

DERECHO DE EXTRANJERÍA Y JURISPRUDENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Javier García Roca

Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Complutense de Madrid

María Díaz Crego

Profesora ayudante de la
Universidad de Alcalá

1. Introducción.
2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
 - Los derechos fundamentales de los extranjeros: una comprensión del artículo 13.1 CE constitucionalmente adecuada.
 - Libertad personal y detención de extranjeros a efectos de retorno y expulsión (art. 17 CE).
 - La reagrupación familiar de los extranjeros y su exclusión del derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE).
 - Libertades de circulación y de residencia de los extranjeros (art. 19 CE) y la fijación de residencia obligatoria como medida cautelar.
 - Derechos de reunión y manifestación de los extranjeros (art. 21 CE).
 - Derecho de asociación de los extranjeros (art. 22 CE).
 - El derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros y otras garantías constitucionales en los procesos (art. 24 CE).
 - Principio de *ne bis in idem* (art. 25 CE) y expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad.
 - Derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros (art. 27 CE).
 - Libertad sindical y derecho de huelga de los extranjeros (art. 28 CE).
3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
 - Prohibición de torturas y de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) y extradición y devolución de extranjeros hacia terceros países: alternativa de protección interna y situaciones de inestabilidad general.
 - Derecho a la libertad y a la seguridad de los extranjeros incurso en procedimientos de expulsión o extradición (art. 5.1.f) CEDH).
 - El derecho a la vida privada y familiar de los extranjeros (art. 8 CEDH): prohibición de expulsión y derecho a obtener un permiso de residencia.
 - Permiso de residencia y libertad religiosa (art. 9 CEDH).
 - Derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) y efectos suspensivos de los recursos interpuestos contra decisiones de *refoulement* de solicitantes de asilo en frontera.
 - Derecho a elegir libremente la residencia (art 2.1 Protocolo núm. 4 al CEDH) y derecho a abandonar un país del que no se es nacional (art. 2.2 Protocolo núm. 4 al CEDH).
 - Prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH).
4. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
 - Libre circulación de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea.
 - Recurso contra la creación de la Agencia FRONTEX.
 - Derechos de los ascendientes de ciudadanos comunitarios que son nacionales de terceros Estados.
 - Derecho al "reestablecimiento" en el país de origen de los ciudadanos comunitarios y sus familiares que sean nacionales de terceros Estados.

La finalidad de este trabajo es dar noticia de las principales sentencias adoptadas durante el año 2007 por tres altos tribunales, res-

1. INTRODUCCIÓN

pectivamente, el Tribunal Constitucional (TC), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que afectan al Derecho de extranjería. Esta crónica se ha realizado sobre la base de los materiales recopilados para el Boletín Jurídico de Estudios y Jurisprudencia en materia de Extranjería, Inmigración y Asilo, que un Grupo de Investigación creado en la Universidad de Alcalá elabora para el Ministerio de Interior;¹ agradecemos la autorización para la publicación.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el año 2007, la jurisprudencia del TC en Derecho de extranjería encuentra su más interesante exponente en la STC

¹ El boletín es elaborado en el marco del Convenio de colaboración firmado entre la Universidad de Alcalá y el Ministerio de Interior, para la redacción de un Boletín jurídico de estudios y jurisprudencia sobre extranjería, inmigración y asilo. El boletín es coordinado por Pablo Santolaya Machetti y Javier García Roca y participan en su elaboración: Guillermo Escobar Roca, Encarnación Carmona Cuenca, Ignacio García Vitoria, María Díaz Crego y Miguel Pérez Moneo, todos ellos miembros del Grupo de Investigación de Extranjería, Inmigración y Asilo, formalizado en la Universidad de Alcalá.

236/2007, de 7 de noviembre, y en la saga de sentencias constitucionales que, con algún matiz o añadidura, reiteran la doctrina allí sentada.

Además, el Tribunal ha resuelto dos supuestos² de vulneraciones del artículo 17.4 CE, en línea con la jurisprudencia sentada en la STC 169/2006, de 5 de junio.³ En ambos, se reitera que la inadmisión a trámite, por motivos de fondo, de una solicitud de *habeas corpus* presentada por un extranjero, detenido tras entrar ilegalmente en territorio nacional en una embarcación, vulnera su libertad personal, a no ser que hubiera sido puesto a disposición judicial antes de dicha inadmisión.

EL PLAZO MÁXIMO DE LA DETENCIÓN (SEIS MESES) ES ACTUALIDAD ANTE LA RECIENTE DIRECTIVA EUROPEA DE RETORNO, QUE EN SU ARTÍCULO 15 PREVÉ QUE EL INTERNAMIENTO A EFECTOS DE EXPULSIÓN LO FIJE CADA ESTADO

Finalmente, y a pesar de que no es una sentencia que traiga causa de un recurso de amparo interpuesto por un extranjero, es de reseñar que, en la STC 5/2007, de 15 de enero, el Tribunal estimó la vulneración del artículo 14 CE en un asunto en el que dos ciudadanas españolas estaban siendo discriminadas salarialmente frente a sus colegas italianas por motivo de nacionalidad. El TC recuerda que la nacionalidad es uno de los motivos de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE. Una afirmación que, aunque tiene como destinatarias aquí a dos ciudadanas españolas, podría tener en el futuro gran importancia de trasladarse a ciudadanos de otros Estados.

² Respectivamente, la STC 19/2007, de 12 de febrero, y la STC 20/2007, de 12 de febrero.

³ Para un análisis detallado de esta sentencia, véase García Roca y Díaz Crego (2007:180 y ss.).

⁴ En este sentido, previamente: la STC 95/2000, de 10 de abril; la STC 130/1995, de 11 de septiembre, o la STC 107/1984, de 23 de noviembre. Muchos autores han analizado la jurisprudencia indicada, entre otros, remitimos a García Vázquez (2007), Aja (2002), Aragón Reyes *et al.* (2001) y Fernández Segado (2001).

Los derechos fundamentales de los extranjeros: una comprensión del artículo 13.1 CE constitucionalmente adecuada

Las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007 y de 19 de diciembre, y las SSTC 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007, todas estas de 20 de diciembre, resuelven diversos recursos de inconstitucionalidad planteados contra los puntos 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 50, 53, 56, 60, 61, 62 y 63 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La primera de estas sentencias sienta las bases de las decisiones siguientes. El Tribunal comienza recordando su conocida jurisprudencia sobre el artículo 13.1 CE.⁴ Se reitera que en España no se desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, pese a la remisión a la Ley y a los tratados internacionales contenida en este precepto constitucional. La titularidad y las modalidades de ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros tienen su primer anclaje en cada uno de los preceptos del Título I y en el propio artículo 13 CE. El legislador no es plenamente libre para regular los términos en que los extranjeros disfruten de los derechos y libertades, sino que se ve sometido a los límites derivados de cada uno de los preceptos de ese Título, así como a los fijados con carácter general en el artículo 10 CE. Un precepto que reconoce la dignidad de la persona como fundamento del orden político y la paz social, (apartado 1º), e impone la interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDN) y los tratados internacionales (apartado 2º).

El Tribunal trae luego a colación su sabida –y discutible–⁵ clasificación de los derechos fundamentales en tres círculos según que puedan o no reconocerse a los extranjeros

⁵ Puede verse García Roca (2005), donde se analiza la utilidad real de esta distinción jurisprudencial en tres círculos o grupos.

y dependiendo de la libertad de la que goza el legislador para regular su ejercicio.

Se reitera así, en primer lugar, que los derechos políticos del artículo 23 CE no podrán, a excepción de lo previsto en el artículo 13.2 CE, reconocerse a los extranjeros.⁶

En relación con un segundo grupo de derechos, se señala que no cabe establecer tratamiento desigual alguno entre españoles y extranjeros en la medida en que “son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español”. Su delimitación plantea dificultades derivadas de la vinculación en realidad de todos los derechos fundamentales con la dignidad de la persona. La inclusión en este grupo dependerá, pues, de su grado de conexión con la dignidad humana. De forma que sólo aquellos derechos imprescindibles para su garantía deberán ser reconocidos por imperativo constitucional en igualdad de condiciones a nacionales y extranjeros. A fin de identificar cuáles son, habrán de tenerse en cuenta el contenido y la naturaleza del derecho, así como las previsiones de la DUDH y de los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España. En este segundo grupo se encuentran los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, a la tutela judicial efectiva, a la asistencia jurídica gratuita, a la libertad y a la seguridad, y a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Si bien, advierte el Tribunal, la lista indicada no es cerrada ni exhaustiva.

Finalmente, un tercer grupo de derechos está formado por aquellos en los que el legislador goza de una mayor libertad a la hora de regular los términos con los que los extranjeros pueden disfrutarlos. Sin embargo, tal libertad no es tampoco absoluta, ya que no podrá afectar al contenido esencial del derecho ni a su contenido según viene defini-

do por los tratados internacionales. Además, toda restricción no será constitucionalmente legítima si no persigue preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y no guarda además una adecuada relación de proporcionalidad con la finalidad perseguida. Pertenecen a este grupo los derechos al trabajo, a la salud, a percibir una prestación de desempleo, o, con matizaciones, el derecho de residencia y desplazamiento en España, aunque nuevamente cabe concluir –a pesar de que el Tribunal no lo haga explícito– que la enumeración indicada es meramente orientativa y no exhaustiva.

No obstante, el planteamiento general de la mayoría es cuestionado por los votos particulares de los magistrados Vicente Conde Martín de Hijas y Roberto García-Calvo y Montiel. Ambos critican el punto de partida de la STC 236/2007 reseñando que el artículo 13 CE –a juicio de ellos– no propugna una equiparación de principio entre españoles y extranjeros en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino más bien al contrario, una sustancial distinción entre unos y otros. De esta supuesta diferenciación inicial, entienden los magistrados discrepantes que no cabe deducir más restricciones a la facultad del legislador de delimitar los “términos” con que los extranjeros pueden ejercer los derechos reconocidos en el Título I CE que los previstos en los tratados internacionales ratificados por España, que –de resultar cierta esta tesis– se constituirían en el único límite a la libertad de configuración del legislador. Recordaremos que esta posición minoritaria enlaza con una antigua doctrina disidente que no parece prosperar en el TC.

Libertad personal y detención de extranjeros a efectos de retorno y expulsión (art. 17 CE)

La serie de sentencias del TC en las que se enjuician diversos preceptos de la Ley Orgánica 4/2000 plantean dos motivos de impugnación relacionados con la libertad personal ex artículo 17 CE.

⁶ Desde una perspectiva más amplia y moderna, y más adecuada a la comprensión de la ciudadanía en un Estado constitucional, que es un Estado democrático, que debe ir ligada a la participación en los asuntos públicos de los miembros de una comunidad política, debe verse Santolaya y Revenga

(2007) y Santolaya y Díaz Crego (2008). Evidentemente estamos refiriéndonos a una generosa e integradora interpretación de la llamada a la reciprocidad a la ley que en ese artículo 13.2 CE se hace para el ejercicio por los extranjeros y vecinos del sufragio en las elecciones municipales.

El primero se enjuicia en la STC 236/2007 que aborda lo previsto en el artículo 60.1 de la citada Ley, donde se afirma que, una vez rechazado en frontera el ingreso de un extranjero, procederá el retorno del mismo a su país de origen en el plazo más breve posible; y, en caso de que ese plazo excediera de 72 horas, la autoridad gubernativa deberá dirigirse al juez de instrucción para que “determine el lugar donde haya de ser internado hasta que llegue el momento del retorno”. Según la recurrente, este último inciso sería contrario al derecho a la libertad personal del artículo 17 CE, porque impediría al juez decidir sobre la detención o libertad del sujeto afectado, al limitarse su capacidad de decisión a la posibilidad de determinar el lugar en el que debe internarse al sujeto.

El TC señala, sin embargo, que ésta no es la única interpretación posible del precepto indicado, ya que cabe otra interpretación perfectamente lógica y conforme con las exigencias impuestas por el texto constitucional: más allá de las 72 horas, debe corresponder a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento de la privación de libertad. El inciso controvertido debe entenderse que faculta al órgano jurisdiccional no sólo a decidir sobre el lugar en el que el sujeto ha de ser recluso, sino también sobre si procede mantenerlo en la situación de privación de libertad.

El segundo de los motivos de impugnación es resuelto por la STC 260/2007. El Parlamento Vasco alegaba que el artículo 62.2 de la Ley de referencia prevé un plazo máximo de internamiento que resulta excesivo y contrario al artículo 17 CE, pues permite que, en ciertos supuestos y con el control judicial correspondiente, los extranjeros sean ingresados en un centro de internamiento durante un plazo máximo de 40 días de cara a facilitar su expulsión.

El TC resuelve estas alegaciones remitiéndose a las SSTC 115/1987, de 7 de julio, y 303/2005, de 24 de noviembre. El precepto no puede ser considerado inconstitucional en la medida en que el internamiento del extranjero habrá de ser acordado, pasado un plazo inicial de 72 horas, por el órgano jurisdiccional correspondiente que habrá de resolver sobre la medida mediante un auto motivado, previa

audiencia al interesado, y teniendo en cuenta los elementos que concurren en cada caso concreto. El plazo máximo de internamiento no podrá exceder los 40 días, pudiendo el auto judicial que lo acordara reducir ese plazo máximo atendiendo a las circunstancias concurrentes en el supuesto del hecho concreto. Esas garantías son suficientes –a los ojos del TC– para considerar cumplidas las exigencias impuestas por el artículo 17 CE.

La cuestión del plazo máximo de la detención deviene de actualidad ante la recientemente aprobada directiva europea de retorno⁷ que en su artículo 15 prevé que el internamiento a efectos de expulsión perdure mientras se cumplan las causas que lo permiten con el fin de garantizar la expulsión y por un período limitado que fije cada Estado que no podrá superar –nada menos...– los seis meses (apartados 1 y 5), y, que se podrá prorrogar por otro período “no superior a doce meses más” con arreglo a la legislación nacional (apartado 6). Los estándares constitucionales e internos, de un lado, y las normas comunes de la Unión Europea, de otro, no parecen coincidir en mucho.

La reagrupación familiar de los extranjeros y su exclusión del derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE)

Asimismo se plantean los recurrentes en las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 260/2007, de 20 de diciembre, la constitucionalidad de la Ley por su relación con el derecho a la intimidad familiar de los extranjeros y, sobre todo, con su derecho a la reagrupación familiar (arts. 16.3, 17.1, 17.2 y 18.1 de la Ley Orgánica 4/2000). Los preceptos que regulan la materia realizan una remisión al Reglamento de desarrollo de la Ley para determinar las condiciones en que cabe la reagrupación familiar de los extranjeros. Los recurrentes consideraban que esa remisión vulnera lo previsto en el artículo 53 CE al infringir la reserva de Ley orgánica para la regulación del ejercicio de

⁷ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio.

los derechos fundamentales contenidos en la Sección I del Capítulo II del Título I.

El Tribunal indica que sólo se produciría la infracción del citado precepto constitucional en el caso de que, efectivamente, la reagrupación familiar fuera un contenido del derecho a la intimidad familiar reconocido en el artículo 18 CE. Sin embargo, una jurisprudencia constitucional reiterada considera que el derecho a la intimidad familiar no comprende el derecho a la reagrupación familiar. Tampoco puede deducirse este derecho con carácter general de la jurisprudencia del TEDH emanada sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH),⁸ ni de la normativa comunitaria en la materia, esencialmente, la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003. Confirmada su doctrina, el TC desestima las alegaciones.

Libertades de circulación y de residencia de los extranjeros (art. 19 CE) y la fijación de residencia obligatoria como medida cautelar

La STC 260/2007, de 20 de diciembre, resuelve la eventual inconstitucionalidad del artículo 61.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, que autoriza al instructor de un procedimiento administrativo sancionador que pueda finalizar con la expulsión del extranjero para adoptar varias medidas cautelares entre las que se encuentra fijar la residencia obligatoria en un determinado lugar. El Parlamento Vasco considera que esa previsión vulnera el artículo 17 CE, en relación con el artículo 5.1.f) CEDH, por resultar contraria a la libertad personal.

El TC resuelve esta alegación señalando que la libertad afectada por la regulación indicada no sería en su caso la contenida en el artículo 17 CE, sino la reconocida en el artículo 19 CE que recoge la libertad de circulación y residencia de los españoles. A pesar de la dicción del

⁸ Sobre las diferencias entre la jurisprudencia del TEDH y del TC en materia de reagrupación familiar, se recomienda la lectura de Santolaya Machetti (2004).

precepto, este derecho corresponde también a los extranjeros, aunque el legislador podrá modular el contenido del mismo, estableciendo diferencias en cuanto al régimen aplicable a españoles y extranjeros, siempre y cuando sean respetuosas con las obligaciones internacionales contraídas por nuestro país, la restricción del derecho se prevea por Ley, y se aplique “de forma razonada y razonable”. A juicio del TC, todas estas garantías se cumplen en el supuesto, en la medida en que la Ley Orgánica 4/2000 sólo autoriza al instructor a adoptar semejante medida en aquellos casos en que se haya producido una infracción calificada de grave o muy grave, previendo, además, que la decisión por la que se adopta la medida habrá de estar convenientemente motivada y será revisable por vía judicial.

EL TC ENTIENDE QUE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN NO COMPRENDE ÚNICAMENTE EL ACCESO A LA ENSEÑANZA BÁSICA, SINO TAMBIÉN EL ACCESO A LA ENSEÑANZA NO OBLIGATORIA

Derechos de reunión y manifestación de los extranjeros (art. 21 CE)

Otro de los motivos de impugnación de la Ley Orgánica 4/2000, analizado por las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007, de 19 de diciembre, y las SSTC 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007, y 265/2007, todas ellas de 20 de diciembre, se refiere al artículo 7.1. Este precepto afirmaba que los extranjeros podían ejercer el derecho de reunión y manifestación “conforme a las leyes que lo regulan para los españoles”, pero siempre que contaran con autorización de estancia o residencia en España. Quedaba vedado así el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación para los extranjeros irregulares, limitación que los recurrentes consideraban contraria al artículo 21 CE, interpretado de conformidad con lo previsto en la DUDH, en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP) y en el CEDH.

El Tribunal analizó las alegaciones reseñadas, estudiando si los derechos de reunión y manifestación pueden considerarse derivados de la dignidad de la persona, teniendo en cuenta tanto la naturaleza y el contenido de ambos como su regulación en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por nuestro país. El TC destaca que están especialmente vinculados a la libertad de expresión, pues sirven como vehículo singular para que grupos de personas expresen sus opiniones haciéndolas públicas frente a la sociedad. Esa vinculación y las referencias de los artículos 20 DUDH, 21 PIDCP, y 11 CEDH a “toda persona...” como titular de estos derechos, le llevan a concluir afirmando su directa relación con la dignidad.

EL TC CONSIDERA QUE LOS TITULARES DE LA LIBERTAD SINDICAL NO SERÍAN ÚNICAMENTE LOS CONSIDERADOS LEGALMENTE “TRABAJADORES”, SINO CUALQUIERA QUE PUEDA CONSIDERARSE TRABAJADOR EN SENTIDO MATERIAL

A pesar de ello, el TC advierte que, aunque la Constitución demanda el reconocimiento de los derechos contenidos en el artículo 21 CE a los extranjeros, esto no quiere decir que el legislador orgánico no pueda exigir a los no nacionales “condicionantes adicionales” para el ejercicio de tales derechos. Sin embargo, esos condicionamientos no pueden consistir en la privación del derecho a determinadas categorías de extranjeros, como de hecho hacía el artículo 7 de la Ley recurrida.⁹

Derecho de asociación de los extranjeros (art. 22 CE)

Los actores en los recursos resueltos por las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007, de 19 de diciem-

bre, y las SSTC 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007, y 265/2007, todas ellas de 20 de diciembre, plantearon también la eventual inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2000, que reconocía el derecho de asociación de los extranjeros, en igualdad de condiciones con los españoles, pero vinculando su disfrute a que contaran con autorización de estancia o residencia.

El TC sigue en su pronunciamiento un razonamiento idéntico al que le llevó a declarar la inconstitucionalidad del precitado artículo 7 de la misma Ley. Tras analizar la eventual vinculación con la dignidad de la persona, estudia si la prohibición del ejercicio del derecho a los extranjeros que se encontraran en situación irregular en nuestro país podría considerarse inconstitucional. El Tribunal subraya la especial vinculación que existe entre el derecho de asociación y la libertad de expresión. Este elemento, unido al hecho de que los artículos 20 DUDH, 22 PIDCP y 11 CEDH reconocen el derecho a toda persona, lleva al Tribunal a concluir que el derecho controvertido está vinculado a la dignidad y que el texto constitucional lo reconoce no sólo a los españoles sino también a los extranjeros.

No obstante –señala el Tribunal Constitucional de nuevo– este reconocimiento *ex Constitutione* no supone que el legislador orgánico no pueda condicionar el ejercicio del derecho por parte de los extranjeros más allá de lo previsto en relación con los españoles. Efectivamente, el legislador orgánico puede prever diferencias entre españoles y extranjeros, pero siempre respetando el contenido mínimo del derecho que la Constitución garantiza a toda persona, independientemente de su situación jurídica en nuestro país. Teniendo en cuenta que el artículo 8 de la Ley no establece específicos condicionamientos adicionales para el ejercicio del derecho de asociación por parte de los extranjeros, sino que excluye directamente la posibilidad de que

⁹ La inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica 4/2000 correspondiente no lleva aparejada, sin embargo, la nulidad del mismo ni del inciso impugnado (“y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”), en la medida en que, según argumenta el TC en el FJ 17 de esta STC 236/2007, si se declarara nulo todo el precepto, los efectos de la declaración serían los contrarios a los deseados al negarse

a todos los extranjeros el ejercicio del derecho correspondiente, y, si se declarara nulo únicamente el inciso reseñado, el TC estaría alterando la voluntad del legislador al dejar en idéntica situación a extranjeros residentes y no residentes legales en nuestro país. En contra de la posición adoptada por el TC respecto de este precepto véanse Aragón Reyes (2001: 13 y ss.) y Fernández Segado (2001: 81 y ss).

los extranjeros irregulares ejerzan este derecho, el precepto es considerado inconstitucional.¹⁰

El derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros y otras garantías constitucionales en los procesos (art. 24 CE)

En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007, de 19 de diciembre, y las SSTC 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007, y 265/2007, todas ellas de 20 de diciembre, analizan cuatro alegaciones distintas, referidas, respectivamente, a la eventual inconstitucionalidad de los artículos 20.2 y 27.5, del artículo 22.2 de la misma, y, finalmente, de la regulación del procedimiento preferente de expulsión, recogido en el artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000.

La primera y la segunda de las cuestiones planteadas son analizadas únicamente en la STC 236/2007. En relación con la primera, los recurrentes señalaban que los artículos 20.2 y 27.5 exigían la motivación únicamente de las resoluciones denegatorias de ciertos visados de residencia, permitiendo que el resto de esas resoluciones se adoptaran sin motivación. Desde su punto de vista, esta limitación sería contraria a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE), y a la exigencia de control judicial de la actuación administrativa (artículo 106 CE), al impedirse la revisión judicial de las resoluciones denegatorias que no estuvieran motivadas. Sin embargo, el TC considera que no existe tal contradicción, puesto que, aunque la tutela judicial efectiva es uno de los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona y, por tanto,

¹⁰ La inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica 4/2000 correspondiente no lleva aparejada, sin embargo, la nulidad del mismo, ni del inciso "y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España", en la medida en que, según argumenta el TC en el FJ 17 de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, si se declarara nulo todo el precepto los efectos de la declaración serían los contrarios a los deseados al negarse a todos los extranjeros el ejercicio del derechos correspondiente, y si se declarara nulo únicamente el inciso reseñado, el TC estaría alterando la voluntad del legislador al dejar en idéntica situación a extranjeros residentes y no residentes legales en nuestro país. En contra de la posición adoptada por el TC respecto de este precepto véanse Aragón Reyes (2001: 14 y ss.) y Fernández Segado (2001: 81 y ss.).

no cabe realizar distinción alguna entre españoles y extranjeros en cuanto a su ejercicio, las decisiones administrativas denegatorias de visados son todas susceptibles de ser revisadas por los tribunales y esta posibilidad impide, de hecho, la arbitrariedad de la Administración.

En relación con la segunda de las cuestiones, los recurrentes consideraban que el artículo 22.2 de la Ley era contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que limitaba el derecho a la asistencia jurídica gratuita únicamente a los extranjeros residentes en nuestro país. Se resuelve esta alegación haciendo específica referencia a la STC 95/2003, de 22 de mayo, en la que, tras señalarse que los extranjeros son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en las mismas condiciones que los españoles, el TC declaró inconstitucional el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que contemplaba una limitación del derecho respecto de los extranjeros que no fueran residentes en nuestro país. El Tribunal considera que los argumentos dictados en esa sentencia son plenamente aplicables al caso ahora enjuiciado y que procede, por tanto, declarar la inconstitucionalidad del precepto.¹¹

Finalmente, el procedimiento preferente de expulsión regulado en el artículo 63 de la Ley, fue objeto de dos alegaciones distintas. La primera de ellas, resuelta por las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 260/2007, de 20 de diciembre, y 262/2007, de 20 de diciembre, planteaba que la limitación del plazo de alegaciones del interesado a un máximo de 48 horas vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión al ser demasiado breve para que el extranjero incurso en el mismo pudiera defenderse de forma adecuada. A pesar de la celeridad de los tiempos, el TC desestima las alegaciones reseñando que el legislador puede prever la reducción de los plazos en el marco de determinados procedimientos administrativos siempre

¹¹ Según el FJ 17 de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en relación con este precepto, la declaración de inconstitucionalidad lleva asociada la declaración de nulidad del inciso "residentes" del correspondiente precepto de la Ley Orgánica 4/2000. En la misma línea véase Aragón Reyes (2001: 16). En contra de la opinión del TC, véase Fernández Segado (2001: 94 y ss.).

que persiga una finalidad razonable, lo que, efectivamente, ocurre en este supuesto, ya que se buscaba una tramitación veloz de las expulsiones cuyas causas fueran de muy sencilla apreciación o de especial gravedad.

Las SSTC 259/2007, de 19 de diciembre, y 262/2007, de 20 de diciembre, resuelven el segundo motivo de impugnación que afecta a este procedimiento, referido a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el artículo 63.4 de la Ley. Según las Comunidades recurrentes, este precepto imponía la inmediata ejecución de las órdenes de expulsión tramitadas por el procedimiento preferente, impidiendo que el órgano judicial que entendiera de un eventual recurso contra la decisión administrativa adoptada acordara la suspensión cautelar de la misma. Tras reiterar el TC que la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, al pretender asegurar la efectividad de la decisión futura del órgano jurisdiccional, señala que, efectivamente, cualquier previsión normativa que impidiera acordar, con carácter general, la suspensión de determinadas resoluciones administrativas sería contraria al artículo 24 CE. Sin embargo, éste no es el caso del precepto impugnado, ya que el artículo 63.4 de la Ley, leído conjuntamente con el artículo 21.2, no impide la suspensión, sino que confirma la ejecutividad de la orden administrativa de expulsión cuando ponga fin a la vía administrativa y sea adoptada por el procedimiento preferente. Ahora bien, esta resolución administrativa puede perfectamente ser recurrida ante el órgano jurisdiccional competente quien podrá pronunciarse sobre su suspensión, garantizando la tutela cautelar.

Principio de *ne bis in idem* (art. 25 CE) y expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad

El Parlamento Navarro y la Junta de Castilla-La Mancha también plantearon, en los recursos que resuelven las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 262/2007, de 20 de diciembre, la supuesta vulneración del principio de *ne bis in idem* que se derivaría de lo previsto en los párrafos 2 y 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000. En estos preceptos se prevé, por un lado, que la condena por una

conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año es causa que permite la expulsión de un extranjero, y, por otro lado, que, en determinados supuestos, la expulsión sólo puede realizarse una vez que el sujeto haya cumplido la pena privativa de libertad impuesta. Desde el punto de vista de los recurrentes, las previsiones legales indicadas prevén una causa de sanción administrativa idéntica a la sanción penal, e incurrir, de este modo, en *bis in idem*.

El TC comenzó su razonamiento reseñando que, efectivamente, el principio *ne bis in idem* impide que recaiga sobre el mismo sujeto una duplicidad de sanciones, pero siempre y cuando exista una identidad de hechos y fundamento. Sin embargo, éste no sería el caso, ya que la sanción penal y la sanción administrativa de expulsión no tendrían el mismo fundamento al perseguir la protección de bienes e intereses jurídicos diversos. Pues la sanción penal atiende a la prevención de ciertos comportamientos, mientras que la sanción administrativa, ubicada en el marco de la política estatal de extranjería, perseguiría controlar los flujos migratorios.

Derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros (art. 27 CE)

La siguiente alegación planteada por el Parlamento de Navarra y la Junta de Castilla-La Mancha, resuelta por las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 262/2007, de 20 de diciembre, se refiere al derecho a la educación de los extranjeros y, más concretamente, a la eventual inconstitucionalidad del artículo 9.3 de la citada Ley Orgánica 4/2000, que limitaba el acceso a la enseñanza no obligatoria a los extranjeros residentes sin efectuar distinción alguna en razón de su edad. Las recurrentes en cada uno de los asuntos indicados, señalaban que esa limitación era contraria al artículo 27 CE, en relación con los artículos 39.4 CE, 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y 26 DUDH, en la medida en que impedía acceder a la enseñanza no obligatoria a los extranjeros que se encontraran en nuestro país en una situación irregular.

El TC responde a la cuestión planteada analizando la dicción del artículo 27 CE y de los artículos 26 DUDH, 13 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC) y 2 del Protocolo adicional al CEDH. En todos estos preceptos, el derecho a la educación se reconoce a toda persona, de forma que cabe entender que el derecho corresponde a españoles y extranjeros por imperativo constitucional a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE. Confirmada la titularidad del derecho, se analiza si el contenido del mismo se limita únicamente a la enseñanza obligatoria o se extiende más allá de la misma. A fin de delimitar esta cuestión, el Tribunal tiene en cuenta la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 2 del citado Protocolo adicional según el cual el derecho a la educación conlleva la obligación de los Estados partes de asegurar el acceso a los establecimientos escolares disponibles. Desde esta lógica, el TC entiende que el derecho a la educación no comprende únicamente el acceso a la enseñanza básica, que será obligatoria y gratuita, sino también el acceso a la enseñanza no obligatoria, que sólo podrá someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero, en ningún caso, a la posesión de un determinado estatus migratorio. Por todo ello, el TC considera que procede declarar la inconstitucionalidad del inciso “residentes” del artículo 9.3 de la Ley.¹²

Libertad sindical y derecho de huelga de los extranjeros (art. 28 CE)

Otros dos motivos de impugnación resueltos por las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007, de 19 de diciembre, y las SSTC 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007, todas ellas de 20 de diciembre, se refieren a la inconstitucionalidad de los artículos 11.1 y 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, que reconocían, respectivamente, la libertad sindical y el derecho de huelga de los extranjeros, en igualdad de condiciones que los españoles,

¹² Según el FJ 17 de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en relación con este precepto, la declaración de inconstitucionalidad lleva asociada la declaración de nulidad del inciso “residentes” del correspondiente precepto de la Ley Orgánica 4/2000. En contra de la posición adoptada por el TC respecto de este precepto véase Aragón Reyes (2001: 15). Proponía una interpretación integradora del precepto Fernández Segado (2001: 73 y ss).

siempre que contasen, en el primer caso, con una autorización de estancia o residencia en España, y, en el segundo, con una autorización para trabajar en nuestro país.

SEGÚN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA, LA EXPULSIÓN DE UN EXTRANJERO Y LA NEGATIVA DE LAS AUTORIDADES NACIONALES A CONCEDERLE UN PERMISO DE RESIDENCIA PUEDEN VULNERAR SU DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

El TC resuelve ambos motivos de impugnación de forma casi pareja. En relación con la libertad sindical, estudia el contenido del derecho reconocido en el artículo 28.1 CE de acuerdo con diversos tratados internacionales, en concreto, según los artículos 23 DUDN, 22 PIDCP, 8 PIDESC, 11.1 CEDH, 2 del Convenio núm. 87 de la OIT, y 1 del Convenio núm. 98 de la OIT. Todos estos preceptos señalan como titulares de la libertad sindical a todos los trabajadores o a todas las personas. Sobre esta base, el TC considera que los titulares de la libertad sindical no serían únicamente aquellos que pueden ser considerados legalmente como “trabajadores” por estar sujetos a una relación laboral, sino cualquiera que pueda considerarse trabajador en sentido material. Y se concluye que puede considerarse trabajador a cualquiera que “preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”, sin distinción alguna en relación con la situación regular o irregular de su contratación. Teniendo en cuenta esta definición, se afirma que los extranjeros irregulares también son “trabajadores” y, como tales, titulares de la libertad sindical, independientemente de su situación jurídica en nuestro país. A pesar de esa titularidad, ciertamente el legislador orgánico podrá prever limitaciones al ejercicio de este derecho por los extranjeros más allá de los condicionantes impuestos a los españoles, pero siempre que éstos no supongan de hecho la exclusión total del ejercicio del derecho para ciertas categorías de

extranjeros. Como el artículo 11.1 de la Ley recurrida impedía el ejercicio de este derecho a los extranjeros irregulares, se determina que procede su declaración de inconstitucionalidad.¹³

La inconstitucionalidad del artículo 11.2 de la Ley no se plantea en el recurso que dio lugar a la STC 236/2007, pero sí en los recursos que dieron lugar a las citadas SSTC 259/2007, 260/2007, 262/2007, 263/2007, y 264/2007. En estos asuntos, las recurrentes consideraban que la sujeción del ejercicio del derecho de huelga de los extranjeros al hecho de que se encontraran en posesión de una autorización para trabajar era contraria a los artículos 28, 10.2 y 13 CE, en conexión con los artículos 23 DUDH, 11 PIDCP, 11 CEDH y 8.1 PIDESC.

LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS TIENEN UN DERECHO COMUNITARIO A REGRESAR A SUS PAÍSES DE ORIGEN UNA VEZ EJERCIDA SU LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

El TC resuelve la cuestión utilizando la misma lógica. Se destaca que tanto el artículo 28.2 CE como los artículos 8.1 PIDESC y 6 de la Carta Social Europea reconocen este derecho a los trabajadores, sin distinción alguna. Y se subraya que el concepto de “trabajador” debe ser definido desde la perspectiva material antes reseñada, de forma que los extranjeros, independientemente de su situación jurídica, pueden ser considerados trabajadores y titulares, por tanto, del derecho de huelga. La decisión del legislador de excluir a los trabajadores irre-

¹³ La inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica 4/2000 correspondiente no lleva aparejada, sin embargo, la nulidad del mismo ni del inciso “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”, en la medida en que, según argumenta el TC en el FJ 17 de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, si se declarara nulo todo el precepto los efectos de la declaración serían los contrarios a los deseados al negarse a todos los extranjeros el ejercicio del derechos correspondiente, y si se declarara nulo únicamente el inciso reseñado, el TC estaría alterando la voluntad del legislador al dejar en idéntica situación a extranjeros residentes y no residentes legales en nuestro país. En contra de la posición manifestada por el TC véase Fernández Segado (2001: 86 y ss.)

gulares del ejercicio del derecho de huelga, cuando, por otro lado, la misma Ley Orgánica 4/2000 (artículo 36) reconoce la validez de su contrato, aun en ausencia de autorización para trabajar, debe estimarse contraria al artículo 28.2 CE.¹⁴

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A lo largo de 2007, la jurisprudencia del TEDH ha resuelto cuestiones relevantes desde el punto de vista del Derecho de extranjería y relacionadas con los derechos recogidos en los artículos 3, 5.1.f), 8, 9, y 13 CEDH, así como en los artículos 2 y 4 del Protocolo número 4. El asunto más importante de todos los analizados es, sin duda, el caso Gebremedhin c. Francia, de 16 de abril de 2007, tal y como ahora veremos.

Prohibición de torturas y de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) y extradición y devolución de extranjeros hacia terceros países: alternativa de protección interna y situaciones de inestabilidad general

Los casos Garabayev c. Rusia, de 7 de junio de 2007, Salah Sheekh c. Países Bajos, de 11 de enero de 2007, y Sultani c. Francia, de 20 de septiembre de 2007, analizan tres supuestos clásicos en la jurisprudencia del TEDH sobre Derecho de extranjería. En todos ellos se recuerdan las circunstancias en las que la devolución o extradición de una persona a un Estado puede provocar la vulneración del artículo 3 CEDH, es decir, cuando existan motivos sustanciales que permitan creer que, caso de ser devuelta, afrontaría un riesgo real de ser sometida a penas o tratos contrarios al Convenio. La existencia de este riesgo, según jurisprudencia europea reiterada, deberá valorarse teniendo en cuenta los datos que eran conocidos, o que deberían haber sido conoci-

¹⁴ En esta lógica, el TC declara inconstitucional y nulo, según lo recogido en el FJ 9 de la STC 259/2007, de 19 de diciembre, el inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000. En contra de la posición adoptada por el TC respecto de este precepto véanse Aragón Reyes (2001: 15) y Fernández Segado (2001: 88 y ss.).

dos, por el Estado parte en el momento en que se produjo la devolución.¹⁵

A pesar de la habitualidad de esta jurisprudencia, los asuntos *Salah Sheekh c. Países Bajos* y *Sultani c. Francia* resultan especialmente significativos desde el punto de vista del derecho de asilo. En el primero, el recurrente es un solicitante de asilo de origen somalí y perteneciente a una de las etnias minoritarias del país que, tras ver denegada su solicitud de asilo, señala que su devolución a Somalia supondría una violación del artículo 3 CEDH, en la medida en que se le pondría en grave riesgo de sufrir malos tratos. Las autoridades holandesas rechazaron tal alegación, señalando que su pretensión no era devolverlo a la misma zona de Somalia de la que huyó por ser perseguido por miembros de la etnia mayoritaria, sino a una zona calificada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) como “relativamente segura”.

El TEDH intenta vislumbrar si, teniendo en cuenta todas las fuentes externas sobre el país de origen obrantes en manos del gobierno holandés, procedentes de distintas organizaciones internacionales y de ONGs, puede confirmarse que la devolución del recurrente a una zona relativamente segura lo pondría ante una situación de grave riesgo de sufrir malos tratos contrarios al artículo 3. Y se hace eco de los documentos del ACNUR que confirman la imposibilidad de considerar las zonas relativamente seguras de Somalia como una alternativa de protección interna. No podrían considerarse como tal sino en el caso de que el sujeto devuelto pudiera viajar a las zonas indicadas, ser admitido y establecerse en ellas. Teniendo en cuenta que la autoridades de las supuestas zonas relativamente seguras de Somalia habían hecho pública su predisposición a expulsar de las mismas a todos aquellos que no fueran originarios o residieran antes en ellas, las condiciones demandadas no se daban, siendo inviable, por tanto, la devolución del recurrente sin violación de la garantía.

¹⁵ Para un análisis de la jurisprudencia del TEDH en este sentido, véanse Salado Osuna (2005), Santamaría Arinas (2004) y Santolaya Machetti (2001: 134 y ss), sobre estos supuestos de protección indirecta o por carambola de extranjeros y solicitantes de asilo en casos de expulsión, pues el Convenio no se ocupa directamente de ello.

Nos sorprende gratamente el ejercicio por parte de la jurisdicción europea de un criterio de ponderación de los derechos adecuadamente antiformalista y realista, adentrándose en los hechos concretos, buscando garantizar –como le gusta decir al propio Tribunal de Estrasburgo– derechos reales y efectivos y no ilusorios. Una actitud siempre tan necesaria en materia de extranjería.

En el asunto *Sultani c. Francia*, de 20 de septiembre de 2007, el recurrente es un ciudadano afgano, solicitante de asilo en Francia, que, tras la negativa de las autoridades francesas a concederle asilo, plantea que la devolución a su país de origen sería contraria al artículo 3 CEDH. El Tribunal de Estrasburgo reitera su jurisprudencia habitual y señala que, en este caso, las autoridades francesas analizaron detalladamente las alegaciones del recurrente sin encontrar motivo alguno que impidiera su devolución a su país de origen, más allá de la situación de inestabilidad general que se vive en el mismo. En este sentido, acepta el TEDH, que la devolución no determina una vulneración del artículo 3, ya que no se traduce en una amenaza de persecución personal contra el recurrente. Se entiende así que la situación generalizada de inestabilidad en un país determinado no es suficiente para que la devolución de una persona al mismo pueda ser considerada contraria al Convenio. El criterio es –a nuestro entender– cabal, pero sabido es que otros casos y experiencias ilustran sobre la frecuente imbricación de ambos conceptos y situaciones.

Derecho a la libertad y a la seguridad de los extranjeros incursos en procedimientos de expulsión o extradición (art. 5.1.f) CEDH)

Durante 2007, el TEDH ha hecho uso en varias ocasiones del artículo 5.1.f) CEDH para determinar si la privación de libertad sufrida por un extranjero se adecuaba a lo previsto en el Convenio. En la mayoría de estos asuntos, lo más significativo del razonamiento es que se continúa manteniendo la doctrina sentada en el asunto *Saadi c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2006.¹⁶ La detención o privación de

¹⁶ Esta jurisprudencia se analiza en García Roca y Díaz Crego (2007: 184 y ss.).

libertad de una persona para impedir que entre ilegalmente en el país, o cuando esté incurso en un procedimiento de extradición o expulsión, no ha de superar obligatoriamente el test de necesidad que el TEDH exige en otros supuestos de detención o privación de libertad. Será suficiente con que la misma se encuentre en cualquier de las tres situaciones enunciadas por el precepto, con que la detención o privación de libertad esté prevista por Ley, se desarrolle de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto, y no sea arbitraria para que, efectivamente, la limitación del derecho a la libertad y a la seguridad se considere conforme al artículo 5.1.f] CEDH. Así lo confirma el TEDH en los asuntos Bashir y otros c. Bulgaria, de 14 de junio de 2007, Garabayev c. Rusia, de 7 de junio de 2007, Gebremedhin c. Francia, de 16 de abril de 2007, Liu y Liu c. Rusia, de 6 de diciembre de 2007, Nasrulloev c. Rusia, de 11 de octubre de 2007, y John c. Grecia, de 10 de mayo de 2007.

Este último caso resulta especialmente curioso desde el punto de vista del análisis de la regularidad de la detención en el amparo europeo. Efectivamente, en el caso John c. Grecia, el recurrente, nacional de Nigeria, fue detenido por la policía griega tras la denegación de su solicitud de asilo para ser devuelto hacia su país de origen. Según la legislación doméstica, la privación de libertad de los extranjeros a estos efectos no puede exceder de un período de tres meses, improrrogable. A pesar de ello, el recurrente permaneció más de seis meses detenido por las autoridades que, cada vez que vencía el plazo de tres meses, lo ponían en libertad durante unos diez minutos y volvían a detenerlo por los mismos motivos. El TEDH considera que la artimaña supone una violación del artículo 5.1.f] CEDH en la medida en que este precepto exige la legalidad de los motivos y del procedimiento seguido para la privación de libertad de la persona que va a ser expulsada, siendo evidente que el proceder artificioso de las autoridades griegas

constituía un fraude de ley. De nuevo, el Tribunal maneja su adecuada lógica y criterio de interpretación encaminado a preservar derechos reales y efectivos.

Hay que recordar otra vez la incidencia futura en esta materia de internamientos para expulsiones de las previsiones de la antes citada directiva europea de retorno. Sobre cuya aplicación por los Estados miembros de la Unión Europea antes o después conocerá el TEDH.

El derecho a la vida privada y familiar de los extranjeros (art. 8 CEDH): prohibición de expulsión y derecho a obtener un permiso de residencia

También en 2007, como ya constatamos respecto de 2006,¹⁷ la mayoría de los pronunciamientos del TEDH que afectan al derecho de extranjería se vinculan con los derechos a la vida privada y familiar reconocidos en el artículo 8 CEDH. Pero cabe diferenciar aquellos supuestos en los que se plantea la eventual vulneración de tales preceptos por órdenes de expulsión, de aquellos en los que la infracción del Convenio se deriva de la falta de concesión de un determinado estatus migratorio.

En relación con el primer tipo, el razonamiento del Tribunal sigue siempre la misma línea argumental. Una vez que se ha comprobado la existencia de una injerencia en la vida privada¹⁸ o familiar del recurrente, se verifica si esa injerencia cumple los requisitos previstos en el artículo 8.2, en concreto, si está prevista por Ley,¹⁹ si persigue un objetivo legítimo y, finalmente si puede considerarse necesaria en una sociedad democrática.²⁰ El habitual juicio de proporcionalidad formalmente muy estructurado en sede judicial de Estrasburgo.

¹⁷ Véase García Roca y Díaz Crego (2007: 186).

¹⁸ El único de los asuntos citados en el que se analiza la cuestión desde la óptica de la vida privada es el asunto Kaya c. Alemania, de 28 de junio de 2007, en el que el recurrente, en el momento de ser expulsado de Alemania todavía no había contraído matrimonio en ese país, con el cual, sin embargo, le ligaban fuertes vínculos al haber residido en él desde su nacimiento.

¹⁹ En relación con este requisito, un asunto curioso es el caso Sayoud c. Francia, de 26 de julio de 2007, en el que las autoridades francesas expulsan del país a un ciudadano francés, nacido en Argelia, prohibiéndole la entrada por un período de cinco años. En el momento de su expulsión, la nacionalidad del sujeto no era conocida por las autoridades francesas. A pesar de ello, el TEDH considera vulnerado tanto el artículo 8 CEDH como el artículo 3 del Protocolo número 4 al CEDH, que prohíbe la expulsión de nacionales, señalando significativamente que el ordenamiento francés impide la expulsión de nacionales.

²⁰ En este sentido Santolaya (2001, 2005).

El análisis del primero de los requisitos indicados, la legalidad de la injerencia, es particularmente interesante en los asuntos Bashir y otros c. Bulgaria, de 14 de junio de 2007, y Musa y otros c. Bulgaria, de 11 de enero de 2007. Ambos traen causa de la retirada de los permisos de residencia permanentes y la adopción de sendas órdenes de expulsión contra los recurrentes, un nacional paquistaní y un ciudadano jordano, que habían residido en Bulgaria por un largo período de tiempo –ocho años en el primer caso, y quince en el segundo–, estaban casados con ciudadanas búlgaras y tenían hijos de esa misma nacionalidad. Los recurrentes alegaban que su expulsión, y el consecuente alejamiento de su familia, vulneraba su derecho a la vida familiar y no podía considerarse una medida necesaria en una sociedad democrática. Estas alegaciones fueron aceptadas por el TEDH que consideró que la medida no había sido adoptada de acuerdo con la Ley. Se tuvo en cuenta que la legislación búlgara aplicable al caso señalaba únicamente la posibilidad de retirar la autorización de residencia y de expulsar a aquellos extranjeros que desarrollaran actividades contrarias a la seguridad y los intereses del país, que esas medidas podían adoptarse por acto administrativo carente de toda motivación, sin procedimiento contradictorio alguno y sin posibilidad de recurso. El TEDH considera que la legislación búlgara no ofrecía suficientes garantías contra la arbitrariedad de los poderes públicos y que, por tanto, no podía considerarse que la medida de expulsión estuviera prevista por la ley.

El análisis de la proporcionalidad de la medida de expulsión tiene particular relevancia en los asuntos Chair y J. B. c. Alemania, de 6 de diciembre de 2007, y Kaya c. Alemania, de 28 de junio de 2007. En todos ellos, el TEDH enumera, siguiendo su jurisprudencia Üner c. los Países Bajos, de 18 de octubre de 2006,²¹ los distintos elementos que emplea el Alto Tribunal en su análisis de la ponderación realizada por las autoridades nacionales de los distintos intereses en juego en casos de expulsión de extranjeros. Se recuerda así, que debe tenerse en cuenta: la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el sujeto, la duración de su

estancia en el país del que es expulsado, el tiempo transcurrido desde que se cometió la infracción y el comportamiento del recurrente desde entonces, la nacionalidad del recurrente y de sus familiares, la situación familiar del sujeto, si el cónyuge conocía la infracción cuando comenzó la relación, si hay hijos nacidos dentro del matrimonio y su edad, las dificultades que puede encontrar la familia en caso de tener que trasladarse al país de nacionalidad del recurrente, el interés superior de los hijos, y la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares que unen al recurrente con su país de origen y aquel del que es expulsado.

SORPRENDE GRATAMENTE EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN EUROPEA DE UN CRITERIO DE PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS ADECUADAMENTE ANTIFORMALISTA Y REALISTA, ADENTRÁNDOSE EN LOS HECHOS CONCRETOS PARA GARANTIZAR DERECHOS REALES Y EFECTIVOS Y NO ILUSORIOS

En aplicación de la jurisprudencia indicada es de reseñar que el Tribunal parece tener especialmente en cuenta la gravedad de los hechos por los que un sujeto es expulsado del país en el que reside, de forma que si la persona ha cometido delitos especialmente graves, la tendencia será rechazar la violación del artículo 8. Así puede observarse, por ejemplo, en los asuntos Chair y J. B. c. Alemania y Kaya c. Alemania, en los que los graves delitos que determinaron la expulsión de los recurrentes no pueden compensarse, a ojos del TEDH, ni con la imposibilidad de continuar los vínculos familiares en el país de origen ni con la residencia continuada desde su más tierna infancia del recurrente en el país del que se le expulsa.

Sin embargo, en aquellos casos en los que los delitos cometidos no son tan graves, el TEDH tiende a tomar la posición contraria. Tal y como se demuestra en el asunto Maslov c. Austria, de 22 de marzo de 2007, donde el recurrente era un menor de edad, de origen y nacionalidad búlgara, que desde

²¹ Esta jurisprudencia se analiza en García Roca y Díaz Crego (2007: 186).

los seis años había residido en Austria con toda su familia. Cuando todavía era menor de edad (cometió las ofensas con 14 y 15 años) fue condenado, respectivamente, a 15 y 18 meses de privación de libertad por una serie de delitos cometidos sin violencia alguna. A pesar de ello, las autoridades austríacas lo expulsaron, prohibiéndole el regreso durante un período de diez años. El TEDH resuelve que se ha producido una violación del artículo 8 por cuanto los delitos por los que se condenaron al recurrente no eran de extraordinaria gravedad, fueron cometidos en la adolescencia, el recurrente contaba con estrechos vínculos en Austria, donde se había criado, tenía a toda su familia y había cursado los estudios correspondientes, y apenas tenía contacto alguno con su país de origen al que sólo había vuelto en dos ocasiones en vacaciones. En la ponderación de los intereses en juego, a pesar del resultado alcanzado, nos sorprende que el TEDH no tuviera expresamente en cuenta –pero está inmanente en la argumentación– el hecho de que el recurrente era menor de edad y que su expulsión determinaba el alejamiento de sus progenitores, dado el superior interés del menor y su especial condición de vulnerabilidad.

EN 2007, COMO YA CONSTATAMOS EN 2006, LA MAYORÍA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TEDH QUE AFECTAN AL DERECHO DE EXTRANJERÍA SE VINCULAN CON LOS DERECHOS A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

Según la jurisprudencia europea, no sólo la expulsión de un extranjero, sino también la negativa de las autoridades nacionales a concederle un permiso de residencia puede, en determinadas circunstancias, vulnerar su derecho a la vida familiar. En este sentido, el TEDH afirma que el artículo 8 CEDH no exige a los Estados la concesión de un concreto permiso de residencia, pero sí, en determinadas circunstancias, el reconocimiento de la legalidad de la residencia en el país en aras de preservar la vida familiar.

En esta lógica se inserta el asunto Liu y Liu c. Rusia, de 6 de diciembre de 2007, en el que un ciudadano chino, casado con

una nacional rusa y padre de dos niños de la misma nacionalidad ve rechazada su solicitud de residencia en Rusia por indeterminados motivos de seguridad nacional, ordenándose su expulsión del país. El TEDH considera que la negativa de las autoridades rusas a conceder un permiso de residencia al recurrente supuso una injerencia en su vida familiar que sólo podría justificarse, según lo dispuesto en el artículo 8.2, en caso de estar prevista legalmente, perseguir un objetivo legítimo y ser considerada necesaria en una sociedad democrática. El TEDH subraya que la legalidad de la medida no sólo depende del hecho de que esté prevista por la ley, sino también de la calidad de esa ley, que habrá de ser accesible para los particulares y previsible, esto es, lo suficientemente clara como para que pudieran prever las consecuencias de sus actos antes de llevarlos a cabo. Además, la ley debe proteger al particular frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, previendo procedimientos efectivos para la revisión de las decisiones administrativas adoptadas sobre la base de sus previsiones normativas.

Teniendo en cuenta estos elementos, el TEDH analiza la norma rusa que sirvió de base para la adopción de la resolución administrativa por la que se denegó el permiso de residencia al recurrente. Y se concluye que era accesible y previsible, pero no protegía suficientemente al individuo frente a la arbitrariedad de los poderes públicos al no permitir un control judicial de la decisión adoptada. Efectivamente, si bien la decisión administrativa fue revisada por tribunales rusos, las autoridades gubernativas no remitieron a estos órganos ningún tipo de documentación que permitiera comprobar las causas del rechazo de la solicitud. Sorteando que las autoridades nacionales obviaron la entrega de la documentación por considerarla secreto de Estado, el TEDH considera que el imposible control judicial de la decisión gubernativa determina, necesariamente, la violación del artículo 8. Otro supuesto en el que la lógica realista y garantista en la comprensión y revisión de las lesiones de los derechos permite sortear obstáculos fácticos para su eficacia.

Permiso de residencia y libertad religiosa (art. 9 CEDH)

Un asunto atípico –pero que muestra la delicada situación en los últimos tiempos de la libertad religiosa en los países

de la antigua URSS– nos lo ofrece el caso *Perry c. Letonia*, de 8 de noviembre de 2007. Se condena a Letonia por vulnerar la libertad de religión de un sacerdote de la iglesia Morning Star International, de inspiración evangélica. La vulneración del derecho se derivaría de la renovación limitada del permiso de residencia del sacerdote, de nacionalidad estadounidense, tras varios años de residencia en el país. El demandante vio renovado su permiso de residencia con la expresa prohibición de desarrollar actividades religiosas, prohibición que lógicamente el TEDH considera contraria al artículo 9 en la medida en que no cumplía con los requisitos de legalidad previstos por ese precepto.

Derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) y efectos suspensivos de los recursos interpuestos contra decisiones de *refoulement* de solicitantes de asilo en frontera

El importante asunto *Gebremedhin c. Francia*, de 16 de abril de 2007, resuelve un supuesto peculiar y de especial trascendencia para el procedimiento de asilo español. La recurrente, de nacionalidad eritrea, presentó una solicitud de asilo ante las autoridades francesas a su llegada al aeropuerto de París, y se le aplicó el procedimiento de asilo en frontera. Las autoridades francesas consideraron que no procedía el estudio detallado de su solicitud, denegándosele la entrada en el país e instándose la devolución a su país de origen. La recurrente presentó sendos recursos contra la decisión administrativa al considerar que no se habían tenido suficientemente en cuenta sus fundados temores de sufrir penas o tratos prohibidos por el artículo 3 CEDH en el caso de ser devuelta a su país. La presentación de estos recursos no tiene, en Derecho francés, efectos suspensivos automáticos, elemento que la recurrente consideraba contrario al artículo 13 CEDH, en relación con el artículo 3, en la medida en que no se garantiza la existencia de un recurso efectivo contra una eventual violación del derecho sustantivo.

El TEDH comienza el análisis de la cuestión reseñando que el artículo 13 exige la existencia en Derecho interno de un recurso efectivo que permita el estudio de cual-

quier alegación de vulneración de uno de los derechos reconocidos por el Convenio. Ese recurso efectivo debe conllevar un análisis riguroso e independiente de la alegación correspondiente y debe permitir, además, la adopción de una medida cautelar de suspensión de la decisión acordada, cuando esa medida pueda ser contraria al Convenio y su ejecución pueda tener consecuencias irreversibles.

Teniendo en cuenta estos criterios, el TEDH afirma que la ejecución de una decisión de devolución de un solicitante de asilo al país del que ha huido y en el que existen motivos serios para creer que sufrirá tratos contrarios al artículo 3 puede tener consecuencias irreversibles. De esta forma, el hecho de que la legislación francesa no prevea el carácter suspensivo de los recursos que se interpongan contra las decisiones de rechazo en frontera de solicitantes de asilo cuando éstas lleven aparejada la devolución del solicitante a su país de origen y, por tanto, a un país en el que existe un riesgo claro de que sufran malos tratos, vulnera claramente el artículo 13 CEDH en relación con el artículo 3. Señala el Tribunal que no es suficiente para garantizar el respeto del Convenio europeo que la legislación francesa prevea un recurso específico contra las denegaciones de solicitudes de asilo en frontera y que ese recurso suponga una revisión independiente y rigurosa de los motivos que llevan a la adopción de la decisión. Será necesario también que ese recurso tenga carácter suspensivo, en la medida en que si no se cumple ese requisito la decisión final sobre el asunto puede verse desprovista de toda eficacia.

Derecho a elegir libremente la residencia (art. 2.1 Protocolo núm. 4 al CEDH) y derecho a abandonar un país del que no se es nacional (art. 2.2 Protocolo núm. 4 al CEDH)

En el asunto *Tatishvili c. Rusia*, de 22 de febrero de 2007, el TEDH resolvió sobre la eventual vulneración del derecho a elegir libremente el lugar de residencia, reconocido por el artículo 2.1 del Protocolo número 4 a todo el que se encuentre residiendo de forma regular en un país. A juicio

de la recurrente, las autoridades rusas habrían violado ese derecho al impedirle inscribirse como residente en el lugar en el que de hecho tenía fijada su residencia, a pesar de haber presentado la correspondiente solicitud, por considerar que la misma no cumplía los requisitos legales. Según el TEDH, una injerencia en el derecho indicado sólo es conforme al Protocolo número 4 si está prevista por Ley, persigue un objetivo legítimo y es necesaria en una sociedad democrática. Tras analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional rusa, que señala que las autoridades gubernativas del país no pueden valorar la adecuación de la documentación presentada para el registro de la residencia a la legislación rusa, debiendo proceder, en todo caso, al registro solicitado por el administrado, el TEDH considera que la injerencia en el derecho indicado no podía considerarse prevista por ley, en la medida en que las autoridades administrativas estarían infringiendo la doctrina de la Corte Constitucional.

En el asunto *Sissanis c. Rumania*, de 25 de enero de 2007, el TEDH analiza un supuesto de violación del derecho a abandonar cualquier país, incluido aquel del que se es nacional, reconocido en el artículo 2.2 del Protocolo número 4 al CEDH. El recurrente era un ciudadano de nacionalidad griega, residente en Rumania, al que se le prohíbe la salida del país tras la apertura de varios procedimientos penales en su contra. Esa prohibición continúa incluso cuando son retirados los cargos por los delitos que inicialmente se le imputaban. El TEDH señala que toda injerencia en los de-

rechos reconocidos en el artículo 2 del Protocolo número 4 ha de ser establecida por Ley, perseguir uno de los objetivos legítimos previstos en el punto tercero del precepto –esto es, protección de la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros– y resultar necesaria en una sociedad democrática. En el supuesto de hecho, la norma nacional que servía de fundamento para la adopción de la medida no podía considerarse que cumpliera con los requisitos de accesibilidad, previsibilidad y garantía del control de la arbitrariedad de los poderes públicos que exige el CEDH, ya que no preveía qué autoridad resultaba competente para adoptarla, los motivos que permitían su adopción y si cabía o no un recurso judicial. Por todo ello, se condena a Rumania.

Prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH)

El asunto *Sultani c. Francia*, de 20 de septiembre de 2007, plantea una última cuestión digna de mención. El recurrente, de nacionalidad afgana y solicitante de asilo en Francia, señala que su devolución sería contraria al artículo 4 del Protocolo número 4, puesto que fue expulsado a su país junto con un gran número de nacionales del mismo. Señala el TEDH que esta garantía del sistema del Convenio prohíbe que un grupo de extranjeros sea obligado a abandonar un Estado a no ser que la situación

22 En este sentido: la STJCE de 18 de diciembre de 2007, asunto *Hans-Dieter Jundt y otros c. Finanzamt Offenburg*, as. C-281/06; la STJCE de 11 de septiembre de 2007, asunto *Comisión c. Alemania*, as. C-318/05; la STJCE de 11 de septiembre de 2007, asunto *Herbert Schwarz y otros c. Finanzamt Bergisch Gladbach*; la STJCE de 18 de julio de 2007, asunto *Luxemburgo c. Hans Ulrich Lakebrink y otros*, as. C-182/06; la STJCE de 5 de julio de 2007, asunto *Comisión c. Bélgica*, as. C-522/04; la STJCE de 22 de marzo de 2007, asunto *Raffaele Talotta c. Bélgica*, as. C-383/05; la STJCE de 30 de enero de 2007, asunto *Comisión c. Dinamarca*, as. C-150/04; y la STJCE de 25 de enero de 2007, asunto *Finanzamt Dinslaken y Gerold Meindl*, as. C-329/05.

23 En la mayoría de estos asuntos, el TJCE se centra en analizar si las disposiciones nacionales en materia de Seguridad Social infringen lo previsto en el Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971. En este sentido: la STJCE de 18 de enero de 2007, asunto *Aldo Celozzi y Innungskrankenkasse Baden-Württemberg*, as. C-332/05; la STJCE de 18 de diciembre de 2007, asunto *Doris Habelt y otros y Deutsche Rentenversicherung Bund*, as. acumulados C-396/05, C-419/05 y C-450/05; y la STJCE de 16 de enero de 2007, asunto *José Pérez Naranjo y Caisse régionale d'assurance maladie (CRAM) Nord-Picardie*, as. C-265/05.

24 En este sentido: la STJCE de 18 de julio de 2007, asunto *Gertraud Harticulomann y Freistaat Bayern*, as. C-212/05; la STJCE de 18 de julio de 2007, asunto *Wendy Geven y Land Nordrhein-Westfalen*, as. C-213/05; y la STJCE de 18 de octubre de 2007, asunto *Comisión c. Parlamento y Consejo*, as. C-299/05.

25 En relación con la profesión de psicoterapeuta: la STJCE de 6 de diciembre de 2007, asunto *Comisión c. Alemania*, as. C-456/05; en relación con cualquier servicio de seguridad privada: la STJCE de 13 de diciembre de 2007, asunto *Comisión c. Italia*, as. C-465/05; en relación con la apertura de agencias de cobro de créditos: la STJCE de 18 de julio de 2007, asunto *Comisión c. Italia*, as. C-134/05;

26 En relación con el reconocimiento mutuo de diplomas en el ámbito de la arquitectura: la STJCE de 24 de mayo de 2007, asunto *Comisión c. Portugal*, as. C-43/06; en el ámbito de la medicina: la STJCE de 18 de enero de 2007, asunto *Comisión c. República Checa*, as. C-203/06; en el ámbito de la odontología: la STJCE de 18 de enero de 2007, asunto *Comisión c. República Checa*, as. C-204/06; y en el ámbito de la enfermería: la STJCE de 18 de julio de 2007, asunto *Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo*, as. C-460/05.

de cada uno de los miembros de ese grupo sea analizada de forma objetiva y razonable, y se tenga en cuenta la situación particular de cada sujeto. En el caso enjuiciado, destaca el TEDH que, aunque el solicitante fue devuelto a su país junto con otros nacionales del mismo, su caso específico fue estudiado en detalle por las autoridades nacionales encargadas de tramitar las solicitudes de asilo, de forma que no puede hablarse de la existencia de una expulsión colectiva.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Durante el año 2007, la jurisprudencia del TJCE sobre Derecho de extranjería ha dejado muy escasos pronunciamientos referidos al régimen aplicable a ciudadanos de terceros países, esto es, a nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea que no sean familiares de un ciudadano comunitario.

Sin embargo, la jurisprudencia referida a la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios y sus familiares, sean estos nacionales de un Estado miembro de la Unión o de terceros Estados, es más extensa. En el marco de la misma, destaca un nutrido grupo de sentencias en las que el TJCE analiza si ciertas normativas nacionales en materia impositiva,²² de seguridad social,²³ de ventajas sociales,²⁴ de acceso al ejercicio de determinadas profesiones,²⁵ de reconocimiento de diplomas,²⁶ de acceso a una formación específica,²⁷ o en materia de becas de estudios,²⁸ contradicen las normas de Derecho comunitario que garantizan la libre circulación de personas.

Aparte de estas sentencias, destaca el reconocimiento del incumplimiento de Luxemburgo por la falta de transposi-

ción de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y el Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión, y de los miembros de sus familias, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros,²⁹ así como los asuntos R.N.G. Eind, de 11 de diciembre de 2007, y Yunying Jia, de 9 de enero de 2007, referidos a los derechos de los familiares de ciudadanos comunitarios, nacionales de terceros Estados, que ejercen junto a éstos su libertad de circulación.

LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE REFERIDA A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS Y SUS FAMILIARES ES MÁS EXTENSA

Libre circulación de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea

Tal y como ha quedado reseñado, los pronunciamientos del TJCE referidos al régimen de los nacionales de terceros Estados que residen o trabajan en el territorio de la Unión Europea han sido relativamente escasos. Bastantes se han limitado a constatar el incumplimiento por parte de varios Estados miembros de su obligación de transponer las Directivas 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración,³⁰ 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea,³¹ 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los

²⁷ Sobre el acceso a la formación necesaria para poder ser contratado como profesor por tiempo indefinido en un centro escolar sueco: la STJCE de 11 de enero de 2007, asunto Kaj Lyyski y Umeå universitet, as. C-40/05.

²⁸ Sobre la exigencia de haber cursado un año de estudios en el Estado de nacionalidad para poder disfrutar de una beca para estudiar en otro Estado miembro: la STJCE de 23 de octubre de 2007, asunto Rhiannon Morgan (asunto C-11/06) y Bezirksregierung Köln, y Iris Bucher (asunto C-12/06) y Landrat des Kreises Düren.

²⁹ La STJCE de 13 de diciembre de 2007, asunto Comisión c. Luxemburgo, as. C-294/07.

³⁰ En este sentido: la STJCE de 29 de noviembre de 2007, asunto Comisión c. Luxemburgo, as. C-58/07; y la STJCE de 27 de septiembre de 2007, asunto Comisión c. Portugal, as. C-5/07.

³¹ En este sentido: la STJCE de 8 de noviembre de 2007, asunto Comisión c. Bélgica, as. C-3/07; y la STJCE de 27 de septiembre de 2007, asunto Comisión c. Portugal, as. C-4/07.

Estados miembros,³² y 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros.³³

Hay que destacar que la STJCE de 15 de noviembre de 2007, asunto Comisión c. España,³⁴ condena a nuestro país por la falta de transposición de la primera de las directivas indicadas.

LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJCE REFERIDOS AL RÉGIMEN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS QUE RESIDEN O TRABAJAN EN EL TERRITORIO DE LA UE HAN SIDO RELATIVAMENTE ESCASOS

Además de estos pronunciamientos, varias sentencias se refieren a la aplicación o interpretación de las disposiciones sobre derecho de establecimiento y derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena, contenidas en el Acuerdo de Asociación CEE-Turquía, firmado en Ankara el 12 de septiembre de 1963.³⁵ Entre estos asuntos, destacan especialmente los casos Ismail Derin y Murat Polat, ambos sustancialmente iguales. En ellos, el TJCE analiza los motivos por los que un ciudadano turco, reagrupado con sus padres en Alemania a temprana edad, residente en ese país desde entonces y con derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena con arreglo a lo previsto en el Acuerdo de Asociación CEE-Turquía y sus normas de aplicación, puede perder su derecho a residir en el Estado miembro en el que está establecido. El TJCE señala que los ciudadanos turcos que cumplen esos requisitos sólo pueden perder su derecho a residir por razones justificadas de orden público, seguridad o salud pública o en el caso de que abandonen el territorio del Estado miembro

³² En este sentido: la STJCE de 19 de abril de 2007, asunto Comisión c. Grecia, as. C-72/06.

³³ En este sentido: la STJCE de 6 de diciembre de 2007, asunto Comisión c. Luxemburgo, as. C-57/07.

³⁴ As. C-59/07.

por un período significativo sin motivo justificado. Los motivos de orden público que pueden provocar la pérdida de ese derecho de residencia se interpretan de idéntico modo que aquellos que permiten a los Estados miembros limitar la libre circulación de ciudadanos comunitarios,³⁶ de forma que sólo se dará esa circunstancia cuando el comportamiento personal del interesado constituya una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

Recurso contra la creación de la Agencia FRONTEX

La STJCE de 18 de diciembre de 2007, asunto Reino Unido c. Consejo,³⁷ resuelve el recurso de anulación planteado por el Reino Unido contra el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea la Agencia FRONTEX. Este pronunciamiento del TJCE tiene relevancia desde el punto de vista de la interpretación del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea y de la posible participación del Reino Unido e Irlanda en ciertos ámbitos del acervo Schengen. Antes de la creación de FRONTEX, el Reino Unido manifestó al Consejo su voluntad de participar en el Reglamento de creación de la Agencia. El Consejo negó al Reino Unido esa posibilidad fundando su decisión en el hecho de que ese país no había asumido el ámbito del acervo Schengen en el que se inscribía la creación de la Agencia, en concreto, el acervo relativo al cruce de las fronteras exteriores. Tras el análisis de las disposiciones correspondientes del Protocolo Schengen (artículos 4 y 5), el TJCE confirma la adecuación a derecho del actuar del Consejo señalando que el Reino Unido e Irlanda sólo pueden solicitar su participación en aquellas propuestas e iniciativas basadas en los ámbitos del acervo Schengen que hayan asumido.

³⁵ Sobre este acuerdo: la STJCE de 20 de septiembre de 2007, asunto Veli Tum, Mehmet Dari y Secretary of State for the Home Department, as. C-16/05; la STJCE de 18 de julio de 2007, asunto Ismail Derin c. Landkreis Darmstadt-Dieburg, as. C-325/05; y la STJCE de 4 de octubre de 2007, asunto Murat Polat c. Stadt Rüsselsheim, as. C-349/06.

³⁶ En este sentido, entre otras muchas: la STJCE de 23 de marzo de 2006 (Gran Sala), asunto Comisión c. Reino de Bélgica, as. C-408/03; y la STJCE de 27 de abril de 2006, asunto Comisión c. República Federal de Alemania, as. C-441/02.

Derechos de los ascendientes de ciudadanos comunitarios que son nacionales de terceros Estados

La STJCE Yunying Jia, de 9 de enero de 2007, analiza el concepto de familiar “a cargo”, que recoge el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios. Es de recordar que el precepto indicado de la Directiva, reconocía el derecho de ciertos familiares de ciudadanos comunitarios, que estuvieran ejerciendo su derecho de establecimiento en otro Estado miembro, a reunirse y residir con el ciudadano comunitario en ese Estado. Los familiares a los que la Directiva comunitaria reconocía ese derecho eran, esencialmente, el cónyuge y los hijos menores de 21 años del ciudadano comunitario o su pareja, y los ascendientes y descendientes del ciudadano comunitario o su cónyuge siempre que estuvieran a su cargo. A pesar de que la Directiva indicada fue derogada por la Directiva 2004/38/CE, esta última sigue reconociendo ciertos derechos de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros a los descendientes directos y los ascendientes directos a cargo de un ciudadano comunitario, su cónyuge o su pareja de hecho, por lo que el pronunciamiento del TJCE sigue manteniendo su vigencia.

En este asunto, el TJCE analizaba si la negativa de las autoridades suecas a conceder un permiso de residencia a la Sra. Yunying Jia, suegra de una ciudadana alemana que trabajaba por cuenta propia en ese país, era contraria a Derecho comunitario. Al presentar su solicitud de residencia, aportó una serie de documentos que probaban tanto sus vínculos con la ciudadana alemana, como su dependencia económica de ésta y de su hijo, casado con la primera. A pesar de ello, las autoridades suecas rechazaron su solicitud por cuanto estimaban que la dependencia

económica no había sido suficientemente probada. Planteado el asunto ante el TJCE, el Alto Tribunal señala que la noción de “familiar a cargo” debe comprenderse en el sentido de que esa persona ha de necesitar el apoyo material del ciudadano comunitario o de su cónyuge para subvenir a sus necesidades básicas en el Estado de origen en el momento en que se solicita el establecimiento con dicho ciudadano. A pesar de que la normativa comunitaria no indica qué documentos servirían para probar tal situación de dependencia, el TJCE señala que cualquier prueba será válida a esos efectos, siempre que sea adecuada para justificar la situación de dependencia reseñada.

Derecho al “reestablecimiento” en el país de origen de los ciudadanos comunitarios y sus familiares que sean nacionales de terceros Estados

El asunto Eind, de 11 de diciembre de 2007,³⁸ plantea una cuestión radicalmente distinta a la analizada en el asunto anterior y ciertamente novedosa en la jurisprudencia comunitaria. El caso no se centra en el derecho de los nacionales de terceros estados, familiares de un ciudadano comunitario, a entrar y residir con él en otro Estado miembro, sino en el derecho de esos mismos familiares a retornar con el ciudadano comunitario al Estado miembro del que éste es originario. Esta posibilidad no aparecía expresamente recogida en la normativa comunitaria que resultaba de aplicación al caso,³⁹ ni tampoco aparece expresamente recogida en la actual Directiva 2004/38/CE del Parlamento y el Consejo, de 29 de abril de 2004, que ha sustituido parcialmente las normas en vigor en el momento en que se produjeron los hechos objeto de estudio, de modo que el pronunciamiento del TJCE mantiene su relevancia.

El asunto Eind trae causa de la negativa del gobierno neerlandés a conceder un permiso de residencia a la hija

³⁷ As. C-77/05.

³⁸ La STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie y R.N.G. Eind, as. C-291/05.

³⁹ Puesto que los hechos tuvieron lugar antes de la adopción de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, las normas comunitarias que resultaban de aplicación al caso eran el Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, y la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990.

menor de un ciudadano de ese país que ostentaba la nacionalidad de Surinam. La cuestión adquiriría tintes transnacionales debido a que padre e hija habían residido, antes de volver al país del que era originario el padre, en el Reino Unido, donde la hija sí había recibido el estatus migratorio que le correspondía en su calidad de familiar de ciudadano comunitario. A pesar de ello, la solicitud presentada por la hija ante las autoridades neerlandesas no prosperó por cuanto el Sr. Eind, que padecía una enfermedad, no era una persona económica activa y no contaba, por tanto, con los recursos suficientes para que él y su familia no se convirtieran en una carga para el Estado. Teniendo en cuenta estos datos, el TJCE analiza, en primer lugar, si el Derecho comunitario garantiza el derecho de los ciudadanos comunitarios a volver a sus países de origen tras haberse asentado en otros Estados miembros, y si, en segundo lugar, de ese primer derecho cabe deducir un derecho de los familiares de éstos a reunirse con ellos en el país del que son originarios.

En relación con la primera cuestión, el TJCE reseña que el efecto útil de las disposiciones de los tratados que garantizan el derecho de los ciudadanos comunitarios a trabajar y residir en otros Estados miembros desaparecería si los ciudadanos que han ejercido ese derecho no se vieran reconocido el derecho a reestablecerse en su Estado de origen, de forma que no cabe sino reconocer que el derecho a retornar al Estado cuya nacionalidad ostentan no es sólo un derecho reconocido por el ordenamiento nacional, sino también un derecho garantizado por el Derecho comunitario. Esa primera afirmación sienta las bases para el siguiente razonamiento del TJCE: puesto que los ciudadanos comunitarios tienen un derecho *comunitario* a regresar a sus países de origen una vez ejercida su libertad de circulación, la posibilidad de que el Estado del que son originarios no reconozca a sus familiares el derecho a residir con ellos no puede entenderse sino como un obstáculo a la libre circulación de personas, en la medida en que el no reconocimiento de ese derecho puede tener un efecto disuasorio para aquellos ciudadanos comunitarios que planeen ejercer su libertad de circulación.

Teniendo en cuenta estos razonamientos, el TJCE reconoce el derecho de los familiares de un ciudadano comunitario, nacionales de terceros Estados, que hayan acompañado al ciudadano comunitario mientras éste ejercía su libertad de circulación, a reestablecerse con él en el Estado del que es nacional, siempre y cuando el familiar sea alguno de los expresamente reseñados en el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 (que se corresponde con el actual artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE). Además, subraya el TJCE que ese derecho no se hará depender del hecho de que el ciudadano comunitario esté económicamente activo, reconociéndose el derecho incluso cuando el ciudadano comunitario no esté ejerciendo una actividad económica real y efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, Eliseo. «Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes». En: VVAA. *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Vol. I.

ARAGÓN REYES, Manuel. «Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de extranjería». *Teoría y Realidad Constitucional*. No.7, 1er semestre 2001. P. 13 y ss.

ARAGÓN REYES, Manuel; ASENSI SABATER, José; BIGLINO CAMPOS, Paloma; CARRILLO LÓPEZ, Marc; PÉREZ CALVO, Alberto. «Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de extranjería». *Teoría y Realidad Constitucional*. No. 7, 1er semestre de 2001. P. 9-64.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre». *Teoría y Realidad Constitucional*. No. 7, 1er semestre 2001. P. 65-97.

GARCÍA ROCA, Javier. «La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos». En: REVENGA, Miguel (coord.) *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch y Giuffrè, edición conjunta, 2005. P. 71-108.

GARCÍA ROCA, Javier; DÍAZ CREGO, María. «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, Eliseo; ARANGO, Joaquín (eds.) *La inmigración en España en 2006. Anuario de inmigración y políticas de inmigración*. Barcelona: CIDOB, 2007. P. 180 y ss.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia. *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007

SALADO OSUNA, Ana. «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio». En: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (coord.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. P. 124 y ss.

SANTAMARÍA ARINAS, René. «Artículo 3. Prohibición de la tortura». En: LASAGABASTER HERRARTÍCULO, Iñaki (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Madrid: Thomson, Aranzadi, 2004. P. 73 y ss.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El derecho de asilo en la Constitución española*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

--- *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

--- «Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (Artículo 8 CEDH)». En: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (coods.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. P. 498 y ss.

SANTOLAYA Pablo; REVENGA, Miguel. *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ CREGO, María. *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.