Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

La respuesta europea a la crisis de los refugiados
José María Porras Ramírez

El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea
Calogero Pizzolo

Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión
Javier García Roca

Malos tiempos para el estado de derecho en la Unión Europea
Susana Sanz Caballero

Líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización
José María Serna

Por una perspectiva dialógica del derecho constitucional europeo
Laurence Burgorgue-Larsen

La independencia judicial como requisito para la emisión de la orden europea de detención
Jeremías Brusau

Sobre la ponderación de los intereses concurrentes de las víctimas y de la defensa en la Directiva 2012/29/UE
Rocío E. Buosi

RI&HR

Jean Monnet Centre of Excellence "Regional Integration and Human Rights"

Jean Monnet Centro de Excelencia "Integración Regional y Derechos Humanos"

IR&DH

Año VII – Nr. 2 – 2019

30 YEARS OF JEAN MONNET ACTIVITIES

Erasmus+

FACULTAD DE DERECHO · UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Cofinanciado por el programa Erasmus+ de la Unión Europea

Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua *Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet*
(2013 - 2019)

Año VII – N° 2 – 2019

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea[1]

§

Calogero Pizzolo[2]

Sumario

I. Puntos de convergencia entre la integración regional y la tutela de los derechos humanos: formación de una comunidad de intérpretes finales. II. El derecho a un recurso efectivo del artículo 13 (CEDH) vinculado al artículo 3 (CEDH) y su aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los requirentes de asilo. III. La prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en la interpretación del Tribunal de Justicia de los artículos 4 y 19.2 (CDFUE). IV. La eficacia medida por el reconocimiento de un efecto suspensivo automático al recurso de revisión de la decisión denegatoria de la solicitud de asilo cuando se invoca el artículo 3 (CEDH). V. Sin garantía de doble instancia: el efecto suspensivo automático no alcanza al recurso de apelación. VI. El recurso efectivo frente a la prohibición de expulsiones colectivas. VII. El derecho a un recurso efectivo conforme al artículo 47 (CDFUE) en relación con los requirentes de asilo. VIII. Conclusiones.

[1] Este estudio se ha desarrollado con el apoyo del programa Erasmus+ de la Unión Europea en el marco del proyecto para el desarrollo del Centro de Excelencia Jean Monnet "Integración Regional & Derechos Humanos" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Acuerdo Nr. 2018-3245/043-00, Proyecto: 611111-EPP-1-2019-1-AR-EPPJMO-CoE).

[2] Profesor Titular de las materias Derecho de la Integración y Elementos de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático Jean Monnet de Derecho Público Europeo.

I. Puntos de convergencia entre la integración regional y la tutela de los derechos humanos: formación de una comunidad de intérpretes finales.

El desarrollo de procesos de integración regional, en la medida que indican una transición desde sociedades nacionales hacia un espacio transnacional de formación compuesta y compleja dominado por la diversidad, necesariamente causa una *movilidad social* que se manifiesta en constantes flujos migratorios.

En la Unión Europea (UE), lo dicho se ha visto favorecido por la consolidación a lo largo del tiempo de una libertad de circulación de personas y el consiguiente derecho de residencia –pilares de la integración europea- como nunca antes se conoció. Integrada a la ciudadanía nacional, se forjó una *ciudadanía común* manifiesto de los pueblos que la integran.[3]

Este proceso poco podría haber prosperado si no fuera por la constante y convincente intervención del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo, intérprete final del derecho de la UE (DUE). Su actuación, materializada en una variada y voluminosa jurisprudencia, permite ejercer una amplia tutela de los Derechos en sus puntos de convergencia con los procesos de integración regional. El reconocimiento a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) de la mayor jerarquía, junto a los *tratados fundacionales*, selló definitivamente este vínculo: por primera vez en la historia se logra alcanzar una Carta de Derechos propia de un proceso de integración regional junto a un Tribunal que *garantice* su cumplimiento.

Sin embargo, transitando en *sentido inverso*, pese a los esfuerzos que se han hecho, la UE mantiene *pendiente* de desarrollo una política de asilo común que le permita *articular* con la permanente presión migratoria a la que es sometida desde fuera de sus fronteras comunes. El arribo en condiciones extremas, especialmente a los Estados de la frontera sur –principalmente España, Malta, Italia y Grecia-, cerca de la infamia de convertir al mar mediterráneo en un cementerio de personas *sin rostro*, no ha logrado despertar aún la *solidaridad común* que exigen la dimensión de los hechos que tratamos.

---

[3] Véase PIZZOLO C., *Fundamental right for EU citizens status. Some developments in the scope of people's free movement and residence related to third-country nationals*, "Individual legal status: a tool for developing European law?", 2017, p. 31-54; y *Libre circulación de personas: alcance y límites,* "Derecho individuales e integración regional (antología)", Roma-Perugia-México, ISEG – Universita degli Studi di Perugia – TEC, 2013, p. 425-446.

En este escenario, la UE encuentra un nuevo punto de convergencia con la tutela de los derechos humanos. Convergencia que se manifiesta en un *entramado normativo* que involucra por lo menos cuatro niveles de protección.[4]

Los dos primeros proporcionan un marco normativo *general* donde cuentan más los principios que las regulaciones particulares. Estos son, un inicial y hasta podríamos llamarlo *fundacional* nivel de protección configurado por las obligaciones internacionales en la materia (en particular en el ámbito de la O.N.U la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en adelante Convención de 1951[5] y el Protocolo de 1967[6]) que vinculan tanto a la UE como a sus Estados miembros. Para luego, adjuntar el también genérico –no hay referencias específicas a los refugiados- marco normativo y de protección internacional del sistema europeo instrumentalizado a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos[7] (CEDH).[8]

Los dos niveles de protección restantes, en cambio, se caracterizan por su detallada regulación de la materia y es dominado por el derecho nacional de cada uno de los Estados parte en conexión con el DUE, ambos pendientes de una armonización plena en ausencia de un régimen común.[9]

---

[4] Véase ROMEO G., *Diritti fondamentali e immigrazione (Special Issue 2/2019)",* en *federalismi.it*

[5] Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, convocada por la Asamblea General de la O.N.U en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137.

[6] Cuando después de la II Guerra Mundial se crea la Convención de 1951, sólo los europeos que se convirtieron en refugiados antes de aquel año podían solicitar asilo. El Protocolo creado en 1967 elimina esta limitación de tiempo y espacio.

[7] Véase MOLE, N. y MEREDITH C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, "Human rights files", Nr. 9, Council of Europe Publishing, 2010.

[8] El CEDH de 1950 solo contiene algunas disposiciones en las que se menciona a los extranjeros de manera explícita o en las que algunos derechos se limitan a los nacionales o a los residentes legales, por ejemplo, los artículos 2, 3 y 4 del Protocolo Núm. 4 y el artículo 1 del Protocolo Núm. 7. La Carta Social Europea (CSE) de 1961 (revisada en 1996) prevé explícitamente la protección de refugiados y apátridas.

[9] Véase DA LOMBA, S., *The Right to Seek Refugee Status in the European Union*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2004.

En efecto, el llamado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)[10] regula y establece normas comunes en el ámbito de la protección internacional con vistas a desarrollar conceptos y criterios comunes y a armonizar la interpretación y la aplicación del derecho de asilo entre los Estados miembros de la UE.[11]

Dentro del *derecho originario* de la UE, además del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y del Tratado de la UE (TUE), reviste una importancia específica para el SECA la ya citada CDFUE.[12] Dentro de este *bloque normativo* cabe destacar como fundamento jurídico específico del derecho de asilo los artículos 78 y 79 (TFUE).[13]

[10] El Tribunal de Justicia tiene dicho que el SECA "se basa en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra [1951] y del Protocolo [1967] y *en la garantía de que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución*" (STJ de 14 de mayo de 2019, *M. y otros*, asuntos acumulados C-391/16, C-77/17 y C-78/17 [ECLI:EU:C:2019:403], párr. 80). Sin resaltar en el original.

[11] En comparación con otros sistemas de asilo a escala regional, el SECA posee un carácter excepcional en la medida en que *regula tanto cuestiones de fondo como cuestiones de procedimiento* para la protección internacional, desde la entrada en un Estado miembro hasta la resolución definitiva sobre el estatuto de protección.

[12] Debe tenerse en cuenta también el Protocolo Núm. 24 *sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea* y el Protocolo Núm. 30 *sobre la aplicación de las disposiciones de la CDFUE a Polonia y al Reino Unido*.

[13] En lo que aquí interesa el artículo 78.1 dice: "La Unión desarrollará *una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país* que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes". Mientras que el artículo 79.1 dice: "La Unión *desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios*, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas". Sin resaltar en el original.

También son determinantes los artículos 18[14], 19[15] y 47[16] (CDFUE), este último en concordancia con el artículo 13 (CEDH) consagra el derecho a la tutela judicial efectiva.[17]

En cuanto al *derecho derivado*, sin perjuicio del principio de subsidiariedad y del hecho –como ya se dijo- de que la competencia legislativa en el ámbito del asilo está *compartida* entre la UE y los Estados miembros[18], la legislación sobre el SECA tiene por objeto establecer un sistema común para atender a las solicitudes de protección internacional con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2011/95/UE[19]. Esta

[14] La norma citada dice: "Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con la Constitución".

[15] La norma citada dice: "1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes".

[16] La norma citada dice: "[1] Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados *tiene derecho a la tutela judicial efectiva* respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. [2] Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. [3] *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*". Sin resaltar en el original.

[17] Sobre la noción de "efectividad" en el artículo 47 véase, entre otros: GUTMAN K., *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, "German Law Journal", año 2019, vol. 20; VAN DUIN, A., *Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13*, "EuCML", año 2017, vol. 6 (5); PRECHAL S., *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, "Fundamental Rights in International and European Law", año 2016; HERWIG C. H. HOFMANN, *The Right to an 'Effective Judicial Remedy' and the changing conditions of implementing EU Law*, "Law Working Paper Series-Paper number 2013-02", 11/07/2013 y RENEMAN M., *Access to an Effective Remedy in European Asylum Procedures*, "Amsterdam Law Forum", año 2008, vol. 1.

[18] Véase CAVASINO E., *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d'asilo (4.10.2019)",* en *www.federalismi.it*

[19] 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*

Directiva se aplica, por tanto, desde el punto de entrada en la UE hasta que se alcanza una decisión definitiva sobre cada solicitud y se reconoce o se deniega el estatuto de protección internacional.[20]

Se destaca también el denominado *Reglamento de Dublín III*[21] instrumento de tercera generación que establece los criterios y mecanismos para determinar *cuál es el Estado miembro responsable* de examinar una solicitud de protección internacional.[22] En su artículo 27, este Reglamento establece que a las personas que se aplica (cfr. art. 18), gozan del derecho a la tutela judicial efectiva "en forma de recurso o de revisión, de hecho o de derecho, contra la decisión de traslado, ante un órgano jurisdiccional". Los Estados miembros deben establecer, por lo tanto, "un plazo

---

o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) [2011] DO L 337/9.

[20] De los considerandos 4, 23 y 24 de la Directiva 2011/95 se desprende, según razona el Tribunal de Justicia, que "la Convención de Ginebra [1951] *constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados* y que las disposiciones de esta Directiva relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado y al contenido de este fueron adoptadas *para guiar a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la citada Convención, sobre la base de conceptos y criterios comunes para el reconocimiento a los solicitantes de asilo del estatuto de refugi*ado en el sentido del artículo 1 de esta" (Cfr. STJ de 31 de enero de 2017, *Lounani*, asunto C 573/14 [EU:C:2017:71], párr. 41, y STJ de 13 de septiembre de 2018, *Ahmed*, asunto C 369/17 [EU:C:2018:713], párr. 40). Sin resaltar en el original.

[21] Reglamento (UE) Nr. 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* [2013] DO L 180/31.

[22] El Reglamento de Dublín III se complementa con el Reglamento (CE) Nr. 1560/2003, en su versión modificada por el artículo 48 del Reglamento de Dublín III, que *establece normas y disposiciones detalladas para facilitar la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros competentes en la aplicación del Reglamento de Dublín III*, y el Reglamento (UE) Nr. 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013 y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición), [2013] DO L 180/1.

de tiempo razonable para que la persona interesada pueda ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva". El Tribunal de Justicia en el asunto *Ghezelbash* sostuvo que, una interpretación restrictiva de este recurso, podría privar de *efecto útil* a los derechos del solicitante de asilo.[23] En la misma línea, en el asunto *Karim* se defendió que, dicho recurso, "ofrece al solicitante de asilo un recurso judicial efectivo contra la decisión de trasladarlo, que puede referirse, por ejemplo, al examen de la aplicación de este Reglamento y puede llevar así a poner en tela de juicio la responsabilidad de un Estado miembro, aun cuando no existan en ese Estado miembro deficiencias sistémicas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo que impliquen un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 [CDFUE]".[24]

La Directiva 2013/33/UE, por su lado, garantiza un recurso efectivo frente a las decisiones de concesión, reducción o retirada de los beneficios previstos en la misma; así como la asistencia jurídica gratuita para ejercitarlos (art. 26). La Directiva 2013/32/UE[25], establece un compendio pormenorizado de normas y garantías para los *procedimientos comunes* de concesión o retirada de protección internacional. En su artículo 46, esta Directiva prevé el derecho a un recurso efectivo frente a una decisión sobre protección internacional, la negativa a reabrir una solicitud previamente interrumpida y una decisión para retirar la protección internacional. Este derecho es

[23] STJE de 7 de junio de 2016, asunto C-63/15 [ECLI:EU:C:2016:409], párr. 53. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del citado artículo 27 que fue presentada en el marco de un litigio entre el Sr. Mehrdad Ghezelbash, nacional iraní, y el Secretario de Estado de seguridad y justicia de los Países Bajos, en relación con la decisión de éste de desestimar la solicitud de permiso de residencia temporal que aquél había presentado amparándose en el derecho de asilo.

[24] STJE de 7 de junio de 2016, asunto C-155/15 [ECLI:EU:C:2016:410], párr. 22. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 19 y 27 del Reglamento (UE) Nr. 604/2013 presentado en el contexto de un litigio entre el Sr. George Karim, de nacionalidad siria, y el Servicio de Inmigración de Suecia sobre la decisión de este último de desestimar la solicitud de permiso de residencia presentada por aquél y trasladar a este último a Eslovenia.

[25] Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional*, [2013] DO L 180/60. Refundición de la Directiva 2005/85/CE del 1 de diciembre de 2005.

firmemente defendido, en el ámbito de la O.N.U, por la ACNUR[26] quien, por caso, al analizar el DUE (Directiva 2005/85/CE) dejó en claro que "un procedimiento acelerado de asilo, incluyendo aquel acorde a la Directiva sobre procedimientos de asilo, *siempre debe respetar las salvaguardas procesales mínimas*, tanto en la legislación como en la práctica".[27]

Observamos, pues, un escenario de *protección multinivel* nada extraño a la realidad actual que presenta la tutela de Derechos. Una fragmentación jurídica que certifica la pérdida de la unidad interpretativa y que da lugar –como explicáramos en otros escritos[28]- a una *Comunidad de intérpretes* que reclaman para sí la última palabra sobre una materia concurrente.

Dentro de esta Comunidad cobran especial relevancia dos tribunales regionales, el ya citado Tribunal de Justicia –que interpreta un derecho de naturaleza supranacional como el DUE[29]-, y el intérprete del CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo garante de la clásica protección internacional de naturaleza subsidiaria. A ellos se suma un tercer actor relevante que permiten cerrar el llamado *triángulo jurisdiccional europeo*: los jueces nacionales quienes se encuentran en la primera línea de la defensa de los Derechos y deben

[26] La Asamblea General de Naciones Unidas ha confiado a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) el mandato de proporcionar protección internacional a los refugiados y, junto con los gobiernos, buscar soluciones al problema de los refugiados (cfr. Asamblea General de la O.N.U, Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 14 de diciembre de 1950, A/RES/428 [V]).
El párrafo 8 del Estatuto de la ACNUR le confiere la responsabilidad de *supervisar las convenciones internacionales para la protección de los refugiados*, mientras que la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 obliga a los Estados a cooperar con ACNUR en el ejercicio de su mandato, en particular, facilitando la función de la ACNUR de supervisar la aplicación de las disposiciones de los instrumentos internacionales citados (artículo 35 de la Convención de 1951 y el artículo II del Protocolo de 1967).

[27] Véase "Declaración de la ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo" de 21 de mayo de 2010, publicada en el contexto de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (3.2.2010) sobre la interpretación del artículo 39 de la Directiva sobre procedimientos de asilo (DPA), y los artículos 6 y 13 del CEDH, párrafo 4. Sin resaltar en el original.

[28] PIZZOLO C., *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial,* Buenos Aires, ASTREA, 2017.

[29] PIZZOLO C., *Derecho e Integración Regional,* Buenos Aires, EDIAR, 2010.

ponderar sus interpretaciones con las interpretaciones de los jueces de Luxemburgo y Estrasburgo. Para el caso del DUE, el TFUE proporciona a los "órganos jurisdiccionales de los Estados miembros" una herramienta esencial para desarrollar el *diálogo jurisdiccional directo* con el Tribunal de Justicia: la petición o cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 (TFUE).[30]

Como la materia es convergente, la posibilidad de conflictos que provoquen *divergencias interpretativas,* es constante. Las diferencias de criterios frente a la protección o tutela de un Derecho, en un escenario multinivel, afecta directamente su eficacia. En consecuencia, la salida al conflicto se muestra a través del *diálogo jurisdiccional* apoyado en la construcción de consensos mínimos. Esto es, de estándares comunes de protección. Cuando hablamos de refugiados o requirentes de asilo[31], dichas divergencias interpretativas pueden cobrarse vidas humanas, por ello es importante que las distintas jurisdicciones dialoguen.

En palabras del Tribunal de Justicia, "en la medida en que la [CDFUE] contiene derechos que corresponden a derechos garantizados por el CEDH, el artículo 52, apartado 3 [CDFUE][32], pretende *garantizar la coherencia necesaria entre los derechos que contiene esta y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH*, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la

[30] PIZZOLO C., *La cuestión prejudicial en la Unión Europea y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina de Naciones,* "Derecho administrativo y corrección económica", Quito, 2015, p. 29-56.

[31] Según la Agencia de la O.N.U para los Refugiados (ACNUR), en el presente, nos encontramos ante la mayor crisis de refugiados desde su creación en la Segunda Guerra Mundial, con 68 millones de personas obligadas a huir.

No siempre es fácil entender la diferencia entre los migrantes, los solicitantes de asilo, los refugiados y otros grupos, especialmente cuando estos términos tienden a ser mal utilizados. La palabra "migrante" describe a la persona que se traslada de un lugar, región o país a otro. El término "solicitante de asilo" se refiere a un migrante que busca protección internacional.

[32] La norma citada dice: "En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el [CEDH], *su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa". Sin resaltar en el original.

Unión Europea".[33] Según las explicaciones del artículo 47 (CDFUE), el párrafo primero de ese artículo se basa en el artículo 13 (CEDH). Por consiguiente, el Tribunal de Justicia "debe velar por que su interpretación del artículo 47, párrafo primero [CDFUE], *garantice un nivel de protección que respete el nivel de protección garantizado por el artículo 13 del CEDH, según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*".[34]

Podemos discutir, en el ejercicio de interpretación, 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 declamativo sin pensar al mismo tiempo en herramientas que lo garanticen. En este rumbo, la jurisprudencia nacional e internacional fue evolucionando desde una *promesa de tutela*, hacia una *tutela efectiva*. Del reconocimiento del recurso estrictamente formal y ritual, al recurso efectivo *esencia* de todo sistema de garantías.

II. El derecho a un recurso efectivo del artículo 13 (CEDH) vinculado al artículo 3 (CEDH) y su aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los requirentes de asilo.

El CEDH proporciona un marco genérico –normativo y de protección- que, al carecer de normas específicas sobre el derecho de los refugiados, instrumentaliza la tutela efectiva a través del artículo 13[35] *vinculado*, preponderantemente, con el artículo

[33] STJ de 26 de septiembre de 2018, *X.*, C-175/17 [ECLI:EU:C:2018:776], párr. 35. Véanse también, STJ de 14 de septiembre de 2017, *K.*, C-18/16 [EU:C:2017:680], párr. 50; y STJ de 15 de febrero de 2016, *N.*, C-601/15 PPU [EU:C:2016:84], párr. 47.

[34] STJ de 26 de septiembre de 2018, *X.*, C-175/17 [ECLI:EU:C:2018:776], párr. 36. Sin resaltar en el original.

[35] La norma citada dice: "Toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

3[36] y, en menor número de casos, con el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 que prohíbe las deportaciones colectivas (ver punto V).

El artículo 13, además, cobra gran relevancia en el ámbito europeo respecto a la materia que estudiamos, pues, el propio TEDH, ha establecido que el artículo 6 (CEDH) –regula las normas del debido proceso- no se aplica a materias de inmigración y asilo.[37]

Los *principios generales* desarrollados vía interpretativa por el TEDH en relación con el artículo 13 han sido resumidos en el caso *Keenan c. Reino Unido.*[38] Dicha norma, expresa el TEDH, "*garantiza* la disponibilidad de un recurso a nivel nacional para hacer respetar lo sustantivo de los derechos y libertades consagrados en el Convenio, sin importar la forma en que se encuentran garantizados en el derecho interno. De esta manera, el efecto del artículo 13 consiste en exigir la existencia de un recurso interno que conozca del aspecto sustantivo de una «petición defendible [*arguable complaint*]»[39] de conformidad con el Convenio Europeo y que otorgue la

[36] Conforme al TEDH, en tanto y en cuanto el artículo 13 *no es una disposición autónoma*, sólo puede ser invocado si el solicitante también tiene una queja válida con respecto a otra disposición del CEDH, como, por ejemplo, una queja en relación al citado artículo 3 el cual afirma: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

[37] De acuerdo a la interpretación del TEDH, el artículo 6 es aplicable sólo a los procedimientos concernientes a la determinación de un derecho civil o una causa penal. Las decisiones relativas a la entrada y permanencia de extranjeros, incluso el otorgamiento de asilo, no involucran derechos civiles o cargos penales y, por lo tanto, los respectivos procedimientos mediante los cuales se adoptan las decisiones no pueden ser revisadas con base en el artículo 6 (cfr. STEDH de 5 de octubre de 2000, *Maaouia c. Francia* [demanda No. 39652/98], párr.40).

[38] La recurrente denuncia que su hijo se suicidó en prisión por haber faltado las autoridades penitenciarias a su obligación de protegerle la vida, argumenta además que éste fue víctima de tratos inhumanos y degradantes en razón de las condiciones mismas de su detención y de que ella no ha dispuesto de un recurso efectivo para presentar sus quejas. Invoca los artículos 2, 3 y 13 (CEDH).

[39] En general, el razonamiento del TEDH lleva a la conclusión de que una petición defendible [*arguability*] es aquella que tendría algún mérito en cuanto al fondo del asunto y que está basada en una presunta violación de un derecho protegido por el CEDH. En este sentido, el TEDH ha hecho referencia a que "el artículo 13 no puede, razonablemente, interpretarse que requiera un recurso en la legislación interna para cualquier presunta queja que una persona pueda tener de conformidad con el Convenio, sin importar lo infundada que su petición pueda resultar: la queja debe resultar defendible

reparación necesaria, aunque los Estados contratantes tienen cierta discreción en la manera en que cumplen con los requerimientos de la Convención de conformidad con este artículo. El alcance de la obligación del artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de la petición del recurrente. Sin embargo, el recurso exigido por el artículo 13 debe ser «efectivo [*effective*]» en la práctica, así como en la ley [*in practice as well as in law*]. En particular, *su ejercicio no debe ser obstaculizado injustificadamente por actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado*".[40]

En materia de asilo, el artículo 13 ha sido aplicado por los jueces de Estrasburgo *vinculado* al artículo 3. La protección contra las conductas prohibidas fijadas por este último artículo ha oficiado de *llave* al TEDH para *abrir* el sistema europeo al reconocimiento de una tutela efectiva a los solicitantes de protección internacional.[41] Un *resultado negativo* en el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, podría llevar a la persona de regreso a un lugar en donde podría enfrentar un tratamiento vedado por el artículo 3. En este punto de convergencia, el artículo 13 opera como garantía de eficacia del *principio de no devolución*.[42] Los procedimientos de asilo regulados en el derecho nacional, por lo

---

[*arguable*] en los términos del Convenio (cfr. STEDH de 27 de abril de 1988, *Boyle y Rice c. el Reino Unido* [Recursos Nrs. 9659/82, 9658/82], párr. 52).

[40] STEDH de 3 de abril de 2001, *Keenan c. Reino Unido* [Recurso Nr. 27229/95], párr. 123. Sin resaltar en el original.

[41] Véase MORGADES GIL, S., *La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", Núm. 37 (2010), pp. 801-842.

[42] Véase ABRISKETA URIARTE, J., *La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del "non-refoulement"*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", Núm. 56 (2017), pp. 119-158. En el CEDH el principio de no devolución "es operativo por la vía de la prohibición de la tortura y de otros tratos inhumanos o degradantes, sin que figure recogido de manera expresa (…) opera en un contexto de «asilo» para amparar a las personas bajo la jurisdicción de los Estados miembros del CEDH que buscan protección internacional frente a la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. El CEDH no protege ni expresa ni exclusivamente a los refugiados de la CG [Convención de 1951], sino a aquellos que podrían «refugiarse» en su art. 3" (*Ídem*, pp. 138-139).

El artículo 33.1 de la Convención de 1951 reconoce este principio: "Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios

tanto, pueden ser objeto de control de convencionalidad en relación con las disposiciones del artículo 13, por ejemplo, para observar si se cumple con el *efecto automático suspensivo* que, llegado el caso, reclama la efectividad del recurso (ver punto III).

En el asunto de *Jabari c. Turquía*[43] -por ejemplo-, la recurrente invocó el artículo 13 alegando que había sido *privada* de un recurso efectivo contra la negatoria de considerar la solicitud de asilo y contra la orden de deportación, ya que los recursos de revisión de dichos procesos *no tuvieron un efecto sus*pensivo.

Luego de considerar que "no existía una valoración hecha por las autoridades nacionales sobre la petición de la demandante de encontrarse en riesgo en caso de ser enviada a Irán"[44], los jueces de Estrasburgo llegaron a la siguiente conclusión: "dado el carácter irreversible del daño que podría ocurrir si el alegado riesgo de tortura o malos tratos se materializa y la importancia que tiene en relación con el artículo 3, *la noción de un recurso efectivo según el artículo 13 requiere un examen independiente y riguroso de la petición de que existen razones sustanciales para temer un riesgo real de tratamiento contrario al artículo 3 y la posibilidad de suspender la implementación de la medida impugnada*. En consideración a que el Tribunal Administrativo de Ankara no cumplió, en estas circunstancias, en proveer cualquiera

donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".

[43] La recurrente huyó de Irán a Turquía temiendo ser condenada a muerte por lapidación o a flagelación por haber cometido el delito de adulterio, castigado por la ley islámica. Después de haber entrado ilegalmente en Turquía, intentó dirigirse a Canadá en avión, a través de Francia, con ayuda de un pasaporte falso. A su llegada al aeropuerto de París, la policía francesa la devolvió a Turquía. En el aeropuerto de Estambul fue detenida por haber entrado en el país con pasaporte falso y se ordenó su expulsión. Presentó entonces una petición de asilo que las autoridades rechazaron basándose en que la interesada no la había presentado en el plazo de cinco días a partir de su llegada a Turquía. La ACNUR le concedió el estatuto de refugiada, mientras que el Tribunal Administrativo de Ankara rechazó el recurso de la solicitante contra la orden de expulsión, basándose en que no había lugar a la anulación de la ejecución, puesto que dicha decisión no contenía ninguna irregularidad manifiesta y su ejecución no provocaría ningún daño irreparable a la interesada.

[44] STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía* [Recurso Nr. 40035/98], párr. 49.

de estas salvaguardias, el Tribunal concluye que el proceso de revisión judicial sobre el que se apoya el gobierno no satisfizo los requerimientos del artículo 13".[45]

En la protección de los demandantes de asilo, es crucial la posibilidad real de que se suspenda la ejecución de medidas de alejamiento del territorio en tanto que una autoridad competente no haya examinado el fondo de las peticiones. Pero aún es más importante que el margen de apreciación inherente a la posibilidad de suspender la ejecución de la medida se reduzca hasta exigir que esta suspensión exista siempre que haya un riesgo de tratos prohibidos por el artículo 3 en el país de destino.[46]

En el más reciente asunto *G.B. y otros c. Turquía*[47]*,* el TEDH vuelve a tratar la vigencia del artículo 13 en relación con una violación del artículo 3.

El TEDH destaca que, frente a los antecedentes de violaciones a las normas citadas de CEDH, es el Estado turco quien debe probar la existencia de los respectivos recursos efectivos.[48] El caso es interesante porque en 2017 el TEDH reconoció, por primera vez, que un recurso individual presentado ante el Tribunal Constitucional turco tiene la capacidad de proveer un recurso efectivo para las quejas sobre las condiciones de detención –conforme al artículo 3- en un Centro de deportación de extranjeros. Argumentado, por lo tanto, que dicho recurso debía agotarse antes de presentar una petición ante el TEDH.[49]

---

[45] *Ídem*, párr. 50.

Para el caso de una expulsión fundada en amenazas para la *seguridad nacional*, el TEDH sostiene que, en tales casos, dada la naturaleza irreversible del daño que podría ocurrir si se materializara el riesgo de malos tratos y la importancia que el TEDH atribuye al artículo 3, la noción de un recurso efectivo en virtud del artículo 13 requiere un examen independiente de la afirmación de que existen motivos sustanciales para temer un riesgo real de tratamiento contrario al artículo 3. Este escrutinio *debe llevarse a cabo sin tener en cuenta lo que la persona haya hecho para garantizar la expulsión o cualquier amenaza percibida para la seguridad nacional del Estado que promueve la expulsión* (cfr. STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido* [Recurso Nr. 22414/93], párr. 151).

[46] MORGADES GIL, S., *La protección de los demandantes de asilo (…)*, ya citada, p. 835.

[47] Los recurrentes cuatro ciudadanos rusos –una mujer y sus tres hijos menores- habían ingresado a Turquía a través del aeropuerto de Estambul y fueron arrestados cuando intentaban cruzar la frontera ilegalmente hacia Siria. En lo que aquí interesa, acusan al Estado de violar los artículos 3, 8 y 13 (CEDH) debido a las nocivas condiciones de detención en el "Kumkapı and Gaziantep Foreigners' Removal Centres" y a la ausencia de recursos que permitieran denunciar dichas condiciones.

[48] STEDH de 17 de octubre de 2019, *G.B. y otros c. Turquía* [Recurso Nr. 4633/15], párr. 127.

[49] STEDH de 7 de noviembre de 2017, *Z.K. y otros c. Turquía* [Recurso Nr. 60831/15], párr. 41-49.

El TEDH ya había considerado, pues, que el recurso ante el Tribunal Constitucional turco "tenía, en principio, la capacidad de ofrecer a los solicitantes una reparación efectiva". Sin embargo, el TEDH también considera que ese mecanismo "no funcionó efectivamente en las presentes circunstancias". ¿Cuáles son las circunstancias del caso que llevan a los jueces de Estrasburgo a cambiar de opinión?

El Tribunal Constitucional turco desestimó una solicitud de medida cautelar [*interim measure*] defendiendo que las condiciones materiales de los requirentes "no constituían un riesgo inmediato y grave para sus vidas o su integridad física o mental". Por lo que continuaron detenidos durante casi un mes más, período durante el cual los jueces constitucionales no se pronunciaron sobre la admisibilidad o el fondo del asunto. En opinión del TEDH, el rechazo de la medida cautelar "no solo compromete la efectividad general del recurso" ante Tribunal Constitucional turco. Se considera que, el hecho de no haber examinado la admisibilidad y el fondo de las denuncias de los solicitantes durante el período en que fueron detenidos, "socava la eficacia correctiva del mecanismo de recurso individual en este contexto particular". El TEDH nota que después de presentar su recurso ante el Tribunal Constitucional turco, los recurrentes continuaron detenidos en condiciones inadecuadas durante un período no insignificante. Teniendo especialmente en cuenta la potencial vulnerabilidad de los tres recurrentes menores y los problemas bien conocidos en el Centro en que se encontraban detenidos, sumados al hecho de que el Tribunal Constitucional turco aparentemente estaba actuando como un tribunal de primera instancia en esas circunstancias, "podría esperarse que ese tribunal manifestara la diligencia necesaria para revisar las quejas de los solicitantes en virtud del artículo 3".[50]

Por lo tanto, "teniendo en cuenta la importancia fundamental del interés en juego, se requería un mecanismo legal con la capacidad de proporcionar una reacción más urgente de acuerdo a las circunstancias".[51] Un recurso puramente compensatorio disponible después de la liberación, ya sea ante el Tribunal Constitucional turco o ante otra instancia, "no podría haberles proporcionado [a los recurrentes] *un recurso*

[50] Se destaca a este respecto que la detención de niños en condiciones adversas, incluso por períodos muy cortos de tiempo, e incluso cuando habían estado acompañados por un adulto, constituyen una violación del artículo 3.

[51] STEDH de 17 de octubre de 2019, *G.B. y otros c. Turquía* [recurso Nr. 4633/15], párr. 131-134.

efectivo con respecto a sus quejas específicas en virtud del artículo 3. La Corte reitera que la importancia especial otorgada por la Convención al artículo 3 requiere que los Estados Parte establezcan, *además de un remedio compensatorio, un mecanismo efectivo para poner fin rápidamente al tipo de tratamiento prohibido por el artículo 3*. De lo contrario, la perspectiva de una futura compensación legitimaría un sufrimiento particularmente grave en incumplimiento de esta disposición central de la Convención y debilitaría inaceptablemente la obligación legal del Estado de alinear sus estándares de detención con los requisitos de la Convención".[52]

III. La prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en la interpretación del Tribunal de Justicia de los artículos 4 y 19.2 (CDFUE).

Las consideraciones precedentes del TEDH, son *replicadas* en el ámbito del DUE por el Tribunal de Justicia al interpretar la CDFUE. En este sentido, el asunto *N. S. y otros* es representativo de cómo actúa la comunidad de intérpretes finales en el

[52] *Ídem*, párr. 136. Sin resaltar en el original. El TEDH concluye que el mecanismo de recurso individual ante el Tribunal Constitucional turco "no ha demostrado ser efectivo" con respecto a las quejas de los recurrentes respecto a las condiciones materiales de detención en las circunstancias denunciadas en el caso. El Gobierno tampoco ha sugerido –además de proporcionar un recurso puramente compensatorio-, ningún otro recurso que pudiera haber proporcionado a los recurrentes una reparación suficiente en el momento poniendo fin rápidamente a la violación continua de sus derechos en virtud del artículo 3. En consecuencia, se interpreta que ha ocurrido una violación del artículo 13 en relación [*in conjunction*] con el artículo 3 (*Ídem*, párr. 137).

espacio europeo.[53] Los citados artículos 4[54] y 19.2[55] (CDFUE), según las explicaciones de éstos, están inspirados en el artículo 3 (CEDH).[56]

Los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan, en esencia, sí el Estado miembro que debe efectuar el traslado del solicitante de asilo al Estado miembro designado por el Reglamento de Dublín como Estado responsable de tramitar la solicitud, está *obligado a comprobar* si éste respeta los derechos fundamentales. Asimismo, sí tal obligación derivada del Reglamento de Dublín *se opone a la aplicación de una presunción irrefutable* según la cual el Estado responsable respeta los derechos fundamentales reconocidos por el DUE al solicitante. Finalmente, sí cuando se aprecia que el Estado miembro responsable *no respeta los derechos fundamentales*, el Estado miembro que debe efectuar el traslado del solicitante de asilo *está obligado a asumir la responsabilidad de examinar la solicitud de asilo*.

Para el Tribunal de Justicia, del examen de las normas que constituyen el SECA, resulta que éste ha sido concebido en un contexto que permite suponer que todos los Estados que participan en él, ya sean Estados miembros o terceros Estados, respetan los derechos fundamentales, incluidos los que se basan en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967, así como en el CEDH, y que los Estados miembros "pueden otorgarse confianza mutua a este respecto". Precisamente, sobre la base de este *principio de confianza mutua*, el legislador de la UE adoptó el Reglamento Nr.

[53] Las dos peticiones de decisión prejudicial –presentadas por la *Court of Appeal* (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) y por la *High Court* (Irlanda)- tienen por objeto la interpretación, en lo que aquí interesa, de los artículos 1, 4, 18, 19, apartado 2, y 47 (CDFUE). Dichas peticiones se suscitaron en el marco de litigios entre solicitantes de asilo –nacionales de Afganistán, Argelia e Irán- que debían ser trasladados a Grecia en virtud del Reglamento nº 343/2003 (Dublín II) y las autoridades, respectivamente, del Reino Unido e irlandesas.

[54] La norma citada dice: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

[55] La norma citada dice: "Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes".

[56] En las explicaciones de la CDFUE se lee que el derecho enunciado en el artículo 4 "corresponde al garantizado en el artículo 3 del CEDH, de idéntico tenor", y que el artículo 19.2 "incorpora la jurisprudencia pertinente del [TEDH] relativa al artículo 3 del CEDH".

343/2003 [Reglamento de Dublín II] [57]. En estas circunstancias, "debe presumirse que el trato dispensado a los solicitantes de asilo en cada Estado miembro es conforme con las exigencias de la [CDFUE], de la Convención de Ginebra [1951] y del CEDH".[58]

No obstante, interpretan los jueces de Luxemburgo, "no cabe excluir que este sistema se enfrente, en la práctica, a graves dificultades de funcionamiento en un Estado miembro determinado, *de manera que exista un riesgo importante de que los solicitantes de asilo, en caso de ser trasladados a ese Estado miembro, reciban un trato incompatible con sus derechos fundamentales*".[59] En consecuencia, en tal supuesto dónde las condiciones de acogida puedan implicar un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4, de los solicitantes de asilo trasladados al territorio de ese Estado miembro, "*ese traslado sería incompatible con dicha disposición*".[60]

Para evaluar si un Estado miembro de la UE es un "Estado seguro" a los fines que estudiamos, el Tribunal de Justicia sigue la jurisprudencia del TEDH.

En una situación análoga, afirman los jueces de Luxemburgo –es decir, el traslado de un solicitante de asilo a Grecia, Estado miembro responsable en el sentido del Reglamento Nr. 343/2003-, los jueces de Estrasburgo declararon, en particular, que Bélgica "había infringido el artículo 3 [CEDH], por un lado, al exponer al demandante a los riesgos resultantes de las deficiencias del procedimiento de asilo en Grecia, dado que *las autoridades belgas sabían o debían saber que no había ninguna garantía de que su solicitud de asilo fuera examinada con rigor por las autoridades griegas* y, por otro lado, al exponer al demandante con pleno conocimiento de causa a condiciones de detención y de vida que constituían tratos degradantes".[61] Para el Tribunal de Justicia, el "grado de menoscabo de los derechos fundamentales" descrito por el TEDH en el caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* pone de manifiesto que en Grecia, en la época del traslado del demandante M.S.S. –

[57] Derogado por el Reglamento (UE) Nr. 604/2013 (Dublín III).

[58] STJ de 21 de diciembre de 2011, *N. S. y otros,* asuntos acumulados C 411/10 y C 493/10 [EU:C:2011:865], párr. 78-80.

[59] *Ídem*, párr. 81. Sin resaltar en el original.

[60] *Ídem*, párr. 86. Sin resaltar en el original.

[61] *Ídem*, párr. 86. Sin resaltar en el original. Se refiere a la STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* [Recurso Nr. 30696/09], párr. 358, 360 y 367.

contemporánea al asunto que lleva-, "existían deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo".[62] De este modo, "datos como los citados por el [TEDH] *permiten a los Estados miembros apreciar el funcionamiento del sistema de asilo en el Estado miembro responsable*, lo que hace posible la evaluación de tales riesgos".[63]

De lo dicho se desprende que, en situaciones como las señaladas, para que la UE y sus Estados miembros puedan respetar sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo, incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro responsable, "cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro *constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes* en el sentido del artículo 4 de la Carta".[64]

La mera ratificación de los Convenios –refiriéndose el Tribunal de Justicia a la Convención de 1951 junto a su Protocolo de 1967 y el CEDH- por parte de un Estado, "*no puede suponer la aplicación de una presunción irrefutable* de que dicho Estado respeta esos convenios. Este principio es aplicable tanto a los Estados miembros como a los terceros Estados". En estas circunstancias, la presunción según la cual los solicitantes de asilo serán tratados de manera conforme a los derechos humanos, "debe considerarse refutable".[65]

Esta obligación señalada por el Tribunal de Justicia –que tiene por objeto determinar si el Estado miembro de la UE responsable de examinar una solicitud de asilo conforme al *Reglamento de Dublín* es un "Estado seguro"-, está en sintonía con la jurisprudencia del TEDH. Según este último, corresponde al Estado que procede a la expulsión la verificación del modo en que el país de destino aplica la legislación sobre asilo y evita que la persona afectada sea expulsada a su país de origen sin evaluar los riesgos que corre. El TEDH encontró que dicha verificación no fue

[62] *Ídem*, párr. 89. Sin resaltar en el original.

[63] *Ídem*, párr. 91. Sin resaltar en el original.

[64] *Ídem*, párr. 99. Sin resaltar en el original.

[65] *Ídem*, párr. 103-106. Sin resaltar en el original.

satisfactoria, por ejemplo, en el caso *Mohammed c. Austria*[66] donde se comprobó una violación del artículo 13 en conjunción con el artículo 3 (CEDH) a causa del traslado forzoso de un nacional afgano desde Austria hacia Hungría. En el caso *Tarakhel c. Suiza*[67]*,* en el mismo sentido, se resolvió que si los recurrentes –una pareja de afganos con sus seis hijos- fueran devueltos a Italia sin que las autoridades suizas hubieran obtenido primero garantías individuales de las autoridades italianas de que serían tratados respetando la edad de los niños y la unidad familiar, habría una violación del artículo 3 (CEDH).[68]

IV. La eficacia medida por el reconocimiento de un efecto suspensivo automático al recurso de revisión de la decisión denegatoria de la solicitud de asilo cuando se invoca el artículo 3 (CEDH).

Con base en la Convención de 1951, la ACNUR considera que el derecho a un recurso efectivo en los casos de asilo "incluye el derecho a apelar una decisión (negativa) tomada en un procedimiento acelerado. Para ser efectivo, el recurso debe prever una revisión de la solicitud por una corte o tribunal, y la revisión debe examinar los hechos y la ley basándose en información actualizada. Además, *respetando el principio de no devolución, el recurso debe permitir un efecto suspensivo automático excepto para casos muy limitados*[69]".[70]

[66] STEDH de 6 de junio de 2013 [Recurso Nr. 2283/12], párr. 80-81.

[67] STEDH de 4 de noviembre de 2014, [Recurso Nr. 29217/12], párr. 120-121.

[68] El Reglamento Dublín se aplica a Suiza en virtud del Acuerdo de Asociación de 26 de octubre de 2004 entre la Confederación Helvética y la Comunidad europea –hoy UE- referente a los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable del examen de una solicitud de asilo formulada en un Estado miembro o en Suiza.

[69] Cuando exista un comportamiento claramente abusivo por parte del solicitante, o cuando la solicitud sea manifiestamente "infundada", la aplicación automática de los efectos suspensivos podría ser retirada (cfr. ACNUR, "Observaciones preliminares del ACNUR acerca de la propuesta de la Comisión Europea para una Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos de concesión o retirada del estatuto de refugiado (Documento del Consejo 14203/04, Asilo 64, del 9 de noviembre de 2004), 10 de febrero de 2005, p. 51).

[70] Véase "Declaración de la ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo" de 21 de mayo de 2010, ya citada, párr. 20.

Los jueces de Estrasburgo, al ejercer el control de convencionalidad sobre los procedimientos nacionales de asilo, dejan en evidencia un aspecto medular del derecho a un recurso efectivo en relación con el artículo 3: la efectividad del recurso se mide sobre todo por su *idoneidad* para evitar los riesgos invocados por el solicitante de asilo, y se materializa en la *aplicación automática del efecto suspensivo* al recurso contra la medida que niega en primera instancia la protección internacional reclamada. Esta matriz argumental razonada por el TEDH, en un buen ejemplo de diálogo jurisdiccional, encontró gran recepción en la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo al enfrentar una problemática similar en la interpretación del DUE.

En el asunto *Čonka c. Bélgica*[71] -un caso en que también se discute si se trató de una deportación colectiva-, se debatió si la existencia de *recursos sin efectos suspensivo automático* en la legislación belga, constituían recursos efectivos a los efectos del artículo 13.[72] El TEDH empieza reafirmando su jurisprudencia en el sentido

[71] Los recurrentes, una familia de eslovacos de origen romaní, habían huido de Eslovaquia argumentando que fueron víctimas de varios ataques por parte de "cabezas rapadas" [*skinheads*]. Solicitaron asilo en Bélgica en noviembre de 1998, resultando sus solicitudes rechazadas en primera instancia (marzo de 1999) y en segunda instancia (junio de 1999) solicitándoseles que abandonaran el territorio belga en un plazo de cinco días. Apelaron ante el Consejo de Estado para revertir la decisión negativa sobre sus solicitudes de asilo y, al mismo tiempo, para que la orden de expulsión fuera suspendida. Ninguna de las dos solicitudes tuvo éxito, se les entregó una nueva orden de expulsión y fueron detenidos en un centro de tránsito cercano al aeropuerto de Bruselas. Los denunciantes supuestamente fueron informados que no existía ningún recurso judicial contra la orden de expulsión. En consecuencia, los demandantes fueron devueltos a Eslovaquia.

[72] El Gobierno belga aceptó que las apelaciones al Consejo de Estado no tenían efecto suspensivo automático y que las autoridades tenían derecho por ley a no retener la ejecución de una orden de deportación únicamente por el recurso de apelación ante dicho Tribunal, incluso bajo el procedimiento extremadamente urgente. Sin embargo, se defendió, las apelaciones al Consejo de Estado en el pasado tuvieron un efecto suspensivo automático y eso llevó rápidamente a un *exceso de apelaciones presentadas como una táctica dilatoria, situación que obligó al Legislador a cancelar el efecto suspensivo automático en 1991*. Para proteger la "efectividad del recurso" ante el Consejo de Estado, la legislación belga había introducido al mismo tiempo el "procedimiento extremadamente urgente", restaurando así un equilibrio justo entre dos valores fundamentales de la CEDH: la administración adecuada de justicia y la realización de procedimientos dentro de un plazo razonable, por un lado, y la tutela judicial efectiva, por el otro (STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica* [Recurso Nr. 51564/99], párr. 70).

de que, la "eficacia [*effectiveness*]" de un recurso en el sentido del artículo 13, no depende de la certeza de un resultado favorable para el recurrente. Tampoco la "autoridad [*authority*]" mencionada en dicho artículo necesariamente tiene que ser una autoridad judicial. Sin embargo, el poder que le es conferido y las garantías que ofrece deben tenerse en cuenta al examinar la efectividad del recurso. Además, se argumenta, incluso si un único recurso no satisface por completo los requisitos del artículo 13, el conjunto de recursos previstos en la legislación nacional puede hacerlo.[73]

El TEDH interpreta, sobre la legislación belga en cuestión, que "no resulta posible excluir el riesgo de que en un sistema en el cual la suspensión de la medida debe ser solicitada y tiene un carácter discrecional, ésta puede ser denegada erróneamente, sobre todo si más adelante se llega a conocer que la Corte que decide sobre el fondo tiene que revocar una orden de deportación por violación al Convenio Europeo, por ejemplo, si el demandante llegase a ser víctima de malos tratos en el país de destino o llegase a ser parte de una expulsión masiva. En estos casos, el recurso empleado por el demandante no sería efectivo para los propósitos del artículo 13 del Convenio".[74] A lo que agrega, "incluso si al riesgo de un error en la práctica no se le da importancia –cuestión que el Tribunal es incapaz de verificar, ante la ausencia de pruebas confiables– debe destacarse que las exigencias del artículo 13, y de otras disposiciones del Convenio Europeo, *toman la forma de una garantía y no de una simple manifestación de la voluntad o un arreglo práctico*. *Esta es una consecuencia del Estado de derecho* [*rule of law*]*, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática, lo cual resulta inherente a todos los artículos del Convenio*".[75]

Los jueces de Estrasburgo concluyen en que se ha producido una violación del artículo 13[76]: "En última instancia, el extranjero no tiene garantía de que el Consejo

[73] STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica* [Recurso Nr. 51564/99], párr. 75. Véase también, STEDH de 26 de octubre de 2000, *Kudła c. Polonia* [Recurso Nr. 30210 / 96], párr. 157.

[74] STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica* [Recurso Nr. 51564/99], párr. 82.

[75] *Ídem*, párr. 83. Sin resaltar en el original.

[76] Las autoridades *no están obligadas a diferir* la ejecución de la orden de expulsión mientras esté pendiente una solicitud bajo el procedimiento extremadamente urgente, ni siquiera por un período mínimo razonable para permitir que el Consejo de Estado decida la solicitud. Además, en la práctica, el Consejo de Estado tiene la responsabilidad de determinar las intenciones de las autoridades con

de Estado y las autoridades respectivas cumplirán en cada caso con esta práctica; que el Consejo de Estado emitirá su decisión, o tan siquiera conocerá del mismo, antes de su expulsión, o que las autoridades brindarán un período mínimo y razonable de gracia". En consecuencia, el TEDH decidió que cada uno de esos factores hizo que "la ejecución del recurso fuese incierta, lo cual no cumple con los criterios del artículo 13".[77]

En el asunto *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia*[78]*,* el TEDH ratifica que la queja de una persona argumentando que su expulsión a un país tercero la expondría a sufrir tratos prohibidos por el artículo 3 "debe imperativamente ser objeto de un control pormenorizado por «una instancia nacional»". Habida cuenta de la importancia que el TEDH otorga al artículo 3 –lo califica de norma *ius cogens*- y al carácter irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de ocurrencia del riesgo de tortura o malos tratos, "esto es válido obviamente en el supuesto de que un Estado Parte decida devolver a un extranjero a un país donde hay motivos fundados para creer que correría un riesgo de esta naturaleza". [79]

Tratándose específicamente de solicitantes de asilo que afirman correr un riesgo vinculado al artículo 3, el derecho francés aplica un procedimiento que –en opinión del TEDH- ciertamente presenta las características enunciadas[80] o sea se encuadra dentro de los estándares del CEDH, y del que se pudo beneficiar el

---

respecto a las expulsiones propuestas y de actuar en consecuencia, pero no parece existir ninguna obligación de actuar en dicho sentido. Por último, el Consejo de Estado, siguiendo las instrucciones de un juez, se pone en contacto con las autoridades simplemente con base en las instrucciones internas, y no hay ninguna indicación de cuáles podrían ser las consecuencias si omite para hacerlo.

[77] *Ídem*.

[78] El recurrente sostiene que en caso de expulsión a Eritrea se le expondría al riesgo de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes (cfr. art. 3). Denuncia la ausencia en la legislación francesa de un recurso con efecto suspensivo contra las decisiones de inadmisión y de expulsión, con independencia de que el extranjero afectado sea o no solicitante de asilo y cualesquiera sean los riesgos que corra y alegue.

[79] STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia* [Recurso Nr. 25389/05], párr. 58.

[80] Este procedimiento se articula en torno a un examen contradictorio de la solicitud de asilo por parte de la OFPRA (entidad pública), posteriormente, en apelación, por la Comisión de recursos (órgano judicial), y de la imposibilidad de expulsar al demandante durante todo el procedimiento.

recurrente, después de haber sido autorizado a *acceder* a territorio nacional. Sin embargo, continua el TEDH, el caso que estudiamos plantea al respecto una dificultad propia, cuando el interesado se presenta "en la frontera", por ejemplo, a su llegada a un aeropuerto como fue el caso del recurrente.[81]

La administración francesa únicamente dispone de veinte días como máximo para, a la vez valorar el carácter "manifiestamente infundado" de la demanda y, en su caso, proceder a la expulsión, dando poco tiempo al interesado para reunir todos los documentos susceptibles de apoyar su solicitud. Por otra parte, la Administración hace una aplicación "extensiva" de este concepto, yendo más allá de una mera evaluación superficial con el fin de descartar únicamente las solicitudes que manifiestamente no se puedan acoger al derecho de asilo. El caso del recurrente de acuerdo al TEDH sugiere, por tanto, que la administración francesa lleva a cabo una valoración del valor intrínseco de la argumentación de los interesados en lo referente a sus temores de persecución, sobre la base del expediente que se haya podido elaborar en la indicada "zona de espera".

Las modalidades de este procedimiento (denominado "procedimiento de asilo en la frontera"), analiza el TEDH, no son en principio problemáticas en relación al CEDH cuando el que se presenta como solicitante de asilo no alega que corre un riesgo en su país de origen valorable bajo el punto de vista del artículo 2 o del artículo 3. Tampoco lo serían si las personas que invocan de forma defendible tal riesgo tuvieran la oportunidad de disponer de una supervisión de la decisión de la administración francesa sobre el carácter "manifiestamente infundado" de su demanda respondiendo a las exigencias mencionadas. A este respecto, el TEDH

[81] Un extranjero *debe encontrarse en territorio francés* para poder presentar una solicitud de asilo ante la OFPRA. Por tanto, si se presenta en la frontera solo puede presentar tal demanda si previamente se le ha concedido acceso al territorio. Si está desprovisto de los documentos requeridos a este efecto, tiene que presentar la demanda como solicitante de asilo; en este caso es retenido en la "zona de espera" durante el tiempo necesario para que la administración examine el carácter "manifiestamente infundado" o no de la solicitud de asilo que pretende presentar. Si la Administración estima que la solicitud de asilo es "manifiestamente infundada", desestima la solicitud de entrada en el territorio del interesado, quien es de oficio "expulsable" sin haber tenido la oportunidad de presentar su solicitud de asilo ante la OFPRA (Sobre la situación en Francia en materia de asilo véase SEVERINO C., *Uno sguardo Oltralpe. Aspetti problematici della disciplina dell'immigrazione in Francia (Special Issue 2/2019),* en *www.federalismi.it*).

señala que los interesados tienen la posibilidad de presentar ante el Juez administrativo una demanda de anulación de la decisión ministerial de no admisión.[82] Sin embargo, "tal recurso, que permite sin lugar a dudas, un examen sobre el fondo «independiente y riguroso» de la decisión, carece de carácter suspensivo y no está condicionado por ningún plazo".[83] El solicitante de asilo en la frontera que ha sido rechazado tiene, por tanto, a su disposición un procedimiento que, a prior –según el TEDH- "presenta garantías fundadas".

Como vemos, este caso guarda similitudes con el caso belga analizado previamente y el TEDH también encuentra una violación al artículo 13 al constatar que la presentación ante el juez competente para la adopción de medidas cautelares *no tiene carácter suspensivo de pleno derecho*, de forma que el interesado puede, legalmente, ser expulsado antes de que el juez se haya pronunciado.[84] El TEDH deduce que "no habiendo tenido acceso en la «zona de espera» a un recurso con carácter suspensivo de pleno derecho, el demandante no dispuso de un «recurso efectivo» para poder defender su queja en base al artículo 3 del Convenio. En consecuencia, ha habido violación del artículo 13 en relación con esta disposición".[85]

---

[82] Este segundo procedimiento -que fue utilizado en vano por el recurrente- permite al Juez, en caso de urgencia, ordenar "todas las medidas necesarias para salvaguardar una libertad fundamental" que la Administración hubiera vulnerado de forma grave y manifiestamente ilegal. Parece especialmente indicado en casos como el que nos ocupa, en el que el Consejo de Estado consideró que *el derecho de asilo tiene carácter de libertad fundamental* y tiene como corolario el derecho a solicitar la condición de refugiado, que implica que el extranjero que solicita el reconocimiento de su condición de refugiado es, en principio, autorizado a permanecer en el territorio hasta que se haya pronunciado sobre su demanda.

[83] STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia* [Recurso Nr. 25389/05], párr. 64. Desde la entrada en vigor de la Ley 2000-597 de 30 de junio de 2000, tienen también la posibilidad de presentar una demanda de «suspensión cautelar» (artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa) o de «medida cautelar» (denominada también «libertad provisional», artículo L. 521-2 del mismo Código).

[84] Lo que es especialmente criticado por el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura (véase STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia* [Recurso Nr. 25389/05], párr. 52).

[85] STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia* [Recurso Nr. 25389/05], párr. 67. Esta doctrina fue reiterada en STEDH de 11 de diciembre de 2008, *Muminov c. Rusia*, [Recurso Nr. 42502/06], párr. 101-105.

En la misma línea jurisprudencial, en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*[86] -un buen ejemplo de convergencia normativa e interpretativa entre el CEDH y el DUE (ver punto III)-, el TEDH dejó en claro que en los casos que plantean la expulsión de un solicitante de asilo se abstiene de examinar él mismo las solicitudes de asilo o de controlar la manera en que los Estados cumplen las obligaciones derivadas de la Convención de Ginebra de 1951: "Su preocupación esencial es saber si existen *garantías efectivas* que protejan al demandante contra una devolución arbitraria, directa o indirecta, hacia el país del que ha huido".[87] El TEDH concluye, igual que en los casos anteriores, que tratándose de la tutela del artículo 3 la efectividad de un recurso reclama de manera imperativa un control exhaustivo por una autoridad nacional, y "requiere asimismo que los interesados dispongan de un derecho suspensivo de pleno derecho".[88]

Esta sentencia fue el motivo por el que, en Francia, la reforma de la *Loi relative a la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* de 20 de noviembre de 2007 modificase las previsiones normativas relativas a los recursos de que disponen los demandantes de asilo ante medidas de rechazo en frontera tomadas tras la denegación de entrada en el país a título de asilo. A partir de esta modificación, las decisiones de rechazo no pueden ser ejecutadas durante el plazo de cuarenta y ocho horas desde su notificación y, si en este plazo se presenta recurso contra ellas, antes de que el tribunal administrativo competente resuelva el recurso planteado.

[86] El recurrente, un afgano que entró en territorio de la UE por Grecia donde no presentó demanda de asilo conforme al DUE, continuó su viaje a Bélgica. Alega que las autoridades belgas al expulsarlo a Grecia violaron los artículos 2 y 3 (CEDH) y que en este último país sufrió trato contrario al artículo 3 denunciando, además, la ausencia de un recurso conforme al artículo 13 (CEDH) para recurrir las alegaciones mencionadas. Véase MORGADES GIL, S., *TEDH. Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. c. Bélgica y Grecia, 30696/09 – artículo 3 y 13 del CEDH. Prohibición de Tortura y penas o tratos inhumanos y degradantes. Reglamento (CE) Nº 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", año 2012, nº 41 p. 183-204.

[87] STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* [Recurso Nr. 30696/09], párr. 286. Sin resaltar en el original.

[88] *Ídem*, párr. 293. El TEDH concluye en que hubo "una violación del artículo 13 del Convenio en relación con el artículo 3 debido a los defectos de las autoridades en el examen de la solicitud de asilo del demandante y del riesgo de éste de ser devuelto directa o indirectamente hacia su país de origen, sin un examen minucioso del fundamento de su solicitud y sin haber tenido acceso a un recurso efectivo" (*Ídem*, párr. 321).

En el asunto *A.C. y otros c. España*[89]*,* el TEDH corrobora que "*la efectividad implica unas exigencias en términos de calidad, de rapidez y de efecto suspensivo, habida cuenta, especialmente, de la importancia que el TEDH concede al artículo 3 y de la naturaleza irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de consumación del riesgo de tortura o de malos tratos*. Así, el artículo 13 exige un recurso interno que habilite examinar el contenido de la queja y ofrecer la reparación apropiada, incluso si los Estados gozan de un cierto margen de valoración en cuanto a la manera de someterse a las obligaciones que les impone esta disposición".[90]

El TEDH marca que la cuestión que se plantea en este caso es sobre la *efectividad de los recursos* ejercidos por los recurrentes, que son objeto de una medida de expulsión, y que pretenden hacer valer las acciones derivadas de los derechos de los artículos 2 y 3 (CEDH).[91] Si el acceso a estas vías de recurso no está cuestionado como tal, el hecho –afirma el TEDH- de que *no vaya acompañado de un efecto suspensivo hasta la decisión definitiva sobre el fondo de las solicitudes de protección internacional* y no durante un período limitado, es susceptible de menoscabar su efectividad. La preocupación del TEDH –como en el caso belga y francés-, es la de saber si existen "garantías efectivas que protejan a los demandantes contra una expulsión arbitraria, directa o indirecta, a su país de origen, en cuanto que

[89] Se trata de treinta denuncias interpuestas ante el TEDH por treinta personas que se han declarado de origen saharaui y que involucran a procedimientos de devolución de los denunciantes a Marruecos (Sahara Occidental). Estos temen que, de ser expulsados, serian objeto de represalias por parte de las autoridades marroquíes e invocan los artículos 2, 3 y 13 (CEDH) como fundamento de su denuncia.

[90] STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España* [Recurso Nr. 6528/11], párr. 87. Sin resaltar en el original.

[91] Los recurrentes han ejercido las vías de recurso disponibles en el ordenamiento español para reclamar sus pretensiones al amparo de los artículos 2 y 3 (CEDH). Han presentado unas solicitudes de protección internacional ante la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior, que fueron denegadas, así como sus solicitudes de reexamen. Los recurrentes presentaron posteriormente recursos contenciosos administrativos contra las decisiones que les perjudicaban, *solicitando al mismo tiempo la suspensión de la ejecución de la medida de expulsión*. Como se puede observar, el sistema recursivo español que analizamos carece de recursos que contemplen *automáticamente* el efecto suspensivo para los hechos que estudiamos. En efecto, tras la denegación de sus solicitudes de medidas provisionales ante la Audiencia Nacional, nada más impedía la puesta en ejecución de la expulsión de los recurrentes. Solamente la aplicación del artículo 39 del Reglamento del TEDH que regula las medidas cautelares, ha podido suspender dicha expulsión.

los recursos de los demandantes sobre el fondo, están pendientes ante las jurisdicciones nacionales".[92]

Retomando la línea argumental del asunto *Čonka c. Bélgica*, el TEDH recuerda que, "cuando un individuo se queja de manera defendible de que su devolución le expondría a un trato contrario al artículo 3 del Convenio, *los recursos sin efecto suspensivo no pueden ser considerados como efectivos*".[93] A lo que agrega: "las exigencias del artículo 13, así como aquellas de las demás disposiciones del Convenio *constituyen una garantía jurídica, y no puede depender de la simple buena voluntad o de la práctica habitual*. Esta es una de las consecuencias de la preeminencia del derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática inherentes al conjunto de los artículos del Convenio".[94]

Si la efectividad de los recursos en el sentido del artículo 13 no depende ciertamente de la certitud de un término favorable para el recurrente, el TEDH "no puede dejar de observar que, sin su intervención [dictado de una medida cautelar frenando la expulsión][95], los demandantes habrían sido expulsados a Marruecos sin que el fundamento de sus recursos hubiera hecho objeto de un examen tan riguroso y rápido como posible, *no teniendo, los recursos contenciosos administrativos que habían interpuesto como tales, efecto suspensivo automático susceptible de suspender la ejecución de las órdenes de expulsión pronunciadas en su contra*".[96]

---

[92] *Ídem*, párr. 93.

[93] *Ídem*, párr. 94. Si resaltar en el original.

[94] *Ídem*, párr. 95. Si resaltar en el original.

[95] Sobre las medidas cautelares dictadas por el TEDH véase DÍAZ CREGO M., *¿Tomando la justicia cautelar en serio?: las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, "Teoría y Realidad Constitucional", año 2018, nº 42, p. 425-451.

[96] *Ídem*, párr. 102. Si resaltar en el original. Además, el TEDH constata que los recurrentes llegaron a España entre enero de 2011 y agosto de 2012 y que, desde entonces, "se encuentran en una situación provisional de incertidumbre jurídica y de precariedad material a la espera de las decisiones definitivas sobre sus recursos. *Nadie duda de que una exigencia de celeridad y de diligencia razonable está implícita en este contexto y que no está excluido que la duración excesiva de un procedimiento pueda convertirlo en inadecuado*. El TEDH estima que, en cuanto un recurso no tiene efecto suspensivo porque la solicitud de suspensión es denegada, es esencial que en los casos de expulsión en los que están concernidos los artículos 2 y 3 del Convenio y cuando el TEDH hace aplicar el artículo 39 de su Reglamento, *las jurisdicciones deben hacer prueba de una diligencia de celeridad especial y resolver*

En los casos señalados anteriormente, la efectividad del recurso implica, de manera inexorable, que el recurso tenga efecto suspensivo. Por el contrario, sostienen los jueces de Estrasburgo, cuando las expulsiones son impugnadas sobre la base de una supuesta injerencia, por ejemplo, *en la vida privada y familiar (art. 8, CEDH) no es imperativo el efecto suspensivo para que el recurso pueda ser considerado efectivo*: "Lo cierto es que en materia de inmigración, cuando existe una demanda discutible sobre si la expulsión podría menoscabar el derecho del extranjero a que se respete su vida privada y familiar, el artículo 13, en relación con el artículo 8 del Convenio *exige que el Estado proporcione al afectado una oportunidad efectiva de impugnar la expulsión o la denegación de un permiso de residencia y de obtener un examen suficientemente exhaustivo y proporcionar las garantías procesales adecuadas a las cuestiones pertinentes por un órgano interno competente que preste la suficiente independencia e imparcialidad*".[97]

El fundamento es aquí, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 3, la inexistencia del daño irreparable ya que en el caso de una potencial vulneración del artículo 8, en el caso de que se readmitiera al extranjero, este podría recuperar sus lazos familiares y/o personales.[98] Como se puede observar, para el TEDH, la mera falta de efecto suspensivo de un recurso ante una expulsión no constituye, en sí mismo, una violación del art. 13 del CEDH.

El Tribunal de Justicia, por su parte en el ámbito de la UE, ha rechazado reconocer efecto suspensivo automático al recurso previsto en el derecho belga interpuesto en contra de una decisión de no seguir examinando una solicitud de asilo

---

sobre el fondo dentro de unos plazos cortos. Si éste no fuera el caso los recursos perderían su eficacia" (*Ídem*, párr. 103. Si resaltar en el original).

[97] STEDH de 13 de diciembre de 2012, *Souza Ribeiro c. Francia* [Recurso Nr. 22689/07], párr. 83. Sin resaltar en el original. El recurrente llegó a Guayana Francesa desde Brasil a la edad de cuatro años, y asistió a la escuela durante un año, antes de volver a Brasil. Tiempo después, con un visado de turista, el recurrente volvió a la Guayana Francesa donde se reunió con sus padres, quienes tenían permisos de residencia permanente, y con sus dos hermanas y sus dos hermanos, uno de ellos con nacionalidad francesa, y los otros tres, por haber nacido en suelo francés, tenían derecho a solicitar dicha nacionalidad. El recurrente y su madre fueron detenidos en un control de carretera, como éste no pudo demostrar que su presencia en suelo francés era legal, fue arrestado y se ordenó su expulsión.

[98] Véase STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria* [Recurso Nr. 41416/08], párr. 122 a 132; y STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria* [Recurso Nr. 50963/99], párr. 133.

posterior, reafirmando –en línea con el TEDH- que la efectividad del recurso está asociada al artículo 3 (CEDH).[99] El Tribunal remitente en el caso que citamos se plantea: contra la inadmisión a trámite de una solicitud múltiple de asilo sólo cabe interponer recurso de anulación y presentar una solicitud de medidas cautelares de suspensión. En la medida en que no se trata de recursos de plena jurisdicción, ni de recursos suspensivos, y el solicitante de asilo no tiene derecho ni a la residencia ni a recibir la ayuda material durante su tramitación, ¿son estos procedimientos judiciales compatibles con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva?

Los Estados miembros, responde el Tribunal de Justicia, pueden establecer que carezca de efecto suspensivo un recurso contra una decisión de no admitir a trámite una solicitud de asilo posterior, como la controvertida en el litigio principal que tiene por objeto únicamente la legalidad de una decisión de no seguir examinando una solicitud de asilo posterior en el sentido del artículo 32 de la Directiva 2005/85.[100]

La falta de efecto suspensivo de un recurso interpuesto contra tal decisión es, en principio, conforme con los artículos 19, apartado 2, y 47 (CDFUE). En efecto, "si dicha decisión no permite otorgar a un nacional de un tercer país una protección internacional, su ejecución no puede dar lugar, como tal, a la devolución de dicho nacional". En cambio, razonan los jueces de Luxemburgo, si en el marco del examen de una solicitud de asilo anterior o posterior a una decisión como la controvertida en el litigio principal, un Estado miembro adopta en contra del nacional de un tercer país de que se trate una *decisión de retorno*, éste debería poder ejercer contra esta decisión su derecho a un recurso efectivo. Sobre este particular, de la jurisprudencia

[99] STJ de 17 de diciembre de 2015, *Abdoulaye Amadou Tall*, C-239/14 [ECLI:EU:C:2015:824].

[100] La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 39 de la Directiva 2005/85/CE y del artículo 47 (CDFUE). Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Tall –nacional senegalés- y el centre public d'action sociale de Huy, en relación con la decisión de retirarle la asistencia social que este organismo adoptó en su contra. El Sr. Tall, había presentadp en Bélgica una primera solicitud de asilo, cuya denegación fue confirmada mediante una resolución del Conseil du contentieux des étrangers. El interesado recurrió dicha resolución ante el Consejo de Estado el cual declaró la inadmisibilidad del recurso. Con posterioridad, el Sr. Tall presentó una segunda solicitud de asilo, invocando nuevos elementos. La Comisaría General de Refugiados y Apátridas no admitió a trámite esta segunda solicitud de asilo y se notificó al Sr. Tall una orden de abandono del territorio. El interesado interpuso un recurso ante el Conseil du contentieux des étrangers contra la decisión por la que no se admitía a trámite su segunda solicitud de asilo.

del Tribunal de Justicia se deriva que, en cualquier caso, "un recurso *debe tener necesariamente efecto suspensivo cuando se interpone contra una decisión de retorno* cuya ejecución puede exponer al nacional de un tercer país de que se trate a un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes, garantizando así, a dicho nacional de un tercer país, la observancia de las exigencias de los artículos 19, apartado 2, y 47 de la Carta".[101]

V. Sin garantía de doble instancia: el efecto suspensivo automático no alcanza al recurso de apelación.

En el asunto X[102] el Tribunal remitente pregunta al Tribunal de Justicia sí, para el caso de que el Derecho nacional prevea un recurso de apelación en procedimientos incoados contra una decisión que contiene una *decisión de retorno*, el DUE obliga a que dicho recurso de apelación *tenga automáticamente efecto suspensivo cuando el nacional de un tercer país alega que la ejecución de la decisión de retorno entraña un grave riesgo de que se vulnere el principio de no devolución*. Dicho con otras palabras, ¿deberá en tal caso suspenderse la expulsión del nacional del tercer país de que se trate durante el plazo para la interposición de un recurso de apelación o, si ya se ha interpuesto tal recurso, hasta que se haya resuelto el mismo, sin que este nacional del tercer país tenga que presentar a tal fin una solicitud específica? [103]

Una segunda petición prejudicial es planteada por el Tribunal remitente: ¿sí el Derecho nacional prevé un *recurso de apelación* en procedimientos sobre la desestimación de una solicitud de asilo, el DUE *obliga a que dicho recurso de apelación tenga automáticamente efecto suspensivo*? Esto es, ¿deberá en tal caso suspenderse la expulsión del solicitante de asilo de que se trate durante el plazo para la interposición de un recurso de apelación o, si ya se ha interpuesto tal recurso, hasta

[101] STJ de 17 de diciembre de 2015, *Abdoulaye Amadou Tall*, C-239/14 [ECLI:EU:C:2015:824], párr. 58. Sin resaltar en el original.

[102] Véase STJ de 26 de septiembre de 2018, C-175/17 [ECLI:EU:C:2018:776]. La petición prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 47 (CDFUE) en el marco de un litigio entre X, por un lado, y el Servicio de compensaciones económicas de la Administración tributaria, Países Bajos, por otro, en relación con una decisión mediante la cual dicha entidad ordena a X, nacional iraquí, que reembolse los subsidios por gastos de vivienda y de asistencia sanitaria que ha percibido.

[103] *Ídem*, párr. 18.

que se haya resuelto el mismo, sin que dicho solicitante de asilo tenga que presentar a tal fin una solicitud específica?[104]

En concordancia con la jurisprudencia del TEDH, el Tribunal de Justicia no considera aplicable a los recursos de apelación el efecto suspensivo y automático que tanto en Estrasburgo como en Luxemburgo reconocen al recurso de revisión. En otras palabras, rechaza que la tutela efectiva de los procesos sobre asilo esté vinculada a la garantía de doble instancia. Aunque el DUE "obligan a los Estados miembros a garantizar el derecho a un recurso efectivo contra las decisiones de denegación de una solicitud de protección internacional y contra las decisiones de retorno, *ninguna de ellas prevé que los Estados miembros confieran a los solicitantes de protección internacional cuyos recursos contra la decisión de denegación de su solicitud y contra la decisión de retorno hayan sido desestimados en primera instancia el derecho a recurrir en apelación ni, con mayor razón, que el ejercicio de ese derecho surta efectos suspensivos de pleno Derecho*".[105] Del objetivo tanto de la Directiva 2005/85 (antigua Directiva de procedimiento) o la Directiva 2008/115 (Directiva del Retorno) "no se desprende en modo alguno de los considerandos de dichas Directivas que estas pretendan obligar a los Estados miembros a establecer una segunda instancia judicial".[106]

Así, aunque no se oponen a que un Estado miembro prevea una segunda instancia judicial en relación con los recursos contra las decisiones denegatorias de una solicitud de protección internacional y contra las decisiones de retorno, las citadas Directivas 2005/85 y 2008/115 "no contienen ninguna norma relativa al establecimiento y regulación de tal instancia". En particular, el Tribunal de Justicia –en coincidencia con la opinión del Abogado General- afirma que "ni los términos ni el sistema general o la finalidad de esas Directivas permiten considerar que, cuando un Estado miembro prevé una segunda instancia judicial contra esas decisiones, el procedimiento de apelación que establezca deba necesariamente atribuir un efecto suspensivo de pleno Derecho al recurso interpuesto por el solicitante".[107]

---

[104] *Ídem*.

[105] *Ídem*, párr. 28.

[106] *Ídem*, párr. 29.

[107] *Ídem*, párr. 30.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia en lo que respecta a una decisión de retorno y a una eventual decisión de expulsión: "la protección inherente al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de no devolución debe garantizarse reconociendo al solicitante de protección internacional el derecho a un recurso efectivo suspensivo de pleno Derecho ante, *al menos, una instancia judicial*. Por otra parte, incumbe a los Estados miembros garantizar la plena eficacia del recurso contra la decisión denegatoria de la solicitud de protección internacional suspendiendo todos los efectos de la decisión de retorno durante el plazo previsto para la interposición de dicho recurso y, en caso de que este se interponga, hasta su resolución".[108]

Dicho la anterior, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que ni el artículo 39 (Directiva 2005/85), ni el artículo 13 (Directiva 2008/115), ni el artículo 47 (CDFUE), a la luz de las garantías previstas en los artículos 18 y 19, apartado 2, de esta, "exigen que exista una segunda instancia judicial. En efecto, *únicamente es necesario que exista un recurso ante una instancia judicial*".[109]

El asunto que analizamos es un buen ejemplo de cómo interactúan los integrantes de una comunidad de intérpretes finales en la búsqueda de consensos mismos que permitan la cohabitación entre quienes reclaman para sí la última palabra sobre sus respectivos ordenamientos. Los jueces de Luxemburgo alientan aquí el diálogo con sus pares de Estrasburgo: conforme a la jurisprudencia del TEDH, incluso cuando se alegue que la expulsión del interesado le expondrá a un riesgo real de sufrir un trato contrario al artículo 3 (CEDH), su artículo 13 no exige a las altas partes

[108] Idem, párr. 33. Véase, en este sentido, STJ de 19 de junio de 2018, *Gnandi*, asunto C-181/16 [EU:C:2018:465], párr. 56, 58 y 61. STJ de 26 de septiembre de 2018, *X e Y*, C-180/17 [ECLI:EU:C:2018:775], párr. 30. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE y del artículo 13 de la Directiva 2008/115/CE, a la luz de los artículos 18, 19, apartado 2, y 47 (CDFUE). Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre X e Y –nacionales rusos-, por un lado, y el Secretario de Estado de Seguridad y Justicia de los Países Bajos, por otro, en relación con la denegación de sus solicitudes de protección internacional y con las decisiones de retorno adoptadas en su contra.

[109] STJ de 26 de septiembre de 2018, C-175/17 [ECLI:EU:C:2018:776], párr. 34. Véanse, también, STJ de 28 de julio de 2011, *Samba Diouf*, C-69/10 [EU:C:2011:524], párr. 69, y STJ de 19 de junio de 2018, *Gnandi*, C-181/16 [EU:C:2018:465], párr. 57.

contratantes que instauren una segunda instancia judicial ni que, en su caso, atribuyan al procedimiento de apelación efectos suspensivos de pleno Derecho.[110]

VI. El recurso efectivo frente a la prohibición de expulsiones colectivas.

Otro aspecto de la efectividad del recurso que estudiamos tiene que ver con las llamadas "devoluciones en caliente" o "rechazó en frontera" en el contexto de la

[110] STEDH de 5 de julio de 2016, *A.M. c. Países Bajos* [Recurso Nr. 29094/09], párr. 70. El recurrente, ciudadano afgano, había entrado en Holanda en 2003 donde solicitó asilo por temor a ser perseguido en el sentido de la Convención de 1951, así como una posible afectación al artículo 3 (CEDH) en caso de ser devuelto a su país de origen. La solicitud fue rechazada en 2005 por las autoridades de migraciones holandesas. El solicitante presentó un recurso de apelación –al que se le reconoce efecto suspensivo automático- el cual fue rechazado por el Tribunal Regional de La Haya. Esta decisión no fue apelada por el solicitante ante la División de la jurisdicción administrativa del Consejo de Estado, por lo que quedó firme. La consiguiente orden de expulsión fue apelada por el solicitante invocando el artículo 3 (CEDH) ante el Tribunal Regional el cual volvió a rechazar los argumentos invocados. Al no ser apelada esta decisión quedó firme en 2009.
El recurrente argumenta, ante el TEDH, que una nueva apelación ante el Consejo de Estado en los procedimientos de asilo, así como en los procedimientos sobre la orden de exclusión, no podrían ser considerados como un recurso "efectivo" ya que la División de la jurisdicción administrativa, según su jurisprudencia, no habría revisado los hechos fundándose en que el Tribunal Regional interviniente ya había establecido que el artículo 3 no era aplicable al caso. El TEDH responde a lo argumentado por el recurrente que el artículo 13 "no obliga a los Estados contratantes a establecer un segundo nivel de apelación [*Given that Article 13 does not compel Contracting States to set up a second level of appeal*]". Razón por la cual el solicitante de asilo obtuvo, según el TEDH, su recurso efectivo al poder plantear el recurso de revisión ante el Tribunal Regional interviniente.

prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros prevista en el ya citado artículo 4 del Protocolo Núm. 4[111] (CEDH)[112], así como en el artículo 19.1 (CDFUE).

En la actualidad la cuestión ha tomado vital importancia, particularmente en la frontera hispano-marroquí (sobre todo en Ceuta y Melilla) [113] o en la frontera sur italiana con epicentro en la isla de Lampedusa.[114]

---

[111] A través de este Protocolo el CEDH, en 1963, se convirtió en el primer tratado en prohibir la expulsión colectiva de extranjeros de forma expresa. Con posterioridad, dicha prohibición fue desarrollada en el ámbito de la O.N.U. Así el Comité de Derechos Humanos –intérprete del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- ha señalado que, aunque no se prohíbe expresamente la expulsión colectiva de extranjeros, *una expulsión de esta índole es contraria a las garantías procesales a las que tiene derecho cualquier extranjero objeto de expulsión*. Ello obedece a que en su artículo 13 el citado Pacto concede a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión sobre la base de su caso concreto y, por tanto, dicho precepto no se cumple con leyes o decisiones que disponen la puesta en marcha de expulsiones colectivas o en masa (Cfr. Observación general Nr. 15, "La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 27 periodo de sesiones, HRI/GEN/1/REV.7 ATR 159 (1986), de 11 de abril de 1986, párr. 11). El Comité contra la Tortura, por su parte, señala que cualquier forma de expulsión colectiva debe ser considerada una violación del principio de no devolución: *al no existir una identificación por parte de las autoridades estatales encargadas de la expulsión, es imposible verificar individualmente si la expulsión de esa persona conlleva un riesgo de tortura o malos tratos en el Estado de destino* (Cfr. Observación General Nr. 4 (2017), relativa a la aplicación del art. 3 de la Convención en el contexto del art. 22, 4 de septiembre de 2018, párr. 13. De mismo Comité véase, Comunicación n. 321/2007, *Kwami Mopongo y otros c. Marruecos*, CAT/C/53/D/321/2007, decisión adoptada el 7 de noviembre de 2014, párr. 11.3 y 11.4).

[112] El límite que este precepto supone a la discrecionalidad del poder estatal en materia de expulsión, unido a las dificultades político-jurídicas en la gestión de los flujos migratorios hacia Europa, supuso que algunos Estados parte fueran reticentes a ratificar el Protocolo Núm. 4. Italia, por caso, firmó el Protocolo en 1963 y lo ratificó en 1982, o bien España que lo firma en 1978 y lo ratifica en el 2009. En total, de los 47 Estados parte del Consejo de Europa, 43 Estados han ratificado el Protocolo. Turquía y Reino Unido lo firmaron, pero no han procedido a su ratificación. *Suiza, al igual que Grecia, ni siquiera lo ha firmado*.

[113] Véase SOLER GARCÍA C., *La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España*, "Revista General de Derecho Europeo", año 2018, nº 45, pp. 108-160.

[114] Sobre el caso italiano en particular véase MONTANARI L., *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri (Special Issue 2/2019)*", en *www.federalismi.it* y ZECCA D., *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa (Special Issue 2/2019)*", en *www.federalismi.it*

La primera sentencia de condena a un Estado por violación de esta prohibición se da en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*[115], sentencia calificada de paradigmática[116] ya que los hechos se producen fuera del territorio nacional y la expulsión se da en alta mar.[117]

El TEDH observó que los recurrentes no tuvieron acceso a un procedimiento de identificación y evaluación individualizada de sus circunstancias personales antes de ser devueltos a Libia.[118] El propio Gobierno italiano reconoció que no se llevó a

---

[115] Los recurrentes, once ciudadanos somalíes y trece ciudadanos eritreos, alegan que las intercepciones de personas por tres navíos del servicio de guardacostas italiano a treinta y cinco millas de la costa de Malta no estaban previstas por la ley ni sujetas a un posible control de su legalidad por parte de una autoridad nacional. Por ese motivo, los recurrentes fueron privados de toda oportunidad de presentar un recurso contra su devolución –fueron devueltos a Trípoli 10 horas después donde fueron entregados a la autoridades libias- y de alegar la violación del artículo 3 y del artículo 4 del Protocolo Núm. 4 (CEDH). Afirman que las autoridades italianas no cumplieron con ninguno de los requisitos que establece la jurisprudencia del TEDH para la efectividad de las vías de recurso. Ni siquiera identificaron a los emigrantes interceptados e hicieron caso omiso de sus solicitudes de protección. De los veinticuatro inmigrantes que plantean la denuncia ante el TEDH, la ACNUR en Trípoli concede el estatuto de refugiados a catorce de ellos.

[116] Véase DE CASTRO SÁNCHEZ C., *TEDH. Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. c. Italia, 27765/09 – artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo Nr. 4. Tortura y tratos inhumanos y degradantes. Derecho a un recurso efectivo. Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", año 2013, nº 46, p. 1119-1135.

[117] Si el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 fuera de aplicación únicamente a las expulsiones llevadas a cabo desde el territorio nacional de los Estados parte, un componente significativo de los patrones migratorios contemporáneos –razona el TEDH- quedaría fuera del ámbito de la disposición (Cfr. STEDH de 23 febrero 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Recurso Nr. 27765/09], párr. 177).

[118] Los terceros intervinientes en el caso –ACNUR, Amnistía Internacional, entre otros- consideraron que los individuos rechazados a resultas de la intercepción en alta mar no tuvieron acceso a vía de recurso alguna en el Estado parte responsable de las operaciones, y menos aún a una vía de recurso susceptible de cumplir con los requisitos del artículo 13. Si un Estado parte al CEDH lleva a cabo intercepciones en el mar que concluyen con una devolución –afirman-, corresponde a este Estado la responsabilidad de garantizar a cada persona implicada una oportunidad efectiva de impugnar su devolución desde la perspectiva de los derechos protegidos por el CEDH y de obtener que su solicitud sea objeto de examen antes de que tenga lugar la devolución. La falta de una vía de recurso conducente a la identificación de los demandantes y una evaluación individualizada de sus solicitudes de protección

cabo ningún procedimiento de este tipo a bordo de los buques militares en los que fueron embarcados los demandantes. Tampoco había intérprete o asesor legal alguno entre el personal de bordo.[119] El TEDH vuelve a insistir aquí "en la importancia de garantizar a toda persona sometida a una medida de expulsión, cuyas consecuencias son potencialmente irreversibles, el derecho a obtener suficiente información como para poder tener acceso a los procedimientos aplicables y argumentar debidamente sus quejas".[120]

Teniendo en cuenta las circunstancias del presente asunto, el TEDH considera que los recurrentes "no dispusieron de vía de recurso alguna susceptible de permitirles presentar sus agravios ni en virtud del artículo 3 del Convenio ni del artículo 4 del Protocolo Núm. 4[121] ante una autoridad competente y obtener una evaluación meticulosa y rigurosa de sus solicitudes antes de que la medida de expulsión fuera ejecutada".[122] En cuanto al argumento del Gobierno italiano según el cual los recurrentes deberían haber intentado interponer un recurso ante los tribunales penales italianos al llegar a Libia, "el Tribunal no puede sino observar que, incluso si una vía de recurso de este tipo hubiera estado disponible en la práctica, un procedimiento penal contra el personal militar a bordo de los buques del ejército obviamente no cumpliría con los requisitos del artículo 13, *puesto que no tendría un efecto suspensivo*". El TEDH reitera que "el *requisito derivado del artículo 13 - según el cual la interposición del recurso debe conllevar la suspensión de la ejecución de la medida impugnada - no puede ser considerado como un elemento subsidiario*".[123]

---

y de sus necesidades constituye una omisión grave, como lo es la ausencia de toda forma de supervisión posterior para determinar lo que advino de las personas devueltas (STEDH de 23 febrero 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Recurso Nr. 27765/09], párr. 193-194).

[119] STEDH de 23 febrero 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Recurso Nr. 27765/09], párr. 202.

[120] *Ídem*, párr. 204.

[121] El Gobierno italiano considera que las garantías ofrecidas por el mencionado artículo entran en juego únicamente en caso de expulsión de personas que se encuentran en el territorio de un Estado o que han cruzado ilegalmente sus fronteras nacionales. En este caso, se argumenta, se trata de la negativa de autorización de entrada en el territorio nacional, más que de una expulsión y, por tanto, no habría violación del artículo 4 del Protocolo Núm. 4.

[122] STEDH de 23 febrero 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Recurso Nr. 27765/09], párr. 205.

[123] *Ídem*, párr. 206. Sin resaltar en el original.

En el asunto *Khlaifia y otros c. Italia*[124], el TEDH encontró una violación al artículo 13 en razón de que las autoridades italianas no indicaron que vías recursivas habrían permitido a los recurrentes[125] denunciar las malas condiciones en que se encontraban en el Centro de acogida[126] o bien a bordo de las naves que los interceptaron en el mediterráneo. Un recurso ante el juez de paz, afirma el TEDH, contra los decretos de expulsión hubieran sido útiles únicamente para impugnar la legitimidad de su aplazamiento. Por otra parte, se concluye, estos decretos fueron adoptados solamente sobre el final de la detención de los interesados.[127] Consiguientemente, el TEDH rechaza que el recurso señalado fuera efectivo pues no era idóneo para suspender la aplicación de las órdenes de expulsión.

En el asunto *N.D. y N.T. c. España*[128], el TEDH tuvo una nueva oportunidad de abordar la cuestión[129]. Se trata del séptimo caso desde el ya visto asunto *Čonka c.*

El TEDH llega a la conclusión de que se ha producido una violación del artículo 13 examinado tanto en relación con el artículo 3 como en relación con el artículo 4 del Protocolo Núm. 4. Por lo tanto, no se puede reprochar a los recurrentes que no agotaran adecuadamente las vías de recurso internas y la excepción preliminar formulada por el Gobierno italiano en este sentido es desestimada.

[124] Véase comentarios de esta sentencia en GUELLA F., *Gli standard dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione secondo la giurisprudenza Khlaifia della Corte EDU (2016/1)",* en *www. dpce.it,* y BACIS D., *Khlaifia e altri c. Italia: l'accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo (2017/2)",* en *www. dpce.it*

[125] Un grupo de tunecinos que denuncian haber sido expulsados colectivamente de Italia solo sobre la base de su identificación y sin haberse examinado debidamente la situación personal de cada uno de ellos. Argumentan que los decretos de expulsión constituirían documentos estandarizados, formulados de manera idéntica, que indican solo el estado civil y la ciudadanía de los interesados. Muchos otros ciudadanos tunecinos, declaran, habrían sufrido el mismo destino sobre la base de una práctica de las autoridades italianas según la cual la única verificación de la ciudadanía tunecina sería suficiente para determinar la aplicación de un procedimiento simplificado de "readmisión".

[126] CSPA (*Centro di Primo Soccorso ed Accoglienza*) de Lampedusa. Véase MANGANARO F., *Politiche e strutture di accoglienza delle persone migranti (27/11/2019)",* en *www.federalismi.it*

[127] STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia* [recurso Nr. 16483/12], párr. 270.

[128] Véase SÁNCHEZ TOMÁS J.M., *Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)*, "Revista Española de Derecho Europeo", año 2018, nº 65, p. 101-135.

[129] Los recurrentes, un ciudadano de Malí y otro de Costa de Marfil, intentaron saltar la valla que separa a Marruecos de Melilla. El salto fue llevado a cabo junto con un grupo de más de 70 extranjeros. Los demandantes consiguieron descender de la tercera y última valla con ayuda de las fuerzas de seguridad

Bélgica en 2002, en el que el TEDH concluye la existencia de una violación de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros lo cual demuestra el interés, en los últimos años, que despierta la problemática que estudiamos para la tutela efectiva de los derechos de los refugiados.[130]

El TEDH concluye, en efecto, que la devolución de los demandantes a Marruecos se consideraba como una violación del artículo 4 del Protocolo Núm. 4.[131] En el presente caso, la cuestión del carácter suspensivo de pleno derecho del recurso ni siquiera se plantea al no haber tenido acceso los recurrentes, antes de su expulsión a Marruecos, a ningún procedimiento tendiente a su identificación y a la comprobación de sus circunstancias personales. El Gobierno español no se pronuncia sobre la falta de identificación de los demandantes por los agentes de la Guardia Civil, limitándose a indicar que no tiene conocimiento de la identidad de los interesados. Sostiene, sin embargo, que los demandantes no han conseguido probar su identidad ante el TEDH.[132]

---

españolas, quienes esposaron a los demandantes nada más poner los pies en el suelo. Acto seguido todos ellos fueron devueltos Marruecos por las fuerzas de seguridad españolas, sin que mediara ningún procedimiento de identificación o garantía procesal. Una vez en Marruecos, a los extranjeros les fue negada asistencia médica, pese a que la solicitaron. Finalmente, los demandantes, junto con otras personas, fueron trasladados a unos 300 km del lugar (Cfr. STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, [Recurso Nr. 8675/15 y 8697/15], párr. 12-13). Los recurrentes se quejan de su rechazo inmediato a Marruecos y de la ausencia de un recurso efectivo a este respecto. Afirman haber sido objeto de una expulsión colectiva, que no habían tenido ninguna posibilidad de ser identificados, ni de alegar sus circunstancias individuales y de los malos tratos a los que, según ellos, corrían el riesgo de ser sometidos en Marruecos, y de impugnar su rechazo mediante un recurso con efecto suspensivo.

[130] Los anteriores seis casos son: STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Shioshvili y otros c. Rusia* [Recurso Nr. 19356/07]; STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia* [d Recurso Nrs. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07]; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* [Recurso Nr. 16643/09]; STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)* [Recurso Nr. 13255/07]; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Recurso Nr. 27765/09]; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica* [Recurso Nr. 51564/99].

[131] STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, [Recursos Nrs. 8675/15 y 8697/15], párr. 108.

[132] *Ídem*, párr. 56.

El TEDH concede un valor particular a la versión de los recurrentes, ya que "está corroborada por numerosos testimonios recogidos, entre otros, por el ACNUR o por el Comisario DDHH".[133] En el ámbito del artículo 4 del Protocolo Núm. 4, "han sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas y que no han tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión. Ya hay, en este caso, *un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio*.[134]

Habida cuenta de las circunstancias citadas y del carácter inmediato de su expulsión *de facto*, el TEDH estima que a los demandantes se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del artículo 4 del Protocolo Núm. 4 y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución.

VII. El derecho a un recurso efectivo conforme al artículo 47 (CDFUE) en relación con los requirentes de asilo.

En el asunto *Torubarov*[135] el Tribunal de Justicia, tomando como referencia al artículo 47 (CDFUE), pone en evidencia las deficiencias del derecho húngaro en relación a la tutela efectiva de los requirentes de asilo.[136] El caso es muy ilustrativo

[133] *Ídem*, párr. 119.

[134] *Ídem*, párr. 120.

[135] STJE de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626]. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32/UE, en relación con el artículo 47 (CDFUE). Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Oficina de Inmigración y Asilo de Hungría y el Sr. Alekszij Torubarov de nacionalidad rusa relativo a la denegación de la solicitud de protección internacional presentada por este último.

[136] Sobre el caso húngaro véase FERNÁNDEZ ARRIBAS G., HALCÓN LERDO DE TEJADA A., y SERRANO LÓPEZ I., *Violación del derecho a solicitar asilo. La respuesta de Hungría a la crisis de los refugiados*, "Revista de Estudios Europeos", año 2016, nº 67, pp. 101-121.

pues priva a éstos, en caso de denegación por la autoridad administrativa de la protección internacional, del recurso de revisión a cargo de un órgano judicial.[137]

El Tribunal nacional, que remite la petición prejudicial al Tribunal de Justicia, encuentra que ello "equivale a privar de un recurso judicial efectivo a los solicitantes de protección internacional. En efecto, la única consecuencia que el Derecho nacional prevé para el supuesto de inejecución, por parte de la Administración, de su obligación de dar cumplimiento al fallo y a los fundamentos de Derecho de una primera sentencia por la que se anula una primera resolución administrativa de denegación de una solicitud de protección internacional consistiría en la anulación de la nueva resolución administrativa. Ante tal situación, el juez que conozca del asunto no tendría consecuentemente otra solución que la de ordenar a la Administración la incoación de un nuevo procedimiento y la adopción de una nueva resolución, de tal modo que no podría ni conminar a la Administración a conceder protección internacional al solicitante de que se trate, ni sancionar a aquella por el incumplimiento de su primera sentencia, lo que comportaría el riesgo de que el procedimiento se prolongara indefinidamente, con vulneración de los derechos del solicitante de protección internacional".[138]

---

[137] El 15 de septiembre de 2015 entró en vigor en Hungría la ley Nr. CXL de 2015 de modificación de determinadas leyes en un contexto de gestión de la inmigración en masa. Entre otras modificaciones, el artículo 14 de la citada ley modificó el artículo 68 de la ley sobre el derecho de asilo, alcanzando también a los asuntos pendientes en el momento de su entrada en vigor. Dicha modificación establece que: "3. […] En el momento de adoptar la resolución jurisdiccional, el órgano judicial efectuará un examen completo tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho […] 5. El órgano judicial *no podrá modificar la resolución del órgano administrativo competente en materia de refugiados*. El órgano judicial anulará cualquier resolución administrativa que considere contraria a Derecho —con la excepción de las violaciones de una norma procesal que no afecten al fondo del asunto— y, en caso necesario, ordenará al órgano administrativo competente en materia de asilo tramitar un nuevo procedimiento. 6. La resolución adoptada por el órgano judicial al término del proceso es firme y contra ella no cabe recurso alguno". Sin resaltar en el original.

[138] STJ de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], párr. 34. En la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno húngaro alegó que la ley de procedimiento administrativo nacional, "debe interpretarse en el sentido de que, a fin de preservar el reparto competencial entre, por una parte, la Administración, que debe desempeñar un papel central en los procedimientos en materia de solicitudes de protección internacional, y, por otra parte, el órgano judicial que conoce del recurso previsto en el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, el órgano judicial puede impartir

En tal situación, el Tribunal remitente considera que el ordenamiento jurídico húngaro "no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva", consagrado tanto en el artículo 46 (Directiva 2013/32) como en el artículo 47 (CDFUE). En consecuencia, pregunta al Tribunal de Justicia sí las mencionadas disposiciones del DUE "le autorizan a modificar una resolución administrativa como la controvertida, dejando sin aplicar la normativa nacional que no le reconoce tal facultad".[139]

Los jueces de Luxemburgo comienzan el análisis del caso recordando su jurisprudencia sobre el citado artículo 46. En su apartado 1 éste "reconoce a los solicitantes de protección internacional *el derecho a un recurso efectivo ante un órgano judicial contra las resoluciones administrativas relativas a la correspondiente solicitud*. Mientras que, en su apartado 3, "define el alcance del derecho a un recurso efectivo, *precisando que los Estados miembros vinculados por la citada Directiva garantizarán que el juzgado o tribunal de primera instancia ante el que se presenta el recurso contra la resolución relativa a la solicitud de protección internacional lleve a cabo un «examen completo y ex nunc tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho, incluido cuando proceda un examen de las necesidades de protección internacional* de conformidad con la Directiva 2011/95»".[140]

La expresión *ex nunc* interpreta el Tribunal de Justicia, destaca la obligación del juez de proceder a una apreciación que tenga en cuenta, en su caso, los nuevos

---

instrucciones sobre los hechos que hayan de examinarse y sobre los nuevos elementos de prueba que hayan de recabarse, y puede también proporcionar una interpretación de la ley e indicar los elementos pertinentes que la autoridad administrativa ha de tomar en consideración, *pero no puede vincular a esta última en cuanto a la apreciación concreta del caso, apreciación que podrá basarse en elementos de hecho y de Derecho diferentes a los que haya tenido en cuenta el propio órgano judicial, tales como, por ejemplo, elementos nuevos sobrevenidos con posterioridad a la resolución judicial*" (*Ídem*, párr. 62. Sin resaltar en el original).

[139] *Ídem*, párr. 36. En concreto el Tribunal remitente pregunta: "¿Debe interpretarse el artículo 46, apartado 3, de la Directiva [2013/32], en relación con el artículo 47 [CDFUE], en el sentido de que los tribunales húngaros están facultados para modificar las resoluciones administrativas de la autoridad competente en materia de asilo mediante las que se deniegue la protección internacional, así como para conceder tal protección?".

[140] STJE de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], párr. 51. Sin resaltar en el original. Véase también STJE de 25 de julio de 2018, *Alheto*, asunto C-585/16 [EU:C:2018:584], párr. 105-106.

elementos surgidos después de la adopción de la resolución objeto de recurso. El adjetivo *completo*, por su parte, confirma que el juez deberá examinar tanto los elementos que la autoridad decisoria tuvo o pudo tener en cuenta como aquellos que hayan surgido con posterioridad a la adopción por dicha autoridad de su decisión. De ello resulta que, en virtud del artículo 46, apartado 3 (Directiva 2013/32), los Estados miembros "están obligados a establecer en sus Derechos nacionales una tramitación de los recursos que comprenda un examen, por el juez, del conjunto de elementos de hecho y de Derecho que le permitan elaborar una apreciación actualizada del asunto de que se trate, de modo que la solicitud de protección internacional pueda ser tramitada de manera exhaustiva sin que sea necesario devolver el asunto a la autoridad decisoria. Tal interpretación favorece el objetivo perseguido por la Directiva 2013/32, consistente en garantizar que las resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional sean adoptadas cuanto antes, sin perjuicio de que se efectúe un examen suficiente y completo".[141]

Sin embargo, sostiene el Tribunal de Justicia, los Estados miembros siguen siendo competentes para establecer la obligación de que, tras la referida anulación, el expediente sea devuelto al órgano cuasi-judicial o administrativo para que adopte una nueva decisión. Si bien es cierto que la Directiva 2013/32 reconoce de este modo a los Estados miembros "cierto margen de maniobra", concretamente en cuanto a la determinación de las normas relativas a la tramitación de una solicitud de protección internacional cuando la resolución inicial de un órgano cuasi-judicial o administrativo ha sido anulada por un órgano judicial, "no lo es menos que es preciso destacar, en primer lugar, que, a pesar de tal margen de maniobra, los Estados miembros *están obligados, al aplicar la citada Directiva, a respetar el artículo 47* [CDFUE]*, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en favor de toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido vulnerados*".[142]

[141] STJE de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], párr. 52-53.

[142] *Ídem*, párr. 55.

Así pues, las características del recurso previsto en el artículo 46 (Directiva 2013/32) "deben determinarse de conformidad con el artículo 47 [CDFUE], que *constituye una reafirmación del principio de tutela judicial efectiva*".[143]

En segundo lugar, precisa el Tribunal de Justicia, es preciso recordar que el artículo 47 [CDFUE] "es suficiente por sí solo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal, sin que requiera ser desarrollado por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional".[144] Esta es, dicha norma ostenta por sí misma su *efecto directo,* sin necesidad de ser reconocida como tal por cualquier otra norma.

En tercer lugar, concluye el Tribunal de Justicia, 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".[145]

Este contexto permite al Tribunal de Justicia declarar que el artículo 46, apartado 3 (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".[146]

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

[143] *Ídem*, párr. 56. Sin resaltar en el original.

[144] Véase STJ de 30 de junio de 2016, *Toma y Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci*, asunto C-205/15 [EU:C:2016:499], párr. 43.

[145] STJ de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], párr. 57.

[146] *Ídem*, párr. 58. Sin resaltar en el original.

imperativo –derivado del artículo 47 [CDFUE]- 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".[147]

Refiriéndose a la citada legislación húngara en particular, los jueces de Luxemburgo sentencian que "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 consagrado por el artículo 47 [CDFUE]". En las circunstancias ya expuestas "sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica –legislativa, administrativa o judicial- que tuviera como efecto disminuir la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese Derecho *la facultad de hacer, en el momento mismo de tal aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudieran constituir un obstáculo para la plena eficacia de las normas de la Unión dotadas de efecto directo, tales como el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, en relación con el artículo 47* [CDFUE]".[148] En circunstancias "como las que concurren en el litigio principal, cuando el órgano cuasi-judicial o administrativo no haya cumplido la sentencia del órgano judicial que conoce del recurso, corresponderá a este último modificar la resolución de aquel y sustituirla por su propia decisión".[149]

En el citado caso *Alheto*[150] el Tribunal de Justicia ya había tenido oportunidad de interpretar, al analizar la conformidad del derecho búlgaro con el artículo 47

[147] *Ídem*, párr. 59.

[148] *Ídem*, párr. 73-72. Sin resaltar en el original.

[149] *Ídem*, párr. 76.

[150] La Sra. Alheto, titular de un pasaporte expedido por la autoridad palestina, entró a Bulgaria con una visa turística para luego presentar una solicitud de protección internacional. Adujo que volver a la Franja de Gaza la expondría a una amenaza grave para su vida, dado que correría el riesgo de sufrir torturas y de ser perseguida. Señaló que esta amenaza guarda relación con el hecho de que ejerce una actividad social de información sobre los derechos de la mujer no aceptada por Hamás, la organización

[CDFUE], sí tras la anulación de una decisión por la que se deniega una solicitud de protección internacional, el juez puede o, incluso, debe adoptar él mismo una decisión sobre dicha solicitud.

El Tribunal de Justicia responde que, el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32 "quedaría privado de todo *efecto útil* si se admitiera que, después de dictar una sentencia por la que el órgano jurisdiccional de primera instancia, de conformidad con esta disposición, ha llevado a cabo una apreciación completa y *ex nunc* de la necesidad de protección internacional del solicitante (…), el órgano administrativo o cuasi judicial pudiera adoptar una decisión contraria a dicha apreciación o pudiera dejar transcurrir un tiempo considerable que acarreara un potencial incremento del riesgo de que surgieran nuevos elementos que requirieran una nueva apreciación actualizada".[151]

Por consiguiente, si bien la Directiva 2013/32 no pretende instaurar una norma común relativa a la competencia para adoptar una nueva decisión sobre una solicitud de protección internacional tras la anulación de la decisión inicial, "se desprende de su objetivo relativo a la garantía de una tramitación lo más rápida posible de las solicitudes de esta naturaleza, de su obligación de garantizar un efecto útil al artículo 46, apartado 3, así como de la necesidad, derivada del artículo 47 [CDFUE], de garantizar la efectividad del recurso, que todos los Estados miembros vinculados por dicha Directiva deben establecer en su Derecho nacional que, tras la anulación de la decisión inicial y en caso de devolución del expediente al órgano cuasi judicial o administrativo contemplado en el artículo 2, letra f), de esta Directiva, la nueva decisión se adopte en el menor tiempo posible y sea conforme a la apreciación contenida en la resolución que anuló la decisión inicial".[152]

VIII. Conclusiones.

La efectividad del recurso, como vimos, es esencial a un sistema de garantías. Si ésta no existe, dicho sistema podrá existir formalmente pero no cumplir con su

---

que controla dicho territorio. Asimismo, a causa del conflicto armado entre Hamás e Israel, sostiene que existe allí una situación de violencia indiscriminada.

[151] STJE de 25 de julio de 2018, *Alheto*, asunto C-585/16 [EU:C:2018:584], párr.147. Sin resaltar en el original.

[152] *Ídem*, párr.148.

objeto y fin: la tutela efectiva de los Derechos involucrados. Este *efecto útil*, según el lenguaje de los jueces de Estrasburgo y Luxemburgo, es el indicador de la *idoneidad* del recurso. El recurso es efectivo en la medida que es idóneo, y esto último ocurre cuando permite evitar –por caso- la conducta prohibida mencionada en el artículo 3 (CEDH).

En el espacio territorial de los Estados que integran la UE –y otros como Suiza vinculados al espacio Shengen- se ha alcanzado importantes niveles de articulación entre los distintos niveles de protección que operan sobre el derecho de asilo. Este escenario de protección multinivel involucra al clásico derecho internacional, al derecho internacional de los derechos humanos en plena evolución, y al DUE de naturaleza supranacional ya consolidado en su autonomía.

La convergencia normativa analizada se distancia de una mera acumulación abstracta de normas, por el contrario, permite la formación de una comunidad de intérpretes que dialogan buscando construir estándares comunes de protección que permitan garantizar –en última instancia- la eficacia de la protección internacional. Las convergencias interpretativas, en este sentido, han permito consolidar el derecho a un recurso efectivo de los requirentes de asilo.

Lo anterior no significa ignorar que también han existido y existen divergencias interpretativas entre el TEDH, el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, las desavenencias y conflictos interpretativos no han quebrado el diálogo. Lo cual no es poco en un escenario de fragmentación jurídica. En definitiva, así como el diálogo permite tender puentes entre culturas diversas también hace posible la construcción de un espacio jurídico europeo de tutela común.

Bibliografía

ABRISKETA URIARTE, J., *La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", año 2017, nº 56.

BACIS D., *Khlaifia e altri c. Italia: l'accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo (2017/2)",* en *www. dpce.it*

CAVASINO E., *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d'asilo (4.10.2019)",* en *www.federalismi.it*

DA LOMBA, S., *The Right to Seek Refugee Status in the European Union*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2004.

DE CASTRO SÁNCHEZ C., *TEDH. Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. c. Italia, 27765/09 – artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo Nr. 4. Tortura y tratos inhumanos y degradantes. Derecho a un recurso efectivo. Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", año 2013, nº 46.

DÍAZ CREGO M., *¿Tomando la justicia cautelar en serio?: las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, "Teoría y Realidad Constitucional", año 2018, nº 42.

FERNÁNDEZ ARRIBAS G., HALCÓN LERDO DE TEJADA A., y SERRANO LÓPEZ I., *Violación del derecho a solicitar asilo. La respuesta de Hungría a la crisis de los refugiados*, "Revista de Estudios Europeos", año 2016, nº 67.

GUELLA F., *Gli standard dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione secondo la giurisprudenza Khlaifia della Corte EDU (2016/1)",* en *www. dpce.it*

GUTMAN K., *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, "German Law Journal", año 2019, vol. 20.

HERWIG C. H. HOFMANN, *The Right to an 'Effective Judicial Remedy' and the changing conditions of implementing EU Law*, "Law Working Paper Series-Paper number 2013-02", 11/07/2013.

MANGANARO F., *Politiche e strutture di accoglienza delle persone migranti (27/11/2019)*", en *www.federalismi.it*

MOLE, N. y MEREDITH C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, "Human rights files", Nr. 9, Council of Europe Publishing, 2010.

MONTANARI L., *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri (Special Issue 2/2019)*", en *www.federalismi.it*

MORGADES GIL S., *TEDH. Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. c. Bélgica y Grecia, 30696/09 – artículo 3 y 13 del CEDH. Prohibición de Tortura y penas o tratos inhumanos y degradantes. Reglamento (CE) Nº 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", año 2012, nº 41.

PIZZOLO C., *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial,* Buenos Aires, ASTREA, 2017.

PIZZOLO C., *Derecho e Integración Regional,* Buenos Aires, EDIAR, 2010.

PIZZOLO C., *Fundamental right for EU citizens status. Some developments in the scope of people's free movement and residence related to third-country nationals*, "Individual legal status: a tool for developing European law?", 2017.

PIZZOLO C., *La cuestión prejudicial en la Unión Europea y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina de Naciones,* "Derecho administrativo y corrección económica", Quito, 2015.

PIZZOLO C., *Libre circulación de personas: alcance y límites,* "Derecho individuales e integración regional (antología)", Roma-Perugia-México, ISEG – Universita degli Studi di Perugia – TEC, 2013.

PRECHAL S., *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, "Fundamental Rights in International and European Law", año 2016.

RENEMAN M., *Access to an Effective Remedy in European Asylum Procedures*, "Amsterdam Law Forum", año 2008, vol. 1.

ROMEO G., *Diritti fondamentali e immigrazione (Special Issue 2/2019)*", en *www.federalismi.it*

SÁNCHEZ TOMÁS J.M., *Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)*, "Revista Española de Derecho Europeo", año 2018, nº 65.

SEVERINO C., *Uno sguardo Oltralpe. Aspetti problematici della disciplina dell'immigrazione in Francia (Special Issue 2/2019)*", en *www.federalismi.it*

SOLER GARCÍA C., *La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España*, "Revista General de Derecho Europeo", año 2018, nº 45.

VAN DUIN, A., *Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13*, "EuCML", año 2017, vol. 6 (5).

ZECCA D., *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa (Special Issue 2/2019)*", en *www.federalismi.it*