

ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Loretta ORTIZ AHLF*

SUMARIO: I. Introducción. II. El Acuerdo de Schengen de 1985. III. Evolución del derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes irregulares a partir de Tampere 1999. IV. Posible conflicto entre la norma de derecho interno de los Estados miembros de la Unión, la norma comunitaria y la norma de derecho internacional de los derechos humanos. V. El acceso a la justicia de los inmigrantes irregulares a la Corte Europea de Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea se preocupó de inicio en el tema de la inmigración, en razón del derecho de la libre circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios. Cabe recordar que uno de los objetivos iniciales de la Unión Europea era alcanzar un espacio de “libertad que pudiera disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles para todos”. Pero, ¿quiénes eran todos los que pueden gozar de ese espacio común de libertad, seguridad y justicia?

“Todos” eran los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea que a partir del Tratado de Maastrich se les puede denomi-

* Directora del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana y profesora de derecho internacional.

nar ciudadanos de la Unión Europea.¹ Se define al ciudadano europeo como la persona que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea.² Dicha ciudadanía es complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional. Dentro de los derechos de los ciudadanos europeos se ubica precisamente el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.³

II. EL ACUERDO DE SCHENGEN DE 1985

El instrumento que se utilizó para establecer un control de fronteras fue el Acuerdo de Schengen del 14 de junio de 1985.⁴ Este Acuerdo comenzó por distinguir las fronteras interiores de las exteriores, decretó la supresión de controles en las fronteras interiores de los Estados signatarios mientras que se reforzaba el cruce de las fronteras exteriores. Se reguló la expedición de visados, a partir de ese momento dejó de ser competencia de los Estados miembros el regular esta materia, y se establecieron condiciones de circulación de los extranjeros por el territorio de Schengen, también se creó un sistema de información para regular el flujo de entradas y salidas.⁵

¹ Artículo 25 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales del 12 de abril de 1989 del Parlamento Europeo, Doc. núm. C 120/51-57, de 16 de mayo de 1989.

² Linde Paniagua, Enrique *et al.*, *Código Básico de Derecho de la Unión Europea*, Colex, 1998, p. 204.

³ *Idem.*

⁴ El artículo 1 del Acuerdo de Schengen define al extranjero como “toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las comunidades europeas”.

⁵ El Acuerdo de Schengen entró en vigor el 1 de marzo de 1994, y se incorpora a la normatividad de la Unión Europea mediante el Protocolo (B.2), Anexo al Tratado de Ámsterdam de la Comunidad Europea, concretamente en los artículos 61 a 69, bajo el rótulo “Visados, asilo y inmigración y otras políticas relacionadas con la circulación de las personas”. Derivado de dicha incorporación se han adoptado en el seno de la Unión Europea las siguientes resoluciones: Resolución del Consejo de 20 de Junio de 1994 sobre la limitación de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros./ Recomendación del Consejo del 22 de diciembre de 1995, sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo de ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos para tal fin./ Recomendación del Consejo del 22 de diciembre de 1995, relativa a la concentración y cooperación en la ejecución de las medidas de expulsión./ Resolución del Consejo del 4 de marzo de 1996, relativa al estatuto de los nacionales de terceros

La implementación del Acuerdo de Schengen correspondió al Comité Ejecutivo del Acuerdo. El Acuerdo estaba dividido principalmente en dos partes. La primera se refiere a la libre circulación de las mercancías y los servicios, y la segunda a las medidas que se deben adoptar para permitir la libre circulación de personas.

Posteriormente se decidió firmar un Acuerdo Complementario de Schengen, con base al cual, cada seis meses celebraban reuniones los secretarios de Estado, ministros de Justicia, del Interior y/o de Asuntos Exteriores, partes del Acuerdo, a dicho grupo se le denominó Grupo Schengen. Dentro del mismo se incorporó como observador a la Comisión de las Comunidades Europeas. Cabe precisar que este Grupo no constituye una institución comunitaria.⁶ El Acuerdo Complementario se centra en cuatro acciones: medidas que debían adoptarse para reforzar fronteras, una política común de visados, una política común de refugiados y asilo; y la creación de un sistema de base de datos, conocido como Sistema de Información de Schengen (SIS).⁷

Vinculado con el tema de la inmigración se formó otro órgano intergubernamental que fue el Grupo Trevi en 1975, el cual se constituyó al margen de la legislación comunitaria, con el 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 de las Comunidades fue excluida de las reuniones de dicho Grupo. En la Reunión del Grupo en París, el 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 de todo tipo. Al referirse a esta problemática, en relación a la inmigración, puntualizó el Gru-

países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros./ Acción común de 16 de diciembre de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a los menores terceros países que pretendan entrar al territorio de la Unión no acompañados de personas adultas./ Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo del 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de la Unión.

⁶ Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, Informe de Conclusiones, Parlamento Europeo, 1991, p.138.

⁷ *Idem.*

po 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 demasiados rigurosos a la gran mayoría de viajeros”.⁸

El grupo ad hoc sobre migración del Grupo Trevi se creó en 1986, y estaba integrado por los ministros del Interior, poseía una Secretaría Permanente en el Consejo de Ministros, no se trataba de una institución comunitaria y la Comisión participaba en sus reuniones en calidad de miembro y no como institución comunitaria.⁹

El Grupo Trevi fue ampliando sus tareas hasta incluir la delincuencia internacional y el tráfico de drogas, así se formó el llamado Grupo Trevi 1992, 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.¹⁰

Por su parte, el Consejo de Europa, en su Cumbre de Rodas, decidió coordinar todas las instituciones que examinaban la supresión de fronteras interiores el 1 de enero de 1993, con ese fin se creó el grupo de coordinadores¹¹ que estaba integrado por funcionarios de alto nivel. Este grupo tenía la ventaja, sobre los otros grupos, de fungir como institución comunitaria, es decir, está regulado en el marco del derecho comunitario, lo que significaba que la Comisión y el

⁸ *Ibidem*, p. 143.

⁹ *Ibidem*, p. 139.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

Consejo eran competentes para cuestionar la actividad de dicho grupo de coordinadores, a través del Parlamento Europeo.

III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES A PARTIR DE TAMPERE 1999

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. La Presidencia del Consejo de Europa 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 limitaran únicamente a regular el flujo migratorio y a endurecer el control de las fronteras.¹² 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 una 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 el 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 a los nacionales de terceros países que implique el reconocimiento de derechos. Para ello, basándose en los trabajos de la Comisión sobre el plan de acción contra el racismo, se acordó la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales relativas a las condiciones de admisión y residencia de las personas provenientes de terceros países, el establecimiento del estatuto jurídico de los nacionales de terceros países 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

¹² Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Europa (diciembre 14 y 15 del 2001), *BO*, 10, 1999.

y lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión y facilitar cuando hayan residido legalmente durante un periodo prolongado la obtención de la nacionalidad del Estado miembro en que residan.

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 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.¹³

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 de 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 terceros países. También regula medidas comunes de ejecución de las órdenes de expulsión de personas nacionales de terceros 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, de 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, de 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

¹³ *Idem.*

o indirecta, por motivos de origen racial o étnico. En el punto 10 de la Directiva se puntualiza:

Para garantizar el desarrollo de sociedades democráticas y tolerantes en las que toda persona pueda participar con independencia de su origen racial o étnico, la acción específica en el ámbito de la discriminación por estos motivos no debe ir más allá del acceso a la actividad por cuenta propia o ajena, y abarcar ámbitos como la educación, la protección y la seguridad social, las ventajas sociales y la oferta de bienes y servicios y el acceso a los mismos.

Salta a la vista que la normatividad comunitaria emitida, más que pretender solucionar la problemática de las migraciones forzadas, empujó 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. De forma no muy ajustada al conocimiento de la realidad que viven millones de seres que tienen que abandonar su país para sobrevivir, la visión de la Unión Europea se limita a impedir la entrada de ilegales, si ocurre dicha situación a devolverlos o expulsarlos, todo ello bajo una interpretación muy particular del derecho de no discriminación e igualdad de las personas, interpretación violatoria del derecho fundamental regulado en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

El Informe sobre las Conclusiones de la Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia señala que la normatividad relativa a inmigrantes, asilo o refugio “debía adoptarse de conformidad con el derecho internacional, tal y como están contenidos especialmente en los convenios y declaraciones solemnes de las Naciones Unidas, la OIT y las instituciones europeas”.¹⁴ Y continúa señalando que es:

Evidente que la realización del mercado interior exige la adopción de numerosas medidas para permitir la libre circulación de las mercancías, los capitales, los servicios y las personas. En lo que se refiere a la libre circulación de personas, un factor que complica la cuestión es la existencia de muchos grupos intergubernamentales que con mucha fre-

¹⁴ Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, *op. cit.*, nota 6, p. 140.

cuencia operan a puerta cerrada y al margen de las instituciones europeas y tienen sus propios procedimientos para la formulación de políticas.¹⁵

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

Que 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 la comunidad internacional para alcanzar el respeto de la tan maltratada sociedad multicultural.¹⁶

En la Unión Europea, a pesar del reconocimiento de derechos a inmigrantes regulares de terceros Estados, ha operado una política discriminatoria vedada que origina exclusión social, que aunque puede resultar adecuada una diferencia de trato en ciertos casos, en otros no se justifica, y dentro de ellos, ubicamos el acceso efectivo a la justicia, en los que el tratamiento desigual supondría una discriminación ilícita y una restricción, sin motivo legítimo del ejercicio de una libertad fundamental.

El derecho a la vida, la integridad física, la libertad o tutela judicial efectiva son derechos que deberían de garantizarse a todo extranjero, sin importar su condición de regular o irregular en atención a su condición de personas. Los derechos mencionados son los que más

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Miralles Sangro, Pedro-Pablo, XXI Seminario Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, México, Universidad Autónoma de Chihuahua, 9-11 de octubre de 1997, ponencia.

fácilmente resultan afectados por las políticas de control migratorio, y que en cualquier circunstancia deberían de ser respetados imponiendo límites a los poderes públicos en esta materia.

Regula el derecho de acceso a la justicia, el artículo 42-II del Tratado de la Comunidad Europea, el cual dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y agencias de la Unión traten sus asuntos de manera imparcial y equitativamente, y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - a) El derecho de toda persona de ser oída antes de que se tome en contra suya una decisión individual que le afecte desfavorablemente.
 - b) El derecho de toda persona de acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
 - c) La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión Europea de los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir contestación en esa misma lengua.

Dicha disposición dista mucho de recoger la obligaciones que tienen los Estados de la comunidad internacional conforme a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en lo relativo a acceso a la justicia, no se contempla por ejemplo la notificación consular en caso de detención, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, o a un intérprete durante todo el proceso. Utiliza la disposición términos poco precisos, ya que la definición de equitativo o imparcial se presta a un sin número de interpretaciones.

El acceso a la justicia se ha visto afectado, también so pretexto de la lucha contra el terrorismo, como lo indican informes recientes para la Asamblea Parlamentaria de Europa, sobre prácticas sistemáticas

de tortura en prisiones.¹⁷ Frente a dicha situación, el Parlamento Europeo se vio en la necesidad de adoptar una resolución para evitar que continúen detenciones sin observar las normas internacionales y de derecho comunitario.

La regulación jurídica aplicable a los inmigrantes, en el ámbito de la Unión Europea, no ha cuestionado cuáles son las causas de las migraciones forzadas para la Unión Europea, consideró como suficiente para dar solución a esta compleja problemática, con la prohibición de la inmigración ilegal, con lo cual fortaleció el crimen organizado, ya que resulta lucrativo operar las redes de trata de mujeres, niños y tráfico ilegal de migrantes. Además, al no tratar de solucionar o amirorar la problemática que da origen a las migraciones forzadas, continuarán millones de personas intentando cruzar las fronteras, aún a costa de su propia vida.¹⁸

Un ejemplo claro en ese sentido, lo ubicamos en España en 2004:

La Guardia Civil interceptó a 61 inmigrantes indocumentados a bordo de una embarcación neumática con la que intentaban alcanzar la costa de Tarifa (Cádiz). Ese mismo día, once africanos habían sido detenidos antes de lograr desembarcar en la playa de Cantarrijana, en Motril (Granada). En Fuenteventura fueron interceptadas dos pateras con 63 subsaharianos a bordo.¹⁹

Ese mismo año se dictaron 85,019 órdenes de expulsión.²⁰

El mismo 2004, de enero a junio se produjeron tres naufragios en los que fallecieron 39 personas, 49 consiguieron ser rescatadas y tres desaparecieron. Estas cifras pueden completarse con la información de los equipos de respuesta inmediata de la Cruz Roja, que atienden a los inmigrantes a pie de playa: en Canarias asistieron a 500 personas durante junio, y en la costa andaluza a 695. En estos seis meses fueron interceptados 230 pateras, y detenidos 97 responsables de es-

¹⁷ McSherry, Patrice J., *Predatory States. Operation Condor War in Latin America*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2005, pp. XXI, 247-249 y 254.

¹⁸ Véase la 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.

¹⁹ *El País*, 20 de julio de 2004.

²⁰ *Idem*.

tas embarcaciones y 5,479 inmigrantes, frente a los 5,786 arrestados durante el primer semestre del año pasado.²¹

La problemática de las migraciones masivas no se resuelve con el control de flujos, restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales a los individuos que carecen de documentación, sino en generar mejores condiciones de vida de los inmigrantes irregulares en sus países de origen, en caso de no atender las causas que originan la emigración, millones de personas seguirán buscando cómo burlar la vigilancia fronteriza en busca de una nueva esperanza de vida para ellos y sus familias.²²

En sentido opuesto a las políticas de la Unión Europea, el programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) recomienda a la Unión Europea duplicar el número de inmigrantes de aquí a 2050 para compensar envejecimiento de su población y la baja natalidad. Señala el Informe que “uno de los mayores desafíos para Europa será aprovechar el flujo de la mano de obra y de nuevas culturas procedentes de América Latina, África y Asia”.²³

Emmanuel Todd atribuye las políticas migratorias de la Unión Europea a que en las democracias occidentales, los partidos de extrema derecha se han especializado en satanizar al inmigrante e interpretar como un solemne fracaso la concepción francesa del hombre universal. Puntualiza Todd:

Francia es la única democracia occidental cuya vida política esta envenenada desde hace diez años, muestra de que la pretensión francesa de encarar lo universal ha sido siempre una superchería. En resumidas cuentas: frente al hombre diferente, con otro origen geográfico o religioso, Francia tan sólo sería capaz de reaccionar con una vulgar intolerancia.²⁴

²¹ *Ibidem*, 16 de julio de 2006.

²² Un ejemplo, en este sentido, lo ubicamos en el retorno de 20 mil ecuatorianos de manera voluntaria promovida por el propio Gobierno español, quien sufragó los gastos de los pasajes para su retorno.

²³ *El País*, 16 de julio de 2004.

²⁴ Todd, Emmanuel, *El destino de los inmigrantes. Asimilación o segregación en las democracias occidentales*, trad. de Gabriel Hormaeches, Barcelona, Tusquets, 1996, p. 15.

Frente a esta situación, son los tribunales de los países de la Unión Europea los que tienen en sus manos la solución, para asegurar el respeto de los derechos fundamentales al no aplicar las normas comunitarias contrarias a las normas convencionales internacionales ratificadas por los Estados miembros de la Unión. En ese sentido, puede citarse como ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano que en 2004 dictaminó a dos artículos de la Ley Fini-Bossi, como inconstitucionales por contravenir los artículos 13 y 14 de la Constitución de Italia. También determinó que “un inmigrante ilegal no puede ser expulsado sin antes comparecer ante un juez sin garantías de defensa, es decir que no puede ser expulsado sin haber comparecido ante un juez y sin la presencia de un abogado”.

IV. POSIBLE CONFLICTO ENTRE LA NORMA DE DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN, LA NORMA COMUNITARIA Y LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En caso de violación de los derechos humanos de los inmigrantes irregulares en Europa, es factible que se presente un triple conflicto de normas, entre la norma de derecho interno de un Estado miembro de la Unión Europea, la norma comunitaria y las normas internacionales de derechos humanos contenidas básicamente en la Convención Europea de Derechos Humanos y sus protocolos.

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,

pone en riesgo en último término la unidad misma del sistema jurídico internacional.²⁵

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas enfatizó el carácter propio, nuevo y autónomo del derecho comunitario que lo caracteriza como un ordenamiento separado del derecho internacional y del derecho nacional, en el caso *Costa vs. ENEL* de 1964.²⁶ A pesar de ello, en el caso de *Racke*, el Tribunal de Justicia puntualizó que la Comunidad Europea está obligada a cumplir con los acuerdos o convenios internacionales celebrados por los Estados miembros. Sin embargo, en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*²⁷ hubo un retroceso por cuanto determinó que en caso de conflicto entre una norma comunitaria y una internacional, prima la comunitaria a pesar de que el derecho internacional es parte integrante del derecho comunitario como se expresa en el artículo 300, párrafo 7, del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el caso *Nold* de 14 de mayo de 1974,²⁸ puntualizó:

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.

Cabe recordar que el Tratado de Maastricht de 1988 introduce, dentro de la normatividad de la Unión Europea, el catálogo de los derechos fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humana-

²⁵ Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio, "Sobre el derecho internacional, de los derechos humanos y comunitario europeos", *Revista de Derecho Comunitario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 3, núm. 5, 1999, pp. 107 y 108.

²⁶ Caso 6/64, sentencia del caso *Costa/ENEL* del 5 de julio de 1964.

²⁷ Caso 11/70, sentencia del caso *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 de diciembre de 1970.

²⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sentencia caso *Nold*, (causa 4/73), sentencia del 14 de mayo de 1974, p. 491.

nos, y los erige como principios fundamentales de su propio derecho, en el artículo F-2, de dicho instrumento, al señalar:

2. 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.

El Tratado de Ámsterdam en 1997 reforzó la importancia de los derechos humanos al modificar el artículo F 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 fundamentales, así como del Estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”.

Con lo cual, los derechos humanos del Convenio Europeo de 1950 tienen el rango de principios fundamentales del derecho comunitario, y deberían de ser garantizados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y los Tribunales de Primera Instancia de las Comunidades, cuando estos actúen dentro de sus competencias específicas y a través de las actuaciones de los tribunales judiciales de los Estados miembros, es decir, cuando actúen en materia comunitaria.

Cabe tener presente que son pocas las ocasiones en que los particulares pueden acceder a un proceso ante el Tribunal de Luxemburgo, ya que no hay ningún mecanismo para asegurar que el conocimiento del caso vaya a ser sometido al Tribunal de Justicia de las Comunidades 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 Tribunal de Luxemburgo 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.²⁹ Mediante este auto, el Tri-

²⁹ “Auto Dem’Yanenko: expulsión de ciudadanos de terceros Estados y el TJCE”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, núm. 2, 2004, p. 103.

bunal de Justicia de las Comunidades Europeas se declaró manifiestamente incompetente para dar respuesta una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal italiano, en relación a 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 dentro del marco del Acuerdo de Schengen.

El 22 de mayo de 2002, Dem'Yanenko, ciudadana ucraniana, entró en el territorio de la Unión Europea por la República Austriaca, mediante 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 convalidará 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 decidió plantear una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En su auto de remisión de 19 de enero de 2003, el Tribunal de Catania pregunta al Tribunal de Justicia si la normativa italiana era compatible con los artículos 7o., 8o. y 9o. 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 Tribunal de Justicia. El Tribunal consideraba que

el procedimiento de expulsión establecido en el Decreto 286/1998 violaba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no permitía ejercitar el derecho de asilo y limitaba en forma desproporcionada el derecho básico de libertad.

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 condición de jurisdicción del Tribunal de Catania, en el sentido del artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, la aplicabilidad de la Directiva 64/221, la aplicabilidad 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 Tribunal recuerda que el Decreto Legislativo 286/1998 establece como atribución única del Tribunal nacional convalidar la orden de expulsión.

Por lo que se refiere a la Directiva 64/221, le recuerda el Tribunal de Justicia que en virtud de su artículo 1o., se aplica 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”.³⁰

Concluye el Acuerdo del Tribunal, al señalar que “el artículo 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen establece las condiciones según las cuales los extranjeros que ya no cumplan las condiciones de estancia de corta duración han de salir de los territorios de las partes contratantes”. En el apartado 3 se especifica:

³⁰ *Ibidem*, p. 104.

Cuando dicho extranjero no abandone el territorio voluntariamente o pueda presumirse que no lo abandonará, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de seguridad nacional o de orden público, el extranjero será expulsado del territorio de la parte contratante donde haya sido aprehendido, en las condiciones establecidas en el derecho nacional de dicha parte contratante.³¹

Continúa el Acuerdo recordando 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, como fundamentos jurídicos del artículo 23, apartado 3, del Convenio de aplicación de Schengen, precisa “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 comunitarias 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 Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir el fallo.³²

Concluye el Acuerdo citando la jurisprudencia bien conocida sobre los derechos fundamentales:

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

³¹ *Ibidem*, p. 105.

³² Linde Paniagua, Enrique *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 245.

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.³³

Impresiona este auto por el automatismo impersonal con la que se aplicó la normatividad italiana y por la argumentación jurídica del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 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 de los inmigrantes irregulares de acceder a la justicia del Tribunal de Luxemburgo, cabe preguntarse ¿cuál ha sido la respuesta de la Corte Europea de Derechos Humanos en estas situaciones?, ¿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 ya fue determinada por la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, en el caso *Matthews*,³⁴ 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 a 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 intervalos razonables elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libertad de expresión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

Este caso resulta de especial interés para fines de nuestro trabajo, por cuanto se pronuncia sobre el establecimiento de una norma europea que resulta discriminatoria hacia los habitantes de Gibraltar.

En la sentencia, la Corte Europea de Derechos Humanos establece en primer término que no existe razón alguna para determinar que

³³ *Op. cit.*, nota 29, p. 105.

³⁴ Shermers, H. G., “Case Law: *Matthews vs. United Kingdom* of 18 February, 1999”, *Common Market Law Review*, vol. 36, 1999, pp. 673 y ss.

no resulta competente en este asunto la Corte Europea de Derechos Humanos, y por ello que resulte aplicable el Convenio Europeo y su Protocolo I; en segundo término, la Corte afirma contra la alegación del gobierno británico de que se considera inocente e imputa la responsabilidad por la organización de las elecciones a una entidad que no puede responder ante la Corte Europea de Derechos Humanos, que aunque haya actuado en cumplimiento de la normatividad europea, esto no lo exime de su responsabilidad internacional, y que no puede justificar dicho incumplimiento en razón de su adhesión voluntaria a una organización supranacional.

En lo relativo a la discriminación, resulta sumamente llamativo y hasta aventurada,³⁵ la interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos de los derechos fundamentales en el marco europeo, al pronunciarse sobre la hipotética responsabilidad de los restantes catorce 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, pueden escudarse la comisión de diversas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, so-pretexto de que no son responsables los Estados independientes y soberanos de Europa por formar parte de la Unión Europea.

V. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES A LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

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.³⁶

³⁵ Nicol llega a decir que la CEDH en la sentencia de Matthews se comporta como un *free rider* con relación al Tribunal de Luxemburgo. Nicol, D., "Lessons from Luxembourg: Federalisation and the Court of Human Rights", *European Law Review*, vol. 26, 2001, p. 18.

³⁶ Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaidjan, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croa-

Tras los cambios que surgieron en Europa con las revoluciones de 1989, la caída del muro del 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. El Convenio garantiza el derecho a la vida (artículo 2o.), prohíbe la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3o.), la esclavitud o servidumbre, así como los trabajos forzados (artículo 4o.), reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad, y los derechos del detenido (artículo 5o.), el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia (artículo 6o.), prohíbe la retroactividad de la ley penal (artículo 7o.), protege la vida privada y familiar (artículo 8o.), las libertades de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9o.), 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 violación haya sido cometida por personas en ejercicio de sus funciones oficiales (artículo 13); finalmente, el derecho de disfrute de tales derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opinión política y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (artículo 14).³⁷

En el Convenio de Roma, el derecho de no discriminación no es un derecho autónomo, ya que el artículo 14 protege el derecho a no ser discriminado en el goce de algunos de los derechos reconocidos por el Convenio. Cabe precisar que los artículos 10, 11 y 14 no podrán ser interpretados en el sentido de que prohíba a los Estados parte imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

cia, 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.

³⁷ Corral Salvador, Carlos y González Rivas, Juan José, *Código internacional de derechos humanos*, Madrid, Colex, 1997, pp. 89 y ss.

Algunos de los derechos reconocidos en el Convenio de Roma pueden ser objeto de limitaciones y restricciones. Dichas limitaciones han de estar previstas en ley, y responder a una finalidad legítima y ser necesarias en una sociedad democrática, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Europea. El artículo 18 del Convenio de Roma reitera que las restricciones que pudieran ser impuestas a los derechos y libertades reconocidos, sólo podrán ser aplicadas con la finalidad para la cual hubiesen sido previstas. En ese sentido, en su sentencia del 21 de febrero de 1990, relativa al caso Powel y Rayner contra el Reino Unido, la Corte afirmó:

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 8o., o en los términos de una injerencia de una autoridad pública que este 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.³⁸

El artículo 1o. del Convenio señala que los Estados parte están obligados a garantizar 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, los derechos y libertades contemplados en el instrumento internacional. La obligación de garantizar dichos derechos y libertades fundamentales alude a obligaciones de carácter positivo y derechos efectivos. Así, la Corte 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

³⁸ Caso Powel y Rayner *vs.* Reino Unido (sentencia del 21 de febrero de 1990), en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jurisprudencia 1988-2002*, Cortes Generales, 2003, p. 595.

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.³⁹

Gracias a la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal se ha extendido la protección del sistema europeo de protección de derechos humanos a derechos no expresamente reconocidos en el Convenio de Roma. Por ejemplo, los extranjeros gozan de protección indirecta, como por efecto de rebote, en virtud de una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del artículo 3o. del Convenio Roma en el sentido de que los extranjeros no pueden ser sometidos en el país de destino a un trato inhumano.

La sentencia de 7 de julio de 1989,⁴⁰ relativa al asunto Soering contra el Reino Unido de Gran Bretaña, puntualiza 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.

Sostuvo la Corte, en dicho caso, que un Estado se conduciría de una manera incompatible con los valores subyacentes del Convenio, si entrega 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.

³⁹ Caso Irlanda *vs.* el Reino Unido de Gran Bretaña (sentencia del 18 de enero de 1978), en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *25 años de Jurisprudencia 1959-1983*, Cortes Generales, 2003, p. 349.

⁴⁰ Caso Soering *vs.* el Reino Unido de la Gran Bretaña (sentencia del 7 de julio de 1989), en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 38, p. 423.

Una interpretación similar de carácter extensivo del Convenio de Roma se presentó en el caso *Berrehab vs. Países Bajos*, en relación al derecho de un extranjero a entrar o residir en un país; expresó la Corte Europea 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 8o. del Convenio. En este caso, un holandés fue expulsado a pesar de que residía legalmente, se encontraba casado con una holandesa y tenía vínculos efectivos en el país como una hija, a pesar de ello se le denegó el permiso de residencia, la Corte puntualizó: “No se había asegurado un justo equilibrio entre los intereses, en presencia que existía por tanto 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”.⁴¹

El Convenio Europeo de Derechos Humanos fue modificado por once protocolos adicionales, adoptados entre 1952 y 1994, fecha en que se adoptó el Protocolo 11. De ellos, cuatro tienen carácter sustantivo (protocolos 1, 4, 6 y 7), los demás se refieren a la organización y competencia de los órganos que participan en el mecanismo de garantía instituido en el Convenio de Roma. El Protocolo adicional 2, que no ha sido utilizado hasta la fecha, confiere jurisdicción consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en ejercicio de dicha jurisdicción puede formular opiniones a petición del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

De tal suerte que el Protocolo 1, adoptado en 1952, añadió al catálogo de derechos reconocidos en el Convenio de Roma, el derecho al respeto de la propiedad, por lo que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas en la ley por los principios de derecho internacional (artículo 1o.), el derecho a la instrucción, respetando el Estado el derecho de los padres a asegurarla de conformidad con sus convicciones (ar-

⁴¹ Caso *Berrehab vs. los Países Bajos* (sentencia del 21 de junio de 1988), en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 38, p. 123.

título 2o.), y por último, la obligación del Estado de organizar periódicamente elecciones libres (artículo 3o.).⁴²

El Protocolo adicional 4 prohíbe la privación de la libertad por incumplimiento de una obligación contractual (artículo 1o.), 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 (artículo 2o.), si bien 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, el derecho de circular por el territorio de un Estado y a escoger libremente residencia puede ser objeto, en ciertas zonas determinadas, de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática. Los artículos 3o. y 4o. del Protocolo adicional 4 prohíben, respectivamente, la expulsión de nacionales o el negar la entrada a un nacional y la expulsión colectiva de extranjeros.⁴³

El Protocolo adicional 6 establece la abolición de la pena de muerte. Sin embargo, el Protocolo 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 eminente de guerra.⁴⁴

⁴² No son parte del Protocolo Adicional núm. 1, Andorra y Suiza; el resto de los Estados parte del Convenio de Roma sí son parte. Se adoptó el 20 de marzo de 1952. España ratifica el 23 de febrero de 1978, entra en vigor para España el 27 de noviembre de 1990 y se publica en *BOE*, núm. 11, 12 de enero de 1991.

⁴³ No son parte del Protocolo Adicional núm. 4: Andorra, España, Hungría, Liechtenstein, Reino Unido, Suiza y Turquía. Los demás países parte del Convenio de Roma son parte del Protocolo núm. 4. Firmó España el 23 de febrero de 1978, pendiente de ratificación. Sin embargo, se incorporaron al Protocolo núm. 11, del 11 de mayo de 1994, como anexos los protocolos adicionales núms. 4, 6 y 7. Por lo tanto, al ratificar España mediante instrumento del 28 de noviembre de 1996, a partir de esa fecha se encuentra obligada al cumplimiento de los protocolos núms. 11, 4, 6 y 7.

⁴⁴ No son parte del Protocolo núm. 6, Armenia y Turquía; los demás Estados parte del Convenio de Roma son parte del Protocolo núm. 6. Entró en vigor el 1 de febrero de 1985, España ratificó el 20 de diciembre de 1984, entró en vigor para España el 1 de marzo de 1985, y se publicó *BOE*, núm. 92, 17 de abril de 1985.

Por su parte, el Protocolo adicional 7 prohíbe la expulsión arbitraria de extranjeros (artículo 1o.), el derecho a un recurso contra una condena penal (artículo 2o.), derecho a obtener una indemnización del Estado cuando una condena sea anulada o se produzca un indulto a causa de un error judicial (artículo 3o.), el principio *ne bis in idem* (artículo 4o.) y el principio de igualdad en él (artículo 5o.).⁴⁵

El sistema de protección de los derechos humanos de 1950 era lento y complejo, requería la participación de la Comisión y el Comité de Ministros, o la Comisión y la Corte, 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.

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 la Corte Europea 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.

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 de 9 de octubre de 1993, para iniciar proceso de reforma del sistema europeo de protección de los derechos humanos, orientado básicamente a la creación de una Corte con jurisdicción obligatoria y competencias decisorias tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo. Así, el 11 de mayo de 1994 se adoptó y fue abierto a la firma el nuevo Protocolo de Enmienda

⁴⁵ No son parte del Protocolo Adicional núm. 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 núm. 7. Sin embargo, aquellos Estados que ratificaron el Protocolo Adicional núm. 11, aceptaron como anexos los protocolos núms. 4, 6, y 7. España, al ratificar el Protocolo Adicional núm. 11, mediante el instrumento del 28 de noviembre de 1996, se obliga al cumplimiento de los protocolos núms. 4, 7 y 11.

11⁴⁶ que modificó a profundidad el mecanismo de garantía y control de protección de los humanos en Europa. 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.

La Corte Europea de Derechos Humanos funcionará con carácter permanente, con jurisdicción obligatoria, tanto en el caso de demandas interestatales como de demandas presentadas por individuos.

El individuo goza de legitimación activa plena ante la Corte Europea 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 la Corte.

Al comentar Carrillo Salcedo la transformación del mecanismo de protección de derechos humanos europeo, puntualiza que “se encuentra amenazado por causas externas que condicionan su operatividad; dentro de las mismas menciono la creciente heterogeneidad por la incorporación de Rusia y Ucrania y la multiplicación de los procesos”.⁴⁷ Y se pregunta, ¿están preparados los nuevos Estados miembros para asumir las obligaciones que derivan del Convenio Europeo?, ¿subsistirán con una ampliación de miembros tan amplia “los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, libertad política y el imperio del derecho, principios sobre los cuáles se funda la verdadera democracia”?

⁴⁶ 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 ratificarlo todos los Estados parte del Convenio.

⁴⁷ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales”, en varios autores, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Academia de Derecho Internacional de la Haya-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, reprod. facs., pp. 139 y 140.

Las reformas que se establecieron mediante el Protocolo 11, al poco tiempo resultaron insuficientes, pues para 1998 ya habían aumentado las peticiones de 18,164 a 34,546 en 2002; y en 2003, 65,000 peticiones estaban pendientes de resolución. El Protocolo 11 fue abierto a la firma el 14 de mayo de 2004, se centra en procedimiento más expedito para la admisibilidad de los casos y la atención de manera expedita de los asuntos que reúnan los requisitos para su admisibilidad.⁴⁸

El mecanismo vigente de protección de los derechos humanos europeo formalmente asegura un acceso efectivo a la justicia internacional, ya que concede un derecho de *ius standi* directo a favor del individuo, parte de la jurisdicción obligatoria de la Corte Europea y otorga a la Corte 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 a la Corte, sería deseable que se ratificará el Protocolo 14 para asegurar en estos casos una protección efectiva en tiempo, ya que una justicia tardía genera una denegación de justicia.

Los inmigrantes irregulares, antes y después de la adopción del Protocolo 11, han gozado del derecho de acceso a la justicia al recurrir al mecanismo de protección de los derechos humanos europeo, la nueva aportación del Protocolo 11, que convierte el acceso del individuo en directo, con lo cual se otorga un derecho al individuo de acceso efectivo a la justicia internacional. Además, las sentencias del sistema europeo de protección de derechos humanos siempre se han fundado y motivado, situación muy diversa de la existente en la Comisión Interamericana, razón por la cual sí se garantiza el derecho del debido proceso legal y un juicio justo, donde el individuo goza de *ius standi*.

Ejemplos de dicha afirmación lo constituyen las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos Suljmanovic, Sultamanovic y Sulejmanovic, que corresponden a migrantes irregulares que vivían en Italia y fueron expulsados a Bosnia-Herzegovina. Su

⁴⁸ Van Dijk, Pieter *et al.* (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4a. ed., Oxford, Intersentia, 2006, p. 37.

queja la presentaron con fundamento en la violación del artículo 1o., del Protocolo 7, la cual fue rechazada,⁴⁹ sin embargo, se volvió a presentar con fundamento en la violación del artículo 4o., del Protocolo 4, con lo cual se declaró admisible. En la sentencia del 8 de septiembre de 2002, la Corte ordena el retorno de los expulsados, obligando a Italia que les otorgue un permiso de residencia.⁵⁰

En otro caso reciente, *Mizzi vs. Malta*, la víctima fundó su reclamación ante la Corte Europea de Derechos Humanos por la violación del derecho de acceso a la justicia, en relación al derecho a la vida privada y familiar y la no discriminación. El señor Mizzi pretendió a lo largo de varios años revocar la paternidad sobre una menor, nacida después de que la madre de la niña y el demandado se separasen. De conformidad con la legislación de familia, vigente en 1996 en Malta, el señor Mizzi fue considerado automáticamente el padre de la recién nacida y así se hizo constar en el Registro Civil. No obstante, posteriormente se determinó mediante un análisis de ADN que la menor no era su hija, por lo que decidió iniciar un proceso para revocar su paternidad. Se le negó el derecho de acceso a un Tribunal para demandar la revocación de la paternidad, en razón de que la legislación establecía como plazo máximo seis meses después del registro. El Tribunal Constitucional también le niega el derecho al proceso, razón por la cual acude al Tribunal de Estrasburgo; la Corte de Estrasburgo resolvió que se violó el derecho a la igualdad, y en razón de dicha violación se le negó el ejercicio de sus derechos.

En materia penal ubicamos el caso *Sejdovic vs. Italia*,⁵¹ Sejdovic fue declarado sospechoso de haber cometido el delito de asesinato, por tal motivo se gira una orden de detención contra el demandante 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

⁴⁹ Casos *Stanovic y Sejmanovic* (sentencia del 14 de marzo de 2002), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 38, pp. 142 y ss.

⁵⁰ Casos *Stanovic y Sejmanovic* (sentencia del 8 de noviembre de 2002), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 38, pp. 233 y ss.

⁵¹ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Sejdovic vs. Italia* (sentencia del 1 de marzo de 2006).

hubiera ninguna respuesta al respecto. El letrado intervino en la fase de prueba, no así el demandante que fue declarado culpable, la defensa no recurrió la sentencia condenatoria que se convirtió en firme. Dos años y medio más tarde se le detiene en Alemania y el Gobierno de Italia solicita su extradición. Las autoridades alemanas negaron la extradición con base a que la ley italiana no garantizaba que el proceso se hubiera desarrollado respetando el derecho de audiencia del demandado. La Corte Europea 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 disponía 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 la garantía de que el demandante pudiera tener acceso a un nuevo procedimiento, o a reabrir el anterior para ejercer su derecho a la defensa.

Caso *Rodrigues Da Silva & Hoogkamer vs. Países Bajos*.⁵² La señora Rodrigues Da Silva, de nacionalidad brasileña, ingresó en los Países Bajos en 1994, convivió en pareja con un hombre de nacionalidad holandesa durante tres años, periodo en el que la demandante no obtuvo 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 al 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 informan a la señora Rodrigues que tiene que abandonar el país dentro de dos semanas. En julio, el Tribunal de Apelación le da la custodia de Rachael Hoogkamer a su padre, sen-

⁵² Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Rodrigues Da Silva & Hoogkamer vs. Países Bajos* (sentencia del 31 de enero de 2006).

tencia que fue ratificada en 2000 por el Tribunal Supremo. En 2002, la señora Rodrigues solicita nuevamente un permiso de residencia, que fue rechazado nuevamente, y es expulsada a Brasil. La Corte Europea 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 debe permitir a la madre que resida con su hija, fundamenta 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, la Corte Europea de Derechos Humanos dicta otra sentencia por violación del derecho de acceso a la justicia, contemplado en el artículo 8o. del Convenio Europeo, es el caso *Turek vs. Eslovaquia*.⁵³ El señor Turek ostentaba un alto cargo público en la administración de educación de la antigua república 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 al demandante. Según 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 ochenta, 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 hubiera probado el señor Turek que la incorporación a los registros de la informa-

⁵³ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Turek vs. Eslovaquia* (sentencia del 14 de febrero de 2006).

ción que sostenía su vinculación como colaborador era errónea, se procedería a considerar menoscabado su buen nombre y reputación.

La Corte Europea de Derechos Humanos determinó que se violó el artículo 8o. de la Convención, ya que 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.

Resulta evidente que en lo relativo al derecho de acceso a la justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sido muy clara, en diversas sentencias, en el sentido de que el derecho a un juicio justo abarca el derecho a la asistencia jurídica gratuita por un letrado, cuando se carecen de recursos, al igual que el de un traductor o intérprete cuando es necesario.⁵⁴ De igual forma concluye la Corte, en relación al derecho a un juicio justo, que abarca el derecho a un recurso efectivo, que toda resolución o sentencia deberá fundarse y motivarse, respondiendo a cada una de los fundamentos jurídicos en que se basa la demanda o queja, y en caso de desechar una apelación, deberán establecerse los razonamientos legales por los cuales no resulta procedente el recurso.⁵⁵

Para determinar si hay acceso a la justicia en el sistema europeo de protección de derechos humanos, debemos de referirnos al grado de ejecución de las sentencias de la Corte de Estrasburgo.

En lo relativo al acceso del individuo a la Corte Europea de Derechos Humanos, a partir de la modificación del sistema europeo, con la adopción del Protocolo 11,⁵⁶ el individuo goza de acceso directo a la Corte Europea de Derechos Humanos, con lo cual se evita, como

⁵⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, casos X y Y *vs.* Holanda (sentencia del 1975); Corte Europea de Derechos Humanos, caso AB *vs.* Slovakia (sentencia del 4 de marzo de 2003).

⁵⁵ Caso HAL *vs.* Finlandia (sentencia del 7 de julio de 2004).

⁵⁶ Con la adopción del Protocolo núm. 11 desaparece la Comisión; el periodo de transición acabó en 1999; en esas fechas también el Consejo de Ministros deja de ejercer cualquier facultad sobre el fondo del asunto, con lo cual cualquier demanda formada sobre violación de derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos puede ser presentada por un Estado o individuo directamente ante la Corte Europea de Derechos Humanos, que se configura después de las reformas como un órgano único y permanente.

ocurría en el pasado, denegación justicia o una justicia tardía, en razón de que la Comisión Europea de Derechos Humanos no llevó el asunto a la consideración de la Corte o este llegó tardíamente cuando las violaciones ya se habían consumado, sin la posibilidad de adoptar medidas cautelares o provisionales.

En el sistema europeo de protección de derechos humanos, la ejecución de las sentencias no sólo llevó a la reparación de los daños a las víctimas de las violaciones, sino también a adopción de las reformas legislativas necesarias y a la modificación de las políticas gubernamentales para en un futuro no continuar con el patrón sistemático de violaciones, situación que evidencia el grado de eficacia y efectividad del sistema de protección y garantía del sistema europeo.

Señala, Andrés Palomo del Arco, que los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos adoptan las interpretaciones de la Corte Europea de Derechos Humanos como vinculativas, al atribuirle efectos *erga omnes* a dichas interpretaciones.⁵⁷ Lo cual produce un efecto multiplicador de efectiva garantía y protección en los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europea.

A pesar del gran avance que se observa en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, sobre todo si se le compara con el americano, quedan tareas aún pendientes. En ese sentido, afirma Palomo Arcos,⁵⁸ en el Informe que redactó la Asamblea Parlamentaria, publicado en junio de 2005, se detectaron asuntos que aún están pendientes en manos del Consejo de Ministros, después de cinco años de haberse dictado sentencia, o bien otros que presentan deficiencias en su cumplimiento, aunque se ha ejecutado la sentencia.

Continúa Palomo Arcos⁵⁹ al señalar que destacan, dentro de los Estados que en mayor número de casos no ejecutan las sentencias, en primer término: Italia (más del 60% de los asuntos pendientes de ejecución ante el Consejo de Ministros, 2,351 a mediados de 2005), seguida por Turquía (111 casos) y después Polonia (109 casos). El resto

⁵⁷ Palomo del Arco, Andrés, "Revisión de sentencias firmes tras condena del TEDH", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XIX, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006, p. 328.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

se divide entre Reino Unido, que cuenta con siete asuntos; Rumania, Rusia y Grecia, con dos cada uno; Alemania, Bulgaria, Francia, Lituania, Moldavia y Ucrania, con un asunto cada país; en consecuencia, en dicho Informe 33 países no tienen en su haber sentencias pendientes de ejecución de la Corte Europea de Derechos Humanos

Cabe mencionar que aunque todavía hay un gran número de sentencias que no se cumplen, a partir de la adopción del Protocolo 11, ha aumentado de manera significativa el número de demandas que se presentan ante la Corte Europea de Derechos Humanos; así por ejemplo, en 2005 se presentaron 45,000 demandas y se dictaron 1,105 sentencias. En 2006, el aumento de demandas fue mayor, aproximadamente 100 demandas diarias, aunque hay un alto porcentaje de tales demandas que no fueron admitidas.⁶⁰

Palomo del Arco⁶¹ llega a la conclusión de que el mayor número de sentencias que no se ejecutan son aquellas que se relacionan con el derecho de acceso a la justicia, y generalmente en 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, sobre todo si la reparación de la violación a la víctima conlleva a la inmediata puesta en libertad del demandante, en estos casos, indica, se da una “tensión dialéctica con la seguridad jurídica”.⁶²

Para evitar la tensión dialéctica entre la seguridad jurídica y la reapertura del proceso, el Consejo de Ministros emitió una Recomendación donde invita a los Estados miembros, en aras a lograr una reparación de los daños, y con el objeto de que no se vean imposibilitados de cumplir las sentencias por carecer de los medios disponibles en el sistema jurídico nacional, realicen las reformas necesarias para poder dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, en particular reabrir los procesos:

- 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

⁶⁰ Palomo del Arco, Andrés, *op. cit.*, nota 57, p. 330.

⁶¹ *Ibidem*, p. 331.

⁶² *Idem*.

pueden ser modificadas mas que a través del re-examen o la reapertura del proceso, y

ii) Si resulta de la sentencia de la Corte, 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.⁶³

En su estudio, Palomo del Arco⁶⁴ menciona los Estados miembros del Consejo de Europa que han realizado reformas o permiten, por mecanismos ya previstos, la revisión de los procesos con el propósito de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y garantizar el acceso a la justicia de manera efectiva: Austria (reformó su artículo 369 de su Código de Procedimiento Penal mediante Ley Federal de 27 de marzo de 1963), Alemania (permite la revisión desde 1998), Bélgica (permite la reapertura mediante los artículos 421, &1 y &2, y 422, &1 y &4) Dinamarca (modificó artículo 441 de su Código Procesal Penal), Estonia (permite la reapertura del proceso tras una revisión), Francia (reformó su Código Procesal Penal con la Ley de 15 de junio de 2000, al introducir un nuevo título, “Del re-examen de una resolución penal, consecutivo al pronunciamiento de una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que contiene los artículos 626.1 a 626.7”), Grecia (modificó su Código Penal el artículo 525, párrafo 1, por Ley 2865/2000 de 19 de diciembre), Lituania (incluyó una nueva sección al Código Procesal Penal, titulado “Reapertura de un asunto penal tras sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, mediante Ley de 11 de septiembre de 2001), Luxemburgo (reformó el artículo 443.5 del Código Procesal Penal), Malta (Acta número XIV de 1987, mediante la cual encomienda al Tribunal Constitucional la efectiva ejecución de las sentencias condenatorias), Noruega (artículo 407.7 del Código Procesal Civil y 391 del Código Procesal Penal), Polonia (permite la revisión de una sentencia penal desde 1998, tras una sentencia condenatoria de una Corte Internacional), Reino Unido (revisión que

⁶³ Recomendación R (2000) 2 del Consejo de Ministros.

⁶⁴ Palomo del Arco, Andrés, *op. cit.*, nota 57, pp. 333 y ss.

realiza la Comisión creada para tal efecto, mediante la Criminal Appeal Act, secciones 9-12), Suecia (artículo 1.5 del capítulo 59 de su Código de Procedimiento Judicial), Suiza (artículo 139 de su Ley Federal de Organización Judicial) y España (mediante el artículo 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional STC 185/1990).

Puede concluirse que en el sistema europeo de protección de los derechos humanos hay un efectivo acceso a la justicia, por cuanto el acceso del individuo es directo, no depende de un órgano político la admisibilidad de la demanda, y la ejecución de las sentencias cada día es mayor por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa, en razón de que han reformado su legislación o han recurrido a mecanismos ya previstos para incluso reabrir los procesos y garantizar con ello el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos.