

LA DENEGACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA A LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN LA UNIÓN EUROPEA*

THE DENIAL OF ACCESS TO JUSTICE FOR ILLEGAL IMMIGRANTS IN THE EUROPEAN UNION

Loretta ORTIZ AHLF**

RESUMEN: El presente artículo nos da en su primera parte una muestra de la evolución del derecho comunitario con respecto a la cuestión de la inmigración y de cómo pasó de ser un tema secundario a un tema de primera línea en la legislación europea. En un segundo apartado, la autora se refiere en específico a la expulsión de nacionales no comunitarios que se encuentren de manera irregular en el territorio de la Unión Europea. La autora nos muestra que las directivas relativas a la expulsión de inmigrantes irregulares del Parlamento y Consejo Europeos son violatorias de los derechos de acceso a la justicia y de libertad. En un último apartado, nos deja examinar cómo las normas comunitarias han tenido —en ciertas ocasiones— una primacía indebida sobre las normas internacionales.

Palabras clave: inmigración irregular, expulsión de inmigrantes, acceso a la justicia, conflicto de normas.

ABSTRACT: *The present article gives us in its first part, a sample of the evolution of the Communitarian Law regarding the immigration issue and how it developed from being a minor topic to a frontline one within the European legislation. In its second part, the author refers specifically to the expulsion of non-communitarian nationals who are illegally in the territory of the European Union. The author shows us that the directives of the European Parliament and Council breach the rights of access to justice and freedom. In the last section, she lets us examine how the communitarian norms have had—in certain occasions— an undue primacy over international ones.*

Descriptors: *Illegal immigration, expulsion of immigrants, access to justice, conflict of laws.*

RÉSUMÉ: *Cet article nous donne une première partie montre l'évolution du droit communautaire en ce qui concerne la question de l'immigration et comment ils sont allés d'être une question secondaire à un problème de premier plan de la législation européenne. Dans la deuxième section, l'auteur se réfère notamment à l'expulsion des ressortissants non-UE qui se trouvent illégalement sur le territoire de l'Union européenne. L'auteur montre que les politiques relatives à l'expulsion des immigrants illégaux au sein du Parlement européen et du Conseil sont en violation des droits d'accès à la justice et la liberté. Dans la dernière section, on examine comment les règles de l'UE ont été, parfois, la primauté excessive sur les normes internationales.*

* Artículo recibido el 20 de noviembre de 2009 y aceptado para su publicación el 22 de septiembre de 2010.

** Maestra en Derecho por Universidad Iberoamericana. Directora del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana; miembro de la Comisión de Asesores Externos de Derecho Internacional Público de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Panelista de Casos en el Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y coordinadora de la Comisión de Derecho Internacional.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Evolución del tratamiento jurídico de la materia desde el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen del 14 de junio de 1985*. III. *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*. IV. *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*. V. *Reflexiones*.

I. INTRODUCCIÓN

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 diversos países 22 millones de refugiados y más de 50 millones de desplazados, de los cuales la Unión Europea acoge entre el 10 y 15%.¹

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,² se ha convertido junto con Canadá, Estados Unidos y Australia en el epicentro de dicho fenómeno.³ A pesar de la innegable importancia del tema, no es sino hasta, relativamente, hace poco tiempo que 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

¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Réfugiés et personnes sous la protection*, HCE-Raport statistique, Ginebra, 1998.

² Sobre la globalización véase Lima Torrado, Jesús *et al.*, *Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina*, Madrid, Dilex, 2007.

³ "Towards a New International Migration Regime. Globalization. Migration and Internationalization of the State". Miles, R. Thränhart (eds.), *Migration and European Integration. The Dynamics of Inclusion and Exclusion*, Londres, Pinter Publishers, 1993, pp. 47 y 48.

la Unión Europea (UE).⁴ Dicha normatividad 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%.⁵ 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 2006.⁶

La necesidad de una política común europea sobre inmigración surgió inicialmente en el Acta Única Europea⁷ con el Tratado de Maastrich de 1992. Sin embargo, no es sino hasta la Conferencia Intergubernamental de 1996⁸ y el Tratado de Ámsterdam de 1997, cuando se establece la normatividad relativa a la inmigración.

II. 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 Schengen,⁹ se firma entre los países miembros del Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa. Acuer-

⁴ Häberle, Peter, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, traducido por Francisco Balaguer Callejón, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Sevilla, núm. 1, Consejería de Justicia y Administración Pública, enero-junio de 2004, pp. 11 y ss.

⁵ 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, 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.

⁶ Lanzieri Galmpaolo, *Population and social conditions*, *Eurostat Statistics in Focus*, 81/2008, consultado en <http://europa.eu/abc/key/figures/index>.

⁷ Ruíz-Jarabo, Dámaso y Correa Guimerá, Bernandino, “La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Derechos Humanos del Migrante, de la Mujer del Islam y complejidad del sujeto*, Barcelona, Ed. Marzal Antonio-Ed. Esade y Bosch, 1999, pp. 124-127.

⁸ 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.

⁹ 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.

do 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 inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas.¹⁰

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 Schengen.¹¹ 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.¹² El Comité Ejecutivo, con la finalidad de compatibilizar el Convenio de Aplicación de Schengen y el de Dublín,¹³ aprobó el Protocolo de Bonn,¹⁴ 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 Estados miembros de la Unión Europea establecieran controles efectivos en las fronteras, lograrán la armonización en el ámbito nacional de las solicitudes de asilo, la puesta en marcha del Sistema de Información de Schengen, la re-organización 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

¹⁰ *Idem.*

¹¹ 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.

¹² Trujillo Herrera, Raúl, *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 212.

¹³ Convenio de Dublín adoptado en la Reunión del Consejo de Europa, en la ciudad de Dublín el 25 y 26 de junio de 1990.

¹⁴ Protocolo de Bonn, Doc. SCH/ Com-ex (94) PV1, Anexo 3, 26 de abril de 1994.

para la entrada en vigor de la Convención de Dublín se demoró y entró en vigor hasta el 26 de marzo, de 1995.¹⁵ Al Tratado de la Unión Europea 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.¹⁶

Para regular la inmigración se formó otro órgano intergubernamental que fue el Grupo TREVI en 1975,¹⁷ 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 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 tráficó ilegales. Al referirse a la inmigración, el Grupo TREVI puntualizó 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

¹⁵ 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 de la Convención, mediante Resolución de 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 de 30 de julio de 1993, (BOE, núm. 81, 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 estatus de asociados, lo cual implicó que la Convención se aplicó a dichos países, aunque no participaban formalmente en la toma de decisiones.

¹⁶ 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., septiembre de 2006, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 324 y ss.

¹⁷ Abellán Honrubia, Victoria, "La perspectiva histórica de los derechos humanos en la Unión Europea", en Marzal, Antonio (ed.), *Los derechos humanos en la Unión Europea*, Barcelona, ESADE-Bosch, pp. 39 y ss.

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.¹⁸

El grupo *ad hoc* sobre inmigración 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. La Comisión empezó a participar en sus reuniones en calidad de miembro y no como institución comunitaria.¹⁹ 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 1992²⁰ 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 trasporten 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.²¹

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 1o. de enero de 1993,²² 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

¹⁸ Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, Informe de Conclusiones, Parlamento Europeo, 1991, p. 143.

¹⁹ *Ibidem*, p. 139.

²⁰ Abellán Honrubia, Victoria, *op. cit.*, pp. 39 y ss.

²¹ Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, Informe de Conclusiones, Parlamento Europeo, 1991, p. 139.

²² *Idem*.

para cuestionar la actividad de dicho Grupo de Coordinadores a través del Parlamento Europeo.²³

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 1999.²⁴ 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 limitarían únicamente a regular el flujo migratorio y a endurecer el control de las fronteras.²⁵ 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 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 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 facilitar cuando hayan residido legalmente durante un período 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

²³ Abellán Honrubia, Victoria, *op. cit.*, pp. 39 y ss.

²⁴ Martín Pérez de Nanclares, José, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, prólogo de Araceli Mangas Martín, COLEX, p. 39 y ss.

²⁵ Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Europa (14 y 15 de diciembre de 2001) *B.O.* 10,1999.

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.²⁶

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 quedaran 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 substituye al Programa de Tam-

²⁶ *Idem.*

pere de 1999 y que tiene como objetivo en materia de migración²⁷ lograr 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 2004-2008.²⁸ 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”.²⁹ 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,³⁰ 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.

²⁷ The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, contenido en el Anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 4 y 5 en noviembre de 2005 (consultado en <http://www.consilium.europa.eu/doc Center.asp?lang=es&CPEUMsid=245>).

²⁸ Peral, Luis, “Dimensión exterior de la política europea de migración y asilo”, en Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena (dirs.), *Estudios de extranjería*, Madrid, Instituto de Derecho Público-Universidad Rey Juan Carlos, 2005, p. 357.

²⁹ Hacia una política global en materia de migración en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/114542.htm>.

³⁰ *Idem*.

Tomado como punto de partida la política de buena vecindad, en 2007 se iniciaron diversas actividades donde participaron países como Camerún, Etiopía, Ghana y Nigeria. Dichas actividades preparatorias llevaron a la realización del Programa Migración y Desarrollo, para dicho Programa la Comisión reservó 40 millones de euros en la primera fase. El objetivo principal fue la creación de puestos de trabajo dignos, básicamente en el África subsahariana. 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.

III. 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 el 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 Directiva³¹ (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 2008.³²

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 con-

³¹ 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.

³² Véase 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](http://www.consilium.europa.eu/docCenter.asp?lang=es&CPEUMsid=245), con la referencia Doc.16462/06.

junto mínimo común de garantías judiciales respecto a las decisiones relacionadas con el retorno, para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas afectadas”.³³ 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.

En relación con el 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 recurso efectivo contra la decisión de retorno o pidiendo que se revise ésta, conforme a lo dispuesto en el 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”.

³³ Commission des Communautés Européennes, Proposition de Directive du Parlement Euroóéen et du Conseil relative aux normes et procédures comunes applicables dans les États membres au retour des ressortissants des pays tires en séjour irrégulier. Bruselas, le 1.9.2005 COM (2005) 391 final., 2005/0167 (COD). Traducción de la autora del trabajo, p. 4.

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

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 período 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 período 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.³⁴

Resulta evidente 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, si lo estableció jurídicamente abriendo una minúscula ventana para los residentes legales. Negando así 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,³⁵ 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 tal derecho antes de dictar la resolución de la expulsión, como lo exigen los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos,³⁶ y al

³⁴ 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 Encuentren Ilegalmente en su Territorio”, <http://www.consilium.europa.edu/docCenter.asp?lan=es&CPEUMsid=245>, subrayado de la autora.

³⁵ Cfr. Peral, Luis, *op. cit.*, pp. 358 y 359.

³⁶ 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 9, 10, 12, 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

legalizar detenciones arbitrarias hasta por 12 meses en los casos de internamiento previstos en el artículo 14 de la Directiva.³⁷

Normatividad que, bajo una interpretación muy particular del derecho de no discriminación e igualdad de las personas,³⁸ es violatoria de tal derecho, de conformidad con el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y del Protocolo Adicional 12 sobre Discriminación.³⁹ 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, “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”.⁴⁰

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 la 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

Políticos y de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Civiles y Políticos, núm. 15 y 27.

³⁷ Véase Observación General núm. 15, Situación de los Extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 270 Periodo de Sesiones. Define detención arbitraria de extranjeros en el párrafo 9.

³⁸ Juste Ruiz, Jorge, “Inmigración, nacionalidad y extranjería, El marco jurídico internacional”, en Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena (dirs.), *op. cit.*, pp. 297 y ss.

³⁹ Protocolo Adicional 12, de 4 de noviembre de 2000, en vigor desde el 1 de abril de 2005.

⁴⁰ 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.⁴¹

Cabe llamar la atención en 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 resuelve 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 cuales 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 vida.⁴²

IV. 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 Europa⁴³ conduce a un conflicto de normas por las evidentes contradicciones, entre la normatividad comunitaria y la Convención Europea de Derechos Humanos y sus Protocolos.⁴⁴ En torno a esta problemática, Luís Ignacio Sánchez Rodríguez afirma:

⁴¹ 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.

⁴² Véase Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Inmigración Clandestina y para la Lucha Contra los Traficantes. Recomendación 1467 (2000) de 16 de mayo de 2001.

⁴³ Cfr. González Rodríguez, Hortensia, "Legislación en materia de extranjería de los Estados miembros de la Unión Europea", en Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena (dirs.), *op. cit.*, pp. 396 y ss.

⁴⁴ Cfr. Rainer Arnold, "Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, enero-junio de 2004, pp. 97 y ss.

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.⁴⁵

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.⁴⁶ 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?⁴⁷

El TJCE, en relación con la pregunta formulada, ha sostenido que la Unión Europea está obligada a cumplir con los acuerdos o convenios internacionales celebrados por los Estados miembros,⁴⁸ pero que en caso de conflicto entre la norma internacional y la comunitaria,⁴⁹ prevalece la comunitaria.⁵⁰ Con posterioridad el TJCE, en el Caso 44/79 Hauer del 14 de mayo de 1974,⁵¹ resolvió:

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Cfr. Rolla Giancarlo, “Relaciones entre ordenamientos en el sistema constitucional italiano”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, enero-junio de 2004, pp. 139 y ss.

⁴⁸ Díez-Hochleitner Javier, *La posición del derecho internacional en el ordenamiento*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 18 y ss.

⁴⁹ Véase Caso 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 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.

⁵⁰ Cfr. Martín Vida, María Ángeles, “La reforma del artículo 12^a de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la Sentencia “Kreil” del TJCE”, *Revista de Derecho Comunitario Constitucional Europeo*, núm. 1, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, enero-junio de 2004, pp. 357 y ss.

⁵¹ Case 44/79, *Liselotte v Land Rheinland-Pfalz*, Judgment of 13 December 1979, ECR 3727, en *European Union Law Cases*, Edited by Emmert Frank, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 203 y s.s.

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.

Por su parte, el Tratado de Maastricht, del 7 de febrero 1992, incorpora dentro de la normatividad 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.⁵²

De igual forma, 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 fundamentales, así como del estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”.⁵³

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,⁵⁴ un

⁵² Tratado de la Unión Europea, *Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y otros Actos Básicos de Derechos Comunitario*, 12a. ed. actualizada, Madrid, Tecnos, 2006, p. 62.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Cfr. Ortiz-Arce de 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; “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; Balaguer Callejón, Francisco, “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos de Europa una perspectiva constitucional”, *Revista*

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.

Cabe tener presente que son pocas ocasiones en que los particulares pueden acceder a un proceso ante el TJCE, no hay ningún mecanismo para asegurar que el conocimiento del caso vaya a ser sometido al TJCE, por la vía de la cuestión pre-judicial, 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”.⁵⁵ Mediante este Auto el TJCE se declaró manifiestamente incompetente para dar respuesta con 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 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 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

de Derecho Constitucional Europeo, Sevilla, núm. 1, Consejería de Justicia y Administración Pública, enero- junio de 2004, pp. 25 y ss.

⁵⁵ Auto Dem’Yanenko, “Expulsión de Ciudadanos de Terceros Estados y el TJCE”, *Revista Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, núm. 2, 2004, p. 103.

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 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 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 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, no permitía ejercitar el derecho de asilo y limitaba en forma desproporcionada el derecho básico de libertad.⁵⁶

El auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades contiene sólo una 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 Europea, 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.

⁵⁶ Cfr. Groppi, Tania, "La incidencia del derecho comunitario en las relaciones Estado-regiones en Italia", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, enero-junio de 2004, p. 173.

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 trasladen 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”.⁵⁷

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 Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir el fallo.⁵⁸

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

⁵⁷ Auto Dem'Yanenko, “Expulsión de ciudadanos...”, *cit.*, p. 104.

⁵⁸ Linde Paniagua, Enrique *et al.*, *Código Básico de Derecho de la Unión Europea*, Editorial Colex, 1998, p. 245.

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.⁵⁹

Impresiona este auto por la forma como se aplicó la normatividad 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 alude 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (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,⁶⁰ el cual 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 intervalos razonables elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libertad de expresión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.⁶¹

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

⁵⁹ Auto Dem'Yanenko, “Expulsión de ciudadanos...”, *cit.*, p. 105.

⁶⁰ Shermers, H. G., “Case Law: Matthews v. United Kingdom of 18 February, 1999”, *Common Market Law Review*, 1999, vol. 36, pp. 673 y s.s.

⁶¹ *Cfr.* Hillgruber Cristian, “La integración del derecho internacional y del derecho de la Unión Europea en el ordenamiento constitucional alemán”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, enero-junio de 2004, p. 115.

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 TJCE no puede comparecer, y aunque haya actuado en cumplimiento de la normatividad 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 aventurada⁶² 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.

V. REFLEXIONES

- 1) La normatividad 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, si lo estableció jurídicamente abriendo una minúscula ventana para los residentes legales. 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.
- 2) La Directiva de 2008 resulta a todas luces violatoria de los derechos humanos fundamentales de los inmigrantes irregulares,⁶³ 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 tal derecho antes de dictar la resolución de la expulsión, como lo exigen los instrumentos internacionales en materia de de-

⁶² Cfr. Nicol, D., "Lessons from Luxembourg: Federalization and the Court of Human Rights", *European Law Review*, 2001, vol. 26, p. 18.

⁶³ Cfr. Peral, Luis, *op. cit.*, pp. 358 y 359.

rechos humanos,⁶⁴ y al legalizar detenciones arbitrarias hasta por 12 meses en los casos de internamiento previstos en el artículo 14 de la Directiva.⁶⁵

- 3) La Unión Europea bajo una interpretación muy particular del derecho de no discriminación e igualdad de las personas,⁶⁶ regulado en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y del Protocolo Adicional 12 sobre Discriminación,⁶⁷ niega el derecho de acceso a la justicia a los migrantes irregulares. A pesar de las conclusiones de la Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, que señala que la normatividad 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”.⁶⁸
- 4) 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 resuelve su expulsión en unos cuantos minutos, sin siquiera escucharlos para entregarlos en muchos casos a los traficantes de migrantes.
- 5) La regulación jurídica aplicable a los inmigrantes irregulares de la Unión Europea 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 ile-

⁶⁴ 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 9, 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.

⁶⁵ Véase Observación General Núm. 15, Situación de los Extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 270 Periodo de Sesiones. Define detención arbitraria de extranjeros en el párrafo 9.

⁶⁶ Juste Rulz, Jorge, “Inmigración, nacionalidad y extranjería, El marco jurídico internacional”, Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena (dirs.), *Estudios sobre derecho de Extranjería*, Instituto de Derecho Público-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, pp. 297 y ss.

⁶⁷ Protocolo Adicional 12, del 4 de noviembre de 2000, en vigor desde el 1o. de abril de 2005.

⁶⁸ Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, Informe de Conclusiones, Parlamento Europeo, 1991, p. 140.

gal, 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 vida.⁶⁹

- 6) Diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han puntualizado que la normatividad de la Unión Europea y la legislación que promulgan los Estados para dar cumplimiento a obligaciones internacionales adquiridas por los Estados miembros de la Unión, no los exime de su responsabilidad internacional si vulneran derechos humanos regulados en la Convención Europea de Derechos Humanos y sus Protocolos.

⁶⁹ Véase 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.