiento de la actuación de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.) es que, como hemos declarado, estamos ante una actividad de las autoridades y funcionarios españoles, incluso si aquella se desarrolla en un espacio situado más allá del territorio español (STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2; y en el mismo sentido, hablamos, en el ámbito del derecho de asilo, de «situación legal de sometimiento de los solicitantes de asilo a un poder público español», STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4). Esto significa que *los extranjeros aprehendidos, al intentar superar los elementos de contención, pasan a estar bajo el control y jurisdicción de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad y, por tanto, del Estado español, resultando irrelevante si dichos elementos -la valla- se sitúan o no en territorio bajo soberanía española, por lo que debe serles de aplicación la legislación en materia de extranjería.*

En la misma línea y desde la perspectiva de la aplicación del Convenio europeo de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que «desde el momento en que un Estado, a través de sus agentes que operan fuera de su territorio, ejerce su control y su autoridad sobre un individuo, y por consiguiente su jurisdicción, recae sobre él, en virtud del art. 1, una obligación de reconocer a aquel los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio que atañen a su caso»; y ello porque no puede admitirse la existencia de «zonas de no derecho» donde los individuos no estén amparados por un sistema jurídico capaz de brindarles el disfrute de los derechos y garantías protegidos por el Convenio europeo de derechos humanos (STEDH de 23 de febrero de 2012, caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia, § 74 y 178 a 180, y las sentencias en allí citadas).

El «rechazo en frontera», en cuanto actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar, como expresamente señala el apartado segundo del precepto impugnado, la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional. *A la persona extranjera que está siendo rechazada mientras se encuentra en los elementos de contención ubicados en territorio español, integrados en el sistema de seguridad fronterizo, le son aplicables las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico.*

(ii) El *«rechazo en frontera»*de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España *guarda una cierta similitud con la devolución prevista en el art. 58.3 LOEx ,*en los términos que expusimos en la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12, para diferenciarla de la expulsión y que son trasladables al presente caso. Con la devolución -y también con el rechazo en frontera-, se «pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido [...]. En suma [...] consiste en una medida que se acuerda por parte del Estado

español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye tanto el necesario control de los flujos migratorios que tienen como destino nuestro país como el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España».

El «rechazo en frontera» es, por tanto, un nuevo régimen que ante una situación particular -la detección de extranjeros en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera- permite que la administración y sus agentes practiquen una actuación material de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera.

*El establecimiento de un régimen específico para Ceuta y Melilla, en la medida en que en sus puestos fronterizos concurre la singularidad de su ubicación geográfica -única frontera exterior del espacio Schengen en tierras africanas- no puede considerarse que sea irrazonable o que carezca de justificación.*Esta singular situación también ha sido tomada en consideración por la *Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 13 de febrero de 2020, caso N.D. y N.T. c. España* ,que afirma que «en este contexto, sin embargo, el Tribunal, al valorar una queja relativa al artículo 4 de Protocolo núm. 4, *tendrá principalmente en cuenta si, en las circunstancias del caso concreto,*el Estado parte en cuestión ofrece de un modo efectivo medios de entrar en él legalmente, en particular a través de procedimientos en frontera. Cuando el Estado parte facilita este acceso y el recurrente no ha hecho uso de él, el Tribunal considerará [...] si había razones imperiosas para no usar esos medios de acceso, fundadas en hechos objetivos de los que el Estado correspondiente sea responsable» (§ 201). Y también razona que «cuando tales mecanismos [de entrada legal] existan y aseguren el derecho de pedir la protección que otorga la Convención, y en particular su artículo 3, de un modo efectivo, la Convención no obsta a que los Estado parte, en cumplimiento de su obligación [Schengen] de controlar las fronteras, exijan que las personas que quieran esa protección la soliciten en los puntos habilitados para el cruce de frontera. [...] *Consecuentemente, los Estados parte pueden rechazar la entrada en su territorio de los extranjeros, incluido los peticionarios de asilo, que, sin concurrir razones imperiosas, no hayan ajustado su conducta a estos mecanismos de entrada sino que han buscado cruzar la frontera por lugares distintos a los habilitados, sobre todo pero no necesariamente cuando, como ocurre en este caso, se prevalieron de su gran número y del uso de la fuerza»*(§ 210).

La alusión de la STEDH a la situación específica en que se produce el cruce irregular de la línea fronteriza -intentado por las personas extranjeras prevaliéndose de su gran número y del uso de la fuerza- es en su ratio la consideración de las circunstancias del caso concreto que resuelve como una condición que agrava la potestad de rechazo en frontera que con carácter general viene a juzgar no disconforme con las exigencias del art. 4 del Protocolo núm. 4. Pero no es necesario, con carácter general, que se aprecien las circunstancias de actuación en grupo numeroso y con violencia para la aplicación del precepto, sino que basta el intento por personas individualizadas de entrar en España y ser sorprendidos en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla.

(iii) Concretada la naturaleza del régimen de «rechazo en frontera» y las circunstancias en las que opera, debemos determinar ahora si el mismo colisiona, como afirman los recurrentes, con el marco constitucional derivado de los arts. 9.3 y 106.1 CE, en conexión con el art. 24.1 CE.

Alegan los recurrentes que estamos ante un supuesto de «vía de hecho», al tratarse de una actuación administrativa llevada a cabo prescindiendo de todo procedimiento. Sin embargo, procede recordar nuestra doctrina según la que no forma parte «de la garantía otorgada por el art. 106 CE un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto. Por el contrario, las garantías derivadas de este precepto constitucional se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de los que ellos consideran un incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley» (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11). Por otro lado, es cierto que el «rechazo en frontera» previsto específicamente para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. Actuación material que lo será, sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera.

El régimen de «rechazo en frontera» previsto específicamente para Ceuta y Melilla en la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, tal como ha sido configurado en el apartado primero, no incurre en inconstitucionalidad. Como resulta obligado en un recurso de inconstitucionalidad, esta apreciación deriva de considerar la disposición de una manera abstracta, sin perjuicio, por tanto, de que las circunstancias concurrentes en que cada una de sus aplicaciones deban ser ponderadas convenientemente en los procesos constitucionales en que se susciten.

Además, en el apartado segundo se dice que el rechazo «se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte». Esto significa que la actuación ha de llevarse a cabo con las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del art. 10.2 CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Serán las disposiciones que se adopten para cumplir de un modo real y efectivo con las normas internacionales de derechos humanos las que tengan que asegurar el pleno respeto a las garantías derivadas de la dignidad de la persona, que nuestra Constitución reconoce a todas las personas sometidas a la actuación de los poderes públicos españoles (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4).

En todo caso, de las referidas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que, con motivo de esta actuación de «rechazo en frontera», los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), debiendo atender la especial salvaguardia de los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, estar en situación de mujer embarazada o resultar afectados por serios motivos de incapacidad, incluida la causada por la edad avanzada y personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables.

c) En último lugar, debemos pronunciarnos acerca de si, como sostienen los recurrentes, la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España no respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que se refiere a la aplicación del principio de «no devolución», desincentivando el ejercicio del derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE.

Conviene recordar que en el caso de las personas extranjeras que no reúnan los requisitos necesarios para entrar en España y presenten una solicitud de asilo, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 21 y 22 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que contemplan, mientras dure la tramitación del expediente y la permanencia en las dependencias habilitadas a tal efecto. Y que el apartado tercero de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España señala que la formalización de las solicitudes de protección internacional se realizará en los lugares habilitados en los puestos fronterizos, tramitándose de conformidad con la normativa aplicable en la materia.

El derecho de asilo, como es sabido, está especialmente vinculado con el principio de «no devolución» que opera, hoy día, como una garantía aplicable a toda la legislación en materia de extranjería, y cuya finalidad es impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, integridad o libertad corran peligro (art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados; y en el ámbito de la Unión Europea, se plasma en el art. 19.2 de la Carta de derechos fundamentales, y el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular).

Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de las expulsiones o deportaciones, y se traduce en la obligación de los Estados de asegurarse del trato al que se exponen los extranjeros que se devuelven al país de origen o de procedencia a los efectos de no incurrir en una vulneración del art. 3 CEDH: prohibición de la tortura y de los tratamientos inhumanos o degradantes [SSTEDH de 28 de febrero de 2008, caso Saadi c. Italia, § 124 a 133, 137 a 141 y 147 in fine; de 5 de mayo de 2009, caso Sellem c. Italia, § 28 a 37; de 3 de diciembre de 2009, caso Daoudi c. Francia, § 64; de 23 de febrero de 2012, caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia, § 113 a 114, y de 19 de diciembre de 2013, caso N.K. c. Francia, § 37 a 41, entre otras]. Además, el Tribunal recuerda -en la ya citada STEDH 13 de febrero de 2020, caso N.D. y N.T. c. España-, a los Estados que, como España, tienen fronteras exteriores de la Unión Europea, el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para que todas las personas que se enfrenten a una persecución, con riesgo para su vida o integridad, y alcancen las fronteras puedan presentar una solicitud de protección, ex art. 3 CEDH, en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales y el propio Convenio europeo de derechos humanos (§ 209). Y concluye que si tales medios existen y son efectivos, los Estados «podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes [...], estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado [...]» (§ 210).

Teniendo en cuenta que la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de asilo, al limitarse a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes -puestos fronterizos de Ceuta y Melilla-, y que los medios, que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español, deben existir y ser efectivos, en cumplimiento por el

Estado español de las obligaciones internacionales, no se pueden acoger los reproches de inconstitucionalidad formulados por los recurrentes.

En conclusión, la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en los términos en que ha sido interpretada en este fundamento jurídico, se ajusta al marco constitucional, por lo que se ha de desestimar su inconstitucionalidad».

II. La *STC 13/2021* .

De esta segunda sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en relación con la Disposición adicional décima interesa ahora destacar su Antecedente 5.d) y su Fundamento 2, que establecen:

Antecedente 5.d)

«(...) El abogado del Estado aborda, a continuación, la supuesta vulneración de la figura del rechazo en frontera de los artículos 13.4, 24.1 y 106 CE, por ausencia total de procedimiento alguno. Expone, en primer lugar, el sentido de la disposición recurrida, ya que a través de la nueva figura -rechazo fronterizo- se cubre un vacío normativo respecto de una actuación puramente material que se desarrolla en el marco del ejercicio de las labores de vigilancia fronteriza encomendadas al Estado español. Y se hace a los efectos de introducir mayores elementos de seguridad jurídica en las legítimas actuaciones de vigilancia desarrolladas en ese singular ámbito territorial, al amparo de las previsiones y obligaciones contenidas tanto en la normativa comunitaria - artículo 12 del Código de fronteras Schengen- como en la nacional - artículo 12.1 B) d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad (en adelante, LOFCS)-.

Frente al reproche de vulneración constitucional, el abogado del Estado afirma que el carácter especial del nuevo régimen reside en que, a diferencia de los procedimientos hasta ahora previstos -devolución y expulsión-, actúa en una fase previa en la que los extranjeros intentan rebasar los obstáculos que impiden acceder a España. La aplicación del rechazo fronterizo previsto en Ceuta y Melilla se contempla para supuestos diferentes a los de la devolución, ya que la potestad de rechazo que se atribuye a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se hace a fin de evitar la materialización de la entrada ilegal en territorio español, mientras ese intento, no culminado, se está produciendo. Se trataría de una actuación coactiva, en el ejercicio de una potestad legítima, destinada a garantizar que la legalidad no se vulnere. Y respecto a la alegada ausencia de un procedimiento ad hoc, recuerda el abogado del Estado que existen actuaciones materiales de la administración que se manifiestan sin una formalización, sin que por ello dejen de ser jurídicamente legítimas; se trata de actuaciones de ejecución material de una potestad administrativa.

En definitiva, la disposición impugnada regula una actuación material de vigilancia fronteriza que no está exenta de límites. Además de los que figuran expresamente en el precepto -respeto a la normativa internacional de derechos humanos y a los cauces para obtener asilo o protección internacional-, también los que se derivan de los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad exigidos a todas las actuaciones de los cuerpos policiales - artículo 5.2 c) LOFCS-. El precepto, concluye el abogado del Estado, supera el test de proporcionalidad demandado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 55/1996, FJ 5), como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al tratarse de una medida que no puede ser calificada de arbitraria, pues sirve para conseguir el objetivo propuesto, es necesaria y proporcionada.

La vulneración de los artículos 24.1 y 106 CE es igualmente rechazada por el representante procesal del Gobierno. A diferencia de todos los casos contemplados en la demanda, las personas destinatarias de la norma, además de extranjeros, son personas que no han entrado en España, ni de iure, ni de facto. Es por ello que, más allá del respeto a su dignidad personal, que ni la ley ni nadie puede desconocer, estas personas no disponen de los derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros que sí están en España (artículo 13.1 CE). Conforme a la doctrina establecida en la STC 72/2005, de 4 de abril, en relación con el artículo 19 CE, a quienes no se encuentren en territorio español, sino intentando acceder ilegalmente a él, no les son aplicables las garantías constitucionales y legales, en relación con la necesaria tramitación de un procedimiento, con audiencia y resolución motivada, y la revisión de esta decisión por la jurisdicción (artículo 24.1 CE); ello, sin perjuicio de que la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad en la ejecución del rechazo en frontera puede ser objeto de control jurisdiccional, ex artículo 106 CE, tanto en la vía administrativa, como en la penal, como sucede notoriamente en Ceuta y Melilla. No obstante, nada impide a la persona que se encuentre en una situación que la haga acreedora de asilo o protección subsidiaria presentar su correspondiente solicitud, no solo en Marruecos, sino también en las oficinas específicas de atención a solicitantes de protección internacional habilitadas en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla.

Finalmente, toda la argumentación expuesta apoya la desestimación de la alegación del art 13.4 CE. Este precepto establece una remisión a una norma con rango de ley para establecer los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España. No se acierta a

comprender cómo la disposición impugnada puede vulnerar un mandato de estas características, que solo contiene un mandato al legislador, sin contenido objetivo y con un ámbito subjetivo distinto al de la propia disposición impugnada que no regula el derecho de asilo. La única objeción posible, desde este punto de vista, sería la de la infracción de la reserva a la ley de esta regulación, pero es evidente que la disposición impugnada es una ley. No puede pretenderse, como parece que hacen los recurrentes, determinar el contenido del art 13.4 CE con la aplicación del art 10.2 CE que es un precepto que establece un criterio interpretativo de los derechos fundamentales pero que, en sí mismo, no habilita para dotar de contenido a la legislación interna. A mayor abundamiento, no se determina cuál puede ser el contenido de dicha normativa. Si se entiende, cosa que no se comparte, puesto que no es este el propósito del art 13.4 CE ni de la disposición impugnada, que se vulnera el derecho de asilo, procede alegar que, en los términos expuestos anteriormente, esta disposición no vulnera el derecho de asilo de los extranjeros, que pueden legalmente ejercerlo».

Fundamento Jurídico 2

«(...) En cuanto al fondo de la cuestión, y dado que tanto el recurrente como el demandado se apoyan en motivos idénticos a los utilizados en el recurso de inconstitucionalidad número 2896-2015, cabe reiterar que la disposición final primera de la LOPSC no es inconstitucional «siempre que se interprete tal y como se ha indicado en el fundamento jurídico 8 C)» de la STC 172/2020. Esta interpretación conforme se llevará al fallo».

SÉPTIMO.- Doctrina sobre la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión.

I.Como antes hemos anticipado, la cuestión de interés casacional se contrae a "Determinar si es aplicable la disposición adicional décima de la Ley de Extranjería respecto de las personas que son interceptadas en el mar, al pretender entrar a nado en las ciudades de Ceuta y Melilla y por ello es posible aplicarles el procedimiento de rechazo en frontera".

Es preciso, por tanto, interpretar la Disposición Adicional Décima de la Ley de Extranjería, que establece:

Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

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

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.

II. Para interpretar la referida Disposición resulta imprescindible tener en cuenta los razonamientos y pronunciamientos del Tribunal Constitucional en las SSTC 172/200 y 13/2021, que parcialmente hemos transcrito en los precedentes Fundamentos.

Pues bien, es cierto que existen algunos elementos de interpretación que parecen conducir a la posición defendida por la Abogacía del Estado. Así, por ejemplo, que la propia rúbrica de la Disposición Adicional Décima se refiere de manera amplia al *"Régimen especial de Ceuta y Melilla"*,sin especificar que tal referencia se deba proyectar únicamente sobre la protección fronteriza terrestre en la que se ubican las vallas.

Esta manera de entender esta referencia, por otra parte, tendría lógica desde la perspectiva, más general, de considerar a Ceuta y Melilla como fronteras no solo de España, sino también de la Unión Europea.

Sin embargo, no podemos dejar de tener en cuenta otros elementos interpretativos que apuntan a la solución contraria. Y entre ellos, merecen especial consideración los que se desprenden de las SSTC 172/2020 y 13/2021. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 172/2020, hace constante referencia a las vallas, lo que, por otra parte, no deja de ser lógico a la vista, no sólo del tenor literal de la referida disposición, que alude a "elementos de contención", sino también de los reiterados intentos de asalto de esas vallas por grupos de extranjeros que en ocasiones se han prevalido para realizar tales asaltos de su gran número y del uso de la violencia y de la fuerza, lo que el Tribunal Constitucional ha recordado con cita expresa de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2020, caso N.D. y N.T. c. España.

De ello cabe deducir que el régimen especial de Ceuta y Melilla, concretado en el rechazo en frontera, no está contemplado con carácter general en la Disposición adicional décima de la LOEX para todos los extranjeros que intentan cruzar irregularmente la frontera, sea terrestre o marítima (como en este caso), sino solo para aquellos que intentan hacerlo superando los elementos de contención fronterizos establecidos, como las vallas.

Y lo cierto es que, a este respecto, asiste la razón a la parte demandada, pues no cabe equiparar tales elementos de contención con los dispositivos tecnológicos de control fronterizo -como drones, cámaras térmicas o sensores- que, en principio (y salvo que se demuestre lo contrario), no cumplen una función material de contención, sino de vigilancia, detección y alerta, permitiendo detectar la presencia de personas, pero no impedir físicamente el cruce de la línea fronteriza, ni retener a quienes lo intentan. La propia denominación de estas herramientas como "tecnologías de alerta temprana" evidencia que su función es instrumental y previa a cualquier actuación material de contención, la cual solo puede llevarse a cabo utilizando medios físicos o personales que ejerzan un control directo sobre las personas.

Ello no obstante, dado que la Disposición adicional décima se refiere a los elementos de contención fronterizos y no exclusivamente a los elementos de contención terrestres ni, específicamente, a las vallas, nada impediría que, de establecerse elementos de contención en el mar para proteger la línea fronteriza, pudiera ser de aplicación la referida Disposición adicional décima a quienes pretendieran cruzar irregularmente la frontera superando esos elementos de contención marítimos.

III. Partiendo de esta premisa y, a la vista de lo dispuesto en la STC 172/2020, que distingue conceptualmente el rechazo en frontera de otras figuras próximas, como (i) el *retorno*al punto de origen (artículo 60 LOEx), (ii) la *expulsión*del extranjero (artículo 57 LOEx y artículos 242 a 248 del Reglamento LOEX) y (iii) la *devolución*de los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España [artículo 58.3 a) LOEx], o de los que pretendan entrar ilegalmente [artículo 58.3 b) LOEx], incluyendo «a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones» [artículo 23.1 b) Reglamento LOEx, cabe concluir que, en casos como éste, lo procedente no sería el rechazo en frontera, sino la devolución.

IV. En consecuencia, procede dar respuesta al requerimiento del auto de admisión en los siguientes términos: no cabe aplicar la disposición adicional décima de la Ley de Extranjería a las personas que son interceptadas en el mar, al pretender entrar a nado en las ciudades de Ceuta y Melilla; y, por ello, a estas personas no se les debe aplicar el procedimiento de rechazo en frontera, sino el de devolución.

OCTAVO.- Aplicación al caso de la doctrina establecida.

La aplicación al supuesto examinado de la indicada doctrina conduce directamente a la desestimación del recurso, dado que la Sala de instancia se ha ajustado en la sentencia impugnada a dicha doctrina.

NOVENO.- Conclusiones y costas.

A la vista de lo expuesto en los precedentes Fundamentos, procede declarar no haber lugar y desestimar el presente recurso de casación, y confirmar la sentencia impugnada por ser ajustada a Derecho.

Y, en cuanto a las costas, conforme a lo prevenido en los artículos 93 y 139 LJCA, disponemos que cada parte abone las causadas a su instancia y la mitad de las comunes, al no apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de aquéllas.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.-Establecer como doctrina jurisprudencial la indicada en el Fundamento Séptimo de esta sentencia.

Segundo.-Declarar no haber lugar y desestimar el recurso de casación n.º 3795/2025 interpuesto por la Abogacía del Estado, en nombre de la Administración General del Estado, contra la sentencia n.º 290/2025, de 24 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de apelación n.º 823/2024.

Tercero.-Confirmar la sentencia impugnada por ser ajustada a Derecho.

Cuarto.-Imponer las costas en los términos indicados en el último de los Fundamentos de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes , haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso,e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ