

LA TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO EFECTIVO A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2013/32/UE: REFLEXIONES SOBRE EL ASUNTO *N.D. Y N.T VS. ESPAÑA*  
THE PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO AN EFFECTIVE APPEAL ACCORDING TO THE DIRECTIVE 2013/32/EU: REFLECTIONS ON THE AFFAIRE *ND & NT VS. SPAIN*

*Francesca Tassinari*

*Becaria predoctoral*

*Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*

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 ciudadano europeo 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 de la Unión Europea 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. vs. España*).

PALABRAS CLAVE

Protección internacional, Directiva de 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 European citizen 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 European Union legislator, therefore, indirectly justifies the execution of «premature» orders of devolution and expulsion. The first 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 vs. Spain*).

KEY WORDS

International Protection, Procedure Directive, devolution and expulsion, fundamental right to an effective remedy\_Ceuta and Melilla.

# LA TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO EFECTIVO A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2013/32/ UE: REFLEXIONES SOBRE EL ASUNTO *N.D. Y N.T. VS. ESPAÑA\**

Francesca Tassinari\*\*

Becaria predoctoral  
Facultad de Derecho de la Universidad de Granada

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El derecho fundamental a un recurso efectivo en la directiva de procedimiento. 3. La «transposición» de la directiva de procedimiento al 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. vs. España*. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende 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 (en adelante, Directiva

---

\* Este trabajo ha pasado el proceso de revisión por pares

\*\* Becaria pre-doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Researcher ID H-5751-2018, Código ORCID 0000-0003-4487-7130, francescatassinari@correo.ugr.es.

de procedimiento) en España<sup>1</sup>. En concreto, estudiaremos el reconocimiento del derecho fundamental a un recurso efectivo del solicitante extranjero en este instrumento jurídico y su vulneración por el 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) dictada en el caso *N.D. y N.T. vs. España*<sup>2</sup>, que ha condenado al Estado español por violación del art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>3</sup>.

Con base en el art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>4</sup>, los Estados miembros han cedido a la Unión Europea (UE) sus competencias en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal<sup>5</sup>. Más adelante, en el marco el Programa de Tampere de 1999<sup>6</sup>, se decidió poner en marcha el denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA<sup>7</sup>), ya previsto en el propio art. 78.2 TFUE. Se promulgaron dos conjuntos normativos, denominados respectivamente «primera y segunda generación de Directivas»<sup>8</sup>. La finalidad última perseguida por la UE era lograr una regulación común en 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 Europea de Migración de 2015<sup>9</sup>. Esta vez, sin embargo, ya no estaríamos ante un mecanismo de *soft law*, sino ante normas directamente vinculantes para los Estados miembros, es decir, reglamentos<sup>10</sup>. Estas iniciativas resultan particularmente útiles frente a las lagunas existentes en la normativa Europea en materia de protección internacional actualmente en vigor<sup>11</sup> y, en concreto, en la Directiva de procedimiento.

La metodología del presente artículo combina 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 orientada a identificar —y a proponer la subsanación de— los constantes fallos interpretativos de la Directiva de procedimiento. En segundo lugar, estudiaremos cómo la Directiva de procedimiento ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español; concretamente, analizaremos el «régimen especial de Ceuta y Melilla» previsto por la disposición adicional núm. 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)<sup>12</sup>. En el tercer epígrafe nos detendremos en el análisis del asunto *N.D. y N.T. vs. España* mencionado arriba y examinaremos si —y hasta qué punto— puede considerarse que la actual interpretación del TEDH del art. 13 del CEDH garantiza el derecho fundamental a un recurso efectivo. Finalmente, y sobre la base de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y 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/UE<sup>13</sup> (propuesta de Reglamento), se intentará elaborar una propuesta normativa que favorezca que la próxima regulación europea y, por consiguiente, nacional sea más respetuosa con el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

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

El derecho fundamental a un recurso efectivo representa el grado máximo de tutela entre todas las garantías procesales previstas en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de una garantía directamente emparentada con el derecho a la «tutela judicial efectiva»<sup>14</sup>, derecho, este último, cuyo alcance ha experimentado una progresiva ampliación: desde el derecho de acceso a la justicia (o dimensión subjetiva) hasta el derecho a la tutela jurisdiccional eficiente (o dimensión objetiva)<sup>15</sup>. En el ordenamiento jurídico español, este derecho está consagrado en el art. 24 de la CE: «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 indefensión»<sup>16</sup>. En un sistema de protección multinivel de los derechos como el nuestro, el alcance del artículo 24 es, sin embargo, mucho más amplio<sup>17</sup>. El art. 10.2 de la CE dispone que la interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales deberá ajustarse a los tratados y convenios internacionales que España haya ratificado<sup>18</sup>. Por ello, la interpretación del derecho fundamental a un recurso efectivo en el ordenamiento jurídico español depende, en última instancia, de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. En el ámbito comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) son los órganos jurisdiccionales más influyentes<sup>19</sup>.

En el marco del Derecho de extranjería —y, más específicamente, del Derecho a la protección internacional—, el derecho a un recurso efectivo tiene unas connotaciones muy peculiares<sup>20</sup>. La doctrina ha señalado que la «tutela efectiva» está íntimamente vinculada al derecho del nacional no comunitario a «permanecer en el territorio del Estado»<sup>21</sup>. Es evidente que el hecho de que una orden de devolución o expulsión sancionadora contra el extranjero se ejecute cuando está pendiente de resolución un recurso o juicio a su cargo constituye una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y, concretamente, del derecho a un recurso efectivo. Esa violación es incluso más evidente en el caso de los solicitantes de protección internacional a la luz del principio inderogable del *non refoulement*<sup>22</sup>. Esta prohibición, dirigida en primer lugar a los Estados, condena cualquier devolución de personas, directa o indirecta, a un país en el que estas pudieran sufrir un grave atentado al derecho a la vida y a la integridad psicofísica. Está claro, por tanto, que debe reconocerse el derecho a permanecer en el territorio del Estado competente de los solicitantes de protección internacional que denuncian haber sufrido —o hallarse en riesgo de sufrir— tales menoscabos. Por consiguiente, mientras se valora el reconocimiento a la protección internacional de un solicitante, cualquier orden de devolución o expulsión debe ser suspendida. Aunque este criterio no ha sido plasmado nítidamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>23</sup>, el TJUE y el TEDH lo han reiterado de manera clara. Es el caso del asunto *Arslan*<sup>24</sup>, por ejemplo, en el que el TJUE afirmó que el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado podía ser derogado solamente en los supuestos tasados previstos por la normativa de la UE<sup>25</sup>. El TJUE concluyó que, en la medida en que el señor Arslan —nacional turco solicitante de protección internacional en la República Checa— no podía considerarse un inmigrante ilegal, no estaba justificado

que se le aplicara la Directiva de retorno<sup>26</sup>. Más relevante todavía es la posición del TEDH en el asunto *A.C. y otros vs. España*, en el que el Tribunal de Estrasburgo ha reafirmado el criterio de que el solicitante de protección internacional tiene derecho de «acceso a un recurso de carácter suspensivo de pleno derecho»<sup>27</sup>. El TEDH sostiene expresamente que se produce una «denegación de justicia» cuando en un ordenamiento jurídico, como es el caso de España<sup>28</sup>, está previsto que la suspensión discrecional de la orden de expulsión del solicitante se determine antes de la decisión de fondo y caso por caso<sup>29</sup>.

Estas consideraciones son *conditio sine qua non* para analizar en qué medida la Directiva de procedimiento garantiza el derecho a un recurso efectivo. A pesar de que ese instrumento jurídico menciona en varios apartados el derecho del solicitante de protección internacional a un recurso efectivo, su explícita consagración se recoge en el art. 46.1, que establece la tutela del derecho a un recurso efectivo «ante un órgano jurisdiccional». Se trata, no obstante, de una protección parcial: la norma no prevé el derecho a un recurso efectivo *tout court*, sino que contiene 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 presentado ante un órgano de primera instancia o ante un órgano superior. De hecho, si en el apartado 3 el art. 46 garantiza «[...] el examen completo y *ex nunc* tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho [...] al menos en los recursos ante un juzgado o tribunal de primera instancia», en el apartado 5 el precepto es mucho más vago, dado que establece que «[...] los Estados miembros permitirán que los solicitantes permanezcan 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». Hasta hoy, esta válvula de escape ha permitido que los Estados miembros no garanticen el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado hasta que haya obtenido una decisión firme sobre el fondo del asunto. Por el contrario, asistimos a continuas devoluciones/expulsiones contrarias a la tutela de los derechos humanos de los extranjeros y las vulneraciones estatales del derecho fundamental a un recurso efectivo son moneda común.

Por esas razones, la interpretación del art. 46 de la Directiva de procedimiento que se ha realizado hasta la fecha no puede considerarse satisfactoria a la luz 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 en la protección de los derechos consagrado por la UE<sup>30</sup>. Lamentablemente, ese incumplimiento por parte del legislador europeo pervive en la propuesta de Reglamento<sup>31</sup>. El art. 54 (Efecto suspensivo del recurso) dispone: «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). Además, en los casos de «recursos adicionales», la propuesta de Reglamento establece rotundamente que el solicitante no tiene derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro salvo que un tribunal decida lo contrario a petición del solicitante o *ex officio* (apartado 5). Esa violación de derechos ha sido detectada por el Consejo Europeo de

Refugiados y Exiliados<sup>32</sup> (CERE), cuya opinión consideramos particularmente acertada. El CERE afirma con insistencia que, cuando los ordenamientos prevén que la demanda de suspensión de la orden de devolución/expulsión debe ser presentada ante una instancia de forma específica, se produce un quebrantamiento del principio de economía procesal. En estos casos, estima, el asunto es analizado dos veces, lo cual sobrecarga al sistema en perjuicio tanto del recurrente como del tribunal evaluador. Y concluye que, si esta regulación se mantiene, la legislación comunitaria seguirá persistiendo en su indiferencia casi total de la protección efectiva de los derechos humanos de los solicitantes de protección internacional.

### 3. LA «TRANSPOSICIÓN» DE LA DIRECTIVA DE PROCEDIMIENTO AL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL: EL CASO DE LOS RECHAZOS EN FRONTERA EN CEUTA Y MELILLA

La Directiva de procedimiento prevé varios mecanismos que permiten agilizar y acelerar el procedimiento de examen de las solicitudes de protección internacional que podríamos denominar «estándar». Entre ellos, 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 subsidiaria (Ley de Asilo)<sup>33</sup>. Además, se establecen normas sobre la materia en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>34</sup> (LOEX) y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)<sup>35</sup>. El sistema de protección internacional en España ha sido desarrollado a través de dos cauces procesales: uno en territorio<sup>36</sup> y otro en frontera<sup>37</sup>. La polémica actual sobre la existencia de un doble procedimiento se agudiza si se toma en consideración la situación existente en la frontera sur entre España y Marruecos, concretamente en las ciudades de Ceuta y Melilla. A falta de una regulación clara y exhaustiva, los dos cauces procesales se confunden y son prácticamente intercambiables<sup>38</sup>.

Sin embargo, la elección 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 desproteger varios derechos del solicitante de protección internacional, específicamente su derecho a un recurso efectivo<sup>39</sup>. El legislador comunitario deja claro que, independientemente del tipo de procedimiento que se aplique, en ningún caso podrá afectar al «[...] examen adecuado y completo de la solicitud» ni deberá obstaculizar el «acceso efectivo [...] a los principios y garantías fundamentales» (considerando núm. 20). Concretamente, la Directiva de procedimiento se dirige a aquellos funcionarios

que, debido a que trabajan en las fronteras externas de la UE y son, por tanto, la primera instancia institucional con la que los nacionales de terceros países toman contacto, deben recibir «la información oportuna y la formación adecuada» sobre el modo de reconocer y tratar las solicitudes de protección internacional (considerando núm. 26). Los funcionarios deberán informar a esas personas sobre el lugar donde deben presentar sus solicitudes y sobre el modo de hacerlo; aun cuando no hayan accedido al territorio del Estado miembro, las demandas deben ser examinadas por un procedimiento de admisibilidad y/o examen del fondo (considerando núm. 38). Como puede constatarse fácilmente, ninguna de esas previsiones se cumple en las fronteras de Ceuta y Melilla, especialmente en los famosos supuestos de «rechazos en frontera»<sup>40</sup>. Estamos hablando de una práctica consolidada que ha sido incorporada desde hace poco en la LOEX (disposición adicional décima) tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana<sup>41</sup>. El primer inciso de la citada disposición adicional establece: «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 de la aprobación de una regla totalmente contraria al sistema de protección de derechos, el legislador legitima las devoluciones/expulsiones «en caliente» llevadas a cabo por las autoridades fronterizas<sup>42</sup>.

Este «régimen especial» previsto en la disposición adicional décima de la LOEX no cuenta con desarrollo normativo específico alguno<sup>43</sup>. 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 Ley 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (RLOEX)<sup>44</sup>. Por estas razones, debemos concluir que el procedimiento vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en todas sus manifestaciones: el derecho a que la resolución de expulsión sea notificada por escrito y de forma motivada; 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 expulsión<sup>45</sup>. La situación es todavía más grave si tenemos en cuenta que esas devoluciones pueden afectar a los solicitantes de protección internacional. El procedimiento de rechazo en frontera previsto en la disposición adicional décima de la LOEX no permite identificar a las personas extranjeras que tienen derecho al reconocimiento de la protección internacional. Propicia, por tanto, que aumente notablemente el riesgo de que, en caso de expulsión, el extranjero pueda sufrir perjuicios irreparables en forma de violación de sus derechos a la vida y a la integridad psicofísica. Es probable, además, que el Estado español incurra en la violación del art. 4 del Protocolo número 4 del CEDH, que prohíbe las devoluciones masivas de extranjeros<sup>46</sup>. No obstante, debe recordarse que esto no es nuevo. La disposición adicional décima de la LOEX no es sino un mero factor agravante de las expulsiones practicadas en la frontera sur entre España y Marruecos porque justifica 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 1992<sup>47</sup>, el Estado español se preocupó de regular los denominados «asaltos a las vallas»<sup>48</sup> 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 radica la novedad, la LOEX

es 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»<sup>49</sup>. Nuestra crítica a la disposición adicional décima de la LOEX concluye subrayando que, en su inciso segundo, establece que el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. Este inciso es redundante y superfluo, ya que está previsto por la propia CE en su art. 10.2. De hecho, a pesar de estas proclamaciones, España sigue 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. vs. España*<sup>50</sup>, cuya sentencia condenó al Estado español por violación de los arts. 3 y 13 del CEDH y del art. 4 del Protocolo núm. 4. A pesar de todo, debemos valorar positivamente la previsión del inciso tercero de la disposición adicional décima, que establece, por fin, la creación de «lugares habilitados» para la formalización de las solicitudes de protección internacional en los pasos fronterizos, trámite que, como ya hemos subrayado anteriormente<sup>51</sup>, no siempre se cumple *in 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<sup>52</sup>, su implantación comporta un reto importante si se toma en consideración el aumento significativo de la presentación de solicitudes de protección internacional<sup>53</sup>.

En el próximo epígrafe analizaremos la última sentencia dictada contra España por el TEDH, la *N.D. y N.T. vs. España*, mencionada *supra*. Por un lado, intentaremos dilucidar si la interpretación del art. 13 realizada por TEDH sigue dejando desprotegido el derecho fundamental a un recurso efectivo del solicitante de protección internacional. Por otro, 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 establecido por la disposición adicional décima de la LOEX.

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

Antes de adentrarnos en el análisis del asunto *N.D. y N.T. vs. España*, y de mostrar modo en que el Estado español ha infringido el sistema de protección de los derechos humanos, concretamente el art. 13 del CEDH, es imprescindible hacer referencia a los hechos que dieron lugar a esa sentencia<sup>54</sup>. El 13 de agosto de 2013, un nacional marfilés y un nacional maliense que, entre 2012 y 2013 se encontraban en el campamento «no oficial» de inmigrantes del monte Gurugú, próximo a la frontera con Melilla, entraron en España junto a un grupo de subsaharianos superando las tres vallas instaladas en la frontera de Melilla. Fueron interceptados, esposados y, de inmediato, devueltos a

Marruecos. No fueron identificados ni entrevistados, y tampoco se les brindó asistencia de ningún tipo: médica, legal, ni tan siquiera de un traductor. Desde Nador fueron llevados a Fez (Marruecos), donde, de nuevo se les denegó asistencia médica, y allí fueron 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, fue denegada. Los argumentos en los que se basó el TEDH para condenar al Estado español, resultan fundamentales en nuestro análisis sobre la interpretación del art. 13 del CEDH. De hecho, en la sentencia *N.D. y N.T. vs. España* destacan al menos dos aspectos novedosos que suponen un paso adelante respecto a la jurisprudencia hasta ahora existente en materia de protección internacional. Por una parte, dado que se trata de un rechazo en frontera regulado por la disposición adicional décima de la LOEX, el TEDH se ha enfrentado por primera vez al denominado «régimen especial de Ceuta y Melilla»<sup>55</sup>; por otra, 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 en otros casos—, sino que sanciona la violación del derecho a acceder a algún tipo de recurso.

La sentencia recaída en el caso *N.D. y N.T. vs. España* es una de las escasas resoluciones en las que el TEDH ha interpretado la Directiva de procedimiento 2013/32/UE. Hasta ahora, el Tribunal de Estrasburgo ha fundamentado sus sentencias en materia de protección internacional en otras fuentes comunitarias: la Directiva de retorno 2008/115/CE<sup>56</sup> y la Directiva de procedimiento de 2005/85/CE<sup>57</sup>. El matiz es importante y remite a la problemática cuestión de la inaplicación por parte de España de la Directiva de retorno en la frontera meridional con Marruecos. De hecho, la Directiva de retorno, que no es objeto de este 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»<sup>58</sup>. Esa Directiva fue utilizada en otro caso reciente de indudable relevancia: la sentencia *Khlaifia y otros vs. Italia*<sup>59</sup>. Esta 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, una devolución amparada por el Acuerdo bilateral italo-tunecino de 5 de abril de 2011<sup>60</sup>. A pesar de que la fuente normativa que subyace a los dos supuestos mencionados es distinta —en el caso *N.D. y N.T. vs. España* la Directiva de Procedimiento y en *Khlaifia y otros vs. Italia* la Directiva de retorno—, ambas sentencias están estrechamente relacionadas: de hecho, en el asunto *N.D. y N.T. vs. España*, el TEDH toma el caso *Khlaifia y otros vs. Italia* como punto de referencia para su análisis. Sin embargo, no debemos olvidar que los dos pronunciamientos se desarrollan con base en legislaciones distintas, dada la imposibilidad de aplicar la Directiva retorno en el caso español. Este matiz conlleva una interpretación diferente del art. 13 del CEDH.

Para entender en qué medida la reciente condena a España implica un avance en la jurisprudencia del TEDH y adentrarnos, después, en el análisis del derecho a un recurso efectivo del art. 13, es necesario partir de la siguiente premisa: el CEDH no establece en su art. 13 la tutela *tout court* del derecho a un recurso efectivo, sino que reconoce el derecho a la «concesión de un recurso efectivo» cuando se cuestione la vulneración de un derecho o libertad reconocido en el propio CEDH o en sus Protocolos. Hasta hoy, el TEDH jamás ha condenado a un Estado por violación del art. 13 del CEDH en los supuestos de solicitudes de asilo<sup>61</sup>. El TEDH siempre lee la violación del derecho a un recurso efectivo en relación con otro derecho amparado por el CEDH<sup>62</sup>. De hecho, en el asunto *N.D. y N.T. vs. España*, los recurrentes denuncian la violación del art. 13 del CEDH en relación con el art. 4 del Protocolo núm. 4. En concreto, alegan que no pudieron impugnar mediante un recurso eficaz —con efecto suspensivo— su rechazo inmediato a Marruecos, identificarse y exponer sus circunstancias individuales. En su argumentación, el TEDH recuerda que el carácter suspensivo del recurso depende de la presumible existencia de un perjuicio irreversible —por ejemplo, una violación de los arts. 2 y 3 del CEDH (párr. 115)<sup>63</sup>—. Los Estados, continúa el TEDH, 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 art. 13 no garantiza de forma absoluta el carácter suspensivo del recurso, a no ser que la no suspensión 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, se sostiene hasta que nos encontramos ante el supuesto de 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, su vida y/o integridad psicofísica sufriría un grave perjuicio. Debe añadirse que, como consecuencia de ello, el Estado estaría infringiendo el principio del *non refoulement*. Por lo dicho hasta aquí, nuestra primera crítica a la interpretación que el TEDH realiza —o mejor, sigue realizando— del artículo 13 del CEDH en la sentencia *N.D. y N.T. vs. España* estriba en que su argumentación sobre la suspensión automática del recurso sigue siendo incompleta e insatisfactoria. Esta interpretación del art. 13 no es conforme con el sistema de tutela de derechos en materia de protección internacional. El art. 46 de la Directiva de 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 garantista posible. Consideramos que debe reconocerse al solicitante de protección internacional el derecho fundamental a un recurso efectivo con efecto suspensivo automático<sup>64</sup>. En caso contrario, se vacía de contenido la protección prevista por el 46 de la Directiva de procedimiento, lo cual constituye una violación del art. 13 del CEDH. Por todo ello, entendemos que el derecho debería reconocerse con independencia de que posteriormente se compruebe una eventual violación de los arts. 2 y 3 de la CEDH. Para

que pueda ser garantizado efectivamente, el derecho a un recurso efectivo debe ser dotado de su propia independencia y autonomía. Al margen de esta interpretación crítica, hay que reconocerle un mérito importante al TEDH. Y es que el Tribunal de Estrasburgo afirma que el derecho a un recurso efectivo se viola no solamente por la imposibilidad concreta de impugnar un recurso, sino también por la imposibilidad de acceder a dicho recurso. En este sentido, resulta llamativo que en la sentencia *N.D. y N.T. vs. España* la cuestión de la suspensión de la orden de devolución/expulsión de pleno derecho asuma una relevancia secundaria. El TEDH subraya que los recurrentes ni siquiera habían podido acceder al recurso porque habían sido rechazados de forma inmediata, sin haber sido ni identificados ni entrevistados (§ 120)<sup>65</sup>. Ese «rechazo de forma inmediata» no es otra cosa que el «rechazo en frontera» de la disposición adicional décima de la LOEX. Es por ello que en la sentencia *N.D. y N.T. vs. España*, el TEDH llega a pronunciarse por primera vez, aunque solo 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 reconocido en el art. 13 del CEDH. Pero hay que tener en cuenta que 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 en la condena final de España. De hecho, en la sentencia *Khlaifia y otros vs. Italia* el TEDH llegó a la conclusión opuesta y absolvió a Italia porque, por un lado, no pudo constatar 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)<sup>66</sup>, y, por otro lado, como ya hemos señalado críticamente, el art. 13 del CEDH no garantiza la suspensión automática de pleno de derecho de la devolución/expulsión una vez interpuesto el recurso. En definitiva, esa interpretación «retorcida» del art. 13 tiene repercusiones importantísimas en la práctica: sigue dejando desprotegido el derecho fundamental a un «recurso efectivo» del individuo particular solicitante de protección internacional, aunque se intenta ampliar su tutela en la medida en que el TEDH le garantiza el derecho de «acceso» al recurso.

## 5. CONCLUSIONES

En esta investigación hemos mostrado 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 extraer 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. Estos siguen siendo reacios al establecimiento de la suspensión automática de la orden de devolución/expulsión del territorio mientras esté pendiente de resolución un recurso contra una denegación de protección internacional. El legislador

comunitario debería aprovechar la propuesta de Reglamento, que está debatiéndose en el seno de la Comisión Europea, a fin de aprobar una normativa más clara y restrictiva para los Estados. Concretamente, el art. 54 de esa propuesta no debería excluir la tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo en ningún supuesto: debería garantizarlo de manera absoluta. Además, para que la norma sea clara e inequívoca, el legislador europeo 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, y ello con independencia del órgano evaluador que sea competente para resolver el fondo del asunto y, sobre todo, de la instancia jurisdiccional a la que acuda el recurrente.

En segundo lugar, y en el caso específico de España, hemos constatado que el derecho fundamental a un recurso efectivo se ve doblemente mermado. En primer lugar, denunciaremos la inseguridad jurídica derivada de la existencia de dos procedimientos para solicitar protección internacional —uno en territorio y otro en frontera— y de la indeterminación de los supuestos de su respectiva aplicación. Al respecto, sería oportuno que el legislador español regulara de forma más detallada los dos procedimientos y aclarara cuándo una demanda de protección internacional se considera presentada en territorio y cuándo en frontera, si ello depende del lugar donde ha sido presentada, de las autoridades que la hayan recibido o incluso del momento en el que se ha presentado. En segundo lugar, el derecho a un recurso efectivo se ha visto erosionado por la legitimación de los denominados «rechazos en frontera». De hecho, la actual disposición adicional décima de la LOEX es contraria a ese derecho y a cualquier instrumento normativo que lo garantice, concretamente, el art. 24 de la CE y el art. 13 del CEDH tal como debe ser interpretado en la Directiva de procedimiento. Urge la intervención del legislador español para que desarrolle reglamentariamente ese procedimiento a fin de que la disposición adicional respete el 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 el caso *N.D. y N.T. vs. España*. Se trata de una sentencia de especial importancia, ya que en ella el TEDH ha dado un paso adelante 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, tras analizar detenidamente la argumentación del TEDH, hemos criticado la falta de una correcta interpretación de ese derecho a la luz de la Directiva de procedimiento. Compartimos, como hemos señalado, la posición del CERE, que ha defendido la pertinencia de que los Estados miembros prevean en sus legislaciones un recurso con carácter suspensivo de pleno derecho en los casos de solicitud de protección internacional. Esta 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 plenamente garantizado. En el caso *Khlaifia y otros vs. Italia*, por ejemplo, el TEDH no quiso sancionar la violación del art. 13 leído en relación con el art. 4 del Protocolo núm. 4 porque no concurría la necesaria y complementaria infracción de este último derecho fundamental. Parece oportuno, entonces, que el TEDH y el Consejo de Europa tomen en consideración las limitaciones



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 ellos 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, DOUE, L 239, 22 septiembre de 2000, pp. 19-62), y el Sistema Dublín. Este 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 (DOUE Serie C 254, 19 de agosto de 1997, p. 1-12), por el Reg. 343/2003 (DOUE Serie L 50/1, de 25 de febrero de 2003) y, finalmente, el Reglamento de Dublín, Reg. 604/2013 (DOUE 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 (DOUE Serie L 212/12, de agosto de 2001); la Directiva de acogida, D. 2003/9/EC (DOUE Serie L 31/18, de 6 de febrero de 2003); la Directiva de calificación, D. 2004/83/EC (DOUE Serie L 304/12, de 30 de septiembre de 2004) y la Directiva de procedimiento, D. 2005/85/EC (DOUE Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005). En la segunda fase entraron en vigor: el Texto refundido de la Directiva de acogida, D. 2013/33/EU (DOUE Serie L 180/96 de 29 de junio de 2013); el Texto refundido de la Directiva de calificación, D. 2011/95/EU (DOUE L 337/9, de 20 de diciembre de 2011) y el Texto refundido de la Directiva de procedimiento, D. 2013/32/EU (DOUE Serie L 180/60, de 29 de junio de 2013).
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 el hecho de que son 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 contravenir el Derecho comunitario ni el 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 (2017: 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, BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, p. 104986-105031.
13. COM/2016/0467 final - 2016/0224 (COD). Precisamente en una de sus últimas reuniones, el Consejo la Unión Europea ha manifestado que todavía no ha sido adoptado un mandato de negociación al respecto y que los consejeros de Justicia y Asuntos de Interior siguen debatiendo sobre el modo de regular los procedimientos en materia de asilo (Provisional Version of the Outcome of the Council Meeting, 3641st Council meeting, Justice and Home Affairs, Luxembourg, 11 and 12 October 2018, SN 4228/18, disponible en: <<https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/jha/2018/10/11-12/>>. [Consulta 18/10/2018.]
14. *Vid.* Figueruelo Burrieza (1990: 41 y ss.).
15. *Vid.* Imbruglia (2015: 1564-1566).
16. El concepto jurídico de «indefensión» recogido en el art. 24 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 haya sido restringido indebidamente.

17. *Vid.* entre otros, Pastor Ridruejo (2004: 1653-1667); y Muñoz Machado (2015: 195-230).
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 Civiles 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 (BOE núm. 103, de 30 de abril 1977, pp. 9337-9343); el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (DOUE, Serie 362, de 18 de diciembre de 2000), vinculante para todos los Estados miembros (BOE 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 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570).
19. Al respecto, puede verse Pérez Vera (2017: 52-72); y Liñán Nogueras (2015: 195-230).
20. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000) 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 reconocido aquellos derechos fundamentales dirigidos a la tutela de la dignidad humana (*vid.*, entre otras, STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3 y ss.).
21. *Vid.* Reneman (2014).
22. Wouters considera ese principio «la columna vertebral» del estatuto de refugiado, hasta el punto de que, a su juicio, los dos conceptos son interdependientes (Wouters, 2009: 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 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (*vid. sub* nota 20). El alto nivel de consentimiento sobre la interpretación de este 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 (2009).
23. *Vid.* SSTS 1634/2016, de 15 de febrero; 2752/2013, de 12 de marzo; 7016/2013, de 25 de octubre y 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, DOUE Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005.
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, DOUE Serie L 348/98, de 24 de diciembre de 2008.
27. *A.C. and others vs. Spain*, (merits and just satisfaction), núm. 6528/11, § 87-88, 2014. Para un análisis, *vid.* San Martín Ontoria (2016: 87-96).
28. En concreto, el art. 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998 (LJCA) establece la posibilidad de que el juez adopte, bajo petición de la parte interesada, una medida cautelarísima con efecto suspensivo. Esta de-

cisión es, entonces, muy discrecional, rasgo avalado por el Tribunal Supremo, que ha afirmado que su aplicación dará lugar a un juicio ponderado entre el interés público del Estado y los «daños y perjuicios de reparación imposible».

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

30. El principio de efectividad implica que la protección será 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, p. 49).

31. De hecho, en las últimas asambleas parlamentarias se ha podido comprobar que la tutela del derecho a un recurso ya no es un tema de debate relevante. Véase el siguiente enlace: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=COM:2016:0467:FIN>>. [Consulta: 17/10/2018.]

32. *Vid.* CERE, «Comments on the Commission Proposal an Asylum Procedures regulation», COM(2016)467, noviembre 2016, p. 67. Disponible en: <[https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/11/ECRE-Comments-APR\\_-November-2016-final.pdf](https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/11/ECRE-Comments-APR_-November-2016-final.pdf)>. [Consulta: 20/02/2018.]

33. Ley 12/2009, de 31 de octubre de 2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, p. 17242. En realidad, la Ley de Asilo actualmente en vigor en España sigue siendo la transposición de la Directiva de 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, DOUE 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 de procedimiento ya tiene plena fuerza vinculante en los Estados miembros, con lo cual esta puede ser considerada un parámetro de legitimidad válido en nuestro debate. Sobre la naturaleza de las Directivas de la UE, *vid.* Millán Moro (1991: 845-879).

34. 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, BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, pp. 104986-105031.

35. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE 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 en reposición en el plazo ordinario de un mes o por la vía contencioso-administrativa 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 un plazo que puede extenderse hasta los seis meses.

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 sea 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 plazo, el Ministerio del Interior dictará su decisión definitiva, decisión que, cuando sea negativa, será recurrible en reposición en un mes y en dos meses por la vía contencioso-administrativa.

38. En ese sentido, la Audiencia Nacional sostiene la inadecuación de la aplicación del procedimiento en frontera —en favor del procedimiento en territorio— en el caso de una demanda de protección internacional de un nacional marroquí, ya que, a pesar de que este 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 el contrario, el tribunal afirma la aplicación del procedimiento de urgencia fronterizo a un nacional marro-

quí 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 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 (2004: 717-748); y Valles Ferrero (2015-2016: 226-245).

40. Para una definición *vid.* nota núm. 42.

41. Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

42. Las expresiones «devoluciones en caliente» y «rechazos en fronteras» se utilizan coloquialmente para aludir a la práctica de las fuerzas y cuerpos de seguridad de rechazar en frontera y devolver al Estado de origen aquellas personas extranjeras que han superado o han sido interceptadas en el intento de superar irregularmente los dispositivos de contención fronterizos. Por lo tanto, no son definiciones jurídicas, sino locuciones que designan un fenómeno concreto que suele asociarse a los denominados «asaltos a las vallas» en las ciudades españolas de Ceuta y Melilla (*vid.* Canal Uned, ¿*Qué es el rechazo en frontera?*, disponible en: <[https://canal.uned.es/video/5a6fa845b1111f2f118b45a9?track\\_id=5a6fa845b1111f2f118b45ac](https://canal.uned.es/video/5a6fa845b1111f2f118b45a9?track_id=5a6fa845b1111f2f118b45ac)>. [Consulta: 15/10/2018.]. Esas dos expresiones se utilizan indistintamente para subrayar el hecho de que esas deportaciones se ejecutan sin regulación procedimental alguna. *Vid.* González García (2015: 309-329). Sin embargo, cabe introducir algunas matizaciones. Primero surgió el término «devoluciones en caliente» para definir la (mala) *praxis* consistente en deportar forzosamente —de forma masiva y constante— a las personas migrantes de España hacia Marruecos. Posteriormente, a raíz de su consolidación y legalización en la disposición adicional décima de la LOEX, se acuñó la expresión «rechazos en fronteras», que dejaba atrás el sentido colectivo. A título de ejemplo, *vid.* las noticias sobre rechazos y devoluciones de menores en Melilla: <<https://vimeo.com/113651883> y [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140915\\_devoluciones\\_caliente\\_espana\\_ac](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140915_devoluciones_caliente_espana_ac)>. [Consulta: 15/10/2018.]

43. En su último inciso, la disposición adicional décima dispone: «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 específico. Al respecto, *vid.* la crítica de Ruiz Sutil (2016: 329-336).

44. Real Decreto Ley 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento, BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011. Sobre la posibilidad de extender el procedimiento de devolución (*ex arts.* 58 LOEX y 23 RLOEX) a cualquier persona interceptada en el intento de acceder por vía marítima o terrestre a Ceuta y Melilla, *vid.* Sánchez Tomás (2018: 101-135).

45. Para un análisis profundizado sobre las violaciones de derechos consecuentes a las «devoluciones en caliente», *vid.* Melero Alonso (2015).

46. 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.* Espiniella Menéndez (2016: 321-328); y Soler García (2018: 107-160).

47. 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, BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992, pp. 13969-13970.

48. *Vid.* nota núm. 42.

49. *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.

50. Así lo demuestran algunos autores españoles que ya preanunciaban su importancia antes de que el TEDH dictase su fallo (*vid.* Enériz Olaechea, 2017).

51. *Vid.* nota núm. 43.

52. *Vid.* los testimonios del Comisionado para los Derechos Humanos y de ACNUR en el asunto *N.D. y N.T. vs. Spain*, judgment (merits and satisfaction), núm. 8675/15 and 8697/15, ECHR, § 86 y 87, 2017.

53. *Vid.* Valles Ferrero (2015-2016: 13).

54. Para un análisis de las demás *quaestio facti* planteadas por las partes recurrentes, *vid.* Ochoa Ruiz (2018: 105-129).

55. Primera, pero no última: el TEDH pronto tendrá que pronunciarse sobre dos supuestos del mismo tenor; se trata de la demanda *Doumbe Nnabouchi vs. Espagne*, requête, núm. 19420/15, de 13 de abril 2015 y del recurso *Balde et Aabel vs. Espagne*, requête, núm. 20351/17, de 9 de marzo 2017.

56. 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, DOUE Serie L 348/98, de 24 de diciembre de 2008.

57. 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, DOUE Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005.

58. Para un análisis sobre la Directiva de retorno, *vid.* Fajardo del Castillo (2009:453-499).

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

60. 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 en: <[https://www.esteri.it/mae/it/sala\\_stampa/archivionotizie/approfondimenti/2011/04/20110406\\_accordo\\_italiatunisia.html](https://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/approfondimenti/2011/04/20110406_accordo_italiatunisia.html)>. [Consulta: 23/02/2018.]

61. El TEDH lo ha hecho en otros supuestos, aunque de forma muy puntual (*vid.* *Bubbins vs. United Kingdom*, (merits and just satisfaction), núm. 50196/99, ECHR, § 170, 2005). Por esta razón, en su análisis del art. 13 del CEDH, Arrese Iriando (<sup>3</sup>2015: 717-757) destaca dos características del derecho a un recurso efectivo: en primer lugar, individualiza su carácter «dependiente» de la violación de otro derecho o libertad reconocido por el CEDH; y, en segundo lugar, le atribuye un cierto grado de autonomía puesto que, aunque finalmente se considere que el derecho sustantivo no ha sido infringido, cabe la posibilidad de que el Estado sea condenado por quebrantamiento del art. 13. Sin embargo, debemos considerar que, hoy en día, el reconocimiento de ese grado de «autonomía» es muy limitado. Por un lado, porque al recurrente se le impide impugnar directamente ante el TEDH una violación del art. 13; y, por otro, porque el TEDH ha asumido esa interpretación en muy pocas ocasiones y, desde luego, nunca en los supuestos de solicitud de protección internacional.

62. 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 vs. France*, (merits and just satisfaction), núm. 22689/07, ECHR, § 83, 2012).

63. Ello 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 núm. 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 vean afectados los derechos a la vida y a la integridad psicofísica del extranjero está vinculado al hecho de que el recurrente es solicitante de protección internacional y no a la expulsión en sí.

64. 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 con la interpretación del art. 39 de la Directiva de Procedimiento 2005/85/CE y, por reflejo, del art. 46 de la actual Directiva de Procedimiento (Conclusiones del Ab. General Sr. Yves Bot, presentadas el 24 de enero de 2018, *X vs. Belastingdienst/Toeslagen* y *X e Y vs. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, asuntos C-175/17 y C-180/17, ECLI:EU:C:2018:34).

65. Es importante señalar que el derecho de acceso a la justicia remite a otra tutela otorgada por el CEDH, el derecho a un proceso equitativo del art. 6. 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 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. Panjeighalehey vs. Danmark*, (merits and satisfaction), núm. 11230/07, ECHR, 2007). Para un análisis exhaustivo sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva *ex art.* 6 del CEDH, *vid.* Milione (2015).

66. Por el contrario, el TEDH condenó a Italia basándose en una lectura combinada de los arts. 3 y 13 del CEDH (§ 270 y 271).

## BIBLIOGRAFÍA

- ARRESE IRIONDO, M. Nieves (<sup>3</sup>2015): «Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª edición, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 717-757.
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier (2017): «El rechazo en las fronteras de Ceuta y Melilla. Alcance de la Disposición Adicional Décima de La Ley Orgánica de Extranjería», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel (2016): «Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla», *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2), 321-328.
- FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa (2009): «La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 13 (33), 453-499.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (1990): *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid: Tecnos.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2015): «Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla», *Revista de Administración Pública*, 196, enero-abril, 309-329.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier A. (2017): «Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la “crisis de los refugiados”)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 27-75.
- IMBRUGLIA, Daniele (2015): «La giurisdizione civile», en P. Gianniti (ed.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Trento: Zanichelli.
- LENZERINI, Federico (2009): *Asilo e diritti umani*, Milán: Giuffrè.

- LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (2015): «Los efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Derecho español», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, 50, 195-230.
- LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen (2017): «Las fronteras de Ceuta y Melilla: un análisis desde la perspectiva de la seguridad de los derechos humanos», en J. Roldán Barbero (dir.), *La seguridad nacional en España, Un enfoque geoestratégico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 53-98.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2005): «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*, 174.
- MILIONE, Ciro (2015): *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MILLÁN MORO, Lucía (1991): «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», *Revista de Instituciones Europeas*, 18 (3), 845-879.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015): «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales de la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, 195-230.
- OCHOA RUIZ, Natalia (2018): «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto “N.D. y N.T. c. España”, Demandas 8675/15 y 8697/15, Sentencia de 3 de octubre de 2017», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, abril, 105-129.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio (2004): «La interrelación de los sistemas de protección de los derechos fundamentales», en E. Álvarez Conde, E., y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ VERA, Elisa (2017): «La problemática adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en J. Alcaide Fernández, J., y E. W. Petit de Gabriel (coords.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RENEMAN, Marcelle (2004): «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*, 25 (4), 717-748.
- (2014): *EU Asylum procedures and the right to an effective remedy*, Croydon: Hart Publishing.
- RUIZ SUTIL, Carmen (2016): «El rechazo en frontera o la denominada “Devolución en caliente” y su regulación en la LOEX», *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2), 329-336.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (2018): «Las “devoluciones en caliente” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs. España, de 03.10.2017)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 65, enero-marzo, 101-135.
- SAN MARTÍN ONTORIA, Ana Belén (2016): «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 A. Pastor Palomar (dir.), *Temas relevantes de Derecho Internacional público ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- SOLER GARCÍA, Carolina (2018): «La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España», *Revista General de Derecho Europeo*, 45, 107-160.
- VALLES FERRERO, María (2015-2016): «¿Vallas al asilo? Apuntes sobre el sistema de protección internacional en España», *Anuario CIDOB de la Inmigración* Barcelona: CIDOB, 226-245.
- WOUTERS, Kees (2009): *International Legal Standards from the protection from Refoulement*, Oxford y Portland: Intersentia, Antwerp.

**Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2018.**

**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**