

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN LOS SISTEMAS DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EN LA UNIÓN EUROPEA

I. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *El Consejo de Europa*

El Consejo de Europa surge a iniciativa de miembros e impulsores del movimiento federalista europeo, como Churchill, Gasperi y Schuman,²²⁴ como consecuencia de una propuesta de reconciliación de los países europeos a raíz de los efectos devastadores de la Segunda Guerra Mundial. La propuesta giraba en torno a la adopción de un conjunto de valores democráticos comunes y compartidos entre las naciones europeas. La idea de constituir un Consejo de Europa, como una organización cuyos objetivos serían acercar a los pueblos europeos, mediante la conformación de Estados democráticos, el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, emergió en el Congreso de La Haya, organizado por el Movimiento Europeo, y celebrado en la ciudad holandesa entre los días 7 y 10 de mayo de 1948.²²⁵

La constitución del Consejo de Europa tiene lugar el 5 de mayo de 1949 en Londres. El Consejo se integró inicialmente por diez países (Francia, Reino Unido, Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega, Suecia, Holanda, Bél-

²²⁴ Teitgen, P., "Introduction to the European Convention on Human Rights", *The European System for the Protection of Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 5.

²²⁵ *Idem*.

gica y Luxemburgo); se determinaron como objetivos fundamentales de la nascente organización, la defensa de las libertades públicas y la preeminencia del derecho, base de toda democracia verdadera, así como la salvaguarda y protección de los derechos humanos fundamentales.²²⁶

2. *El Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*

El Convenio de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma, en adelante) se firmó el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en septiembre de 1953. Sólo los Estados miembros del Consejo de Europa pueden ser parte de dicho Convenio.²²⁷ Tras los cambios que surgieron en Europa con las revoluciones de 1989, la caída del muro de Berlín y la escisión de la ex Unión Soviética, la firma del Convenio de Roma se convirtió en una exigencia política para la admisión de un Estado como miembro del Consejo de Europa.²²⁸

El Convenio de Roma regula los siguientes derechos:

Derecho a la vida (artículo 2), prohíbe la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3), la esclavitud o servidumbre, así como los trabajos forzados (artículo 4), reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad y los derechos del detenido (artículo 5) y el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia (artículo 6), prohíbe la retroactividad de la ley penal (artículo 7), protege la vida privada y familiar (artículo 8), las libertades de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9), de expresión e información (artículo 10), de reunión pacífica, de asociación y de sindicalización (artículo 11), reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (artículo 12) garantiza el derecho de toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados, a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la

²²⁶ Actualmente son 46 Estados los integrantes del Consejo de Europa.

²²⁷ Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos actualmente: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijón, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Macedonia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Rusia, San. Marino, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania.

²²⁸ Quesada, Santiago, "El Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Los derechos humanos en el mundo*, Barcelona, ESADE-Bosch, 2000, p. 55.

violación haya sido cometida por personas en ejercicio de sus funciones oficiales (artículo 13), el derecho de disfrute de tales derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, o cualquier otra situación (artículo 14) y la prohibición del abuso del derecho (artículo 17).²²⁹

El artículo 1o. del Convenio señala que los Estados partes están obligados a garantizar los derechos y libertades contemplados en el instrumento internacional a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, y no sólo a sus nacionales o a los nacionales de otros Estados parte del Convenio. La obligación de garantizar dichos derechos y libertades fundamentales alude a obligaciones de carácter positivo, con objeto de asegurar un ejercicio efectivo de los derechos humanos. El Tribunal, en su sentencia del 18 de enero de 1978 en el asunto Irlanda contra el Reino Unido de Gran Bretaña, puntualizó:

no se contenta con obligar a las autoridades supremas de los Estados Parte a que respeten los derechos y libertades que consagra; como lo demuestra el artículo 14 y la versión inglesa del artículo 1o., implica también que, para garantizar el disfrute de aquéllos, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación en niveles inferiores... no se limita a obligar al estado a abstenerse de tales injerencias. A esta obligación negativa pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo.²³⁰

El derecho de no discriminación no es un derecho autónomo en el Convenio de Roma. El artículo 14 regula la obligación del Estado de garantizar la no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por el Convenio. Sin embargo, debe señalarse que algunos de los derechos reconocidos pueden ser objeto de limitaciones y restricciones en su goce y ejercicio a los extranjeros, pero deberán estar previstas en ley, responder a una finalidad legítima y ser necesarias en una sociedad democrática, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Por

²²⁹ Garberí Lobregat, José y Morenilla Allard, Pablo, *Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España*, Barcelona, Bosch, pp. 9 y ss.

²³⁰ Caso Irlanda contra el Reino Unido de Gran Bretaña (sentencia del 18 de enero de 1978), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *25 Años de jurisprudencia, 1959-1983*, Madrid, Cortes Generales, 2003, p. 349.

su parte, el artículo 18 del Convenio reitera que las restricciones que pueden ser impuestas a los derechos y libertades reconocidos no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hubieran sido previstas. En ese sentido, en su sentencia del 21 de febrero de 1990, relativa al caso Powel y Rayner contra el Reino Unido, el Tribunal sostuvo:

...en términos de una obligación positiva del Estado de adoptar medidas razonables y apropiadas que garanticen los derechos de los demandantes reconocidos en el párrafo 1o. del artículo 8, o en los términos de una injerencia de una autoridad pública que esté justificada en concordancia con el párrafo 2o. del citado artículo, los principios aplicables en ambos casos son muy similares. En ambos contextos hay que observar que el equilibrio requerido tiene que darse entre los intereses legítimos del individuo y los de la comunidad en su conjunto, y en ambos los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para determinar los pasos que hayan de darse para asegurar el cumplimiento del Convenio.²³¹

Cabe señalar que gracias a la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal se ha extendido la protección del sistema europeo a derechos no expresamente reconocidos a los extranjeros en el Convenio de Roma o en sus protocolos.²³² Así, por ejemplo, en la sentencia del 7 de julio de 1989,²³³ relativa al asunto Soering contra el Reino Unido de Gran Bretaña, puntualiza el Tribunal que el Convenio

debe leerse en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos, y como un instrumento de protección de seres humanos, sus disposiciones deben ser comprendidas como garantías concretas y efectivas, por lo que toda interpretación de los derechos reconocidos debe conciliarse con el espíritu general del Convenio de Roma, que está destinado a proteger y promover los ideales y valores de una sociedad democrática. Un Estado se conduciría de una manera incompatible

²³¹ Caso Powel y Rayner contra Reino Unido (sentencia del 21 de febrero de 1990), *cit.*, nota 230, p. 595.

²³² Martínez, Luis Fernando, “La perspectiva constitucionalista de los derechos humanos en la Unión Europea”, *Los derechos humanos en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch-ESADE, 2002, pp. 124-126.

²³³ Caso Soering contra el Reino Unido de la Gran Bretaña, sentencia del 7 de julio de 1989, *cit.*, nota 230, p. 423.

con los valores subyacentes del Convenio, si entrega a un fugitivo a otro Estado en el que existan motivos fundados para pensar que el individuo se encuentra en un peligro de tortura o de trato inhumano.²³⁴

Una interpretación similar de carácter extensivo del Convenio de Roma la ubicamos en el caso Berrehab contra los Países Bajos, vinculado con el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país. El Tribunal Europeo manifestó que el control de la inmigración debe ejercerse de forma compatible con las exigencias del Convenio de Roma, por lo que la expulsión de una persona del territorio de un Estado en el que viven sus familiares puede plantear una violación del artículo 8 del Convenio. En este caso, Berrehab fue expulsado a pesar de que residía legalmente, se encontraba casado con una holandesa y tenía una hija en el país; puntualizó el TEDH:

No se aseguró un justo equilibrio entre los intereses en presencia que existía por la desproporción entre los medios empleados y el fin legítimo perseguido. En consecuencia, no podía considerar las medidas adoptadas por las autoridades holandesas como necesarias en una sociedad democrática.²³⁵

De lo expuesto se concluye que en razón del ámbito de validez personal del CEDH, tanto los nacionales como los extranjeros, con residencia legal, o sin ella, son personas que deben gozar de los derechos regulados en dicho instrumento. Cualquier limitación a esos derechos debe obedecer a una justificante legítima y razonable, ya que en caso contrario dicha privación o limitación constituiría un acto arbitrario y la violación a la obligación establecida en el artículo 14.²³⁶

²³⁴ *Ibidem*, p. 424.

²³⁵ Caso Berrehab contra los Países Bajos, sentencia del 21 de junio de 1988, *cit.*, nota 230, p. 123.

²³⁶ Freixas Sanjuan, Teresa, “Los derechos humanos del extranjero”, *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Barcelona, ESADE-Bosch, 1997, pp. 134 y ss.

3. *Los protocolos del Convenio Europeo de Derechos Humanos*

El Convenio Europeo de Derechos Humanos fue modificado por trece protocolos adicionales, adoptados entre 1952 y 2004.²³⁷ De ellos, seis tienen carácter sustantivo (protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13); los demás se refieren a la organización y competencia de los órganos que participan en el mecanismo de protección instituido en el Convenio de Roma, y el Protocolo Adicional 2 regula la jurisdicción consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.²³⁸

El Protocolo Adicional 1, adoptado en 1952, añadió al catálogo de derechos reconocidos en el Convenio de Roma el derecho de propiedad, por lo que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, en las condiciones previstas en la ley, de conformidad con los principios de derecho internacional. Se contempla el derecho a la instrucción, respetando el Estado el derecho de los padres a asegurarla de conformidad con sus convicciones, y por último se establece la obligación del Estado, de organizar periódicamente elecciones libres.²³⁹

Por su parte, el Protocolo Adicional 4 prohíbe la privación de la libertad por incumplimiento de una obligación contractual, y reconoce el derecho de toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado parte, a la libre circulación, por el territorio de dicho Estado, y a escoger libremente su residencia. Estos derechos pueden ser objeto de restricciones previstas en la ley cuando constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. Además, contempla el derecho de circular por el territorio de un Estado y a escoger libremente residencia, el cual puede ser objeto, en ciertas zonas determinadas, a restricciones previstas por la

²³⁷ Garberí Llobregat, José y Morenilla Allard, Pablo, *op. cit.*, pp. 27, 229 y ss.

²³⁸ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales”, *Derecho internacional de los derechos humanos*, San José Costa Rica, Academia de Derecho Internacional de La Haya-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, reproducción facsimilar, 2005, pp. 139 y 140.

²³⁹ No son parte del Protocolo Adicional No 1: Andorra y Suiza, el resto de los Estados parte del Convenio de Roma si son parte. Se adoptó el 20 de marzo de 1952. España ratificó el 23 de febrero de 1978, entró en vigor para España 27 de noviembre de 1990 y se publicó en *BOE* del 12 de enero de 1991.

ley, que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática. Los artículos 3 y 4 del Protocolo Adicional 4 prohíben, respectivamente, la expulsión de nacionales o el negar la entrada de un nacional y la expulsión colectiva de extranjeros.²⁴⁰

El Protocolo 6 establece la abolición de la pena de muerte. Sin embargo, permite a los Estados parte, imponer la pena de muerte con arreglo a su legislación, por actos cometidos en tiempo de guerra o en peligro inminente de guerra.²⁴¹ Por su parte, el Protocolo Adicional 7 prohíbe la expulsión arbitraria de extranjeros, regula el derecho a un recurso contra una condena penal, el derecho a obtener una indemnización del Estado cuando una condena sea anulada o se produzca un indulto a causa de un error judicial, contempla el principio *ne bis in idem* y el principio de igualdad.²⁴²

El sistema de protección de los derechos humanos de 1950 era lento y complejo, ya que requería la participación de la Comisión y el Comité de Ministros o la Comisión y el Tribunal, lo cual afectaba el acceso a la justicia internacional de los particulares. Un proceso duraba un promedio de cuatro años y medio a cinco años. Esta lentitud excesiva del mecanismo de protección se encontraba en evidente contradicción con las exigencias básicas del propio Convenio Europeo.²⁴³

Una conclusión evidente ante lo excesivamente largo de los procesos era que el mecanismo de protección carecía de carácter preventivo, aunado a la circunstancia de que la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no gozaban de competencia para ordenar medidas cautelares o provisionales, situación que sin lugar a dudas afectaba la eficacia del mecanismo de protección.

²⁴⁰ No son parte del Protocolo Adicional 4: Andorra, España, Hungría, Liechtenstein, Reino Unido, Suiza y Turquía. Los demás países parte del Convenio de Roma son parte del Protocolo 4. Firmó España el 23 de febrero de 1978, pendiente de ratificación.

²⁴¹ No son parte del Protocolo 6: Armenia y Turquía. Los demás Estados parte del Convenio de Roma son parte del Protocolo 6. Entró en vigor el 1o. de febrero de 1985. España ratificó el 20 de diciembre de 1984, entró en vigor para España el 1o. de marzo de 1985, y se publicó en el *BOE* del 17 de abril de 1985.

²⁴² No son parte del Protocolo Adicional 7: Alemania, Andorra, Bélgica, Chipre, España, Liechtenstein, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Rumania y Turquía. Los demás Estados parte del Convenio de Roma son parte del Protocolo Adicional 7.

²⁴³ Quesada, Santiago, *op. cit.*, nota 228, p. 65.

Frente a esta situación, fue adoptada por la Asamblea del Consejo de Europa, la Resolución 1194, de 1992, en la que se decidió adoptar la Declaración de Viena de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa, del 9 de octubre de 1993, para iniciar un proceso de reforma del sistema europeo de protección de los derechos humanos, orientado básicamente a la creación de un tribunal con jurisdicción obligatoria y competencias definitivas tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo. El 11 de mayo de 1994 se adoptó y fue abierto a la firma el nuevo Protocolo de enmienda 11,²⁴⁴ que modificó a profundidad el mecanismo de garantía y control de protección de los humanos en Europa.²⁴⁵ Las modificaciones del Protocolo 11 se centran en:

- Un solo órgano jurisdiccional competente para resolver las violaciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos de carácter sustantivo.
- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos operaría con carácter permanente y con jurisdicción obligatoria, tanto en el caso de demandas interestatales como de demandas presentadas por personas.
- La persona goza de legitimación activa plena ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las mismas condiciones que un Estado parte en el Convenio.
- Las competencias del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el procedimiento se limitan exclusivamente a vigilar la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal.²⁴⁶

El Protocolo Adicional 12, del 4 de noviembre de 2000,²⁴⁷ establece la prohibición general de discriminación con mayor amplitud que el artículo

²⁴⁴ El 11 de mayo de 1994 todos los Estados miembros del Consejo de Europa, salvo Italia, firmaron el Protocolo de Enmienda 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Entró en vigor al ratificar todos los Estados parte el Convenio.

²⁴⁵ Quesada, Santiago, *op. cit.*, nota 228, p. 65.

²⁴⁶ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 238, pp. 139 y 140.

²⁴⁷ Protocolo 12 del 4 de noviembre de 2000, en vigor el 1 de abril de 2005. Son partes: Albania, Andorra, Armenia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Chipre, Finlandia, Georgia, Luxemburgo, Montenegro, Holanda, Rumania, San Marino, Serbia, España, la República Formal de Macedonia y Ucrania. <http://conventions.coe.int/Treaty/Común/ShercheSig.asp?NT=177&CPEUM=8&DF=9/9/20>

14 del CEDH, y señala que nadie puede ser discriminado en razón de los distintos factores, previstos en dicha disposición por ninguna autoridad y bajo ninguna causa. La prohibición se extiende a cualquier ley y derecho, aun los no previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, el Protocolo Adicional 13, del 3 de mayo de 2002,²⁴⁸ suprime de manera absoluta la pena de muerte, inclusive en tiempo de guerra. Constituye el instrumento más avanzado en la materia, si se le compara con el de Naciones Unidas o con el Interamericano, que mantienen un esquema similar al Protocolo 6.²⁴⁹

4. Las demandas individuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El acceso a través de demandas individuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asegura a nacionales o extranjeros, un acceso efectivo a la justicia internacional, por cuanto se concede *ius standi* directo a la persona, goza de jurisdicción obligatoria del Tribunal Europeo, y se otorgan al Tribunal las facultades necesarias para ordenar medidas provisionales frente a violaciones eminentes de derechos humanos. Sin embargo, en este último caso puede resultar tardía la protección en razón del número de casos que llegan al Tribunal.

Una revisión de diversos casos vinculados con inmigrantes en situación irregular nos permitirá determinar si gozan o no dichas personas del derecho de acceso a la justicia efectiva al Tribunal Europeo.²⁵⁰ Un primer ejemplo lo ubicamos en el caso Suljmanovic, Sultamanovic, y Sulejma-

²⁴⁸ Protocolo 13, del 3 de mayo de 2002, en vigor el 1o. de julio de 2003. Son parte Albania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Latvia, Lituania, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suiza, Suecia, la República Formale de Macedonia, Turquía, Ucrania, y Reino Unido, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ShercheSig.asp?NT0187&CPEUM=8&DF09/9/20>

²⁴⁹ Rey Martínez, Fernando, “La protección jurídica de la vida y el Tribunal de Estrasburgo; derecho en transformación y expansión”, *Anuario de Derecho Europeo*, Sevilla, núm. 4, 2005.

²⁵⁰ Freixes, Teresa, “Criterios básicos de la jurisprudencia europea en materia de derechos humanos de los extranjeros”, *Migraciones económicas masivas y derechos del Hombre*, Barcelona, Bosch-ESADE, 2002, pp. 94 y ss.

novic en contra del gobierno de Italia por su expulsión a Bosnia Herzegovina. Su queja la presentaron con fundamento en la violación del artículo 1o. del Protocolo 7, la cual fue rechazada,²⁵¹ sin embargo, se volvió a presentar con fundamento en la violación del artículo 4o. del Protocolo 4, y se declaró admisible en esta segunda ocasión. En la sentencia del 8 de septiembre de 2002, el Tribunal ordenó el retorno de los expulsados, y obligó a Italia a que les otorgara un permiso de residencia.²⁵²

En materia penal ubicamos el caso Sejdovic contra el gobierno de Italia.²⁵³ Sejdovic fue declarado sospechoso de haber cometido el delito de asesinato; por tal motivo, se giró una orden de detención contra Sejdovic. Las autoridades italianas no pudieron llevar a buen término la orden de detención, y fue declarado fugitivo. Posteriormente, se le asignó a un letrado para su defensa jurídica, el cual fue informado de que su cliente fue citado en varias ocasiones para comparecer, sin que hubiera ninguna respuesta al respecto. El letrado intervino hasta la fase de prueba, por lo que Sejdovic fue declarado culpable. La defensa no recurrió la sentencia condenatoria, que se convirtió en firme. Dos años y medio más tarde lo detuvieron en Alemania, y el gobierno de Italia solicitó su extradición.

Las autoridades alemanas negaron la extradición. Argumentaron que la ley italiana no garantizaba que el proceso se hubiera desarrollado respetando el derecho de audiencia del demandado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que en el proceso se violó el artículo 6o. de la Convención Europea de Derechos Humanos, en razón de que el demandante no dispuso de los elementos necesarios para decidir sobre la conveniencia de apersonarse en el procedimiento. Por tal motivo, no se presentó a defender sus derechos. De igual forma, concluyó que la legislación doméstica italiana no otorgaba garantía alguna al demandante para efectos de ejercer su derecho a un nuevo procedimiento o a reabrir el anterior para ejercer su derecho a la defensa.

Caso Rodrigues da Silva & Hoogkamer contra los Países Bajos.²⁵⁴ La señora Rodrigues da Silva, de nacionalidad brasileña, ingresó en los Paí-

²⁵¹ Casos Sejmanovic, Stanovic y Sejmanovic, *cit.*, nota 230, pp. 142 y ss.

²⁵² Casos Sejmanovic, Stanovic y Sejmanovic, sentencia del 8 de noviembre de 2002, *cit.*, nota 230, pp. 233 y ss.

²⁵³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Sejdovic v. Italia, sentencia del 1o. de marzo de 2006, <http://www.echr.coe.int/echr/>

²⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Rodrigues da Silva & Hoogkamer contra Países Bajos, sentencia del 31 de enero de 2006, <http://www.echr.coe.int/echr/>

ses Bajos en 1994, convivió en pareja con un hombre de nacionalidad holandesa durante tres años, periodo en el que la demandante no obtuvo el permiso de residencia. En 1996, fruto de esta relación, nació Rachel Hoogkamer, y en 1997, la relación entre los padres terminó. La custodia de la niña la obtuvo el padre en un primer momento, pero tras el recurso interpuesto por la madre ante un tribunal regional, la custodia quedó en manos de la madre. Sin embargo, en 1998, el Tribunal Supremo anuló la última resolución, y remitió el caso a un tribunal de apelación. En 1997, la señora Rodrigues da Silva tramitó la solicitud de permiso de residencia, que en 1998 fue rechazado, con el argumento de que la solicitante había estado trabajando ilegalmente en el país, sin pagar impuestos ni contribuir a la seguridad social. En 1999, el tribunal regional mantuvo la negativa. Ese mismo año le informaron a la señora Rodrigues que tenía que abandonar el país dentro de dos semanas. En julio, el tribunal de apelación le dio la custodia de Rachael Hoogkamer a su padre, sentencia que fue ratificada en 2000 por el Tribunal Supremo.

En 2002, la señora Rodrigues solicitó nuevamente un permiso de residencia, que fue rechazado nuevamente, y fue expulsada a Brasil. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que la denegación del permiso de residencia y la expulsión de la madre a Brasil harían imposible una relación adecuada entre la madre e hija. Por tal motivo, consideró que para la debida protección de los intereses de la menor, el gobierno de Holanda debía permitir a la madre que residiera con su hija. Fundamentó dicha resolución en la violación de los derechos de acceso a la justicia contemplados en el artículo 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

También en 2006, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó otra sentencia por violación del derecho de acceso a la justicia contemplado en el artículo 8o. del Convenio Europeo. Es el caso Turek contra Eslovaquia.²⁵⁵ El señor Turek ostentaba un alto cargo público en la administración de educación de la antigua República de Checoslovaquia. Tras la aprobación de la Ley de Limpieza de 1991, donde se exigían determinados requisitos para ocupar ciertos cargos en el sector público, su empleador solicitó y obtuvo del Ministerio de Interior checoslovaco un certificado de seguridad negativo en relación con el demandante. Según

²⁵⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Turek contra Eslovaquia, sentencia del 14 de febrero de 2006, <http://www.echr.coe.int/echr/>

datos que constaban en el Ministerio, el señor Turek había colaborado con la antigua agencia de seguridad estatal (STB), y ello le impedía acceder a cargos de responsabilidad y seguir ocupando su puesto de trabajo. La víctima negó tener contacto con el STB, y declaró que si lo tuvo fue involuntario fruto de sus viajes al extranjero durante los años de 1980, pero que nunca proporcionó información confidencial. El señor Turek interpuso una demanda civil con la finalidad de salvar su buen nombre y reputación. En 1995, un tribunal regional obtuvo del Servicio de Inteligencia eslovaco los documentos que se referían al demandante, advirtiéndole que todos ellos tenían el carácter de confidenciales y secretos. El Tribunal Supremo no aceptó el recurso del señor Turek, y confirmó la sentencia del tribunal, haciendo hincapié en que únicamente en el caso en que el señor Turek hubiera probado que la incorporación a los registros de la información que sostenía su vinculación como colaborador era errónea, se procedería a considerar menoscabado su buen nombre y reputación.²⁵⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que se violó el artículo 8o. de la Convención. El procedimiento utilizado por el demandante para asegurar su buen nombre y reputación ni resultó justo ni parece que sirviera para garantizarle el respeto de sus derechos. Dicho de otra forma: no existió un recurso efectivo a través del cual tutelar efectivamente su derecho al nombre y su reputación.

Del examen de los casos mencionados podemos concluir:

- a) La denegación de prórroga del permiso de residencia a un padre divorciado origina una ruptura de la unidad familiar con relación a los hijos, que no es compatible con el Convenio Europeo.
- b) Los Estados no pueden otorgar una extradición cuando de ella pueda derivarse violación de un derecho garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- c) La medida de expulsión de extranjeros es desproporcionada cuando se ha vivido largo tiempo en el país y la familia demuestra su arraigo.
- d) La expulsión de un extranjero casado con un nacional de un Estado signatario del Convenio de Roma pone en peligro la unidad familiar y la subsistencia del matrimonio.

²⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Turek contra Eslovaquia, sentencia del 14 de febrero de 2006, en <http://www.echr.coe.int/echr/>

- e) El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular a la justicia se encuentra garantizado de manera efectiva en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

5. Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen fuerza vinculativa para el Estado parte en el proceso. Una vez dictadas las sentencias del TEDH, surge la pregunta de cómo ejecutarlas en el sistema jurídico de los Estados. El artículo 46.1, CEDH, dispone: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean parte”. “Definitivas” significa, en la terminología del Convenio Europeo, sentencias firmes; es decir, aquellas resoluciones contra las cuales no procede recurso alguno.²⁵⁷

La obligación de cumplir con la sentencia del TEDH deriva del incumplimiento de una obligación internacional. La forma por excelencia de reparación de un daño debido al incumplimiento de una obligación internacional es la *restitutio in integrum*. En caso de que no sea posible a través de esta forma de reparación, el pago de una indemnización equitativa resultaría procedente.²⁵⁸ Sin embargo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 41, sólo menciona como forma de reparación a la indemnización equitativa.

Díez-Picazo²⁵⁹ se pregunta por qué el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reguló la forma de ejecutar las sentencias del TEDH. Quizá la razón de no regular la forma de ejecutar las sentencias deriva de que en el derecho internacional las obligaciones que surgen por el incumplimiento de una norma internacional constituyen obligaciones de resultado; es decir, no interesa la forma como se cumplen dichas obligaciones, sino el cumplimiento de las éstas.²⁶⁰

²⁵⁷ Rosenne, Shabtai, *Interpretation, Revision and other Recourse from International Judgments and Awards*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 93 y ss.

²⁵⁸ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 3a. ed., Leiden-Boston, Cambridge University Press, 2005, pp. 43 y ss.

²⁵⁹ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 169.

²⁶⁰ Crawford, James, *op. cit.*, nota 258, p. 46.

A pesar de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no establece la forma de ejecutar las sentencias en el orden interno, se menciona dentro de las funciones del Consejo de Europa la de velar por la ejecución de las sentencias del Tribunal (artículo 46.2). El Informe Anual del TEDH de 2000²⁶¹ puntualiza que el mayor número de sentencias del TEDH que no se ejecutan son aquellas que se relacionan con el derecho de acceso a la justicia, y generalmente las vinculadas con la materia penal, donde ya media sentencia firme, de modo que para su efectiva reparación se precisa de la reapertura del proceso, y eventualmente de un nuevo enjuiciamiento si la reparación de la violación a la víctima conlleva a la inmediata puesta en libertad del demandante.

Para lograr la reapertura de los procesos, el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitió la Recomendación R (2000), del 19 de enero de 2000,²⁶² donde invita a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para ejecutar las sentencias del TEDH, con la finalidad de asegurar la reparación de los daños a las víctimas de violaciones de derechos humanos. En particular, sugiere la reapertura en los siguientes supuestos:

- i) Si la parte lesionada continúa sufriendo consecuencias negativas muy graves como consecuencia de la decisión nacional, consecuencias que no pueden ser compensadas por la satisfacción equitativa y que no pueden ser modificadas más que a través del re-examen o la reapertura del proceso, y
- ii) Si resulta de la Sentencia del Tribunal, que:

la decisión interna recurrida es contraria al contenido del Convenio, o la violación constatada es causada por errores o quiebras de procedimiento de una gravedad de tal envergadura que arrojan serias dudas sobre el resultado del procedimiento interno recurrido.²⁶³

A raíz de esta recomendación del Comité de Ministros, algunos Estados miembros del Consejo de Europa han realizado reformas para la reapertura de los procesos. Así, Austria reformó el artículo 369 de su

²⁶¹ Annual Report 2000 of the European Court of Human Rights, Council of Europe.

²⁶² Recommendation R (2000) 2 of the Committee of Ministers to Members States on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000, <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147&Site=CPEUM&BackColorInternet=9999CC&B>

²⁶³ *Ibidem*, p. 2.

Código de Procedimiento Penal mediante Ley Federal del 27 de marzo de 1963. Dinamarca modificó el artículo 441 de su Código Procesal Penal. Francia reformó su Código Procesal Penal con la Ley 15, de junio de 2000. Grecia modificó su Código Penal mediante la Ley 2865/2000, del 19 de diciembre. Lituania incluyó una nueva sección al Código Procesal Penal titulado “Reapertura de un asunto penal tras sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” mediante ley del 11 de septiembre de 2001.²⁶⁴

Sobre la forma de solucionar internamente la problemática de la ejecución de las sentencias del TEDH, señala Pablo Morenilla Rodríguez, ex juez de dicho Tribunal, que en realidad se trata de ópticas distintas de abordar el problema, una de tipo jurídico muy restrictiva, que limita la solución de dicha problemática a la normativa vigente del Estado. La otra óptica parte del compromiso del Estado de cumplir con las obligaciones contraídas por el Estado al suscribir un tratado internacional.²⁶⁵

En España no se realizó ninguna reforma para resolver la problemática de la ejecución de las sentencias del TEDH. El ejemplo clásico que muestra la problemática que surge en estas situaciones en España es la sentencia del TEDH 1/1988, del 6 de diciembre, que resuelve el caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España.²⁶⁶ El Tribunal estimó que los recurrentes habían sido condenados a prisión en violación de su derecho de acceso a la justicia, regulado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al turnar la sentencia del TEDH al Tribunal Supremo, éste estimó que no existía motivo legal para la reapertura del proceso. Ante la negativa del TS, los afectados promovieron un amparo ante el Tribunal Constitucional.

²⁶⁴ Palomo Arco, Andrés, “Revisión de sentencias firmes tras condena del TEDH”, *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XIX, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006, p. 328. *Cfr.* Soria Jiménez, Alberto, “Reflexiones en torno a la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Internacional XI*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1995.

²⁶⁵ Morenilla Rodríguez, José María, “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Poder Judicial*, Madrid, núm. 15, septiembre de 1989, p. 60.

²⁶⁶ Caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España, *cit.*, nota 230, pp. 173 y ss.

El Tribunal Constitucional argumentó en su sentencia 245/191, del 16 de diciembre de 1999,²⁶⁷ que el derecho español no otorga fuerza ejecutoria a las sentencias firmes del TEDH, de tal suerte que no pueden ser objeto de ejecución forzosa, y no son subsumibles en ninguno de los supuestos legalmente previstos de resoluciones sobrevenidas que permiten la revisión de las sentencias firmes. A pesar de dicha situación, señala el TC, no implica que una sentencia del TEDH carezca de obligatoriedad ante las autoridades españolas. Estimó que la imposibilidad de acceso a la revisión de la resolución firme necesaria para el cumplimiento de la sentencia del TEDH constituye una violación del derecho fundamental contemplado en el artículo 24 de la Constitución de España, razón por la cual procedía otorgar el amparo.²⁶⁸

La solución ante esta problemática exige la previsión de un mecanismo *ad hoc*, para enfrentar estas situaciones, que cada día serán más comunes. En ese sentido, basta recordar la sentencia del CIJ en el caso Avena y otros nacionales mexicanos, en que la mayor dificultad de los Estados Unidos para dar cumplimiento a la sentencia es el derecho procesal penal de las entidades federativas de la Unión norteamericana.

II. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos surgió de la Resolución VIII, de la V Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago 1959).²⁶⁹ Tenía, según su Estatuto de 1960, un mandato limitado a la promoción de los derechos humanos. Sin embargo, una vez creada, la propia Comisión pasó a luchar por una gradual expan-

²⁶⁷ STC 245/1991; fecha de aprobación: 16/12/1992; publicación: *BOE*, 1999-2011 5 (*BOE* núm. 13), número de registro: 1005/1990.

²⁶⁸ Escobar Hernández, Concepción, “Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bulto (comentario a la STC 245/1991, del 16 de diciembre)”, *RIE*, Madrid, vol. 19, núm. 1, 1992, p. 145.

²⁶⁹ Conferencias Internacionales Americanas, publicadas por la Secretaria General de la Décima Conferencia Interamericana, Washington, 1956, p. 26.

sión de sus funciones. Así, en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro de 1965. Por medio de la Resolución XII,²⁷⁰ se ampliaron las facultades de la Comisión para que también pudiera recibir peticiones o comunicaciones sobre violaciones de derechos humanos. Además, se incluyeron entre dichas facultades de la Comisión, un sistema de informes de distintos tipos, el examen de las comunicaciones, la visitas de observación *in loco* a los Estados y la preparación de estudios y seminarios.

En los primeros años de su existencia, la Comisión fue aún más allá. Ya como órgano de protección, en el caso de la República Dominicana (1965-1966), la Comisión Interamericana se transformó en verdadero órgano de acción actuando continuamente en aquel país por más de un año, ampliando considerablemente sus atribuciones de órgano de observación y recomendación.²⁷¹

Cuatro años después, durante el conflicto armado de Honduras y El Salvador (1969), miembros de la Comisión permanecieron en aquellos países por un periodo de aproximadamente cuatro meses. Ya no quedaba duda de que la Comisión se había consolidado como órgano de acción efectiva de protección de los derechos humanos.²⁷²

Con el primer Protocolo de Reformas de la Carta de la Organización de Estados Americanos (Buenos Aires, 1967), que entró en vigor en 1970,²⁷³ la Comisión fue finalmente erigida en uno de los órganos principales de la Organización regional. De esta manera, se fortaleció el estatus jurídico de la misma, poniendo fin a eventuales objeciones de competencia. La Comisión pasaba así a disponer de una base convencional, con un mandato no sólo de promoción, sino también de control y supervisión, para lograr una debida protección de los derechos humanos. A partir de entonces la Comisión actuó con amplio margen de acción; por ejemplo, en el caso chileno de 1973,²⁷⁴ la Comisión se dedicó a la recolección de datos

²⁷⁰ *El sistema interamericano, a través de tratados, convenciones y otros documentos*, compilación anotada por García Amador, Washington, OEA, 1966, pp. 202-206.

²⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades, 1971-1981*, Washington, 1982, p. 35.

²⁷² *Ibidem*, p. 42.

²⁷³ Organización de Estados Americanos, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, Actas y Documentos, OEA/SER.K/XVI/1.2, 1978, pp. 514 y ss.

²⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 27, p. 40.

relevantes, realizó misiones de investigación y elaboró recomendaciones e informes al respecto.

En cuanto al examen de las comunicaciones recibidas sobre alegadas violaciones de los derechos humanos, la naturaleza de los procedimientos adoptados permitió a la Comisión, actuar con flexibilidad y evitar el rechazo inmediato de ciertas comunicaciones con base en las condiciones de admisibilidad (tales como el requisito previo de agotamiento de los recursos internos por los peticionarios). A la Comisión le fue posible recurrir a las presunciones a favor de las presuntas víctimas, en lo que se refería a las condiciones de admisibilidad de sus comunicaciones.²⁷⁵

En cuanto requisito del previo agotamiento de los recursos internos, la Comisión ha adoptado una diversidad de soluciones, que incluyen solicitud de informaciones adicionales y aplazamiento de la decisión (en lugar de simplemente rechazo de las peticiones) y reapertura subsiguiente de los casos. En efecto, uno de los aspectos sobresalientes de la experiencia de la Comisión en esta área reside en el tratamiento dispensado a las llamadas situaciones generales, o casos en que se alegan violaciones generalizadas de derechos humanos.

En virtud de una regla de interpretación fijada en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965),²⁷⁶ se admitió que el requisito de admisibilidad del previo agotamiento de los recursos de derecho interno no se aplicaría en tales situaciones graves. Dicha regla de interpretación se aplicó en algunos casos concernientes a la suspensión de garantías del debido proceso legal, ineficacia de los recursos de amparo y del *habeas corpus*. De este modo, la práctica de la Comisión en este particular, incluso antes de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contribuyó a facilitar gradualmente el acceso de las presuntas víctimas a la instancia internacional y a fortalecer su posición en el plano internacional.

²⁷⁵ Cançado Trindade, Antônio, "O agotamento dos recursos internos a evolução da noção de vítima, directo internacional dos direitos humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, enero-junio, 1986, pp. 5-79.

²⁷⁶ Actas y Documentos de la Reunión, Doc./OEA/SerieF/III.8, 300-301.

2. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Una nueva etapa empieza con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH),²⁷⁷ a partir de la cual operan la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órganos de supervisión. La Comisión Interamericana fue dotada de una dualidad de funciones. Por un lado continuó aplicando las normas que venían rigiendo su actuación en relación incluso con los Estados que no eran parte y con las partes de la CADH, y aplicó las disposiciones cuya vigencia comenzaron en 1969 con el Pacto de San José con relación a los Estados parte del mismo.

Un ejemplo en este sentido lo ubicamos en el caso 9247, concerniente a Estados Unidos, que no ha ratificado el Pacto de San José de 1969. En este caso la Comisión afirmó que como consecuencia de las obligaciones contenidas en los artículos 3 j), 16, 51 e), 112 y 150 de la Carta de la OEA, las disposiciones de otros instrumentos de la Organización de Estados Americanos sobre Derechos Humanos (Estatuto y Reglamento) y la Declaración Americana de 1948, adquirieron fuerza obligatoria, por generar obligaciones internacionales consuetudinarias, algunas de ellas incluso normas de *ius cogens*, razón por la cual dicho país se encuentra obligado a respetar los derechos humanos definidos en la CADH en la Declaración de 1948.²⁷⁸

No debe pasar desapercibido que los redactores de la CADH tuvieron la prudencia de incluir una disposición (artículo 29), que contiene normas claras de interpretación, que rechazan expresamente una interpretación de las disposiciones de la Convención que suprima o limite el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención en la legislación interna de los Estados parte, o mediante otros instrumentos jurídicos de derecho internacional. Queda claro el carácter esencialmente

²⁷⁷ Entró en vigor la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, el 18 de julio de 1978. El Consejo Permanente adoptó la Resolución CP/ RES.253 (343/78 V. OEA), “Transición entre la Actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades, 1971-1981*, cit.

²⁷⁸ Nieto Navia, Rafael, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 80.

objetivo de las obligaciones contraídas por los Estados parte en cuanto a la protección de los derechos humanos.

3. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La Corte Interamericana, además de ejercer la facultad de resolver las peticiones que le sean sometidas por la Comisión Interamericana mediante su jurisdicción contenciosa, con fundamento en el artículo 62 de la Convención Americana, ejerce la función de emitir opiniones consultivas. Destacan con relación al tema de nuestro trabajo, además de las mencionadas OC/16 y OC/18, las opiniones OC/4, OC/8, OC/9 y OC/11.

La cuarta opinión de la Corte²⁷⁹ alude al derecho de igualdad y no discriminación, en los siguientes términos: “la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva por sí misma de la dignidad humana”. Por su parte, la Corte reserva el término de “discriminación” para los casos en que la diferencia de tratamiento que otorgue un Estado a las personas sometidas a su jurisdicción constituya una ofensa a la dignidad de la naturaleza del ser humano o se oponga a la realización del bien común.

En la octava opinión consultiva de la Corte de 1987,²⁸⁰ la Corte consideró que los recursos de hábeas corpus no podían ser suspendidos a la luz del artículo 27(2) de la Convención, porque constituían garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades regulados. La Corte, además, advirtió que los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados parte que autoricen, explícita o implí-

²⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva, OC/4/84, del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4 El juez Thomas Buergenthal encontró una distinción irrazonable basada en la nacionalidad por nacimiento y por naturalización en un proyecto de reforma constitucional de Costa Rica, y opinó, por consiguiente, que era discriminatoria y contraria a la Convención Americana. Opinión disidente del juez Buergenthal a la opinión consultiva sobre propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, p. 44. <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>

²⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva, OC/8/87, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana), del 30 de enero de 1987 <http://www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2001>

citamente, la suspensión de los recursos de amparo o de hábeas corpus en situación de emergencia “deben considerarse incompatibles con obligaciones internacionales que la Convención impone a esos Estados”. En la ponderación de la Corte, la cuestión de la suspensión de las garantías judiciales no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3o. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, la novena opinión consultiva de la Corte Interamericana de 1987²⁸¹ precisa que la obligación general de respetar los derechos reconocidos en la Convención se deriva del derecho de toda persona a un “recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes” para la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución o la ley (artículo 25.1 de la Convención). No basta con que los recursos estén previstos por el derecho interno, sino que también se requiere su idoneidad y efectividad. La Corte agregó que el artículo 8o. de la Convención no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino que reconoce el *due process of law*, que se aplica “en lo esencial, a todas las garantías judiciales” referidas en la Convención, “aún bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma”. Finalmente, otras garantías, derivadas de la forma democrática de gobierno a que se refiere el artículo 29 de la Convención, implican no solamente una determinada organización política, sino la necesidad de que las medidas tomadas por un gobierno en situación de emergencia cuenten con garantías judiciales y estén sujetas a un control de legalidad, de manera que se preserve el Estado de derecho.

En las opiniones consultivas octava y novena, la Corte desarrolló su razonamiento a partir de un enfoque pragmático, tomando en cuenta la realidad que vive nuestro continente, e insistiendo en la intangibilidad de las garantías judiciales.

En la undécima opinión consultiva (1990),²⁸² la Corte examinó la cuestión del agotamiento de los recursos internos de conformidad con el

²⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC/9/ 87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del 6 de octubre de 1987, serie A. núm 8, www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2011

²⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC/11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2a y 46.2b Convención Americana de Derechos Humanos), del 10 de agosto de 1990, serie A,

artículo 46 de la Convención Americana, y decidió que tendría que abordar el cumplimiento de dicho requisito de modo claramente más flexible que en otros contextos, a la luz de la especificidad de la protección internacional de los derechos humanos, con la presunción de operar a favor de las presuntas víctimas. El requisito del agotamiento de los recursos internos, según la Corte, no se aplica si un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de agotar o utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención. Mediante esta opinión, la Corte precisó el alcance de las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos, lo cual constituyó una contribución de importancia fundamental en América Latina, dadas las dificultades existentes de acceder a la justicia en las poblaciones carentes de recursos y de asistencia legal necesaria para la protección de los derechos consagrados en la CADH.

La Corte Interamericana también puede aplicar las medidas provisionales que considere pertinentes, de conformidad con el artículo 63, párrafo 2, de la CADH, en casos de extrema gravedad y urgencia. Puede hacerlo tanto en los asuntos que esté conociendo como en aquellos que aún estén sometidos a su conocimiento, a solicitud de la Comisión (siempre y cuando se trate de Estados que hayan reconocido la competencia de la Corte). En la práctica, la Corte en estos casos no ha exigido de la Comisión una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino más bien una base razonable para suponer tal veracidad, por lo que la concesión de las medidas provisionales está asumiendo mayor importancia en razón de su función preventiva.

4. Proyecto de reforma al sistema interamericano

Durante la presidencia de Antônio Augusto Cançado Trindade, con el fin de avanzar en el acceso directo a las víctimas de violaciones de sus derechos al sistema interamericano de protección de derechos humanos, se realizaron diversas reuniones de trabajo de expertos para presentar una propuesta de reforma para el fortalecimiento del sistema. Dichas reuniones comenzaron en 1999 y concluyeron en mayo de 2001 con un informe denominado “Bases para un Proyecto de Protocolo de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección”.²⁸³ Para lograr el mismo objetivo se adoptó un nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de noviembre de 2003.²⁸⁴

Desgraciadamente, no todas las recomendaciones fueron adoptadas, lo que ocasionó en diversos casos una doble denegación de justicia por la falta de acceso a la justicia, a nivel nacional e internacional. Dentro de las recomendaciones no incorporadas ubicamos las siguientes:

- Las decisiones de la Comisión Interamericana en cuanto a la admisibilidad de comunicaciones o peticiones deben ser pronunciadas *in limine litis* sin postergaciones. Es evidente que la decisión de admisibilidad es competencia privativa de los miembros de la Comisión. El secretario no puede más que asistirlos. Dichas decisiones deben encontrarse debidamente fundadas y motivadas, de otra forma se transforman las decisiones de la Comisión en resoluciones arbitrarias.
- Una vez concluido el examen del caso por la Comisión, si ésta no lo envía a la Corte, debería este órgano, a través de un procedimiento *ad hoc*, dar seguimiento a sus resoluciones. En muchas ocasiones la falta de seguimiento ocasiona que las violaciones denunciadas persistan.
- Además, habría que establecer criterios claros para el reenvío de casos de la Comisión a la Corte. La actual situación de indefinición genera en muchas ocasiones que se abandone a las víctimas, originando con ello su indefensión.
- Debe buscarse un mayor equilibrio entre las partes en las distintas etapas procesales. Dicho equilibrio, por ejemplo, debe alcanzar la notificación a ambas partes de toda y cualquier información sobre

²⁸³ Cançado Trindade, Antônio Augusto (relator especial), Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2001.

²⁸⁴ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, modificación aprobada por la Corte en su LXI periodo ordinario de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, durante las sesiones número 9 y 10 el 25 de noviembre de 2003. Entrada en vigor: 1o. de enero de 2004.

el trámite del caso en todas sus etapas, debiendo las partes cumplir los requisitos convencionales.

- Teniendo siempre presente la posición de la persona humana como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos, el artículo 61 (1) de la Convención debería modificarse de la siguiente manera: “los Estados Parte, la Comisión y las presuntas víctimas tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.
- El artículo 77 de la Convención debe ser enmendado, en el sentido de que no sólo cualquier Estado y la Comisión, sino también la Corte, pueden presentar proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana con miras a la ampliación de elenco de los derechos convencionalmente protegidos y al fortalecimiento del mecanismo de protección establecido por la Convención.²⁸⁵

La falta de atención de dichas recomendaciones ha ocasionado que en la actualidad la situación se haya transformado en angustiada para miles de personas del continente americano, que veían en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos un mecanismo de última instancia frente a las gravísimas violaciones de derechos humanos, que aún se cometen en los países miembros de la Organización de Estados Americanos.

Desgraciadamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no funda ni motiva sus resoluciones. En muchas ocasiones, en escasas dos líneas niega la admisión de las peticiones de víctimas de violaciones de derechos humanos, ocasionando con ello que se cierre la única puerta de acceso a la justicia internacional interamericana.

La situación antes descrita se ha agravado, como se puede observar en los votos razonados y las reflexiones de *lex lata* de Antônio A. Cançado

²⁸⁵ Cançado Trindade, Antônio A., “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995). Evolución, estado actual y perspectivas”, *Derecho internacional de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Academia de Derecho Internacional de La Haya-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, pp. 81 y ss. *Cfr.* Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección, vol. II, 2a. ed., San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 115.

Trindade en los casos *Mery Naranjo y otros vs. Colombia*²⁸⁶ y *García Prieto y otros vs. El Salvador*.²⁸⁷ Expresa en su voto el juez Antônio A. Cançado Trindade como posibles causas de denegación de justicia y falta de acceso a la justicia internacional, las siguientes:

1. La exigencia del previo agotamiento de las medidas cautelares ante la Comisión antes de acudir a la Corte Interamericana para solicitar medidas provisionales de protección.
2. La negativa de medidas cautelares por parte de la Comisión, sin motivar debidamente sus resoluciones. Las decisiones, tanto de la Comisión para medidas cautelares como de la Corte en el caso de las medidas provisionales, deben estar debidamente fundadas y motivadas, como garantía del principio contradictorio, para que los peticionarios se sientan seguros de que la cuestión que plantearon ha sido debidamente tratada por la instancia internacional.
3. La resolución negativa de la Comisión de solicitar medidas provisionales a la Corte, igualmente sin el debido fundamento, es de igual forma causa de denegación de justicia, y legítima a las víctimas potenciales para recurrir a la Corte en búsqueda del otorgamiento de las medidas provisionales, ya que de otro modo se podría configurar una denegación de justicia a nivel internacional.
4. En el caso de que el individuo peticionario en cuestión obtenga las dos negativas, la de la Comisión y recurra a la Corte y ésta se abstenga de tomar medida alguna, por alegada falta de base convencional (por tratarse de un caso pendiente ante la Comisión y no ante la Corte), se podría configurar una denegación de justicia en el plano internacional, situación que se presentó en los casos *Hermanos Dante, Jorge y José Peirano Basso v. Paraguay* y caso *Loretta Ortiz Ahlf y otros Ciudadanos Mexicanos v. México*.²⁸⁸

²⁸⁶ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 22 de septiembre de 2006, Medidas Provisionales respecto de la República Bolivariana de Venezuela, a favor de Carlos Nieto Palma y otros.

²⁸⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de septiembre de 2006, solicitadas por Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de El Salvador, a favor de Gloria Giralt de García Prieto y otros.

²⁸⁸ *Hermanos Dante, Jorge y José Peirano Basso vs. Uruguay*, del 07.07.2006 Doc. CDH-S/1181, y caso *Loretta Ortiz Ahlf y otros Ciudadanos Mexicanos vs. México*, del 19.09.2006, Doc. Corte IDH/1641.

Recientemente adoptó un nuevo reglamento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.²⁸⁹ Dicho nuevo reglamento tiene por propósito el fortalecer la participación de las víctimas, las garantías de equilibrio procesal, publicidad y transparencia del proceso, así como mejorar el mecanismo de las medidas cautelares, el envío de casos a la jurisdicción de la Corte y el desarrollo de audiencias. Las reformas al Reglamento de la Comisión fueron acompañadas con la creación de un fondo de asistencia legal destinada a apoyar financieramente a las víctimas de violaciones de derechos humanos del continente, para financiar los gastos de un proceso legal ante la Comisión y la Corte interamericanas de Derechos Humanos.

Antes de las reformas al Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se reformó nuevamente el Reglamento de la Corte. Dicha reforma, de conformidad con la exposición de motivos del mismo, otorga un papel más protagónico a los representantes de las presuntas víctimas y al Estado demandado, y como contrapartida para lograr equilibrio entre las partes, transforma el rol de la Comisión de un órgano que demanda ante la Corte la responsabilidad internacional de un Estado miembro de la OEA, en un órgano de afianzamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.²⁹⁰

Otra circunstancia que afecta el acceso a la justicia efectiva en el sistema interamericano de derechos humanos, como bien lo señala el juez Manuel E. Ventura Robles,²⁹¹ y cuya reforma fue propuesta, es el mantener la actual redacción del artículo 65 de la CADH, y no contemplar que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos o el Consejo Permanente desempeñen, en esta materia, una función similar a la del Comité de Ministros en el Sistema Europeo. Señala el juez Ventura Robles que de un total de casos contenciosos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹² tenía bajo su jurisdicción en 2005, el 13.33% están archivados, el

²⁸⁹ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptado durante la 137o. periodo de sesiones entre octubre y noviembre de 2009, y que entró en vigor el 31 de diciembre de 2009.

²⁹⁰ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptadas en el LXXXII periodo ordinario de sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

²⁹¹ Cançado Trindade, Antônio Augusto y Ventura Robles, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3a. ed., San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNHCR-ACNUR, 2005, p. 343.

²⁹² *Idem.*

30.66% se encuentran en trámite ante la Corte y el 56%, están en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia.²⁹³

De igual forma, Thomas Buergenthal, en un estudio de evaluación sobre los avances de los sistemas de protección de los derechos humanos, puntualiza que siguen existiendo en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, grandes lagunas en comparación con el sistema europeo, que sería necesario evitar, para convertir en una realidad del continente americano la efectiva protección de los derechos humanos. Señala:

América es un continente donde continúa el sufrimiento ocasionado por la pobreza, corrupción, discriminación, donde faltan letrados, por no mencionar que los sistemas jurídicos son arcaicos que necesitan urgentemente reformarse. Además Estados Unidos de América y Canadá como algunos países del Caribe continúan sin ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, algunas de las Cortes nacionales en América les ha tomado un largo tiempo familiarizarse con la práctica de la CADH.²⁹⁴

Muchos de los aspectos abordados por las recientes reformas al Reglamento de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos atienden a las críticas antes señaladas, que impedían el acceso al sistema de protección de los derechos humanos; sin embargo, todavía quedan zonas grises que impiden un acceso efectivo al sistema, por cuanto no exige una debida fundamentación y motivación de las resoluciones de la Comisión Interamericana, dejando en desamparo a las personas cuyos derechos fundamentales son violados, ocasionando en muchas ocasiones una doble denegación de acceso a la justicia. La primera en el sistema jurídico interno; la segunda, en el sistema interamericano.

²⁹³ Ventura Robles, Manuel, “La supervisión del cumplimiento de sentencias en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, núm. 18, 2007, pp. 167 y ss.

²⁹⁴ Buergenthal, Thomas, *American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 4, ASIL, October 2006, p. 797 (traducción de la autora).

III. PARTICULARIDADES DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN LA UNIÓN EUROPEA

1. Aspectos generales

Durante las últimas décadas la inmigración se convirtió en tema central de la agenda política y electoral de los países desarrollados, afirmación que se confirma si se considera que, según estimaciones del ACNUR, en el mundo se encuentran dispersos en varios países 22 millones de refugiados y más de 50 millones de desplazados, de los cuales la Unión Europea acoge entre el 10 y 15%.²⁹⁵

Por lo tanto, la Unión Europea no ha permanecido al margen del fenómeno de las inmigraciones masivas forzadas. Al contrario, en los últimos años, en un contexto de globalización económica,²⁹⁶ se ha convertido, junto con Canadá, Estados Unidos y Australia, en el epicentro de dicho fenómeno.²⁹⁷ A pesar de la innegable importancia del tema, no es sino hasta relativamente hace poco tiempo cuando se considera esta problemática en el derecho comunitario europeo.

Los tratados constitutivos se refieren desde 1957 al tema de la inmigración. Dicha regulación tenía como objetivo determinar los requisitos de ingreso de los trabajadores y prestadores de servicios que requería la Unión Europea.²⁹⁸ Dicha normativa resultó insuficiente frente al fenómeno de las migraciones masivas, las cuales obligaron a tomar conciencia del tema de la inmigración irregular en la UE por el aumento progresivo de inmigrantes. De tal suerte que en 1992, el porcentaje de migración neta era de 2.4%, y para 2007 fue de 4.8%.²⁹⁹

²⁹⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Réfugées et personnes sour la protection, HCE-Rapport statistique, Ginebra, 1998.

²⁹⁶ Lima Torrado, Jesús *et al.*, *Globalización y derecho. Una aproximación desde Europa y América Latina*, Madrid, Dilex, 2007.

²⁹⁷ Towards a New International Migration Regime, globalization migration and Internationalization of the State. Miles, R. Thranhart, *Migration and European Integration. The dynamics of inclusion and exclusion*, London, Pinter Publishers, 1993, pp. 47 y 48.

²⁹⁸ Häberle, Peter, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, trad. por Francisco Balaguer Callejón, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Sevilla, núm. 1, enero-junio, Consejería de Justicia y Administración Pública, 2004, pp. 11 y ss.

²⁹⁹ Lanzieri, Galmpaolo, “Population and social conditions, Eurostat Statistics in Focus”, 81/2008. Los inmigrantes representan el 4.8% de la población total de la Unión,

Debido a dicho fenómeno, la población de la UE en 2007 se incrementó en un 80%, lo que equivale a 2.9 millones de personas, que se suman a los 496 millones de personas que ya residían en la UE en 2006.³⁰⁰

La necesidad de una política común europea sobre inmigración surgió inicialmente en el Acta Única Europea³⁰¹ con el Tratado de Maastrich, de 1992. Sin embargo, no es sino hasta la Conferencia Intergubernamental de 1996³⁰² y el Tratado de Ámsterdam de 1997, cuando se establece la normativa relativa a la inmigración.

2. Evolución del tratamiento jurídico de la materia desde el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, del 14 de junio de 1985

El Acuerdo de Shengen³⁰³ se firma entre los países miembros del Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa, acuerdo cuyo contenido se centra en la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y cuyo artículo 17 dispone:

En materia de circulación de personas, las Partes tenderán a suprimir los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras externas, con estos fines, se esforzarán previamente por armonizar, en caso necesario, las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basan los controles, y por tomar medidas complementarias para salvaguardar la seguridad y para impedir la inmi-

si bien la distribución de los mismos por Estados resulta desigual, correspondiendo por ejemplo a España el 22.6%, Austria 12.9%, Irlanda 32.4 y Bélgica 11% en 2007, consultado en http://europa.eu/abc/key/figures/index_es.html

³⁰⁰ Lanzieri, Galmpaolo, “Population and social conditions”, *Eurostat Statistics in Focus*, 81/2008, consultado en <http://europa.eu/abc/key/figures/index>

³⁰¹ Ruiz Jarabo, Dámaso y Correa Guimerá, Bernardino, “La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en Marzal, Antonio (ed.), *Derechos humanos del migrante, de la mujer del islam y complejidad del sujeto*, Barcelona, Esade-Bosch, 1999, pp. 124-127.

³⁰² Valle Gálvez, A., “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en López Escudero, Martín y Pérez de Nanclares (coords.), *Derecho comunitario material*, Madrid, McGraw-Hill, 2000, p. 42.

³⁰³ Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión de fronteras, firmado en Schengen en 1985, entre los países del Benelux, la República Federal Alemana y la República Francesa.

gración ilegal de nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas.³⁰⁴

El Acuerdo de Schengen carecía de fuerza vinculativa, razón por la cual el 19 de junio de 1990 se firma la Convención de Aplicación del Acuerdo Schengen³⁰⁵

El artículo 142.1 de la Convención señalaba que el capítulo VII del título II de la Convención de Aplicación del Acuerdo de Schengen dejaría de ser aplicable y en su lugar se aplicarían las disposiciones de la Convención de Dublín.³⁰⁶

El Comité Ejecutivo, con la finalidad de compatibilizar el Convenio de Aplicación de Schengen y el de Dublín,³⁰⁷ aprobó el Protocolo de Bonn,³⁰⁸ en el cual se determinan los requisitos de la entrada en vigor de la Convención de Dublín.

Se estableció por los Estados miembros de la Unión Europea como primer requisito, la ratificación del Convenio de Dublín, para permitir la entrada en vigor del mismo lo antes posible. Además, se requirió que los Estados miembros de la Unión Europea establecieran controles efectivos en las fronteras, logaran la armonización en el ámbito nacional de las solicitudes de asilo, la puesta en marcha del sistema de información de Schengen, la reorganización de los controles de los aeropuertos abiertos al tráfico internacional y la implementación de nuevas prácticas de lucha contra el tráfico de drogas. El cumplimiento de las condiciones exigidas para la entrada en vigor de la Convención de Dublín se demoró y no entró en vigor hasta el 26 de marzo de 1995.³⁰⁹ Al Tratado de la Unión Euro-

³⁰⁴ Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión de fronteras, firmado en Schengen en 1985, entre los países del Benelux, la República Federal Alemana y la República Francesa.

³⁰⁵ Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, firmado en Schengen el 19 de julio de 1990, entre el Reino Unido de Bélgica, la República Federal Alemana, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos.

³⁰⁶ Trujillo Herrera, Raúl, *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 212.

³⁰⁷ Convenio de Dublín, adoptado en la Reunión del Consejo de Europa, en la ciudad de Dublín el 25 y 26 de junio de 1990.

³⁰⁸ Protocolo de Bonn, Doc. SCH/ Com-ex (94) PV1, Anexo 3, del 26 de abril de 1994.

³⁰⁹ Cabe aclarar que algunas disposiciones de la Convención de Dublín se aplicaron provisionalmente antes de la entrada en vigor en 1995 del instrumento firmado en 1990. Dichas disposiciones eran las relativas a la instauración del Comité Ejecutivo y sus competencias. El Comité resolvió que se satisfacían las condiciones para la entrada en vigor

pea de Maastrich, que se reformó mediante el Tratado de Ámsterdam, se integra el paquete completo de Schengen (el Acuerdo, la Convención de Dublín, los acuerdos con los Estados miembros y las normas adaptadas en virtud de los mismos acuerdos) mediante el Protocolo de Bonn.³¹⁰

Para regular la inmigración se formó otro órgano intergubernamental, que fue el Grupo TREVI en 1975,³¹¹ el cual se constituyó al margen de la legislación comunitaria, con objeto inicial de coordinar los esfuerzos en la lucha contra el terrorismo. El Grupo estaba integrado por los ministros del Interior y/o de Justicia de los Estados miembros de la Unión. La Comisión fue excluida de las reuniones de dicho grupo.

En la Reunión de París, del 15 de diciembre de 1989, se analizaron los problemas atinentes a la lucha contra la delincuencia organizada, el terrorismo, el tráfico de drogas y otros tráficos ilegales. Al referirse a la inmigración, puntualizó el Grupo TREVI que “la atracción que produce la libertad y prosperidad en nuestras sociedades se está convirtiendo en sí misma, en una fuente de beneficios y explotación de la miseria para redes de inmigración ilegal, que se aprovechan de nuestro deseo de no imponer en las fronteras controles demasiado rigurosos a la gran mayoría de viajeros”.³¹²

El grupo *ad hoc* sobre inmigración del Grupo TREVI se creó en 1986, y estaba integrado por los ministros del Interior, poseía una secretaría

de la Convención, mediante resolución del 22 de noviembre de 1994, y fijó como fecha de entrada en vigor el 26 de marzo de 1995.

España ratificó la Convención de Aplicación de Schengen mediante instrumento del 30 de julio de 1993 (BOE, núm. 81, del 5 de abril de 1994). A la entrada en vigor del instrumento se aplicó en Bélgica, España, Francia, Holanda, Luxemburgo, Portugal y la República Federal de Alemania. Situación particular se presentó en los casos de Islandia y Noruega, a los que el Comité, el 19 de abril de 1996, les otorgó el *status* de asociados, lo cual implicó que la Convención se aplicó a dichos países, aunque no participaban formalmente en la toma de decisiones.

³¹⁰ Protocolo Anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Ámsterdam 1997), en Mangas Martín, Araceli (comp.), “Tratado de la Unión Europea”, *Tratados constitutivos de las comunidades europeas y otros actos básicos de derecho comunitario*, 12a. ed., actualizada, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 324 y ss.

³¹¹ Abellán Honorubia, Victoria, “La perspectiva histórica de los derechos humanos en la Unión Europea”, *Los derechos humanos en la Unión Europea*, Barcelona, ESADE-Bosch, pp. 39 y ss.

³¹² Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, Informe de Conclusiones, Parlamento Europeo, 1991, p. 143.

permanente en el Consejo de Ministros, no se trataba de una institución comunitaria. La Comisión empezó a participar en sus reuniones en calidad de miembro, y no como institución comunitaria.³¹³ El Grupo de TREVI fue ampliando sus tareas hasta incluir la delincuencia internacional y el tráfico de drogas. A partir del mismo se formó el llamado Grupo TREVI 1992,³¹⁴ con la misión de examinar los problemas de supresión de fronteras internacionales y los operativos de policía y seguridad. Entre las medidas que se contemplaron figuraban el refuerzo de los controles personales (incluidos los inmigrantes irregulares y los refugiados que solicitan asilo) en las fronteras exteriores, intercambios de información con un sistema de base de datos semejante al del Acuerdo de Schengen, la formación específica de oficiales de policía para la vigilancia en las fronteras exteriores, la armonización de los criterios de seguridad y de los controles en los puertos de tierra, mar y aire, la armonización de legislación respecto a la imposición de multas a los transportistas aéreos, terrestres y marítimos que transporten pasajeros sin los documentos de viaje adecuados y/o válidos, listas de personas deportadas y de personas no gratas, armonización de las políticas sobre inmigración, visados y asilo.³¹⁵

Por su parte, el Consejo de Europa, en su Cumbre de Rodas, decidió coordinar todas las instituciones que examinaban la supresión de fronteras interiores. Con ese fin se creó el Grupo de Coordinadores el 1 de enero de 1993,³¹⁶ que estaba integrado por funcionarios de alto nivel. Este grupo tenía la ventaja sobre los otros grupos, de fungir como institución comunitaria: es decir, estaba regulado en el marco del derecho comunitario, lo que significaba que la Comisión y el Consejo eran competentes para cuestionar la actividad de dicho Grupo de Coordinadores a través del Parlamento Europeo.³¹⁷

³¹³ Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, Informe de Conclusiones, Parlamento Europeo, 1991, p. 139.

³¹⁴ Abellán Honorubia, Victoria, *op. cit.*, nota 308, pp. 39 y ss.

³¹⁵ Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, Informe de Conclusiones, Parlamento Europeo, 1991, p. 139.

³¹⁶ *Idem.*

³¹⁷ Abellán Honorubia, Victoria, *op. cit.*, nota 311, pp. 39 y ss.

El tema de las migraciones estuvo presente en la agenda de la sesión del Consejo de Europa en Tampere, el 15 y 16 de octubre de 1999.³¹⁸ La presidencia del Consejo de Europea presentó una serie de reflexiones sobre el tema. A partir de entonces se tomó conciencia del mismo y se tomaron acciones en materia de política migratoria, que no se limitarían únicamente a regular el flujo migratorio y a endurecer el control de las fronteras.³¹⁹ De tal suerte que el Consejo de Tampere de 1999 dedicó una parte de sus trabajos para lo que denominó “Una política de asilo y migración común de la Unión Europea”. Por primera vez se consideró la necesidad de afrontar tales temas de forma conjunta por parte de todos los Estados de la Unión Europea.

Se acordó que la política común tenía que contar con los siguientes elementos:

1. Buscar una mayor colaboración en los países de origen, con objeto de fomentar el desarrollo de los mismos.
2. Establecer un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra.
3. Promover un trato justo con los nacionales de terceros países, que implique el reconocimiento de sus derechos, basándose en los trabajos de la Comisión y en el plan de acción contra el racismo. Por ello se acordó la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales que regulan las condiciones de admisión y residencia de las personas provenientes de dichos países y el establecimiento de un estatuto jurídico para sus nacionales que se aproxime al de los Estados de los países miembros, de tal modo que a los residentes con arraigo se les pueda conceder un conjunto de derechos de carácter uniforme y lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, además de facilitar cuando hayan residido legalmente durante un periodo prolongado, la obtención de la nacionalidad del Estado miembro en que residen.
4. Mejorar la gestión y control de los flujos migratorios en estrecha cooperación con países de origen y de tránsito, impidiendo toda forma de trata de seres humanos. El Consejo afirmó estar decidido

³¹⁸ Martín Pérez de Nanclares, José, *La inmigración y el Asilo en la Unión Europea*, prólogo de Araceli Mangas Martín, Madrid, Colex, pp. 39 y ss.

³¹⁹ Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Europa (diciembre 14 y 15 de 2001), *BO* 10, 1999.

a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen y que los países candidatos que próximamente comenzarán a entrar en la Unión Europea deben aceptar en su totalidad los Acuerdos de Schengen.³²⁰

Derivadas de estas cuatro líneas de acción en materia de política migratoria, se aprobaron las siguientes directivas:

1. La Directiva 2001/40/CE del Consejo, del 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. En ella se regulan medidas comunes acerca de la ejecución de órdenes de expulsión de personas nacionales de dichos países. También medidas comunes de ejecución de las órdenes de expulsión de personas nacionales de dichos países dictadas por un país comunitario y que deben ser aplicadas por otro Estado comunitario. En esta directiva se establece que su aplicación ha de llevarse a cabo respetando los derechos humanos y libertades fundamentales, y además se exige que las decisiones de expulsión puedan ser objeto de recurso, a fin de que se controle la legalidad de la medida.

2. La Directiva 2001/51/CE del Consejo, del 28 de junio de 2001, por la que se complementan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de Dublín, relativo a la aplicación del Acuerdo de Schengen, del 14 de junio de 1985. Básicamente en esta directiva se regulan las obligaciones de los transportistas respecto de las personas irregulares (sin documentos), que sean transportadas a la Unión Europea, estableciendo que ellos quedarán obligados a la devolución de las personas transportadas y a sufragar los costos de tal devolución.

3. Directiva 2000/43/CE del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. La Directiva tiene por finalidad evitar en la Unión Europea, la discriminación directa o indirecta por motivos de origen racial o étnico.

En octubre de 2004, el Consejo de Ministros y el Consejo Europeo adoptaron el Programa de La Haya, que sustituye al Programa de Tampere de 1999, y que tiene como objetivo en materia de migración,³²¹ lograr

³²⁰ Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Europa (diciembre 14 y 15 de 2001), *B.O.* 10, 1999.

³²¹ The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, contenido en el anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo cele-

el control de los flujos migratorios. Posteriormente se aprobó el Programa AENEAS para la asistencia financiera y técnica a Estados no miembros de la Unión Europea, el cual marcaba como finalidad básica entregar ayuda financiera a los Estados que cooperaran en los ámbitos de migración y el asilo. Al programa se le asignaron 250 millones de euros para el periodo 2004-2008.³²² Uno de los objetivos de dicho programa es la lucha contra la inmigración irregular.

Con base en el programa AENEAS, el Consejo Europeo adoptó en diciembre de 2005, un “Planteamiento Global sobre Migración: Acciones Prioritarias en África y Mediterráneo”.³²³ Por primera vez se realiza en la Unión Europea un planteamiento integral, que busca solucionar la problemática de la inmigración irregular desde las causas que originan dicho fenómeno. Este enfoque global integró como problemática vinculada con la migración irregular los temas de desarrollo, empleo, justicia, libertad y seguridad.

En 2006 rindió la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo, una comunicación respecto al avance de las acciones realizadas dentro del “Planteamiento Global de la Migración un Año Después”. En dicha comunicación se señala la realización de diversas reuniones de alto nivel con la Unión Africana y las organizaciones regionales, además de la puesta en marcha del Programa Frontex,³²⁴ en virtud del cual se coordinaron operaciones marítimas conjuntas, en las zonas atlántica y mediterránea, que concluyeron con el establecimiento de una red mediterránea de patrullas costeras y un sistema de vigilancia que cubre la frontera meridional de la UE y del Mar Mediterráneo. Por otro lado, se ubicaron las rutas migratorias e inició un diálogo con autoridades de diversos países de África.

En 2007, con base en la política de buena vecindad y dentro del “Planteamiento Global de la Migración”, se iniciaron diversas actividades, donde participaron países como Camerún, Etiopía, Ghana y Nigeria. Dichas

brado en Bruselas el 4 y 5 en noviembre de 2005, consultado en <http://www.consilium.europa.eu/doc/Center.asp?lang=es&CPEUMsid=245>

³²² Peral, Luis, “Dimensión exterior de la política europea de migración y asilo”, en Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena (coords.), *Estudios de extranjería*, Madrid, Instituto de Derecho Público-Universidad Rey Juan Carlos, 2005, p. 357.

³²³ Hacia una política global en materia de migración en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/114542.htm>

³²⁴ *Idem*.

actividades preparatorias llevaron a la realización del Programa Migración y Desarrollo. Para dicho Programa la Comisión reservó la cantidad de 40 millones de euros en la primera fase. El objetivo principal fue la creación de puestos de trabajo dignos, básicamente en el África sursahariana. Dentro de estos esfuerzos la Comisión constituyó equipos de apoyo institucional con la ayuda de diversos expertos de los Estados miembros de la UE, para proporcionar la ayuda necesaria a los Estados africanos que lo soliciten.

3. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, Relativa a Procedimientos y Normas en los Estados Miembros para el Retorno de los Nacionales de Terceros Países que se Encuentren Ilegalmente en su Territorio*

El Consejo Europeo, en su sesión de Bruselas del 4 y 5 de noviembre de 2004, resolvió establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, sin trato cruel y respetando plenamente los derechos humanos y dignidad de los inmigrantes irregulares. Con base en dicha política pública de la UE, la Comisión somete al Parlamento Europeo la Propuesta de Directiva³²⁵ (COM (2005)0391), “Relativa a procedimientos y normas en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio”, que emite su Resolución el 18 de junio de 2008.³²⁶

En la exposición de motivos de la directiva se expresa que una de las principales razones por las cuales se emite es la de “establecer un conjunto mínimo común de garantías judiciales respecto a las decisiones relacionadas con el retorno, para garantizar una protección eficaz de los

³²⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a procedimiento y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM (2005)0391-C6-0266/2005-2005/0167(COD)), en <http://www.consilium.europa.eu/docCenter.asp?lang=es&CPEUMsid=245>, con la referencia Doc.16462/06.

³²⁶ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, del 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (COM (2005)0391) relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, en <http://www.consilium.europa.edu/docCenter.asp?lan=es&CPEUMsid=245>, con la referencia Doc.16462/06.

intereses de las personas afectadas”.³²⁷ Se menciona que después de un examen profundo se propone la Directiva, como un medio eficaz para garantizar la compatibilidad de los procesos con los derechos fundamentales, principios generales de derecho comunitario, así como el derecho internacional. Llama la atención que se hayan manifestado los señalados motivos en la exposición, cuando con la simple lectura se percibe que la directiva es un claro ejemplo de la legalización de la privación del derecho de acceso a la justicia.

El artículo 7o. de la directiva puntualiza: “los Estados Miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno, cuando no se haya dado plazo de salida voluntaria o cuando no se haya cumplido con la obligación”. Continúa dicha disposición:

en los casos en que los Estados Miembros utilicen como último recurso las medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, deberán ejercer dichas medidas de manera razonable sin un uso excesivo de la fuerza. Se aplicarán de conformidad con el derecho interno, los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del nacional de un tercer país.

Con relación al derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes irregulares, en el artículo 11 se exige como única formalidad, que las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se expidan por escrito y consignen los fundamentos de hecho y de derecho. Por su parte, el artículo 12 señala que se concederá al nacional de un tercer país afectado, el derecho de interponer un recurso efectivo contra la decisión de retorno o pidiendo que se revise ésta conforme al mandato del artículo 11, apartado I. Dicha disposición, en su apartado 3, dispone que “el nacional de un tercer país afectado podrá tener representación, asesoramiento jurídico y en su caso, asistencia lingüística”.

Con relación al internamiento de los inmigrantes irregulares, en la parte conducente señala el artículo 14 de la Directiva:

³²⁷ Commission des Communautés Européennes, Proposition de Directive du Parlement Eurooéen et du Conseil relative aux normes et procédures comunes applicables dans les États membres au retour des ressortissants des pays tires en séjour irréguler. Bruxelles, le 1.9.2005 COM (2005) 391 final., 2005/0167 (COD). Traducción de la autora del trabajo, p. 4.

1. Salvo que en el caso concreto de que se trate, puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados Miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que hasta en tanto retornen a sus países de origen.

4. ...Cada Estado Miembro fijará un periodo limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses.

Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 4, por un periodo limitado no superior a doce meses de acuerdo con su derecho interno, en los casos en que, pese haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará.³²⁸

Resulta evidente que la normativa comunitaria emitida, más que pretender solucionar la problemática de las migraciones forzadas, emprendió una política migratoria, que sin colocar un muro físico alrededor de la Unión Europea sí lo estableció jurídicamente, abriendo una minúscula ventana para los residentes legales. Consecuentemente, negando la realidad que viven millones de seres que tienen que abandonar su país para sobrevivir, la Unión Europea se limita a impedir la entrada de ilegales, y si ingresan, a expulsarlos.

La Directiva de 2008 resulta a todas luces violatoria de los derechos humanos fundamentales de los inmigrantes irregulares.³²⁹ De manera específica, vulnera los derechos de acceso a la justicia y a la libertad. Les niega el derecho de acceso a la justicia al no garantizar el ejercicio de dicho derecho antes de dictar la resolución de la expulsión, como lo exigen los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos³³⁰

³²⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (COM (2005)0391-C6-0266/2005-2005/0167 (COD)) “Relativa a Procedimientos y Normas Comunes en los Estados Miembros para el retorno de los Nacionales de Terceros Países que se Encuentran Ilegalmente en su Territorio”, <http://www.consilium.europa.edu/docCenter.asp?lan=es&CPEUMsid=245>, subrayado de la autora.

³²⁹ Peral, Luis, “Dimensión exterior de la política europea de migración y asilo”, *Estudios sobre extranjería*, Madrid, Instituto de Derecho Público-Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 358 y 359.

³³⁰ Sin mencionar los instrumentos de derechos humanos regionales, en el ámbito universal, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 2008 es violatoria de los artículos 9o., 10, 12, 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Civiles y Políticos, núm. 15 y 27.

y al legalizar detenciones arbitrarias por hasta doce meses en los casos de internamiento previstos en el artículo 14 de la Directiva.³³¹

Esa normativa, además, bajo una interpretación muy particular del derecho de no discriminación e igualdad de las personas,³³² es violatoria de ese derecho, de conformidad con el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y del Protocolo Adicional 12 sobre Discriminación.³³³ El Informe sobre las Conclusiones de la Comisión de Investigación del Racismo y la xenofobia señala que la normativa relativa a inmigrantes, asilo o refugio “debería adoptarse de conformidad con el derecho internacional tal y como están contenidos especialmente en los Convenios y Declaraciones solemnes de las Naciones Unidas y la OIT”.³³⁴

De manera crítica y aguda puntualiza Pedro-Pablo Miralles Sangro, al comentar este proceso:

resulta criticable, en particular por dos motivos: porque en aras de reiterar la aspiración de la supresión de las fronteras internas, se han robustecido en forma poco ortodoxa en lo jurídico, las fronteras externas de los Estados afectados hacia los nacionales de Estados no miembros de la Unión, estableciendo unos controles policiales como por ejemplo el SIS, sistema que a mi juicio es poco respetuoso con los derechos humanos que el derecho europeo reconoce también a todos los extranjeros sin discriminación; de otro lado, porque ha aumentado las diferencias entre los Estados miembros de la Unión Europea en lo que se refiere al avance de la supresión de fronteras internas y la materialización de la libre circulación en general. Todo ello, en su conjunto, se distancia mucho de los objetivos actuales de

³³¹ Observación general núm. 15, Situación de los Extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 270o. período de sesiones. Define detención arbitraria de extranjeros en el párrafo 9.

³³² Juste Ruiz, Jorge, “Inmigración, nacionalidad y extranjería. El marco jurídico internacional”, en Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena (coords.), *Estudios sobre derecho de extranjería*, Madrid, Instituto de Derecho Público-Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 297 y ss.

³³³ Protocolo Adicional 12, del 4 de noviembre de 2000, en vigor desde el 1o. de abril de 2005.

³³⁴ Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, Informe de Conclusiones, Parlamento Europeo, 1991, p. 140.

la comunidad internacional para alcanzar el respeto de la tan maltratada sociedad multicultural.³³⁵

Llama la atención el hecho de que la Directiva de 2008 expone a un peligro extremo a los inmigrantes irregulares, sobre todo en el caso de las mujeres y niños, quienes se enfrentarían a un proceso que resolvería su expulsión en unos cuantos minutos, sin siquiera escucharlos para entregarlos en muchos casos a los traficantes de migrantes.

La regulación jurídica aplicable a los inmigrantes irregulares en el ámbito de la Unión Europea, que no cuestiona cuáles son las causas de las migraciones forzadas, consideró como suficiente para dar solución a esta compleja problemática, la simple prohibición de la inmigración ilegal, con lo cual fortaleció el crimen organizado, que opera las redes de trata de mujeres y niños y el tráfico ilegal de inmigrantes, con el efecto negativo de que al no buscar soluciones para aminorar la problemática que da origen a dichas migraciones, continuarán millones de inmigrantes irregulares intentando cruzar las fronteras aun a costa de su propia vida³³⁶

4. *Consideraciones sobre posible conflicto entre la norma de derecho interno de un Estado miembro, la norma comunitaria y la norma de derecho internacional de derechos humanos*

La violación de los derechos humanos de los inmigrantes irregulares en Europa³³⁷ conduce a un conflicto de normas, por las evidentes contradicciones entre la normativa comunitaria y la Convención Europea

³³⁵ Miralles Sangro, Pedro-Pablo, ponencia presentada en el XXI Seminario de Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C., México, Universidad Autónoma de Chihuahua, 9, 10 y 11 de octubre de 1997.

³³⁶ Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Inmigración Clandestina y para la Lucha Contra los Traficantes. Recomendación 1467 (2000), del 16 de mayo de 2001.

³³⁷ González Rodríguez, Hortensia, "Legislación en materia de extranjería de los estados miembros de la Unión Europea", en Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena, *Estudios sobre derecho de extranjería*, Madrid, Instituto de Derecho Público-Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 396 y ss.

de Derechos Humanos y sus protocolos.³³⁸ En torno a esta problemática, Luis Ignacio Sánchez Rodríguez afirma:

Con la existencia de jurisdicciones internacionales especializadas, sectoriales o autónomas, se corre un riesgo de cierto encasillamiento, de creación de compartimientos de visualización y aplicación de normas internacionales desde y para su propio sistema, ignorando voluntariamente los efectos que sus decisiones particulares pueden generar. Esta actitud judicial, consistente en resolver problemas específicos de su propio ámbito, tomando como punto de partida una interpretación laxa de ciertos aspectos esenciales de otro orden jurídico y esquivando cuidadosamente la aplicación de otras normas internacionales generales.³³⁹

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en diversas sentencias, especifica que el derecho comunitario es un derecho autónomo, diverso al derecho internacional.³⁴⁰ Por lo tanto, constituyen dos ordenamientos diferentes el derecho comunitario y el internacional. Partiendo de dicha premisa, se plantea la pregunta ¿cuál norma debe prevalecer en caso de contradicción?³⁴¹

Con relación a la pregunta formulada, el TJCE ha sostenido que la Unión Europea está obligada a cumplir con los acuerdos o convenios internacionales celebrados por los Estados miembros,³⁴² pero que en caso de conflicto entre la norma internacional y la comunitaria³⁴³ prevalece la

³³⁸ Rainer, Arnold, “Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Sevilla, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 97 y ss.

³³⁹ Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio, “Sobre el derecho internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo”, *Revista de Derecho Comunitario* 5, Madrid, año 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 107 y 108.

³⁴⁰ Caso 6/64, *Flamino Costa v. Enel Nacional Electricity Board*, Judgment of 5 July 1964, *European Union Law Cases*, Edited by Emmert Frank, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 17-24.

³⁴¹ Rolla, Giancarlo, “Relaciones entre ordenamientos en el sistema constitucional italiano”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, Sevilla, Consejería de Justicia y Administración Pública, enero-junio de 2004, pp. 139 y ss.

³⁴² Díez- Hochleitner, Javier, *La posición del derecho internacional en el ordenamiento*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 18 y ss.

³⁴³ Caso 11/70, *Internationale Handlungsgesellschaft*, Judgment of 17 December 1970, ECR 1125, en *European Union Law Cases*, Edited by Emmert Frank, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 198 y ss.

comunitaria.³⁴⁴ Con posterioridad, el TJCE, en el caso 44/79 Hauer, del 14 de mayo de 1974,³⁴⁵ resolvió

que los derechos fundamentales reconocidos y garantizados en las Constituciones de los Estados miembros y en los tratados relativos a los derechos humanos, en cuya elaboración participaron los Estados miembros, en particular el Convenio Europeo de 1950, forman parte de los principios generales del derecho cuya aplicación debe asegurar y para ello se debe inspirar en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en los tratados internacionales firmados por dichos Estados.

Con posterioridad, el Tratado de Maastricht, del 7 de febrero 1992, incorpora dentro de la normativa de la Unión Europea, el catálogo de los derechos fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y los erige como principios fundamentales de su propio derecho, en el artículo F-2, de dicho instrumento, al señalar:

La Unión respeta los derechos fundamentales, tal y como están garantizados por el Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en tanto principios generales de derecho comunitario.³⁴⁶

El Tratado de Ámsterdam, del 2 de octubre de 1997, reforzó la importancia de los derechos humanos al modificar el artículo F-2, del Tratado de Maastricht, en los siguientes términos:

La Unión está fundada sobre los principios de la libertad, de la democracia, del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamen-

³⁴⁴ Martín Vida, María Ángeles, “La reforma del artículo 12 de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la Sentencia ‘Kreil del TJCE’”, *Revista de Derecho Comunitario Constitucional Europeo*, núm. 1, Sevilla, Consejería de Justicia y Administración Pública, enero-junio de 2004, pp. 357 y ss.

³⁴⁵ Case 44/79, Liselotte v. Land Rheinland- Pfalz, Judgment of 13 December 1979, ECR 3727, en *European Union Law Cases*, Edited by Emmert Frank, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 203 y ss.

³⁴⁶ Tratado de la Unión Europea, *Tratados constitutivos de las comunidades europeas y otros actos básicos de derechos comunitario*, 12a. ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 62.

tales, así como del estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.³⁴⁷

De esta forma, con base en los tratados constitutivos de la Unión Europea, los derechos humanos regulados en el Convenio Europeo de 1950 constituyen principios fundamentales del derecho comunitario.³⁴⁸ Un resultado lógico frente a dicha afirmación sería la exigencia por parte de los órganos jurisdiccionales comunitarios, del cumplimiento efectivo de las obligaciones de los Estados miembros, de garantizar los derechos humanos del Convenio Europeo y sus protocolos adicionales.³⁴⁹

Cabe tener presente que son pocas asocaciones en que los particulares pueden acceder a un proceso ante el TJCE, y no hay ningún mecanismo para asegurar que el conocimiento del caso vaya a ser sometido al TJCE, por la vía de la cuestión prejudicial, de conformidad con el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. De tal suerte que si el tribunal nacional no accede a plantear la cuestión prejudicial, el TJCE no goza de competencia para conocer dicho asunto.

Confirma la dificultad de ejercer el derecho de acceso a la justicia en materia de derechos humanos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades, el “Auto Dem’Yanenko”.³⁵⁰ Mediante este auto, el TJCE se declaró incompetente para dar respuesta a una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Italiano en relación con la expulsión de una ciudadana no comunitaria que se encontraba en situación irregular. Resulta de especial interés este auto, ya que demuestra los límites del derecho comunitario en el orden de la protección de los derechos humanos, y en especial del derecho de acceso a la justicia.

El 22 de mayo de 2002, Dem’Yanenko, ciudadana ucraniana, entró en el territorio de la Unión Europea por la República Austriaca, mediante

³⁴⁷ *Idem.*

³⁴⁸ Ortiz Arce la Fuente, Antonio, “La extranjería no comunitaria en el marco de la Comunidad Económica Europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992, pp. 207-231, y “El régimen jurídico de los trabajadores transfronterizos en el marco de las Comunidades Europeas”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 9, núm. 1, 1982, pp. 9-38.

³⁴⁹ Balaguer Callejón, Francisco, “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos de Europa una perspectiva constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Sevilla, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 25 y ss.

³⁵⁰ Auto Dem’Yanenko, “Expulsión de ciudadanos de terceros Estados y el TJCE”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Roma, núm. 2, 2004, p. 103.

un visado de Schengen de tipo C (visado para estancia de menos de tres meses) expedido el 16 de mayo de 2002 por la embajada española en Kiev (Ucrania), y válido hasta el 6 de junio de 2002. Con posterioridad, la señora. Dem'Yanenko entró a territorio italiano, y el 6 de enero de 2003 fue hospitalizada tras un intento de suicidio. A su salida del hospital y a la vista de su pasaporte, las autoridades italianas concluyeron que no había solicitado el permiso para permanecer en Italia en el plazo de ocho días desde su llegada, de conformidad con la legislación italiana de extranjería (Decreto legislativo 286/1998, modificado en 2002). El 17 de enero de 2003, el prefecto de Catania ordenó la expulsión de la señora Dem'Yanenko, quien fue conducida por la fuerza a Roma para subirla a un avión que partía el mismo día. La decisión de expulsión le fue notificada 85 minutos antes de la ejecución de expulsión.

En virtud del artículo 13, apartado 5 bis del Decreto Legislativo 286/1998, el prefecto de Catania solicitó al Tribunal de Catania que convalidara la orden de expulsión de la señora Dem'Yanenko, adjuntando algunos documentos y las notificaciones efectuadas. La solicitud tuvo entrada en el Tribunal de Catania el 18 de enero de 2003, un día después de la expulsión, y el Tribunal italiano decidió plantear una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE. En su auto de remisión, del 19 de enero de 2003, el Tribunal de Catania preguntó al Tribunal de Justicia si la normativa italiana era compatible con los artículos 7, 8 y 9 de la Directiva 64/221, que garantizaba una protección mínima a los ciudadanos de los Estados miembros y a sus familiares en los casos de expulsión por razones de orden, seguridad y salud públicas, así como con los derechos fundamentales garantizados por el TJCE. El Tribunal italiano consideraba que el procedimiento de expulsión establecido en el Decreto 286/1998 violaba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y no permitía ejercitar el derecho de asilo y limitaba en forma desproporcionada el derecho básico de libertad.³⁵¹

El auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades contiene una única sección, titulada “Sobre la competencia del Tribunal de Justicia”, en la cual se examina la cuestión de la jurisdicción del Tribunal de Catania, de conformidad con el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Euro-

³⁵¹ Groppi, Tania, “La incidencia del derecho comunitario en las relaciones Estado-regiones en Italia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Sevilla, núm. 1, enero-junio del 2004, p. 173.

pea, la aplicabilidad de la Directiva 64/221 del Acuerdo de Schengen y la competencia para pronunciarse sobre este último.

Comienza el auto por señalar que en jurisprudencia reiterada se ha puntualizado que los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie, si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional. En relación con el caso concreto, el TJCE señala, con fundamento en el Decreto Legislativo 286/1998, que la única función del Tribunal nacional es convalidar la orden de expulsión.

Por lo que se refiere a la Directiva 64/221, le recuerda el TJCE que el artículo 1o. resulta aplicable únicamente a ciudadanos de un Estado miembro que residan o se trasladan a otro Estado miembro para ejercer una actividad asalariada o como receptores de servicios, así como a su esposo o esposa y a los miembros de su familia. Señala que como la señora Dem'Yanenko es ucraniana y no parece tener ninguna relación familiar o matrimonio con un ciudadano comunitario, la Directiva “no se aplica en las circunstancias del litigio principal”.³⁵²

El auto precisa que al incorporar el Acuerdo de Schengen al Tratado de la Comunidad Europea, el Consejo determinó que los artículos 62, apartado 3, y 63, apartado 3, del Tratado de la Comunidad Europea, constituyen el fundamento jurídico del artículo 23, apartado 3, del Convenio de Aplicación de Schengen:

Hay que examinar si se dan las circunstancias y condiciones determinadas por el artículo 68, del Tratado Comunidad Europea, en las cuales es aplicable el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea. Es decir, al tratarse de un acto de Derecho Derivado basado en una disposición del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea, relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, sólo puede plantearse una cuestión prejudicial si se cumplen las condiciones del artículo 68, de dicho Tratado.

De conformidad con dicha disposición, cuando una cuestión sobre la interpretación de actos de las instituciones comunitarios basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Jus-

³⁵² Auto Dem'Yanenko, *op. cit.*, nota 350, p. 103.

ticia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir el fallo.³⁵³

Concluye el Acuerdo citando la siguiente jurisprudencia, relativa al Convenio Europeo:

Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido.³⁵⁴

Impresiona este auto, por la forma como se aplicó la normativa italiana y por la argumentación jurídica del TJCE, que a pesar de ser evidentes las contradicciones entre el derecho comunitario y el derecho internacional de los derechos humanos, el Tribunal aluda a las tradiciones de las instituciones y órganos de la Unión Europea de respetar los derechos humanos, los cuales tienen el rango de “principios generales de derecho”.

Ante la imposibilidad jurídica de que accedan a la justicia del TJCE los inmigrantes irregulares, cabe preguntarse qué ha ocurrido en el TEDH: ¿tienen primacía las normas de derecho internacional de derechos humanos sobre las comunitarias?

La supremacía de las normas en materia de derechos humanos sobre las normas comunitarias fue evidente en el caso Matthews.³⁵⁵ Dicho caso inicia con una demanda contra el gobierno del Reino Unido, presentado por una gibraltareña ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, con base en la exclusión de los habitantes de la colonia británica en las elecciones al Parlamento Europeo, en violación del derecho reconocido en el artículo 3o. del Protocolo I del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que establece la obligación de los Estados, de organizar en

³⁵³ Linde Paniagua, Enrique *et al.*, *Código Básico de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 1998, p. 245.

³⁵⁴ Auto Dem`Yanenko, *op. cit.*, nota 350, p. 105.

³⁵⁵ Shermers, H. G., “Case Law: Matthews v. United Kingdom of 18 February 1999”, *Common Market Law Review*, 1999, vol. 36, pp. 673 y ss.

intervalos razonables elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libertad de expresión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.³⁵⁶

El caso resulta de especial interés para nosotros, por cuanto se pronuncia sobre una norma comunitaria discriminatoria hacia los habitantes de Gibraltar. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece, en primer lugar, que no existe razón alguna para determinar que no resulta competente en este asunto el TEDH, y por ende que resulte aplicable el Convenio Europeo y su Protocolo I. En segundo término, el Tribunal afirma, contra la alegación del gobierno británico, que si bien es cierto que el TJCE no puede comparecer, y aunque haya actuado en cumplimiento de la normativa europea, esto no lo exime de su responsabilidad internacional, y no puede justificar dicho incumplimiento en razón de su adhesión voluntaria a una organización supranacional.

En lo relativo a la discriminación, resulta sumamente llamativa y hasta aventurada³⁵⁷ la interpretación del TEDH de los derechos fundamentales en el marco europeo, al pronunciarse sobre la hipotética responsabilidad de los restantes Estados de la Unión, por su voto afirmativo en la adopción de actos comunitarios en los que aprobó la exclusión discriminatoria de la colonia de Gibraltar a las elecciones del Parlamento Europeo.

Lo cierto es que bajo el paraguas de la Unión Europea, que carece de subjetividad internacional, puede escudarse la comisión de diversas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, bajo el pretexto de que no son responsables los Estados de la Unión Europea.

³⁵⁶ Hillgruber, Cristian, “La integración del derecho internacional y del derecho de la Unión Europea en el ordenamiento constitucional alemán”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Sevilla, núm. 1, enero-junio, 2004, p. 115.

³⁵⁷ Nicol, Do, “Lessons from Luxembourg: Federalization and the Court of Human Rights”, *European Law Review*, 2001, vol. 26, p. 18.