

LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN DEFENSA DE LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL FRENTE A LA SATURACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES

EUROPEAN CASE-LAW ON THE PROMOTION OF A MORE EFFECTIVE INTERNATIONAL PROTECTION PROCEDURE AGAINST THE OVERBURDENED NATIONAL SYSTEMS

María Dolores Requena de Torre

Investigadora predoctoral FPU en el Departamento de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.

[resumen](#) - [abstract](#)

[palabras claves](#) - [key words](#)



"ReDCE núm. 39. Enero-Junio de 2023"

ropea y descentralización territorial después de la pandemia (II).

SUMARIO

1. Contextualización del reto migratorio en Europa.
2. ¿Existe un derecho a la protección internacional?
3. Las garantías generales del artículo 12 de la Directiva sobre procedimiento.
4. El acceso al procedimiento.
5. La entrevista personal.
6. Garantías procesales durante el examen de la solicitud.
7. El derecho al recurso efectivo.

8. Reflexiones finales.



[Volver](#)

1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL RETO MIGRATORIO EN EUROPA. ↓

Es innegable que estamos presenciando un fenómeno migratorio de grandes desplazamientos sin precedentes. Los desplazamientos aumentan a un ritmo que supera, incluso, la tasa de crecimiento de la población mundial. Según la ONU en 1970 vivían fuera de su país natal 84 millones de personas; mientras que en 2020 esa cifra alcanzó los 281 millones, representando al 3,6% de la población mundial.

Dentro de esa tendencia migratoria, resultan especialmente preocupantes aquellos desplazamientos que pueden considerarse forzosos. Según el último informe de ACNUR, elaborado en 2022, había unas 89,3 millones de personas desplazadas a la fuerza, más del 1% de la población mundial. Según este informe, la tasa de personas desplazadas a la fuerza ha aumentado bruscamente duplicando las cifras de 2012 (42,7 millones). Es decir, mientras que en 2012 una de cada 167 personas estaba desplazada en el mundo, hoy lo está una de cada 88 personas [01]. La pregunta que nos hacemos ante estos datos es: ¿La Unión Europea, como territorio privilegiado en el mundo, está sabiendo responder a este reto inherente a la globalización?

Durante décadas la UE ha elaborado un sistema normativo sin parangón en el panorama internacional: el Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, SECA) a fin de alcanzar el objetivo plasmado en el artículo 78 del TFUE, otorgar un estatuto de protección adecuado a todo nacional de un tercer Estado que requiera protección. Sin embargo el SECA, pese a sus muchos logros, dista de ser perfecto; y, junto a sus graves lacras que lo sitúan como un sistema insolidario, ineficiente e insuficientemente comunitarizado; se suma

la orientación restrictiva y securitaria que lo ha caracterizado los últimos años y que presenta al inmigrante, incluido a quien busca refugio, como una amenaza contra la seguridad. El resultado ha sido un deterioro de los sistemas nacionales de protección internacional, una mayor inhumanidad en las condiciones de acogida y, en general, un mayor rechazo al solicitante de protección no europeo [02].

Y, pese a la urgente necesidad de reformar los instrumentos normativos del SECA para hacerlos más efectivos y garantistas, las diferentes propuestas de reforma han sido constantemente bloqueadas. La última, el Paquete migratorio presentado en septiembre de 2020. Por su parte, la respuesta de los Estados miembros ha sido excesivamente heterogénea. Partiendo de los bloqueos mostrados en el seno de la Unión, la postura generalizada por parte de los Estados ha sido otorgarle prioridad a sus cortoplacistas intereses nacionales. Y si bien muchos de estos coincidían en el objetivo de lucha contra la inmigración irregular y la externalización de fronteras, las medidas adoptadas han sido tan variadas como cuestionables: ocho Estados del espacio Schengen reactivaron los controles en las fronteras interiores [03]. Otros procedieron a la construcción o ampliación de vallas físicas en su territorio para frenar la entrada de inmigrantes [04]. Más polémica aún fue la propuesta de Dinamarca de trasladar a terceros países a los solicitantes, aún no llevada a cabo en el momento en que se escriben estas líneas. O los bloqueos de Italia que impedía el desembarco en sus puertos de inmigrantes rescatados en el mar. Aunque hasta el momento, el TJUE solo ha condenado las medidas adoptadas por Hungría [05] entre las que destacan la restricción al procedimiento de protección mediante una limitación excesiva de los lugares habilitados para su presentación; y la persecución por vía penal de quienes asisten a los solicitantes de protección proporcionándoles información. No obstante, la más drástica fue la decisión adoptada por Grecia en el año 2020, cuando Turquía reabrió sus fronteras para la renegociación del acuerdo firmado en 2016 -conocido como acuerdo de la «vergUENZA»- y el país heleno anunció la suspensión por un mes del derecho a pedir asilo.

Estas y otras muchas circunstancias que acontecen en los sistemas nacionales de protección internacional evidencian la grave situación en que se encuentran los solicitantes de protección internacional en Europa; pues, además de encontrar con frecuencia unas condiciones de acogida indignas, se topan con procedimientos faltos de garantías en una Europa que presume de sus derechos y que, de manera novedosa, recogió en el artículo 18 de la CDFUE el «derecho al asilo». Sin embargo, la realidad evidencia la imposibilidad de solicitar protección en muchas administraciones nacionales; la falta de asistencia jurídica gratuita; procedimientos incompletos que prescinden de fases tan esenciales como la

entrevista; exámenes inadecuados de las pruebas; recursos sin efectos suspensivos; plazos excesivamente breves; o dilaciones indebidas que afectan de manera grave a la vida del solicitante. Y es que las deficiencias de sistemas saturados y políticamente bloqueados merman la confianza en el propio sistema y conlleva una evidente desprotección de los derechos de los solicitantes y en especial, dada la particular naturaleza del procedimiento de protección internacional, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Por todo ello, el presente trabajo pretende poner el foco de atención en la necesidad de preservar las garantías del procedimiento de protección internacional, esto es, en defensa del derecho a la buena administración y a la tutela judicial efectiva, como garantía del derecho al asilo y de los derechos sustantivos que el solicitante de protección internacional pretende preservar con su solicitud y, en particular, la garantía última de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

2. ¿EXISTE UN DERECHO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL?

El reconocimiento del «derecho al asilo» que recoge el artículo 18 de la CDFUE se realiza en consonancia con el objetivo comunitario de desarrollar una política común en materia de protección internacional destinada a ofrecer uno de los tres estatutos de protección contemplados por el Derecho comunitario (asilo, protección subsidiaria y protección temporal) «a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional», plasmado en el artículo 78 del TFUE.

Según el tenor literal del artículo 18 de la CDFUE, «se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra (...)», lo que supone un reconocimiento singular y meritorio. Y es que, siendo la protección internacional una materia íntimamente ligada al núcleo duro de la soberanía de los Estados, concebido más como una prerrogativa de los Estados que como un derecho, no se recoge en los principales tratados de derechos. Así, por ejemplo, no se incluye ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Es más, la Convención de Ginebra, a la que se remite el propio artículo 18, no proclama un derecho al asilo sino que instaura una norma de derecho imperativo que prohíbe la expulsión a un territorio donde la persona vaya a sufrir tratos inhumanos o degradantes, donde su libertad o su vida corran peligro: el principio de «non refoulement». Pero no existe ni en el Derecho nacional

ni en el internacional un derecho exigible ante las autoridades de un Estado para que este reconozca el asilo. Las Constituciones nacionales se remiten a su desarrollo legal existiendo un consenso en la Comunidad internacional que califica como prerrogativa estatal la concesión de protección internacional.

Por ello, no debemos caer en el error de interpretar que la CDFUE ha creado un derecho. Sería impensable a tenor del artículo 51.2 de la CDFUE pensar que la Carta ha instaurado un derecho al asilo exigible ante las autoridades nacionales. La Carta contiene en realidad una expectativa de Derecho que se desarrolla a través del Derecho derivado en base a las competencias atribuidas: el SECA y su desarrollo por los sistemas nacionales. Y por estos motivos, el contenido del artículo 18 resulta difícil de concretar estando conformado por varios elementos: de un lado, el artículo 18 contiene una materialización del principio de non refoulement. Ello se deduce de la referencia expresa a la Convención de Ginebra que, como se ha señalado, no regula un potencial derecho al asilo sino el principio de non refoulement, esto es, la prohibición de devolución a un lugar donde la persona pueda sufrir tratos inhumanos y degradantes.

Pero si bien no deja de resultar obvio que el respeto a este principio derive del artículo 18, su contenido no puede limitarse a ello. Pues ya hay un artículo expresamente dedicado al mismo, el artículo 19, y otro del que la tradición europea lo ha deducido, el 4. Y es que, es precisamente a través de la genérica e imperativa prohibición de tratos inhumanos y degradantes hacia donde el TEDH ha reconducido su protección.

Encontramos así en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión la prohibición que protege frente a los tratos inhumanos y degradantes del artículo 4; el artículo 19, que en desarrollo del principio de no devolución protege frente a las expulsiones colectivas y frente a aquellas que supongan un grave riesgo de sufrir una tortura o un trato inhumano o degradante. Y un artículo 18 que, con un contenido poco concretado aún, pretende garantizar el derecho a un estatuto de protección internacional en el territorio de la Unión. Tres artículos con zonas convergentes de tutela que, sin embargo, no resultan completamente coincidentes.

Estos preceptos guardan, sin duda, una estrecha relación. Pero no siempre se vulneran simultáneamente. Puede suceder que a una persona se le deniegue el asilo (u otro estatuto de protección internacional) porque, tras un procedimiento con todas las garantías, el Estado considere que no está sometida a un riesgo de persecución y el Estado, por tanto,

no conceda esa protección. Pero puede ocurrir que ese solicitante de protección esté gravemente enfermo y el mero traslado le suponga un empeoramiento tan grave como para alcanzar el umbral de trato inhumano. En ese caso, el rechazo al asilo no vulnera el artículo 18 pero sí que puede dar lugar a la vulneración del artículo 19 e incluso del 4 si se procede a su expulsión.

Así lo consideró el Tribunal de Justicia de la Unión en el caso *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contra Moussa Abdida* [06], al interpretar el alcance del artículo 19 en relación con la jurisprudencia del TEDH:

«De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la que debe atenderse en aplicación del artículo 52, apartado 3, de la Carta para interpretar el artículo 19, apartado 2, de ésta, resulta que, si bien los no nacionales afectados por una decisión que permite su devolución no pueden en principio reclamar un derecho a permanecer en el territorio de un Estado para seguir beneficiándose de la asistencia y de los servicios médicos sociales u otros prestados por ese Estado, la decisión de devolver a un extranjero aquejado de una dolencia física o mental grave a un país en el que los medios para tratarla son inferiores a los disponibles en el referido Estado puede suscitar una cuestión a la luz del artículo 3 del CEDH, en casos muy excepcionales, cuando sean imperiosas las consideraciones humanitarias contrarias a esa devolución (véase en especial TEDH, sentencia N. c. Reino Unido de 27 de mayo de 2008, § 42)».

O al contrario, que a una persona se le someta a una devolución a un territorio seguro, y donde no corre ese riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes; pero que no se le haya permitido previamente acceder al procedimiento de protección internacional. Como ocurre con frecuencia en las expulsiones en frontera y las conocidas «expulsiones en caliente». En ese caso podría apreciarse una vulneración del artículo 18 de la Carta. Aunque, ¿cómo asegurar que ese Estado es seguro para aquella persona si no se le permite acceder previamente a un procedimiento de protección internacional donde exponer los motivos de su huida?

Con todo ello, podemos concluir que la otra parte fundamental del artículo 18 CDFUE se corresponde con el derecho de acceso al procedimiento de protección internacional; estableciéndose un claro vínculo entre el mal llamado derecho al asilo y el derecho a la tutela judicial efectiva. Aquí reside la importancia que tiene el estudio de las garantías del procedimiento de protección. Si bien, no podemos errar considerando todo defecto en el proceso como una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, la vulneración de determinadas garantías revisten de una especial gravedad que, en la práctica, conlleva que el procedimiento de protección internacional no se desarrolle de manera

efectiva. En consecuencia, el número de solicitudes concedidas e incluso el de solicitudes presentadas merman y, precisamente por las particularidades de este procedimiento, se derivan violaciones graves de derechos humanos con especial incidencia en la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Con todo ello, debemos ser conscientes de la realidad que se vive en la UE desde hace décadas donde, tanto los procedimientos de solicitud de protección internacional como los procedimientos de expulsión (en los que estos pueden desembocar) están viéndose afectados por sistemas ineficaces desbordados ante los flujos migratorios masivos y mixtos. En este sentido, existe ya una larga jurisprudencia europea condenando las vulneraciones a la tutela judicial efectiva en ambos procedimientos, y exponiendo inútilmente las graves repercusiones que dichas violaciones tienen en la vida de los afectados, sin que se hayan producido cambios en la normativa europea. Pero solo si atendemos a las particularidades que rodean a estos procesos comprenderemos la trascendencia de la que revisten sus garantías procesales, a fin de velar por la seguridad jurídica en su estatus, en sus derechos y en sus obligaciones. De otra manera, podría ocurrir que a un solicitante de protección internacional se le mantenga durante más de doce años sin una resolución, y con una legislación nacional que le impide, hasta obtener una resolución favorable, sacarse el carné de conducir o matricularse en una universidad. Es decir, hacer su vida [07].

La problemática, por tanto, va más allá de la cuestión de la titularidad del derecho; que podemos considerar superada al existir consenso en la Comunidad Internacional en calificar la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental inherente a la persona [08]. El principal problema que nos encontramos, y que se hace evidente de una lectura de la jurisprudencia europea en la materia, es que los sistemas nacionales se encuentran desbordados. El panorama poco ha cambiado desde *M.S.S c. Bélgica y Grecia* [09]. El SECA, a pesar de sus indudables logros, ha resultado un sistema ineficaz, insolidario y de desigual aplicación entre los Estados Miembros. Pero entre las numerosas críticas que este sistema recibe [10], hay una especialmente alarmante: el respeto a los derechos fundamentales durante el procedimiento. Las perspectivas no permiten ser optimista. Actualmente, la reforma del SECA está paralizada. Y aun cuando en el mejor de los casos, las legislaciones nacionales o las actuales normas europeas se consideraran suficientemente garantistas, la puesta en práctica condicionada por los fallos del sistema imposibilitan su correcto desarrollo en perjuicio del derecho a la tutela judicial de los requirentes, en primer lugar; y en segundo, de los derechos que el propio procedimiento está encaminado a garantizar, que pueden llegar a resultar ilusorios. Por tanto, velar para que se respeten todas

las garantías procesales y los derechos incluidos en el más amplio derecho a la tutela judicial efectiva durante estos procedimiento garantizan, no solo el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también otros derechos sustantivos como el derecho al asilo (artículo 18 CDFUE), o la absoluta prohibición del artículo 4 de la Carta cuyo respeto, como se concluirá, depende en gran medida de las garantías procesales durante los procedimiento de protección internacional y de expulsión.

3. LAS GARANTÍAS GENERALES DEL ARTÍCULO 12 DE LA DIRECTIVA SOBRE PROCEDIMIENTO. ↓ ↑

En atención a esa relación entre tutela judicial efectiva y protección internacional, la actual Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (en adelante Directiva de procedimiento), contempla una serie de garantías procesales. Esa vinculación con el propio derecho sustantivo a la protección internacional se reconoce en el considerando 25 de la actual Directiva 2013/32 al afirmar que: «en aras del adecuado reconocimiento de las personas necesitadas de protección (...) todo solicitante debe tener acceso efectivo a los procedimientos, la oportunidad de cooperar y comunicarse realmente con las autoridades competentes para poder presentar los hechos pertinentes para su caso, así como las garantías procedimentales suficientes para estar en condiciones de proseguir el procedimiento en todas sus fases». Y con este espíritu, la norma prevé una serie de garantías, tanto en fases concretas del procedimiento, como la entrevista o el recurso; como otras más genéricas que deben asegurarse durante todo el procedimiento.

En estas últimas se centra el artículo 12 de la Directiva, según el cual en los procedimientos en primera instancia recogidos en el Capítulo III de la norma, esto es: procedimiento de inadmisión de la demanda; de examen; de solicitud posterior; y en los procedimientos fronterizos los solicitantes de protección disfrutarán de las siguientes garantías:

A) Recibir información sobre el procedimiento en un idioma comprensible por el requirente [11]. Se trata de una garantía de vital importancia puesto que es frecuente (y comprensible) que el solicitante de protección no conozca el funcionamiento de un procedimiento tan específico en el país de llegada: frente a quién entablarlo, con qué plazos cuenta, cuáles son sus derechos y cuáles sus obligaciones, etc. Sin embargo, el

desconocimiento de esa información puede dar lugar, incluso, a que la Administración presuma su desistimiento; por tanto, no solo el éxito de la solicitud sino el propio desarrollo del procedimiento dependerá de la información que se proporcione a quien expresa su deseo de solicitar protección.

La directiva asume esa relación entre el acceso a la información y el propio acceso al procedimiento. Tal y como refleja, por ejemplo, la obligación establecida en el artículo 6 apartado 1 relativa al deber de los Estados miembros de velar por que las autoridades que, sin ser competentes, sea probable que reciban solicitudes de protección internacional (policías, guardias de frontera, personal de los centros de internamiento...) dispongan de información y formación suficiente para poder informar a los solicitantes de cómo y dónde plantear la solicitud. Sin embargo, se ha demostrado que difiere considerablemente entre un Estado miembro y otro. En el estudio realizado para la elaboración de la propuesta de reforma del Reglamento Dublín [12], la mayoría de Estados miembros señalaron que la información aportada es «información general», que puede resultar insuficiente respecto de lo establecido en la normativa europea y, en concreto, respecto al artículo 4 del reglamento Dublín III [13]. Y es más, en ciertos Estados es posible incluso que no se proporcione información o esté obsoleta.

B) Contar con los servicios de un intérprete financiado a través de fondos públicos, al menos, cuando la comunicación en las entrevistas sobre el fondo o sobre la admisibilidad de la demanda no sea posible. Una garantía procesal que ha sido abordada por el TEDH como contenido del artículo 6 del CEDH, pero que deja fuera de su ámbito de aplicación el procedimiento de protección internacional. No obstante, además de su reconocimiento expreso en la Directiva, este derecho se encontraría dentro de las garantías del artículo 13 del CEDH, que sí resulta aplicable. Y amparado por el artículo 47 de la CDFUE.

C) Aunque la norma no obliga a los Estados a contactar con ACNUR, prohíbe a estos que nieguen al solicitante el contacto con el Alto Comisionado o con cualquier otra organización que preste asesoramiento a los solicitantes, de conformidad con el Derecho estatal.

D) Se prohíbe además que los Estados nieguen a los solicitantes, a sus abogados o a sus asesores jurídicos el acceso a la información a la que se refiere el artículo 10 de la Directiva. En concreto, a la información proporcionada preceptivamente por la EASO y

ACNUR, u otras organizaciones internacionales pertinentes, respecto a la situación general del país de origen del solicitante. Y, de haber sido solicitado por el personal que examine la solicitud [14], al informe emitido por un experto relativo a aspectos médicos, culturales, religiosos, de menores, o de género.

E) Otra garantía de vital importancia es la notificación de la resolución sobre su solicitud en un plazo razonable. Y es que, si la garantía de unos plazos razonables está presente en todos los procedimientos en tanto que derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, es evidente su importancia en este procedimiento y, como se señaló supra, su incidencia en la integración del solicitante.

Para nuestros tribunales, el problema de la dilación indebida no le es ajeno. Como tampoco lo es para el Tribunal de Estrasburgo, que ha subrayado la prolongada situación de incertidumbre en la que se encuentra el requirente de protección debido a la pasividad de la Administración, y las consecuencias jurídicas que devienen de su estatus temporal. Así, en asuntos como M.S.S contra Bélgica y Grecia o en B.A.C. contra Grecia, el TEDH señaló que entre las obligaciones de los Estados se incluye el deber de examinar la solicitud de asilo para que la situación de inseguridad jurídica sea lo más breve posible [15], y reducir de este modo el período durante el cual el solicitante está sujeto a unas condiciones de acogida potencialmente inadecuadas [16]. En el asunto de B.A.C, el Tribunal encontró injustificado que las autoridades prolongaran la incertidumbre de una solicitante de protección sobre su estatus jurídico durante más de doce años. Una situación, que impidió a la demandante matricularse en la Universidad, abrirse una cuenta bancaria, u obtener el permiso de conducir, entre otras cosas. En este caso, resulta además reseñable que la condena del Tribunal no fuera por violación del derecho a un proceso equitativo, puesto que la propia línea jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo excluye del ámbito de aplicación del artículo 6 del Convenio a la materia migratoria, reservando su ámbito de aplicación a derechos y obligaciones de carácter civil y acusaciones penales. Por ello, el TEDH trasladó el estándar de protección a la esfera protegida de otro derecho, en concreto, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, condenando finalmente a Grecia por violación del artículo 8 en conexión con el artículo 13. Una argumentación que ha seguido en otros procedimientos relativos a temas migratorios, más allá de la protección internacional, como por ejemplo en el asunto Aristimuo Mendizabal c. Francia [17] donde la tardanza de catorce años para expedir un permiso de residencia se consideró vulneradora del artículo 8, al provocar una situación de precariedad e inseguridad que afectó a su vida privada y familiar.

En el mismo sentido, el TJUE ha señalado que, aunque los Estados miembros regulan sus modalidades procedimentales en virtud del principio de autonomía procesal, la efectividad del acceso al estatuto de protección internacional exige que el examen de la solicitud se lleva a cabo en un plazo razonable [18]. Lo que, a su vez, constituye una exigencia del derecho a una buena administración (Art. 41 CDFUE). Por ello, atendiendo a la afectación que suponen los plazos en la vida privada y familiar del solicitante; y sobre todo, a la necesidad de agilizar los trámites en un sistema ineficiente y colapsado, la actual propuesta de reforma del SECA mantiene el plazo de seis meses para una primera resolución [19], aunque prevé plazos más breves para la tramitación de solicitudes manifiestamente infundadas.

La cuestión que, sin embargo, continúa sin resolverse es qué consecuencias tiene una dilación indebida en el procedimiento. Así, recientemente se ha pronunciado al respecto el TJUE [20] confirmando las conclusiones del Abogado General quien, remitiéndose a la jurisprudencia del asunto Torubarov [21], señaló que aunque el mero incumplimiento de la obligación de adoptar una resolución en un plazo razonable no afecta a los criterios de concesión del estatuto de protección internacional y por tanto, no puede fundamentar su concesión; cuando el incumplimiento de este deber vulnera el derecho de defensa del solicitante podría justificar per se la anulación de una resolución denegatoria. O, dicho de otro modo,

«El eventual incumplimiento de la exigencia de tramitar en un plazo razonable los asuntos en materia de protección internacional, tanto en las fases administrativa como judicial, no puede tener como consecuencia, por sí solo, la anulación de una resolución por la que se desestima un recurso de anulación de una resolución denegatoria de una solicitud de protección internacional, a menos que la superación del plazo razonable haya tenido como consecuencia una vulneración del derecho de defensa. (...)La inobservancia de un plazo de enjuiciamiento razonable no puede conducir, si no existe indicio alguno de que la excesiva duración del procedimiento administrativo o judicial influyese en la solución del litigio, a la anulación de la resolución administrativa o de la resolución judicial impugnada» [22]

Correspondiendo al órgano jurisdiccional remitente valorar esa potencial vulneración.

Tras un repaso de las garantías generales previstas en el artículo 12 debemos pasar a examinar otras garantías procesales que deben estar presentes en fases concretas del procedimiento, cuya vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva las configura como auténticos derechos.

4. EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO. ↓ ↑

Cronológicamente, y siguiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, «el primer contenido del derecho a obtener la tutela judicial efectiva es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas» [23].

Este derecho, que debe ser «concreto y efectivo», podemos observarlo desde diversas ópticas en relación al procedimiento de protección internacional: de un lado la consideración como ilegítimas de aquellas normas o prácticas que hacen excesivamente difícil el acceso al procedimiento. Prácticas con un trasfondo disuasorio, a las que la realidad nos tiene cada vez más acostumbrados, pero que son contrarias a la Directiva 2013/32 pues, como recordó el TJUE: «el objetivo mismo de la Directiva 2013/32, en particular de su artículo 6, apartado 1, que consiste en garantizar un acceso efectivo, sencillo y rápido al procedimiento de protección internacional» [24]. A este respecto es necesario señalar que, a pesar de ser una garantía lógica del derecho a la protección internacional, garantizado en el artículo 18 de la CDFUE, el Sistema Europeo Común de Asilo no prevé un sistema efectivo de vías legales y seguras para llegar a Europa. Esta realidad [25], sumada a que la Directiva sobre procedimiento retrasa su aplicación hasta el momento en que el individuo ha llegado a la frontera, aguas territoriales o zonas de tránsito, conlleva que la inmensa mayoría de solicitudes de protección estudiadas y concedidas procedan de inmigrantes que llegaron irregularmente al territorio.

Sin duda, esta falta de vías que pretende servir de disuasión impide el acceso efectivo, sencillo y rápido a la jurisdicción como primera potencial vulneración del derecho a la tutela judicial y del propio derecho al asilo, garantizado en el artículo 18 de la Carta, por parte de un sistema de protección que articula como prioridad la gestión de fronteras y la lucha contra la inmigración ilegal. Un sistema que ha llegado a considerar conforme a Derecho las expulsiones en caliente en una polémica sentencia del TEDH [26]. Si bien es conveniente puntualizar a este respecto que la STS 3445/2020 [27] ha reconocido, de manera insólita en el panorama comunitario, el Derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España precisamente en atención a los argumentos que el

Gobierno español alegaba en la famosa STEDH de N.D y N.T. Y es que en aquel polémico asunto fue determinante el argumento del Gobierno sobre la existencia de vías legales para solicitar asilo que, a juicio del TEDH, deslegitimaba la acción de los demandantes de cruzar ilegalmente asaltando la valla [28].

La segunda perspectiva nos lleva a estudiar el acceso efectivo al procedimiento ante administraciones saturadas. Se trata de una cuestión que se ha generalizado en los últimos años para los trámites frente a la Administración Pública. En particular, a partir de la pandemia del Covid-19 y el mantenimiento de la obligación de solicitar cita previa. Así, algunos autores han señalado que, como ese requisito no está ya suficientemente justificado al extinguirse el motivo de salud pública que lo avaló, supone un obstáculo para el acceso de la sociedad a los servicios públicos. Para el acceso al procedimiento de protección internacional pueden pasar meses hasta poder solicitar la cita. Tal y como se ha comprobado en el momento de escribir estas líneas, la página web únicamente comunica que no hay citas disponibles [29], sin opción a consultar y reservar la próxima fecha accesible, mientras grupos organizados se lucran vendiendo esas citas [30]. Así lo denuncian los propios interesados [31]. La saturación del sistema, y la falta de respuesta por parte de las instituciones que debían haber previsto y respondido al aumento de solicitudes, conllevan el bloqueo del procedimiento y sitúa en situación de limbo jurídico a aquellos que muestran el deseo de solicitar protección internacional, pero que no pueden formalizar su solicitud. Pues sin este trámite formal, no quedan bajo el estatus de solicitantes y son colocados en una situación aún más vulnerable donde con frecuencia se les niega el acceso a las condiciones de acogida que prescribe la Directiva de Condiciones de Acogida.

Y es que, el momento en que una persona adquiere el estatus de solicitante no es un asunto pacífico. El TJUE ha interpretado la Directiva de condiciones de acogida 2013/33 señalando que «los EEMM velarán por que los solicitantes puedan disponer de las condiciones materiales de acogida cuando presenten su solicitud de protección internacional» [32] Sin embargo, el concepto «momento en que presenten su solicitud de protección internacional» no está correctamente definido y, a este respecto, resulta oportuno observar el considerando 27 de la Directiva 2013/32 que señala la obligación para los EEMM de inscribir a las personas que hayan expresado «su deseo de solicitar protección internacional» como solicitantes de protección cuanto antes [33]. Por lo que la interpretación más garantista sería aquella que otorgase ese estatus a quien exprese el deseo de solicitar protección cuando la falta de formalización de su solicitud sea imputable a la propia Administración. En este sentido, la propuesta presentada en 2016 para la reforma de la

Directiva de procedimiento adelanta el inicio del procedimiento a la mera expresión del deseo de protección internacional a determinadas autoridades. Idea que parece haberse mantenido en la propuesta de 2020, pendiente de aprobación.

Por último, hablar del acceso al procedimiento también requiere abordar el tema del acceso a la justicia gratuita como auténtica garantía de este derecho. El derecho a la asistencia jurídica, hartamente reconocido, e inherente a la tutela judicial efectiva, se encuentra así garantizado no solo en los ordenamientos nacionales sino, a nivel Europeo tanto por el CEDH como por la CDFUE. Así, el limitado ámbito de aplicación del artículo 6 del Convenio, no ha impedido al Tribunal de Estrasburgo considerar esta garantía procesal inherente al artículo 13 del CEDH. Y es que los remedios previstos en el artículo 13 deben ser efectivos, y para ello deben resultar accesibles en la práctica y no solo de forma teórica, lo que puede implicar la gratuidad de la asistencia jurídica o la exención de tasas. Y así lo consideró, entre otros, en el famoso asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia [34]. Por su parte, el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión dispone que «toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

Como derecho reconocido en la Carta, es de aplicación cuando los Estados miembros aplican Derecho de la Unión y, por tanto, lo es en los procedimientos de protección internacional, en los procedimientos para impugnar las condiciones de acogida y en los procedimientos de retorno. No obstante, la Directiva parece ajena a este reconocimiento que hace la Carta y lo limita de manera estricta.

Pero para comprender el tratamiento que hace la Directiva de este derecho primero debemos diferenciar el derecho a recibir información jurídica gratuita del más amplio derecho a la asistencia jurídica gratuita, que es al que aquí nos referimos ahora. Esta distinción es esencial porque, a pesar del reconocimiento en la CDFUE y en CEDH, la actual Directiva sobre procedimientos limita el derecho a la asistencia jurídica gratuita a la fase de recurso. Garantizando en todas las fases del procedimiento, únicamente, la puesta a disposición de información jurídica y procesal gratuita.

Así, el artículo 20 de la referida Directiva, bajo el título: «Asistencia jurídica y representación legal gratuitas en los procedimientos de recurso» garantiza la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de recurso contemplados en el título V de la norma.

Mientras que el artículo 19, que si es de aplicación en todas las fases del procedimiento, únicamente prevé la puesta a disposición de información jurídica y procedimental.

La norma contempla la posibilidad de que los Estados reconozcan esta asistencia jurídica en todas las fases, pero no como obligación. Y es que, si leemos detenidamente la Directiva de Procedimiento, esta desprende a priori una apariencia garantista que se desvanece cuando nos detenemos a observar estas deliberadas distinciones que sirven para flexibilizar el resto de obligaciones impuestas a los Estados, dotándolos de un excesivo poder discrecional. Y más evidente resulta cuando, el artículo 21 sobre «Condiciones para la puesta a disposición gratuita de información jurídica y procedimental y la prestación de asistencia y representación legal gratuitas» restringe aún más el derecho al prever la posibilidad de que los Estados no la concedan, incluso en la fase de recurso, cuando el solicitante no se encuentre ya en el territorio. Una medida draconiana para castigar los «temidos» movimientos secundarios. De este modo se restringe aún más un derecho ya excesivamente limitado, incluso en la única fase que la norma había considerado *minimum invulnerable*. Lo que resulta un riesgo para la tutela judicial efectiva del solicitante que, por falta de medios, puede no lograr una adecuada asistencia jurídica desde el inicio del procedimiento. Aun cuando, evidentemente, la falta de una auténtica asistencia desde la primera fase puede conllevar que la persona no alcance la fase de recurso.

Esta medida se entiende únicamente como herramienta configurada para disuadir, en la medida de lo posible, del acceso al procedimiento o de un procedimiento exitoso. Consciente de estas graves vulneraciones, la actual propuesta de reforma plantea una nueva configuración de este derecho: la Directiva de Procedimiento será sustituida por el Reglamento de Procedimiento que prevé la asistencia jurídica gratuita en todas las fases del procedimiento. Aunque excluyendo las solicitudes posteriores y las consideradas infundadas.

La propuesta de ampliar el reconocimiento de asistencia jurídica gratuita ha sido justificada por la Comisión alegando que: «la práctica (...) demuestra que la prestación de asistencia jurídica y representación gratuitas es útil para garantizar una asistencia de buena calidad, lo cual contribuye a mejorar la calidad de las resoluciones administrativas y, posiblemente, a reducir el número de apelaciones [35]». Esta propuesta, sin embargo, se registró en 2016 y, aunque la mantiene el Pacto Migratorio de 2020, en el momento en que se escribe este trabajo continúa bloqueada. Es el precio a pagar por una regulación más rigurosa (el reglamento) y algo más garantista, que sustituiría una norma transigente con las

políticas antiinmigración de algunos Estados miembros, y que tienen como objetivo limitar al máximo el acceso al procedimiento de protección.

5. LA ENTREVISTA PERSONAL. ↓↑

Otra garantía procesal que resulta esencial para que el procedimiento de protección internacional resulte efectivo es la entrevista personal. Esta consiste en una conversación entre el solicitante de protección internacional y la autoridad competente y desempeña un papel fundamental en varios momentos claves del procedimiento de protección. Así, el Reglamento Dublín III prevé su celebración en un momento inicial del procedimiento, previo a la adopción de cualquier decisión de traslado, con dos objetivos: determinar el Estado miembro responsable de la solicitud, y asegurar la correcta comprensión por parte de solicitante de la información que se le debe haber proporcionado. Y concretando de un modo más detallado las circunstancias en las que debe celebrarse el acto de la entrevista, los artículos 14, 15 y 16 de la Directiva sobre procedimiento prevén el derecho del solicitante a ser convocado a una entrevista personal antes de que la autoridad adopte una resolución, por una persona competente con arreglo al Derecho nacional, y con especiales cautelas cuando la entrevista verse sobre el fondo de la solicitud o sobre su inadmisibilidad.

Lejos de ser una mera formalidad, la entrevista personal en el procedimiento de protección internacional ha sido considerada por el TJUE como una manifestación del derecho a ser oído en todo procedimiento. Es decir, una concreción del derecho de defensa (consagrado en el artículo 47 CDFUE), del derecho a un proceso equitativo (artículo 48 CDFUE), y del derecho a una buena Administración (artículo 41.2 CDFUE).

Así lo consideró el Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto M.M contra Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland y Attorney General que, si bien es anterior a la actual Directiva de procedimiento, le permitió pronunciarse, en el marco de una cuestión prejudicial, sobre la importancia de garantizar el derecho del solicitante a ser oído. Incluso cuando, como en aquel caso, el procedimiento sea consecuencia de otro procedimiento anterior en el que ya se hubiera realizado la audiencia con el solicitante. El TJUE rechazó entonces la tesis planteada por el Tribunal remitente y defendida por el gobierno de Irlanda y concluyó que «cuando un Estado miembro haya optado por establecer dos procedimientos distintos y sucesivos para el examen de la solicitud de asilo y

la solicitud de protección subsidiaria, es necesario que, con arreglo al carácter fundamental que reviste, se garantice plenamente el derecho del interesado a ser oído en ambos procedimientos» [36].

En este sentido, el TJUE expuso de manera contundente los motivos de su inexcusable realización:

«Por lo que respecta, más concretamente, al derecho a ser oído en todo procedimiento, (...) dicho derecho está consagrado hoy no sólo en los artículos 47 y 48 de la Carta, que garantizan el respeto del derecho de defensa y del derecho a un proceso equitativo en el marco de cualquier procedimiento jurisdiccional, sino también en el artículo 41 de la misma, que garantiza el derecho a una buena administración. El apartado 2 de dicho artículo 41 establece que este derecho a una buena administración incluye, en particular, el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Hay que señalar que, como resulta de su propio tenor literal, este precepto es de aplicación general. Además, el Tribunal de Justicia ha destacado reiteradamente la importancia del derecho a ser oído y su muy amplio alcance en el ordenamiento jurídico de la Unión, y ha considerado que este derecho debe aplicarse a cualquier procedimiento que pueda terminar en un acto lesivo (véanse, en particular, las sentencias de 23 de octubre de 1974, *Transocean Marine Paint Association/Comisión*, 17/74, apartado 15; *Krombach*, apartado 42, y *Sopropé*, apartado 36). (...) El respeto de dicho derecho se impone incluso cuando la normativa aplicable no establezca expresamente tal formalidad (véase la sentencia *Sopropé*, antes citada, apartado 38)» [37].

La importancia de la entrevista es tal, que la Directiva sobre procedimientos no solo impone a los Estados la obligación de brindar al solicitante la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal sino que, yendo más allá, fija ciertos parámetros sobre las condiciones en que se debe llevar a cabo. Normas que velan por el adecuado desarrollo de la entrevista, en particular, y las garantías del procedimiento de protección internacional, en general. Las mismas están orientadas a la observancia de las particularidades de cada solicitante atendiendo a su potencial vulnerabilidad y la especial sensibilidad de la información que puede recabarse durante la misma. Por ello, el artículo 15 de la Directiva prevé que la entrevista se lleve a cabo, por norma general, salvo que la autoridad decisoria estime lo contrario, sin la presencia de miembros de la familia del solicitante y en condiciones que garanticen la confidencialidad. Asimismo, la norma contempla directrices sobre la persona que debe llevar a cabo la entrevista, especificando que cuando se trate de una entrevista sobre el fondo de la solicitud deberá ser celebrada por una persona que

«forme parte del personal de la autoridad decisoria» y que «no lleve uniforme militar ni de las fuerzas del orden».

La norma insiste también en la formación del entrevistador, que deberá tener conocimiento tanto del procedimiento como de los problemas que puedan afectar a la capacidad del solicitante para mantener una entrevista, con especial consideración a la posibilidad de que el solicitante haya sido torturado en el pasado. Y deberá ser capaz de tener en cuenta las circunstancias tanto personales como generales que rodean a la solicitud, entre otras: las raíces culturales, la orientación sexual, la identidad de género o condiciones que puedan implicar una especial vulnerabilidad. Además, el considerando 32 de la Directiva sobre procedimientos ordena que se tenga en cuenta el factor género para lograr una igualdad sustantiva entre los solicitantes en base a lo cual, el artículo 15 prevé que, siempre que sea posible, y cuando así se requiera, el entrevistador y el intérprete serán del mismo sexo que el solicitante.

Sin embargo, a pesar de la reconocida importancia de esta fase, que se desprende del detalle con el que ha sido regulado por la Directiva y de la propia jurisprudencia del TJUE, la normativa permite omitirla bajo determinadas circunstancias. Incluso, el artículo 15.3 dicta: «La ausencia de entrevista personal de conformidad con el presente artículo no impedirá que la autoridad decisoria dicte una resolución sobre una solicitud de protección internacional».

Sobre este punto se pronunció el TJUE en el asunto *Milkiyas Addis* contra *Bundesrepublik Deutschland* [38] en respuesta a una cuestión prejudicial en la que se le planteaba cuáles serían las consecuencias si, existiendo la obligación para el Estado de convocar al solicitante a una entrevista personal antes de adoptar la decisión de inadmisibilidad sobre su solicitud, esta se omitía teniendo en cuenta que el solicitante podría aún, en ese punto, presentar todos sus argumentos durante el procedimiento de recurso.

En el caso concreto que se enjuiciaba, la solicitud había sido considerada inadmisibile en base al artículo 33 de la Directiva de procedimiento, por haber sido ya concedida la protección internacional por otro Estado miembro, Italia. No obstante, el órgano remitente consideró que el procedimiento seguido había podido incumplir la obligación de conceder una entrevista al solicitante; pues, aunque el caso concreto se prevé en el artículo 33 de la Directiva sobre procedimiento, y por ello podía considerarse inadmisibile la solicitud, esta excepción no es una de las causas previstas para omitir la

entrevista personal atendiendo al papel tan relevante que cumple la entrevista en ese supuesto.

Precisamente lo que el procedimiento nacional seguido en Alemania había obviado es que el interés de la entrevista en ese punto del procedimiento permite, como recordó el Tribunal,

«no solo brindar al solicitante la oportunidad de expresarse acerca de si otro Estado miembro le ha concedido efectivamente la protección internacional, sino, especialmente, sobre la posibilidad de presentar todos los datos que caracterizan sus circunstancias concretas a fin de que dicha autoridad pueda descartar que, en caso de traslado a ese otro Estado miembro, el citado solicitante correría un grave riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 4 CDFUE» [39].

Demostrando, una vez más, la indudable conexión entre las garantías del proceso y la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Y es que, el TJUE ya se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la grave vulneración de derechos que puede conllevar la aplicación automatizada de la normativa sobre protección internacional, y en concreto sobre el Reglamento Dublín III relativo a la determinación del Estado miembro responsable. En este sentido, la facultad que confiere el artículo 33 de la Directiva sobre procedimientos de inadmitir una solicitud porque otro Estado miembro ya la haya concedido sería contraria a la jurisprudencia del Tribunal cuando las «condiciones de vida que dicho solicitante encontrará previsiblemente en ese otro Estado miembro como beneficiario de la mencionada protección lo expongan a un grave riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 4 de la Carta»[40].

Pero lo cierto es que ese grave riesgo solo puede apreciarse si se ofrece al solicitante la posibilidad de que aporte previamente toda la información posible. Y es en ese momento procesal, durante la entrevista, donde el solicitante puede proporcionarla más fácilmente, y donde la autoridad puede asegurarse de que efectivamente requirió al solicitante para que presentase toda la información concerniente a las consecuencias de llevar a cabo el traslado, así como evaluar las circunstancias concretas del solicitante y su vulnerabilidad. Por tanto, siendo evidente la importancia de la entrevista, y no estando contemplada su omisión dentro de las exhaustivas excepciones de la Directiva sobre procedimiento, el Tribunal tuvo que responder a la gran pregunta, omitida en la Directiva: ¿cuáles son las consecuencias de su incumplimiento?

El TJUE recordó su doctrina según la cual, para que la vulneración del derecho de defensa conlleve la anulación de la decisión adoptada, es necesario demostrar que su correcto ejercicio hubiera llevado a un resultado distinto. Pero no la consideró extrapolable al derecho a la entrevista durante el procedimiento de protección internacional. Y ello porque el legislador europeo ha considerado este trámite tan esencial que ha establecido un régimen para asegurar su correcto desarrollo y garantizar que la Administración requiera al solicitante toda la información pertinente para considerar la admisibilidad y procedencia de su solicitud. Y en línea con esta argumentación, el TJUE consideró que no bastaba para suplir este derecho ni la posibilidad de que el solicitante exponga en un recurso escrito los motivos para anular la resolución de inadmisibilidad ya adoptada; ni una disposición nacional que obligue a la autoridad decisoria a investigar de oficio.

Y concluyó el Tribunal interpretando que la normativa europea se opone a que, en caso de incumplimiento de la obligación de brindar al solicitante de protección internacional la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal antes de adoptar una resolución de inadmisibilidad, el Derecho nacional pueda prever que esta omisión no cause la anulación de tal resolución y la devolución del asunto a la autoridad decisoria. Salvo que la normativa permita al solicitante presentar en persona todos sus argumentos ante el órgano jurisdiccional que conozca del recurso contra la decisión de inadmisibilidad adoptada, cumpliendo todas las garantías previstas en el artículo 15 de la Directiva de Procedimiento. Además, en el fallo trasladó al órgano remitente la función de comprobar si al demandante, al que ya se había privado de la entrevista en primera instancia, se le brindaba aún la posibilidad de ser oído conforme a todos los requisitos del artículo 15. De modo que si no quedaba garantizada la posibilidad de una entrevista para el requirente en el procedimiento de recurso, debía anular la resolución denegatoria y devolver el asunto a la autoridad decisoria.

Pero a pesar de la reconocida importancia nos encontramos, de nuevo, con un océano entre el ser y el deber ser. El estudio al que nos referimos previamente, que se llevó a cabo para la elaboración de la propuesta de reforma del Reglamento Dublín [41] se hizo eco de como «la falta de capacidad en algunos de los países sobrecargados han impedido a las autoridades llevar a cabo entrevistas de forma sistemática», y en otros Estados se han visto retrasadas considerablemente por la elevada afluencia. Por todo ello la propuesta de reforma ha tratado de blindar el derecho a la entrevista personal estableciendo su obligatoriedad tanto para la fase de admisión como sobre el fondo y previendo importantes garantías como la asistencia de un asesor jurídico y de un intérprete, y el acceso a la grabación de la misma

antes de que la autoridad competente adopte una decisión. Pero sigue existiendo un problema esencial, la falta de medios y personal para llevar a cabo las entrevistas dentro de un procedimiento eficiente y comprometido con los plazos pueden hacer de esta garantía, un derecho teórico.

6. GARANTÍAS PROCESALES DURANTE EL EXAMEN DE LA SOLICITUD.



Durante el examen de la solicitud los requirentes pueden y deben aportar cuanta información sea necesaria. Se trata de un derecho inherente a la tutela judicial efectiva, y la otra cara de un deber reflejado en el artículo 4 de la Directiva 2011/95 sobre requisitos de reconocimiento como beneficiarios de protección internacional. Sin embargo, que la carga de la prueba pese sobre el solicitante conlleva graves problemas en la práctica.

Atendiendo a las peculiaridades de este procedimiento, en concreto, a la historia personal de quien solicita protección internacional, seremos conscientes de que quien huye de su hogar, no siempre va a poder llevar consigo toda la documentación oficial que las autoridades exigen, y que podría simplificar la decisión despejando las dudas. Más cuando, como sabemos, la mayoría de solicitantes de protección recurren a vías clandestinas y altamente peligrosas. Por ello, el TEDH ha señalado que esa imposibilidad material para aportar pruebas documentales no puede considerarse concluyente [42].

El Tribunal es consciente de que en esta fase del procedimiento, el examen de la solicitud, es cuando verdaderamente el derecho a la protección internacional, y por ende todos los derechos que se verían vulnerados si el demandante volviera a su país, están en juego. Es decir, durante el estudio y la posterior estimación o desestimación de una solicitud se decide sobre el reconocimiento de la protección internacional. Pero esa decisión repercutirá en otros derechos fundamentales como puede ser en la propia vida, en la salud, en la vida privada y familiar, en la libertad en cualquiera de sus formas y, en último término, en la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Esta es la principal diferencia entre el procedimiento de protección internacional y otros procedimientos. Por ello el TJUE ha insistido en recordar que, aunque es obligación del solicitante presentar los elementos necesarios que fundamenten su solicitud, los Estados miembros tienen la obligación de cooperar activamente con el solicitante para recabarlos [43].

Más drástico resulta el planteamiento del Tribunal de Estrasburgo con una doctrina nada pacífica sobre la aplicación del principio del beneficio de la duda cuando, tras el relato de hechos, y con las pruebas que haya podido aportar el solicitante, la autoridad competente albergue dudas. Doctrina que se plasmó en el asunto J.K. c. Suecia [44]

«Sin embargo, las normas relativas a la carga de la prueba no deben hacer ineficaces los derechos de los solicitantes protegidos por el artículo 3 del Convenio. También es importante tener en cuenta todas las dificultades que un solicitante de asilo puede encontrar en el extranjero a la hora de reunir pruebas. Tanto las normas desarrolladas por ACNUR (...) como el artículo 4 § 5 de la Directiva sobre requisitos reconocen, explícita o implícitamente, que debe concederse el beneficio de la duda a favor de una persona que solicite protección internacional.» [45]

No obstante, la aplicación de este principio puede implicar trasladar la carga de la prueba al Estado, obligación con la que discreparon los jueces Jäderblom, Gričco, Dedov, Kjølbros, Kucsko-Stadlmayer y Poláčeková en su opinión discrepante en la referida sentencia J.K. c. Suecia [46]. Pero aunque sea un planteamiento arriesgado, el razonamiento que sigue el TEDH atiende a la protección absoluta que brinda el artículo 3 del Convenio, al deber de garante de los Estados, y a la mejor posición que tienen estos respecto de los particulares para recabar pruebas. En este sentido se pronunció de modo el juez Bianku en su opinión concurrente:

«Cuando están en juego derechos absolutos protegidos por el Convenio, las autoridades nacionales no pueden cumplir sus obligaciones concluyendo que es probable que estos derechos no sean violados en el país de destino. La rigurosa prueba exige que, en su evaluación, las autoridades comprueben si existen razones fundadas para creer que no habría un riesgo real para los derechos de los solicitantes en caso de que regresaran a Irak» [47].

Esta lógica garantista es la misma que impide que un Estado aplique sanciones draconianas al empleo de documentación o pruebas falsas que pudieran conllevar la automática desestimación de la solicitud.

La normativa europea vela por garantizar, incluso en esa situación, un examen suficientemente riguroso de la solicitud. En este sentido, aun cuando el artículo 31.8 de la Directiva de procedimiento prevé que se pueda recurrir en estas situaciones a un procedimiento acelerado, o que se lleve a cabo en frontera o en zonas de tránsito, se debe leer junto al considerando 21 de la Directiva. Deduciendo entonces, que el uso de documentación falsa no puede conllevar per se el empleo de un procedimiento acelerado, pues la norma requiere de la existencia de otros factores que, en conjunto, puedan llevar a considerar la solicitud infundada. Y de modo similar ocurre cuando el Estado comprueba

que se empleó documentación o pruebas falsas una vez finalizado el procedimiento. En este caso, aunque la Directiva 2011/95 sobre requisitos para el reconocimiento permite al Estado retirar el estatuto de protección concedido por la «tergiversación u omisión de hechos por su parte, incluido el uso de documentos falsos» especifica que hayan sido «decisivos para la concesión del estatuto de refugiado» [48]. Pero el rumbo de la reforma se torna más restrictivo respecto al uso de información falsa proponiendo ahora que sea obligatorio, en tal caso, tramitar la solicitud mediante el procedimiento de examen acelerado [49].

A pesar de todo, es indiscutible que los estándares para la concesión del estatuto de protección internacional son altamente restrictivos, con tasas de reconocimiento muy bajas en la mayoría de Estados europeos y que, además, difieren entre unos y otros [50]. Siendo más que dudoso que efectivamente la carga de la prueba se haya visto alterada en las instancias nacionales como apuntaba el TEDH, o que se dé realmente una cooperación activa.

El otro gran problema inherente a esta fase del procedimiento de protección internacional, y que puede suponer un atentado al derecho a la tutela judicial efectiva para los demandantes de protección internacional, son los formalismos. Estos han dado lugar a prácticas dispares en los Estados miembros, e incluso han primado sobre auténticos derechos sustantivos y sobre normas de ius cogens como la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Sea en lo referente a los plazos de presentación o en la procedencia de los documentos, estos formalismos han llevado en numerosas ocasiones a la autoridad competente a ignorar pruebas, precisamente en contra del principio del beneficio de la duda y de la doctrina del Tribunal. Pues la línea jurisprudencial marcada por Estrasburgo en lo referente al estudio de las pruebas insiste en que del artículo 13 del Convenio emana el deber de realizar un examen detallado y riguroso de la solicitud. Así se pronunció en el asunto Singh y otros c. Bélgica [51] condenando al Estado al no considerar la documentación aportada por los solicitantes de asilo suficientemente convincente, aun cuando se trataba de copias de documentos expedidos por ACNUR pero, de los cuales no se había comprobado siquiera la autenticidad. El Tribunal consideró entonces que Bélgica había fallado en su deber de realizar un examen exhaustivo. Y en esta misma línea, excesivamente formalista, se han planteado dudas sobre si se pueden rechazar como pruebas, sin entrar a valorar su autenticidad y pertinencia, documentos no certificados, o documentos calificados como «nuevas pruebas».

Estas cuestiones han surgido en el asunto LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid [52]: ¿puede una autoridad decisoria de un Estado miembro determinar que un documento original nunca puede ser constitutivo de nuevas circunstancias o datos si no ha podido comprobarse su autenticidad? ¿Supone alguna diferencia el hecho de que, en una solicitud posterior el solicitante aporte copias de documentos o documentos procedentes de una fuente no verificable objetivamente? ¿Debe interpretarse la normativa europea en el sentido de que, al examinar documentos y atribuir valor probatorio a los mismos, la autoridad decisoria de un Estado miembro puede distinguir entre si un documento se ha presentado en una primera solicitud o en una solicitud posterior? ¿Se permite que, en el marco de una solicitud posterior, un Estado miembro deje de cumplir su obligación de cooperación, si no puede comprobarse la autenticidad de los documentos?

Todos estos interrogantes resultan de máximo interés para la tutela judicial efectiva de los solicitantes de protección internacional. Y en este punto, las conclusiones que expuso el Abogado General parecen la única interpretación posible que respete coherentemente la línea jurisprudencial anterior y los principios señalados supra encaminados a dotar de efectividad este procedimiento. En este sentido, entendió el A.G que:

«No hay diferencia entre las copias de documentos y los documentos procedentes de una fuente no comprobable objetivamente, presentados por un solicitante en una solicitud posterior, en el sentido de que todos los documentos han de ser considerados de manera individual, minuciosa y rigurosa para determinar si aumentan significativamente la probabilidad de que el solicitante tenga derecho a ser beneficiario de protección internacional y para evitar que una persona sea expulsada si ello la expondría a un riesgo cierto de ser sometida a tratos contrarios al artículo 19.2 de la CDFUE».

Y,

«que el artículo 40.2 de la Directiva 2013/32, en relación con el artículo 4,2 de la Directiva 2011/95, no puede ser interpretado en el sentido de que, al examinar documentos y atribuir valor probatorio a los mismos, la autoridad decisoria de un Estado miembro pueda distinguir entre si un documento se ha presentado en una primera solicitud o en una solicitud posterior. Cuando valore documentos en relación con una solicitud posterior, el Estado miembro está obligado a cooperar con el solicitante en la misma medida que en el procedimiento inicial» [53].

La sentencia, de 10 de junio de 2021, confirmó ese planteamiento y consideró contrario al Derecho europeo la normativa nacional que considere de modo automático, que todo documento presentado en apoyo de una solicitud posterior del que no puede comprobarse la autenticidad o su procedencia no constituye una «circunstancia o dato

nuevo». Y señaló además, que un Estado no puede apreciar las pruebas de modo distinto en función de si se trata de primera solicitud o solicitud posterior. Reiterando, además, la obligación del Estado de cooperar con el solicitante para valorar los elementos pertinentes de su solicitud cuando se aporten datos cuya autenticidad no pueda comprobarse.

La única interpretación garantista y compatible con la jurisprudencia anterior y que evitaría que, una vez más, los formalismos se impusieran a derechos sustantivos. Como critica C. Pizzolo:

«Podemos discutir (...) márgenes de proporcionalidad o razonabilidad de la tutela conforme a las circunstancias que presenta cada caso. Lo que no podemos hacer, sin negar al mismo tiempo su existencia, es obstaculizar la vigencia de un derecho invocando trabas rituales o formales que terminan disolviendo su contenido. Es decir, que conciben al derecho como un enunciado meramente declarativo, sin pensar al mismo tiempo en herramientas que lo garanticen» [54].

7. EL DERECHO AL RECURSO EFECTIVO. ↓ ↑

Según Sánchez Gil, el derecho a un recurso efectivo consiste en «la facultad que tienen las personas de recurrir a los órganos jurisdiccionales para obtener de ellos la tutela de sus derechos y no quedar desprotegidos ante su violación» [55]. Esta es, probablemente, la manifestación más evidente y reconocida del derecho a la tutela judicial efectiva en el procedimiento de protección internacional, y de la que más se ha escrito [56]. Considerado un pilar básico del Estado de Derecho, se encuentra garantizado en el artículo 13 del Convenio Europeo y 47 de la CDFUE.

En el ámbito del procedimiento de protección internacional, este derecho se recoge de modo expreso en el artículo 27 del Reglamento Dublín III relativo a la determinación del Estado miembro responsable; y en el extenso artículo 46 de la Directiva sobre procedimiento. Y es que el reconocimiento del derecho a un recurso en los procedimientos de asilo goza de una aceptación generalizada. La verdadera problemática ha sido determinar si los procedimientos de recurso, tal y como han sido configurados en las distintas legislaciones nacionales, eran realmente efectivos.

En este punto, el papel de los Tribunales ha sido clave al concretar una serie de exigencias en torno a su accesibilidad, rapidez y su eventual carácter suspensivo [57].

Exigencias que se desprenden de una larga jurisprudencia, y se resumen de modo muy conciso en el ya referido asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia [58] donde el Tribunal de Estrasburgo señaló que:

«la efectividad de un recurso en el sentido del artículo 13 reclama de manera imperativa un control exhaustivo por una autoridad nacional (Chamaïev y otros contra Georgia y Rusia, §448,), un examen independiente y riguroso de cualquier queja en cuyos términos existan motivos para creer que existe un riesgo de trato contrario al artículo (Jabari, ya citado, §50) así como una celeridad particular (Bati y otros contra Turquía, §136); requiere asimismo que los interesados dispongan de un derecho suspensivo de pleno derecho (Čonka contra Bélgica, § 81-83)».

Sin olvidar, que la accesibilidad en la práctica a un recurso es también un carácter determinante para valorar su efectividad [59].

Y estas bases han servido al Tribunal para observar la efectividad del recurso condicionada por «unas exigencias en términos de calidad, de rapidez y de efecto suspensivo» [60] también en procedimientos de expulsión donde la vulneración del derecho a un recurso efectivo está íntimamente ligada a la potencial vulneración de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Por otra parte, de un modo más genérico resulta muy interesante detenerse a observar la evolución que ha tenido el artículo 13 en la jurisprudencia de Estrasburgo pues, como señala S. Morgades [61], este artículo fue durante décadas considerado como una protección subsidiaria a la que ya proporcionaba el artículo 6 del Convenio así como a la dimensión procedimental de los artículos 2 (derecho a la vida); 3 (prohibición de tortura); y 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) entre otros. Por ello, con frecuencia, no se examinaban las quejas basadas en el artículo 13CEDH. Fue a partir de finales de los años noventa cuando el Tribunal Europeo cambió su línea jurisprudencial y llevó a cabo una regeneración [62] del derecho a un recurso efectivo. Regeneración, cuyos principales beneficiarios fueron los demandantes de asilo puesto que, al estar reservada la aplicación del artículo 6 CEDH (derecho a un justo proceso) a litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil y acusaciones penales, los asuntos relativos a la admisión en el territorio o procedimientos de asilo son excluidos.

Este giro jurisprudencial se plasmó en las sentencia Jabari c. Turquía, del año 2000, donde el TEDH estimó la violación del artículo 3 del Convenio por motivos procedimentales. Señaló que el Tribunal administrativo de Ankara, al rechazar la petición de asilo de la recurrente por no haberla entregado en el plazo de cinco días desde su llegada,

impidió que fueran examinados los riesgos de violación del artículo 3 que conllevaba su expulsión. Limitándose a la «legalidad formal de la deportación de la demandante en lugar de la más acuciante cuestión de la fundamentación de los temores» [63]. Sin embargo, la novedad fue que, una vez analizada la dimensión procedimental del artículo 3, el Tribunal podría no haber examinado la violación del artículo 13, como venía haciendo hasta entonces, pero lo hizo. Señaló que el artículo 13 del Convenio garantiza el derecho a un recurso que debe contemplar un examen de fondo de la petición:

«Debe reconocerse que la demandante podía impugnar la legalidad de su deportación en procedimientos de revisión judicial. Ello no obstante, este tipo de acción nunca le permitió suspender su aplicación ni obtener un examen de los fundamentos de su alegación de estar en riesgo. El Tribunal administrativo de Ankara consideró que la deportación de la demandante se adecuaba completamente a los requisitos del derecho interno. (...) Habiendo llegado a esta conclusión, el tribunal consideró innecesario apreciar el fondo de la petición de la demandante, incluso cuando esta era razonable a la vista de la decisión del ACNUR de reconocerla como refugiada en el sentido de la Convención de Ginebra».

Y continuó señalando qué debe conllevar ese recurso, considerando los daños irreversibles que podría ocasionar la materialización del riesgo de tortura o tratos inhumanos: «el artículo 13 requiere un escrutinio independiente y riguroso de la solicitud para esclarecer si existen razones para temer un verdadero riesgo de tratamientos contrarios al artículo 3 y la posibilidad de suspender la ejecución de la medida impuesta» [64].

Precisamente en torno al carácter suspensivo se ha pronunciado en repetidas ocasiones insistiendo en que el recurso de un extranjero sobre un procedimiento de expulsión no puede considerarse efectivo si no se garantiza que las medidas potencialmente irreversibles sean examinadas antes de que se ejecuten a la luz del Convenio por autoridades nacionales. Fue en el asunto Conka contra Bélgica en el año 2002 [65]. Y en el mismo pronunciamiento, el Tribunal consideró necesario otorgar un tiempo suficiente para que el particular pudiera plantear una solicitud de asilo antes de que se ejecute el procedimiento de expulsión. Y apreció como insuficiente, y por tanto como vulnerador del artículo 13CEDH, el plazo de cinco días previsto por la normativa belga.

Tal y como refleja la propuesta de reforma elaborada por el Parlamento y la Comisión todos los Estados miembros han introducido plazos en el procedimiento de apelación para que el solicitante pueda ejercer su derecho a un recurso efectivo. Sin embargo, se dan distintas interpretaciones de lo que constituye un «período de tiempo razonable» que varía, según el Estado Miembro, desde los tres a los 60 días. Por lo que la

propuesta de reforma ha optado por fijar unos plazos que van desde una semana a un mes, según el motivo que fundamente la resolución denegatoria. Previendo el plazo de una semana para las solicitudes presentadas por quienes provienen de Estados con una tasa de reconocimiento inferior o igual al 20% lo que, sin duda, supone una reducción de las garantías fundamentada en una discriminatoria atención al país de origen; contraria a la obligación de estudiar cada solicitud de forma individual [66].

Pero la actual propuesta de reforma no solo es criticada por la brevedad de los plazos, sino también por limitar el efecto suspensivo de los recursos, ahora ya si reconocido con carácter general, de nuevo según los motivos de la denegación en la instancia anterior. Según la propuesta no tendría efecto suspensivo el recurso interpuesto por la denegación en procedimientos acelerados, por inadmisión por el primer país de asilo, por solicitud posterior sin nuevas circunstancias, ni por denegación por retirada expresa o implícita de la solicitud y decisión relativa a un recurso anterior.

Por su parte, el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la tutela judicial efectiva y el derecho a un recurso efectivo en el marco de un procedimiento de protección internacional en la sentencia *Alheto*, al examinar la normativa búlgara, o en la sentencia *Torubarov* de 2019 en la que concluyó que la nueva legislación «priva en la práctica al solicitante de protección internacional de un recurso judicial efectivo» y «vulnera el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva».

En ambos casos el Tribunal insistió en la necesidad, no solo de garantizar la efectividad del artículo 47 de la Carta, sino también el efecto útil del artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. En este sentido, en el asunto *Torubarov* el TJUE concluyó que, de acuerdo con el artículo 46.3, en circunstancias como la de aquel asunto, donde un órgano judicial de primera instancia, tras efectuar un examen completo y ex nunc [67] del conjunto de elementos de hecho y de Derecho pertinentes, declara que, en aplicación de los criterios previstos en la Directiva 2011/95/UE ha de reconocérsele al interesado protección internacional por el motivo invocado en apoyo de su solicitud, pero en las que un órgano administrativo o cuasi-judicial adopta posteriormente una resolución en sentido contrario, sin que haga constar la aparición de nuevos elementos que justifiquen este cambio, el órgano judicial deberá modificar la referida resolución administrativa que no es conforme con su sentencia anterior y sustituirla por su propia decisión sobre la solicitud de protección internacional. Incluso, si es preciso, inaplicando la normativa nacional que le prohíba

proceder de esta manera. Pues de otra manera, «el derecho a la tutela judicial efectiva sería ilusorio» y «el artículo 46,3 de la Dir. 2013/32 quedaría privado de todo efecto útil» [68].

8. REFLEXIONES FINALES.

La evidente vinculación entre el procedimiento de protección internacional y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes sitúan el derecho a la tutela judicial efectiva, «estrella del firmamento jurídico» [69], como una auténtica garantía instrumental para la tutela de esta absoluta prohibición, y de tantos otros derechos que el propio procedimiento de protección está encaminado a garantizar. Por estos motivos, las garantías procesales, configuradas como derechos dentro del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva, gozan de una especial relevancia al dotar de eficacia al propio derecho al asilo del artículo 18 de la CDFUE entendido como un derecho al procedimiento de protección internacional. Esto es, un derecho de acceso al procedimiento, pero a un procedimiento con todas las garantías; lo que incluye una resolución fundada en Derecho. Y es que resulta oportuno recordar que, con el SECA, el reconocimiento de un estatuto de protección internacional ha dejado (o debe dejar) de ser una mera prerrogativa estatal sometida a la discrecionalidad de la autoridad decisoria para ser una decisión sometida a unos parámetros comunitarios previstos, tanto en términos de requisitos para el reconocimiento, como de fases y garantías del procedimiento.

Sin embargo, pese a la relevancia de estas garantías íntimamente conectadas con la absoluta prohibición del artículo 4 de la CDFUE, sus defectos y vulneraciones se han normalizado; justificándose en la saturación de unos sistemas que, en realidad, nunca han funcionado correctamente pero que no se enmiendan. Inmersos en una aparente guerra contra la inmigración ilegal que ha absorbido el debate sobre la protección internacional ciñéndola a parámetros securitarios; y bajo el manido argumento de la soberanía nacional como excusa para devaluar el estándar de protección de los derechos en el ámbito europeo, los solicitantes de protección se encuentran desamparados bajo un Derecho de excepción permanente en el ámbito de la política de asilo.

Por ello debemos reivindicar la urgencia de alcanzar una reforma del SECA garantista que, recortando el margen de discrecionalidad de los Estados miembros, uniformice el procedimiento de protección internacional estableciendo estándares comunes

para hacer efectivos los derechos que la normativa y la jurisprudencia europea han reconocido a los solicitantes. Y es que la Unión Europea debe desempeñar el papel de guardián que le corresponde y que ha desarrollado en los últimos años en defensa de esas líneas rojas que conforman su Constitución material y entre las que se encuentra el Estado de Derecho y la democracia, pero también el respeto a los derechos humanos. Manteniéndose firme ante las vulneraciones de derechos que permiten o incluso provocan sus Estados miembros. De ello depende el futuro de la Unión.

Resumen: Este trabajo examina la relevancia de las garantías del procedimiento de protección internacional como instrumento para la salvaguarda de la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Destacando el papel tan fundamental que ha desempeñado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en especial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la defensa de los derechos de los solicitantes ante sistemas nacionales colapsados.

Palabras claves: Procedimiento; garantías; solicitante; protección internacional; TJUE; TEDH.

Abstract: This paper analyses the relevance of the guarantees of the international protection procedure as an instrument for safeguarding the absolute prohibition of inhuman and degrading treatment. It highlights the fundamental role played by the jurisprudence of the European Court of Human Rights and, in particular, the Court of Justice of the European Union in the protection of the rights of applicants in the context of collapsed national systems.

Key words: Procedure; guarantees; applicant; international protection; CJEU; ECHR.

Recibido: 16 de marzo de 2023

Aceptado: 16 de abril de 2023

[01] Véase el Informe de ACNUR: *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2021. 2022* P.5. Informe que, como explica en la página 6, aunque se centra en los desplazamientos del 2021, se ha elaborado durante el año 2022 tomando en consideración los acontecimientos que tuvieron lugar en los primeros meses de 2022, en particular, la Guerra de Ucrania que al momento de redactar el informe contaba ya con más de 7 millones de desplazados internos y 6,8 millones de desplazamientos fuera de Ucrania.

[02] Es evidente que el discurso cambia cuando quien requiere protección internacional es europeo. Tal y como se ha demostrado con la activación en 2022 de la Directiva de protección temporal (Dir. 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida) por primera vez, para dar respuesta a la situación de los Ucranianos. Sobre ello puede leerse a J.M PORRAS RAMÍREZ, «La crisis de Ucrania, la aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes: ¿un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea?» *La Ley Unión Europea*, número 106, 2022.

[03] Véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 26 de abril 2022, asuntos C-368/20 y 369/20: *NW y Landespolizeidirektion Steiermark y Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*.

[04] Destacan así las vallas de Letonia, Lituania y Polonia en sus fronteras con Bielorrusia; la de Hungría con Serbia; o la verja de 40 km que separa Grecia de Turquía. Posturas que han llevado a la Unión a plantearse la financiación de las mismas en un futuro, aunque de momento se muestre contraria. Una breve pero ilustrativa radiografía del sistema de muros en la Unión puede leerse en el informe elaborado por el periódico EL MUNDO: «Los muros que blindan Europa contra los migrantes». Publicado el 24 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2021/11/24/619bcd3221efa037278b45c7.html>

[05] STJUE Gran Sala el 17 de diciembre de 2020 en *Comisión/Hungría*.

[06] STJUE de 18 de diciembre de 2014 *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve y Moussa Abdida*, C- 526/13. §47.

[07] STEDH de 13 de octubre de 2016, *Asunto B.A.C. c. Grecia*.

[08] Nuestro Tribunal Constitucional expresó ese reconocimiento a los extranjeros con independencia de su situación jurídica al afirmar que «pertenece(n) a la persona en cuanto tal y no como ciudadano». O, en otras palabras, entre los que son «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español» (STC 99/1985; 236/2007).

[09] STEDH de 21 de enero de 2011, *Asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia*.

[10] Para un estudio más detallado sobre la situación actual del SECA, sus debilidades y las perspectivas de reforma véase: J.M.PORRAS RAMÍREZ, «El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización». *Revista de estudios políticos*, N^o 175, 2017, pp. 207-234. Y J.M.PORRAS RAMÍREZ, «Un Pacto sobre inmigración y asilo en la Unión Europea» en J.M.PORRAS RAMÍREZ (coord.) *Migraciones y asilo en la Unión Europea*. Thompson Reuters Aranzadi 2020. Pp. 145-171.

[11] Según el tenor literal de la norma: un idioma «que sea razonable suponer que comprenden». Aunque al respecto conviene recordar la jurisprudencia del TEDH según la cual: «los tribunales nacionales son los

garantes últimos de la equidad del proceso, incluso en lo que se refiere a cualquier falta de traducción o interpretación a favor de un demandado extranjero» (STEDH de 18 de octubre de 2006 *Hermi c. Italia* § 62).

[12] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido) COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD): «Resultados de las evaluaciones *ex post*, las consultas con las partes interesadas y evaluaciones de impacto: garantías procesales». Propuesta que, por otro lado, ha decaído en el actual paquete de reformas incluido en el Pacto de Migración y Asilo presentado en 2020.

[13] Reglamento (UE) n^º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (versión refundida)

[14] En este punto, el tenor literal del artículo 12 apartado 1, letra) D, especifica: «cuando la autoridad decisoria haya tenido en cuenta dicha información para tomar una decisión sobre su solicitud». No obstante, resultaría difícil de entender que se pudiera negar el acceso a un informe relativo al demandante de protección simplemente alegando que no se ha tenido en cuenta para la resolución.

[15] STEDH de 13 de octubre de 2016, *Asunto B.A.C. c. Grecia* §37: «Estas obligaciones positivas también incluyen el deber de las autoridades competentes de examinar rápidamente la solicitud de asilo de la persona, con el fin de garantizar que su situación de inseguridad e incertidumbre sea lo más breve posible. (...) §46: Por consiguiente, el Tribunal de Justicia considera que, en las circunstancias del presente asunto, las autoridades competentes incumplieron la obligación positiva que les incumbe en virtud del artículo 8 del Convenio de establecer un procedimiento eficaz y accesible para proteger el derecho a la vida privada mediante una normativa adecuada que garantice que la solicitud de asilo del demandante sea examinada en un plazo razonable a fin de que su situación de inseguridad sea lo más breve posible. Por lo tanto, se ha producido una violación del artículo 8».

[16] STEDH de 21 de enero de 2011, *Asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia* §262: «Finalmente, el Tribunal señala que la situación en la que se encuentra el demandante dura desde su traslado a Grecia en junio de 2009, que está vinculada a su condición de solicitante de asilo y al hecho de que su demanda de asilo todavía no ha sido examinada por las autoridades griegas. En otros términos, el Tribunal es de la opinión que estas últimas habrían podido, si hubieran actuado con celeridad en el examen de la demanda de asilo del demandante, limitar considerablemente su sufrimiento».

[17] STEDH, de 17 de enero de 2006, *Asunto Aristimuo Mendizabal c. Francia*

[18] STJUE de 8 de mayo de 2014, *H. N. y Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland*. C-604/12,

[19] La actual propuesta de Reglamento prevé, en su artículo 34 un plazo máximo de seis meses, prorrogable por un máximo de otros tres meses cuando determinadas circunstancias hagan imposible a la autoridad cumplir con el plazo de seis meses. Y como plazo máximo, previsto en circunstancias excepcionales en las que la autoridad decisoria tenga que aplazar el procedimiento de examen, la norma establece la obligación de concluir el procedimiento en un máximo de quince meses desde la presentación de la solicitud.

[20] STJUE de 29 de junio de 2023 *Asunto X e International Protection Appeals Tribunal, Minister for Justice and Equality, Ireland, Attorney General* C.- 756/21.

[21] STJUE de 29 de julio de 2019 *Asunto Torubarov* C-556/17.

[22] STJUE de 29 de junio de 2023 *Asunto X e International Protection Appeals Tribunal, Minister for Justice and Equality, Ireland, Attorney General* C.- 756/21 § 81 y 82.

[23] STC de 9 de febrero 40/2009. Fj.4).

[24] STJUE de 25 de junio de 2020. *Asunto VL C-36/20*.

[25] Denunciada en infinidad de informes de organismos gubernamentales y no gubernamentales, ha sido reconocida incluso por la propia Comisión, que fijó como uno de los objetivos de la reforma del SECA reforzar las vías legales y seguras de acceso. Véase al respecto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de silo y una mejora de las vías legales hacia Europa, COM (2016) 197 final, de 6 de abril de 2016.

[26] STEDH de 14 de febrero de 2020, Asunto *N.D y N.T c. España*.

[27] Para mayor profundidad véase el comentario de A. SÁNCHEZ LEGIDO, «El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)». *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N.º. 41, 2021

[28] STEDH de 14 de febrero de 2020, Asunto *N.D y N.T c. España*. § 222.

[29] Durante varios días se accedió a la página web: <https://icp.administracionelectronica.gob.es/icpplus/acOpcDirect> para solicitar cita en extranjería. Se seleccionaron aleatoriamente provincias (Barcelona, Zaragoza, Córdoba, Granada, Ceuta y Madrid) y en ninguna había citas disponibles. En todos los casos el mensaje era: «En breve, la Oficina pondrá a su disposición nuevas citas».

[30] Unos hechos que están siendo investigados y sobre los que han informado los principales periódicos de nuestro país: El periódico *El País* publicó el 12 de mayo de 2023 la noticia: «El ingeniero que burló la web de la Administración para hacer negocio vendiendo citas de Extranjería» (M. MARÍN y O. LÓPEZ FONSECA). Disponible para consulta en: <https://elpais.com/espana/2023-05-12/el-ingeniero-que-burlo-la-web-de-la-administracion-para-hacer-negocio-vendiendo-citas-de-extranjeria.html> Un día antes, el 11 de mayo, *El Mundo* publicó «Cientos de abogados investigados en una presunta mafia de venta de citas de Extranjería». Se puede consultar la noticia en: <https://www.elmundo.es/espana/2023/05/11/645cd3ccfdfffb0aa8b45c3.html> Y el 12 de mayo de 2023 *El Confidencial* publicó: «Detenidas 69 personas por bloquear con un 'bot' citas de Extranjería y revenderlas» Disponible para consulta: https://www.elconfidencial.com/espana/2023-05-12/detenidos-investigados-provincias-revender-citas-extranjeria_3628210/

[31] Puede verse el artículo periodístico escrito por J- VARGAS MARTÍ, «Nueve meses sin conseguir cita para pedir asilo: Tengo miedo de la Policía porque no tengo papeles» publicado en *PÚBLICO* el 14 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/nueve-meses-cita-pedir-asilo-miedo-policia-no-papeles.html> últ. Consulta el 20 de febrero de 2023. O el artículo de L. GARCÍA: «Demoras de 20 meses en Málaga para tramitar las solicitudes de asilo». Publicado en *Málaga hoy*, el 6 de febrero de 2023. Disponible en: https://www.malahoy.es/malaga/Demoras-meses-Malaga-tramitar-solicitudes_0_1760825122.html últ. Consulta el 20 de febrero de 2023.

[32] STJUE de 12 de noviembre de 2019, *Zubair Haqbin Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers C-233/18*. § 33.

[33] Considerando 27 de la Directiva 2013/32/UE: «Dado que los nacionales de terceros países y las personas apátridas que hayan expresado su deseo de solicitar protección internacional son solicitantes de protección internacional, deben cumplir las obligaciones y gozar de los derechos contemplados en la presente Directiva y en la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Para ello, los Estados miembros deben inscribir cuanto antes el hecho de que estas personas son solicitantes de protección internacional».

[34] STEDH de 21 de enero de 2011, *Asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia* §319: «Además, el demandante, que es evidente que carece de medios para pagar a un abogado, no recibió ninguna información sobre las organizaciones que ofrecen asesoramiento y orientación legal. A esto se añade la escasez de abogados en la lista establecida bajo el sistema de ayuda legal (apartados 191 y 281 arriba) que en la práctica hace ineficaz el sistema. Contrariamente a lo que mantiene el Gobierno, el Tribunal considera que esta situación puede ser un obstáculo de hecho capaz de impedir el acceso al recurso y depende del artículo 13, en particular en el caso de los solicitantes de asilo».

[35] Exposición de Motivos 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

[36] STJUE de 22 de noviembre de 2012. C.- 277/11. §91.

[37] STJUE de 22 de noviembre de 2012. C.- 277/11. §82-86.

[38] STJUE de 16 de julio de 2020. *Asunto Milkijyas Addis contra Bundesrepublik Deutschland* C-517/17.

[39] STJUE de 16 de julio de 2020. C-517/17 §49.

[40] STJUE de 16 de julio de 2020. C-517/17 §50.

[41] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido) COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD): «Resultados de las evaluaciones *ex post*, las consultas con las partes interesadas y evaluaciones de impacto: garantías procesales».

[42] STEDH de 23 de agosto de 2016. *Asunto J.K c. Suecia*. §92: «No obstante, el Tribunal reconoce el hecho de que, por lo que respecta a las solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado, puede resultar difícil, si no imposible, que la persona interesada aporte pruebas en un plazo breve, especialmente si dichas pruebas deben obtenerse en el país del que afirma haber huido. Así pues, la falta de pruebas documentales directas no puede ser decisiva *per se* (véase *Bahaddar c. los Países Bajos*, 19 de febrero de 1998, § 45, Reports 1998 I, y, *mutatis mutandis*, *Said*, antes citada, § 49)».

[43] STJUE de 22 de noviembre de 2012. C.- 277/11 §65-66.

[44] G.FERNÁNDEZ ARRIBAS, «La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la expulsión de solicitantes de protección internacional». en J.M. PORRAS RAMÍREZ, RAMÍREZ, (coord.). *Migraciones y asilo en la Unión Europea*. Thompson Reuters Aranzadi 2020 pp. 295-321.

[45] STEDH de 23 de agosto de 2016. *Asunto J.K c. Suecia* § 97.

[46] Opinión discrepante de los jueces Jäderblom, Griçco, Dedov, Kjølbros, Kucsko-Stadlmayer y Poláčková § 5-7: «(...) no están de acuerdo en que la carga de la prueba se haya trasladado al Gobierno para disipar cualquier duda sobre el riesgo de tal persecución en el futuro».

[47] STEDH de 23 de agosto de 2016. *Asunto J.K c. Suecia*. Opinión Concurrente Juez Bianku.

[48] Artículo 14.3 de la Directiva 2011/95 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

[49] Así se establece en el artículo 40 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del

examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido) COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD)

[50] Según el informe elaborado por CEAR y la organización *Más que cifras*, con datos extraídos de Eurostat, el Ministerio de Interior y EUAA, en el año 2021 Grecia desestimó el 56% de solicitudes de protección internacional y concedió el 44%. España, por su parte, desestimó el 71%, aunque concedió protección por razones humanitarias a un 18,5%. En países como Suecia o Austria, el reconocimiento de protección por razones humanitarias fue casi inexistente: del 1 y el 2% respectivamente. Sin embargo, mientras que Suecia denegaba la protección internacional al 76% Austria lo concedía al 62%. Datos que reflejan la falta de un criterio común en la concesión de algún estatuto de protección internacional. Datos disponibles en <https://masquecifras.org/> Última consulta 19 de marzo de 2023.

[51] STEDH de 2 de octubre de 2012. *Asunto Singh y otros c. Bélgica*.

[52] STJUE de 10 de junio de 2021. *Asunto LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid C.- 921/19*.

[53] Conclusiones del Abogado General . *Asunto LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid C.- 921/19*. § 79.

[54] C.PIZZOLO: «El recurso efectivo como derecho de los solicitantes de asilo» en: J.M PORRAS RAMÍREZ, (coord.). *Migraciones y asilo en la Unión Europea*. Thompson Reuters Aranzadi 2020.P. 263.

[55] R.SÁNCHEZ GIL: «El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano» en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Construcción*, año V, núm. 4, julio-diciembre, México, 2005, pág. 240.

[56] Para un análisis más en profundidad sobre este procedimiento véase: C.PIZZOLO *op. Cit.* Pp. 255-294.

[57] M.DÍAZ CREGO: «Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011- 2012)» *Anuario CIOB de la Inmigración 2012: "Inmigración y Crisis: Entre la Continuidad y el Cambio"*. P.255-299.

[58] STEDH de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia* §293.

[59] STEDH de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia* §318.

[60] STEDH de 22 de abril de 2014. *Asunto A.C y otros c. España* §87.

[61] S.MORGADES GIL, «La protección de los demandantes de asilo por razones de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 37. Madrid. Sept/dic. 2010 p. 801-842.

[62] MORGADES GIL, S. *op. cit.* P. 833.

[63] STEDH de 11 de julio 2000. *Asunto Jabari c. Turquía*. Párrafo 40. La recurrente, Hoda Jarabi era una mujer iraní que en 1997 fue arrestada sospechosa de cometer adulterio con un hombre casado. Entro ilegalmente en Turquía para realizar una ruta Turquía-Francia-Canadá. Sin embargo, en Francia se comprobó que su pasaporte era falso, por lo que fue devuelta a Turquía. Una vez allí, sabiendo que iba a ser expulsada solicitó asilo porque temía ser sometida a lapidación por adulterio si regresaba. Su solicitud no llegó a examinarse pese a que ACNUR le reconoció la condición de refugiada. Se consideró inadmisibile por presentarse fuera del plazo de 5 días establecido para ello.

[64] STEDH 11 de julio 2000, *asunto Jabari c. Turquía* §49 y 50.

[65] STEDH de 5 de mayo de 2002. *Asunto Conka c. Bélgica*. §79: «El Tribunal considera que el concepto de recurso efectivo del artículo 13 exige que el recurso pueda impedir la ejecución de medidas contrarias al Convenio y cuyos efectos sean potencialmente irreversibles. Por consiguiente, es incompatible con el artículo 13 que tales medidas se ejecuten antes de que las autoridades nacionales hayan examinado si son

compatibles con el Convenio, aunque los Estados contratantes disponen de cierta discrecionalidad en cuanto a la forma de cumplir sus obligaciones en virtud de esta disposición».

[66] La obligación de estudiar individualmente cada solicitud de protección internacional se recoge en el artículo 4.3 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)

[67] Sobre la obligación de realizar una evaluación *ex nunc* de las circunstancias puede leerse a G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *op. cit.* pp 313-315.

[68] STJUE de 29 de julio de 2019. *Asunto Alekkszjij Torubarov contra Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*. §57-59: «(...) el derecho a la tutela judicial efectiva sería ilusorio si el ordenamiento jurídico de un Estado miembro permitiera que una resolución judicial firme y obligatoria careciera de eficacia en detrimento de una parte (...). Es precisamente en este contexto en el que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32 quedaría privado de todo efecto útil si se admitiera que, después de que el órgano judicial de primera instancia haya dictado una sentencia mediante la que lleve a cabo, de conformidad con la citada disposición, una apreciación completa y *ex nunc* de la necesidad de protección internacional del solicitante en virtud de la Directiva 2011/95, el órgano cuasi-judicial o administrativo, previsto en el artículo 2, letra f), de la Directiva 2013/32, pudiera adoptar una resolución contraria a la apreciación del mencionado órgano judicial. Por consiguiente, si bien la Directiva 2013/32 no tiene por objeto uniformar de un modo preciso y exhaustivo las normas procedimentales que han de aplicar los Estados miembros cuando se trata de adoptar una nueva decisión sobre la solicitud de protección internacional tras la anulación de la resolución administrativa inicial que deniegue tal solicitud, del objetivo de aquella Directiva consistente en lograr una tramitación lo más rápida posible de las solicitudes de esta naturaleza y de la obligación de garantizar el efecto útil del artículo 46, apartado 3, así como del imperativo —derivado del artículo 47 de la Carta— de que se respete la tutela judicial efectiva, se desprende, sin embargo, que todos los Estados miembros vinculados por la Directiva en cuestión deben establecer en su Derecho nacional la obligación de que, tras la anulación de la resolución administrativa inicial y en caso de devolución del expediente al mencionado órgano cuasi-judicial o administrativo, la nueva resolución administrativa se adopte en el menor tiempo posible y se atenga a la apreciación contenida en la sentencia que anuló la resolución administrativa inicial (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Alheto, C-585/16§148)».

[69] L DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva». *Revista del Poder Judicial* n° 5. Marzo 1987.