

Las fuentes del derecho migratorio europeo y francés: estudio sobre la combinación de los sistemas jurídicos internacional, supranacional y doméstico

The sources of europe and french migration law: studies about
the combination of international, supranational and domestic
legal systems

François JULIEN-LAFERRIÈRE*

RESUMEN: El Derecho internacional de los derechos humanos, cuyo respeto está a cargo del Tribunal europeo de Derechos humanos, surge ante la necesidad de respetar y salvaguardar la paz, los derechos humanos y la democracia, pero también dieron nacimiento paulatinamente a un Derecho Comunitario de los Derechos humanos. Esta cohabitación de varios sistemas jurídicos aplicables en un mismo territorio y regulando las mismas materias no deja de suscitar dificultades, pues en múltiples casos puede plantearse la cuestión de saber ¿qué derecho debe prevalecer? Uno de los ámbitos en los que este problema se plantea con la mayor acuidad es el del Derecho migratorio.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional; derecho comunitario; derechos humanos; migración; comunidad europea; sistemas jurídicos.

ABSTRACT: The International Law of Human Rights, whose respect is in charge of the European Court of Human Rights, arises from the need to respect and safeguard peace, human rights and democracy, but also gradually gave birth to a Community Law of Human Rights. This cohabitation of several legal systems applicable in the same territory and regulating the same matters does not stop raising difficulties, since in many cases the question of knowing which right should prevail? One of the areas in which this problem arises most acutely is the immigration law.

KEYWORDS: International Law; Community Law; Human Rights; migration; European Community; legal systems.

* Profesor Emérito de Derecho Público de la Universidad París Sud.
Contacto: <francois.julien-lafferriere@numericable.fr>. Fecha de recepción:
20/12/2017. Fecha de aprobación: 01/04/2018.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo moderno, tras las barbaries perpetradas por la dictadura hitleriana, la defensa y garantía de los derechos humanos se considera como un rol esencial del derecho, pero también se considera que la regulación jurídica en esta materia no puede abandonarse a la arbitrariedad de los Estados y debe descansar en principios afirmados a nivel internacional. Así nació el Derecho internacional de los Derechos humanos, cuya primera manifestación fue la Declaración universal de los Derechos humanos, adoptada en París el 10 de diciembre de 1948, pronto seguida por el Convenio europeo de Derechos humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que fue y sigue siendo la base jurídica del Derecho europeo de los Derechos humanos, cuyo respeto está a cargo del Tribunal europeo de Derechos humanos. Y cuando se inició la “construcción europea” con la creación de la Comunidad europea del carbón y del acero el 18 de abril de 1951 (Tratado de París), y pocos años después la Comunidad europea de la energía atómica (Euratom) y la Comunidad Económica Europea (CEE) el 25 de marzo de 1957 (Tratados de Roma), cada vez los acuerdos fundadores de las nuevas instituciones insisten en la necesidad de respetar y salvaguardar la paz, los derechos humanos y la democracia, pero también dieron nacimiento paulatinamente a un Derecho comunitario de los Derechos humanos, bajo la vigilancia de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas.

Entonces, en el área territorial de la Unión Europea –que sucedió por completo a las Comunidades europeas el 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa–, existen tres niveles de ordenamiento jurídico: el Derecho internacional o universal; el Derecho del Consejo de Europa y el Derecho comunitario o de la UE.

Esta cohabitación de varios sistemas jurídicos aplicables en un mismo territorio y regulando las mismas materias no deja de

suscitar dificultades, pues en múltiples casos puede plantearse la cuestión de saber ¿qué derecho debe prevalecer? o, en otras palabras, ¿qué disposición debe aplicarse en detrimento de los otros? Uno de los ámbitos en los que este problema de combinación de los diversos sistemas jurídicos se plantea con la mayor acuidad es el del Derecho migratorio.

En un sentido amplio, el Derecho migratorio, es el conjunto de normas de derecho público que regulan el tránsito internacional de personas, nacionales y extranjeros. En un sentido más estricto –que vamos a utilizar en este artículo–, sólo regula las modalidades y condiciones a que se sujetan el ingreso, permanencia y salida de extranjeros, sin abarcar lo relativo a la emigración y repatriación de nacionales.

II. EL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN Y COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO MIGRATORIO

Históricamente, la migración era regulada por medio de las legislaciones nacionales, pues según un principio clásico del Derecho internacional consuetudinario los Estados tienen plena competencia para controlar la entrada y estancia de los extranjeros en su territorio. Este principio ha sido confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en varias ocasiones desde una sentencia de 1985 en la que afirma que, “en virtud de un principio del Derecho internacional bien asentado y sin perjuicio de los compromisos que derivan de los tratados, los Estados tienen el derecho de controlar el ingreso a su territorio de los no-nacionales”. Entre los tratados que, en Europa, limitan la libertad de los Estados en este ámbito se hallan en primer lugar los relativos a los derechos humanos, como el CEDH, y los que regulan la organización, funcionamiento y actuación de la UE: Tratado de la Unión Europea (TUE) y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Con el crecimiento de los movimientos migratorios, debidos a múltiples factores entre los cuales se puede destacar la facilitación de la movilidad internacional –sobre todo por vía aérea–, los Estados han comenzado a cooperar entre sí y a dictar normas internacionales o interestatales sobre el tema. En Europa, este movimiento se expresa a través del Derecho comunitario o de la UE que, aunque reciente, ya está bastante desarrollado y constituye un marco bastante detallado y restrictivo. Por ejemplo, el TUE proclama la libertad de circulación y el TFUE la libertad de establecimiento de todos los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, pero también la libertad de circulación de los nacionales de terceros países dentro del espacio común. La consecuencia de esta afirmación es que los Estados miembros deben adaptar su legislación a la obligación que así se les impone de poner en práctica la libertad de circulación.

La internacionalización del derecho migratorio data ya de más de un siglo. Se puede remontar a los movimientos de refugiados causados por el genocidio armenio, las guerras balcánicas y la revolución rusa. A su vez, la Sociedad de las Naciones tomando conciencia tardíamente de las consecuencias de la Primera guerra mundial, creó un Alto comisionado para los refugiados cuya responsabilidad encomendó al Dr. Fridtjof Nansen, representante de Noruega ante la SDN, para asegurar a los refugiados asistencia de parte de algunos gobiernos y agencias no gubernamentales, como la Cruz Roja. Nansen además tuvo la idea de crear, en 1922, un documento de identidad especial destinado a los refugiados que no poseían documentos expedidos por las autoridades de su respectivo país: se trata del “Pasaporte Nansen”, que fue reconocido por cincuenta y dos países y permitió a más de medio millón de personas viajar a través del continente europeo, e incluso más allá. Otro paso importante de la historia del Derecho internacional migratorio es la firma en Ginebra el 28 de julio de 1951 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, comúnmente llamada Convención de Ginebra.

Durante los últimos decenios, la internacionalización del Derecho migratorio en el continente europeo se ha manifesta-

do sobre todo en el marco de las Comunidades europeas y luego de la UE. Ello fue posibilitado por el artículo K.1 del Tratado de Maastricht sobre la Unión europea que erige en “ámbito de interés común” a “la política de asilo”, “las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros” y “la política de inmigración”, precisando el artículo K.2 que estas cuestiones “se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...] y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [...]”.

El estatuto de “ámbito de interés común” significaba que el Consejo europeo podía, “a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión”, adoptar “posiciones comunes” y “acciones comunes” y “celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros”. El Derecho migratorio –asilo, cruce de fronteras e inmigración– todavía no era materia de Derecho comunitario, pues no es parte del primer pilar del tratado. Pero a partir de este momento se ha comenzado a realizar una cooperación, en forma de posiciones comunes, entre los Estados miembros que definieron las grandes líneas de la “política común” que iba a ser la base de los Derechos nacionales y, más allá, del Derecho comunitario tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam que “comunitarizó” la materia.

Los primeros instrumentos de esta política común fueron la “Resolución sobre solicitudes de asilo manifiestamente infundadas”, la “Resolución sobre un enfoque armonizado en cuestiones relativas a terceros países” y la “Conclusión sobre los países donde existe un grave riesgo de persecución”, adoptadas por los ministros responsables en materia de inmigración reunidos en Londres en noviembre de 1992 y aprobadas por el Consejo europeo de Edimburgo el mes siguiente. Con estos instrumentos, aunque sin valor obligatorio para los Estados miembros, se introdujeron en las legislaciones nacionales nuevos conceptos que todavía siguen irrigando todo el Derecho migratorio de la Unión y de los Estados miembros: solicitud de asilo manifiestamente infundada, tercer país seguro, país de origen seguro.

Finalmente, el Tratado de Ámsterdam, entrado en vigencia el 1 de mayo de 1999, consta de un Título III bis llamado “Visados, Asilo, Inmigración y otras Políticas relacionadas con la Libre Circulación de Personas”, en base del cual el Derecho migratorio se convierte en materia comunitaria y su respeto está colocado bajo el control –limitado en un primer tiempo– del TJUE. La comunitarización completa de la materia será realizada por el Tratado de Lisboa de 2007, entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009, por el que los artículos 19 del Tratado de la Unión Europea y 256 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea generalizan la competencia del TJUE.

Paralelamente a esta aprehensión del Derecho migratorio por la UE –primero en forma intergubernamental no apremiante, y más recientemente en el marco del Derecho comunitario–, la materia también fue elevada al Tribunal europeo de Derechos humanos. En efecto, si bien el mismo CEDH no abarca el Derecho migratorio en ninguno de sus artículos, el TEDH interpretó varias de sus cláusulas de manera que produjeran efecto en garantía de los derechos de los extranjeros, especialmente los artículos 3 (Prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes), 5 (Derecho a la libertad y a la seguridad), 6 (Derecho a un proceso equitativo) y 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar).

Además de este triple nivel de sistemas jurídicos, entra en juego un cuarto que es el Derecho internacional humanitario, de alcance universal o mundial, principalmente representado, por lo que se refiere al derecho migratorio, por la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados. En efecto, esta convención define lo que se debe entender por “refugiado” y enumera los derechos y deberes de los refugiados en el país de acogida. La Convención de Ginebra es directamente aplicable en los Estados Partes, tanto por las autoridades administrativas como por los tribunales, y constituye una fuente apremiante del Derecho migratorio, pero también el Derecho universal.

Una de las consecuencias de este movimiento de internacionalización y comunitarización del Derecho migratorio es que, al

día de hoy, se superponen y entremezclan los cuatro sistemas jurídicos –el nacional, el de la UE, el del CEDH y el mundial– que tratan los mismos temas y regulan los mismos derechos y libertades, sin que siempre aporten la misma solución al mismo problema. En este caso, surge la dificultad de saber cómo se va a resolver la contradicción –o al menos la divergencia– entre dos o más normas jurídicas, emanadas de soberanías distintas –la estatal, la comunitaria, la “estrasburguesa” y la de las Naciones Unidas–, susceptibles de aplicarse a una misma situación. Es una hipótesis de conflicto de leyes a la que no se responde siempre de manera clara o indiscutible.

III. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

Todos los Estados europeos, particularmente los miembros de la UE, aceptan la supremacía del Derecho internacional sobre el Derecho doméstico. Pero los métodos de integración del Derecho internacional al Derecho nacional varían de un Estado miembro a otro, siendo vigentes las dos teorías monista y dualista, y el grado y contenido de la integración también es variable.

Si bien, los Estados de *common law* –como el Reino Unido e Irlanda, por ejemplo– generalmente adoptan el sistema dualista, la gran mayoría de los Estados continentales son monistas, pero según modalidades que pueden variar de un país a otro. Es así, por ejemplo, que la integración del Derecho internacional general es automática e inmediata en Italia, Alemania y Francia.

Pero hablar de Derecho internacional carece de precisión y matiz. En realidad, como lo muestran los artículos 25 y 59 de la Ley fundamental alemana, ha de distinguirse “las reglas generales del Derecho internacional público” y “los tratados”, que no necesariamente obedecen el mismo régimen jurídico, pues no son de la misma naturaleza. Las reglas o principios del Derecho internacional que no tienen carácter contractual se imponen a los Estados, y tienen valor superior a todas las normas de Derecho doméstico,

a reserva del Derecho constitucional, considerado como norma suprema en muchos sistemas jurídicos nacionales. En cambio, los tratados, que deben ser ratificados por el Legislador para entrar en vigor, o bien tienen la misma fuerza jurídica que la ley, o bien, en el mejor de los casos, “una autoridad superior a las leyes”, sin que sea siempre claro cuál es esta autoridad. Pero, incluso para llegar a eso, a menudo se requiere que se cumplan varios requisitos.

En Francia, se exige la triple condición de la ratificación, la publicación y la reciprocidad, mientras que en España sólo se formula la obligación de la publicidad, sin que se precise a qué rango se integran los tratados en Derecho interno, fue el rol del Tribunal constitucional especificar el “rango supralegal de los tratados”.

En Italia, se exige el procedimiento de adaptación del tratado en una norma interna –una ley si la materia objeto del tratado es competencia del Parlamento, o un decreto si la materia es competencia del Ejecutivo–, tras el que el tratado tendrá la misma jerarquía que la norma interna que operó su adaptación, lo que significa que el tratado, en cuanto ley o decreto interno, puede ser derogado por normas internas posteriores de igual rango que la que lo adaptó.

Si bien en Francia se exige que el tratado sea “debidamente” ratificado o aprobado, y en España que sea “válidamente” celebrado para que produzca efectos en Derecho interno, este requisito de regularidad formal del proceso de celebración o ratificación sólo tiene alcance concreto si existe un mecanismo de control de su respeto. El Consejo de Estado francés, tras haber considerado durante muchísimo tiempo que la ratificación es un “acto de gobierno” y que no le correspondía controlarla, ha terminado por controlar la regularidad del procedimiento de recepción de los tratados en Derecho doméstico, descartando la aplicación de un tratado “indebidamente” introducido en el ordenamiento jurídico francés.

Otro problema es el de la posición, en la jerarquía de las normas, de la costumbre internacional que, por su naturaleza y su carácter no escrito, no corresponde a los criterios de las “reglas

generales” ni de los tratados. Acá también, la solución varía según los Estados. Algunos, como Italia y Alemania, tienen un abordaje rotundamente monista de la costumbre internacional, incorporándola automáticamente al Derecho nacional con rango superior a la ley. Otros, como Francia, tras haber negado toda fuerza jurídica a la costumbre internacional, aceptan finalmente aplicarla pero al mismo tiempo le niegan un valor superior a la ley, en ausencia de una disposición constitucional que lo autorice.

De lo anterior se puede concluir que, en los Estados miembros de la UE y partes del CEDH, el Derecho nacional –con excepción del Derecho constitucional, como lo veremos más adelante, y en ciertos casos de la Ley, como ya lo hemos visto en el caso de Francia– debe ceder ante el Derecho internacional, sea escrito o consuetudinario.

Concretamente, ello significa que una ley francesa –o alemana o de cualquier otro país europeo– no puede ser contraria a la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados o al principio de “non refoulement”. Por esta razón, el legislador francés estuvo forzado a agregar en la Ley de extranjería, una disposición en virtud de la cual “no se puede expulsar un extranjero hacia un país, si demuestra que su vida o libertad está amenazada o si está expuesto a tratos contrarios al artículo 3 del Convenio europeo de Derechos humanos”.

Además de esto, y como ya lo hemos mencionado más arriba, se plantea el problema de saber si el Derecho constitucional está incluido en las normas del Derecho doméstico sometido a la superioridad del Derecho internacional. Y al respecto también no hay una solución única adoptada por todos los Estados europeos. En general, es el Derecho constitucional el que ocupa la cumbre de la jerarquía de las normas. Pero existen excepciones. Por ejemplo, la Constitución neerlandesa establece que los tratados internacionales tienen fuerza de normas constitucionales o mismo superiores a la Constitución.

En los otros países, el Derecho internacional tiene rango intermediario entre la Constitución y la ley. Es lo que dice expre-

samente la Constitución francesa en su artículo 55, al igual que la española, aunque ésta lo diga en forma implícita, en el párrafo 1 del artículo 96, en virtud del cual los tratados “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”, es decir que ni una ley puede modificar o derogar un tratado, mismo que, necesariamente, por esta razón, tiene valor supralegal. La solución mayoritaria parece ser la expresada por el Consejo constitucional francés: es la Constitución la que, “se halla en la cumbre del orden jurídico interno”. Pero el Consejo constitucional justifica esto por un argumento que le es propio: el principio de superioridad de los tratados no puede aplicarse a las provisiones de naturaleza constitucional, pues es la Constitución la que les atribuye valor superior a las leyes”. Se puede observar que, al afirmar que el Derecho constitucional prevalece sobre el Derecho internacional, el Consejo constitucional contradice el Preámbulo de 1946 que afirma que Francia “cumple con las normas del derecho público internacional”, y con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados que dice: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En España, el artículo 10, párr. 2, de la Constitución de 1978 dice que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de Derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Ello significa que los tratados sobre Derechos humanos celebrados por España proporcionan criterios de interpretación de la misma Constitución y de todo el ordenamiento jurídico español, y que los Poderes públicos –inclusive y sobre todo las autoridades administrativas y judiciales– deben tenerlos en cuenta. Esta disposición constitucional establece un predominio del Derecho internacional sobre el Derecho constitucional español en lo relativo a la garantía de los Derechos y libertades, pero sólo respecto de aquéllos que reconoce la misma

Constitución. Es decir que el artículo 10, párr. 2, no puede invocarse para reivindicar un Derecho o una libertad contemplada en un tratado celebrado por España, pero no en la Constitución o las demás normas que integran el “bloque de constitucionalidad”.

IV. DERECHO INTERNO Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho de la UE –anteriormente conocido como Derecho comunitario y todavía así designado a menudo– está conformado por dos tipos de normas: las del Derecho comunitario “primario” y las del Derecho “derivado”. El primero está constituido por los tratados que forman constituyen las reglas fundamentales de toda la actuación de la UE –actualmente Tratado de la Unión europea (TUE) y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) –, mientras que el Derecho derivado está compuesto por los reglamentos y las directivas, adoptados unos y otros en base de los tratados y conforme a los principios y objetivos que éstos establecen.

- Los reglamentos tienen “un alcance general” y son “obligatorio[s] en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”, sin necesidad de ninguna formalidad para integrarlos al Derecho doméstico.
- Las directivas, en cambio, “obliga[n] al Estado miembro destinatario [o a los Estados miembros destinatarios] en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Las directivas, pues, requieren de un complemento normativo de los Estados –Poder legislativo o ejecutivo según el caso– para su efectiva aplicación, mismo que se denomina “transposición” al Derecho nacional.

Existen tres procedimientos para la aprobación de los reglamentos y directivas: por el Consejo a propuesta de la Comisión y aprobado por el Parlamento, o por iniciativa propia de la Comisión en los casos previstos por los Tratados o cuando reciba la correspondiente delegación del Consejo, o por el procedimiento de “codecisión”, que desde el Tratado de Lisboa se ha convertido en el procedimiento legislativo ordinario, y que sitúa al Parlamento y al Consejo en igualdad de condiciones, ya que en caso de acuerdo entre ambos, el reglamento se adopta en primera o segunda lectura, mientras que en caso de desacuerdo, sólo puede adoptarse tras un proceso de conciliación satisfactorio.

El Derecho comunitario no es Derecho internacional o, mejor dicho, es un Derecho internacional de especial índole. Se trata, en efecto, de un Derecho regional y supranacional, que no tiene carácter intergubernamental sino “un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] y que vincula a sus órganos jurisdiccionales”. La especificidad del Derecho comunitario consiste en que no sólo tiende a crear derechos y obligaciones a beneficios o a cargo de los Estados miembros, como es la meta de los tratados, sino que tiene por objetivo armonizar, o al menos coordinar, las legislaciones nacionales, y para ello complementa o sustituye al Derecho nacional con arreglo al principio de subsidiariedad, en virtud del que la UE “sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local”.

El Derecho comunitario, por su propio objetivo, necesita poder imponerse a los Estados miembros, de lo contrario no tendría sentido ni utilidad. Es lo que, sin la menor duda, ha afirmado el Tribunal de Justicia de la UE en su sentencia de 1970 en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, en los siguientes términos: “El Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, no puede, en razón de su naturaleza, dejarse oponer judicialmente normas de Derecho nacional, cualesquiera que éstas sean, sin perder su carácter comunitario y sin que sea cuestionado el pro-

pio fundamento jurídico de la Comunidad. [...] La alegación de violaciones bien de los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, bien de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”.

Esta sentencia enuncia el principio de la primacía absoluta del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, y se puede añadir: de todo el Derecho comunitario sobre todo el Derecho nacional, incluso el Derecho constitucional, ya que la sentencia *International Handelsgesellschaft* se refiere a las “normas de Derecho nacional, cualesquiera que éstas sean” y a “los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro”, lo que sin duda incluye el Derecho constitucional.

Si bien es fácil entender que el Derecho comunitario originario –o sea, los Tratados– prevalezca sobre todas las normas, inclusive las constitucionales, del Derecho de los Estados miembros, parece menos evidente que la misma primacía se aplique al Derecho derivado, es decir el Derecho emanado de las instituciones de la UE –reglamentos y directivas–. Sin embargo, es una condición indispensable de la coherencia del sistema comunitario, pues en caso contrario, bastaría que un Estado invocara a su Constitución para dispensarse de sus obligaciones respecto a la Unión y a los demás Estados miembros.

Esta superioridad del Derecho comunitario comparado con el Derecho constitucional interno no está unánimemente aceptada por los Tribunales constitucionales. En Derecho español, esta prevalencia podía apoyarse en el artículo 93 que prevé la posibilidad de “celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”.

En efecto, la atribución de competencias prevista en este artículo “supone una limitación a la supremacía constitucional, en las materias objeto de la cesión”, de tal suerte que “la adhesión de

España a las Comunidades ha supuesto la aceptación de lo que se ha dado en llamar “acervo comunitario”, el cual incluye los principios y caracteres del Derecho comunitario (elaborados en buena parte por la jurisprudencia del TJCE), entre los que se encuentra la primacía”.

El Tribunal Constitucional español ha reconocido en varias ocasiones que España, como Estado miembros de la Unión, se encuentra sujeto a las normas del ordenamiento de la UE, normas “que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas”. Pero “tal primacía tiene límites materiales que se imponen a la propia cesión competencial, límites que se han fundamentado en la pervivencia de la soberanía de los Estados miembros”. Sin embargo, hasta la fecha, el Tribunal constitucional español ha procurado no apreciar la eventual contradicción entre el Derecho comunitario, originario o derivado, y la Constitución española”.

En la Declaración DTC 1/1992, afirmó que, aunque la supremacía constitucional “quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar o cuestionar la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada: el riesgo de una perturbación de este género es lo que la previsión constitucional intenta evitar”.

Doce años más tarde, en la Declaración 1/2004, el Tribunal Constitucional español consideró que el Tratado que en aquel momento era sometido a su control (el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) partía del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas, y se fundaba en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados, por lo que el Tribunal no apreció contradicción entre el precepto que recogía la primacía del Derecho de la Unión y la Constitución nacional”.

Por su lado, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su sentencia de 2009 sobre el Tratado de Lisboa, afirma que “la Ley Fundamental aspira a integrar a Alemania en una comunidad jurídica de Estados pacíficos y libres, pero no renuncia a la soberanía contenida en última instancia en la Constitución alemana”, y añade que “no hay contradicción con respecto al objetivo de apertura al Derecho internacional si el Legislativo, excepcionalmente, no cumple con el derecho de los tratados internacionales –aceptando, sin embargo, las consecuencias correspondientes en las relaciones internacionales– en caso de que ésta sea la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la Constitución”.

En cuanto al Consejo constitucional francés, proclama constantemente la supremacía del Derecho constitucional, afirmando en varias de sus sentencias que “la Constitución se sitúa en la cumbre del orden jurídico interno”. Ello lo llevó a controlar la conformidad con la Constitución de los diversos tratados europeos: Maastricht, Ámsterdam, Tratado que establece una Constitución para Europa, Lisboa. En todos estos casos, constató que los tratados no podían ratificarse sin una reforma constitucional previa.

Sin embargo, basándose en el artículo 88-1 de la Constitución de 1958 –que dice: “La República participa en la Unión Europea compuesta por Estados que han optado libremente ejercer en común algunas de sus competencias en virtud del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, texto modificado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007”– ha declarado que “el Constituyente ha consagrado la existencia de un orden jurídico comunitario integrado en el orden jurídico interno y distinto del orden jurídico internacional”, y del mismo artículo ha deducido que “la transposición en Derecho interno de una directiva comunitaria constituye una exigencia constitucional” y verifica que una ley de transposición no contradice “manifiestamente” las disposiciones o el objetivo general de la directiva transpuesta”.

A pesar de razonamientos diferentes, las jurisdicciones constitucionales llegan al mismo resultado: los Tratados no pueden ser ratificados si existe una contradicción entre una –o varias de sus estipulaciones y la Constitución nacional, y el Derecho nacional debe ser conforme con el Derecho comunitario derivado.

En el ámbito del derecho migratorio, eso implica que las leyes de extranjería de los Estados miembros están sometidas al respeto de las numerosas directivas comunitarias y reglamentos que rigen la materia. Esta exigencia de conformidad de las normas nacionales con el Derecho comunitario ha obligado los Estados miembros a modificar profundamente su legislación.

En Francia, el Derecho comunitario ha provocado notables cambios del contenido del “Código de entrada y de estancia de los extranjeros y del derecho de asilo”: procedimiento de examen de las solicitudes de asilo; condiciones de acogida de los solicitantes de asilo; reagrupación familiar; estatuto de residente de larga duración; retorno de los extranjeros en situación irregular; mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional, etc. También tuvieron los tribunales franceses –del orden judicial como del administrativo– que adaptar su jurisprudencia a las normas comunitarias y a las sentencias del TJUE que, cada vez más interviene en la materia.

Concretamente, la supremacía del Derecho de la Unión respecto del Derecho constitucional puede plantear problemas cuya solución no es evidente. Por ejemplo, la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, corrientemente llamada “Directiva cualificación”, define el refugiado como “un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país”. Por su lado, el párrafo 4 del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, que es parte del bloque de constitucionalidad, dice: “Cualquier hombre persegui-

do a causa de su acción a favor de la libertad goza del derecho de asilo en los territorios de la República”, y el artículo L. 711-1 del Ceseda precisa:

Se reconoce la calidad de refugiado a toda persona perseguida a causa de su acción a favor de la libertad y a toda persona [...] que satisface a la definición del artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. Estas personas estarán regidas por las disposiciones aplicables a los refugiados reconocidos con base en la Convención de Ginebra.

Entre las disposiciones aplicables a los refugiados que satisfacen a la definición de la Convención de Ginebra figura el artículo L. 314-11 del Ceseda en virtud del cual se expide de derecho el permiso de residencia de diez años, automáticamente renovable, al extranjero reconocido refugiado, a su cónyuge y a sus hijos menores.

Ahora bien, ¿este permiso, que se expide con base en una ley interna francesa, estará oponible a los otros Estados miembros, a pesar de que ni la Directiva comunitaria, ni los Derechos nacionales lo prevén? En otras palabras, ¿puede Francia imponer el respeto de su Derecho doméstico de parte de sus socios sin el consentimiento de ellos? La respuesta tiene que ser negativa, pues el contrario sería contrario a los fundamentos del Derecho comunitario, pero también del derecho internacional.

V. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Desde la entrada en vigor de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea (CDFUE), en diciembre de 2009, la Unión se ha dotado de un instrumento de reconocimiento y garantía de los Derechos y Libertades distribuidos en seis títulos: Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia. Muchos

de los Derechos y Libertades contempladas en la Carta, también lo son en el CEDH, pero la Carta también reconoce Derechos no contemplados en el Convenio, como los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos europeos, el derecho a una buena administración, la protección de datos y del medio ambiente, etc.

En su último título “Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta”, la Carta precisa que “está dirigida a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”, es decir que se aplica cada vez que está en juego la aplicación o interpretación de una norma de Derecho comunitario por una de las instituciones de la Unión o por las autoridades de un Estado miembro. Su ámbito de aplicación, pues, es más restringido que el del CEDH. En efecto, en virtud de sus artículos 33 y 34, el Convenio puede ser invocado, o por “toda Alta Parte Contratante” en caso de “incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos [...] imputado a otra Parte Contratante”, o “por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos”.

Sin embargo, cada vez que una persona privada, física o jurídica, se considera víctima de una violación de uno de sus derechos contemplados en el Convenio y en la Carta, cometida por un Estado miembro de la UE al aplicar o una norma comunitaria, o una norma interna dictada con base en una norma comunitaria, la disputa puede resolverse por referencia a la Carta o al Convenio. ¿Cómo evitar, en este caso, las discrepancias de solución entre ambos órdenes jurídicos? Para encontrar una salida en lo que podría conllevar graves consecuencias, el artículo 52, párr. 3, de la CDFUE estipula: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales

a los que les confiere dicho Convenio”. Ello quiere decir que la Carta debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del TEDH para asegurar la garantía de los Derechos contemplados por los dos instrumentos. Pero, ¿está dispuesto el TJUE a “obedecer” el TEDH? No es nada seguro, como lo muestran las contradicciones entre las jurisprudencias de ambos tribunales y la reticencia del TJUE a aceptar que la UE adhiera al CEDH.

En varias ocasiones, el Tribunal de Luxemburgo y el de Estrasburgo coinciden en la solución de un mismo caso, con bases jurídicas distintas. Así fue, en el caso *Krombach y Bamberski*: el Sr. Krombach había sido condenado en Francia por homicidio, por una sentencia dictada sin que fuera presente ni representado por un abogado –había huido a Alemania–, ya que la ley francesa no prevé esta posibilidad en caso de rebeldía del acusado. En un primer tiempo, acudió al TEDH quien, en una sentencia de 2001, declaró que había sido pisoteado el artículo 6 del CEDH, por violación al derecho a ser defendido por un abogado. Paralelamente se planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial acerca de la ejecución en Alemania de la condena del Sr. Krombach. En su sentencia, el TJUE invocó el artículo 6º del CEDH y la jurisprudencia del TEDH relativa al derecho de todo acusado a ser defendido por un abogado como garantía de un proceso equitativo. En este caso, pues, ambos tribunales dictaron sentencias que resolvieron el litigio en el mismo sentido, por la simple razón que la CJCE aplicó la jurisprudencia de la CEDH.

En cambio, en otras sentencias, el TJUE se ha pronunciado en contradicción con la jurisprudencia del TEDH. Fue el caso, por ejemplo, en el asunto *Hoescht AG vs Comision*²¹ que contradice las sentencias del TEDH en los asuntos *Chappell* y *Niemetz*, acerca de la aplicación a los locales empresariales de la protección del domicilio personal. También la sentencia *Orkem* del TJUE y la sentencia *Funke* del TEDH, en relación con el derecho a no declarar contra sí mismo.

La cuestión de la adhesión de la Unión Europea al Convenio europeo de Derechos humanos es más reveladora todavía de la

resistencia del TJUE a aceptar someterse al respeto de otro ordenamiento jurídico que el comunitario.

Si bien todos los Estados miembros de la UE son parte al CEDH, la misma UE no lo es, pues el Convenio está abierto a ratificación de Estado y la UE no es un Estado ni tuvo personalidad jurídica hasta el Tratado de Lisboa de 2007 que inserta en el TUE un artículo 47 que dice: “La Unión tiene personalidad jurídica”. Y el artículo 6.2 del mismo TUE, también insertado por el Tratado de Lisboa, abre la puerta a la adhesión de la UE al CEDH en los siguientes términos: “La Unión se adherirá al Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, pues, está claro que la Unión debe adherir al CEDH, con la única condición que esta adhesión no dé lugar a una modificación de las facultades de la UE.

La adhesión implicaría el inevitable sometimiento de la UE al respeto de los derechos contemplados en el CEDH y al control del Tribunal de Estrasburgo, una jurisdicción ajena a la Unión. Más precisamente, esta adhesión permitirá a los ciudadanos europeos y a los nacionales de terceros países presentes en el territorio de la Unión, someter al TEDH, sobre la base de las disposiciones del CEDH, los actos jurídicos emanados de los órganos de la Unión.

Para la implementación del artículo 6 del TUE, la Comisión pidió, en julio de 2013, al TJUE que se pronunciara sobre la compatibilidad del proyecto de acuerdo de adhesión, que ella había elaborado, con los Tratados. En su dictamen del 18 de diciembre de 2014, el TJUE consideró que el proyecto de acuerdo no era compatible con el Derecho de la UE.

Para ello, el Tribunal de Luxemburgo señala en primer lugar:

Como quiera que el artículo 53 del CEDH reserva, en lo sustancial, a las Partes Contratantes la facultad de establecer estándares de protección de los derechos fundamentales superiores a los garantizados por dicho Convenio, es preciso garantizar la coordinación entre la citada disposición y el artículo 53 de la CDFUE,

LAS FUENTES DEL DERECHO MIGRATORIO EUROPEO Y FRANCÉS..

François JULIEN-LAFERRIÈRE

tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, para que la facultad otorgada por el artículo 53 del CEDH a los Estados miembros siga estando limitada, en lo que se refiere a los derechos reconocidos por la Carta que se corresponden con derechos garantizados por el citado Convenio, a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

En otras palabras, el TJUE no acepta que, en caso de conflicto entre los dos niveles de protección, sea posible apoyarse en el CEDH para reivindicar la aplicación de disposiciones que ofrezcan un nivel de protección superior a los requirentes.

Casi dos años antes del Dictamen de diciembre de 2014, en el caso *Melloni*, el TJUE ya había expresado la idea que el nivel de protección de los derechos fundamentales que se deriva de las normas constitucionales de los Estados miembros no puede ser superior al que garantiza el derecho de la Unión, conforme al principio de confianza mutua, en virtud del cual cada Estado miembro debe considerar que los otros Estados miembros respetan los derechos fundamentales garantizados por el derecho de la Unión. En el dictamen de 2014, el TJUE extiende el alcance de esta solución, al considerar que el principio de confianza mutua, extendido a las relaciones entre la UE y los Estados parte al CEDH, es requisito previo indispensable de su sumisión al control del TEDH.

En tercer lugar, el TJUE invoca su competencia exclusiva, afirmada en el artículo 344 del TFUE, para resolver “las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”. Según él, este artículo impide que se puedan someter al TEDH una demanda en relación con una violación del CEDH cometida por un Estado miembro o por la Unión cuando aplican el derecho de la Unión, pues, para el TJUE, las relaciones entre los Estados miembros o entre éstos y la Unión sólo pueden ser regidas por el derecho de la Unión, no por el CEDH.

En cuarto lugar, el TJUE reprocha al proyecto de adhesión que prevea el procedimiento de “implicación directa” por el cual el TEDH puede someter a al TJUE cuestiones relativas a la compatibilidad del derecho de la Unión con el CEDH, lo que garantiza que el TJUE conozca, de manera efectiva, de la validez de un acto de la Unión antes que el TEDH se pronuncie sobre la conformidad de este acto con el CEDH. Sin embargo, el TJUE considera que esta garantía es insuficiente porque la comunicación de las cuestiones de compatibilidad e interpretación de los actos de la Unión a los ojos del CEDH no es automática. Por lo tanto, el TJUE exige que todo caso pendiente ante el TEDH le sea comunicado para que él examine si ya se ha pronunciado sobre la cuestión planteada o no.

Finalmente, el último reprocho del TJUE se refiere a la posibilidad que la adhesión al Convenio otorgue al TEDH la posibilidad de ejercer un control exclusivo de las medidas adoptadas en el marco de la política exterior y de seguridad común, que no competen al TJUE. Y a este propósito reitera que “la competencia para efectuar un control jurisdiccional de actos, acciones u omisiones de la Unión, incluso desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no puede atribuirse a un órgano jurisdiccional internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión”.

El dictamen del TJUE es eminentemente criticable, pues equivale a declarar contraria al derecho de la Unión la adhesión al CEDH, prevista por el TUE, el cual incluso la erige en una obligación de la Unión. Es muy difícil imaginar cómo un artículo del Tratado fundador de la Unión puede ser contrario al derecho de la Unión. Y es más difícil todavía imaginar cómo esta declaración de contrariedad puede emanar del órgano encargado de asegurar el respeto del derecho de la Unión.

VI. CONCLUSIONES

El mecanismo de garantía de los derechos de los extranjeros, y de los Derechos humanos en general, en el continente europeo, es sumamente complejo, pues intervienen varios sistemas jurídicos de niveles diferentes sin que sea muy clara la jerarquía que ha de establecer entre ellos. La consecuencia es que los justiciables, si bien tienen una cantidad impresionante de textos y jueces a su disposición para hacer valer sus derechos, no saben a quién deben dirigirse para obtener protección.

Cuando faltan los mecanismos de control, evidentemente están los ciudadanos expuestos a todos los abusos posibles e imaginables de parte de los gobernantes, especialmente los extranjeros que se hallan en una situación de vulnerabilidad por no conocer o conocer mal la lengua del país de acogida y su sistema jurídico. La toma de conciencia de la necesidad de garantizar los derechos de las personas a un nivel supranacional, para sustraer el individuo a la arbitrariedad de las autoridades nacionales, es indiscutiblemente un progreso y un elemento fundamental del Estado de derecho.

Pero “lo mejor es enemigo de lo bueno”. La multiplicación de las garantías y la complejización del sistema, hace que el Derecho es menos accesible al extranjero, pero también al abogado y hasta al juez. Como decía Spinoza, “¿Por qué hacer complicado lo sencillo?” En otras palabras, como dicen los franceses, “¿Por qué hacer que sea sencillo cuando se puede hacer complicado?” Los juristas, los gobernantes y los representantes de los ciudadanos deberían tener en cuenta el imperativo de sencillez y accesibilidad del Derecho –condición indispensable para que los derechos sean efectivos–, y pensar que “demasiado derecho mata el derecho”.

