

EL AUTO DEM'YANENKO: EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE TERCEROS ESTADOS Y TJCE

JULIO BAQUERO CRUZ*

1. INTRODUCCIÓN

El presente comentario se propone dar a conocer y analizar el auto Dem'Yanenko¹, mediante el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se declaró manifiestamente incompetente para dar respuesta una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal italiano en el marco del procedimiento de convalidación de la expulsión de una ciudadana no comunitaria que se hallaba en situación irregular. Mi intención principal es informativa, pues el auto no será publicado en la Recopilación². El mismo se refiere a cuestiones de gran interés e importancia: los límites a la competencia prejudicial del Tribunal establecidos por el artículo 68 CE, los límites del ordenamiento comunitario y la protección de los derechos fundamentales en el marco del Derecho Schengen. Como se verá, la decisión abre más interrogantes de los que resuelve.

* Marie Curie Fellow, Instituto Universitario Europeo (Florencia).

¹ Auto de 28 de marzo de 2004 (Sala Tercera), asunto C-45/03, Oxana Dem'Yanenko (no publicado). El dispositivo de la cuestión prejudicial y el fallo del Tribunal de Justicia pueden leerse, respectivamente, en el DO C 83 de 5 de abril de 2003, p. 8, y en el DO C 106 de 30 de abril de 2004, p. 16.

² De momento el auto —que sólo existe en francés e italiano— tampoco está disponible en el sitio web del Tribunal. Las traducciones de sus apartados, salvo las referidas a disposiciones y sentencias ya traducidas, son mías. La versión italiana del auto ha sido publicada parcialmente en la revista *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2004, n.º 2, p. 103.

La sección final de este comentario se dedicará a examinar dichos interrogantes.

2. LOS HECHOS Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES³

El 22 de mayo de 2002, Oxana Dem'Yanenko, ciudadana ucraniana, entró en el territorio de la Unión Europea por la República austriaca, provista de un visado Schengen de tipo C (visado para estancias 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. Posteriormente la Sra. Dem'Yanenko entró en 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)⁴. Informado de esta omisión, el 17 de enero de 2003 el Prefetto di Catania ordenó la expulsión de la Sra. Dem'Yanenko. La orden fue ejecutada inmediatamente por la comisaría de policía de Catania. La Sra. Dem'Yanenko fue conducida forzosamente a Roma, siendo obligada a subirse a un avión que partía el mismo día. La decisión de expulsión le fue notificada 85 minutos antes de la ejecución de la expulsión.

En virtud del artículo 13, apartado 5-bis, del decreto legislativo 286/1998, el Questore di Catania solicitó al Tribunale di Catania que convalidara la orden de expulsión de la Sra. Dem'Yanenko, adjuntando algunos documentos y las notificaciones efectuadas. La solicitud tuvo entrada en el Tribunale di Catania el 18 de enero de 2003, un día después de la expulsión, y el mismo decidió plantear una serie de cuestiones prejudiciales

³ Esta sección resume los apartados 15 a 22 del auto.

⁴ Decreto legislativo 286/1998, de 25 de julio (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), modificado por la ley conocida como «legge Bossi-Fini», es decir, el decreto-ley 51/2002, de 4 de abril (*Disposizioni urgenti recanti misure di contrasto all'immigrazione clandestina e garanzie per soggetti colpiti da provvedimenti di accompagnamento alla frontiera*), convalidado, con modificaciones, por la ley 106/2002, de 7 de junio (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, n.º 133, de 8 de junio de 2002; en lo sucesivo me referiré al decreto legislativo modificado como «decreto legislativo 286/1998»).

al Tribunal de Justicia. En su auto de remisión de 19 de enero de 2003, el Tribunal di Catania preguntaba al Tribunal si la normativa italiana era compatible con los artículos 7, 8 y 9 de la Directiva 64/221⁵, que garantizan una protección jurídica mínima a los ciudadanos de los Estados miembros y a sus familiares en los casos de expulsión por razones de orden, seguridad y salud públicas, así como con los derechos fundamentales garantizados por el Tribunal de Justicia. El Tribunale consideraba, en efecto, que el procedimiento de expulsión establecido por el decreto legislativo 286/1998 violaba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no permitía ejercitar el derecho de asilo y limitaba de forma desproporcionada el derecho básico de libertad.

3. EL AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Aparte de la exposición del marco jurídico y de los hechos, el auto contiene una única sección titulada «Sobre la competencia del Tribunal de Justicia», en la cual se examina la condición de «jurisdicción» del Tribunale di Catania en el sentido del artículo 234 CE, la aplicabilidad de la Directiva 64/221, la aplicabilidad del Derecho Schengen, y la competencia para pronunciarse sobre este último.

En cuanto a la condición de «jurisdicción» del Tribunale di Catania, el auto recuerda la jurisprudencia reiterada según la cual «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»⁶. En cuanto al caso concreto, el Tribunal recuerda que según el decreto legislativo 286/1998 la autoridad judicial a la que se solicita la convalidación de la decisión de expulsión ha de com-

⁵ Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, relativa a la coordinación de las medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y estancia justificadas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública (DO 1964, 56, p. 850).

⁶ Apartado 26 del auto comentado. El Tribunal se refiere a los autos de 5 de marzo de 1986, Greis Unterweger (318/85, Rec. p. 955), apartado 4, y de 10 de julio de 2001, HSB-Wohnbau (C-86/00, Rec. p. I-5353), apartado 11; sentencias de 19 de octubre de 1995, Job Centre, «Job Centre I» (C-111/94, Rec. p. I-3361), apartado 9; de 12 de noviembre de 1998, Victoria Film (C-134/97, Rec. p. I-7023), apartado 14, y de 14 de junio de 2001, Salzmann (C-178/99, Rec. p. I-4421), apartado 14.

probar si se dan las condiciones para la misma⁷. Según la Comisión, prosigue el Tribunal, la intervención del juez ofrece a los extranjeros afectados las garantías previstas por la Constitución italiana, de conformidad con el artículo 13 de la misma, según el cual la libertad personal es inviolable, así como con la jurisprudencia de la Corte costituzionale, el preámbulo de la reforma de 2002 de la legislación sobre extranjería y los trabajos parlamentarios relativos a la misma. Sin embargo, el Tribunal se limita a declarar que los elementos de que dispone no son suficientes para determinar si el Tribunale di Catania actúa como órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE cuando se le solicita que convalide las decisiones de expulsión, y añade que a la luz de las consideraciones que siguen no es necesario «profundizar el examen de esta cuestión»⁸.

En cuanto a la Directiva 64/221, el Tribunal se limita a recordar que en virtud de su artículo 1 la misma se aplica a los ciudadanos de un Estado miembro que residen o se trasladan a otro Estado miembro para ejercer una actividad asalariada o como receptores de servicios, así como a su esposo o esposa y a los miembros de su familia. Como la Sra. Dem'Yanenko es ucraniana y no parece tener ninguna relación familiar o matrimonial con un ciudadano comunitario, la Directiva «no se aplica en las circunstancias del litigio principal»⁹.

A continuación el auto recuerda una línea jurisprudencial según la cual, «para dar un respuesta adecuada al órgano jurisdiccional que le plantea una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el juez nacional no se haya referido en su cuestión»¹⁰. En virtud de esta jurisprudencia, el Tribunal señala que «el artículo 23 [del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen¹¹] establece las condiciones según las cua-

⁷ *Ibid.*, apartado 30.

⁸ *Ibid.*, apartado 32.

⁹ *Ibid.*, apartados 33 a 36.

¹⁰ *Ibid.*, apartado 37. El Tribunal se refiere a las sentencias de 20 de marzo de 1986, Tissier, 35/85, Rec. p. 1207, apartado 9; de 27 de marzo de 1990, Bagli Pennacchiotti, C-315/88, Rec. p. I-1323, apartado 10; de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 39; y de 7 de noviembre de 2002, Bourrasse y Perchicot, C-228/01 y C-280/01, Rec. p. I-10213, apartado 33.

¹¹ Acervo de Schengen —Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO L 239, de 22 de septiembre de 2000, p. 19) (en lo sucesivo, «Convenio de aplicación Schengen»).

les los extranjeros que ya no cumplen las condiciones de estancia de corta duración han de salir de los territorios de las Partes Contratantes». Su apartado 3 prevé que «[c]uando dicho extranjero no abandone el territorio voluntariamente o pueda presumirse que no lo abandonará, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de seguridad nacional o de orden público, el extranjero será expulsado del territorio de la Parte contratante donde haya sido aprehendido, *en las condiciones establecidas en el Derecho nacional de dicha Parte contratante*»¹².

Acto seguido, el Tribunal recuerda que al incorporar el acervo Schengen al Tratado, el Consejo designó los artículos 62, apartado 3, y 63, apartado 3, CE, como fundamentos jurídicos del artículo 23, apartado 3, del Convenio de aplicación Schengen. «Por lo tanto», prosigue el Tribunal, «hay que examinar si se dan las circunstancias y condiciones determinadas por el artículo 68 CE, en las cuales es aplicable el artículo 234 CE»¹³. En otras palabras, al tratarse de un acto de Derecho derivado basado en una disposición del Título IV del Tratado CE, 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 CE. Según esta disposición, «cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, *cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno*, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo»¹⁴. A este respecto, el Tribunal señala que, «*como lo hace valer la Comisión en los puntos 35 y 36 de sus observaciones*, parece que existe en el ordenamiento jurídico italiano una vía de recurso interna contra una decisión de convalidación tomada por un tribunal en virtud del artículo 13, apartado 5 bis, del decreto legislativo 286/1998»¹⁵. «Por ello, no habiendo sido consultado por una

¹² Apartado 39 del auto comentado (el subrayado es mío). El apartado 3 del artículo 23 del Convenio de aplicación Schengen añade que «[s]i la aplicación de tal Derecho no permitiera la expulsión, la Parte contratante de que se trate podrá permitir la estancia del interesado en su territorio».

¹³ Apartado 40 del auto comentado.

¹⁴ El subrayado es mío.

¹⁵ *Ibid.*, apartado 42 (el subrayado es mío).

jurisdicción de las contempladas en el artículo 68 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la aplicación eventual del artículo 23, apartado 3, del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen»¹⁶.

A continuación se añade la jurisprudencia bien conocida sobre derechos fundamentales: «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones 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. Dentro de este contexto, el Convenio reviste un significado particular. Como señaló también el Tribunal de Justicia, de ahí se deduce que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera»¹⁷. Asimismo se recuerda que «desde el momento en que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia tal como están expresados, en particular, en el Convenio. Por el contrario, el Tribunal de Justicia carece de competencia en el caso de una normativa que no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario»¹⁸.

En el caso concreto, el auto no aclara si estamos o no en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, pues se limita a repetir que «no se dan las condiciones en las cuales el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al juez nacional los elementos de interpretación necesarios para que éste aprecie si el decreto legislativo 286/1998 es conforme con los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal»¹⁹.

¹⁶ *Ibid.*, apartado 43.

¹⁷ *Ibid.*, apartado 45. El Tribunal se refiere al Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. p. I-1759, apartado 33); y a la sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 41.

¹⁸ *Ibid.*, apartado 46. El Tribunal se refiere a la sentencia de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. p. I-2629, apartado 15.

¹⁹ *Ibid.*, apartado 47.

En conclusión, el Tribunal se declara «manifiestamente incompetente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el Tribunale de Catania»²⁰.

4. COMENTARIO

El auto nos impresiona por la situación de la Sra. Dem'Yanenko y por el automatismo impersonal con el que se aplica la legislación italiana sobre extranjería, una legislación especialmente dura desde la reforma de 2002 debida al decreto-ley conocido popularmente como «*legge Bossi-Fini*»²¹. Es triste, en efecto, saber que en el corazón de la «civilizada» Europa suceden cosas así. El caso individual sorprende por su crudeza, pero se trata de un fenómeno corriente. Y no es algo limitado a Italia, país cuya peculiar situación política exaspera el fenómeno y radicaliza las medidas contra los emigrantes irregulares²², sino que se extiende, en mayor o menor medida, a todos los países de nuestro entorno. En efecto, las medidas de expulsión, individuales o colectivas, son muy comunes. A veces se llevan a cabo sin intervención judicial previa o tras una intervención sumaria y formal. Los recursos que pueden interponerse de antemano no suelen tener efecto suspensivo, de manera que la expulsión tiene lugar durante el procedimiento. Aunque suele permitirse un recurso *ex post* ante la representación del Estado en el país de origen del emigrante, son raros los casos en los que se interpone efectivamente. Salvo algunas excepciones, además, los tribunales nacionales tienen una actitud bastante deferente ante este tipo de medidas, considerando que las autoridades disponen de un amplio margen de apreciación. En efecto, muchos siguen viendo el ámbito de extranjería más como política que como Derecho. Los derechos fundamentales no acaban de encontrar una forma de hacerse valer con eficacia. Y este sector aparece como uno de los últimos bastiones

²⁰ *Ibid.*, apartado 48 y parte dispositiva.

²¹ Véanse las referencias en la nota 4 *supra*.

²² No en vano la llamada «*legge Bossi-Fini*» lleva el nombre de los líderes de los partidos de la coalición con la que gobierna Forza Italia, el partido de Silvio Berlusconi: la Lega Nord, cuyo líder ha declarado a la prensa, entre otras lindezas, que a los barcos cargados de emigrantes albaneses hay que recibirlos con cañonazos; y Alleanza Nazionale, partido conservador surgido de los restos del partido fascista.

de la soberanía entendida como poder ilimitado y escasamente sometido al imperio del Derecho²³.

Más allá de esta reflexión general, me gustaría examinar tres cuestiones de carácter más técnico.

En primer lugar me referiré a la cuestión del carácter de jurisdicción del Tribunale di Catania en su actuación de convalidación de la orden de expulsión, cuestión que el auto deja abierta —aunque la Comisión había argumentado en favor de una respuesta positiva—, considerando innecesario dar respuesta a la misma. En mi opinión no puede dudarse de la condición de jurisdicción del Tribunale di Catania, y ello por dos razones: la primera, que se trata del cauce para un control judicial mínimo de la actividad de la administración, y aunque no tenga lugar de antemano, no se desarrolle en el marco de un litigio tradicional entre partes y no sea demasiado efectivo —pues la expulsión ya ha tenido lugar—, sí que acabará con la adopción de una decisión jurisdiccional, de convalidación o no convalidación de la expulsión efectuada²⁴; la segunda razón, que si consideramos que las limitaciones que el Derecho italiano establecía para la intervención judicial en estos casos tienen como consecuencia que el juez no actúa como órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva nunca podría hacerse valer a nivel comunitario, ni por el particular afectado ni por el órgano judicial encargado de la convalidación. Si ello fuera así, bastaría que un Estado miembro limitara de esta forma o incluso excluyera la intervención judicial en cualquier sector del Derecho comunitario para impedir que los tribunales nacionales se dirijan al Tribunal de Justicia, que no podría controlar a través del procedimiento prejudicial si la normativa procesal de dicho Estado miembro con respecto a un ámbito determinado del Derecho comunitario satisface las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como se trata de un derecho imprescindible para la protección de los demás derechos derivados del Tratado o de la legislación comunitaria, fundamentales o no, dicha consecuencia parece aberrante. Convendría pues interpretar el artículo 234 CE en el sentido de que,

²³ Sobre estas cuestiones, véase C. DAUVERGNE, «Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times», *Modern Law Review*, 2004, 588.

²⁴ El Tribunal ya se ha pronunciado en el marco de procedimientos iniciados de oficio por un órgano jurisdiccional o de carácter no contradictorio (por ejemplo, sentencias de 29 de junio de 1999, DM Transport, C-256/97, Rec. p. I-3913, y de 21 de febrero de 1974, Birra Dreher, 162/73, Rec. p. 201).

en casos como el asunto comentado, el tribunal remitente satisface las condiciones mínimas de la noción de órgano jurisdiccional, y puede dirigirse al Tribunal de Justicia, entre otras cosas para hacer valer que el control judicial previsto por el ordenamiento nacional en un determinado sector cubierto por el Derecho comunitario no satisface las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar me gustaría referirme a los problemas de interpretación del artículo 68 CE, que establece una limitación a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia, al disponer que sólo los tribunales nacionales de última instancia pueden plantear una cuestión prejudicial cuando se trata de disposiciones del Título IV del Tratado CE o de legislación basada en el mismo. En el auto comentado, el Tribunal interpreta esta disposición de un modo algo formalista, declarando que el Tribunale di Catania no es un tribunal de última instancia y no puede plantear una cuestión prejudicial. La única razón que se da es un mero reenvío a los puntos 35 y 36 de las observaciones presentadas por la Comisión, según la cual en el ordenamiento italiano existiría una vía de recurso contra la decisión de convalidación de la orden de expulsión. Ahora bien, el Tribunal no reproduce ni explica el contenido de esos puntos de las observaciones de la Comisión, lo que dificulta la comprensión del razonamiento. Afortunadamente he tenido acceso a las observaciones de la Comisión²⁵, lo que me ha permitido saber que en dichos apartados la Comisión argumenta que al tratarse de medidas que afectan a la libertad personal de los extranjeros²⁶, y dado que el decreto legislativo 286/1998 no prevé recurso alguno frente a la decisión de convalidación²⁷, el artículo 111,

²⁵ Que la propia Comisión me ha enviado tras haberlas solicitado de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145, de 31 de mayo de 2001, página 43).

²⁶ Lo que ya podía deducirse de la sentencia 105/2001, de 22 de marzo, de la Corte Costituzionale.

²⁷ El artículo 13, apartado 8, del decreto legislativo dispone que contra la orden de expulsión cabe *únicamente* un recurso *ex post*, a presentar ante las representaciones diplomáticas y consulados italianos, y a tramitar ante el juez de lo civil («il tribunale in composizione monocratica», el mismo que conoce de la solicitud de convalidación). En cambio, no se prevé ningún recurso frente a la decisión sobre la solicitud de convalidación. Según el artículo 13, apartado 5-*bis*, del decreto legislativo, la orden de expulsión es inmediatamente ejecutiva, se comunica al «tribunale in composizione monocratica» en un plazo de 48 horas y éste debe convalidarla, una vez verificados los requisitos de la expulsión, en un nuevo plazo de

apartado 7, de la Constitución italiana garantizaría en todo caso la posibilidad de introducir un recurso de casación²⁸. Por ello, la Comisión considera que el juez remitente no es de última instancia y no se halla habilitado para plantear la cuestión prejudicial.

Este razonamiento, que el Tribunal de Justicia adopta sin explicitarlo para llegar a su decisión de incompetencia manifiesta, me parece problemático. En efecto, el Tribunal se basa en una interpretación del Derecho constitucional italiano debida al servicio jurídico de la Comisión, sin haber solicitado aclaraciones al tribunal nacional²⁹, su interlocutor válido cuando se trata de interpretar el Derecho nacional. Además, no está fuera de toda duda que el artículo 111, apartado 7, de la Constitución italiana abra automáticamente la casación a los ciudadanos no italianos cuando se adopta una medida que incide sobre su libertad personal³⁰. En cualquier caso, si dicho recurso existe se trataría de un recurso extraordinario.

Más allá de la existencia o no del recurso de casación, puede que el artículo 68 CE deba ser interpretado de otro modo y que la existencia hipotética de tal recurso no deba excluir la competencia del Tribunal de Justicia. Hay en esta disposición una disyuntiva que no se da en el artículo 234 CE y que podría justificar un enfoque diferente. En el ámbito de esta última disposición, el tribunal que no es de última instancia puede plantear la cuestión prejudicial aunque no esté obligado a hacerlo, y una interpretación restrictiva de la noción de tribunal de última instancia puede justificarse para evitar que el Tribunal de Justicia se vea inundado de cuestiones prejudiciales³¹. En cambio, en el contexto del artículo 68 CE

48 horas. Sobre el procedimiento de expulsión, véase B. Nascimbene (coordinador), *Diritto degli stranieri* (CEDAM, Padua, 2004), capítulo III.

²⁸ Según dicha disposición, «[c]ontro le sentenze o contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra».

²⁹ En virtud del artículo 104, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento.

³⁰ No me adentraré en esta cuestión, limitándome a recordar que según el artículo 10, segundo párrafo, de la Constitución italiana, «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali», no por la propia Constitución. La legislación de extranjería no prevé recurso alguno contra la decisión de convalidación. Cabe pues preguntarse si la garantía del artículo 111 se aplica a los extranjeros. Sobre el artículo 111 de la Constitución, véase el comentario de V. Denti en G. Branca (coordinador), *Commentario della Costituzione* (Tomo IV, Zanichelli, Bologna, 1987), pp. 13 y ss.

³¹ Véase, por ejemplo, la sentencia Lyckeskog, C-99/00, Rec. 2002, p. I-4839 (en la que el Tribunal declaró que no es tribunal de última instancia aquél contra

las consecuencias son más drásticas y el tribunal que no es de última instancia no puede plantear la cuestión prejudicial. Ahora bien, si se ve el incidente prejudicial como parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares en el ámbito comunitario³², el artículo 68 CE debería interpretarse de una manera menos restrictiva, no teniendo en cuenta los eventuales recursos extraordinarios y ateniéndonos más bien a las posibilidades reales de que pueda presentarse un recurso «útil», por mucho que esté previsto «en el papel»³³.

En el caso concreto, la interpretación propuesta nos llevaría a concluir que en la práctica el Tribunale di Catania era el tribunal de única y última instancia por lo que se refiere a la convalidación de la orden de expulsión, pues aún suponiendo que existiera un recurso de casación con arreglo al artículo 111 de la Constitución, dicho recurso sería extraordinario, muy poco efectivo y además, en la situación concreta, el Tribunale di Catania era seguramente el único tribunal que intervenía en el procedimiento de convalidación³⁴. Y si el único tribunal que interviene no puede plantear una cuestión prejudicial por no ser considerado tribunal de última instancia, no habrá forma de hacer valer el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. La interpretación restrictiva y formalista del artículo 68 CE, por tanto, podría conducir en ciertos casos a una indefensión

cuyas decisiones cabe un recurso, aunque la admisibilidad de dicho recurso esté sometida a un filtrado basado en el interés jurisprudencial del asunto y en la práctica sólo se admita un porcentaje muy reducido de recursos).

³² Como lo hacen el Bundesverfassungsgericht alemán (decision de 9 de enero de 2001, 1 BvR 1036/99; sentencias Solange II de 1986, BVerfGE 73, 339, pp. 366-371, y Kloppenburg de 1987, BVerfGE 75, 223, pp. 233-245), el Verfassungsgericht austriaco (sentencia de 10 de diciembre de 2001, B 405/99) y el Tribunal Constitucional español (sentencia 58/2004 de 19 de abril de 2004, BOE n.º 120 de 18 de mayo de 2004, p. 64, aunque parece limitarse la protección a los casos en los que se cuestiona la validez de la legislación nacional).

³³ Esta interpretación se inspira de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al requisito de admisibilidad del «agotamiento de los recursos internos» (artículo 35, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos), requisito que no comporta la inadmisión cuando los recursos omitidos son «inútiles», «ilusorios», no efectivos, o de existencia incierta en la teoría o en la práctica. Véase J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme* (2ª edición, LGDJ, París, 2001), pp. 513-516, y la jurisprudencia que cita.

³⁴ El posible recurso *ex post* contra la orden de expulsión al que me he referido en la nota 27 tiene un objeto distinto y se tramita ante el mismo órgano jurisdiccional que conoce de la solicitud de convalidación.

a nivel comunitario³⁵. El artículo 68 CE debería interpretarse de conformidad con dicho derecho fundamental, flexibilizando la noción de tribunal de última instancia para que el Tribunal de Justicia se declare incompetente sólo si está fuera de toda duda que el justiciable puede presentar *un recurso ordinario y efectivo*³⁶.

Me gustaría abordar, por último, la cuestión del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. La Comisión había mencionado el artículo 23 del Convenio de aplicación Schengen en sus observaciones escritas³⁷, pero luego concluía que el Tribunal era incompetente a consecuencia de las limitaciones del artículo 68 CE. En el auto comentado, tras haber recordado que la Directiva 64/221 no era aplicable, el Tribunal también se refiere al artículo 23 del Convenio de aplicación Schengen, pero no se pronuncia sobre su interpretación ni llega a aclarar si la expulsión se efectúa en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario —en cuyo caso debería hacerse de conformidad con los derechos fundamentales comunitarios—, por considerarse incompetente.

Si lo que el Tribunal sugiere pero no acaba de decir es así, es decir, si las expulsiones de los nacionales de Estados terceros que entran en la Unión Europea con un visado Schengen del tipo que sea y luego se encuentran en situación irregular se realizan en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y han de respetar los derechos fundamentales comunitarios, en ese caso competiría al Tribunal de Justicia establecer el nivel

³⁵ No en todos, de manera que las limitaciones del artículo 68 CE seguirían operando en aquellos casos en los que un recurso ordinario y efectivo se da en la práctica. Véase, por ejemplo, el auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 31 de marzo de 2004, C-51/03, Georgescu (aún no publicado en la Recopilación), en cuyo apartado 31 el Tribunal señala que «en este caso consta que el [tribunal nacional] está actuando en el marco de un proceso penal sumario a instancias de la Fiscalía, el cual puede dar lugar bien a la adopción de una resolución penal, contra la que el inculcado podrá formular oposición con la consiguiente apertura de un proceso penal ordinario de primera instancia, bien a que el juzgado se niegue a adoptar la resolución penal solicitada por la Fiscalía, decisión contra la que podrá recurrir la Fiscalía».

³⁶ Es cierto que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa podría acabar con las limitaciones del artículo 68 CE, al extender el régimen de Derecho común del artículo 234 CE al ámbito actualmente regulado por el Título IV del Tratado CE. Pero no puede excluirse que el Tratado Constitucional no llegue a entrar en vigor, y si lo hace será dentro de algunos años, de modo que las limitaciones del artículo 68 CE y su interpretación aún pueden tener su importancia.

³⁷ Apartado 33 de las observaciones.

de protección de los mismos para todo el territorio de la Unión Europea. De este modo, los Estados miembros sólo podrían expulsar sin tener en cuenta las exigencias derivadas del Derecho comunitario a los emigrantes que no han entrado provistos de un visado Schengen, es decir, emigrantes que accedieron ilegalmente al territorio de un Estado miembro. Se trataría de un paso importante, pues los Estados miembros perderían parte de su autonomía en este campo, pero en principio neutro para el nivel de protección de los derechos fundamentales, pues nada garantiza que el Tribunal de Justicia vaya a exigir uno mayor que el que se da en los Estados miembros o que, por ejemplo, fuera a declarar incompatible con los derechos fundamentales un sistema como el italiano. Todo dependería de las decisiones judiciales concretas del Tribunal una vez ejercitada su competencia prejudicial.

A esta interpretación del artículo 23 del Convenio de aplicación Schengen puede objetársele que dicha disposición se limita a establecer que «el extranjero será expulsado del territorio de la Parte contratante donde haya sido aprehendido, *en las condiciones establecidas en el Derecho nacional de dicha Parte contratante*». Nos encontramos sin duda en los confines del Derecho comunitario, ¿pero estamos dentro o fuera? ¿La referencia a las «condiciones establecidas en el Derecho nacional» quiere decir que se trata de Derecho nacional, que debe excluirse un control comunitario del respeto de los derechos fundamentales? ¿O el imperativo «será expulsado» quiere decir que la expulsión se hace en aplicación del artículo 23, que se trata de Derecho comunitario y la remisión a las condiciones establecidas por el Derecho nacional se entiende sometida al respeto de los derechos fundamentales comunitarios?

Cuestiones delicadas, pero la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario al que pertenece el acervo Schengen exigiría que las expulsiones se hagan de conformidad con garantías equivalentes de los derechos fundamentales. De otro modo se correría el riesgo de que los movimientos migratorios se dirijan a los Estados que ofrecen mayor protección y ello podría llevar a una carrera hacia el mínimo («race to the bottom») en materia de tutela judicial de los extranjeros expulsados, lo que no puede ser el objetivo de esta disposición del acervo Schengen. Parece pues que nos encontramos en el ámbito del Derecho comunitario, y que correspondería al Tribunal de Justicia fijar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el marco de las expulsiones de ciudadanos no comunitarios que entraron en la Unión provistos de un visado

Schengen. Se trata de una interpretación con consecuencias importantes, pues se «comunitarizarían» los derechos fundamentales en un área muy sensible, pero ello parece la consecuencia natural de la regulación a nivel comunitario de dicha área.

Todo ello está relacionado con la cuestión de la definición del ámbito de protección de los derechos fundamentales comunitarios y su relación con los derechos fundamentales contenidos en las constituciones nacionales. Según el Tribunal, la protección se extiende a todo el ámbito del Derecho comunitario, incluyendo los actos de las instituciones y también los de los Estados miembros cuando implementan Derecho comunitario, adoptan una normativa en el ámbito del Derecho comunitario o restringen el ejercicio de alguna libertad comunitaria³⁸. En el caso comentado, el Estado miembro en cuestión actúa de conformidad con el artículo 23 del Convenio de aplicación Schengen («el extranjero será expulsado») pero aplica al mismo tiempo el Derecho nacional («en las condiciones establecidas por el Derecho nacional»). Se trata de situaciones híbridas, debidas a la ausencia de una división clara entre niveles políticos y administrativos y ordenamientos jurídicos en la Unión Europea, pero la lógica del Derecho comunitario parece excluir en tales casos un doble control del respeto de los derechos fundamentales³⁹, que podría llevar a soluciones divergentes en los distintos niveles (compatibilidad comunitaria e incompatibilidad nacional o viceversa). Y una vez que dicho control se extiende no sólo a los actos de las instituciones de la Unión Europea sino también a la actividad de los Estados miembros en el ámbito cada vez más amplio y borroso del Derecho comunitario, la consecuencia natural es que el control del respeto de los derechos fundamentales dentro de dicho ámbito ha de tener lugar según criterios de protección definidos a nivel comunitario.

³⁸ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. p. I-2629, apartado 15; de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 41; de 13 de julio de 1989, Wachauf, 5/88, Rec. p. 2609. El ámbito de protección definido por el artículo II-111, apartado 1, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se extendería a la actuación de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y también a los Estados miembros, pero «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». El Tratado Constitucional aún no está en vigor, pero cabe preguntarse si el ámbito de protección definido por dicha disposición coincide con el de la jurisprudencia del Tribunal o es más limitado.

³⁹ Ello aparece con claridad en la sentencia Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. Selec. 1970, 241, apartados 1 a 4.

El problema es que a medida que el Derecho de la Unión amplía sus dominios, esta lógica de uniformidad crea tensiones y resistencias cada vez mayores y parece reducir, como si se tratara de vasos comunicantes, el campo de aplicación de los derechos fundamentales «nacionales». Sería necesario que unos y otros puedan operar armoniosamente cuando se trata de medidas nacionales que entran en el ámbito del Derecho comunitario. Una posible solución sería que los tribunales constitucionales nacionales —o los tribunales que ejercen funciones constitucionales— se decidieran a plantear una cuestión prejudicial cada vez que conocen de un asunto relativo a la protección de los derechos fundamentales que entra en el ámbito comunitario. Este diálogo constitucional, completado con el control mínimo y subsidiario del Tribunal de Estrasburgo, sería suficiente para impedir divergencias nefastas para la integridad del ordenamiento de la Unión.

En el auto comentado el Tribunal de Justicia se declaró incompetente, dejando abierta la vía para una protección autónoma de los derechos fundamentales nacionales⁴⁰. Poco después, la Corte Costituzionale declaró inconstitucional la disposición del decreto legislativo 286/1998 que limitaba de tal modo la intervención del juez, por violar el derecho de libertad personal y el derecho a la tutela judicial efectiva protegidos por la Constitución italiana, sin mencionar siquiera la dimensión comunitaria de la cuestión⁴¹. Final feliz para los juristas, pero, a pesar del teórico efecto

⁴⁰ Desconozco si, tras recibir el auto de «incompetencia manifiesta» del Tribunal de Justicia, el Tribunale di Catania se aventuró solo en la interpretación y aplicación del artículo 23 del Convenio de aplicación Schengen y de los derechos fundamentales comunitarios.

⁴¹ Sentencia 222/2004, de 8 de julio. Véase especialmente el fundamento de Derecho n.º 6: «il provvedimento di accompagnamento alla frontiera è eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Lo straniero viene allontanato coattivamente dal territorio nazionale senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale. È, quindi, vanificata la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost., e cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria nelle successive quarantotto ore. E insieme alla libertà personale è violato il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile. La disposizione censurata non prevede, infatti, che questi debba essere ascoltato del giudice, con l'assistenza di un difensore». Véase también la sentencia 223/2004, de la misma fecha, en la que se declara inconstitucional otro aspecto controvertido de la reforma de 2002 del decreto legislativo 286/1998. Recientemente, y como consecuencia de la sentencia, el gobierno italiano ha previsto la necesidad de obtener la convali-

retroactivo de la sentencia, probablemente sin consecuencias prácticas para las miles de personas que, como la Sra. Dem'Yanenko, fueron expulsadas en los dos años en que se aplicó la disposición declarada inconstitucional.

THE DEM'YANENKO ORDER: DEPORTATION OF THIRD-COUNTRY NATIONALS AND THE ECJ

ABSTRACT: This note presents and analyses the Dem'Yanenko Order of 18 March 2004 of the European Court of Justice. The case concerned the deportation from Italy of Ms. Oxana Dem'Yanenko, a third-country national who had entered the EU with a short-term Schengen visa that had expired while she was in Italy. According to Italian legislation such expulsions could be carried out without prior judicial intervention, and the national court intervening after the deportation asked the Court whether that system was in breach of the fundamental right to judicial protection. The Court of Justice declared the preliminary reference inadmissible on the grounds that the national court was not a court of last resort within the meaning of Article 68 EC. This judicial pronouncement addresses several crucial issues: the respect of the right to an effective judicial protection in the course of expulsions of third-country nationals from the territory of the EU; the limits to the jurisdiction of the Court of Justice arising out of Article 68 EC with regard to Schengen law; the limits of the Community legal order and of the sphere in which the Court protects fundamental rights.

dación del juez de paz antes de ejecutar las expulsiones y la posibilidad de introducir un recurso de casación sin efectos suspensivos contra la decisión de dicho juez (decreto-legge 241/2004, de 14 de septiembre, «Disposizioni urgenti in materia di immigrazione», *Gazzetta Ufficiale* n.º 216 de 14 de septiembre de 2004, convalidado por la *legge di Conversione*, n.º 271/2004, de 12 de noviembre, *Gazzetta Ufficiale*, n.º 267 de 13 de noviembre de 2004).