

Elena Bindi - Valentina Carlino

Migración y derechos: una mirada global desde la frontera



Giappichelli

**Migración y derechos:
una mirada global desde la frontera**



Elena Bindi - Valentina Carlino

Migración y derechos: una mirada global desde la frontera



Giappichelli

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-5170-1

Il volume è stato realizzato con i fondi del Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università di Siena - Progetto REMOVE "Repensando la migración desde la frontera de Venezuela: nuevo programa académico en movilidad humana y convivencia en la Comunidad Andina", Coordinatrice Prof.ssa Giorgia Pavani, Unità di Siena, Coordinatrice Prof.ssa Elena Bindi, e del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena - Progetto PRIN 2017 "The constitutional implications of European separatist claims", Principal Investigator Prof. Alessandro Torre, Unità di Siena, Responsabile Prof.ssa Valeria Piergigli.

Pubblicato nel mese di settembre 2023

Índice

	<i>pag.</i>
INTRODUCCIÓN, <i>Elena Bindi y Valentina Carlino</i>	XV

PRESENTACIÓN

*El rol de la academia en la construcción
de un nuevo programa común de estudios sobre la movilidad
humana en la Comunidad Andina*

Giorgia Pavani y Manuel Restrepo Medina

1. Introducción	XXIII
1.1. El contexto fáctico	XXV
1.2. El contexto político y normativo	XXVII
2. El impulso del formante doctrinal para el desarrollo de un programa común sobre migración en la región andina	XXXI
2.1. El intercambio académico entre estudiosos europeos y latinoamericanos	XXXII
3. La propuesta de un módulo común para los cursos sobre la movilidad humana	XXXVI

PARTE I

Perspectivas fronterizas

CAPÍTULO 1

*La frontera de los derechos:
una perspectiva de teoría sociojurídica*

Bastien Charaudeau Santomauro

1. Introducción	3
-----------------	---

	<i>pag.</i>
1.1. El problema de los derechos en la frontera	6
1.2. Metodología	9
2. El territorio, la frontera y el margen	9
3. Los términos de la controversia: entre territorio y frontera	11
4. Una ficción de aterritorialidad renovada	13
5. El margen: de los bordes a las latitudes	16

CAPÍTULO 2

La migración venezolana en el Perú: entre el ideal de los derechos y los desafíos de la realidad

Gorki Gonzales Mantilla y José Enrique Sotomayor Trelles

1. Introducción	19
2. Autonomía restringida: la decisión de migrar desde el lente de la violencia y sus múltiples facetas	21
3. Los migrantes llegan a nuevas tierras: una reflexión filosófica sobre el derecho de hospitalidad en el caso venezolano	24
4. Deberes de justicia y de ayuda material a los migrantes: Tumbes conoce el problemático legado estoico	29
5. Más allá de los estándares de derechos humanos en materia de migraciones: Los deberes de justicia y ayuda material frente a los desafíos de la realidad	31
6. Reflexión final: la migración venezolana entre el ideal democrático y el pragmatismo populista	38

CAPÍTULO 3

El rechazo en frontera de la migración irregular en Ceuta y Melilla

Emilia Girón Reguera

1. Introducción	41
2. El régimen especial de devolución en Ceuta y Melilla en la ley española de extranjería	42
3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los rechazos en frontera	45
4. La constitucionalidad condicionada de las “devoluciones en caliente”	49
5. Inmigración y derechos humanos en las fronteras exteriores	56

CAPÍTULO 4

La desconstrucción de las categorías jurídicas de la migración: propuestas metodológicas y desafíos contemporáneos

Noémie Boivin y Mohamed Elsayeh

1. Introducción	59
2. El valor de un análisis jurídico decolonial de la migración “irregular”	62
2.1. Decolonialidad y migración	64
2.2. Perspectiva jurídica decolonial sobre la migración “irregular”	68
2.2.1. Límites de las soluciones del derecho moderno	68
2.2.2. Jerarquías de migrantes	70
3. La pertinencia de un estudio cultural del derecho para estudiar el tratamiento de los cuerpos de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE	72
3.1. Vincular fronteras y límites a categorías de migrantes	74
3.2. ¿Qué entendemos por responsabilidad moral y política, y cómo se relaciona esto con un estudio cultural del derecho?	75
3.3. La importancia de una identificación y gestión adecuadas de los migrantes permanece	79
4. Conclusión	81

PARTE II

Instrumentos y mecanismos de protección

CAPÍTULO 5

Refugio y migración en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos

Claudio Nash Rojas

1. Introducción	85
2. Refugio	87
2.1. Datos relevantes en la región	87
2.2. Derechos particulares en el proceso de refugio	87
3. Migración	90
3.1. Datos relevantes en la región	90
3.2. Obligaciones generales del Estado y migración	91
3.2.1. Integridad personal (art. 5 CADH)	91

	<i>pag.</i>
3.2.2. Libertad personal (art. 7 CADH)	93
3.2.3. Acceso a la Justicia (arts. 8 y 25 CADH)	95
3.2.4. Igualdad y no discriminación (arts. 1.1 y 24 CADH)	97
3.3. Obligaciones específicas del Estado sobre migración	97
4. Niños/as y adolescentes en situación de movilidad	99
5. Conclusiones	100

CAPÍTULO 6

El acceso a la justicia de las personas migrantes: el test de vulnerabilidad y el ajuste del procedimiento

Félix Enrique Ramírez Sánchez

1. Abordando el tema	103
2. La vulnerabilidad como categoría impuesta por los derechos humanos	107
3. Los migrantes como grupo vulnerable y la necesidad de otorgarles una protección diferenciada	110
4. El test de vulnerabilidad y el ajuste razonable del proceso para garantizar el acceso a la justicia de los migrantes irregulares	114

CAPÍTULO 7

La efectividad de la tutela judicial de los solicitantes de asilo en los tribunales europeos

Valentina Carlino

1. La distancia entre la forma y el fondo	121
2. La tutela efectiva del solicitante de asilo en el espacio jurídico europeo	123
3. Una protección (demasiado) amplia	129
4. La igualdad sustancial como clave de la comprensión	134

CAPÍTULO 8

*El derecho a la nacionalidad en los sistemas
regionales de protección
de los derechos humanos*

Giammaria Milani

1. Introducción	139
2. El derecho a la nacionalidad en el sistema americano y en el sistema europeo de protección de los derechos	140
3. El Tribunal Europeo y el derecho a la nacionalidad	142
4. La Corte Interamericana y el derecho a la nacionalidad	148
5. Conclusión: ¿qué obstáculos hay para el diálogo entre las Cortes en materia de nacionalidad?	156

PARTE III

*La persona migrante en el proceso migratorio:
los vulnerables entre los vulnerables*

CAPÍTULO 9

*La protección internacional gender sensitive
de las mujeres víctimas de violencia de género*

Irene Spigno

1. Premisa: la violencia de género que sufren las mujeres	161
2. La persecución de las mujeres víctimas de violencia de género	165
3. La inclusión de la perspectiva de género en la protección internacional de las mujeres víctimas de violencia de género	171
4. Reflexiones finales: hacia la elaboración de un <i>gender sensitive test</i>	175

CAPÍTULO 10

*La migración venezolana en el Perú
y la adecuación de la legislación migratoria a los estándares
interamericanos de derechos humanos
desde una perspectiva de género*

Ena Carnero Arroyo

1. Introducción	181
-----------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Características de la migración venezolana en el Perú	183
2.1. Perfil de la población venezolana	183
2.2. Situación de la mujer migrante venezolana en el Perú	185
3. La legislación migratoria peruana a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos sobre movilidad humana desde una perspectiva de género	187
3.1. El nexo entre género y derechos humanos	187
3.2. Los estándares interamericanos de derechos humanos en materia migratoria	189
3.2.1. Los estándares interamericanos de protección de los derechos de los y las migrantes	191
4. La legislación migratoria peruana y su adecuación a los estándares interamericanos de derechos humanos	200

CAPÍTULO 11

Bases del ordenamiento jurídico andaluz en relación con los menores inmigrantes no acompañados

José Ortiz Mallol

1. Introducción: La situación de desamparo en el ordenamiento jurídico español	211
2. Caracterización general del colectivo de menores inmigrantes no acompañados	214
3. La categoría de menores inmigrantes no acompañados en el ordenamiento jurídico andaluz	220
4. Consecuencias en orden a la gestión de las competencias administrativas derivadas del reconocimiento del derecho público subjetivo: La gestión del sistema público	222

CAPÍTULO 12

Acerca de la protección y el retorno de los menores extranjeros no acompañados

Juan Manuel López Ulla

1. Cifras que demandan políticas	227
2. Derechos en los términos que establezcan los tratados y la ley	231
3. Salidas obligadas del territorio	233
4. Rechazo en frontera y repatriación de menores	235
5. La privación de libertad como medida de excepción	239

PARTE IV

Retos y perspectivas de la migración

CAPÍTULO 13

*El desplazamiento forzado en Colombia
desde una perspectiva interseccional*

Liliana Estupiñán-Achury y Leonardo Antonio Parra-Acosta

1. Introducción	248
2. Desplazamiento forzado y pobreza ¿círculo vicioso?	252
3. El Desplazamiento Forzado Interno y las mujeres: opresiones imbricadas	255
4. ¿Cómo ha afectado el desplazamiento forzado interno a los pueblos negros, afrodescendientes, originarios, raizales y palenqueros?	259
5. Población LGBTIQ+	262
6. Un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado que aún no termina	264
A manera de conclusión	268

CAPÍTULO 14

*¿Es un delito ayudar a los migrantes?
La respuesta del consejo constitucional francés
desde la perspectiva del principio de fraternidad*

Guillaume Tusseau

1. Introducción	271
2. La consagración de un nuevo parámetro eficaz del control de constitucionalidad	273
3. La producción judicial de normas legislativas	279
4. Los límites de la comunicación judicial	283

CAPÍTULO 15

*El derecho al voto de los venezolanos en Perú y Colombia:
un análisis normativo y estadístico*

Oswaldo Zavala Blas

1. Introducción	291
-----------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Derecho al voto de los extranjeros	293
2.1. Nociones generales	293
2.2. Modelos de regulación	297
3. Derecho al voto de los venezolanos en el Perú	299
3.1. Marco normativo	299
3.2. Índice de participación	300
3.2.1. Proceso electoral del año 2018	301
3.2.2. Proceso electoral del año 2022	303
4. El derecho al voto de los venezolanos en Colombia	306
4.1. Marco normativo	306
4.2. Índice de participación	307
4.2.1. Proceso de elecciones municipales y distritales de 2019	308
5. Conclusiones	310

CAPÍTULO 16

Sostenibilidad y constituciones: el estado constitucional a la prueba del futuro

Tania Groppi

1. Un nuevo «concepto clave constitucional»	313
2. Futuro y constitución: una relación antigua	315
3. El irresistible ascenso de la sostenibilidad en las constituciones	316
4. Nuevos retos: ¿necesitamos una “cláusula constitucional de sostenibilidad”?	319

CAPÍTULO 7

La efectividad de la tutela judicial de los solicitantes de asilo en los tribunales europeos

Valentina Carlino ¹

SUMARIO: 1. La distancia entre la forma y el fondo. – 2. La tutela efectiva del solicitante de asilo en el espacio jurídico europeo. – 3. Una protección (demasiado) amplia. – 4. La igualdad sustancial como clave de la comprensión.

1. La distancia entre la forma y el fondo

Esta contribución toma como punto de partida la conciencia de que las garantías previstas abstractamente en la legislación para los solicitantes de asilo son a menudo negadas en la práctica, como resultado de medidas legislativas y prácticas administrativas que son incapaces de seguir las obligaciones constitucionales, europeas e internacionales en este ámbito. ² De hecho, los responsables políticos regulan cada vez más los asuntos de la inmigración en busca de un consenso electoral, adoptando enfoques de emergencia y seguridad totalmente inadecuados para gestionar un fenómeno estructural y complejo, ³ cuya principal dificultad radica precisamente en la búsqueda de un equilibrio

¹ Investigadora en Derecho público comparado en el Departamento de estudios empresariales y jurídicos de la Universidad de Siena.

² CAVASINO, E., *Diritti, Sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, en *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 3, 2018.

³ Como se ha observado, “el problema fundamental es que a menudo esas decisiones políticas – contrarias al derecho y, por tanto, sujetas con razón al control judicial – parecen reflejar una forma de “voluntad popular” hostil a la perspectiva universalizadora que presuponen los artículos 2 y 3 [de la Constitución italiana]”. Así, GIORGIS, A., GROSSO, E., LOSANA, M., *Introduzione*, en ID. (ed.), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell’uguaglianza formale*, Milán, Franco Angeli, 2017, 12. Se advierte que todas las traducciones del italiano o inglés al español en este capítulo son de la autora.

adecuado entre un supuesto interés nacional y las “libertades de los demás”.⁴

Como advierte Norberto Bobbio, la enunciación de un derecho no es suficiente para que se pueda considerar que está verdaderamente tutelado; en la “era de los derechos”, es necesario “darse cuenta inmediatamente de que la teoría y la práctica caminan por dos caminos distintos y a una velocidad muy diferente”.⁵ Si es cierto que, por un lado, el derecho de asilo está reconocido en varios niveles normativos, pero que, por otro lado, existe una hostilidad cada vez más generalizada por parte de los responsables políticos, que a menudo se muestran reticentes sobre la cuestión,⁶ se entenderá entonces cómo la tutela jurisdiccional de los solicitantes de protección constituye un nodo crucial en el marco más amplio de los derechos fundamentales de los migrantes, cuyo análisis no se puede ignorar. Esto es aún más cierto si se tiene en cuenta que la vulnerabilidad de los sujetos implicados es tal que plantea con urgencia la cuestión de la posibilidad efectiva de que hagan valer sus derechos ante una autoridad jurisdiccional (y no sólo jurisdiccional), que con frecuencia se ve debilitada por ciertas peculiaridades de los extranjeros que hacen que su relación con las instituciones del Estado receptor sea especialmente compleja.⁷ En la actualidad, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ocupa una posición de absoluta centralidad en el contexto jurídico europeo, dirigiéndose por un lado al legislador y por otro al juez. Si el primero está obligado para tener en cuenta las necesidades de los individuos a la hora de configurar las normas procesales, el segundo está llamado a utilizar el principio como criterio interpretativo en virtud del cual garantizar que la persona

⁴ SAVINO, M., *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milán, Giuffrè, 2012.

⁵ *Ibid.*, 66. Son significativas en este sentido las palabras de CARLASSARE, L., *Introduzione*, en ID. (ed.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padua, CEDAM, 1988, 1-7, 2: “Con demasiada frecuencia se tiene la sensación de que los derechos individuales, incluso los fundamentales, definidos como “inviolables” corresponden a posiciones muy débiles en términos de protección. Por ello, para que las solemnes declaraciones constitucionales no se queden en inútiles frases vacías, es necesario, en primer lugar, un serio reconocimiento de los instrumentos que ofrece nuestro ordenamiento para defender los derechos vulnerados o en grave peligro de serlo”.

⁶ Como observan GIORGIS, A., GROSSO, E., LOSANA, M., *Introduzione*, cit., 14, que hablan de una “espantosa brecha colectiva”, ante todo cultural, de la que la clase política debe tomar conciencia.

⁷ BENVENUTI, M., *La protezione internazionale degli stranieri tra polarità vecchie e nuove*, en ANGELINI, F., BENVENUTI, M., SCHILLACI, A. (ed.), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Nápoles, Jovene, 2011, 59-92. El autor defiende la necesidad de “entender el papel crucial que la efectividad, y no la mera normatividad, desempeña en este asunto” (p. 78).

cuya situación jurídica se ha visto perjudicada tenga la oportunidad de obtener una tutela plena y satisfactoria.

En este contexto, los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo desempeñan un doble papel: no sólo es en ellos donde se ha ido modelando progresivamente el principio de efectividad de la tutela jurisdiccional, adquiriendo su aspecto actual; los jueces europeos también lo han aplicado ampliamente, con el fin de reforzar las protecciones previstas a nivel nacional. Para ello, los Tribunales Europeos velan por que el margen de discrecionalidad estatal no conduzca a la denegación de la tutela efectiva de los individuos, desarrollando el sentido y el alcance de la noción y derivando de ella los principios que deben aplicarse en el ámbito particular del asilo, de modo que los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales sean adecuados para garantizar dicha efectividad. Al mismo tiempo, suelen ser el lugar donde buscar esa tutela que los jueces nacionales no siempre pueden garantizar.

2. La tutela efectiva del solicitante de asilo en el espacio jurídico europeo

En materia de asilo, el principio de la tutela efectiva se recoge explícitamente en la Directiva sobre procedimientos de asilo, donde sirve de núcleo en torno al cual orbitan todas las garantías procesales establecidas por el legislador europeo en los casos de reconocimiento y revocación de las formas de protección internacional previstas en el ordenamiento de la UE.⁸ Es el preámbulo de la propia directiva el que reitera el concepto, haciendo varias referencias a la Carta de Niza y, en particular, al art. 47.⁹ Como se establece explícitamente, “es un principio fundamental del Derecho de la UE que las decisiones sobre una solicitud de protección internacional, sobre la negativa a reabrir el examen de una solicitud que ha sido suspendida y sobre la revocación del estatus de refugiado o de protección subsidiaria sean susceptibles de un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional”.

⁸ FORASTIERO, R., *La protezione dei richiedenti asilo e l'applicazione del diritto a un rimedio effettivo e del diritto all'audizione*, en *Democrazia e sicurezza*, 1, 2019, 203-241, esp. 214-215.

⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, Preámbulo, Considerando 60: “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta. En especial, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto de la dignidad humana y promover la aplicación de los artículos 1, 4, 18, 19, 21, 23, 24 y 47 de la Carta, y debe aplicarse en consecuencia”.

dicional”.¹⁰ El derecho internacional de los refugiados no impone normas comunes que deban respetarse durante el procedimiento de reconocimiento del estatus, lo que crea una especie de paradoja según la cual las protecciones previstas en el sistema de Ginebra, respaldadas por el derecho de los pactos humanitarios, no están sin embargo respaldadas por ninguna garantía procesal, dejando la cuestión a la discreción de los Estados contratantes¹¹ y permitiendo así, en teoría, un marco heterogéneo de disciplina.¹² Evidentemente, este enfoque no sería aceptable en la Unión Europea, en función de la evolución ilustrada que ha llevado gradualmente a la creación de un Sistema Común de Asilo. Como se resume efectiva-

¹⁰ *Ibid.*, considerando 50.

¹¹ Las razones se encuentran, sin duda, en la mencionada reticencia de los Estados contratantes a imponer restricciones estrictas a su soberanía.

¹² Sobre el tema CANTOR, D.J., *Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence*, en *Refugee Survey Quarterly*, 34, 2015, 79-106; GORLIK, B., *Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status*, en *International Journal of Refugee Law*, 3, 2013, 357-376. Cabe señalar que, a pesar de la ausencia de garantías procesales vinculantes, el ACNUR enumera una serie de normas recomendadas que todo procedimiento nacional de determinación de la condición de refugiado debería garantizar. Véase ACNUR, *Conclusions sur la protection internationale. Adoptée par le Comité exécutif du programme du HCR*, primera versión de 1975 y posteriormente actualizada anualmente al final de cada nueva Sesión del Comité Ejecutivo; véase en especial la 28ª Sesión, 1977, párrafo 8, Détermination du statut de réfugié [Determinación de la condición de refugiado], letra e): “[El Comité Ejecutivo] Ha recomendado que los procedimientos a seguir para determinar la condición de refugiado respondan a las exigencias mínimas que figuran a continuación –: (i) El funcionario competente (por ejemplo, el funcionario de inmigración o el funcionario de la policía de fronteras) al que se dirige el postulante en la frontera o en el interior del territorio de un Estado contratante deberá tener instrucciones precisas para tratar los casos susceptibles de aplicar los instrumentos internacionales pertinentes. II deberá actuar conforme al principio de no devolución – y remitir estas demandas a una instancia superior; (ii) El postulante deberá recibir las indicaciones necesarias sobre el procedimiento a seguir; (iii) Un servicio bien determinado – que será, en la medida de lo posible, un servicio central único – deberá encargarse especialmente de examinar las demandas de estatus de refugiado y de tomar una decisión en primera instancia; (iv) El demandante deberá acceder a las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, para presentar su caso a las autoridades interesadas. II deberá tener también la posibilidad – debiendo ser informado – de ponerse en contacto con un representante del ACNUR; (v) Si se reconoce la calidad de refugiado al postulante, éste – deberá ser informado y recibir un documento que certifique su condición de refugiado; (vi) Si no se reconoce esta cualidad, deberá concederse un plazo razonable para solicitar la revisión de la decisión, ya sea a la misma, ya sea a otra autoridad administrativa o judicial, según el sistema existente; (vii) Se autorizará al demandante a permanecer en el país hasta que la autoridad competente mencionada en el punto (iii) – haya tomado una decisión sobre su demanda inicial, a menos que dicha autoridad haya establecido que su demanda es manifiestamente abusiva. II También se le debe autorizar a permanecer en el país, aunque una instancia administrativa superior o los tribunales de apelación no se hayan pronunciado sobre su caso a raíz de un recurso”.

mente en el Programa de Ypres, “la plena transposición y aplicación efectiva del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) constituyen una prioridad absoluta. Esto debería traducirse en unas normas comunes elevadas y en una mayor cooperación, creando unas condiciones equitativas para asegurar las mismas garantías procesales y la misma protección para los solicitantes de asilo en toda la Unión”.¹³

Con este objetivo, la Comisión Europea propuso en el año 2000 la promulgación de un instrumento jurídico vinculante que, por primera vez, fuera capaz de establecer unas normas mínimas de procedimiento de adopción obligatoria en los Estados miembros. «Consistent with the 1951 Convention and the 1967 Protocol, all asylum seekers must be granted access to fair and effective procedures for determining their protection needs» [“En consonancia con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, se debe conceder a todos los solicitantes de asilo el acceso a procedimientos justos y efectivos para determinar sus necesidades de protección”];¹⁴ por lo tanto, resultaba problemática la tendencia entonces observada de algunos países a establecer normas de procedimiento “hacia abajo”, destinadas a evitar un uso instrumental y abusivo del asilo – en un clima generalizado de desconfianza y sospecha hacia los solicitantes – en lugar de identificar a las personas que necesitan protección.¹⁵

Así, tras una larga y ardua negociación,¹⁶ la versión original de la Directiva de Procedimientos (dir. 2005/85/CE) tuvo el mérito de ser la primera en establecer normas destinadas a circunscribir el margen de maniobra estatal en la definición de las normas procesales relativas al examen de las solicitudes de asilo; por otra parte, sin embargo, la resistencia de los Estados miembros es claramente visible en el texto, calificado efectivamente por la doctrina autorizada como «un corpus juridique de faible valeur, fait d’ambigüités sinon de contradictions volontaires, seule méthode susceptible de forcer le consensus européen indispensable à l’époque» [“un corpus jurídico de escaso valor, compuesto de ambigüedades si no

¹³ Consejo Europeo de Ypres, párrafo 7.

¹⁴ UNHCR, *UNHCR’s observations on the European Commission’s proposal for a Council Directive on minimum standards on procedures for granting and withdrawing refugee status*, párr. 2.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 5 “Quizá lo más preocupante sea el clima de desconfianza y sospecha en el que se desenvuelven los procedimientos de asilo, la mayoría de las veces”.

¹⁶ Sobre lo cual ACKERS, D., *The Negotiations on the Asylum Procedures Directive*, en *European Journal of Migration and Law*, 7, 2005, 1-33 y MICHELOGIANNAKI, M., *The Negotiations of Directive 2005/85/EC*, en ZWAAN, K. (ed.), *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, Nimega, Wolf Legal Publishers, 2008, 21-26.

contradicciones voluntarias, único método capaz de forzar el imprescindible consenso europeo en la época”].¹⁷

Es interesante a este respecto el estudio comparativo realizado en 2010 por el ACNUR, que comparó la legislación sobre los procedimientos de solicitud de asilo en 12 Estados miembros (incluidos Italia y Francia), poniendo así de manifiesto la falta de armonización en la legislación y la práctica.¹⁸ Evidentemente, aún no había llegado el momento de poner en práctica ese objetivo de “proporcionar normas comunes para un procedimiento de asilo justo y eficaz” proclamado en Tampere.¹⁹

El progresivo avance de la integración europea en el ámbito de la inmigración y el asilo, y la consiguiente necesidad de un mayor nivel de armonización de las disciplinas sustantivas y procesales nacionales, ha llevado a un replanteamiento de los instrumentos normativos europeos pertinentes, en un intento de aplicar ese principio de equivalencia de los sistemas internos que sustenta todo el SECA.²⁰ Así, en junio de 2013 se aprobó la nueva – y ya mencionada varias veces – Directiva de Procedimientos (dir. 2013/32/UE), que sigue constituyendo el texto europeo de referencia. Muchos son los méritos de la intervención reglamentaria, cuyo objetivo declarado es “garanti-

¹⁷ LABAYLE, H., *Le droit européen de l'asile devant ses juges: précisions ou remise en question?*, en *Revue française de droit administratif*, 2, 2011, 273-290, 274; en sentido crítico también BYRNEM, R., *Remedies of Limited Effect: Rights of Appeal under the Forthcoming EU Directive on Minimum Standards on Procedures*, en *European Journal of Migration and Law*, 2005, 71-86. Sobre este tema, véase DE BRUYCKER, P., *Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile*, en EDSTRÖM, O., JULIEN-LAFERRIERE, F., LABAYLE, H. (ed.), *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruselas, Bruylant, 2005, 45-76. Sobre la versión original de la Directiva de Procedimientos, véase también BARTOLINI, G., *Osservazioni in margine alla “direttiva procedure” 2005/85/CE*, en BENVENUTI, P. (ed.), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, L'Aquila, Il Sirente, 2008, 177-214. Interesante reconstrucción de VEDSTED-HANSEN, J., *Common EU Standards on Asylum – Optional Harmonisation and Exclusive Procedures?*, en NIESSEN, G., GUILD, E. (ed.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 255-271; el autor, al ilustrar el contenido de la Directiva sobre procedimientos, destaca la relación entre el bajo grado de armonización y las reticencias estatales que caracterizaron el procedimiento de aprobación del texto, destacando también “La interrelación entre las normas comunes de la UE sobre aspectos procesales y sustantivos de la protección”.

¹⁸ UNHCR, *Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice. Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, marzo de 2010, disponible en <https://www.unhcr.org/protection/operations/4ba9d99d9/improving-asylum-procedures-comparative-analysis-recommendations-law-practice.html> (consultado por última vez en agosto de 2023).

¹⁹ Consejo Europeo de Tampere, citado, párrafo 14.

²⁰ POULY, C., *Les garanties procédurales dans le nouveau régime d'asile européen commun*, en *Actualidad jurídica. Derecho administrativo*, 41, 2013, 2358-2363.

zar una mayor coherencia entre los instrumentos de la UE en materia de asilo, simplificar, racionalizar y consolidar los regímenes procesales en toda la Unión y permitir decisiones más sólidas en primera instancia, con el fin de evitar los abusos y mejorar la eficacia del procedimiento de asilo”²¹ protegiendo al mismo tiempo los derechos de los solicitantes.²²

La directiva está dividida en seis capítulos, el primero de los cuales se ocupa de establecer disposiciones generales sobre el objetivo y el ámbito de aplicación del texto normativo, definir los conceptos de los que se ocupa y determinar determinados requisitos que deben cumplir las autoridades nacionales encargadas de examinar las solicitudes de protección.²³ El segundo capítulo enumera un conjunto de principios y garantías fundamentales que los Estados miembros deben reconocer a lo largo del examen de las solicitudes de asilo, desde el acceso al procedimiento hasta la fase de decisión de la autoridad competente.²⁴ Entre ellos, el derecho del solicitante a recibir información y asesoramiento a su llegada al territorio de un Estado miembro y durante todo el procedimiento, a permanecer regularmente en el país hasta la decisión en primera instancia sobre su solicitud, a recibir comunicaciones en un idioma que comprenda, a tener una entrevista personal antes de que la autoridad competente adopte una decisión y a obtener asistencia jurídica y representación gratuita en los procedimientos de primera instancia y de recurso. Todas las obligaciones establecidas en el segundo capítulo vinculan a los legisladores nacionales en la configuración de los procedimientos en primera instancia, respetando necesariamente aquellas normas mínimas comunes enumeradas en el ter-

²¹ Comisión, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o revocar la protección internacional (refundición), Bruselas, 2009, (párr. 1.1). El documento es accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009PC0554>. Es interesante destacar cómo el documento menciona la “proliferación, a nivel nacional, de regímenes procesales dispares y de deficiencias en relación con las garantías procesales de los solicitantes de asilo, derivadas principalmente del hecho de que la actual directiva deja a los Estados miembros una amplia discrecionalidad”. Por lo tanto, la Directiva carece de potencial para apoyar la Directiva sobre los requisitos y garantizar un examen riguroso de las solicitudes de protección internacional de acuerdo con las obligaciones internacionales y comunitario de los Estados miembros en relación con el principio de no-devolución”.

²² Véase COSTELLO, C., HANCOX, E., *The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/eu: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum-Seeker and the Vulnerable Refugee*, en CHETAIL, V., DE BRUYCKER, P., MAIANI, F. (ed.), *Reforming the Common European Asylum System*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2016, 377-455, esp. 389-444.

²³ Dir. 2013/32/UE, Capítulo I, Arts. 1-5.

²⁴ *Ibid.*, capítulo II, artículos 6-30.

cer capítulo.²⁵ Este último prevé también la posibilidad de proceder al examen de determinadas solicitudes con carácter prioritario, así como de establecer procedimientos acelerados en determinadas circunstancias previstas en el mismo. También se prevé la posibilidad de establecer una excepción a los principios y garantías establecidos en el capítulo dos en los casos en que el solicitante entre ilegalmente en el territorio de un Estado miembro procedente de un tercer país considerado seguro, en el sentido de la Directiva. Por último, establece las condiciones en las que las solicitudes de protección pueden ser declaradas infundadas o inadmisibles. A continuación, el capítulo cuatro establece las normas de procedimiento que deben seguirse en los casos de revocación de la protección internacional.²⁶ El capítulo cinco trata de los procedimientos de impugnación.²⁷ El mismo está constituido únicamente en el artículo 46, cuyo apartado 1 establece que los Estados miembros garantizarán al solicitante el derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional contra una decisión sobre su solicitud de protección internacional, incluso cuando se adopte en la frontera o en las zonas de tránsito del país de que se trate, contra la negativa a reabrir el examen de una solicitud y contra la decisión de retirar la protección. En los párrafos siguientes se exponen algunas normas de procedimiento que especifican el mencionado derecho a recurrir, garantizando su efectividad en relación con el asunto.²⁸ Por último, el capítulo seis contiene algunas disposiciones generales y finales.²⁹

Evidentemente, la Directiva sobre procedimientos de asilo atestigua una renovada conciencia de la esencialidad de las garantías procesales que, si no se adaptan al contexto al que se refieren, pueden comprometer la plena realización de los objetivos fijados por el derecho sustantivo, frustrando en última instancia el alcance de las normas que protegen las situaciones subjetivas. El legislador nacional está, pues, vinculado por una restricción adicional al contenido más general del artículo 47 de la Carta de Niza, que más bien sirve de guía a la luz de la cual leer la necesidad de un recurso efectivo (en los casos enumerados anteriormente) afirmada en la Directiva 2013/32/UE. Ha sido el propio Tribunal de Justicia el que ha afirmado que “las características del recurso previsto en el artículo 46 de la Directiva 2013/32 deben determinarse con arreglo al artículo 47 de la

²⁵ *Ibid.*, capítulo III, artículos 31-43.

²⁶ *Ibid.*, capítulo IV, artículos 44-45.

²⁷ *Ibid.*, capítulo V, artículo 46.

²⁸ Un estudio general de las garantías previstas en el mismo, completado con referencias a la jurisprudencia de Luxemburgo, se encuentra en AMADEO, S., SPITALERI, F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Turín, Giappichelli, 2019, 169-179.

²⁹ Dir. 2013/32/UE, Capítulo VI, Art. 47-55.

Carta, que constituye una reafirmación del principio de tutela jurisdiccional efectiva”.³⁰ En cualquier caso, esto no impide que el tribunal luxemburgués utilice también el artículo 47 como criterio para completar las garantías previstas en el Derecho derivado, si el margen de apreciación que éste concede es tal que pone en peligro el derecho a la protección efectiva de los solicitantes.

3. Una protección (demasiado) amplia

En efecto, si bien es evidente que la Directiva sobre procedimientos de asilo se ocupa de establecer el principio de protección efectiva en el ámbito de la protección internacional, fijando los requisitos previos que luego se transponen al Derecho nacional,³¹ no es menos cierto que las normas que establece no son especialmente estrictas. Al objetivo de una normativa procesal común que rijan el Sistema Europeo de Asilo se opone, en los hechos, una amplia autonomía nacional, lo que lleva a considerar la convergencia de las legislaciones nacionales en materia de garantías jurisdiccionales muy inferior a la que se encuentra en referencia a los perfiles sustantivos de los estatutos de protección;³² a ello hay que añadir la falta de exhaustividad de las garantías relativas a la fase jurisdiccional, tratada en la Directiva 2013/32/UE de forma muy minoritaria en comparación con la fase administrativa que caracteriza a los procedimientos de primera instancia. Por lo tanto, la afirmación de que la Directiva sobre procedimientos de asilo es “un texto destinado principalmente a definir normas comunes, especialmente en la fase administrativa de evaluación de las solicitudes de protección internacional, y a reservar a la fase jurisdiccional del recurso unas pocas normas, representadas esencialmente por el artículo 46”³³ puede apoyarse plenamente.

En consecuencia, existe una cierta heterogeneidad en las normas procesales jurisdiccionales fijadas por los responsables políticos nacionales, que a menudo aprovechan el margen de maniobra que les deja el legisla-

³⁰ TJUE, sentencia de 26 de julio de 2017, caso C348/16, *Moussa Sacko*, apartado 31.

³¹ En relación con nuestro análisis, los distintos perfiles de la tutela judicial efectiva de los solicitantes de asilo en la Directiva sobre procedimientos de asilo se tratarán con más detalle en los siguientes capítulos, en los que analizaremos los distintos medios de tutela previstos por los ordenamientos jurídicos italiano y francés, a menudo en aplicación de las normas procesales establecidas por el Derecho de la Unión Europea.

³² STRAZZARI, D., *Diritto a un ricorso effettivo e autonomia processuale degli Stati: l'audizione personale del ricorrente nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale*, en *DPCE online*, 4, 2017, 987-996, esp. 988-989.

³³ *Ibid.*, 989.

dor europeo y su autonomía procesal para “rebajar” el nivel de garantías previsto en el ámbito de la Unión Europea, hasta el punto de apartarse a veces de él por completo.

En este contexto, se subraya aún más el papel de los tribunales europeos, a los que se confía la tarea de precisar el alcance del contenido de las obligaciones derivadas del derecho convencional y del derecho de la UE, tanto primario como derivado. Como se ha reconstruido de forma muy satisfactoria, los jueces utilizan para ello tres conceptos principales: la ponderación de los distintos intereses en juego, a menudo contrapuestos; la equidad del procedimiento en su conjunto, en todos sus aspectos y en todo momento; las características y necesidades de la categoría de sujetos a los que se aplican las normas procesales.³⁴ Es bajo el prisma de éstos, por tanto, que la jurisprudencia ha extrapolado el alcance y contenido del principio de tutela judicial efectiva garantizado en la Directiva de Procedimientos de Asilo, para ser interpretado y complementado por referencia al artículo 47 de la Carta de Niza que, a su vez, no puede ofrecer normas procesales inferiores a las establecidas en los artículos 6 y 13 de la CEDH. A partir de las garantías generales que se derivan del derecho a una solución jurídica efectiva, y haciendo uso de los tres cánones mencionados anteriormente, los tribunales europeos derivan así de vez en cuando principios específicos, relativos a las situaciones individuales en las que se manifiesta.

“El énfasis en la efectividad del recurso lleva al Tribunal Europeo, por un lado, y al Tribunal de Justicia, por otro, a valorar la protección otorgada en términos concretos, no deteniéndose en la existencia formal del derecho, sino verificando si es en su aplicación práctica tal que garantice una defensa efectiva contra la vulneración de los derechos”.³⁵ De ello se desprende que los tribunales europeos han deducido de la noción general un conjunto de corolarios indispensables para que la protección judicial de los solicitantes de asilo sea efectiva, en el sentido de que esta noción ha sido dada por los propios tribunales con referencia a otros ámbitos, conscientes de la necesidad de considerar el carácter absoluto de los intereses en juego, así como las “debilidades” específicas de los individuos afectados.

Así, es precisamente la supuesta vulnerabilidad de la categoría de solicitantes de asilo postulada por la CEDH la que da lugar a esa necesidad de

³⁴ Así, RENEMAN, A.M., *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2012, esp. 108 para la lista de las “tres nociones básicas” que la autora recoge de su estudio.

³⁵ FAVILLI, C., *L’Unione che protegge e l’Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, en *Questione Giustizia*, 2, 2018.

“protección especial”³⁶ mencionada anteriormente y que se manifiesta en varios perfiles,³⁷ incluido el procesal.³⁸ En resumen, el principio-derecho a un recurso efectivo (ex art. 6 y 13 CEDH) en el contexto del asilo (y, por tanto, de los sujetos con necesidades específicas derivadas de su particular fragilidad) requiere una serie de garantías jurisdiccionales reforzadas, tanto más cuanto que la denegación o la retirada de la protección internacional podría exponer al sujeto al riesgo de ser tratado en el país de retorno de forma contraria a los artículos 2 y 3 del Convenio (los llamados derechos absolutos), creando así un daño irreversible. Por ello, el juez de Estrasburgo exige un nivel de protección más elevado; en este sentido es significativa la sentencia M.S.S. de 2011: «compte tenu de l’importance que la Cour attache à l’article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d’être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, l’effectivité d’un recours au sens de l’article 13 demande impérativement un contrôle attentif par une autorité nationale, un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs de croire à un risque de traitement contraire à l’article 3» [“teniendo en cuenta la importancia que el Tribunal atribuye al artículo 3 y la naturaleza irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de realización del riesgo de tortura o de malos tratos, La efectividad de un recurso en el sentido del artículo 13 exige necesariamente un control atento por parte de una autoridad nacional, un examen independiente y riguroso de todo lo que se refiere a los motivos para pensar en un riesgo de trato contrario al artículo 3”].³⁹

Este requisito también se ha incorporado al derecho de la Unión Europea, tanto en la legislación como en la jurisprudencia. El artículo 46, apartado 3, de la Directiva sobre procedimientos de asilo establece que, para que el recurso del solicitante sea efectivo (en el sentido del apartado 1), los Estados miembros garantizarán un “examen completo y ex nunc de los elementos de hecho y de derecho, incluido, en su caso, un examen de la necesidad de protección internacional en el sentido de la Directiva 2011/95/UE, al menos en el procedimiento de recurso ante el tribunal de

³⁶ Véase, por ejemplo, TEDH, 4 de noviembre de 2014, Ref. 29217/12, *Tarakhel contra Suiza*, párrafo 97.

³⁷ Sobre el tema TIGROUDJA, H., *L’apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme dans l’examen au fond de la demande d’asile*, en TUOT, T. (ed.), *Droit d’asile*, París, Pedone, 2015, 203-210.

³⁸ IPPOLITO, F., *La vulnerabilità come criterio emergente per una maggiore tutela del migrante nel contenzioso internazionale*, en NESI, G. (ed.), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell’emergenza?*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2018, 447-466.

³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, párrafo 293.

primera instancia”.⁴⁰ De ello se desprende que el juez debe realizar un examen necesariamente individual, teniendo en cuenta todas las circunstancias objetivas y subjetivas del caso. Ha sido el propio Tribunal de Justicia el que ha precisado que “por lo que se refiere a la expresión “garantizar que un recurso judicial efectivo prevea un examen completo y ex nunc de los elementos de hecho y de derecho”, es necesario, para no privarla de su sentido habitual, interpretarla en el sentido en el que los Estados miembros están obligados en virtud del artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, a adaptar su Derecho nacional de modo que el tratamiento de los recursos de que se trata prevea un examen por el juez de todos los elementos de hecho y de derecho que le permitan realizar una apreciación actualizada del asunto. A este respecto, la expresión “ex nunc” subraya la obligación del juez de realizar una apreciación que tenga en cuenta, en su caso, los nuevos elementos surgidos desde que se dictó la resolución objeto del recurso”.⁴¹

Además, es precisamente el carácter absoluto de los intereses en juego en los casos de asilo lo que da lugar a otro requisito específicamente referido a los solicitantes de asilo, reiterado en la jurisprudencia europea. En efecto, para evitar un trato contrario a los artículos 2 y 3 de la Convención Europea, el Tribunal de Estrasburgo ha dictaminado que el recurso del extranjero debe tener efecto suspensivo – es decir, debe poder interrumpir la ejecución de la expulsión resultante de la decisión impugnada – siempre que se invoque una infracción de estas disposiciones.⁴² Así, en el caso *Gebremedhin*, Francia fue condenada por la violación del derecho a un recurso efectivo en virtud del artículo 13 de la CEDH en relación con el artículo 3,⁴³ como: «Compte tenu de l’importance que la Cour attache à l’article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d’être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, cela vaut évidemment aussi dans le cas où un Etat partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu’il courrait un risque de cette nature : l’article 13 exige que l’intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif» [“Teniendo en cuenta la importancia que el Tribunal atribuye al artículo 3 de la Conven-

⁴⁰ Directiva 2013/32/UE, Art. 46(3).

⁴¹ TJUE, sentencia de 25 de julio de 2018, caso C585/16, *Alheto*, párrafos 110-111.

⁴² Como se ha señalado, para el TEDH la intensidad de las protecciones que deben garantizarse varía en función de la naturaleza del derecho potencialmente afectado. En este sentido, véase TEDH, 13 de diciembre de 2012, Rec. 22689/07, *De Souza Ribeiro contra Francia*, esp. párr. 83.

⁴³ Condena que llevó al legislador francés a modificar la legislación correspondiente para cumplir la sentencia.

ción y la naturaleza irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de realización del riesgo de tortura o de malos tratos, es evidente que también lo es en el caso de que un Estado parte decida devolver a un extranjero a un país en el que existen motivos fundados para pensar que corre un riesgo de esta naturaleza: El artículo 13 exige que el interesado tenga acceso a un recurso con efecto suspensivo de pleno derecho”].⁴⁴

Fue justamente esta orientación del Tribunal de Estrasburgo, iniciada desde principios de la década de 2000, la que llevó al Juez de Luxemburgo a alinearse, llenando el vacío legal de la entonces directiva de procedimientos (dir. 2005/85/CE), que no contemplaba el derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro. Afirmado por primera vez en la jurisprudencia,⁴⁵ se consagra ahora en el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, según el cual, salvo en los casos enumerados exhaustivamente, “los Estados miembros autorizarán a los solicitantes a permanecer en su territorio hasta la expiración del plazo en el que puedan ejercer su derecho a un recurso efectivo o, si éste se ha ejercido en el plazo establecido, hasta el resultado del recurso”. De ello debe deducirse que, cuando se adopta una decisión de repatriación (a un país en el que la persona correría el riesgo de recibir un trato contrario a los artículos 2 y 3 de la CEDH) tras el resultado negativo del procedimiento administrativo de examen de la solicitud de protección, y cuando se ha interpuesto un recurso en el plazo previsto, dicha decisión sólo es legítima si se suspenden totalmente sus efectos hasta la conclusión del procedimiento judicial de primera instancia.⁴⁶

Y si es cierto que las obligaciones derivadas del art. 13 CEDH exigen que el recurso sea ““effectif” en pratique comme en droit” [““eficaz” tanto en la práctica como en el derecho],⁴⁷ en el sentido de que su ejercicio no debe ser impedido u obstaculizado de forma injustificada, es evidente que de este postulado se derivan otras obligaciones para los Estados y, especularmente, garantías para los solicitantes. Para que sea efectivo, el solicitante de asilo al que se le deniegue su solicitud de protección debe dispo-

⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de abril de 2007, Rec. 25389/05, *Gebremedhin*, párrafo 66.

⁴⁵ TJUE, sentencia de 17 de diciembre de 2015, asunto 239/14, *Tall*, párrafos 51-59.

⁴⁶ Así, TJUE, sentencia de 19 de junio de 2018, caso 181/61, *Gnadi*, sobre la que AMADEO, S., SPITALERI, F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., 226-228. El TJUE ha afirmado en repetidas ocasiones que no existe la obligación de los Estados de prever una segunda instancia, ni de conceder efectos suspensivos a cualquier procedimiento de apelación (al hacerlo, el TJUE se ha remitido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este punto). *Ex multis* TJUE, sentencia de 26 de septiembre de 2018, caso 180/17, *X y Y*, apartado 26.

⁴⁷ *Ex multis* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27 de junio de 2000, Rec. 22277/93, *Ilhan contra Turquía*, párr. 97.

ner de tiempo suficiente para interponer un recurso; como señala también la Directiva sobre procedimientos de asilo, “los Estados miembros establecerán plazos razonables y otras normas necesarias para el ejercicio por el solicitante del derecho a un recurso efectivo contemplado en el apartado 1”. Los plazos establecidos no deberán hacer imposible o excesivamente difícil dicho acceso”.⁴⁸ Una vez presentado el caso ante el juez, el demandante debe tener garantizados los cánones de un juicio justo, en particular el derecho a la asistencia, a la defensa, – y, en su caso, a poder ser asistido gratuito por un abogado de oficio – a una audiencia pública, ante un juez independiente e imparcial, en la que pueda disfrutar de los principios del procedimiento contradictorio y, por tanto, del derecho a ser oído por el juez. Dadas las especificidades de la categoría en cuestión, así como las exigencias de celeridad que subyacen en la modelización nacional del contencioso sobre el asilo, estos cánones se declinan de manera peculiar en el asunto que nos ocupa.⁴⁹ Así, en relación con el derecho a una defensa efectiva, está el deber de información que incumbe a los Estados receptores, la utilización de un idioma comprensible para el solicitante para la comunicación, el papel de las asociaciones y organizaciones que ofrecen apoyo jurídico a los extranjeros, el derecho a un intérprete.⁵⁰ En relación con el derecho más específico a ser oído, no está consagrado explícitamente en la legislación europea vigente; sin embargo, como declaró el Tribunal de Justicia en el conocido caso *Moussa Sacko*, la ausencia de audiencia del solicitante de asilo durante el procedimiento de recurso contra la denegación de protección internacional constituye una violación del derecho de defensa, parte integrante y necesaria de la tutela jurisdiccional efectiva; no obstante, no se trata de un derecho absoluto, por lo que el juez puede decidir no oír al extranjero en persona si la elección está justificada por las circunstancias concretas de cada caso.⁵¹

4. *La igualdad sustancial como clave de la comprensión*

¿Cuál es entonces el significado que la efectividad asume en relación con la protección jurisdiccional? ¿Cuáles son las dimensiones en las que la

⁴⁸ Directiva 2013/32/UE, Art. 46(4).

⁴⁹ *Infra*.

⁵⁰ Las garantías establecidas por la Directiva de Procedimientos en referencia a la fase administrativa del procedimiento de concesión de la protección deben garantizarse también, al menos de forma equivalente, en la fase jurisdiccional.

⁵¹ TJUE, sentencia *Moussa Sacko*, citada anteriormente, esp. párrafos 23-49.

misma se expresa? En definitiva, ¿en qué consiste un remedio efectivo?

La evolución que ha experimentado el concepto en los ordenamientos de la Unión Europea y de la CEDH, que a su vez influyen y se ven influidos por los ordenamientos jurídicos nacionales,⁵² permite captar esencialmente tres corolarios:⁵³ a) el derecho de acceso al juez, tanto de hecho como de derecho; b) el derecho a una serie de garantías procesales mínimas, que se concretan en el derecho a un juicio justo; c) el derecho a una solución jurídica efectiva, es decir, a una forma de protección capaz de satisfacer la demanda del demandante. Valorando la dimensión concreta de la tutela jurisdiccional más allá de las meras declaraciones formales, lo que se desprende es básicamente la necesidad de promover la igualdad sustantiva, lo que explica también la configuración de la efectividad del derecho de acceso a la justicia como un derecho con un valor autónomo.⁵⁴

Es decir, la tutela jurisdiccional efectiva no puede resolverse simplemente afirmando el derecho de toda persona a interponer una acción ante un juez. Es necesario que el Estado se ocupe de considerar las diferencias entre los sujetos – por tanto, aquellas situaciones de hecho y de derecho que para algunos pueden resultar un obstáculo para el ejercicio concreto de ese derecho – y, posteriormente, las elimine. Del mismo modo, para que no queden anuladas, las garantías del proceso deben poder declinarse y adaptarse en función de las necesidades específicas del litigio en cuestión.

La tutela jurisdiccional, por tanto, es eficaz cuando se sitúa en la perspectiva de los sujetos, considera sus necesidades y flexibiliza la rigidez de las normas procesales en función de ellas. Este es, pues, el sentido que debe adquirir la noción de acceso a la tutela jurisdiccional: el acceso a un juicio efectivo,⁵⁵ es decir, la aplicación de ese principio de igualdad, formal, pero sobre todo sustantiva, que constituye el sustrato de los ordenamientos constitucionales contemporáneos.

«Effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement – the most basic “human right” – of a modern, egalitarian legal sys-

⁵² COMOGLIO, L.P., *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Turín, Giappichelli, 2004, 34.

⁵³ La siguiente reconstrucción concisa es también propuesta por STRAZZARI, D., *Access to justice e stranieri: l’effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, en *Diritto costituzionale*, 3, 2018, 162 y por DALFINO, D., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2014, 907-941, 914.

⁵⁴ OSTI, A., *Teoria e prassi dell’access to justice*, Milán, Giuffrè, 2016, 10-13, donde la autora se detiene en la noción de acceso a la justicia, destacando su (necesaria) dimensión procesal.

⁵⁵ Así DALFINO, D., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, cit., 913.

tem which purports to guarantee, and not merely proclaim, the legal rights of all» [“El acceso efectivo a la justicia puede considerarse, por tanto, como el requisito más básico – el “derecho humano” más elemental – de un sistema jurídico moderno e igualitario que pretende garantizar, y no sólo proclamar, los derechos legales de todos”].⁵⁶

Por estas razones, el juicio puede entenderse como un “instrumento de política social”, en el que “el legislador, abandonando la posición tradicional, que querría limitar su intervención a garantizar el respeto de las reglas del juego individual, se posiciona a favor de la parte socialmente más débil”.⁵⁷ Desde este punto de vista, el reforzamiento de “los poderes procesales a favor de una parte constituye el medio de realización de los derechos sustantivos que el sistema le atribuye”,⁵⁸ reconociendo la “dimensión prestacional” del derecho a la tutela judicial, garantía del carácter liberal-democrático efectivo de la forma de Estado”.⁵⁹

De hecho, la protección jurisdiccional de los solicitantes de asilo presenta características particulares, que están vinculadas a los múltiples perfiles de vulnerabilidad de los sujetos, a los que corresponden otros tantos deberes específicos por parte de los Estados. Así, por ejemplo, la falta generalizada de información de los solicitantes sobre sus derechos y sobre el modo de ejercerlos corresponde al deber de las autoridades nacionales de proporcionarles la información necesaria para permitirles el acceso a los procedimientos; la ausencia o el desconocimiento del idioma italiana corresponde la obligación del Estado de garantizar que el individuo comprenda todos los actos que le conciernen.

Por otra parte, cabe señalar cómo la particularidad de los sujetos considerados se manifiesta también en el hecho de que, en el contexto de la protección político-humanitaria, la fase jurisdiccional se inicia sin que haya existido una violación previa de un derecho, sino precisamente para

⁵⁶ CAPPELLETTI, M., GARTH, B.G., *Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, en *Buffalo Law Review*, 27, 1978, 181-292, 185. El trabajo citado representa una elaboración más de un estudio muy amplio, el *Florence Access to Justice Project*, cuyos resultados se publicaron en una obra de cuatro tomos que no podemos dejar de mencionar: CAPPELLETTI, M. (ed.), *Access to Justice*, Milán, Giuffrè, 1978-1979.

⁵⁷ DENTI, V., *Processo civile e giustizia sociale*, Milán, Edizioni di Comunità, 1971, 53.

⁵⁸ *Ibid.*, 53-54.

⁵⁹ Así STRAZZARI, D., *Access to justice e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, cit., 162. El autor considera (de forma muy convincente) que adoptar el punto de vista de la persona-extranjera permite también captar el carácter universal del derecho a la tutela jurisdiccional, extendido también a los no ciudadanos, así como “el impacto que la dimensión constitucional de los derechos determina en el propio ejercicio de la función jurisdiccional”, en el sentido de que induce a “lecturas incluso dinámicas de las limitaciones tradicionales de la función jurisdiccional” (pp. 158-160).

evitar dicha violación.⁶⁰ El solicitante de asilo recurre al juez para que éste reconozca su derecho a acceder a un estatus de protección al que tiene derecho precisamente porque, en caso de denegación, podría sufrir una compresión de su esfera personal de derechos y libertades fundamentales. De ello se desprende que, al fin y al cabo, el derecho al recurso jurisdiccional y, en particular, a un recurso efectivo, se postula en la propia ratio del derecho de asilo, que de otro modo perdería su sentido.

⁶⁰ LENZERINI, F., *Asilo e diritti umani*, Milán, Giuffrè, 2009, 433-434.