



LA TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO EFECTIVO

EN LA DIRECTIVA PROCEDIMIENTO Y EN ESPAÑA:

EL ASUNTO *N.D. Y N.T C. ESPAÑA*

SEUDÓNIMO: NIEVE

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho fundamental a un recurso efectivo en la Directiva Procedimiento. 3. La “transposición” de la Directiva Procedimiento en el sistema jurídico español: el caso de los rechazos en frontera en Ceuta y Melilla. 4. El derecho a un recurso efectivo y de acceso a la justicia en la sentencia *N.D. y N.T. c. España*. 5. Conclusiones.

RESUMEN: La presente investigación tiene como objeto el estudio del derecho fundamental a un recurso efectivo en el marco jurídico de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. La Directiva dispone que cualquier extranjero no-comunitario que se encuentra en el territorio de la Unión Europea tiene derecho a: acceder a los procedimientos para solicitar protección internacional; recibir las garantías procedimentales suficientes para estar en condiciones de seguir el procedimiento en todas sus fases y, en su caso, recurrir una decisión negativa ante un juzgado o tribunal (*vid.* considerando núm. 25). Sin embargo, no se le garantiza *tout court* el derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro competente mientras se analiza su demanda. De este modo, el legislador comunitario legitima de forma indirecta la ejecución de numerosas órdenes de devolución y expulsión “prematuras”. Consecuencia fundamental de esa laguna es la violación del art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las dificultades de aplicación e interpretación de la Directiva son patentes en la más reciente jurisprudencia del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así lo testimonia su última sentencia dictada contra España. El Estado español ha sido sancionado por haber devuelto a un nacional maliense y a un nacional marfileño que habían cruzado irregularmente la frontera entre Marruecos y España en Melilla (asunto *N.D. y N.T. c. España*).

PALABRAS CLAVES: Protección Internacional_Directiva
Procedimiento_Devolución y Expulsión_Derecho fundamental a un recurso
efectivo_Ceuta y Melilla

ABSTRACT: This article analyses the difficult interpretation and application of the fundamental right to an effective remedy in the juridical framework of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the council of 26 June 2013, on common procedures for granting and withdrawing international protection. The Directive clearly explicates that any no-communitarian foreign who stays in the European Union territory, has the right to: access to the proceedings established in order to seek international protection; have procedural guarantees sufficient for following the whole procedure in each stages and, if necessary, appeal a negative decision before the judge or the tribunal (*vid.* whereas n. 25). On the contrary, the right to stay in the member State's territory, competent to analyses his/her request, is not absolutely guaranteed. The communitarian legislator, therefore, indirectly justifies the execution of "premature" orders of devolution and expulsion. The primer consequence of this legal gap is a breach of art. 13 of the European Convention on Human Rights. For these reasons, the right to an effective remedy stands out as the protagonist of the recent European Court of Human Rights' jurisprudence. That is proved by its last sentence condemning Spain for having returned a Malaysian national and a foreign person,

originating in Ivory Coast, who had crossed irregularly the frontier between Morocco and Spain in Melilla town (judgment *N.D. and N.T v. Spain*).

KEY WORDS: International Protection_Procedure Directive_Devolution and Expulsion_Fundamental Right to an Effective Remedy_Ceuta and Melilla

1. INTRODUCCIÓN.

En este artículo se pretenden analizar los problemas de aplicación de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (Directiva Procedimiento) en España¹. En concreto, estudiaremos el reconocimiento en este instrumento jurídico del derecho fundamental a un recurso efectivo del solicitante extranjero y su violación por parte del ordenamiento jurídico español. Se prestará especial atención a las devoluciones/expulsiones que se producen en la frontera sur de España. Por último, se analizará la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *N.D. y N.T c. España*², en la que el Estado español ha sido condenado por violación del art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³.

¹ Directiva 2013/32/UE, del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), *D.O.U.E.* Serie L 180/60, de 29 de junio de 2013.

² *N.D. y N.T. v. Spain*, judgment (merits and satisfaction), núm. 8675/15 and 8697/15, ECHR, 2017.

³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1950, rectificado por España el 10 de octubre de 1979 (Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, *B.O.E.* núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570).

A partir del art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴, los Estados miembros han cedido a la Unión Europea (UE) sus competencias en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal⁵. Más adelante, con el Programa de Tampere de 1999⁶, se decidió poner en marcha el denominado “Sistema Europeo Común de Asilo” (SECA⁷), ya anunciado por el propio art. 78.2 TFUE. Se promulgaron dos conjuntos normativos, denominados respectivamente “primera y segunda generación de Directivas⁸”. La finalidad última perseguida por la UE era alcanzar un nivel de regulación común entre todos los Estados miembros. A tal efecto, resulta inevitable adelantar la futura promulgación de una tercera, y quizás última, “oleada” de normas en materia de protección internacional, anunciada en la Agenda

⁴ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, *D.O.U.E. C 202*, de 7 de junio de 2016.

⁵ Los Estados siguen siendo soberanos en materia fronteriza. Es evidente que esta competencia, exclusiva, está intrínsecamente vinculada a la entrada de extranjeros y solicitantes de protección internacional en el territorio comunitario. Esta descoordinación tiene importantes consecuencias en la gestión de la frontera exterior de la UE. En esas zonas fronterizas, la UE y los Estados miembros confinantes con terceros Estados se litigan la regulación de los flujos migratorios a través de la creación de Convenios Bilaterales. Es el caso de España y Marruecos. Para un análisis más detenido *vid.* LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C., «Las fronteras de Ceuta y Melilla: un análisis desde la perspectiva de la seguridad de los derechos humanos», en ROLDÁN BARBERO, J., *La seguridad nacional en España, Un enfoque geoestratégico*, Tirant Humanidades, Valencia, 2017, pp. 53-98.

⁶ Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

⁷ A saber que en el SECA se insertaban ya otros instrumentos legislativos comunitarios en vigor, entre los cuales: el Sistema Schengen (Acervo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, *D.O.U.E.*, L 239, 22 septiembre de 2000, pp. 19-62), y el Sistema Dublín. Éste último ha sido desarrollado a partir del Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (*D.O.U.E. Serie C 254*, 19 de agosto de 1997, p. 1-12), por el Reg. 343/2003 (*D.O.U.E. Serie L 50/1*, de 25 de febrero de 2003) y, finalmente, el Reglamento de Dublín, Reg. 604/2013 (*D.O.U.E. Serie L 180/31*, de 29 de junio 2013).

⁸ La primera etapa se caracterizó por la aprobación de la Directiva de protección temporal, D. 55/2001/EC (*D.O.U.E. Serie L 212/12*, de agosto de 2001); la Directiva de acogida, D. 2003/9/EC (*D.O.U.E. Serie L 31/18*, de 6 de febrero de 2003); la Directiva de calificación, D. 2004/83/EC (*D.O.U.E. Serie L 304/12*, de 30 de septiembre de 2004) y la Directiva sobre procedimiento, D. 2005/85/EC (*D.O.U.E. Serie L 326/13*, de 13 de diciembre de 2005). Conforme a la segunda fase entraron en vigor: el Texto refundido de la Directiva de acogida, D. 2013/33/EU (*D.O.U.E. Serie L 180/96* de 29 de junio de 2013); el Texto refundido de la Directiva de calificación, D. 2011/95/EU (*D.O.U.E. L 337/9*, de 20 de diciembre de 2011) y el Texto refundido de la Directiva sobre procedimiento, D. 2013/32/EU (*D.O.U.E. Serie L 180/60*, de 29 de junio de 2013).

Europea de Migración de 2015⁹. Esta vez, sin embargo, ya no estaríamos ante un mecanismo de *soft law*, sino ante normas directamente vinculantes para los Estados miembros: en otras palabras, Reglamentos¹⁰. Estas consideraciones resultan particularmente útiles frente a las lagunas existentes en la normativa Europea en materia de protección internacional actualmente en vigor¹¹ y, en concreto, en la Directiva Procedimiento.

La metodología que se ha utilizado en el presente artículo mezcla su evidente alcance práctico con una propuesta *de lege ferenda*. En primer lugar, se realizará una crítica constructiva de la actual interpretación jurisprudencial del derecho a un recurso efectivo, intentando subsanar los continuos fallos interpretativos de la Directiva Procedimiento. En segundo lugar, estudiaremos cómo la Directiva Procedimiento ha sido transpuesta por el ordenamiento jurídico español y, en concreto, analizaremos el “régimen especial de Ceuta y Melilla”, previsto por la Disposición Adicional núm. 10 (DA 10) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX)¹². En el tercer epígrafe nos detendremos en análisis del asunto *N.D. y N.T. c. España*, *supra* mencionado, y comprobaremos si es que la actual interpretación del TEDH del art. 13 del CEDH puede considerarse, o no, garantizadora del derecho fundamental a un recurso efectivo.

Finalmente, y sobre la base de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Europea de Migración*, COM (2015) 240 final, 13 de mayo de 2015.

¹⁰ Las Directivas de la UE se caracterizan por ser un “instrumento de resultado”. Es decir, un instrumento respetuoso de cada ordenamiento jurídico estatal que permite a los Estados miembros adoptar medidas armonizadoras de diferente naturaleza. Sin embargo, en ningún caso las leyes internas estatales podrían ir en contra del derecho comunitario, ni del sistema internacional de protección de los derechos humanos (en ese sentido *vid.* sentencia de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, asunto C-275/06, EU:C:2008:54, párr. 68).

¹¹ Sobre la «involución» del SECA, *vid.* GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la «crisis de los refugiados»)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56, 2017, pp. 27-75.

¹² Ley Orgánica, 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *B.O.E.* núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, p. 104986-105031.

del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE¹³ (Propuesta de Reglamento), se intentará elaborar una propuesta normativa que permita que la próxima regulación europea y, por consiguiente, nacional sea más respetuosa con el sistema internacional de protección de los derechos humanos (DDHH).

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO EFECTIVO EN LA DIRECTIVA PROCEDIMIENTO.

El derecho fundamental a un recurso efectivo representa el grado de tutela máximo entre todas las garantías procesales acordadas por nuestro ordenamiento jurídico. Descendiente próximo del derecho a una “tutela judicial efectiva”¹⁴, su alcance ha venido ampliándose notablemente: desde el derecho de acceso a la justicia (o dimensión subjetiva) hasta el derecho a la tutela jurisdiccional eficiente (o dimensión objetiva)¹⁵. En el ordenamiento jurídico español, este derecho está consagrado en el art. 24 de la Constitución: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión¹⁶». Sin embargo, no podemos olvidar que en un sistema de protección multinivel de los derechos, cual es el nuestro, el alcance del artículo 24 es mucho más amplio¹⁷. El propio art. 10. 2 de la CE, dispone que la

¹³ COM/2016/0467 final - 2016/0224 (COD).

¹⁴ Vid. FIGUERUELO BURRIEZA, Á., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 41 y ss.

¹⁵ Vid. IMBRUGLIA, D., «La giurisdizione civile», en GIANNITI, P., *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, Trento, 2015, pp. 1564-1566.

¹⁶ El concepto jurídico de “indefensión” recogido en el art. 24 nos resulta particularmente interesante, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva será violado, no solamente en el caso de una completa denegación del derecho, sino también cuando éste haya sido restringido indebidamente.

¹⁷ Vid. entre otros: PASTOR RIDRUEJO, J.A., «La interrelación de los sistemas de protección de los derechos fundamentales», en ÁLVAREZ CONDE, E., y GARRIDO MAYOL, V., (dir.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1653-1667 y MUÑOZ MACHADO, S., «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales de la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, Madrid, 2015, pp. 195-230.

interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales deberá ajustarse a los tratados y convenios internacionales que España haya ratificado¹⁸. Por esta razón, en el ordenamiento jurídico español, la interpretación del derecho fundamental a un recurso efectivo dependerá, en última instancia, de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. En concreto, en el ámbito comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) son los órganos judiciales más influyentes¹⁹.

En el ámbito del Derecho de extranjería y, en nuestro caso, del Derecho a la protección internacional, el derecho a un recurso efectivo asume una connotación muy peculiar²⁰. Desde la doctrina, se ha comprobado como la “tutela efectiva” está íntimamente vinculada al derecho del nacional no-comunitario a “permanecer en el territorio del Estado”²¹. Es evidente como la ejecución de una orden de devolución o expulsión sancionadora contra el extranjero, mientras tanto esté pendiente un recurso o juicio a su cargo, implica el menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, del derecho a un recurso efectivo. Esa violación se agudiza incluso más

¹⁸ Fundamentalmente: el art. 8 de Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos (A/RES/217/(III) D) recogida formalmente en el art. 10.2 de la CE; el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civile y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (Serie Tratados de Naciones Unidas, vol. 999, p. 171 y vol. 1057, p. 407) ratificado por España el 27 de abril de 1977 (B.O.E. núm. 103, de 30 de abril 1977, pp. 9337-9343); el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (D.O.U.E., Serie 362, de 18 de Diciembre de 2000) vinculante para todos los Estados miembros (B.O.E. núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 389-403), y el art. 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950) ratificado por España el 4 de octubre de 1979 (B.O.E. núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570).

¹⁹ Desde la doctrina puede verse PÉREZ VERA, E., «La problemática adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., y PETIT DE GABRIEL, E.W., (coord.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 57-72 y LIÑAN NOGUERAS, D.J., «Los efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Derecho español», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, Madrid, 2015, pp. 195-230.

²⁰ Es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (B.O.E. núm. 10, de 12 de enero de 2000), la que consagra de forma expresa la titularidad de ese derecho por parte de los extranjeros (art. 20.1). A tal efecto, recordamos que, solamente tras la intervención del Tribunal Constitucional, al extranjero se le han podido reconocer, por lo menos, aquellos derechos fundamentales dirigidos a la tutela de la dignidad humana (*vid.*, entre otros, Tribunal Constitucional, sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, párr. 3 y ss.).

²¹ *Vid.* RENEMAN, A.M., *EU Asylum procedures and the right to an effective remedy*, Hart Publishing, Croydon, 2014.

respecto a los solicitantes de protección internacional: estamos pensando en el principio inderogable del *no refoulement*²². Esta prohibición, dirigida en primer lugar a los Estados, condena cualquier devolución de personas, directa o indirecta, hacía un país en el que éstas pudieran sufrir un grave atentado al derecho a la vida y a la integridad psicofísica. Está claro, entonces, que el solicitantes de protección internacional, que precisamente denuncia haber sufrido o tener el riesgo de sufrir tales menoscabos, *a fortiori* debe verse reconocido el derecho a permanecer en el territorio del Estado competente. Por consiguiente, debemos entender que, mientras tanto se esté valorando si reconocer o no la protección internacional a un solicitante, cualquier orden de devolución o expulsión debe ser momentáneamente suspendida. Aunque esta posición no sea tan clara en la jurisprudencia del Tribunal Supremo²³, el TJUE y el TEDH vienen reiterando ese principio. Es el caso del asunto *Arslan*²⁴, por ejemplo, donde el TJUE afirmó que el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado podía ser derogado solamente en las hipótesis tasadas previstas por la normativa de la UE²⁵. De este modo, al Señor Arslan, nacional turco solicitante de protección internacional en la República Checa, no se le podía considerar inmigrante

²² WOUTERS, K., considera ese principio «la columna vertebral» del estatuto de refugiado, tanto que los dos conceptos se volverían inter-dependientes (WOUTERS, K., *International Legal Standards from the protection from Refoulement*, Intersentia, Antwerp, Oxford y Portland, 2009, p. 34). La prohibición del *refoulement* está consagrada en numerosos instrumentos internacionales: a partir del art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 (Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, Serie Tratados de Naciones Unidas, núm. 2545, vol. 189, p. 137); el art. 33, co.1, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 26 de junio de 1984 (Series Tratados de Naciones Unidas, vol. 1465, p. 85) y los arts. 6 y 7 del el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (*vid. sub* nota 20). El alto nivel de consentimiento sobre la interpretación de éste principio por parte de la Comunidad Internacional, ha hecho que la prohibición del *refoulement* se considere como norma vinculante de *ius cogens* internacional (*Vid.* LENZERINI, F., *Asilo e diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2009).

²³ *Vid.* Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sec. III, 1634/2016, de 15 de febrero; Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sec. III, sentencia 2752/2013, de 12 de marzo; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sec. III, sentencia 7016/2013, de 25 de octubre y Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sec. III, sentencia 2193/2011, de 18 de marzo.

²⁴ Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Mehmet Arslan*, asunto C-534/11, EU:C:2013:343, párr. 48-49.

²⁵ En aquel momento el art. 6 de la Directiva 2005/85/EC, del Consejo de 2 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o reiterar la condición de refugiado, *D.O.U.E.* Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005.

ilegal, ni se le podía aplicar la Directiva de Retorno²⁶. Y, más importante todavía, es la posición del TEDH que, en el asunto *A.C. y otros c. España*, ha vuelto a afirmar que el solicitante de protección internacional tiene derecho de «acceso a un recurso de carácter suspensivo de pleno derecho²⁷». El TEDH se refiere de manera expresa a una «denegación de justicia» cuando en un ordenamiento jurídico, como es el caso de España²⁸, está previsto que la suspensión de la orden de expulsión del solicitante se determine antes de la decisión de fondo y caso por caso²⁹.

Estas consideraciones son *condicio sine qua non* para analizar en qué medida la Directiva Procedimiento garantiza el derecho a un recurso efectivo. A pesar de que ese instrumento jurídico mencione en varios apartados el derecho del solicitante de protección internacional a un recurso efectivo, su explícita consagración se recoge en el art. 46. En éste, se establece la tutela a un recurso efectivo “ante un órgano jurisdiccional” (art. 46.1). Sin embargo, se trata de una protección parcial: la norma no afirma la protección del derecho a un recurso efectivo *tout court*, sino que desarrolla un listado de supuestos concretos en los que ese derecho humano fundamental no puede ser violado. Además, la tutela del derecho se restringe aún más según se trate de un recurso ante un órgano de primera instancia o ante un órgano superior. De hecho, mientras que en su apartado 3, el art. 46 garantiza « [...] el examen completo y *ex nunc* tanto de los

²⁶ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *D.O.U.E.* Serie L 348/98, de 24 de diciembre de 2008.

²⁷ *A.C. and others v. Spain*, (merits and just satisfaction), núm. 6528/11, § 87-88, 2014. Para un análisis *vid.* SAN MARTÍN ONTORIA, A.B., «Derecho a un recurso efectivo y con efecto de suspensión automática en el ámbito del TEDH: La sentencia del 22 de abril de 2014, asunto A.C. y otros contra España», en PASTOR PALOMAR, A., (dir.), *Temas relevantes de Derecho Internacional público ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 2016, pp. 87-96.

²⁸ En concreto, es el art. 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *B.O.E.* núm 167, de 14 de julio de 1998 (LJCA) el que establece la posibilidad de que el juez adopte, bajo petición de la parte interesada, una medida cautelarísima con efecto suspensivo. Esta decisión es, entonces, muy discrecional: así lo avala el mismo Tribunal Supremo, el cual viene afirmando que su aplicación dará lugar a un juicio ponderado entre el interés público del Estado y los “daños y perjuicios de reparación imposible” (*vid. sub nota* núm. 25).

²⁹ *A.C. and others v. Spain*, (merits and just satisfaction), núm. 6528/11, § 94, 2014.

hechos como de los fundamentos de Derecho [...] al menos en los recursos ante un juzgado o tribunal de primera instancia», sucesivamente, en el apartado 5, la norma es mucho más vaga, al establecer que «[...] los solicitantes permanez[can]erán en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro del plazo, en espera del resultado del recurso». Esta válvula de escape ha permitido que los Estados miembros, hasta el día de hoy, no garanticen el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado mientras tanto no haya obtenido una decisión firme sobre el fondo del asunto. Por lo contrario, asistimos a continuas devoluciones/expulsiones contrarias a la tutela de los derechos humanos de los extranjeros y, en concreto, son numerosísimas las infracciones estatales contra el derecho fundamental a un recurso efectivo.

Por esas razones, la interpretación que, hasta ahora, se ha otorgado al art. 46 de la Directiva Procedimiento no puede considerarse satisfactoria al amparo del sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales. No solo porque viola la tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo, sino también porque ni siquiera cumple con el principio de efectividad de protección de los derechos, consagrado por la UE³⁰. Lamentablemente, ese incumplimiento por parte del legislador europeo sigue perseverando en la Propuesta de Reglamento. El art. 53, sobre el “Efecto suspensivo del recurso” prevé que «Los Estados miembros permitirán al solicitante permanecer en su territorio mientras se resuelve el procedimiento mediante el cual se decide si el solicitante puede o no permanecer en el territorio. Esta resolución debe dictarse en un plazo de un mes desde la presentación del recurso» (apartado 4). Esa violación de derechos ha sido detectada también por el Consejo Europeo sobre Refugiados y

³⁰ El principio de efectividad implica que la protección sea efectiva cuando no sea imposible ni demasiado onerosa para el solicitante (*vid.* sentencia de 11 de septiembre de 2003, *Safalero srl*, asunto C-13/01, EU:C:2003:447, pág. 49).

Exilados³¹ (CERE), cuya opinión consideramos la solución más correcta. El CERE afirma con insistencia que cuando los ordenamientos prevén que la demanda de suspensión de la orden de devolución/expulsión sea presentada ante una instancia de forma específica, se está produciendo un quebrantamiento del principio de economía procesal. En estos casos, estima, el asunto es analizado dos veces, con lo cual el sistema se sobrecarga de manera dúplice, en perjuicio tanto del recurrente como del tribunal evaluador. En conclusión, la política legislativa comunitaria seguirá perseverando en una indiferencia casi total de la protección efectiva de los derechos humanos de los solicitantes de protección internacional.

3. LA “TRANSPOSICIÓN” DE LA DIRECTIVA PROCEDIMIENTO EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL: EL CASO DE LOS RECHAZOS EN FRONTERA EN CEUTA Y MELILLA.

La Directiva Procedimiento prevé varios mecanismos que permiten agilizar y acelerar el procedimiento de examen de las solicitudes de protección internacional que podríamos definir “estándar”. Entre ellos, se contempla la posibilidad de que los Estados miembros incorporen en su normativa interna procedimientos simplificados, con plazos más breves, en caso de solicitudes «infundadas o por motivos graves de seguridad nacional o orden público» (considerando núm. 20). El legislador español ha optado legítimamente por la previsión de cauces procesales acelerados en nuestra normativa interna. En España, el procedimiento de presentación y evaluación de una demanda de protección internacional está regulado, en principio, por la Ley Orgánica 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección

³¹ *Vid.* CERE Comments on the Commission Proposal an Asylum Procedures regulation, COM(2016)467, noviembre 2016, p. 67, disponible al siguiente enlace: https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/11/ECRE-Comments-APR_-November-2016-final.pdf (última consulta al 20 de febrero de 2018).

subsidiaria (Ley de Asilo)³². Además, se establecen normas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³³ (LOEX)³⁴ y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)³⁵. En concreto, el sistema de protección internacional en España ha sido desarrollado a través de dos cauces procesales: uno en territorio³⁶ y otro en frontera³⁷. La polémica actual alrededor de la existencia de un doble procedimiento, se agudiza si miramos a la frontera sur entre España y Marruecos, hacia las ciudades de Ceuta y Melilla. A falta de una regulación clara y exhaustiva al respecto, los dos cauces se confunden y son prácticamente intercambiables³⁸.

³² Ley 12/2009, de 31 de octubre de 2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *B.O.E.* núm. 263, de 31 de octubre de 2009, p. 17242. A saber que, en realidad, la Ley de Asilo actualmente en vigor en España sigue siendo transposición de la Directiva Procedimiento antigua (la Directiva 2005/85/EC, del Consejo de 2 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o reiterar la condición de refugiado, *D.O.U.E.* Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005), ya que el legislador español no ha incorporado todavía su texto refundido. Sin embargo, la Directiva Procedimiento ya tiene plena fuerza vinculante por los Estados miembros, con lo cual, ésta puede ser considerada un válido parámetro de legitimidad en nuestro debate. Sobre la naturaleza de las Directivas de la UE, *vid.* MILLÁN MORO, L., «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 3, 1991, pp. 845-879.

³³ Ley Orgánica, 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *B.O.E.* núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, p. 104986-105031.

³⁴

³⁵ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas al procedimiento de protección internacional, *B.O.E.* núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pp. 89343-89410.

³⁶ El art. 17 de la Ley de Asilo prevé que la admisibilidad de la demanda será analizada dentro de los treinta días siguientes a partir de su presentación. En el caso de inadmisibilidad, la demanda podrá recurrirse por reposición en el plazo ordinario de un mes, o bien, por la vía del Contencioso Administrativo en los siguientes dos meses. En el caso de que sea admitida a trámite, el Ministerio del Interior dictará una decisión sobre el fondo en los seis meses siguientes como muy tarde.

³⁷ El art. 21 de la Ley de Asilo establece que cuando una persona extranjera presente su solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo, el Ministerio del Interior resolverá sobre su inadmisibilidad, admisibilidad o denegación (cuando manifiestamente infundada) en el plazo de cuatro días hábiles. La decisión podrá ser reexaminada, a petición del interesado en el plazo, de dos días; en el mismo tiempo, el Ministerio del Interior dictará su decisión definitiva que, cuando sea negativa, será recurrible por reposición en un mes y, por la vía del Contencioso-Administrativo, en dos meses.

³⁸ En ese sentido, la Audiencia Nacional afirma la no adecuación de la aplicación del procedimiento en frontera, a favor del procedimiento en territorio, en el caso de una demanda de protección internacional de un nacional marroquí ya que, a pesar de que éste había manifestado la intención de presentar su solicitud en el puesto fronterizo de Beni-Enzar, la demanda fue formalizada en el CETI de Melilla (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. VIII, 208/2017, de 24 de abril). Por lo contrario, el tribunal afirma la aplicación del procedimiento de urgencia fronterizo a

Sin embargo, la designación de uno u otro procedimiento es muy importante. De hecho, el procedimiento en frontera resulta menos favorable que el del territorio, ya que la rapidez con la que se desarrolla puede dejar desprotegidos varios derechos del solicitante de protección internacional y, en concreto, su derecho a un recurso efectivo³⁹. El legislador comunitario deja claro que, independientemente del tipo de procedimiento que se aplique, en ningún caso se podrá afectar al «[...] examen adecuado y completo de la solicitud», ni se deberá perjudicar el «acceso efectivo [...] a los principios y garantías fundamentales» (considerando núm. 20). En concreto, la Directiva Procedimiento se dirige a aquellos funcionarios que, por trabajar en las fronteras externas de la UE y ser la primera toma de contacto de los nacionales de terceros países, deben recibir «la información oportuna y la formación adecuada» sobre cómo reconocer y tratar solicitudes de protección internacional (considerando núm. 26). A esas personas, continúa, deberán informarles sobre dónde y cómo presentar sus solicitudes y, aún cuando no hayan accedido al territorio del Estado miembro, sus demandas serán examinadas por un procedimiento de admisibilidad y/o examen del fondo (considerando núm. 38). Es evidente como ninguna de esas garantías se protege en las fronteras de Ceuta y Melilla, especialmente en los famosos supuestos de “rechazos en fronteras”. Estamos hablando de una práctica consolidada que ha sido incorporada desde hace poco en la LOEX, Disposición Adicional núm. 10 (DA 10), tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de Seguridad

un nacional marroquí que había solicitado protección internacional en el mismo puesto fronterizo Beni-Eznar en Melilla, pero después de diez días de su entrada: en el FJ 4, la Audiencia Nacional afirma de forma explícita que «el solicitante se encuentra en España desde hace el 26 de diciembre de 2015 y la solicitud no se habría formalizado hasta el 5 de enero de 2016» (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. II, de 8 de junio de 2017).

³⁹ Vid. RENEMAN, M., «Speedy Asylum Procedures in the EU: Striking a Fair Balance Between the Need to Process Asylum Cases Efficiently and the Asylum Applicant's Right to an Effective Remedy», *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, núm. 4, pp. 717-748.

Ciudadana⁴⁰. La norma prevé que: «los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de 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». A través del establecimiento de una regla totalmente contraria al sistema de protección de derechos, el legislador español está legitimando devoluciones/expulsiones “en caliente” por parte de las autoridades españolas fronterizas.

Más detalladamente, podemos comprobar que ese “régimen especial”, designado por la DA 10 de la LOEX, no cuenta con desarrollo normativo específico alguno⁴¹. En eso difiere, por ejemplo, del procedimiento de devolución regulado en el art. 58. 3 de la LOEX y en el art. 23 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (RLOEX)⁴². Por estas razones, debemos concluir que el procedimiento deja completamente desprotegido el derecho a la tutela judicial efectiva en todas sus manifestaciones: el derecho a verse notificada la resolución de expulsión de forma motivada y por escrito; el derecho a ser informado sobre las vías de recursos accesibles; el derecho a la asistencia letrada y, finalmente, el derecho a que se adopte una medida cautelar de suspensión de la orden de expulsión⁴³. La situación es más grave si tenemos en cuenta que esas devoluciones pueden afectar a los solicitantes de protección internacional. El procedimiento de rechazo en frontera de la DA 10 de la

⁴⁰ Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana, *B.O.E.* núm. 10, de 12 de enero de 2000.

⁴¹ La DA, en su último apartado, prevé que «Las solicitudes de protección internacional [...] se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional». Sin embargo, todavía no se le ha dado ningún desarrollo reglamentario.

⁴² Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento, *B.O.E.* núm. 103, de 30 de abril de 2011. *Vid.* RUIZ SUTIL, C., «El rechazo en frontera o la denominada “Devolución en caliente” y su regulación en la LOEX», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/2, 2016, pp. 329-336.

⁴³ Para un análisis profundo sobre las violaciones de derechos consecuentes a las “devoluciones en caliente” *vid.* MELERO ALONSO, E., «El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las “expulsiones en caliente”: un supuesto de derecho administrativo del enemigo», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 174/2015, parte Jurisprudencia.

LOEX no permite, de ninguna manera, identificar a las personas extranjeras que tienen derecho al reconocimiento de la protección internacional. Aumenta, por tanto, notablemente el riesgo de que, en caso de expulsión, el extranjero pueda sufrir perjuicios irreparables en violación de su derecho a la vida y a la integridad psicofísica. Además, es probable que el Estado español incurra aún más en la violación del art. 4 del Protocolo número 4 del CEDH, en concreto, la prohibición de devoluciones masivas⁴⁴. No obstante, debe recordarse que esto no es nuevo. La DA 10 de la LOEX nos es sino un mero factor agravante de las expulsiones practicadas en la frontera sur entre España y Marruecos, porque llega a justificar un fenómeno de por sí antiguo. Ya a partir del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992⁴⁵, el Estado español se preocupó de regular los denominados “asaltos a las vallas” a través de la firma de un Convenio de readmisión de nacionales de terceros países que hubieran entrado ilegalmente en su territorio. Sin embargo, y aquí la novedad, es la LOEX el fundamento jurídico de esas “devoluciones en caliente”. Es la Ley la que establece en qué supuestos el nacional extranjero puede estar sujeto a una salida coactiva, y es la Ley la que arbitra un “régimen especial” de rechazo en frontera cuando se intente «superar los elementos de contención fronterizos»⁴⁶. Nuestra crítica sobre la DA 10 de la LOEX, puede concluirse subrayando la reiteración del respeto de la normativa internacional de DDHH y de protección internacional por parte de España, en su apartado segundo. Este inciso es redundante y superfluo, ya que está previsto por la propia CE, en su art. 10. 2. De hecho, a pesar de esas consagraciones, España sigue

⁴⁴ Protocolo núm. 4 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, referencia CETS núm. 046. En ese sentido *vid.* ESPINELLA MÉNENDEZ, Á., «Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/2, 2016, pp. 321-328.

⁴⁵ Aplicación provisional del Acuerdo entre Reino de España y Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1991, *B.O.E.* núm. 100, de 25 de abril de 1992, pp. 13969-13970.

⁴⁶ *Vid.* Equipo I+D+I IUSMIGRANTE (DER2011-26449), “Expulsiones en caliente”: cuando el estado actúa al margen de la Ley”, Informe Jurídico, de 27 de junio de 2014, en Repositorio de la producción académica en abierto de la UCM.

violando el sistema europeo e internacional de protección de los derechos fundamentales. Así lo denunció el TEDH el pasado 3 de octubre de 2017, en el asunto *N.D. y N.T. c. España*⁴⁷, al condenar al Estado español por violación de los arts. 3, 13 del CEDH y del art. 4 del Protocolo núm. 4. A pesar de eso, debemos valorar positivamente la previsión normativa del apartado tercero de la DA 10, donde se establece, por fin, la creación de «lugares habilitados» para la formalización de las solicitudes de protección internacional en los pasos fronterizos. Formalización que, como ya hemos subrayado anteriormente⁴⁸, no siempre se cumple *en situ*. Es importante recordar que hasta el año 2014, ninguna solicitud de protección internacional había podido ser presentada en los puestos fronterizos de Tetuán y Nador, las dos ciudades marroquíes que separan Ceuta y Melilla respectivamente. Aunque el acceso de muchos nacionales subsaharianos a dichas oficinas sigue siendo obstaculizado por las autoridades marroquíes, su apertura representa un reto importante si atendemos al aumento significativo de presentación de solicitudes de protección internacional⁴⁹.

En el próximo epígrafe analizaremos la última sentencia dictada contra España por el TEDH, la *N.D. y N.T. c. España*, mencionada *supra*: por un lado, intentaremos dilucidar si la interpretación del art. 13 por parte del TEDH sigue dejando desprotegido el derecho fundamental a un recurso efectivo del solicitante de protección internacional; por otro lado, valoraremos el hecho de que el TEDH se haya pronunciado por primera vez, aunque de forma indirecta, sobre el derecho de “acceso” a un recurso efectivo a raíz del régimen especial de la DA 10 de la LOEX.

⁴⁷ Así lo demuestran algunos autores españoles que ya preanunciaban su importancia antes de que el TEDH dictase su fallo (*vid.* ENÉRIZ OLAECHEA, J., «El rechazo en las fronteras de Ceuta y Melilla. Alcance de la Disposición Adicional Décima de La Ley Orgánica de Extranjería», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2017).

⁴⁸ *Vid. sub nota* núm. 39.

⁴⁹ *Vid.* VALLES FERRERO, M., «¿Vallas al asilo? Apuntes sobre el sistema de protección internacional en España», *Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016*, www.cidob.org, pp. 226-245.

4. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LA SENTENCIA *N.D. Y N.T. C. ESPAÑA*.

Antes de adentrarnos en el análisis concreto del asunto *N.D. y N.T. c. España*, y demostrar de qué modo el Estado español ha infringido el sistema de protección de los derechos humanos, en concreto el art. 13 del CEDH, es imprescindible mencionar cuales fueron los hechos que han dado lugar a esa sentencia. Un nacional marfileño y un nacional maliense que entre 2012 y 2013 se encontraban en el campamento “no oficial” de inmigrantes del monte Gurugú, cerca de la frontera con Melilla, el 13 de agosto de 2013 entraron en España junto a un grupo de subsaharianos, superando el sistema de las tres vallas en la frontera de Melilla. Fueron esposados y, en seguida, devueltos a Marruecos. No fueron identificados, entrevistados, ni se les ofreció asistencia de ningún tipo: médica, legal, ni tan siquiera de un traductor. Desde Nador fueron conducidos a Fez (Marruecos), donde, de nuevo se les denegó asistencia médica, y allí abandonados. Los días 9 y 23 de diciembre de 2014, N.D. y N.T. volvieron a entrar en España cruzando la frontera en Melilla. Se decretó para ambos una orden de expulsión y abandonaron forzosamente el territorio español el 31 de marzo y el 23 de febrero de 2015, respectivamente. Solamente el primero, el recurrente N.D., presentó demanda de protección internacional, petición que, evidentemente, le fue denegada. Las argumentaciones que el TEDH aporta para llegar finalmente a condenar al Estado español, resultan fundamentales para nuestro análisis sobre la interpretación del art. 13 del CEDH. De hecho, en la sentencia *N.D. y N.T. c. España*, podemos resaltar al menos dos aspectos novedosos que marcan un paso adelante respecto a la jurisprudencia hasta ahora existente en materia de protección internacional. Por un lado, al tratarse de un rechazo en frontera regulado por la DA 10 de la LOEX, el TEDH se ha enfrentado, por

primera vez, al denominado “régimen especial de Ceuta y Melilla”; y, por otro, el TEDH condena a España ex art. 13 del CEDH, no por haber denegado el derecho de los recurrentes a un recurso efectivo, como había hecho hasta este momento, sino que sanciona la violación del derecho a acceder a algún tipo de recurso.

La sentencia *N.D. y N.T. c. España* representa uno de los pocos supuestos en los que el TEDH interpreta la Directiva Procedimiento 2013/32/UE. El Tribunal de Estrasburgo ha venido fundamentando sus sentencias en materia de protección internacional basándose en otras fuentes comunitarias: la Directiva Retorno 2008/115/CE⁵⁰ y la Directiva Procedimiento de 2005/85/CE⁵¹. Ese matiz es importante y nos remite a la problemática cuestión de la inaplicación de la Directiva de Retorno por España en la frontera meridional con Marruecos. De hecho, la Directiva de Retorno, que no ha sido ni será objeto de nuestro estudio, permite a los Estados miembros no aplicarla a los nacionales de terceros países que, como ocurre en las vallas de Ceuta y Melilla, sean «detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas»⁵². Esa Directiva fue utilizada en otro asunto reciente y muy importante: la sentencia *Khlaifia y otros c. Italia*. Dicha decisión versaba sobre un grupo de nacionales tunecinos que, tras haber sido rescatados en el Mar Mediterráneo por las autoridades italianas, fueron detenidos en el Centro de Socorro y Primera Acogida (CSPA) de Lampedusa, trasladados y maltratados en los buques italianos atracados en Palermo y, finalmente, repatriados a Túnez. Devolución amparada por el Acuerdo bilateral italo-tunecino de 5

⁵⁰ Vid. *Khlaifia and others v. Italy*, (merits and just satisfaction), núm. 16483/12, ECHR, § 41, 2016.

⁵¹ Vid. *A.C. and others v. Spain*, (merits and just satisfaction), núm. 6528/11, ECHR, § 59, 2014 donde el TEDH se remitió al asunto *I.M. v. France*, (merits and just satisfaction), núm. 9151/09, ECHR, § 75, 76 y 82, 2012.

⁵² Para un análisis sobre la Directiva Retorno vid. FAJARDO DEL CASTILLO, T., «La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 13, núm. 33, pp. 453-499.

de abril de 2011⁵³. A pesar de la diferente fuente normativa que subyace a los dos supuestos mencionados, en el caso *N.D. y N.T. c. España* la Directiva Procedimiento y en *Khlaifia y otros c. Italia* la Directiva Retorno, las dos sentencias están estrechamente vinculadas: el propio TEDH en el asunto *N.D. y N.T. c. España* toma el caso *Khlaifia y otros c. Italia* como punto de referencia para su análisis. Sin embargo, no debemos olvidar que los dos pronunciamientos se desarrollan a raíz de legislaciones distintas, debido a la imposibilidad de aplicar la Directiva Retorno en el caso español. Este matiz conlleva una interpretación diferente del art. 13 del CEDH.

Para poder entender en qué medida el TEDH con la reciente condena española aporta un avance en su jurisprudencia y adentrarnos, entonces, en el análisis del derecho a un recurso efectivo del art. 13, es necesario partir de la siguiente premisa: el CEDH no declara en su art. 13 la tutela *tout court* del derecho a un recurso efectivo, sino que afirma el derecho a la «concesión de un recurso efectivo» cuando haya sido violado un derecho o libertad reconocido en el propio CEDH o en sus Protocolos. El TEDH jamás ha condenado a un Estado por violación del art. 13 del CEDH de por sí. El TEDH siempre lee la violación del derecho a un recurso efectivo en relación con otro derecho amparado por el CEDH⁵⁴. De hecho, en el asunto *N.D. y N.T. c. España*, los recurrentes denuncian la violación del art. 13 del CEDH puesto en relación con el art. 4 del Protocolo núm. 4. En concreto, lamentan no haber podido impugnar mediante un recurso eficaz, con efecto suspensivo, su rechazo inmediato a Marruecos ni haber podido identificarse y alegar sus circunstancias individuales. En su argumentación, el

⁵³ El texto no ha sido publicado. El Ministerio de Asuntos Interiores italiano ha colgado un comunicado, muy sucinto, sobre el contenido de dicho Acuerdo en la página web de la Farnesina, disponible al siguiente enlace: https://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/approfondimenti/2011/04/20110406_accordo_italia_tunisia.html (último acceso al 23 de febrero de 2018).

⁵⁴ En el ámbito de la protección internacional destacan, en primer lugar, la prohibición a la tortura y el derecho a la vida consagrados en los arts. 3 y 2 y, subsidiariamente, el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 de la CEDH (vid. *Souza Ribeiro v. France*, (merits and just satisfaction), núm. 22689/07, § 83, ECHR, 2012).

TEDH recuerda que el carácter suspensivo del recurso depende de la existencia de un perjuicio irreversible, tal y como sería una violación de los arts. 2 y 3 del CEDH (párr. 115)⁵⁵. Los Estados, continúa, no tienen la obligación absoluta de garantizar un remedio suspensivo, pero deben «permitir a la persona impugnar la decisión de expulsión obteniendo un examen detenido de sus reclamaciones». El TEDH considera que, por un lado, el CEDH garantiza el derecho de todas las personas a recurrir ex art. 13, siempre y cuando se impugne de forma conjunta la violación de otro derecho protegido por el CEDH; por otro lado, el mismo art. 13 no garantiza de forma absoluta el carácter suspensivo del recurso, a no ser que se pueda ocasionar un perjuicio irreversible, como sería el caso de la violación de los arts. 2 y 3 del CEDH.

El razonamiento del TEDH, aparentemente impecable, aguanta hasta que no nos encontremos ante un solicitante de protección internacional. En tal caso, el perjuicio irreversible al que se refiere el Tribunal es intrínseco a la demanda de protección internacional. Con la propia solicitud el extranjero nos está diciendo que, si fuera devuelto a su país de origen o al país de procedencia, sufriría un grave perjuicio contra su vida e integridad psicofísica. A lo que ha de añadirse que, como consecuencia de ello, el Estado estaría infringiendo el principio del *no refoulement*. Por estas razones, debemos avanzar nuestra primera crítica contra el TEDH con respecto a la interpretación que realiza, o mejor sigue realizando, del art. 13 del CEDH. Una vez más, en la sentencia *N.D. y N.T. c. España*, la argumentación del TEDH sobre la suspensión automática del recurso sigue siendo incompleta e insatisfactoria. Pues esta interpretación del art. 13 no es conforme al sistema de tutela de derechos en materia de

⁵⁵ Eso a pesar de la incorrecta formulación de la petición de las partes recurrentes: § 112 «Los demandantes sí estiman que, en caso de una violación del artículo 4 del Protocolo no 4, las vías de recurso disponibles deben tener un efecto suspensivo automático para que puedan ser consideradas como efectivas con arreglo al artículo 13 del Convenio». Es incorrecta porque el art. 4 del Protocolo núm. 4 del CEDH establece la prohibición absoluta de las expulsiones colectivas, con independencia de que pueda verse afectada la prohibición del *refoulement*. El riesgo de que se vea afectado el derecho a la vida y el derecho a la integridad psicofísica del extranjero, está vinculada al hecho de que el recurrente es solicitante de protección internacional y no a la expulsión en sí.

protección internacional. En concreto, el art. 46 de la Directiva Procedimiento, que como hemos visto es la norma reguladora del derecho a un recurso efectivo en el supuesto específico del procedimiento de demanda de protección internacional, debería ser interpretado de la forma más garantizadora posible. Consideramos que al solicitante de protección internacional, en cuanto tal, debe reconocerse el derecho fundamental a un recurso efectivo con efecto suspensivo automático⁵⁶. En caso contrario, estaríamos vaciando de contenido la protección predispuesta por el 46 de la Directiva Procedimiento y, por eso, se violaría el art. 13 del CEDH. Por todo ello, entendemos que ese derecho debería otorgarse con independencia de que se compruebe luego una violación de los arts. 2 y 3 de la CEDH. El derecho a un recurso efectivo debe ser dotado de su propia independencia y autonomía, para que pueda ser garantizado efectivamente. Al margen de esta interpretación crítica en contra del TEDH, hay que reconocerle un mérito importante. Y es que el TEDH afirma que el derecho a un recurso efectivo se viola, no solamente ante la imposibilidad concreta de impugnar un recurso, sino también por la imposibilidad de acceder a dicho recurso. Es llamativo, entonces, como en la sentencia *N.D. y N.T. c. España* la cuestión de la suspensión de la orden de devolución/expulsión de pleno derecho asuma una relevancia secundaria. El TEDH resalta que los recurrentes ni siquiera habían podido acceder al recurso, sino que habían sido rechazados de forma inmediata, sin haber sido ni identificados ni entrevistados (§ 120)⁵⁷. Ese “rechazo de forma inmediata”, no es otra cosa sino el “rechazo en frontera”

⁵⁶ En ese sentido *vid.* las conclusiones del Ab. General Yves Bot (sección contencioso-administrativa del Consejo de Estado, Países Bajos) en su petición de decisión prejudicial planteada al TJUE en relación a la interpretación del art. 39 de la Directiva Procedimiento 2005/85/CE y, de reflejo, del art. 46 de la actual Directiva Procedimiento (Conclusiones del Ab. General Sr. Yves Bot, presentadas el 24 de enero de 2018, *X c. Belastingdienst/Toeslagen y X e Y c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, asuntos C-175/17 y C-180/17, ECLI:EU:C:2018:34).

⁵⁷ Muy importante: el derecho de acceso a la justicia nos remitiría a otra tutela otorgada por el CEDH, el derecho a un proceso equitativo del art. 6. Eso, si no fuera que el TEDH considera que la norma no puede aplicarse a los procedimientos en materia de asilo e inmigración, al existir otra norma vinculante en la materia en el Protocolo núm. 7 (Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, referencia CETS núm. 117), cuyo art. 1

de la DA 10 de la LOEX. Es por ello que, en la sentencia *N.D. y N.T. c. España*, el TEDH llega a pronunciarse por primera vez, aunque de forma implícita, sobre el “procedimiento especial de Ceuta y Melilla”. La rapidez con la que se pone en práctica y la falta de individualización del procedimiento designado en la ley española infringen el derecho fundamental a un recurso efectivo del art. 13 del CEDH. Pero atención: la necesaria combinación del art 13 del CEDH con otro derecho tutelado por el sistema del Consejo de Europa, en este caso el art. 4 del Protocolo núm. 4, juega un papel determinante para la condena final de España. De hecho, en la sentencia *Khlaifia y otros c. Italia*, el TEDH llegó a la conclusión opuesta y absolvió a Italia porque, por un lado no pudo comprobar la existencia de una violación del art. 4 del Protocolo núm. 4, ya que los recurrentes pudieron presentarse, identificarse y expresar sus razones ante las autoridades italianas (§ 247); y, por otro lado, como hemos ya criticado, el art. 13 del CEDH no garantiza la suspensión automática de pleno de derecho del recurso. En definitiva, esa interpretación “retorcida” del art. 13 tiene repercusiones importantísimas en la práctica. Se sigue dejando desprotegido el derecho fundamental a un “recurso efectivo” del individuo particular, solicitante de protección internacional, aunque su tutela se intenta ampliar en la medida en que el TEDH le garantiza el derecho de “acceso” al recurso.

prevé que el extranjero residente legal no puede ser expulsado y tiene reconocido el derecho a: «a) hacer valer sus razones contra la orden de expulsión, b) hacer examinar su caso, c) hacerse representar a tal fin ante la Autoridad competente o ante una o más personas designadas por dicha Autoridad» (*vid. Panjeheighalehey v. Danmark*, (merits and satisfaction), núm. 11230/07, ECHR, 2007).

5. CONCLUSIONES.

A través de esta investigación hemos comprobado que la tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo para los solicitantes de protección internacional es muy débil y precaria, tanto en el sistema de protección de derechos de la UE, como en nuestro ordenamiento jurídico interno. Del análisis realizado, podemos destacar finalmente las siguientes conclusiones.

Nuestra primera constatación es que el derecho fundamental a un recurso efectivo no está adecuadamente protegido en el sistema europeo actual de protección internacional (SECA). El art. 46 de la Directiva de Procedimiento deja demasiado margen de maniobra a los Estados miembros. Éstos siguen reacios al establecimiento de la suspensión automática de la orden de devolución/expulsión del territorio, mientras tanto esté pendiente un recurso contra una denegación de protección internacional. El legislador comunitario debería aprovechar la Propuesta de Reglamento, que se está debatiendo en el seno de la Comisión Europea, para dictar una normativa más clara y restrictiva para los Estados. En concreto, el art. 53 de esa Propuesta no debería excluir la tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo en ningún supuesto, sino garantizarlo de manera absoluta. Además, para que la norma sea clara e inequívoca, el legislador debería imponer a los Estados miembros que la suspensión de la orden de devolución/expulsión sea concedida automáticamente cuando el solicitante de protección internacional impugna la denegación de su solicitud. Esto con independencia de cuál sea el órgano evaluador competente para resolver el fondo del asunto y, sobre todo, al margen del grado judicial acudido.

En segundo lugar, y en el caso específico de España, hemos comprobado que el derecho fundamental a un recurso efectivo se ve perjudicado de forma dúplice. Por un lado, denunciaremos la inseguridad jurídica que nace de la existencia de dos

procedimientos para solicitar protección internacional, uno en territorio y otro en frontera, sin que se haya determinado cuando se debe aplicar uno y cuando el otro. En este caso, sería oportuno que el legislador español interviniera desarrollando de forma detallada los dos procedimientos y, en concreto, aclarara cuándo una demanda de protección internacional deba considerarse presentada en territorio, y cuándo en frontera: si es que eso depende del lugar dónde haya sido presentada; de las autoridades que la hayan recibida o, incluso, del momento en el que se haya presentado. En segundo lugar, el derecho a un recurso efectivo se ha visto afectado por la legitimación de los denominados “rechazos en frontera”. De hecho, la actual DA 10 de la LOEX, resulta contraria a ese derecho y a cualquier instrumento normativo que lo garantice, en concreto, el art. 24 de la CE, y el art. 13 del CEDH tal como debe ser interpretado en la Directiva Procedimiento. Urge la intervención del legislador español para que se desarrolle reglamentariamente ese procedimiento, de tal manera que la DA 10 pueda considerarse respetuosa del sistema de protección de los derechos fundamentales (si es que esto es posible).

En tercer lugar, hemos analizado la interpretación del derecho fundamental a un recurso efectivo ex art. 13 del CEDH, en la reciente sentencia *N.D. y N.T. c. España*. Se trata de una sentencia de especial importancia ya que, en ella, el TEDH ha dado un paso hacia delante en su jurisprudencia, al denunciar la violación del derecho del solicitante de protección internacional a “acceder” a una vía de recurso ex art. 13 del CEDH. Sin embargo, estudiando detenidamente la argumentación del TEDH, hemos criticado la falta de una correcta interpretación de ese derecho al amparo de la Directiva Procedimiento. Hemos compartido la posición del CERE, el cual afirma la necesidad de que, en el caso de un solicitante de protección internacional, los Estados miembros prevean un recurso con carácter suspensivo de pleno derecho. Ésta es la única

interpretación capaz de garantizar de forma absoluta el derecho a un recurso efectivo ex art. 13 del CEDH. Además, hemos visto que la actual redacción del art. 13 del CEDH representa un importante obstáculo para que el derecho a un recurso efectivo pueda ser concretamente garantizado. En el caso *Khlaifia y otros c. Italia*, por ejemplo, el TEDH no pudo sancionar la violación del art. 13 porque no subsistía la necesaria y complementaria infracción de otro derecho fundamental, reconocido en el CEDH o en uno de sus Protocolos: en este caso se trataba del art. 4 del Protocolo núm. 4. Parece oportuno, entonces, que el TEDH y el Consejo de Europa tomen en cuenta las limitaciones que derivan de la interdependencia del art. 13 con otra norma del CEDH. En concreto, la posibilidad de sancionar una total independencia y autonomía del derecho a un recurso efectivo, podría ser una solución eficaz para alcanzar un nivel más alto de protección de los derechos.

En conclusión, no debemos olvidar que el derecho a un recurso efectivo representa cada vez más una fuente normativa imprescindible para la tutela de los derechos de los solicitantes de protección internacional. Ese derecho tiene un eminente alcance práctico: es un derecho de carácter procesal, dirigido a la tutela efectiva de cualquier otro derecho del que podamos ser titulares. Su protección garantiza el correcto funcionamiento del entero aparato judicial y, en general, del ordenamiento jurídico. Y es que, si el derecho fundamental a un recurso efectivo no se protege de forma adecuada, ya ningún otro derecho podrá ser garantizado, y nuestro sistema de protección de los derechos se vería vaciado por completo. En espera de una intervención (¿o revolución?) normativa más cortante, la tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo queda en las manos de los profesionales que, diariamente, luchan para la defensa de los derechos de cada ser humano. Por eso, esperamos que esta investigación pueda ayudar a su labor diaria.