

DERECHO DE EXTRANJERÍA Y JURISPRUDENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

María Díaz Crego

Profesora ayudante doctora de la Universidad de Alcalá

1. Introducción.
2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
 - Condiciones de detención en centros de internamiento de extranjeros y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).
 - Condiciones de acogida de solicitantes de asilo y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).
 - Expulsión y extradición de ciudadanos extranjeros y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).
 - Tráfico de personas, inmigración y prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4 CEDH).
 - Libertad personal de ciudadanos extranjeros (art. 5.1.f) CEDH) y privación de libertad para evitar la entrada ilegal o en el marco de un proceso de extradición o expulsión.
 - La protección de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) como un límite a la aplicación de medidas que supongan el alejamiento del extranjero.
 - El procedimiento de tramitación de las solicitudes de asilo y el derecho a un recurso ante una instancia nacional para la protección de los derechos reconocidos en el CEDH (art. 13 CEDH).
 - El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad y el acceso a prestaciones sociales por parte de refugiados reconocidos (art. 14 CEDH).
4. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
 - Libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y sus familiares.
 - Libertad de circulación y residencia de nacionales de terceros estados que no son familiares de ciudadanos de la Unión.

RESUMEN

El presente trabajo se limita a dar noticia de la jurisprudencia más relevante en materia de extranjería adoptada por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante el año 2010 y el primer semestre de 2011. En el período analizado, las sentencias del Tribunal Constitucional han sido escasas y de muy poca importancia. Sin embargo, varios asuntos del Tribunal Europeo han llamado la atención por las innovaciones introducidas en materia de asilo, siendo especialmente significativo el caso M.S.S c. Bélgica y Grecia, y tres pronunciamientos del Tribunal de Justicia han introducido novedades en lo que se refiere a la distribución de competencias entre estados miembros y UE en relación con las condiciones de adquisición y pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro (Rottmann);

a la determinación de las circunstancias en las que un nacional de un tercer Estado puede tener derecho a residir y trabajar en la UE gracias a la ciudadanía europea de sus hijos (Ruiz Zambrano); y a la criminalización de la inmigración irregular (El Dridi).

1. INTRODUCCIÓN

Al igual que en pasadas ediciones del Anuario, la finalidad de este artículo es dar noticia de las principales sentencias adoptadas a lo largo del año 2010 y del primer semestre de 2011 por el Tribunal Constitucional (TC), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que son relevantes desde el punto de vista del Derecho de extranjería. Durante el año y medio analizado, la jurisprudencia del TC en la materia ha sido escasa y poco innovadora. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH y el TJUE presentan pronunciamientos muy novedosos, especialmente en materia de asilo, en el caso del TEDH, y en relación con la Directiva de retorno, en el caso del TJUE.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tal y como ya quedó indicado, la jurisprudencia sentada por el TC durante el año y medio analizado tiene escasa importancia desde el punto de vista del Derecho de extranjería. De hecho, desde esta perspectiva, tan solo resultan reseñables cuatro resoluciones: en dos de ellas, el TC recoge su jurisprudencia habitual en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas,¹ trasladándola al ámbito del asilo y del régimen general de extranjería (SSTC 141/2010 y 142/2011, ambas del 21 de diciembre); y en las otras dos, el TC se pronuncia sobre sendas euroórdenes (STC 132/2011, de 18 de julio), decidiendo el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE en la materia (ATC 86/2011, de 9 de junio).

De todos estos pronunciamientos, el único que merece la pena destacar es el contenido en el ATC 86/2011, de 9 de junio, en el que el TC decidía por primera vez plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. A pesar de que la relevancia de esta decisión debe medirse especialmente en términos de articulación del Derecho de la Unión Europea con los ordenamientos nacionales, la decisión del TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada por el TC no dejará de tener importancia desde el punto de vista del Derecho de extranjería, en la medida en que el TC planteaba varias preguntas referidas a la adecuación del Derecho interno a la

¹ Sobre esta jurisprudencia, véase García Roca y Díaz Crego (2009).

Decisión marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, por la que se regulan las euroórdenes.

Los hechos del litigio principal que debía resolver el TC eran semejantes a los que dieron lugar a la STC 199/2009, de 28 de septiembre,² puesto que el recurrente en amparo, un ciudadano de origen italiano que había sido reclamado por las autoridades de su país a fin de cumplir una pena privativa de libertad de diez años impuesta por la comisión de un delito de quiebra fraudulenta, había sido condenado sin estar presente físicamente en el juicio oral, pero con la presencia de un abogado que él mismo había elegido y apoderado al efecto. En asuntos anteriores, el TC había considerado que la ejecución de una euroorden en tales circunstancias vulneraría el derecho de defensa del afectado si no se vinculaba a la posibilidad de revisión de la condena dictada en ausencia. Sin embargo, en el auto analizado, el TC toma una perspectiva de análisis distinta, al considerar que no podía proceder a dictar sentencia sin que el TJUE resolviera una serie de dudas referidas a la interpretación y la validez del artículo 4 de la Decisión marco 2002/584/JAI, en su redacción dada por la Decisión marco 2009/299/JAI. El TC se planteaba, así, si ese precepto, que solo permite a las autoridades de ejecución de una euroorden denegar la ejecución en ciertos supuestos en los que la condena se haya producido en ausencia del interesado, permitiría a las autoridades de ejecución condicionar la entrega a la posibilidad de que se revisara la condena dictada en ausencia. En segundo lugar, el TC se planteaba si las limitaciones contenidas en el precepto indicado de la decisión marco serían contrarias a los derechos a la tutela judicial y a la defensa, garantizados en los artículos 47 y 48 de la Carta de derechos fundamentales de la UE. Y, por último, el TC se preguntaba por el alcance del artículo 53 de la citada Carta, planteando si ese precepto podría interpretarse en el sentido de permitir

EL TEDH HA CENTRADO SU JURISPRUDENCIA DE EXTRANJERÍA EN ASUNTOS DE ASILO, ESPECIALMENTE EN EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA M.S.S C. BÉLGICA Y GRECIA, DE 21 DE ENERO DE 2011, EN LA QUE SE CUESTIONA LA ADECUACIÓN AL CONVENIO DEL SISTEMA DE DUBLÍN, UNO DE LOS PILARES SOBRE LOS QUE SE ASIENTA LA POLÍTICA COMÚN DE ASILO DE LA UE

² Sobre el contenido de esa sentencia, Díaz Crego (2010b).

a un Estado miembro ampliar el contenido mínimo de los derechos reconocidos por la UE, condicionando la ejecución de una euroorden a la revisión de la condena dictada en ausencia.

A pesar de que la decisión del TC de plantear la cuestión prejudicial parecía adecuada, en la medida en que nuestro Alto Tribunal ha resuelto ya demasiados amparos referidos a euroórdenes interpretando espinosas normas europeas sin plantear cuestión prejudicial alguna,³ la realidad es que el planteamiento de esta cuestión suponía un notable quiebro en la jurisprudencia del TC, que pasaba de otorgar el amparo en una situación idéntica en la STC 199/2009 a cuestionarse la adecuación a Derecho de la UE de su propia jurisprudencia.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Más allá de la existencia de varias sentencias que condenan a los estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o Convenio) por no respetar las medidas cautelares impuestas por el TEDH en casos en los que se analizaba la adecuación al Convenio de una

EL TEDH HA INTRODUCIDO UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

decisión de expulsión o extradición de un extranjero⁴ y de varios asuntos en los que el TEDH se pronuncia sobre la aplicación del artículo 1 del Protocolo nº 7 de forma poco novedosa,⁵ en el período analizado, el TEDH ha centrado su jurisprudencia relevante desde el punto de vista de la extranjería en asuntos de asilo, destacando especialmente el contenido de la sentencia M.S.S c. Bélgica y Grecia, de

21 de enero de 2011, en la que se cuestiona la adecuación al Convenio del sistema de Dublín, uno de los pilares esenciales sobre los que se asienta la política común de asilo de la UE; así como su sentencia Rantsev c. Chipre y Rusia, de 7 de enero de 2010, en la que el TEDH analiza las conexiones existentes entre ciertas políticas migratorias y el tráfico de personas en el ámbito internacional.

³ El número de amparos resuelto por el TC en este sentido es muy extenso, pero pueden quizás reseñarse especialmente las SSTC 199/2009, de 28 de septiembre, y la STC 177/2006, de 5 de junio. Algunas críticas al tratamiento de la cuestión por parte del TC pueden verse en Torres Pérez (2010) y De La Quadra-Salcedo Janini (2006).

⁴ Han constatado la violación del artículo 34 CEDH por no respetar las medidas cautelares acordadas por el TEDH en aplicación del artículo 39 de su Reglamento: STEDH Trabelsi c. Italia, de 13 de abril de 2010; Al-Saadoon & Mufdhi c. Reino Unido, de 2 de marzo de 2010; STEDH Kamaliyevy c. Rusia, de 3 de junio de 2010.

⁵ En este sentido: SSTEDH Geleri c. Rumania, de 15 de febrero de 2011, Ahmed c. Rumania, de 13 de julio de 2010 y Kaushal y otros c. Bulgaria, de 2 de septiembre de 2010.

Condiciones de detención en centros de internamiento de extranjeros y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH)

Durante el período analizado, el TEDH ha revisado varios casos en los que se planteaba la eventual vulneración del artículo 3 CEDH por las condiciones de internamiento en centros de extranjeros. Siguiendo su jurisprudencia habitual sobre las condiciones de internamiento en estos centros,⁶ el TEDH ha vuelto a criticar las deplorables condiciones de detención en los centros de internamiento de extranjeros griegos⁷ y rumanos,⁸ en los que los extranjeros vivían hacinados, en medio de la suciedad y de nefastas condiciones higiénicas, y en los que los extranjeros malvivían sin una alimentación adecuada, asistencia sanitaria o recreación. A pesar de lo poco novedoso de esta terrible constatación, destaca que las sentencias más recientes del TEDH consideren vulnerado el artículo 3 CEDH cuando la estancia en estos centros de internamiento es mínima, incluso de unos pocos días, lo que parece apuntar en la línea de exigir ciertas condiciones de habitabilidad e higiene en cualquier centro de internamiento, independientemente de que esté pensado para estancias de larga o corta duración.⁹

Sin embargo, de entre los asuntos analizados, resultan especialmente reseñables los casos *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, y *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, de 19 de enero de 2010, en los que el TEDH se pronunciaba sobre las condiciones de detención de solicitantes de asilo menores de edad. En el primer caso, el demandante era un menor de edad no acompañado, que permaneció apenas dos días en un centro de internamiento para adultos, que se encontraba en condiciones higiénicas lamentables. En el segundo caso, los demandantes eran una solicitante de asilo y sus cuatro hijos menores de edad –de siete meses, tres, cinco y siete años–, que permanecieron en un centro de internamiento de extranjeros belga a la espera de su traslado a Polonia durante más de un mes, a pesar de que varios médicos certificaron el deterioro de la salud de los menores y de la madre, recomendando que la familia fuera puesta en libertad.

A pesar de que las condiciones de ambos centros eran notablemente diferentes y que, en el primer caso, el TEDH se enfrentaba a la privación de libertad de un menor extranjero no acompañado, el Alto Tribunal seguía la jurisprudencia sentada en el asunto *Mubilanzila Mayeka y*

⁶ Sobre la jurisprudencia en la materia del TEDH, véase Salado Osuna (2009)

⁷ En este sentido: *STEDH A. A. c. Grecia*, de 22 de julio de 2010; *R.U. c. Grecia*, de 7 de junio de 2011; *Efraimidi c. Grecia*, de 21 de junio de 2011.

⁸ En este sentido: *STEDH Al-Agha c. Rumania*, de 12 de enero de 2010.

⁹ En este sentido: *STEDH Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, sobre el internamiento de un menor de edad durante dos días; *STEDH M.S.S c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, sobre dos internamientos consecutivos de cuatro días y una semana.

Kaniki Mitunga c. Bélgica, de 12 de octubre de 2006, y constataba la inadaptación de los centros en los que estuvieron reclusos los menores a las necesidades específicas de ese colectivo, así como la especial vulnerabilidad de los niños, y consideraba violado el artículo 3 CEDH. Parecía confirmarse, así, una clara tendencia del TEDH a exigir condiciones específicas de detención de los menores extranjeros, independientemente de su condición de acompañados o no acompañados.

Condiciones de acogida de solicitantes de asilo y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH)

En relación con la aplicación del artículo 3 CEDH a asuntos de extranjería, resulta especialmente relevante el novedoso pronunciamiento del TEDH sobre las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en Grecia en el asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011. En este caso, el TEDH analizaba, entre otras cuestiones, si las condiciones en que vivió el Sr. M.S.S. una vez que su solicitud de asilo fue admitida por las autoridades griegas y fue documentado con la tarjeta rosa de solicitante de asilo fueron contrarias al artículo 3 CEDH. El demandante subrayaba, en este sentido, que a pesar de su condición de solicitante de asilo, permaneció desde junio de 2009 hasta la fecha en que se resolvió la demanda presentada ante el TEDH sin ningún tipo de apoyo institucional, ni siquiera para alimentarse o lavarse, de modo que hubo de vivir durante largos meses en un parque de Atenas, tratando de buscar alimentos a través de limosnas y con la única ayuda de los religiosos de una iglesia vecina y la Cruz Roja local. Junto a él, numerosos solicitantes de asilo que contaban con las mismas tarjetas rosas que les identificaban como tales vivían en condiciones inhumanas.

El TEDH analizaba, desde ese punto de vista, si la falta total de sustento y alojamiento apropiado de un solicitante de asilo puede considerarse una violación del artículo 3 CEDH, una cuestión a la que había respondido de forma negativa en asuntos previos.¹⁰ A pesar de que el TEDH señalaba de forma clara que el artículo 3 CEDH no impone a los estados parte la obligación de asegurar un determinado nivel de vida a los solicitantes de asilo y refugiados, el Alto Tribunal también subrayaba que nunca había excluido la posibilidad de que un Estado parte del CEDH fuera condenado por violación del artículo 3 CEDH si una persona totalmente dependiente de las ayudas públicas fuera abandonada en una situación total de privación por las autoridades.¹¹

¹⁰ En este sentido, véase *Muslim c. Turquía*, de 26 de abril de 2005.

¹¹ En este sentido, véase *Larioshina c. Rusia (Admisión)*, de 23 de abril de 2002. Sobre el posible alcance de esta doctrina véase *Cousins* (2008).

En esa lógica, el TEDH valoraba, en primer lugar, que la propia normativa griega, derivada de la Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero, por la que se prueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los estados miembros de la Unión Europea, imponía a las autoridades de ese país la obligación de proveer de alojamiento y de condiciones de vida decentes a los solicitantes de asilo. A pesar de ello, el TEDH subrayaba que el solicitante de asilo no fue nunca informado correctamente por las autoridades de la posibilidad de acceder a alguna plaza de alojamiento en un centro de acogida; que el número de plazas que ofrecen las autoridades griegas a estos efectos no llega a las 1.000, a pesar del elevado número de solicitantes que hay documentados en ese país; que las autoridades griegas ni siquiera tramitaron de forma diligente la solicitud de asilo del demandante, de modo que, en el momento en que se resolvió el litigio ante el TEDH, todavía no se había resuelto su solicitud; y que, a pesar de contar con una tarjeta que le identificaba como solicitante de asilo y que le permitía trabajar, las trabas administrativas para poder hacerlo eran tan importantes que la posibilidad de trabajar para ganar el sustento parecía una alternativa totalmente irreal. Dada la situación en que se encontró el solicitante de asilo, desprovisto de toda ayuda pública y sin posibilidad de acceder al mercado laboral, y las exigencias que la Directiva 2003/9/CE imponía a las autoridades griegas, el TEDH consideraba que el Estado griego violó las obligaciones que le imponía el artículo 3 CEDH, ya que las terribles condiciones de acogida del solicitante podían considerarse un trato degradante.

UNA INNOVADORA SENTENCIA RESUELTA POR EL TEDH EN EL PERÍODO ANALIZADO PONE SOBRE LA MESA LAS IMPORTANTES IMBRICACIONES EXISTENTES ENTRE DETERMINADAS POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN Y EL TRÁFICO DE PERSONAS

Esta primera condena a un Estado parte del CEDH por las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo ha sido posteriormente confirmada en el asunto *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, más terrible todavía si se tiene en cuenta que el solicitante de asilo era un menor de edad y fue abandonado a su suerte por las autoridades griegas, que le pusieron en libertad sin poner en marcha ningún dispositivo para buscar a su familia, asignarle un tutor o prever algún mecanismo que garantizara su alojamiento y la cobertura de sus necesidades básicas.

El carácter garantista de estas sentencias del TEDH, que exigen, por vez primera, condiciones de acogida dignas para los solicitantes de asilo, no deja de causar, sin embargo, cierta incertidumbre, ya que las sentencias del Alto Tribunal recalcan de forma llamativa que la condena

al Estado griego se debía, en cierta medida, a que la propia normativa interna preveía unas condiciones de acogida de los solicitantes de asilo que las autoridades griegas no estaban proporcionando. Quedaba así la duda de si esta jurisprudencia sería aplicable a aquellos otros estados, muchos sin duda, cuya normativa interna no prevea apoyo institucional alguno para los solicitantes de asilo.

Expulsión y extradición de ciudadanos extranjeros y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH)

Como en pasadas ediciones del Anuario, buena parte de las sentencias del TEDH analizadas se han centrado en determinar si la expulsión o extradición de un extranjero por las autoridades de un Estado parte del Convenio podría suponer una vulneración del artículo 3 CEDH, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. Según jurisprudencia bien asentada,¹² un Estado parte del CEDH vulneraría el artículo 3 CEDH si expulsara o extraditara a un extranjero hacia un país cuando existieran temores serios y fundados de que esa persona, en caso de ser expulsada o extraditada, correría un riesgo real de sufrir tratos contrarios al CEDH. Según el TEDH, esa prohibición es absoluta, de modo que será de aplicación a cualquier persona, independientemente de que esta pueda suponer un peligro para el Estado de acogida.¹³

EN EL CASO KIYUTIN C. RUSIA EL TEDH HA SENTADO UN PRECEDENTE CLARO A FAVOR DE LA PROHIBICIÓN DE CUALQUIER DISCRIMINACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE EXTRANJEROS INFECTADOS POR VIH

Si bien esta jurisprudencia ha sido de enorme trascendencia en el ámbito del derecho de asilo, su aplicación práctica ha planteado varios problemas, entre los que pueden destacarse especialmente dos, la determinación de las circunstancias que permiten entender que existe un «riesgo real» de sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH y la definición de cómo se reparte la carga de la prueba en relación con la existencia de ese «riesgo real» entre el demandante y el Estado demandado.

¹² En este sentido, Mole y Meredith (2010)

¹³ En relación con extranjeros condenados por actos de terrorismo, véase en el período analizado: STEDH Boutagni c. Francia, de 18 de noviembre de 2010; STEDH Trabelsi c. Italia, de 13 de abril de 2010; STEDH A. c. Países Bajos, de 20 de julio de 2010.

En relación con la primera de las cuestiones indicadas, hay que destacar que se ha producido una lenta evolución en la jurisprudencia del TEDH de la que hemos dado noticia en pasadas ediciones de este Anuario;¹⁴ si bien, en un inicio, el Alto Tribunal parecía exigir una prueba de que ese temor estaba perfectamente individualizado en la persona del demandante, en la actualidad, el TEDH parece tener en cuenta tanto las circunstancias presentes en el país de origen como las circunstancias personales del demandante, inclusive su pertenencia a determinados grupos especialmente vulnerables, sin desechar la posibilidad de que la situación en el país de origen sea de tal violencia que permita afirmar que la expulsión/extradición de cualquier persona a ese país vulneraría el artículo 3 CEDH. En el período analizado, el TEDH ha vuelto a contemplar la posibilidad de que la situación generalizada de violencia en un determinado país pueda determinar, por sí misma, la vulneración del artículo 3 CEDH en caso de que se produzca la expulsión de una persona hacia ese país, pero la respuesta sigue siendo negativa en relación con países como Afganistán,¹⁵ Chad,¹⁶ Irán,¹⁷ o Congo.¹⁸ La única excepción que podemos subrayar al respecto la encontramos en el asunto Sufi y Elmi c. Reino Unido, de 28 de junio de 2011, en el que el TEDH –recogiendo su propia jurisprudencia en el asunto F.H¹⁹ y la jurisprudencia del TJUE en el asunto Elgafagi–²⁰ analizaba la situación de violencia indiscriminada en Mogadiscio y concluía, por vez primera, que dada la constante utilización de métodos de guerra que causan bajas civiles por las partes combatientes, el importante número de civiles muertos –que se contabilizan por miles– o desplazados y la extensión del conflicto a toda la ciudad, la violencia en la capital de Somalia había llegado a tal nivel de severidad desde comienzos del año 2010 que la ciudad no podía considerarse segura para ninguna persona que se desplazara a ella, a no ser que tuviera contactos con las cúpulas de alguna de las partes contendientes.

Si bien el avance que supone el asunto Sufi y Elmi no debe ser desdeñado, hay que subrayar que la mayoría de los asuntos en los que el TEDH se ha pronunciado sobre la eventual vulneración del artículo 3 CEDH en casos de expulsión o extradición de extranjeros ha tenido en cuenta no solo la situación general de inestabilidad en el país de origen, sino también las circunstancias

14 Véase Díaz Crego (2010b). Y también, sobre la evolución de la jurisprudencia del TEDH en este sentido, Morgades Gil (2010).

15 STEDH N. c. Suecia, de 20 de julio de 2010.

16 STEDH B. A. c. Francia, de 2 de diciembre de 2010.

17 STEDH R.C. c. Suecia, de 9 de marzo de 2010.

18 STEDH Mawaka c. Países Bajos, de 1 de junio de 2010.

19 STEDH F.H. c. Suecia, de 20 de enero de 2009.

20 STJUE de 17 de febrero de 2009, asunto Meki Elgafagi y Noor Elgafagi, as. C-465/07.

personales del demandante.²¹ Un asunto que resulta especialmente interesante por el análisis combinado de ambas circunstancias es el asunto N. c. Suecia, de 20 de julio de 2010, en el que el TEDH analizaba el caso de una solicitante de asilo afgana, que había residido en Suecia desde el año 2004, y manifestaba temer ser perseguida en su país de origen porque, antes de abandonarlo, impartió clases a mujeres y porque, durante su residencia en Suecia, había abandonado a su marido, solicitado el divorcio y comenzado una nueva relación extramarital con un ciudadano sueco. Para dar respuesta a las alegaciones de la demandante, el TEDH analizaba la documentación sobre la situación de las mujeres en Afganistán aportada por diversas organizaciones no gubernamentales y por los departamentos de Estado de diversos países y llegaba así a la conclusión de que las mujeres afganas que no adecuan su comportamiento a los roles de género establecidos por la sociedad afgana son objeto de violencia doméstica consentida por las autoridades y de diversas formas de violencia o estigmatización social. El TEDH ponía así especial énfasis en el hecho de que la legislación afgana sigue recogiendo el deber de las mujeres afganas de cumplir con los deseos sexuales de sus maridos y de obtener permiso para salir del hogar familiar; que las autoridades afganas consideran la violencia ejercida contra las mujeres como legítima, por lo que casi ninguna de ellas denuncia su situación, a pesar de que el 80% de las mujeres afganas sufren agresiones en el hogar; que las relaciones extramatrimoniales siguen siendo consideradas un delito que una mujer puede llegar a pagar con su propia vida, y que las mujeres afganas no pueden desarrollar una vida social normal sin un «tutor» de sexo masculino, ya que la estigmatización y la discriminación siguen siendo la dinámica general sufrida por las mujeres que están solas. Dada la situación descrita, el TEDH llegaba a la conclusión de que la demandante podría enfrentarse a la persecución por parte de su marido, de la familia de este o de su propia familia por su decisión de abandonar el matrimonio y comenzar una nueva relación, pudiendo incluso llegar a ser condenada a muerte por ello, en caso de volver a Afganistán. Incluso si no se daba tal situación, el TEDH indicaba que la demandante llevaba al menos cinco años sin mantener relación alguna con su familia, de modo que parecía evidente que volvería a su país de origen sin ningún tipo de apoyo familiar de sexo masculino, lo que la situaría en todo caso en una situación de exclusión y estigmatización social. Ambos posibles escenarios eran considerados por el TEDH como contrarios al artículo 3 CEDH.

21 La jurisprudencia del período analizado nos muestra constantes ejemplos de ellos. Más allá de los casos estudiados en el cuerpo del texto, véanse: SSTEDH T. N. y S. N. c. Dinamarca; N.S. c. Dinamarca; T.N. c. Dinamarca; S.S. y otros c. Dinamarca; P.K. c. Dinamarca, todas ellas de 20 de enero de 2010; STEDH Dzhaksybergenov c. Ucrania, de 10 de febrero de 2011; STEDH Elmuratov c. Rusia, de 3 de marzo de 2011; STEDH E.G. c. Reino Unido, de 31 de mayo de 2011; STEDH Mawaka c. Países Bajos, de 1 de junio de 2010; STEDH Garayev c. Azerbaijón, de 10 de junio de 2010; STEDH Y.P. ET L.P. c. Francia, de 2 de septiembre de 2010; STEDH B. A. c. Francia, de 2 de diciembre de 2010. Incluso en la STEDH Sufi y Elmi c. Reino Unido, de 28 de junio de 2011, el TEDH acababa valorando las circunstancias personales de los demandantes para determinar si su expulsión a otras zonas del territorio somalí vulneraría el artículo 3 CEDH.

El Alto Tribunal imprimía así una perspectiva de género en la aplicación del artículo 3 CEDH, reconociendo el género como uno de los motivos que pueden desencadenar una situación contraria a ese precepto y reconociendo una situación de fuerte estigmatización social como suficiente para alcanzar el nivel de gravedad que exige la aplicación de ese precepto. Una sentencia, sin duda, muy relevante, sobre todo si se tiene en cuenta que el género no es uno de los motivos de persecución que contempla expresamente la Convención de Ginebra sobre el estatuto del refugiado y que existe un fuerte debate sobre la necesidad de incluir ese motivo de persecución para proteger situaciones como la descrita en el asunto N. c. Suecia.

EN EL MARCO DE LA UE TODOS LOS PADRES DE NIÑOS QUE HAYAN ADQUIRIDO LA NACIONALIDAD DE UN ESTADO MIEMBRO PODRÁN INVOCAR LA JURISPRUDENCIA RUIZ ZAMBRANO PARA EXIGIR EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A RESIDIR Y TRABAJAR EN CUALQUIERA DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

El segundo gran problema que plantea la aplicación práctica de la jurisprudencia del TEDH que establece ciertos límites a la expulsión/extradición de extranjeros sobre la base del artículo 3 CEDH tiene que ver, tal y como ya quedó indicado, con la carga de la prueba de la existencia de un riesgo real de sufrir tratos contrarios al CEDH en caso de ser expulsado/extraditado y cómo esta se reparte entre el demandante y el Estado demandado. Según la jurisprudencia del TEDH, corresponde a quien alega el temor de sufrir tratos contrarios al CEDH en caso de ser expulsado o extraditado la obligación de presentar las pruebas que demuestren que existen motivos serios para creer en la existencia de un riesgo real de sufrir esos tratos. Si esas pruebas son presentadas, es el Estado demandado a quien corresponde disipar cualquier duda al respecto.

A pesar de que esta distribución de cargas parece clara en abstracto, su aplicación práctica genera severas dudas, tal y como demuestra de forma especialmente significativa el asunto R.C. c. Suecia, de 9 de marzo de 2010, en el que el TEDH declaraba vulnerado el artículo 3 CEDH en el caso de un solicitante de asilo de origen iraní que alegaba temer por su vida y su integridad física en el caso de ser devuelto a su país de origen, en la medida en que había participado en varias manifestaciones pacíficas en el año 2001 y, como consecuencia de ello, había sido detenido y torturado por las autoridades del país. El demandante había presentado, junto a su solicitud de asilo, un informe médico en el que se señalaba que las lesiones corporales que presentaba debían vincularse a las torturas que decía haber sufrido. A pesar de ello, las autori-

dades suecas consideraron poco creíble su relato de hechos y le denegaron el asilo. El TEDH analizaba el relato y las pruebas presentadas y señalaba que el informe médico debía considerarse una prueba suficiente de la existencia de motivos serios que permitieran creer en la veracidad del relato del demandante. Dado que el demandante había probado la veracidad de su relato, las autoridades suecas debían haber aportado pruebas que disiparan cualquier duda sobre el origen de las lesiones, solicitando, por ejemplo, informes médicos contradictorios. Puesto que las autoridades suecas reclamaron al demandante que presentara pruebas que confirmaran las conclusiones del informe, en lugar de tratar de disipar ellas mismas esas dudas, y las informaciones sobre el país de origen y su inestabilidad política parecían apoyar la versión del demandante, el TEDH llegaba a la conclusión de que se había vulnerado el artículo 3 CEDH. El asunto analizado llamaba especialmente la atención por la clara obligación que imponía a las

EL TJUE SE PRONUNCIA POR VEZ PRIMERA SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR, CONCLUYENDO QUE LA POLÍTICA, SEGUIDA POR ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS, DE SANCIONAR PENALMENTE LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD DE CIERTOS EXTRANJEROS NO ES COMPATIBLE CON LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA DE RETORNO (DIRECTIVA 2008/115/CE)

autoridades del Estado de investigar todos los datos relevantes antes de resolver sobre una solicitud de asilo, siempre que el solicitante aportara alguna prueba que mostrara claramente la veracidad de su relato. Dada la importancia que tiene la prueba de la persecución en todas las solicitudes de asilo y las dificultades que afrontan los solicitantes para probar la veracidad de su relato, esta exigencia resulta sin duda trascendental.

Siguiendo este hilo jurisprudencial, debemos destacar también el contenido del asunto Al-Saadoon & Mufdhi c. Reino Unido, de 2 de marzo de 2010, en el que el TEDH aplicaba su jurisprudencia en torno a los límites a la expulsión/extradición de extranjeros hacia terceros países que se derivan del artículo 3 CEDH a un

caso que presentaba ciertas particularidades, ya que los demandantes eran dos ciudadanos iraquíes, que habían sido detenidos por las tropas británicas durante la invasión de Irak por formar parte del partido Baath, y que habían sido posteriormente transferidos a las autoridades iraquíes para ser juzgados por los crímenes que habían cometido. El problema se planteaba porque el TEDH asumía que los demandantes habían estado bajo jurisdicción británica, a pesar de haber sido detenidos en Irak y no haber abandonado nunca ese país, y que existía un riesgo real de que fueran condenados a la sanción capital por las autoridades iraquíes –a pesar de no

haber concluido todavía el proceso—, de modo que se planteaba no solo si la transferencia de la responsabilidad sobre los detenidos había supuesto una violación del artículo 3 CEDH, sino también si podían entenderse vulnerados los artículos 2 CEDH y el artículo 1 del Protocolo nº 13, que prohíbe la pena de muerte en cualquier circunstancia.

A estos efectos, el TEDH subrayaba la responsabilidad que asumen los estados parte del CEDH cuando ponen a disposición de un tercer Estado a una persona y señalaba que, a pesar de que esa transferencia de responsabilidad venía obligada, en el caso objeto de estudio, por un acuerdo internacional firmado entre las autoridades británicas y las autoridades iraquíes, la existencia de tal acuerdo no eximía a las primeras de la obligación de respetar el CEDH; obligación que podrían haber asumido perfectamente obteniendo de las autoridades iraquíes un compromiso de que ninguno de los detenidos transferidos desde manos británicas sería condenado a la pena capital. A pesar de que esa posibilidad existía, el Reino Unido no hizo ningún esfuerzo al respecto, abandonando a los demandantes con el temor de sufrir una condena a la pena de muerte, lo que sin duda, recalca el TEDH, les produjo un sentimiento de angustia e incertidumbre y un sufrimiento psicológico que podía ser considerado un trato inhumano desde la perspectiva del artículo 3 CEDH. Llamaba, sin embargo, la atención que el TEDH no considerara también vulnerado el artículo 1 del Protocolo nº 13, a pesar de subrayar que existía un riesgo real de que los demandantes fueran condenados a la pena capital. La explicación que proporcionaba el Alto Tribunal parecía relacionarse con la incertidumbre sobre el alcance final de la sentencia que pronunciarían los tribunales iraquíes, en la medida en que el proceso no había concluido todavía. A pesar de esa falta de referencia al Protocolo y de las específicas circunstancias de las que trae causa este asunto, hay que subrayar, desde la perspectiva que aquí nos interesa, que esta sentencia del TEDH podría quizás trasladarse al ámbito del asilo diplomático, e interpretarse en el sentido de exigir el respeto de los derechos del CEDH también en aquellos supuestos en los que un extranjero solicite protección de un Estado parte del CEDH fuera de las fronteras de este.

Finalmente, una última sentencia del TEDH resulta de especial interés desde la perspectiva de la jurisprudencia analizada, en la medida en que la traslada no al caso de la expulsión/extradición de un extranjero a un tercer país —que es la situación habitualmente estudiada—, sino a otro país que también es parte del CEDH. En el asunto *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, el TEDH condenaba a los dos estados demandados por el traslado de un solicitante de asilo de Bélgica a Grecia a fin de que este segundo analizara la solicitud de asilo. La resolución del caso planteaba varios problemas, en la medida en que ambos estados habían actuado aplicando una norma de la UE, el Reglamento 343/2003, de 18 de febrero, y que, por tanto, la

condena a ambos países podía poner en entredicho la actual configuración y aplicación de uno de los principales elementos de la política común de asilo de la UE, el sistema de Dublín; y en la medida en que Bélgica había trasladado al solicitante de asilo a otro Estado parte del CEDH, que además era Estado miembro de la UE, y que, por tanto, debía asumir idénticos compromisos de respeto de los derechos fundamentales que la propia Bélgica.

A pesar de ello, la conclusión del TEDH era clara, condenando a Bélgica por vulnerar el artículo 3 CEDH. Para llegar a esa conclusión, el TEDH seguía un razonamiento muy bien hilado. En primer lugar, el TEDH excluía que su sentencia pudiera enjuiciar el contenido del Reglamento 343/2003, en la medida en que la norma permitía a los estados miembros de la UE no transferir a un solicitante de asilo a otro Estado miembro si consideraban que existían motivos para temer que ese Estado no analizaría de forma detallada su solicitud y no garantizaría el principio de *non refoulement*. El TEDH señalaba así que lo que se debatía no era la posible inadecuación del contenido del Reglamento a las exigencias derivadas del CEDH, sino la aplicación –quizás inadecuada– que Bélgica y Grecia habían realizado de ese instrumento.

Sentado ese primer punto, el TEDH indicaba que su jurisprudencia referida a los límites que impone el artículo 3 CEDH a la expulsión/extradición de cualquier extranjero se aplican también a supuestos en los que el traslado se produce entre los propios estados parte del CEDH. A pesar de que esa afirmación no era novedosa, ya que el TEDH había subrayado en otras ocasiones esa posibilidad,²² lo innovador del asunto M.S.S es que el Alto Tribunal llegaba a la conclusión, por primera vez, de que un Estado parte había vulnerado el artículo 3 CEDH por trasladar a un solicitante de asilo hacia otro Estado parte en virtud del mecanismo puesto en marcha por el sistema de Dublín. El TEDH justificaba la condena teniendo en cuenta dos consideraciones distintas. Por un lado, el TEDH afirmaba que dadas las terribles condiciones de acogida y de detención de los solicitantes de asilo en Grecia, contrastadas por múltiples informes de organismos y organizaciones internacionales, inclusive su propia jurisprudencia, Bélgica habría violado el artículo 3 CEDH por someter al demandante a esas condiciones. Por otro lado, el TEDH tenía en cuenta las alegaciones del demandante referidas a la posibilidad de que Grecia le expulsara de su territorio antes de valorar de forma objetiva y seria sus temores de ser perseguido en su país de origen. El Alto Tribunal se planteaba así la responsabilidad de Bélgica por un posible *refoulement* en cadena que podría llevar al demandante a un país en el que existiera un

²² En este sentido, véanse: STEDH T.I. c. Reino Unido, de 7 de marzo de 2000 (Admisión), traslado a Alemania sobre la base del Convenio de Dublín; STEDH K.R.S. c. Reino Unido, de 2 de diciembre de 2008 (Admisión), traslado a Grecia sobre la base del Reglamento Dublín II. Sobre la actitud del TEDH en relación con las expulsiones/extradiciones entre estados parte, véase Laba-lye (2011: 283 y ss).

riesgo real de que sufriera tratos contrarios al artículo 3 del CEDH. En este sentido, el TEDH valoraba la situación del demandante y subrayaba que, dadas las circunstancias del caso, el demandante podía albergar un temor fundado de ser perseguido en caso de ser devuelto a su país de origen, Afganistán, en la medida en que había colaborado con las fuerzas de la coalición internacional que invadió ese país y temía ser perseguido por los muyahidines. Contrastado el carácter fundado del temor de persecución alegado, el TEDH analizaba la situación de los solicitantes de asilo en Grecia y subrayaba que, según información procedente de ACNUR, el Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa y diversas ONG, las autoridades griegas no desarrollaban ni un análisis particularizado, independiente y serio de las solicitudes de asilo, ni respetaban el principio de *non refoulement*, en la medida en que se habían documentado casos de expulsiones de solicitantes de asilo de Grecia a Turquía sin un análisis detallado del caso y sin resolución alguna sobre el fondo de su solicitud. Dada la información obrante en su poder, conocida por el gobierno belga en el momento de trasladar al demandante, el TEDH consideraba que Bélgica habría vulnerado de forma indirecta el artículo 3 CEDH al poner al demandante en la situación de riesgo descrita.

Con esta decisión garantista, el TEDH parece poner ciertos límites a una práctica cada vez más habitual en el mundo del Derecho de asilo, la devolución de solicitantes de asilo hacia países en los que no son perseguidos, pero a partir de los cuales podrían ser reenviados hacia sus estados perseguidores. Queda así claro que el primer Estado de reenvío asume la responsabilidad del destino final de esa persona y, por tanto, vulnerará el artículo 3 CEDH si no verifica adecuadamente que el país intermediario es un país seguro. Estos límites adquieren particular importancia en el marco de la política de asilo de la UE, en la medida en que el sistema de Dublín sienta las bases para una transferencia casi automática de solicitantes de asilo entre estados miembros. A partir de este asunto parece claro que la automaticidad del sistema debe desaparecer, al menos en lo que se refiere al traslado de solicitantes de asilo hacia estados miembros de la UE que no garanticen un análisis riguroso de las solicitudes de asilo y no respeten el principio de *non refoulement*.

Tráfico de personas, inmigración y prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4 CEDH)

Una innovadora sentencia resuelta por el TEDH en el período analizado pone sobre la mesa las importantes imbricaciones existentes entre determinadas políticas de inmigración y el tráfico de personas. En el asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, de 7 de enero de 2010, el TEDH analizaba el caso de una joven rusa, que se trasladó a Chipre tras ser contratada como artista de cabaret

en ese país y murió de forma sospechosa después de estar detenida durante unas horas en una comisaría de policía del país y de que la policía la entregara a su empleador. El caso resultaba especialmente llamativo dado que la joven formaba parte de una de las numerosas jóvenes inmigrantes que son contratadas por los cabarets chipriotas, y numerosos informes de diversos organismos, incluido el ombudsman del país, habían puesto de manifiesto que estas jóvenes son frecuentemente objeto de un delito de tráfico de personas, y una vez contratadas y trasladadas desde su país de origen, son obligadas a prostituirse y a vivir en condiciones deplorables. Además, el caso presentaba una especial complejidad dado que la legislación migratoria del país establecía un vínculo directo entre las jóvenes contratadas en origen como artistas de cabaret y su empleador, de modo que este debía incluso informar a las autoridades del país del abandono de su empleo por parte de la trabajadora extranjera y estaba obligado a depositar una caución por los posibles altercados que causaran las trabajadoras a su cargo.

En este contexto, el TEDH se veía abocado a pronunciarse sobre la eventual vulneración de los derechos a la vida (art. 2 CEDH), a no ser objeto de malos tratos (art. 3 CEDH), a no ser objeto de esclavitud ni de trabajo forzado (art. 4 CEDH) y a la libertad personal (art. 5 CEDH), que se habrían derivado del actuar negligente de las autoridades chipriotas y rusas en este caso de tráfico de personas. Si bien el tratamiento del asunto desde la perspectiva de los artículos 2, 3 y 5 CEDH no presentaba especiales novedades, la jurisprudencia del TEDH en torno al artículo 4 CEDH era claramente innovadora. En relación con la prohibición de esclavitud y trabajos forzados, resultaba especialmente significativo el vínculo claro que el TEDH establecía entre el tráfico de personas y la prohibición de esclavitud y de trabajos forzados, al considerar que el tráfico de personas no es más que una forma moderna de esclavitud, que se caracteriza por la explotación de las víctimas, y por el ejercicio sobre ellas de poderes asociados al derecho de propiedad, como la compraventa, la utilización para trabajos forzados, habitualmente en la industria del sexo, y por la continua vigilancia y el uso de la violencia sobre las víctimas.

Dado que el tráfico de personas debía ser considerado como comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 4 CEDH, el TEDH derivaba una serie de obligaciones que se imponen a todos los estados parte para prevenirlo y combatirlo, entre ellas, el establecimiento de medidas tendentes a proteger a las víctimas de esos comportamientos, la tipificación como delito y la persecución del tráfico de personas, el control sobre los negocios que habitualmente son utilizados por las redes de tráfico de personas, y la investigación eficaz de los delitos de tráfico de personas, inclusive a través de la cooperación con otros estados en los que puedan trabajar las mismas redes. En el caso objeto de estudio, ni Rusia ni Chipre habían cumplido con las obligaciones indicadas, en la medida en que no solo la legislación migratoria chipriota

ponía en serio peligro a las jóvenes migrantes contratadas como artistas en cabarets al hacerlas depender totalmente de su empleador, sino que, además, las autoridades de ambos países no desarrollaron una investigación eficaz que permitiera identificar a los presuntos responsables de la red de tráfico de personas que desplazó a la joven muerta de Rusia a Chipre y la explotó en este último país. Este importante asunto, que permite observar claramente cómo ciertas políticas migratorias no solo no evitan, sino que favorecen el delito de tráfico de personas, ha permitido al TEDH pronunciarse sobre uno de los grandes problemas de la sociedad de nuestro tiempo, y sentar claros principios que deberán ser observados por todos los estados parte.

Libertad personal de ciudadanos extranjeros (art. 5.1.f) CEDH) y privación de libertad para evitar la entrada ilegal o en el marco de un proceso de extradición o expulsión

Como en pasadas ediciones de este Anuario, varios asuntos analizan la adecuación de medidas de internamiento de ciudadanos extranjeros con el artículo 5 CEDH. En este sentido, nuestro principal interés se centra en el motivo de privación de libertad que contempla el artículo 5.1.f) CEDH, que permite a los estados privar de libertad a una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio nacional o cuando esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición contra esa persona. Para el TEDH, una medida privativa de libertad de un ciudadano extranjero podrá justificarse desde el punto de vista del artículo 5.1.f) CEDH siempre que persiga uno de los objetivos indicados y sea «regular», entendiéndose como tal aquella que se adecue a las previsiones de Derecho interno y aquella que asegure la protección de la persona contra la arbitrariedad. En este sentido, el TEDH exige que la legislación nacional sea suficientemente accesible y previsible en cuanto a las condiciones de privación de libertad, y, además, que su aplicación se realice de buena fe; que toda privación de libertad se vincule al objetivo que justifica la detención de extranjero, esto es, impedir que entre irregularmente en el territorio nacional o que eluda una medida de expulsión o extradición; y que la detención se realice en un lugar apropiado y su duración no exceda del plazo razonablemente necesario para alcanzar el fin perseguido.

En aplicación de esta jurisprudencia, el TEDH consideraba, en los asuntos A. A. c. Grecia, de 22 de julio de 2010, y R.U. c Grecia, de 7 de junio de 2011, que el mantenimiento de la privación de libertad de los demandantes durante meses no podía considerarse regular, en la medida en que estos habían solicitado asilo mientras estaban detenidos y esa solicitud provocó la suspensión de la resolución de expulsión para cuya ejecución estaban privados de libertad. Al suspenderse la ejecución de la expulsión, el mantenimiento de la privación de libertad carecía de base

legal, según la propia legislación interna, de modo que tampoco podía considerarse regular desde el punto de vista del CEDH.²³

En los asuntos *Al-Agha c. Rumania*, de 12 de enero de 2010, *Ahmed c. Rumania*, de 13 de julio de 2010 y *Garayev v. Azerbaiján*, de 10 de junio de 2010, el problema no era la inexistencia de base legal que justificara la medida privativa de libertad, sino la propia calidad de la legislación nacional, en la medida en que esta no se consideraba previsible y no protegía frente a la arbitrariedad. En los dos primeros casos, los demandantes habían sido privados de libertad por un período de tres años y cinco meses y seis meses, respectivamente, en un centro de internamiento de extranjeros, tras ser declarados ciudadanos *non gratos* por las autoridades nacionales, sin conocer los hechos exactos por los cuales se había producido tal declaración. Además, su detención fue objeto de sucesivas prórrogas sin ningún tipo de control judicial que fuera más allá de la mera constatación de que habían sido declarados personas *non gratas*. Tal situación, conforme con la legislación nacional, no protegía al individuo contra la arbitrariedad de los poderes públicos, en la medida en que parecía garantizar una casi total libertad de aquellos para declarar *non grata* a una persona y justificar así su privación de libertad; lo que el TEDH consideraba disconforme con las exigencias que impone el artículo 5.1 CEDH. Lo mismo ocurría en el segundo caso, en el que el demandante había sido privado de libertad con el objeto de ser extraditado en aplicación de una legislación que no establecía siquiera un período máximo de detención. En ausencia de tal límite temporal, el TEDH consideraba que la legislación nacional no podía considerarse precisa y previsible y que, por tanto, debía entenderse vulnerado el artículo 5.1 CEDH.

En el caso *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, el problema en el que se centraba el TEDH no era otro que el de la buena fe con que las autoridades griegas adoptaron y aplicaron la decisión de privar de libertad a un menor extranjero no acompañado a fin de garantizar su expulsión.²⁴ El TEDH subrayaba que, en el caso de los menores de edad, especialmente si estos no estaban acompañados, toda medida debía ser adoptada teniendo en cuenta el interés superior del niño, así como la exigencia de que cualquier medida privativa de libertad fuera una medida de último recurso, tal y como prevé la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Puesto que las autoridades griegas aplicaron la medida privativa de libertad sin tener en

²³ En la misma línea, sobre la inexistencia o la insuficiencia de la base legal interna que justificaba la detención con miras a la expulsión o extradición: STEDH *Seferovic c. Italia*, de 8 de febrero de 2011; STEDH *Moghaddas c. Turquía*, de 15 de febrero de 2011; STEDH *Elmuratov c. Rusia*, de 3 de marzo de 2011.

²⁴ Sobre la exigencia de buena fe en la actuación de las autoridades nacionales por la que se privó de libertad a un ciudadano extranjero a fin de ser extraditado, véase STEDH *Adamov c. Suiza*, de 21 de junio de 2011.

cuenta ninguno de esos dos criterios y a pesar de conocer el lamentable estado en que se encontraba el centro de internamiento en el que iba a ser recluido el menor, el TEDH consideró vulnerado el artículo 5.1.f) CEDH.

Por su parte, en el caso *Raza c. Bulgaria*, de 11 de febrero de 2010, el TEDH analizaba la adecuación al Convenio de una medida privativa de libertad de un extranjero que iba a ser expulsado del país desde la perspectiva de la duración de la medida privativa de libertad.²⁵ El TEDH destacaba que el demandante había sido privado de libertad durante un período de más de dos años y medio y que la justificación que se había aportado a esa privación de libertad no era otra que la falta de expedición de un documento necesario para llevar a cabo la expulsión por parte de las autoridades del país de origen del demandante, que era pakistaní. A pesar de que la permanencia del demandante en un centro de internamiento de extranjeros parecía relacionarse más con la inactividad de las autoridades del país de origen que con la inactividad de las autoridades búlgaras, el Alto Tribunal subrayó que las autoridades búlgaras no desarrollaron sus funciones con la debida diligencia y que, por tanto, la privación de libertad no podía entenderse justificada por un período de tiempo tan prolongado. Además, el TEDH tenía en cuenta que la legislación búlgara fue modificada tiempo después para adaptarla a la famosa Directiva de retorno de la UE y que, según esa directiva, el tiempo máximo de permanencia de un extranjero en un centro de internamiento a efectos de ser expulsado es de 18 meses, tiempo notablemente inferior al que permaneció el Sr. Raza internado.

Finalmente, hay que destacar que el TEDH considera aplicables a los supuestos de privación de libertad de extranjeros para evitar su entrada irregular o para facilitar su expulsión o extradición las garantías que recogen los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 5 CEDH, que se refieren, respectivamente, a los derechos del detenido, al control judicial de las medidas privativas de libertad y a la posibilidad de solicitar una indemnización en caso de que la privación de libertad haya sido irregular. En este sentido, el TEDH nos ha recordado que el artículo 5.4 CEDH exige que ese control judicial se centre en la regularidad de la privación de libertad, examinando todas las exigencias que el artículo 5.1 CEDH impone a cualquier medida privativa de libertad,²⁶ y que se produzca en breve plazo. Según el TEDH, la valoración de ese plazo debe producirse teniendo en cuenta el desarrollo global del proceso y la propia conducta de los demandantes. Sin embargo, la aplicación de esta jurisprudencia a casos concretos no deja de resultar un tanto aleatoria.

²⁵ También se ponía en tela de juicio la diligencia con que las autoridades griegas desarrollaron todo el procedimiento de expulsión del demandante: *STEDH Efraimidi c. Grecia*, de 21 de junio de 2011.

²⁶ En relación con esta cuestión: *SSTEDH Al-Agha c. Rumanía*, de 12 de enero de 2010; *A. A. c. Grecia*, de 22 de julio de 2010; *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011; *R.U. c. Grecia*, de 7 de junio de 2011.

Así, por ejemplo, en el asunto *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, de 19 de enero de 2010, el TEDH consideraba que no se había producido vulneración alguna del artículo 5.4 CEDH ya que la decisión judicial sobre la regularidad de la detención de los demandantes se había producido en un plazo de seis días. Por el contrario, en el caso *Bubulima c. Grecia*, de 28 de octubre de 2010, en el que se analizaba la eventual vulneración del artículo 5.4 CEDH en el caso de la privación de libertad sufrida por un menor extranjero que iba a ser expulsado de Grecia, el TEDH consideraba que el plazo de 14 días que tardó el tribunal nacional en pronunciarse sobre la regularidad del internamiento del menor fue excesivo. Por último, en el período analizado, el TEDH también se ha pronunciado sobre la eventual vulneración del artículo 5.5 CEDH en casos en los que la privación de libertad de un extranjero se ha producido de forma irregular, recordando que si la privación de libertad no se adecua a las exigencias del resto de los párrafos del artículo 5 CEDH, el extranjero debe poder exigir una indemnización ante la autoridad nacional correspondiente.²⁷

La protección de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) como un límite a la aplicación de medidas que supongan el alejamiento del extranjero

En el período analizado, el TEDH ha vuelto a recordarnos en varios asuntos que, aunque el CEDH no garantiza el derecho de ningún extranjero a entrar y residir en un Estado parte del Convenio, el alejamiento de una persona del país en el que viven sus familiares más cercanos o en el país en el que ha desarrollado ciertos vínculos culturales y sociales puede vulnerar su derecho a la vida privada y familiar. Esta jurisprudencia ha sido aplicada, a lo largo del período estudiado, esencialmente a casos en los que el extranjero iba a ser o había sido expulsado de un Estado parte del CEDH.²⁸ No obstante, hay que destacar varios asuntos en los que el TEDH recoge la doctrina indicada a fin de reconocer o negar el derecho de un extranjero a obtener un permiso de residencia que le permita desarrollar su vida en un determinado Estado.²⁹

La mayor parte de los casos a los que el TEDH ha aplicado la jurisprudencia indicada en el período analizado cuestionaban la adecuación al derecho a la vida familiar del demandante de una decisión de expulsión. En el análisis de estos casos, el TEDH ha debido plantearse una serie de problemas llamativos. Un primer problema se relacionaba con la idea de familia que debía tenerse en cuenta

²⁷ En este sentido: SSTEDH *Seferovic c. Italia*, de 8 de febrero de 2011 o *Al-Agha c. Rumania*, de 12 de enero de 2010.

²⁸ Además de los casos que se citarán en el cuerpo del texto, véase: STEDH *De Souza Ribeiro c. Francia*, de 30 de junio de 2011

²⁹ En este sentido, además de los asuntos que se citarán a lo largo del texto, véanse: SSTEDH *Kuri y otros c. Eslovenia*, de 13 de julio de 2010 y *Agraw c. Suiza y Mengesha Kimfe c. Suiza*, ambos de 29 de julio de 2010.

a la hora de aplicar el artículo 8 CEDH. En este sentido, es reseñable que la jurisprudencia del TEDH no haya seguido criterios formalistas, considerando vida familiar aquella que se deriva de la existencia de vínculos familiares de facto, sin necesidad de que se produzca un reconocimiento legal concreto. Así se demuestra en el asunto Kamaliyevy c. Rusia, de 3 de junio de 2010, en el que el problema surgía porque el demandante, de origen uzbeko y residente en Rusia hasta el momento en que se produjera su expulsión, había contraído matrimonio con una ciudadana de este último país, pero el matrimonio no podía considerarse válido, ya que estaba casado paralelamente con una ciudadana uzbeca con la que había tenido cuatro hijos. Se planteaba, así, si existía una verdadera vida familiar, a lo que contestaba en un sentido positivo el TEDH, limitándose a afirmar, de modo un tanto lacónico, que el propio Estado demandado había reconocido en un primer momento la validez del matrimonio. En relación con la determinación de qué debe entenderse por vía familiar, también resultaba de interés el contenido del caso A.W. Khan c. Reino Unido, de 13 de enero de 2010, en el que el TEDH recordaba que, en los casos de extranjería, no suele reconocerse la existencia de una vida familiar entre los hijos mayores de edad y sus padres o hermanos, a no ser que exista una relación de dependencia especial.

Una segunda cuestión que ha sido objeto de cierta atención por la jurisprudencia del TEDH es si cabe hablar de que una medida de expulsión constituye una injerencia en el derecho a la vida familiar cuando no solo el demandante, sino también sus familiares, residan en el Estado parte en situación irregular. En relación con esta cuestión, la posición del TEDH se plasmaba claramente en el asunto Mawaka c. Países Bajos, de 1 de junio de 2010, en el que el TEDH subrayaba que una medida de expulsión solo constituye una injerencia en el derecho a la vida familiar, con carácter general, en caso de que los familiares del extranjero afectado residan legalmente en el país correspondiente; lo que no ocurría en el caso objeto de estudio ya que los familiares del demandante se encontraban en situación irregular en los Países Bajos.

En tercer lugar, el problema esencial que ha planteado la aplicación de la doctrina citada a supuestos de hecho concretos ha partido del análisis de la proporcionalidad de la medida de expulsión/extradición. Según la jurisprudencia del TEDH, el derecho a la vida familiar de los extranjeros no es un derecho absoluto, de modo que puede ser limitado siempre que así esté previsto en la ley,³⁰ que la injerencia persiga un objetivo legítimo y que sea proporcionada. El problema de esta

30 Los únicos casos que se han centrado en el análisis de la legalidad de una medida de expulsión de un extranjero en el período estudiado son el asunto Raza c. Bulgaria, de 11 de febrero de 2010, el asunto Kaushal y otros c. Bulgaria, de 2 de septiembre de 2010, y Geleri c. Rumania, de 15 de febrero de 2011, en los que el TEDH considera que la medida nacional no podía considerarse legal, ya que la legislación nacional no era lo suficientemente previsible y no protegía al individuo frente a la arbitrariedad al no garantizar un adecuado control judicial de las decisiones de expulsión fundadas en motivos asociados a la defensa de la seguridad nacional.

doctrina es, sin embargo, cómo aplicar el test de proporcionalidad a las supuestas injerencias en los derechos a la vida privada y familiar. Desde los casos *Boultif c. Suiza*, de 2 de agosto de 2001, y *Üner c. los Países Bajos*, de 18 de octubre de 2006, el TEDH viene utilizando un elenco de criterios para determinar qué medidas limitativas de este derecho pueden considerarse proporcionadas.³¹ Aunque la predeterminación de los criterios que hay que tener en cuenta en la valoración de la proporcionalidad de la medida aporta cierta seguridad jurídica, lo cierto es que la valoración de estos criterios parece un tanto aleatoria, tal y como hemos destacado otros años. Si bien, con carácter general, parece poder identificarse cierta tendencia del TEDH a no reconocer vulnerado el derecho cuando el alejamiento del extranjero se debe a la comisión de delitos relativamente graves y a reconocer la vulneración cuando no se ha cometido delito alguno, este es menor o el comportamiento del demandado mejora sustancialmente y existe una vida familiar que puede verse fracturada,³² esta regla no parece cumplirse en alguno de los casos resueltos en el período analizado. Así, en el asunto *Kamaliyevy c. Rusia*, de 3 de junio de 2010, el TEDH consideraba que la expulsión del demandante no había vulnerado el artículo 8 CEDH, a pesar de que este mantenía una relación de afectividad en Rusia y que el motivo de expulsión se relacionaba con su situación de irregularidad, ya que el Sr. Kamaliyevy había obtenido un pasaporte ruso de forma fraudulenta y había cometido una infracción menor relacionada con el registro de los ciudadanos extranjeros. Parece, así, que el TEDH comienza a valorar el incumplimiento de la legislación de extranjería de los estados parte como un dato que debe ser objeto de un notable reproche y que puede justificar por sí mismo una decisión de expulsión, aunque existan vínculos familiares claros.³³

La aplicación de los criterios indicados ha presentado ciertas especificidades, que deben ser subrayadas, en el asunto *Kiyutin c. Rusia*, de 10 de marzo de 2011, en el que se analizaba si la legislación rusa que impedía a un extranjero con vínculos familiares en el país acceder a un permiso de residencia permanente en el caso de ser VIH positivo podía ser contraria al derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), en relación con el derecho a no ser discriminado (art. 14 CEDH). En el caso objeto de estudio, la situación era especialmente llamativa, en la medida en que el demandante, de nacionalidad uzbeca, había visto cómo las autoridades rusas rechazaban su

³¹ Sobre los criterios que utiliza la jurisprudencia de Estraburgo, véase García Roca y Díaz Crego (2008).

³² Esa lógica parece seguirse en los asuntos *A.W. Khan c. Reino Unido*, de 13 de enero de 2010; *Zakayev y Safanova c. Rusia*, de 11 de febrero de 2010; *Bousarra c. Francia*, de 23 de septiembre de 2010; *Abou Amer c. Rumania*, de 24 de mayo de 2011.

³³ Así parecía apuntarse también en la STEDH *Nuñez c. Noruega*, de 28 de junio de 2011, en la que el TEDH subrayaba de forma clara que no podía considerarse contraria al artículo 8 CEDH per se una normativa nacional que previera la expulsión como medida generalizada para actuar contra posibles infracciones de la legislación de extranjería. Sin embargo, en el caso concreto analizado, el TEDH consideraba que la decisión de las autoridades noruegas de expulsar a la demandante había sido desproporcionada ya que, aunque esta nunca vivió de forma regular en el país y nunca pudo tener la expectativa legítima de permanecer en él puesto que había obtenido su documentación de forma fraudulenta, tenía dos hijas menores de edad que habían residido desde su nacimiento en el país y de las que era el principal sustento y apoyo afectivo.

solicitud de un permiso de residencia permanente por su condición de seropositivo, a pesar de que su esposa y su hija eran rusas y que toda su familia y sus lazos sociales y económicos se hallaban en ese país. El TEDH resolvía el caso aplicando al motivo de discriminación sufrido su jurisprudencia habitual sobre el artículo 14 CEDH. El Alto Tribunal recordaba así que ese precepto no prohibía toda diferencia de trato, sino solo aquellas que no pudieran justificarse por causas objetivas y razonables, y que los estados parte contaban con cierto margen de apreciación para determinar si una medida era razonable, pero ese margen se estrechaba en aquellos supuestos en los que la diferencia de trato afectaba a un grupo especialmente vulnerable, que había sido estigmatizado y excluido de la sociedad. El TEDH señalaba así que los infectados por el virus VIH debían considerarse uno de esos grupos vulnerables y que, por tanto, cualquier medida que les tratara de forma diferente en razón de su condición médica debía ser justificada de forma especialmente cuidadosa por las autoridades del Estado parte. En el caso objeto de estudio, el Estado ruso trataba de justificar la medida indicando que los infectados por VIH eran un peligro para la salud pública y que suponían tal coste para el sistema de salud que el Estado debía tratar de limitar su entrada. Sin embargo, el razonamiento del TEDH subrayaba las debilidades de esa argumentación: el argumento relacionado con el peligro para la salud pública no resultaba solvente, desde la perspectiva del Alto Tribunal, porque la legislación de extranjería rusa sí permitía obtener permisos de residencia para estancias cortas a pesar de estar infectado por el VIH y porque numerosos informes de distintas organizaciones internacionales apuntaban que la imposición de límites a la libertad de circulación de los enfermos de sida no era una vía adecuada para evitar la extensión de la enfermedad, que no se contagiaba de forma rápida por la mera cercanía con un enfermo, sino solo cuando no se respetaban determinadas reglas de seguridad. En cuanto al argumento relacionado con las finanzas de la asistencia sanitaria rusa, el TEDH subrayaba que los extranjeros que residían de forma permanente en el país no tenían derecho a asistencia sanitaria gratuita, debiendo costearse sus propios tratamientos. El TEDH sentaba así un precedente claro que militaba a favor de la prohibición de cualquier discriminación en el ejercicio de la libertad de circulación y residencia de extranjeros infectados por VIH.

A pesar de que, tal y como hemos visto, gran parte de los casos estudiados desde la perspectiva del artículo 8 CEDH se centran en los límites a la expulsión de extranjeros derivados del reconocimiento del derecho a la vida familiar, algunos de los asuntos resueltos por el TEDH en el período analizado estudian medidas de expulsión o denegaciones de permisos de residencia a extranjeros desde la óptica del derecho a la vida privada. El TEDH tiene en cuenta así que los extranjeros no solo generan vínculos familiares en el Estado de acogida, sino también vínculos culturales y sociales que favorecen su integración en ese Estado, pero también les alejan progresivamente de sus países de origen. En todo caso, para la resolución de estos supuestos, el TEDH sigue la juris-

prudencia ya indicada en relación con el derecho a la vida familiar, de modo que considera que la expulsión o la negativa a conceder un determinado permiso de residencia al extranjero se adecua a las previsiones del Convenio si es legal, persigue un objetivo legítimo y es proporcionada. Sin embargo, los criterios que tiene en cuenta el TEDH para determinar la proporcionalidad de la medida no son los mismos que en el caso de eventuales vulneraciones del derecho a la vida familiar. El TEDH recordaba así, en los casos *Mutlag c. Alemania*, de 25 de marzo de 2010, y *Gezginci c. Suiza*, de 9 de diciembre de 2010, que los criterios que había que tener en cuenta cuando el extranjero no ha formado su propia familia en el Estado de acogida son únicamente la naturaleza y gravedad de las infracciones cometidas por el demandante, la duración de la residencia en el país del que va a ser expulsado, el lapso de tiempo transcurrido desde las infracciones y el comportamiento del demandante, y la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares que unen al demandante con su país de origen y aquel del que es expulsado.

La aplicación de estos criterios a los dos casos enjuiciados llevaba al TEDH a constatar la no vulneración del artículo 8 CEDH. En el primer caso, el Sr. Mutlag había nacido en Alemania y había residido en ese país durante su infancia y su adolescencia, pero había sido expulsado del país debido a la comisión de una serie de delitos muy violentos, en los que el demandante había aumentado progresivamente su agresividad. Además, el demandante conocía la lengua de su país de origen, Jordania, y había sido acogido en ese país por un medio-hermano, de modo que poseía ciertos lazos con su país de origen. El TEDH entendía así que su expulsión, aun siendo por tiempo indefinido, podía entenderse justificada por la gravedad de los delitos cometidos y la existencia de vínculos con el país de origen. Sin embargo, en el caso *Gezginci* la justificación de la decisión de las autoridades suizas de no conceder un permiso de residencia por razones humanitarias al demandante parecía menos clara: el Sr. Gezginci llevaba más de treinta años residiendo en Suiza, se encontraba enfermo, no había sido condenado por ningún delito grave y su hija estaba integrada y estudiaba en Suiza. A pesar de ello, el TEDH tenía en cuenta que el demandante no trabajaba desde hacía tiempo, dependiendo de la asistencia social del Estado de acogida, que su hija se encontraba en situación irregular, que ambos podían integrarse nuevamente en Turquía o Rumania, donde mantenían lazos familiares, y que el demandante podía ser tratado de su enfermedad en Turquía. El TEDH parecía así dar más peso a una visión puramente económica e instrumental de la inmigración que a su visión más humana, en la medida en que la dependencia económica del Sr. Gezginci parecía ser el punto de inflexión que llevaba al TEDH a decidir a favor de las pretensiones estatales.³⁴

³⁴ El voto disidente de los jueces Spielmann y Jebens ponía en entredicho la decisión de la mayoría, subrayando la duración de la residencia del Sr. Gezginci en Suiza y el hecho de que no había cometido ninguna infracción penal grave.

Finalmente, un último caso del período analizado estudia la eventual vulneración del derecho a la vida privada y familiar de una menor de edad de origen somalí a la que las autoridades danesas denegaron la posibilidad de reunirse con sus padres en Dinamarca. El asunto *Osman c. Dinamarca*, de 14 de junio de 2011, lidia así con un problema creciente en los estados europeos, la regulación de la reagrupación familiar, que tiene importantes consecuencias en la vida de numerosas familias. En el caso objeto de estudio, la demandante había vivido en Dinamarca durante un primer período de siete años, en el que fue escolarizada y se integró sin problema alguno en la sociedad danesa. A los quince años, sus padres decidieron enviarla a Kenia durante un período de tiempo que se extendió hasta los dos años. Puesto que la menor había permanecido durante más de doce meses fuera del país, su permiso de residencia expiró y con 17 años hubo de solicitar nuevamente la reagrupación familiar con sus padres en Dinamarca. Sin embargo, en el ínterin, la legislación de extranjería fue modificada a fin de permitir las reagrupaciones familiares de menores de edad solo hasta que estos cumplieran los 15 años, de modo que la solicitud de la demandante fue rechazada. El TEDH resuelve el caso centrándose en los hechos concretos y sin valorar expresamente el contenido de la legislación danesa, deudora claramente de la criticada Directiva de reagrupación familiar de la UE. En este sentido, el TEDH señalaba que la vida privada y familiar de la menor se vio truncada por la negativa de las autoridades del país a concederle un nuevo permiso de residencia, en la medida en que su familia nuclear residía en Dinamarca, y ella estaba perfectamente integrada en ese país, donde tenía también sus principales lazos sociales. Además, sus padres no pudieron prever la modificación legislativa que impediría a la joven volver a residir con ellos en Dinamarca. En tales circunstancias, el TEDH consideraba la medida nacional desproporcionada.

El procedimiento de tramitación de las solicitudes de asilo y el derecho a un recurso ante una instancia nacional para la protección de los derechos reconocidos en el CEDH (art. 13 CEDH)

A pesar de que varias sentencias del TEDH han vuelto a recordar, en el período analizado, que las garantías procedimentales recogidas en el artículo 6 CEDH no son de aplicación a casos de extranjería, que quedan excluidos del ámbito de aplicación *ratione materiae* de ese precepto,³⁵ el Alto Tribunal ha vuelto a utilizar el artículo 13 CEDH a fin de imponer ciertas garantías procedimentales que deben ser respetadas en el marco del Derecho de asilo. Sin lugar a dudas, la aplicación que el TEDH realiza de ese precepto en el caso *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, de 21 de

³⁵ En este sentido: *SSTEDH Raza c. Bulgaria*, de 11 de febrero de 2010; y *Geleri c. Rumania*, de 15 de febrero de 2011.

enero de 2011, es una de las más relevantes a la hora de marcar las exigencias mínimas que debe cumplir todo procedimiento de determinación del estatuto de refugiado.³⁶

Tal y como ya hemos señalado, en el caso *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, el TEDH analizaba la situación vivida por un solicitante de asilo afgano, que tras entrar en la UE por suelo griego y atravesar diversos países europeos hasta llegar a Bélgica, solicita asilo en ese país y es devuelto a Grecia por las autoridades belgas. El solicitante de asilo apuntaba, entre otras alegaciones, que las deficiencias estructurales que se observaban en la tramitación de las solicitudes de asilo en Grecia vulnerarían los artículos 2 y 3 CEDH, en relación con el artículo 13 CEDH, en la medida en que este último precepto exige que los estados habiliten un recurso eficaz contra cualquier posible vulneración de uno de los derechos reconocidos en el Convenio. Puesto que el demandante temía sufrir tratos contrarios al Convenio en caso de ser devuelto a su país de origen, reclamaba también un recurso eficaz ante las autoridades griegas a fin de hacer valer el derecho que le reconocían los artículos 2 y 3 CEDH.

El TEDH resolvía la alegación subrayando que, efectivamente, el artículo 13 CEDH exigía la existencia de un recurso interno que permitiera defender cualquier alegación basada en la eventual vulneración de uno de los derechos reconocidos en el CEDH. Ese recurso no tenía por qué ser necesariamente ante una instancia judicial, aunque sí era necesario que permitiera el examen detallado e independiente de todas las alegaciones formuladas por el demandante, que estuviera disponible tanto en teoría como en la práctica y fuera efectivo. Para el TEDH, la efectividad del recurso podía verse en entredicho si su resolución se dilataba demasiado en el tiempo y si no tenía efectos suspensivos.

A la luz de esta doctrina, el TEDH analizaba el procedimiento de determinación del estatuto de refugiado griego. El Alto Tribunal subrayaba que la legislación griega regulaba un procedimiento de asilo perfectamente adecuado a las exigencias del Convenio, en la medida en que también se adaptaba a la normativa de la UE –Directiva 2003/9, de 27 de enero, por la que se aprueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los estados miembros–. El problema se relacionaba, por tanto, con la puesta en práctica de ese procedimiento, esto es, con el cumplimiento de la propia normativa interna. El TEDH recogía así los informes de numerosas organizaciones no gubernamentales, del ACNUR y del Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa,

³⁶ En el período considerado, ha analizado también las deficiencias del procedimiento de asilo griego el asunto *R.U. c. Grecia*, de 7 de junio de 2011. Otros asuntos se han centrado en el análisis de las deficiencias de los procedimientos de asilo de otros países, aunque ninguno con el mismo nivel de precisión: *República Checa (STEDH Diallo c. Republica Checa*, de 23 de junio de 2011); *Turquía (STEDH Dbouba c. Turquía*, de 13 de julio de 2010); *Países Bajos (A. c. Países Bajos*, de 20 de julio de 2010).

en los que se subrayaban las deficiencias estructurales ligadas al acceso y al desarrollo del procedimiento de determinación del estatuto de refugiado en Grecia: se indicaba así que las autoridades no informaban de forma suficiente y completa a los solicitantes de asilo sobre el procedimiento que había que seguir; que no se garantizaba una comunicación fiable entre los solicitantes de asilo y la administración; que el procedimiento se dilatava excesivamente en el tiempo, en ocasiones hasta varios años; que no había casi intérpretes; que el personal que tramitaba las solicitudes estaba escasamente formado; que no se garantizaba la asistencia letrada de los solicitantes; que la mayoría de las solicitudes finalizaban con una decisión administrativa negativa, que además no estaba correctamente motivada; que se había suprimido la participación en el procedimiento de ACNUR y de las comisiones de información sobre los refugiados, que actuaban como organismos protectores de los derechos de los solicitantes de asilo; y que la revisión judicial de las decisiones administrativas denegatorias no mejoraba la situación. Dadas las deficiencias estructurales vinculadas al procedimiento de asilo griego, el TEDH consideraba vulnerado el artículo 13 CEDH, detallando así con notable claridad las exigencias de tipo formal que deben cumplir los procedimientos de asilo de los estados parte para adecuarse a las exigencias impuestas por el CEDH.

El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad y el acceso a prestaciones sociales por parte de refugiados reconocidos (art. 14 CEDH)

Varios asuntos de los resueltos por el TEDH en el período analizado vuelven a centrarse en una cuestión de crucial interés para el importante número de extranjeros que viven en el continente europeo, la posibilidad de que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad o del estatus migratorio se aplique también a las condiciones de acceso a determinadas prestaciones sociales.

Los asuntos *Saidoun c. Grecia* y *Fawsie c. Grecia*, ambos de 28 octubre de 2010, analizaban la adecuación a los artículos 8 y 14 CEDH de una normativa que exigía contar con la nacionalidad griega, de alguno de los estados miembros de la Unión Europea o ser de «origen nacional griego» para acceder a las prestaciones sociales para familias numerosas. A las demandantes, refugiadas que llevaban años residiendo en Grecia, se les denegó el acceso a tales prestaciones, en la medida en que no cumplían ninguna de las exigencias indicadas. Sin embargo, el TEDH subrayaba, siguiendo la jurisprudencia sentada en el asunto *Gaygusuz c. Austria*, de 31 de agosto de 1996,³⁷ que una diferencia de trato sería discriminatoria si no estaba justificada de forma objetiva y razo-

³⁷ Sobre el tratamiento de las discriminaciones basadas en la nacionalidad por el TEDH, véase Díaz Crego (2010a).

nable y que las diferencias de trato fundadas únicamente en la nacionalidad son objeto de un escrutinio especialmente cauteloso por parte del tribunal, de modo que «solo razones muy poderosas» pueden justificarlas. En el caso objeto de estudio, el TEDH llegaba a la conclusión de que las razones apuntadas por las autoridades griegas para mantener tal diferencia de trato –el serio problema demográfico del país y la necesidad de potenciar la natalidad entre los nacionales, en la medida en que los extranjeros eran más proclives a abandonar el país– no aportaban una justificación objetiva y razonable, ya que las dos demandantes residían de forma regular en el país desde hacía años, las propias autoridades nacionales parecían haber cambiado de parecer reconociendo el derecho a la prestación a todos los refugiados residentes en el país desde el año 2008, y la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, que había sido ratificada por Grecia, le imponía la obligación de reconocer a los refugiados que residieran de forma habitual en su territorio el mismo trato que a los nacionales del país en relación con el acceso a la asistencia y la seguridad social. El TEDH utilizaba, así, un instrumento internacional firmado en el marco de las Naciones Unidas, la Convención de Ginebra, a fin de justificar la igualdad de trato exigida.

El asunto *Anatoliy Ponomaryov y Vitaliy Ponomaryov c. Bulgaria*, de 21 de junio de 2011, sigue idéntica lógica a los asuntos *Saidoun y Fawsie*, pero traslada la jurisprudencia indicada a un caso en el que la prestación social controvertida era el acceso gratuito a la educación secundaria de dos hermanos menores de edad, cuyo estatus migratorio no quedaba del todo claro. Ambos menores residían en Bulgaria desde hacía años bajo el amparo del permiso de residencia de su madre –casada con un ciudadano búlgaro–. A pesar de ello, las autoridades del país les habían exigido pagar ciertas tasas para poder acceder a la educación secundaria, en la medida en que la legislación nacional solo preveía la gratuidad de esa enseñanza para los extranjeros que fueran residentes permanentes en el país o nacionales de la UE, de uno de los estados miembros del Espacio Económico Europeo o de Suiza.

El TEDH resolvía el asunto destacando que existía una evidente diferencia de trato por razón de nacionalidad y del estatus migratorio en lo que al acceso al sistema educativo se refería y que, como tal, tal diferencia solo se adecuaría a lo previsto en el artículo 2 del Protocolo nº 1 y en el artículo 14 CEDH, en caso de tener una justificación objetiva y razonable. A fin de determinar si la medida estaba justificada, el TEDH recordaba que los estados cuentan con cierto margen de apreciación a la hora de limitar el acceso a ciertas prestaciones sociales, muy costosas para el erario público, a los extranjeros que han residido durante escaso tiempo en el país y a los extranjeros que se encuentren en situación irregular, ya que estos no han contribuido a financiarlos. Y que esa regla se podía aplicar, con carácter general, a la educación, aunque el margen de apreciación de los estados en la materia es más limitado cuanto más básico sea el nivel educa-

tivo al que nos enfrentemos. Sin embargo, dado que la diferencia de trato afectaba al nivel educativo intermedio, que los demandantes no podían ser considerados extranjeros irregulares *strictu sensu*, ya que podían residir en el país gracias al permiso de residencia de su madre, y que habían residido durante un largo período de tiempo en Bulgaria, el TEDH consideraba desproporcionada la medida y, por tanto, contraria al artículo 14 CEDH, en relación con el artículo 2 del Protocolo nº 1. Quedaba así la duda de si la medida también sería considerada desproporcionada en el caso de afectar a extranjeros en situación irregular o a extranjeros que hubieran residido durante un corto período de tiempo en el país. El razonamiento del TEDH proporcionaba justicia para el caso concreto, pero dejaba numerosos interrogantes por resolver.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Como en pasadas ediciones de este Anuario, debemos señalar que la jurisprudencia del TJUE relevante desde el punto de vista del Derecho de extranjería puede dividirse en dos grandes bloques: el que se refiere a las libertades de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y sus familiares, y el que se refiere a los nacionales de terceros estados que residen y trabajan o pretenden hacerlo en el territorio de alguno de los estados miembros de la UE.

A pesar de que podemos hacer esta clara distinción entre ambos regímenes, una de las sentencias resueltas por el TJUE en el período analizado afecta potencialmente tanto a ciudadanos de la UE como a nacionales de terceros estados, en la medida en que se pronuncia sobre la supresión de las fronteras interiores de la UE y, en concreto, sobre la interpretación de los artículos 20 y 21 del Reglamento nº 562/2006, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras. En el asunto Melki,³⁸ de extraordinaria importancia por el pronunciamiento del TJUE sobre la adecuación del procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes previsto por la Constitución francesa desde su reforma de 2008,³⁹ el TJUE analizaba también si la norma francesa que autorizaba a realizar controles policiales en una zona de 20 kilómetros desde la frontera del Estado se adecuaba a la prohibición de efectuar controles en las fronteras interiores de la UE, que recoge el artículo 20 del Reglamento nº 562/2006.

Los demandantes en el litigio principal consideraban que la normativa francesa tenía idénticos efectos que los controles fronterizos prohibidos y, por tanto, debía seguir la misma suerte. Sin embargo, el TJUE desechara claramente esa posibilidad: desde su punto de vista, los controles de

³⁸ STJUE de 22 de junio de 2010, asunto Aziz Melki y Sélím Abdeli, as. acumulados C-188/10 y C-189/10.

³⁹ Sobre esta cuestión, véase Sarmiento (2011)

identidad que permitía realizar la normativa francesa no podían considerarse controles fronterizos, en la medida en que no se realizaban en la frontera, sino en el territorio del propio Estado miembro, se realizaban aunque la persona no hubiera cruzado la frontera correspondiente y no tenían como objetivo, en ningún caso, autorizar la entrada de personas o exigir el abandono del territorio nacional. Para el TJUE, por tanto, la normativa francesa debía analizarse desde la óptica del artículo 21 del Reglamento nº 562/2006, que permite a los estados miembros llevar a cabo controles policiales en el territorio nacional siempre que esos controles no tengan un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas y permite a los estados, en la misma línea, imponer a la población la obligación de llevar consigo siempre ciertos documentos identificativos. A pesar de que el TJUE parecía establecer una clara diferencia entre la normativa francesa y una medida de control de las fronteras interiores, el Alto Tribunal señalaba dos puntos oscuros de la normativa interna, al indicar que el control se efectuaba únicamente en zonas fronterizas y se realizaba sobre cualquier persona, independientemente de su comportamiento o de que se produjeran otras circunstancias que acreditaran un riesgo de perturbación del orden público. Para salvar estas objeciones, el TJUE exigía la concreción de la competencia de control atribuida a las autoridades nacionales a fin de orientar su facultad de «apreciación» en el ejercicio de la función que se les había atribuido. Parecía apuntarse así la excesiva flexibilidad del modelo de control previsto por la normativa nacional; modelo que podría derivar de hecho en un control sistemático de aquellos individuos que parecieran no ser franceses y provocar, por tanto, idénticas consecuencias que un control ordinario de fronteras. El TJUE se movía así en un terreno pantanoso, que siempre provoca dudas y críticas, en concreto, la delimitación de las funciones policiales en el ámbito de la extranjería.

Libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y sus familiares

La jurisprudencia del TJUE dedicada a analizar diferentes aspectos del régimen aplicable a los ciudadanos de la UE y sus familiares que ejercen las libertades de circulación y residencia en el territorio de la Unión ha sido muy abundante a lo largo del año y medio estudiado. Nuevamente, un numerosísimo grupo de sentencias del TJUE se pronuncia sobre eventuales restricciones a la libertad de circulación de los ciudadanos de la UE relacionadas con el régimen fiscal nacional,⁴⁰ la normativa interna referida al establecimiento de ciertos negocios,⁴¹ las legislación interna

⁴⁰ STJUE de 18 de marzo de 2010, asunto F. Gielen c. Staatssecretaris van Financiën, as. C-440/08; STJUE de 20 de enero de 2011, asunto Comisión c. Grecia, as. C-155/09.

⁴¹ STJUE de 11 de marzo de 2010, asunto Attanasio Group Srl c. Comune di Carbognano, as. C-384/08 (gasolineras); STJUE de 1 de junio de 2010, asunto José Manuel Blanco Pérez y otros c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, as. acumulados C-570/07 y C-571/07 (farmacias).

sobre los complementos de antigüedad de los profesores universitarios⁴² o sobre las incompatibilidades del personal al servicio de la Administración pública,⁴³ las normas nacionales referidas a la devolución de los gastos sanitarios generados durante estancias en otro Estado miembro,⁴⁴ la normativa nacional reguladora de distintas prestaciones sociales⁴⁵ y, en general, del régimen de la seguridad social,⁴⁶ la legislación nacional aplicable en materia de juegos de azar,⁴⁷ la normativa nacional que exige cierta cualificación para acceder a una determinada actividad profesional o la regula⁴⁸ o prevé el reconocimiento de ciertas titulaciones académicas,⁴⁹ y la normativa nacional que regula los permisos de conducción.⁵⁰

42 STJUE de 15 de abril de 2010, asunto Friedrich G. Barth c. Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung, as. C-542/08.

43 STJUE de 2 de diciembre de 2010, asunto Edyta Joanna Jakubowska c. Alessandro Maneggia, as. C-225/09.

44 STJUE de 15 de junio de 2010, asunto Comisión c. España, as. C-211/08; STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto Georgi Ivanov Elchinov c. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa, as. C-173/09; STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto Comisión c. Francia, as. C-512/08; STJUE de 27 de enero de 2011, asunto Comisión c. Luxemburgo, as. C-490/09.

45 En relación con pensiones de jubilación: STJUE de 29 de julio de 2010, asunto Rijkdienst voor Pensioenen y Elisabeth Brouwer, as. C-577/08; STJUE de 3 de marzo de 2011, asunto Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Nowym Sączu c. Stanisława Tomaszewska, as. C-440/09; STJUE de 22 de junio de 2011, asunto Marie Landtová c. eská správa sociálního zabezpečení, as. C-399/09; STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto Maurits Casteels y British Airways, as. C-379/09. En relación con prestaciones por dependencia: STJUE de 30 de junio de 2011, asunto João Filipe da Silva Martins c. Bank Betriebskrankenkasse – Pflegekasse, as. C-388/09. En relación con prestaciones por hijo a cargo: STJUE de 14 de octubre de 2010, asunto Gudrun Schwemmer c. Agentur für Arbeit Villingen-Schwenningen – Familienkasse, as. C-16/09; STJUE de 18 de noviembre de 2010, asunto Alketa Xhymshiti c. Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Lörrach, as. C-247/09; STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto Tanja Borger c. Tiroler Gebietskrankenkasse, as. C-516/09. En relación con prestaciones dirigidas a discapacitados: STJUE de 5 de mayo de 2011, asunto Ralph James Bartlett, Natalio González Ramos, Jason Michael Taylor c. Secretary of State for Work and Pensions, as. C-537/09; STJUE de 5 de mayo de 2011, asunto Comisión c. Alemania, as. C-206/10.

46 STJUE de 9 de diciembre de 2010, asunto Vlaamse Gemeenschap c. Maurits Baesen, as. C-296/09; STJUE de 14 de octubre de 2010, asunto J. A. van Delft y otros c. College voor zorgverzekeringen, as. C-345/09 (sobre el seguro de enfermedad).

47 STJUE de 8 de septiembre de 2010, asunto Markus Stoß y otros c. Wetteraukreis, as. acumulados C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07; STJUE de 8 de septiembre de 2010, asunto Winner Wetten GmbH y Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, as. C-409/06.

48 STJUE de 18 de noviembre de 2010, asunto Comisión c. Portugal, as. C-458/08 (en relación con la construcción); STJUE de 25 de enero de 2011, asunto Michael Neukirchinger c. Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen, as. C-382/08 (en relación con el transporte aéreo en globo aerostático); STJUE de 17 de marzo de 2011, asunto Josep Peñarroja Fa, as. acumulados C-372/09 y C-373/09 (en relación con la profesión de perito traductor jurado); STJUE de 24 de mayo de 2011, asunto Comisión c. Bélgica, as. C-47/08; STJUE de 24 de mayo de 2011, asunto Comisión c. Francia, as. C-50/08; STJUE de 24 de mayo de 2011, asunto Comisión c. Luxemburgo, as. C-51/08; STJUE de 24 de mayo de 2011, asunto Comisión c. Portugal, as. C-52/08; STJUE de 24 de mayo de 2011, asunto Comisión c. Austria, as. C-53/08; STJUE de 24 de mayo de 2011, asunto Comisión c. Alemania, as. C-54/08; STJUE de 24 de mayo de 2011, asunto Comisión c. Grecia, as. C-61/08 (todas ellas en relación con la exigencia de nacionalidad para acceder a la profesión de notario); STJUE de 29 de marzo de 2011, asunto Comisión c. Italia, as. C-565/08 (en relación con la obligación de respetar unas tarifas fijas en materia de honorarios en el ejercicio de la profesión de abogado); STJUE de 5 de abril de 2011, asunto Sociétés fiduciaire nationale d'expertise comptable c. Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, as. C-119/09 (sobre la prohibición de desarrollar actividades de captación de clientes por parte de los auditores de cuentas).

49 STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto Robert Koller, as. C-118/09 y STJUE de 3 de febrero de 2011, asunto Donat Cornelius Ebert c. Budapesti Ügyvédi Kamara, as. C-359/09 (en relación con la Licenciatura en Derecho); STJUE de 2 de diciembre de 2010, asunto Vassiliki Stylianou Vandorou y otros c. Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton, as. acumulados C-422/09, C-425/09 y C-426/09 (en relación con el título de auditor/contable jurado); STJUE de 5 de abril de 2011, asunto Christina Ioanni Toki c. Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton, as. C-424/09 (en relación con el título de ingeniero medioambiental).

50 STJUE de 19 de mayo de 2011, asunto Mathilde Grasser c. Freistaat Bayern, as. C-184/10.

Algunos de estos asuntos llamaban especialmente la atención por lo original de los hechos. Así, en el llamativo asunto *Olympique Lyonnais SASP*,⁵¹ el TJUE valoraba una restricción a la libre circulación de trabajadores que afectaba a los jugadores profesionales de fútbol al garantizar al club que los había formado una indemnización en caso de que el jugador firmara un contrato con un club de otro Estado miembro cuando hubiera finalizado su período formativo y consideraba que, si bien la medida perseguía un objetivo legítimo –fomentar la contratación de jóvenes futbolistas–, debía considerarse desproporcionada, en tanto la indemnización por pagar no se relacionaba con los costes de formación del jugador. Siguiendo un razonamiento semejante, en los asuntos *Sayn-Wittgenstein*⁵² y *Runevi-Vardyn*,⁵³ el TJUE valoraba sendas restricciones a la libre circulación de ciudadanos de la UE derivadas de la normativa interna que regulaba la inscripción del nombre y los apellidos de los propios nacionales. En el primero de los casos, el TJUE consideraba legítima y proporcionada una medida nacional que provocó el cambio de apellidos de la demandante –adoptada por un noble alemán– en aplicación de la norma constitucional que abolía la nobleza, mientras que en el segundo caso el TJUE consideraba legítima la medida nacional que obligaba a transcribir el nombre de los nacionales conforme al alfabeto del país, aunque instaba a los tribunales internos a valorar la proporcionalidad de la medida en el caso de la demandante. Por último, también merece una reseña especial el asunto *Bressol y otros*,⁵⁴ en el que el TJUE se pronunciaba sobre la adecuación al Derecho de la UE de la normativa belga que establecía ciertas diferencias de trato entre residentes y no residentes en el acceso a los estudios universitarios del ámbito sanitario al prever que los segundos solo podrían representar un 30% del alumnado total. Siguiendo su jurisprudencia habitual en la materia, el TJUE valoraba la legitimidad y la proporcionalidad de la medida nacional, y señalaba que, aunque la medida podía estar justificada por el notable número de alumnos franceses que acudían a las universidades belgas a fin de cursar estudios en la rama sanitaria, lo que estaba perjudicando la calidad de la enseñanza y planteando dudas sobre la continuidad de los servicios sanitarios en el país, las autoridades belgas debían aportar datos concretos que permitieran a los tribunales nacionales valorar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida controvertida.

⁵¹ STJUE de 16 de marzo de 2010, asunto *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard y el club de futbol Newcastle UFC*, as. C-325/08.

⁵² STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, as. C-208/09

⁵³ STJUE de 12 de mayo de 2011, asunto *Malgożata Runevi -Vardyn, Łukasz Paweł Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija*, as. C-391/09.

⁵⁴ STJUE de 13 de abril de 2010, asunto *Nicolas Bressol y otros, Céline Chaverot y otros c. Gouvernement de la Communauté française*, as. C-73/08.

No obstante, más allá de los asuntos reseñados, las sentencias más destacadas del TJUE en el período analizado son el asunto Rottman, en el que se analizan las circunstancias en que un Estado miembro puede privar de su nacionalidad a una persona; varios casos en los que se reconoce el derecho a residir en un Estado miembro de la UE a padres que ostentan la nacionalidad de un tercer Estado, pero cuyos hijos son ciudadanos de la UE, entre ellos, el asunto Ruiz Zambrano; varios asuntos en los que se analiza la regulación de la residencia permanente de los ciudadanos de la UE y sus familiares, contenida en la Directiva 2004/38/CE.

Pérdida y adquisición de la condición de ciudadano de la UE: ¿hacia una limitación de la competencia de los estados miembros para determinar quiénes son sus nacionales?

En el período analizado, una de las sentencias del TJUE se ha pronunciado sobre una cuestión espinosa, referida a la pérdida y adquisición de la ciudadanía de la UE y, por tanto, a la pérdida y adquisición de la nacionalidad de uno de los estados miembros de la UE. El asunto Rottman⁵⁵ traía causa de la adquisición de la nacionalidad alemana por parte de un ciudadano austriaco gracias a la ocultación de información sobre un proceso penal que tenía abierto en su país de origen y, por tanto, de forma fraudulenta. Su naturalización en Alemania supuso la pérdida de su nacionalidad austriaca. Sin embargo, tiempo después de haber adquirido la nacionalidad de ese país, las autoridades alemanas tuvieron conocimiento del fraude y adoptaron la decisión de revocar la concesión de nacionalidad de forma retroactiva.

El TJUE se pronunciaba así al hilo del recurso planteado por el demandante contra la decisión revocatoria de su naturalización y lo hacía partiendo de la jurisprudencia sentada en el conocido asunto Micheletti.⁵⁶ En ese caso, el TJUE señaló claramente que las normas sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad eran competencia de los estados miembros, pero que estos debían ejercer su competencia respetando el Derecho de la UE. El significado de la segunda parte de la afirmación realizada por el TJUE nunca había quedado demasiado claro, en la medida en que parecía dejar una puerta abierta al Derecho de la UE para regular la adquisición y pérdida de la nacionalidad de los estados miembros. Y así parece desprenderse, efectivamente, del contenido del caso Rottman, en el que el TJUE afirma, en primer lugar, que el problema suscitado por el caso entraba dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE y pasa, después, a analizar los límites que el Derecho de la UE impone a los ordenamientos internos en lo que a la pérdida de su nacionalidad se refiere.

⁵⁵ STJUE de 2 de marzo de 2010, asunto Janko Rottmann c. Freistaat Bayern, as. C-135/08. Sobre esta sentencia, véanse Iglesias Sánchez (2010); y Kochenov (2010).

⁵⁶ STJCE de 7 de julio de 1992, asunto Mario Vicente Micheletti c. Delegación del Gobierno de Cantabria, as. C-369/90.

El TJUE justificaba la intervención del Derecho de la UE en la materia señalando que el Sr. Rottmann había disfrutado de la condición de nacional de un Estado miembro a lo largo de toda su vida, y, por tanto, también había disfrutado de los derechos asociados al estatuto de ciudadano de la UE. Puesto que la eventual revocación de la decisión por la que se concedía la nacionalidad alemana al Sr. Rottmann provocaría también la pérdida de todos los derechos asociados a la condición de ciudadano de la UE, el TJUE deducía que el Derecho de la UE tenía algo que decir al respecto. El vínculo con la ciudadanía de la UE parecía, así, suficiente para dar cabida a la imposición de ciertas exigencias por parte del Derecho de la UE.

En esa lógica, el TJUE analizaba la finalidad perseguida por la decisión revocatoria de la nacionalidad, en concreto, evitar el fraude en la adquisición de la misma y proteger la relación especial de solidaridad y lealtad existente entre todo Estado y sus nacionales y, por tanto, un fin que el TJUE consideraba legítimo y adecuado a las exigencias internacionales en la materia, en la medida en que tanto la Convención para reducir los casos de apatridia como el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad permiten la privación de la nacionalidad a un individuo, aunque pueda convertirse en apátrida, cuando la haya obtenido de forma fraudulenta. Sin embargo, el TJUE consideraba que no era suficiente con que la medida privativa de la nacionalidad persiguiera un fin legítimo, siendo necesario además que la medida superara el test de proporcionalidad. A fin de evaluar la proporcionalidad de tal medida, el TJUE señalaba que las administraciones y los órganos jurisdiccionales nacionales debían tener en cuenta una serie de elementos, en concreto, si la pérdida de la nacionalidad estaba justificada en relación con la gravedad de la infracción cometida por el afectado, con el tiempo transcurrido entre la decisión de naturalización y la decisión revocatoria, así como la posibilidad de que el interesado recuperara su nacionalidad de origen. De hecho, el TJUE parecía instar incluso a los órganos jurisdiccionales nacionales a valorar la posibilidad de conceder al interesado un plazo para que este tratara de recuperar su nacionalidad originaria, antes de proceder a privarle de la nacionalidad obtenida de forma fraudulenta. La sentencia del TJUE sorprendía así por las notables exigencias que se imponía a la normativa interna en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad: parecía pasarse así de una competencia casi puramente estatal a una competencia nacional en la que el Derecho de la UE tenía mucho que decir.

Derecho a residir de los padres de un ciudadano de la UE derivado del derecho de residencia de los hijos

Tres de los asuntos analizados por el TJUE durante el año 2010 y el primer semestre de 2011 han reconocido a los padres de ciudadanos de la UE un derecho de residencia derivado del

derecho a residir de sus hijos. Las sentencias *Texeira*⁵⁷ e *Ibrahim*,⁵⁸ de mucho menor calado, han derivado ese derecho del derecho de los hijos de un ciudadano de la UE a finalizar sus estudios en el Estado miembro en el que alguno de sus progenitores esté o haya estado empleado, derecho reconocido en el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68. Sin embargo, en el asunto *Ruiz Zambrano*,⁵⁹ el derecho a residir de los progenitores se deriva directamente del artículo 20 del Tratado de funcionamiento de la UE y, por tanto, de la condición de ciudadano de la UE del hijo.

En el caso *Ruiz Zambrano*, el TJUE se enfrentaba a la denegación del derecho a residir y trabajar de un ciudadano colombiano, que, tras la denegación de su solicitud de asilo por parte de las autoridades belgas, intentó regularizar su situación en ese país en varias ocasiones. Durante el proceso, el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa, también de nacionalidad colombiana, tuvieron dos hijos que adquirieron la nacionalidad belga y, por tanto, la condición de ciudadanos de la UE. Se planteaba así si el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa podían adquirir un derecho a residir y trabajar en Bélgica como progenitores de un ciudadano de la UE. Ante tal cuestión, el TJUE señalaba que ese derecho no puede derivarse de los previsto en la Directiva 2004/38/CE, en la medida en que esa normativa solo resulta aplicable a los casos que tengan alguna dimensión transnacional, esto es, a aquellos casos en los que el ciudadano de la UE haya ejercido su libertad de circulación y residencia; lo que no ocurría en el caso objeto de estudio en la medida en que los hijos del Sr. Ruiz Zambrano eran nacionales belgas, residían en ese país y nunca se habían establecido en otro Estado miembro. A pesar de que la situación era puramente interna y, por tanto, podía debatirse la aplicabilidad del Derecho de la UE, el TJUE tenía en cuenta que los hijos del Sr. Ruiz Zambrano eran ciudadanos de la UE y deducía de esa condición el derecho de sus progenitores a residir y trabajar en Bélgica, justificando el reconocimiento de ese derecho en la imposibilidad de que los hijos del Sr. Ruiz Zambrano disfrutaran de los derechos que les confiere la condición de ciudadanos de la UE si no se reconocía el derecho de residencia y trabajo al progenitor, en la medida en que se verían abocados a abandonar el territorio de la UE junto al padre. Un caso innovador, en el que la jurisprudencia del TJUE impone ciertos límites relevantes a la regulación de las situaciones puramente internas y que tendrá, sin duda, profundas implicaciones en materia de extranjería, en la medida en que todos los padres de niños que hayan adquirido la nacionalidad de un Estado miembro podrán invocar la jurisprudencia *Ruiz Zambrano* para exigir el

57 STJUE de 23 de febrero de 2010, asunto *Maria Texeira c. London Borough of Lambeth*, as. C-480/08.

58 STJUE de 23 de febrero de 2010, asunto *London Borough of Harrow c. Nimco Hassan Ibrahim*, as. C-310/08.

59 STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office National d'emploi*, as. C-34/09.

reconocimiento de un derecho a residir y trabajar en cualquiera de los estados miembros de la UE.⁶⁰

En los asuntos *Teixeira e Ibrahim*, ambos sustancialmente iguales, el TJUE se pronuncia sobre el derecho de los progenitores a residir en un Estado miembro distinto a aquel del que son nacionales en virtud del derecho de sus hijos a continuar sus estudios en el Estado en que sus padres ejerzan o hayan ejercido un empleo, reconocido en el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68. En ambos casos, el problema se planteaba porque el progenitor que detentaba la custodia de los hijos –en un caso de nacionalidad portuguesa y en el otro de nacionalidad somalí, aunque casada con un ciudadano danés– carecía de un derecho propio para residir en el Estado miembro de acogida, bien porque ya no ejercía una actividad económica o porque nunca la había ejercido, dependiendo de los ingresos de su cónyuge, de modo que debía aclararse si el derecho de los hijos a continuar sus estudios en el Estado miembro de acogida implicaba el reconocimiento de un paralelo derecho a residir del progenitor que tenía su custodia y en qué condiciones podía ejercerse ese derecho.

El TJUE tenía así oportunidad de pronunciarse en línea con su jurisprudencia *Baumbast*,⁶¹ aclarándola a la luz de la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE. Si en el asunto *Baumbast*, el TJUE había señalado que, en virtud de lo previsto en el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68, los hijos de un ciudadano de la UE que hubiera ejercido su libertad de circulación y residencia en otro Estado miembro, podían permanecer en ese Estado hasta la finalización de sus estudios y que, de ese derecho de los hijos, se derivaba el correspondiente derecho del progenitor que ejerciera su custodia a permanecer con ellos en el Estado miembro de acogida; en los asuntos *Teixeira e Ibrahim*, el TJUE confirmaba el mantenimiento de esa jurisprudencia tras la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, subrayando que esa norma no había introducido reforma alguna en el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 y que, por tanto, el derecho de los hijos a permanecer en el Estado de acogida hasta que acabaran sus estudios y el correspondiente derecho de sus padres debía seguir interpretándose autónomamente y sin sujeción a las exigencias que imponía la Directiva 2004/38/CE.

Sin embargo, los asuntos *Teixeira e Ibrahim* planteaban varias cuestiones no directamente resueltas en el asunto *Baumbast*. La Sra. *Teixeira* y la Sra. *Ibrahim* no contaban con recursos suficientes, ni con un seguro de enfermedad, que les permitiera residir en Reino Unido sin suponer

⁶⁰ Sobre las implicaciones de la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*, véase *Iglesias Sánchez* (2011).

⁶¹ STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto *Baumbast and R. c. Secretary of State for the Home Department*, as. C-413/99.

una carga para la asistencia social de ese Estado. Además, el caso de la Sra. Texeira planteaba un problema más, ya que la hija de la Sra. Texeira tenía más de 18 años, de modo que cabía preguntarse si, alcanzada la mayoría de edad de los hijos, se mantenía el derecho de los padres a residir con ellos en el Estado miembro de acogida.

En relación con la primera pregunta, la respuesta del TJUE resultaba clara: a pesar de que, en el asunto Baumbast, el progenitor contaban con independencia financiera, este no fue uno de los elementos que tuvo en cuenta el tribunal a la hora de reconocerle el derecho a residir con sus hijos en el Estado miembro de acogida. Para el TJUE, la interpretación del artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 no debe ser restrictiva y debe garantizar el efecto útil del precepto; y este no quedaría garantizado si se exigiera la independencia financiera subrayada, de modo que los hijos de un ciudadano de la UE y el progenitor que tenga su custodia tienen derecho a residir en el Estado miembro de acogida hasta que los hijos finalicen sus estudios aunque supongan una carga para la asistencia social de ese Estado. Esta afirmación era quizás la más relevante de la sentencia del TJUE, en la medida en que tiene consecuencias claras sobre las finanzas de los estados miembros, ya que tanto los asuntos Texeira como Ibrahim nacían a partir del momento en el que ambas demandantes solicitaron una ayuda de vivienda en el Reino Unido: se reconocía así un derecho de residencia con profundas implicaciones económicas.

Finalmente, en cuanto a la cuestión de la mayoría de edad del hijo, que se planteaba solo en el caso Texeira, el TJUE subrayaba que el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 reconoce a los hijos de los ciudadanos de la UE que hayan ejercido su libertad de circulación el derecho a permanecer en el Estado miembro de acogida hasta que finalicen sus estudios, y estos incluyen los estudios superiores, de modo que los hijos pueden permanecer en el Estado miembro de acogida incluso tras haber alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, la cuestión es, si una vez alcanzada la mayoría de edad, el progenitor que tenía la custodia puede seguir residiendo con él. La respuesta que el TJUE proporciona a esta pregunta era, desde luego, bastante matizada: puesto que el TJUE era consciente de que el reconocimiento del derecho de residencia de los padres se vinculaba con la necesidad de asegurar que los hijos pudieran ejercer el derecho que les reconoce el Derecho de la UE, incluso cuando necesiten de los cuidados de sus progenitores, y esos cuidados no serán normalmente necesarios una vez alcanzada la mayoría de edad, el TJUE matizaba mucho su pronunciamiento, indicando que los padres mantendrán su derecho de residencia una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos solo cuando el hijo siga «necesitando la presencia y las atenciones de ese progenitor con objeto de continuar y terminar sus estudios» (FJ 86); circunstancia que debía ser apreciada por los órganos jurisdiccionales de los estados miembros. Quedaba, así, en manos de los tribunales nacionales la de-

licada cuestión de valorar cuándo una persona mayor de edad puede requerir de los cuidados de sus progenitores para finalizar sus estudios.

Doble nacionalidad y ejercicio de las libertades de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE

El asunto McCarthy⁶² es uno de los pocos asuntos resueltos por el TJUE durante el período analizado en el que el Alto Tribunal adopta una postura claramente restrictiva, difícil de conciliar con el resultado al que lleva su razonamiento en el caso Ruiz Zambrano, antes analizado. En este caso, se planteaba si entraba dentro de ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38/CE o del artículo 21 del Tratado de funcionamiento de la UE la situación personal de la Sra. McCarthy, que era nacional irlandesa y británica, pero había residido de forma permanente en el Reino Unido. En un determinado momento, la Sra. McCarthy contrae matrimonio con un nacional de un tercer Estado y solicita su permiso de residencia en el Reino Unido como ciudadana de la UE, así como el permiso de residencia de su marido como familiar de ciudadano de la UE. Las autoridades británicas deniegan ambas solicitudes, al considerar que la demandante no era ciudadana de la UE, sino una nacional que no había ejercido jamás las libertades que reconoce el Derecho de la UE.

En esta lógica, el TJUE se pronunciaba sobre la posibilidad de considerar la situación descrita dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE. En cuanto a la posibilidad de que la demandante fuera considerada beneficiaria de los derechos que reconoce la Directiva 2004/38/CE, el TJUE señalaba que la Sra. McCarthy se encontraba claramente fuera del ámbito de aplicación de esa norma porque jamás había hecho uso de las libertades de circulación y residencia y porque era nacional del Estado miembro y, por tanto, no podía someterse su derecho a entrar y residir en el Reino Unido a condición alguna, según lo previsto en el artículo 3 del Protocolo nº 4 al CEDH. En cuanto a la posibilidad de que la demandante se beneficiara de la aplicación del artículo 21 del Tratado de funcionamiento de la UE, el TJUE señalaba que si bien la Sra. McCarthy era ciudadana de la UE y debía garantizársele el disfrute del conjunto de derechos asociados a ese estatuto, la situación descrita en el caso objeto de estudio era una situación puramente interna y la medida adoptada por la autoridad nacional no le impedía ejercer las libertades de circulación y residencia que le reconocía el Derecho de la UE ni obstaculizaba en modo alguno el ejercicio de esas libertades. El TJUE parecía sugerir, así, que la diferencia fun-

62 STJUE de 5 de mayo de 2011, asunto Shirley McCarthy y Secretary of State for the Home Department, as. C-434/09.

damental entre este caso y el caso Ruiz Zambrano era que, en el segundo, los ciudadanos de la UE se veían en la imposibilidad de ejercer sus libertades de circulación y residencia si no se reconocía el derecho a residir y trabajar de sus progenitores, mientras que la Sra. McCarthy sí podía ejercer, en todo caso, esas libertades, desplazándose a otro Estado miembro y solicitando allí la residencia. Sin embargo, las dos situaciones parecen de hecho muy semejantes, en la medida en que en el asunto Ruiz Zambrano, que también analizaba una situación puramente interna, los padres habrían podido desplazarse con sus hijos a otro Estado miembro y solicitar allí la residencia. En fin, la principal diferencia parecía encontrarse más bien en la minoría de edad o la mayoría de edad del ciudadano de la UE afectado; diferencia que, aunque fundamental, podría haber sido apuntada más claramente por el TJUE.

Residencia permanente de los ciudadanos de la UE en un Estado del que no son nacionales: condiciones de acceso a la residencia permanente y expulsión

Dos de los asuntos analizados por el TJUE en el período analizado se centran en la interpretación de los preceptos de la Directiva 2004/38/CE que regulan el derecho de residencia permanente de los ciudadanos de la UE tras un período de residencia legal y continuado en el Estado de acogida de cinco años.

El primero de estos asuntos, el caso Lassal,⁶³ se centra en un problema de Derecho transitorio, relacionado con la fecha en que finalizó el plazo de transposición de la Directiva 2004/38/CE y el cómputo del período de cinco años previsto en el artículo 16 de la misma para acceder al permiso de residencia permanente. El problema se planteaba porque la Sra. Lassal, de nacionalidad francesa, pero con residencia continuada en el Reino Unido de más de cinco años, hubo de abandonar el territorio de ese país durante diez meses en el año 2005 para cuidar a su madre, volviendo al Reino Unido en diciembre del año 2005. En noviembre de 2006, solicitó un complemento de ingresos por embarazo, pero las autoridades británicas le denegaron el acceso a esa prestación al considerar que había perdido su derecho a residir en ese país. Se planteaba, así, si la Sra. Lassal cumplía las exigencias para acceder al permiso de residencia permanente que regula el artículo 16 de la Directiva 2004/38/CE, a pesar de que había cumplido el período continuado de cinco años de residencia antes de que finalizara el plazo de transposición de esa directiva –que concluyó el 30 de abril de 2006– y a pesar de que había abandonado el país durante un período de diez meses antes de esa misma fecha y se cuestionaba, por tanto, si había

63 STJUE de 7 de octubre de 2010, asunto *Secretary of State for Work and Pensions c. Taouss Lassal*, as. C-162/09.

perdido el derecho a la residencia permanente en virtud de lo previsto en los artículos 16.3 o 16.4 de la Directiva 2004/38/CE, que prevén, respectivamente, las consecuencias de las ausencias del territorio del Estado de acogida a efectos de obtener el permiso de residencia permanente, así como las consecuencias de las ausencias superiores a dos años, que suponen la pérdida de ese derecho de residencia permanente una vez adquirido.

La respuesta del TJUE a la pregunta formulada pasaba por una interpretación extensiva de las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE tendente a garantizar el efecto útil de la misma. El TJUE señalaba así que, a pesar de que la normativa anterior a esa Directiva no reconocía a los ciudadanos de la UE el derecho a obtener un permiso de residencia permanente, los períodos de residencia continuados anteriores a la fecha de su transposición debían ser tenidos en cuenta a fin de reconocer el derecho a obtener un permiso de residencia permanente, incluso aunque el período de residencia de cinco años se hubiera visto quebrado por una ausencia inferior a dos años antes de que se produjera la fecha de finalización del plazo de transposición de la Directiva. En este sentido, el TJUE parecía desechar la aplicación al caso objeto de estudio del artículo 16.3 de la Directiva 2004/38/CE, en la medida en que la ausencia de la Sra. Lassal del Estado de acogida se produjo después de haber residido de forma continuada por más de cinco años. Tampoco parecía aplicarse al caso el artículo 16.4 de la Directiva 2004/38/CE, en la medida en que la ausencia de la Sra. Lassal no había excedido del plazo de dos años y, por tanto, no podía interpretarse que hubiera perdido su derecho de residencia permanente. El TJUE realizaba, así, una interpretación del artículo 16 de la Directiva 2004/38/CE con potenciales efectos retroactivos, en la medida en que los ciudadanos de la UE que hayan residido durante cinco años continuados en otro Estado miembro incluso antes de la fecha de finalización del plazo de transposición de la Directiva 2004/38/CE ven reconocido el derecho a un permiso de residencia permanente, a no ser que tras la acumulación de ese período de residencia hayan abandonado el territorio del Estado de acogida por un período de dos.

El asunto *Tsakouridis*,⁶⁴ notablemente distinto al caso *Lassal*, se centra en una cuestión novedosa en la jurisprudencia de Luxemburgo, en concreto, la interpretación del artículo 28 de la Directiva 2004/38/CE, que permite la expulsión de un ciudadano de la UE de un Estado miembro, aun cuando tenga permiso para residir de forma permanente en él mismo. En el caso objeto de estudio, el problema se planteaba porque el Sr. *Tsakouridis*, de nacionalidad griega, pero nacido en Alemania y con más de veinte años de residencia efectiva en el mismo, fue condenado por va-

64 STJUE de 23 de noviembre de 2010, asunto *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, as. C-145/09.

rios delitos (entre ellos, tráfico de estupefacientes a través de banda organizada) a más de cinco de años de prisión. Dado su historial delictivo y que el Sr. Tsakouridis había abandonado Alemania en varias ocasiones para explotar una crepería en la isla de Rodas, las autoridades alemanas consideraron que procedía su expulsión a Grecia por motivos imperiosos de seguridad pública.

No obstante, la aplicación del artículo 28 de la Directiva 2004/38/CE al caso del Sr. Tsakouridis planteaba dos problemas diversos. Por un lado, los tribunales alemanes dudaban sobre el efecto que podrían tener las sucesivas ausencias del territorio alemán por parte del Sr. Tsakouridis. La cuestión no carecía de relevancia, ya que según lo previsto en el artículo 28.3 de la Directiva 2004/38/CE, un ciudadano de la UE que haya residido en un Estado miembro durante los diez años anteriores solo puede ser expulsado del territorio de ese Estado «por motivos imperiosos de seguridad pública». Sin embargo, si se consideraba que las ausencias del Sr. Tsakouridis impedían que se le aplicara el precepto indicado, la norma aplicable sería el artículo 28.2 de la Directiva 2004/38/CE, que permite la expulsión de un ciudadano de la UE con permiso de residencia permanente tan solo «por motivos graves de orden público o seguridad pública». A pesar de la claridad de la pregunta, el TJUE no aportaba una respuesta concreta, limitándose a indicar que la incidencia de las ausencias del territorio del Estado miembro de acogida en la situación de un ciudadano de la UE que pueda ser objeto de una decisión de expulsión dependen de la situación global del interesado, de modo que, en cada caso concreto, los tribunales nacionales deberán comprobar si esas ausencias han determinado la ruptura de los vínculos de integración del afectado con el Estado miembro de acogida, teniendo en cuenta una serie de criterios, en concreto, la duración de cada ausencia del interesado, la duración total y la frecuencia de esas ausencias, los motivos que llevaron al interesado a abandonar ese Estado miembro, y si tales ausencias implicaron el desplazamiento hacia otro Estado de los intereses personales, profesionales o personales del afectado.

Por otro lado, los tribunales alemanes dudaban sobre la posibilidad de que los actos por los que fue condenado el Sr. Tsakouridis pudieran determinar su expulsión por motivos imperiosos de seguridad pública, en línea con lo previsto en el artículo 28.3 de la Directiva 2004/38/CE, o por motivos graves de orden público o seguridad pública, en línea con lo previsto en el artículo 28.2 de la Directiva 2004/38/CE. En este sentido, el TJUE señalaba que, aunque los motivos imperiosos de seguridad pública suelen asociarse a acciones que supongan un ataque contra el funcionamiento de las instituciones y los servicios esenciales de un Estado, o contra la supervivencia de la población, además de acciones que generen un riesgo de perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, o incluso, el ataque a los intereses militares de un Estado, nada impide que el tráfico de estupefacientes mediante banda organizada

pueda llegar a tener un nivel de intensidad suficiente como para poder encajar en el motivo indicado. En la misma lógica, el TJUE señalaba que el delito cometido por el Sr. Tsakouridis también podía considerarse comprendido en el concepto de orden público. Sin embargo, para el TJUE, tal entendimiento no conllevaba necesariamente que la expulsión de una persona en las circunstancias del Sr. Tsakouridis pudiera considerarse adecuada a lo previsto en la Directiva 2004/38/CE, ya que cada medida de expulsión debe evaluarse de forma individual, teniendo en cuenta la gravedad de la amenaza, el carácter necesario de la medida y que esta sea la menos restrictiva de todas las posibles. A fin de aplicar el test de proporcionalidad enunciado, el TJUE señalaba que las autoridades nacionales deben tener en cuenta la duración de la residencia del ciudadano de la UE, las consecuencias que tal decisión pueda tener sobre los ciudadanos de la UE que sí estén integrados en el Estado miembro de acogida, las penas que puedan aplicarse al afectado, el nivel de implicación en la actividad criminal, la gravedad del perjuicio causado, la tendencia a reincidir, el riesgo que pueda suponer la expulsión para la reinserción del afectado y, sobre todo, que la medida no suponga una restricción ilegítima de los derechos fundamentales del afectado, y especialmente de su derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8 CEDH y en el artículo 7 de la Carta de derechos fundamentales de la UE. El TJUE hacía así depender la legitimidad de toda medida de expulsión de un análisis particularizado de las circunstancias del caso, en el que la influencia del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH era notoria.

Libertad de circulación y residencia de nacionales de terceros estados que no son familiares de ciudadanos de la Unión

Como ya ocurriera en ediciones pasadas de este Anuario, parte de la jurisprudencia del TJUE referida al estatuto jurídico de los nacionales de terceros estados que no son familiares de ciudadanos de la UE se centra en constatar la falta de adecuación de la normativa interna de ciertos estados miembros a alguna de las directivas de la UE en la materia,⁶⁵ o en interpretar ciertos preceptos del Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía⁶⁶

⁶⁵ Sobre la falta de transposición de la Directiva 2005/71/CE de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica: STJUE de 11 de febrero de 2010, asunto Comisión c. España, as. C-523/08. Sobre la falta de transposición de la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado: STJUE de 7 de abril de 2011, asunto Comisión c. Irlanda, as. C-431/10.

⁶⁶ STJUE de 21 de enero de 2010, asunto Ümit Bekleyen c. Land Berlin, as. C-462/08; STJUE de 4 de febrero de 2010, asunto Hava Genc y Land Berlin, as. C-14/09; STJUE de 29 de abril de 2010, asunto Comisión c. Países Bajos, as. C-92/07; STJUE de 9 de diciembre de 2010, asunto Staatssecretaris van Justitie y F. Toprak (C-300/09), I. Oguz (C-301/09); STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto Land Baden-Württemberg c. Metin Bozkurt, as. C-303/08; STJUE de 16 de junio de 2011, asunto Fatma Pehlivan y Staatssecretaris van Justitie, as. C-484/07; STJUE de 26 de mayo de 2011, asunto Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen y H. Akdas, as. C-485/07.

y del Acuerdo para la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y Suiza.⁶⁷ Más allá de esta jurisprudencia, resultan especialmente reseñables varios asuntos en los que el TJUE se pronuncia sobre la interpretación de los preceptos de la Directiva 2004/83/CE, que regula las causas de exclusión y de cese del estatuto de refugiado; el asunto Chakroun, en el que el TJUE se pronuncia sobre los recursos económicos con los que deben contar los nacionales de terceros estados para reagrupar a sus familiares; y, sobre todo, el importantísimo asunto El Dridi, en el que el TJUE se pronuncia sobre la criminalización de la inmigración irregular.

Las causas de exclusión del estatuto de refugiado a la luz de la Directiva 2004/83/CE

Dos asuntos de los analizados por el TJUE en este período se centran en la interpretación de las cláusulas de exclusión de la condición de refugiado que recoge el artículo 12 de la Directiva 2004/83/CE.

El asunto Bolbol⁶⁸ analiza una de las concretas causas de exclusión del estatuto de refugiado que recoge el artículo 12 de la Directiva 2004/83/CE, en concreto, aquella que prevé que se excluirá de la condición de refugiado a los nacionales de terceros estados que reciban protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del ACNUR. La cuestión se planteaba porque la solicitante de asilo, palestina huida a Hungría, parecía encuadrarse en el ámbito de actuación del Organismo de Obras Públicas y Socorro a los Refugiados de Palestina en el Próximo Oriente, que era considerado por todas las partes en litigio como un organismo internacional de los mencionados en el artículo 12 de la Directiva 2004/83/CE y en el artículo 1.D de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. A pesar de ello, el TJUE señalaba que la Directiva 2004/83/CE debía interpretarse siempre de conformidad con las previsiones de la Convención de Ginebra y que, en relación con esa cláusula de exclusión, el artículo 1.D de la Convención indicaba que solo podía excluirse del estatuto de refugiado a aquellas personas que recibieran actual y efectivamente la protección y asistencia de un organismo de Naciones Unidas distinto del ACNUR; situación en la que no parecía encontrarse la solicitante de asilo, que no solo no figuraba inscrita en el registro de ese organismo, sino que se encontraba en un país distinto de aquellos en los que el organismo presta sus servicios, aunque esta cuestión no era apuntada claramente por el TJUE, que se limitaba a interpretar en abstracto el contenido del precepto y a ceder la aplicación del mismo al caso concreto al tribunal nacional.

67 STJUE de 15 de julio de 2010, asunto Alexander Hengartner, Rudolf Gasser c. Landesregierung Vorarlberg, as. C-70/09

68 STJUE de 17 de junio de 2010, asunto Nawras Bolbol y Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, as. C-31/09.

Los asuntos B. y D.,⁶⁹ por su parte, se pronunciaban sobre la interpretación de otras dos de las cláusulas de exclusión que recoge el artículo 12 de la Directiva 2004/83/CE, de conformidad con los artículos 1.F.b) y c) de la Convención de Ginebra, en concreto, aquellas que prevén la exclusión de esa condición para quienes hayan cometido un grave delito común fuera del país de refugio y antes de ser reconocidos como refugiados o sean culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. La necesidad de dotar de contenido a esas dos cláusulas de exclusión surgía porque los dos demandantes en los litigios principales, de nacionalidad turca, habían participado en las actividades de dos organizaciones que utilizaban métodos terroristas y que habían sido consideradas terroristas en la Posición común 2001/931/PESC. Se planteaba, así, si la pertenencia a esas organizaciones era suficiente para considerar aplicable alguna de las dos cláusulas de exclusión enunciadas.

La respuesta del TJUE era muy matizada: el Alto Tribunal consideraba que las dos cláusulas de exclusión estaban relacionadas con el comportamiento del interesado anterior a la búsqueda de asilo, de modo que no podían interpretarse en el sentido de excluir del estatuto a aquellas personas que representaran un riesgo actual para el Estado de acogida. Sin embargo, para el TJUE, tales cláusulas podían ser, en principio, aplicadas a una persona que había participado en las actividades de alguna de las organizaciones terroristas indicadas, pero la mera pertenencia a esas organizaciones no podía considerarse suficiente para justificar su aplicación, siendo necesario que el tribunal nacional realizara una valoración concreta de las circunstancias del caso a fin de determinar en qué medida se podía imputar al interesado una parte de la responsabilidad por los actos cometidos por la organización de la que había formado parte. En esta lógica, el TJUE instaba a los órganos jurisdiccionales nacionales a tener en cuenta el papel que desempeñó efectivamente la persona interesada en la perpetración de los actos en cuestión, su posición en el seno de la organización, el grado de conocimiento que tenía o se suponía que tenía de las actividades de esta, las posibles presiones a las que pudo verse sometida u otros factores que pudieron influir en su comportamiento (FJ 97). Un pronunciamiento, sin duda, relevante en la medida en que exige un análisis detallado y particularizado de cada caso, imposibilitando que la mera pertenencia formal a un grupo terrorista impida a una persona beneficiarse de la protección que reconoce el derecho de asilo.

⁶⁹ STJUE de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados Bundesrepublik Deutschland c. B (asunto C-57/09), D (asunto C-101/09).

Las causas de cese del estatuto de refugiado a la luz de la Directiva 2004/83/CE

En los asuntos acumulados Salahadin Abdulla y otros,⁷⁰ el TJUE se pronuncia sobre una cuestión novedosa, relacionada con la interpretación de los preceptos de la Directiva 2004/83/CE en los que se regula las causas de cese del estatuto de refugiado. El asunto trae causa de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán en el caso de unos refugiados iraquíes, que llegaron a Alemania a finales de los años noventa y comienzos del año 2000 y solicitaron asilo para evitar la persecución sufrida en su país de origen a manos del Partido Baas, entonces en el poder. Tras la invasión de Irak por tropas internacionales, las autoridades alemanas decidieron retirar el estatuto de refugiado que les había sido concedido, aduciendo que el cambio en la situación del país había hecho desaparecer el temor de persecución por el que inicialmente se les concedió el asilo. El desarrollo interno del caso planteaba dos cuestiones sustanciales, relacionadas con las causas que permiten el cese del estatuto de refugiado y la intensidad de la carga probatoria en tales casos.

En relación con la primera cuestión, el problema radicaba en que los afectados habían subrayado que, dada la situación de inestabilidad generalizada y extrema existente en Irak, no podía considerarse que se hubiera producido un cambio en las circunstancias que dieron lugar a la concesión del estatuto de refugiado que pudiera considerarse duradero y estable, tal y como exigen los artículos 11.1.e) y 11.2 de la Directiva 2004/83/CE para el cese del estatuto. El TJUE se centra así en la interpretación de esos dos preceptos, indicando que solo puede entenderse producido un cambio de circunstancias que sea duradero y estable cuando hayan desaparecido los temores de sufrir alguno de los actos de persecución que describe el artículo 9 de la propia Directiva, y esto podrá ocurrir cuando alguno de los agentes de protección que define el artículo 7 del mismo texto sea capaz de proporcionar una protección eficaz contra esos actos. El TJUE recuerda así que, entre esos agentes de protección, no solo se encuentra el propio Estado, sino también partidos y organizaciones, inclusive organizaciones internacionales y, por tanto, también fuerzas multinacionales que controlen el Estado o una parte de este, haciendo clara alusión a las fuerzas internacionales que operan en Irak. Además, la sentencia del TJUE proporciona ciertos criterios que permiten determinar cuándo alguno de estos agentes de protección garantizan una protección efectiva frente a actos de persecución: señala así el TJUE que no podrá entenderse que se ha producido un cambio sustantivo de circunstancias si los agentes de protección no han tomado medidas para impedir la persecución, en particular, no disponen de un sistema judicial eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones

⁷⁰ STJUE de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados Aydin Salahadin Abdulla (C-175/08), Kamil Hasan (C-176/08), Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08), Dier Jamal (C-179/08)/Bundesrepublik Deutschland.

constitutivas de persecución, al que los nacionales interesados tengan acceso. A la luz de los criterios sentados por el TJUE, parece claro, como el propio tribunal indica, que el cese del estatuto de refugiado implicará una valoración no solo de los actos de cualquier agente que pueda perseguir al refugiado en el país de origen, sino también de las propias instituciones de ese país, a fin de determinar si su funcionamiento es adecuado para garantizar la protección del refugiado; tarea compleja, sin lugar a dudas, que corresponderá, con carácter general, a las administraciones y a los tribunales de los estados miembros de la UE.

Una segunda problemática que planteaba la cuestión prejudicial formulada estaba relacionada con la carga de la prueba en los procedimientos de cese del estatuto de refugiado. Se planteaba, así, como problema central, qué carga probatoria debía imponerse a los refugiados objeto de un procedimiento de cese del estatuto cuando estos alegaran un temor fundado de ser perseguidos por un motivo distinto de aquel por el que inicialmente se les concedió el estatuto. En la respuesta a esta pregunta, el TJUE se alejaba de la postura sostenida por la Comisión, que había reseñado claramente que, en los procedimientos de cese del estatuto de refugiado, correspondía siempre al Estado que decidía revocar el estatuto probar que la persona afectada había dejado de cumplir las condiciones para ser considerada refugiada. Lejos de adoptar esta postura, que reforzaba la posición de los refugiados ya reconocidos, el TJUE atribuía la carga de la prueba en los procedimientos de cese cuando el refugiado alegara nuevas causas de persecución al propio refugiado. Parecía sugerirse, así, un reparto de la carga probatoria en los procedimientos de cese del estatuto de refugiado entre Estado y refugiado, de modo que, una vez que el Estado ha probado que ya no existe la fuente de temor que inicialmente alegó el afectado, debe ser este el que pruebe que existen otras fuentes posibles de persecución; algo casi imposible si se tiene en cuenta que los refugiados habrán permanecido fuera de su país de origen durante largo tiempo y tendrán escaso contacto con la realidad del mismo.

Derecho de los nacionales de terceros países a la reagrupación familiar y recursos económicos

El asunto Chakroun⁷¹ es el único caso del período analizado en el que el TJUE se pronuncia sobre la interpretación de alguno de los preceptos de la Directiva que regula el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros estados, en concreto, de los artículos 2 y 7 de la Directiva 2003/86/CE. En el asunto analizado, el problema surgía porque la normativa ho-

71 STJUE de 4 de marzo de 2010, asunto Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken, as. C-578/08.

landesa en materia de reagrupación familiar exigía a los nacionales de terceros estados que residieran en el país y desearan reagrupar a los miembros de la familia que habían creado antes de instalarse en los Países Bajos que probaran que contaban con unos ingresos fijos y regulares equivalentes al salario mínimo, mientras que exigía a aquellos nacionales de terceros estados residentes en el país que desearan reagrupar a la familia creada tras su instalación en Países Bajos que probaran que contaban con unos ingresos fijos y regulares equivalentes al 120% del salario mínimo de un trabajador de 23 años. Se establecía así una diferencia de trato entre los extranjeros que habían formado una familia antes y después de haberse trasladado a los Países Bajos, que podía ser contraria a las previsiones del artículo 7.1.c) de la Directiva 2003/86/CE.

El TJUE daba respuesta a esta cuestión rechazando claramente la posibilidad de establecer una diferencia de trato basada en el momento o en las circunstancias de creación del vínculo familiar. Para el Alto Tribunal, así se desprendería claramente del artículo 2. d) de la Directiva 2003/86/CE, que definía la reagrupación familiar indicando que a esos efectos era «independiente» que el vínculo familiar se hubiera creado antes o después de la entrada del familiar reagrupante en el territorio del Estado. Además, para el TJUE, las exigencias económicas impuestas a aquellos nacionales de terceros países que desearan reagrupar a sus familiares habiendo creado el vínculo familiar tras su entrada en el territorio del Estado de acogida eran claramente contrarias a lo previsto en el artículo 7.1.c) de la Directiva 2003/86/CE, en la medida en que ese precepto autorizaba a los estados miembros a exigir al extranjero reagrupante que contara con ingresos fijos y regulares suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, pero no les permitiría imponer un importe de ingresos mínimos –ni siquiera coincidente con el salario mínimo, parece indicar el tribunal– por debajo del cual se denegaría cualquier reagrupación familiar, con independencia del examen concreto de la situación de cada solicitante. El TJUE llamaba así la atención sobre la necesidad de proceder a realizar una valoración concreta de las circunstancias de cada reagrupante que tuviera en cuenta sus necesidades concretas y la adecuación de los recursos de que disponía a las mismas. Una valoración que puede beneficiar el ejercicio del derecho concreto, pero que dificulta, sin duda, la tarea de aquellos llamados a decidir sobre cada reagrupación familiar.

La criminalización de la inmigración irregular y la interpretación de la Directiva de retorno

Quizás la sentencia El Dridi⁷² sea la más relevante de todas las resueltas en el período analizado por el TJUE. En este asunto, el TJUE se pronuncia por vez primera sobre la criminalización de

72 STJUE de 28 de abril de 2011, asunto Hassen El Dridi, alias Soufi Karim, as. C-61/11 PPU.

la inmigración irregular, llegando a la conclusión de que la política, seguida por algunos estados miembros, de sancionar penalmente la situación de irregularidad de ciertos extranjeros no es compatible con las previsiones de la Directiva 2008/115/CE, esto es, con la famosa Directiva de retorno.

El asunto El Dridi tiene su origen en la normativa italiana, adoptada en el año 2009 durante el gobierno de Berlusconi, que permitía sancionar con una pena de hasta cinco años de privación de libertad a aquellos extranjeros que permanecieran en el país infringiendo una orden de salida del territorio nacional. El demandante en el asunto principal, extranjero que se encontraba en situación irregular en Italia tras ser objeto de un decreto de expulsión, decidió permanecer en el país a pesar de su situación de irregularidad y, tras ser detenido nuevamente por las autoridades italianas, se inició contra él un procedimiento penal en el que podía imponérsele una sanción de un año de prisión. En ese contexto, la Corte de apelación de Trento decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, cuestionando la adecuación de la normativa italiana que sancionaba penalmente la permanencia en el territorio nacional en situación irregular a la Directiva de retorno, especialmente a los artículos 15 y 16 de esa Directiva, que prevén los supuestos en los que procede el internamiento de un extranjero en el marco de un procedimiento de retorno.

En este contexto, el TJUE recordaba que la Directiva de retorno permite a los estados miembros adoptar normas en la materia que sean más favorables a los extranjeros en situación irregular, pero no aquellas que sean más desventajosas. La normativa italiana parecía ubicarse claramente entre las segundas. El TJUE llamaba así la atención sobre la falta de transposición de la Directiva en Italia y señalaba que el procedimiento de retorno previsto en la normativa italiana incumplía en varios puntos el procedimiento regulado en la Directiva.

El Alto Tribunal indicaba que la Directiva prevé un procedimiento estructurado en varias fases: con carácter general, tras la adopción de una decisión de retorno, el afectado debe contar con un plazo de ejecución voluntaria de la decisión que oscilará entre siete y treinta días; transcurrido ese plazo sin que el extranjero haya abandonado el país, los estados deberán llevar a cabo la expulsión, adoptando las medidas coercitivas que sean necesarias para ello, siempre que estas sean proporcionadas y respeten los derechos fundamentales; entre esas medidas se incluye el internamiento del extranjero afectado, pero ese internamiento deberá respetar las exigencias que imponen los artículos 15 y 16 de la Directiva, en especial, el plazo máximo de internamiento previsto en la norma, que no podrá exceder del plazo más breve posible, sin superar nunca los 18 meses, y siempre que se ejecuten de forma diligente los trámites de expulsión y esta sea posible.

Para el TJUE, la normativa italiana no preveía el plazo de ejecución voluntaria de las decisiones de retorno exigido por la Directiva y, sobre todo, infringía lo previsto en los artículos 15 y 16 de la misma, al sancionar penalmente a aquellos extranjeros que incumplieran un decreto de expulsión. Según el Alto Tribunal, los estados podían adoptar medidas de carácter penal para disuadir a los extranjeros que ya habían sido objeto de una decisión de retorno de permanecer de forma irregular en el país. Sin embargo, esas medidas penales debían ser conformes con el espíritu de la Directiva y garantizar su efecto útil: puesto que la Directiva pretendía construir un sistema eficaz de retorno y expulsión de extranjeros que se encontraran en situación irregular, esas medidas no podían dilatar la ejecución de la decisión de retorno. El TJUE justificaba así la contradicción entre la normativa nacional y la europea utilizando un argumento un tanto controvertido: si bien el TJUE parecía indicar que la norma italiana no se adecuaba a la Directiva de retorno porque la privación de libertad en ella prevista no respetaba las exigencias de los artículos 15 y 16 de la Directiva, especialmente en lo referido al plazo de privación de libertad, el razonamiento del TJUE sugería que, en última instancia, la contradicción entre ambas normas se producía porque la privación de libertad del extranjero tras su condena dilatada la ejecución de la medida de retorno. A pesar de que el argumento utilizado podía criticarse, la conclusión a la que llegaba el TJUE sí parecía digna de elogio, en la medida en que el Alto Tribunal zanjaba de una vez por todas el debate en torno a la criminalización de la inmigración irregular al impedir a los estados miembros la imposición de penas privativas de libertad a aquellos extranjeros que se encuentren en situación irregular en su territorio.

BIBLIOGRAFÍA

COUSINS, M. *The European Convention on Human Rights and social security law*. Amberes: Intersentia, 2008.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. «El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (Reflexiones tras la STC 177/2006, de 5 de junio)». *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 78, 2006. P. 277-303.

DÍAZ CREGO, M. «El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?». *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 89, 2010a. P. 115-155.

--- «Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». En: AJA, E.; ARANGO, J.; OLIVER ALONSO, J. (eds.) *Inmigración y crisis económica*. Barcelona: CIDOB, 2010b. P. 372-406.

GARCÍA ROCA, J.; DÍAZ CREGO, M. «Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». En: AJA, E.; ARANGO, J.; OLIVER ALONSO, J. (eds.) *La inmigración en la encrucijada*. Barcelona: CIDOB, 2008. P. 223-243.

--- y --- «Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». En: AJA, E.; ARANGO, J.; OLIVER ALONSO, J. (eds.) *La inmigración en tiempos de crisis*. Barcelona: CIDOB, 2009. P. 256-277.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S. «TJUE-Sentencia de 2 de marzo de 2010 (Gran Sala), Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, asunto C-135/08. ¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. No. 37, 2010. P. 933-950.

--- «El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión». *Revista General de Derecho Europeo*. No. 24, 2011.

KOCHENOV, D. «Case C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010». *Common Market Law Review*. Vol. 47, 2010. P. 1831-1846.

LABAYLE, H. «Aspects du droit d'asile. Le droit européen de l'asile devant ses juges: précisions ou remise en question?». *Revue Française de Droit Administratif*. Vol. 27. No. 2, 2011.

MOLE, N.; MEREDITH, C. *Asylum and the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo: Council of Europe, 2010.

MORGADES GIL, S. «La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. No. 37, 2010. P. 801-842.

SALADO OSUNA, A. «Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita». En: GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (dirs.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: CEPC, 2009. P. 82-112.

SARMIENTO, Daniel «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la UE». *Revista Española de Derecho Europeo*. No. 37, 2011. P. 97-110.

TORRES PÉREZ, A. «Euroorden y conflictos constitucionales: a propósito de la STC 199/2009, de 28.9.2009». *Revista Española de Derecho Europeo*. No. 35, 2010. P. 441-471.