

**María Díaz Crego**

Profesora ayudante. Doctora de la Universidad de Alcalá

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

- 1.** Introducción.
- 2.** Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- 3.** Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- 4.** Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## RESUMEN

El artículo hace balance de la jurisprudencia relacionada con el derecho de extranjería aprobada por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas durante el año 2009. En los dos primeros casos, el TC y el TEDH, las sentencias analizadas no presentan novedades relevantes. Por lo que se refiere al TJUE, se analizan varias sentencias que tratan por primera vez casos relativos a la controvertida Directiva de retorno (aprobada en junio de 2008) y a la normativa europea en materia de asilo. En estos dos casos la jurisprudencia analizada se centra, por un lado, en el régimen aplicable a los ciudadanos de la UE y familiares que ejerzan la libertad de circulación y residencia dentro de la Unión, y por el otro, en la legislación aplicable a ciudadanos de terceros países que pretenden

trabajar o residir en alguno de los estados miembros sin ningún vínculo previo con un nacional de la Unión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como en pasadas ediciones del Anuario, el objetivo de esta crónica es dar noticia de las principales sentencias adoptadas a lo largo del año 2009 por el Tribunal Constitucional (TC), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de extranjería. A diferencia de lo ocurrido otros años, la jurisprudencia del TC y del TEDH en la materia no presenta grandes novedades. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la jurisprudencia del TJUE, que ha resuelto varios asuntos novedosos referidos a la interpretación de la controvertida Directiva de retorno y a la normativa europea en materia de asilo.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del TC que incide en el ámbito del Derecho de extranjería no ha sido de particular interés a lo largo del año 2009. Más allá de reiterarse la jurisprudencia tradicional de nuestro TC sobre las inadmisiones *a limine* de las solicitudes de *habeas corpus* presentadas por extranjeros en situación irregular que habían sido privados de libertad<sup>1</sup> y de la aplicación al ámbito de la extranjería de la jurisprudencia constitucional sobre el cómputo de los plazos para impugnar actos desestimatorios presuntos por silencio administrativo,<sup>2</sup> la jurisprudencia constitucional se ha centrado en el análisis del artículo 89 del Código Penal español y en la configuración de los derechos a la integridad personal, a la vida familiar y a la tutela judicial efectiva como límites a la capacidad del Estado de expulsar o extraditar a no nacionales.

### **La aplicación del artículo 89 del Código Penal y la sustitución de ciertas penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional**

Las STC 72/2009, de 23 de marzo, y STC 110/2009, de 11 de mayo, se pronuncian sobre la aplicación del controvertido artículo 89 del Código Penal español a dos casos que presentan similitudes importantes. Ambos recurrentes habían sido condenados a una pena privativa de libertad in-

<sup>1</sup> En este sentido: SSTC 14/2009 y 15/2009, de 20 de enero de 2009 y STC 83/2009, de 30 de marzo. Sobre la jurisprudencia indicada: García Roca y Díaz Crego (2007).

<sup>2</sup> En la STC 149/2009, de 17 de junio de 2009, el TC señalaba que la inadmisión por extemporáneo de un recurso planteado contra un acto administrativo presunto que denegó la solicitud de autorización de residencia y trabajo planteada por el recurrente, habría vulnerado su derecho de acceso a la jurisdicción.

ferior a seis años. Sin embargo, en ejecución de sentencia, el juzgado competente acordó la sustitución de la pena privativa de libertad por su expulsión del territorio nacional, pese a la negativa de los interesados y al cumplimiento parcial de las penas privativas de libertad que les habían sido impuestas inicialmente. En ambos recursos se plantean así dos cuestiones de radical importancia desde el punto de vista de la aplicación del artículo 89 del Código Penal: si la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional mediante auto adoptado en fase de ejecución de sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos (art. 24 de la Constitución española, CE); si la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional una vez que se ha cumplido parte de la pena privativa de libertad no supone, de hecho, la acumulación de dos penas, lo que sería contrario al principio de legalidad penal (art. 25 CE).

En la STC 110/2009, siguiendo la línea ya marcada por la STC 145/2006, de 8 de mayo, el TC parece pronunciarse únicamente sobre el primero de estos argumentos, dejando irresuelto el segundo. En este sentido, el Alto Tribunal recuerda su jurisprudencia sobre el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos, indicando que ese derecho garantiza que, durante la ejecución de las resoluciones judiciales, el tribunal competente no altere o se aparte del fallo, realizando una interpretación del mismo que sea arbitraria, irrazonable o que incurra en error patente. En el caso objeto de estudio, entiende el TC que la interpretación del fallo realizada por el juzgado fue irrazonable, en la medida en que el artículo 89 del Código Penal, que el juzgado utilizó como base para justificar la sustitución de la pena, no permite la adopción de semejante decisión en fase de ejecución de sentencia, exigiendo que la sustitución se acuerde en la propia sentencia condenatoria para aquellos extranjeros que no residan legalmente en nuestro país y hayan sido condenados a una pena privativa de libertad inferior a seis años. La sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional en fase de ejecución de sentencia solo procedería para aquellos extranjeros que hayan sido condenados a una pena privativa de libertad superior a seis años y siempre a petición del Ministerio Fiscal.

Por su parte, la STC 72/2009 se limita a resolver una cuestión procesal sin entrar en el fondo del asunto planteado. Sin embargo, esa cuestión formal parece de notable importancia, ya que,

**EL TJUE HA RESUELTO VARIOS ASUNTOS NOVEDOSOS REFERIDOS A LA INTERPRETACIÓN DE LA CONTROVERTIDA DIRECTIVA DE RETORNO Y A LA NORMATIVA EUROPEA EN MATERIA DE ASILO**

en el caso que fue objeto de estudio por el TC, el tribunal que se pronunció sobre el recurso de apelación formulado por el afectado contra el auto que acordaba su expulsión del territorio nacional en sustitución de la pena privativa de libertad que inicialmente le había sido impuesta, se limitó a indicar que el recurso había quedado vacío de contenido por causa sobrevenida porque el afectado había sido ya expulsado del territorio nacional. El TC consideró que la negativa del tribunal de apelación a pronunciarse sobre el fondo del asunto habría violado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, ya que ese derecho conlleva un derecho de las partes a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo del litigio, excepto en aquellos supuestos en que la legislación procesal contemple una causa que justifique la inadmisión. Sin embargo, el Alto Tribunal entendía que, en el caso objeto de estudio, no podía considerarse una causa legal de inadmisión la ejecución de la resolución de expulsión, que no era motivo suficiente para entender que el recurso quedaba vacío de contenido, ya que la expulsión no podía considerarse irreversible, había sido acordada por un plazo de diez años, y, además, en el recurso se alegaba la posible vulneración de un derecho fundamental, lo que requería una respuesta motivada sobre el fondo. El TC adoptaba así una posición marcadamente garantista, mediante la que se aseguraba la completa revisión judicial de las decisiones de expulsión adoptadas sobre la base del artículo 89 del Código Penal.

### **La vida familiar de los extranjeros como límite a las resoluciones de expulsión del territorio nacional**

Las STC 140/2009, de 15 de junio, y STC 212/2009, de 26 de noviembre, analizan una cuestión jurídica escasamente original en la jurisprudencia del TEDH, pero que plantea un dilema curioso en el caso español, debido a la reiterada negativa de nuestro TC a asociar el derecho de los extranjeros a vivir en familia con el derecho a la intimidad familiar, reconocido en el artículo 18 CE.<sup>3</sup>

En los asuntos indicados, los recurrentes en amparo son dos extranjeros que fueron expulsados de nuestro país por carecer de documentación acreditativa de su identidad y su residencia legal en España. Durante el procedimiento administrativo y, posteriormente, en vía contencioso-administrativa, los recurrentes opusieron a la decisión de expulsión su arraigo en nuestro país. En el primer caso, el recurrente afirmaba que estaba inscrito en el Registro municipal de parejas estables no casadas del Ayuntamiento de Pamplona con una persona poseedora de su segunda tarjeta de residencia, y que tenía cuatro hijos en común con esa persona, todos ellos menores

---

<sup>3</sup> Entre otras: STC 236/2007, de 7 de noviembre. Sobre el tratamiento de la cuestión por el TC, véase Santolaya (2004).

de edad y escolarizados en instituciones de enseñanza pública de Pamplona. En el segundo caso, el recurrente señalaba haber vivido en España durante más de diez años, tener una pareja estable con autorización para residir en España y ser padre de un niño nacido en España, que estaba escolarizado en nuestro país. Por esos motivos, en ambos casos se solicitaba que se les impusiera una multa, en lugar de la sanción de expulsión del territorio nacional, por la infracción administrativa cometida.

A pesar de las alegaciones de los recurrentes, tanto la Administración Pública como los tribunales españoles confirmaron la decisión de expulsión del territorio nacional. Los recurrentes acudieron entonces al TC al considerar que tanto las resoluciones administrativas de expulsión como las decisiones judiciales que las confirmaron carecerían de motivación suficiente, ya que no habrían tenido en cuenta sus circunstancias familiares, vulnerando así su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En el caso resuelto por la STC 140/2009, el TC atendió las alegaciones del recurrente, considerando vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. Señalaba el Alto Tribunal que, en el ejercicio de su potestad sancionadora, la Administración no solo debe fundamentar los hechos y su calificación jurídica, sino también la sanción concreta impuesta, en la medida en que solo esa motivación permite el control posterior de la ausencia de arbitrariedad en el ejercicio de la potestad sancionadora. El TC destacaba que, en el caso objeto de estudio, ni la Administración ni los tribunales justificaron la adopción de la sanción de expulsión, que no hicieron referencia a la situación familiar constantemente alegada por el recurrente, y que esa circunstancia era particularmente relevante porque la CE señala que los poderes públicos asegurarán la protección de la familia (art. 39 CE) y porque el texto constitucional remite a los textos internacionales en materia de derechos humanos (art. 10.2 CE), siendo de especial trascendencia la continua jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida familiar de los extranjeros, así como lo previsto en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, que señala que todas las medidas que conciernan a los niños deben tener como consideración primordial el interés superior del menor. Ninguno de esos argumentos fue tenido en cuenta por la resolución administrativa y las sentencias que resolvieron sobre la expulsión del recurrente, por lo que debía considerarse que ambas decisiones vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución motivada.

En la STC 212/2009, el razonamiento del tribunal llevaba a los resultados opuestos. En el caso objeto de estudio, tanto la Administración como los tribunales españoles valoraron las alegaciones del recurrente sobre su situación de arraigo y sus circunstancias familiares. No obstante,

tuvieron en cuenta que el recurrente había solicitado en dos ocasiones una autorización de residencia y trabajo en nuestro país y que, en ambos casos, había recibido una respuesta negativa y que, además, había sido objeto de varias detenciones por delitos graves, lo que demostraba su conducta antisocial en nuestro país. Para el TC, los motivos aducidos por los tribunales permitían conocer el porqué de la decisión administrativa de expulsión, teniendo en cuenta de forma suficiente las circunstancias del caso. Sin embargo, claro está, el TC nada indicaba sobre la cuestión de fondo que se resolvía, esto es, sobre si la decisión de expulsión vulneraba o no el derecho a la vida familiar del recurrente, en la medida en que tal posibilidad parece vetada por la constante jurisprudencia del TC que ubica la protección de la vida familiar de nacionales y extranjeros en el artículo 39 CE y, por tanto, en un precepto que no protege derechos amparables.

### **Integridad personal y derecho a la tutela judicial efectiva como límites a la ejecución de euroórdenes**

La STC 199/2009, de 28 de septiembre, se pronuncia sobre una cuestión de extraordinaria relevancia desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea y su eficacia en los estados miembros, pero que también presenta notable interés desde el punto de vista del Derecho de extranjería, en la medida en que se sientan ciertos límites a la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega (euroórdenes), relacionados con el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros que van a ser objeto del procedimiento de entrega.

En el caso objeto de estudio, el recurrente en amparo era un ciudadano británico, condenado a una pena privativa de libertad de cuatro años en Rumania, y que iba a ser entregado a este país para el cumplimiento de su condena. En el procedimiento para la ejecución de la euroorden, iniciado ante los tribunales españoles, el recurrente señaló que, en caso de ser extraditado, existía un riesgo cierto de sufrir tratos inhumanos y degradantes en las cárceles rumanas por su condición de homosexual (art. 15 CE) y que, además, su condena se habría producido en ausencia, de modo que los tribunales rumanos no habrían respetado su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de defensa (art. 24 CE). A pesar de ello, las sucesivas instancias acordaron la entrega del recurrente a Rumania.

El TC, sin apenas hacer referencia a las especificidades que deberían derivarse de la ejecución de una euroorden –lo que critican claramente los dos magistrados que emitieron un voto particular–, considera que en el caso analizado no existe un temor racional y fundado que permita sostener que el recurrente será objeto de tratos inhumanos o degradantes en caso de ser entregado a las autoridades rumanas. En este sentido, el Tribunal destaca que las alegaciones del

recurrente al respecto están ayunas de todo sostén probatorio, ya que el recurrente se habría limitado a realizar afirmaciones genéricas sobre la situación en su país, que no estarían acreditadas de modo alguno y no se relacionarían directamente con su persona, en la medida en que el recurrente solo hacía referencia a su condición de homosexual, sin probar que las personas con esa orientación sexual sean objeto de una específica persecución en Rumania.

No obstante, el TC sí admitía el segundo argumento alegado por el recurrente, al considerar que la falta de condicionamiento de su entrega a la revisión de la sentencia condenatoria, dictada en ausencia y con la simple comparecencia de un abogado apoderado por el recurrente al efecto, habría vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de defensa. En relación con esta cuestión, el TC hacía referencia a la importancia que tiene la presencia física del acusado en la vista oral del proceso penal, destacando que solo a través de esa presencia «puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por estos, y puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del letrado». La relevancia de esta participación del acusado en el proceso es destacada, según el TC, por la jurisprudencia del TEDH, de la que se derivaría la necesidad de que el acusado esté presente físicamente en el acto del juicio oral para entender salvaguardado su derecho a la defensa. Por ello, el TC considera vulnerado el derecho del recurrente, que no habría podido ejercer su derecho de defensa en el juicio oral, y cuya entrega a las autoridades rumanas debería haberse vinculado a la posible revisión de la sentencia dictada en su ausencia.

A pesar de la vinculación que el TC realiza con la jurisprudencia del TEDH, los votos particulares señalaron que el recurrente fue correctamente citado para su comparecencia en el juicio y que compareció por medio de representante, de modo que no podría afirmarse que fue juzgado en rebeldía, sino en ausencia; cuestión que, en su opinión, impediría considerar vulnerado el derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH), según la jurisprudencia del TEDH. Esta última cuestión parece de extraordinaria relevancia para el caso objeto de estudio, en la medida en que la jurisprudencia del TEDH reconoce la importancia de la asistencia personal del acusado en el acto de la vista oral para garantizar el derecho de defensa, pero ha señalado que la ausencia del mismo no siempre implica la violación de ese derecho, ya que no podría entenderse violado el derecho si la ausencia del acusado se derivara de su intención de sustraerse a la justicia o de su voluntad de renunciar a ejercer su derecho, con un conocimiento suficiente de las consecuencias que se deriven de esa renuncia.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Entre otras: STEDH Aliykov c. Bulgaria, de 3 de diciembre de 2009. Sobre esta jurisprudencia, véase Arangüena Fanego (2009: 317 y ss.)



### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A lo largo del año analizado, la jurisprudencia del TEDH sobre extranjería ha girado en torno a los artículos 3, 5, 6, 7, 8, 14 y 34 CEDH. Sin lugar a dudas, de entre estas sentencias, procede destacar el asunto Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009, en el que el TEDH apoyaba la decisión de las autoridades belgas de sancionar a un parlamentario por incitar a la xenofobia en relación con los extranjeros. En este asunto, el TEDH consideraba que la decisión de las autoridades belgas de sancionar al diputado de su país, perteneciente al Frente Nacional, por manifestaciones xenófobas y racistas, referidas al conjunto de los extranjeros del país y reproducidas durante la campaña electoral belga, no vulneraba la libertad de expresión del parlamentario. El TEDH destacaba así que la injerencia en la libertad de expresión del diputado estaba prevista legalmente, perseguía un objetivo legítimo, y debía considerarse necesaria en una sociedad democrática, en la medida en que las manifestaciones del representante inducían claramente al odio contra el colectivo de los extranjeros y habían sido vertidas durante la campaña electoral, lo que provocó una mayor difusión de las mismas entre la opinión pública. El TEDH hacía así especial hincapié en la especial responsabilidad que tienen los personajes políticos, máxime si se convierten en cargos públicos electos, en evitar cualquier discurso que preconice la discriminación y el odio racial y en defender la democracia y sus principios y justificaba, de acuerdo con ello, la sanción impuesta al diputado. El TEDH adoptaba así un posicionamiento que podrá llegar a tener una notable relevancia si continúa el auge de los partidos xenófobos en toda Europa.

#### **EL TEDH APOYABA LA DECISIÓN DE LAS AUTORIDADES BELGAS DE SANCIONAR A UN PARLAMENTARIO POR INCITAR A LA XENOFOBIA EN RELACIÓN CON LOS EXTRANJEROS**

Además del caso Féret, debemos destacar especialmente el contenido del asunto Gurguchiani c. España, de 15 de diciembre de 2009, en el que se condena a España por la aplicación del artículo 89 de nuestro Código Penal de forma contraria al principio de irretroactividad de la norma sancionadora desfavorable; y de los asuntos Andrejeva c. Letonia, de 18 de febrero de 2009, Zeïbek c. Grecia, de 9 julio de 2009, Bigaeva c. Grecia, de 28 de mayo de 2009 y Anakomba Yula c. Bélgica, de 10 de marzo de 2009, en los que el TEDH identifica la nacionalidad y la residencia irregular como motivos prohibidos de discriminación en el marco del artículo 14 CEDH.

## **El derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) y las condiciones de detención en centros de internamiento de extranjeros**

En línea con su jurisprudencia habitual en la materia, en los asuntos *Tabesh c. Grecia*, de 26 de noviembre de 2009 y *S.D. c. Grecia*, de 11 de junio de 2009, el TEDH condena a Grecia por las condiciones de detención de varios extranjeros que, en espera de que se ejecutara una resolución de expulsión del país, habían sido detenidos por las autoridades griegas y reclusos en dependencias que no cumplían los criterios mínimos de dignidad y respeto de los derechos de los detenidos impuestos por el artículo 3 CEDH. El TEDH destaca así que varios informes del Comité Europeo contra la tortura y del propio Defensor del Pueblo griego señalaban que los extranjeros que eran objeto de procedimientos de expulsión en Grecia eran reclusos en centros de detención policiales, pensados para estancias cortas, en los que dormían hacinados, en condiciones higiénicas lamentables, no disponían de la posibilidad de salir al aire libre y realizar actividades físicas, y contaban con apenas 5 euros diarios para comer, sin que el propio centro se hiciera cargo de su nutrición, más allá de facilitarles los alimentos del exterior que pudieran comprar con esa cantidad. Desde el punto de vista del TEDH, esas condiciones sanitarias, higiénicas y de hacinamiento alcanzan el nivel de gravedad suficiente para ser consideradas tratos degradantes, constatándose la violación del artículo 3 CEDH.

## **El derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) como límite a la expulsión de ciudadanos extranjeros**

Como ya viene siendo habitual en las ediciones de este Anuario, un importante número de los asuntos resueltos por el TEDH que tienen relevancia desde el punto de vista de los derechos de los extranjeros se centra en analizar las circunstancias en las que la expulsión de un extranjero hacia un determinado Estado puede suponer una vulneración del artículo 3 CEDH.<sup>5</sup> En este sentido, el TEDH ha reiterado que la expulsión o extradición de un extranjero hacia un Estado respecto del cual haya datos serios y fundados que permitan deducir la existencia de un riesgo real de que la persona sufra torturas o tratos inhumanos y degradantes vulnera el artículo 3 CEDH. Para valorar la existencia de ese riesgo, el TEDH deberá tener en cuenta tanto los datos sobre el país de origen como la situación personal del extranjero. No obstante, deberá ser este el que pruebe la existencia de un riesgo real de sufrir tratos contrarios al Convenio en caso de expulsión.

---

<sup>5</sup> Además de los indicados en el resto de notas a pie de este epígrafe, véase *STEDH Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, de 22 de septiembre de 2009.

A partir de esta jurisprudencia, numerosos asuntos resueltos por el TEDH han valorado la situación general del país de destino del demandante –extraída de las fuentes más variopintas– en relación con los datos personales del mismo, a fin de determinar si, de la conjunción de ambos elementos, podía deducirse la existencia de un riesgo real de que el demandante sufriera tratos contrarios al Convenio en caso de ser expulsado del país. Así ocurría, por ejemplo, en una larga serie de asuntos dirigidos contra Italia<sup>6</sup> y Francia,<sup>7</sup> en los que el TEDH valoraba textos de los más diversos organismos nacionales e internacionales –Naciones Unidas, Amnistía Internacional, Departamento de Estado de los Estados Unidos, Ministerio del Interior británico– para confirmar la existencia de un temor serio y real de que los demandantes, todos ellos asociados al terrorismo internacional, sufrieran tratos contrarios al Convenio en caso de ser expulsados hacia Túnez o Argelia, en la medida en que quedaba constatada la práctica habitual de los servicios de seguridad de esos dos países de maltratar y torturar a los sujetos relacionados con el terrorismo internacional. Lo mismo ocurría en el asunto *Koktysh c. Ucrania*, de 10 de diciembre de 2009, en el que el TEDH consideraba violado el artículo 3 CEDH en un asunto en el que el demandante alegaba que, en caso de ser extraditado hacia Bielorrusia, su país de origen, sería juzgado por homicidio, existiendo una posibilidad cierta de que se le denegara justicia y se le condenara a la pena capital.

A pesar de que el TEDH valora siempre la situación en el país de origen y las características personales del demandante antes de determinar si concurre el riesgo real indicado, en el asunto *F.H. c. Suecia*, de 20 de enero de 2009, el TEDH indicaba que, aunque la expulsión de una persona hacia un Estado envuelto en una situación de violencia generalizada no determina normalmente la violación del artículo 3 CEDH, no se excluye la posibilidad de que el contexto general de violencia en un país pueda ser de suficiente intensidad como para determinar la violación del artículo 3 CEDH en caso de ser utilizado como país de destino de una expulsión. Sin embargo, esa posibilidad solo parece poder constatarse en casos extremos de violencia generalizada, en los que existiría un riesgo real de sufrir malos tratos por el simple hecho de ser expulsado hacia el país. Aunque el TEDH no aplica esta jurisprudencia al caso objeto de estudio, al considerar que la situación en Irak no era de la suficiente gravedad como para no deber valo-

<sup>6</sup> Los asuntos indicados son: *SSTEDH Soltana c. Italia*, de 24 de marzo de 2009; *Abdelhedi c. Italia*, de 24 de marzo de 2009; *O. c. Italia*, de 24 de marzo de 2009; *Darraj c. Italia*, de 24 de marzo de 2009; *Hamraoui c. Italia*, de 24 de marzo de 2009; *Ben Salah c. Italia*, de 24 de marzo de 2009; *C.B.Z. c. Italia*, de 24 de marzo de 2009; *Sellem c. Italia*, de 5 de mayo de 2009. El asunto *Ben Khemais c. Italia*, de 24 de febrero de 2009, presenta ciertas especificidades, en la medida en que se condena a Italia a pesar de que el demandante ya había sido expulsado hacia Túnez.

<sup>7</sup> *STEDH Daoudi c. Francia*, de 3 de diciembre de 2009.

rar las circunstancias personales del solicitante, parece claro que la jurisprudencia del TEDH abre un resquicio para la declaración de la violación del artículo 3 CEDH sin necesidad de que se pruebe la individualización de la amenaza.

### **Libertad personal de los extranjeros (art. 5.1.f) CEDH) y reclusión con la finalidad de expulsarlos o extraditarlos hacia terceros países**

En varios asuntos de los analizados a lo largo del año 2009, el TEDH estudia la posibilidad de que la detención de ciudadanos extranjeros con miras a ser expulsados o extraditados o para prevenir su entrada ilegal en el país vulnere el artículo 5.1.f) CEDH.<sup>8</sup> En todos esos asuntos, el TEDH recuerda su jurisprudencia reiterada en virtud de la cual el artículo 5.1.f) CEDH no exige la aplicación del test de necesidad a la privación de libertad de un extranjero, de modo que estos pueden ser privados de libertad cuando esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición y aunque su detención no sea necesaria.

Sin embargo, el asunto *A. y otros c. Reino Unido*, de 19 de febrero de 2009,<sup>9</sup> parece proponer una interpretación notablemente restrictiva de este primer requisito, en la medida en que no será suficiente la simple alegación de las autoridades nacionales de que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición para justificar la privación de libertad de un extranjero. Efectivamente, el asunto indicado tenía su origen en la decisión de las autoridades británicas de internar a varios extranjeros, sospechosos de pertenecer a elementos terroristas, en prisiones y hospitales de máxima seguridad durante períodos de tiempo que llegaron a superar los tres años. El Reino Unido justificaba la privación de libertad de los recurrentes señalando su intención de expulsarlos hacia sus países de origen. A pesar de ello, el TEDH destacaba que las autoridades británicas sabían desde un principio que no existía una posibilidad real de expulsarlos hacia un país en el que no sufrieran tratos contrarios al artículo 3 CEDH, de modo que no podía afirmarse que su privación de libertad se justificara por estar en curso un procedimiento de expulsión contra ellos, ya que tal expulsión no era factible por distintos motivos. El TEDH adoptaba así una posición garantista, que impediría a los estados parte invocar formalmente uno de los motivos de privación de libertad fijados en el artículo 5.1.f) CEDH si la privación de libertad no persigue una de las finalidades fijadas en el Convenio.

---

<sup>8</sup> En este sentido, además de las que se citan en el cuerpo del texto: SSTEDH *Nolan y K. C. Rusia*, de 12 de febrero de 2009; S.D. c. *Grecia*, de 11 de junio de 2009; *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, de 22 de septiembre de 2009.

<sup>9</sup> En línea con esta jurisprudencia, véase también STEDH *Mikolenko c. Estonia*, de 8 de octubre de 2009.

Además, la jurisprudencia del TEDH ha señalado de forma reiterada que las exigencias del Convenio no se cumplen con la simple concurrencia de uno de los motivos que justifican la privación de libertad de un extranjero bajo el artículo 5.1.f) CEDH. Ese precepto también exige que la privación de libertad del extranjero sea «regular», esto es, se adecue a lo previsto por el ordenamiento interno y proteja al extranjero de cualquier arbitrariedad. Para ello, la normativa interna no solo habrá de respetar los criterios de previsibilidad y accesibilidad habitualmente indicados por la jurisprudencia del TEDH, sino que, además, su aplicación deberá realizarse de buena fe; deberá vincularse 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; su detención deberá realizarse en un lugar apropiado y, además, su duración no podrá exceder del plazo razonablemente necesario para alcanzar el fin perseguido.

El asunto *Hokic y Hrustic c. Italia*, de 1 de diciembre de 2009, se centró en el análisis de la exigencia de regularidad antes indicada, pero estudiándola desde una perspectiva un tanto original; en concreto, desde el estudio de la posibilidad de considerar vulnerado el artículo 5 CEDH cuando se privara de libertad a un extranjero sobre la base de una resolución administrativa de expulsión que fuera posteriormente anulada. En el caso objeto de estudio, los recurrentes, dos extranjeros de etnia romaní y origen bosnio, fueron detenidos por las autoridades italianas tras constatar que carecían de un permiso de residencia válido para permanecer en el país, iniciándose un procedimiento para expulsarlos del mismo. Tras permanecer más de un mes retenidos, uno de los recursos que plantearon contra la resolución de expulsión fue estimado, anulándose la resolución. Los recurrentes planteaban así si su retención durante más de un mes sobre la base de una resolución de expulsión que fue anulada posteriormente por los tribunales internos no habría vulnerado su libertad personal. Para resolver tal cuestión y determinar si existía un procedimiento de expulsión en curso contra los recurrentes, el TEDH señalaba que era necesario establecer una distinción entre las resoluciones que permiten la detención de una persona, pero son manifiestamente inválidas, de aquellas que son *prima facie* válidas y eficaces, pero son posteriormente anuladas por una resolución interna. Las primeras conducirían a declarar necesariamente la violación del artículo 5 CEDH, mientras que no ocurriría lo mismo con las segundas. En este sentido, el TEDH valora que la resolución de expulsión acordada por las autoridades italianas fue adoptada por las autoridades competentes, siguiendo el procedimiento previsto en el ordenamiento interno y que la irregularidad por la que fue anulada no era grave y manifiesta, de modo que estaríamos ante una resolución *prima facie* válida y eficaz, que no habría vulnerado la libertad personal de los recurrentes.

Finalmente, la jurisprudencia del TEDH también ha incidido durante el año 2009 en el elemento temporal del internamiento. En el asunto *Tabesh c. Grecia*, de 26 de noviembre 2009, el TEDH

imponía a las autoridades de los estados parte ciertas exigencias de diligencia a la hora de tramitar los procedimientos de expulsión de extranjeros. En este sentido, el TEDH señalaba que el internamiento de un extranjero a fin de ser expulsado de Grecia se había excedido del plazo razonablemente necesario para alcanzar el fin perseguido, en la medida en que no fue expulsado del país antes de que venciera el plazo máximo de internamiento previsto en el ordenamiento interno –tres meses– porque carecía de documentos válidos de viaje, pero la falta de expulsión se debió básicamente a la inactividad de las autoridades internas, que no desarrollaron actividad alguna tendente a facilitar la expulsión, a pesar de la voluntad de cooperar manifestada por el propio afectado. La medida del plazo razonable de duración del internamiento de un extranjero a efectos de su expulsión parece depender, por tanto, de elementos relativos, que probablemente no solo se relacionarán con la diligencia desplegada por las autoridades nacionales, sino también con la voluntad cooperadora del extranjero y otras circunstancias que puedan incidir en la ejecución de la medida de expulsión.

### **El principio de legalidad penal (art. 7 CEDH) y la aplicación del artículo 89 del Código Penal español**

El artículo 89 del Código Penal es el protagonista de la única condena que el TEDH impuso a nuestro país a lo largo del año 2009 en materia de extranjería. En el asunto Gurguchiani c. España, de 15 de diciembre de 2009, el TEDH condenaba a España por violación del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables en la aplicación del artículo 89 del Código Penal. El caso traía causa de la modificación del artículo 89 del Código Penal que se produjo en el año 2003. Gracias a esa reforma, se pasó de un sistema en el que el juzgado de ejecución penal podía decidir sobre la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros que residieran irregularmente en nuestro país por la sanción de expulsión, a un sistema en el que el juez que dictaba la sentencia condenatoria estaba obligado a prever tal sustitución, excepto cuando concurrieran circunstancias excepcionales.

La aplicación de este precepto del Código Penal sigue provocando notable casuística, como manifiestan las dos sentencias de nuestro TC ya analizadas. Sin embargo, el asunto Gurguchiani se limita a plantear un problema de Derecho transitorio, ya que el TEDH condenaba a España por la aplicación retroactiva de la versión actual del artículo 89 del Código Penal a una persona que había sido sancionada a una pena privativa de libertad de un año y medio en el año 2002, esto es, antes de la entrada en vigor del nuevo precepto. El TEDH destacaba así que la nueva regulación era notablemente más gravosa que la vigente antes del año 2003 y que, a pesar de

ello, los tribunales españoles acordaron la expulsión del Sr. Gurguchiani sobre la base del nuevo precepto legal, vulnerando el principio de irretroactividad. Sorprendía que el asunto hubiera pasado previamente por el TC, que inadmitió el recurso de amparo porque consideró que los tribunales españoles habían aplicado la legislación vigente antes del 2003 y, por tanto, no habían hecho una aplicación retroactiva de normas sancionadoras desfavorables. Sin embargo, el TEDH resalta que el tribunal español que resolvió sobre la expulsión del recurrente se pronunció sin oír al recurrente, acordando una prohibición de expulsión de diez años –tal y como exigía la nueva ley– y sin justificar su decisión, procediendo de manera casi automática a acordar la expulsión, tal y como también preveía el nuevo precepto legal.

### **El derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) como límite a la expulsión de ciudadanos extranjeros**

En numerosos de los asuntos resueltos por el TEDH durante el año analizado,<sup>10</sup> el Alto Tribunal recuerda su jurisprudencia habitual sobre los límites a la expulsión/extradición de ciudadanos extranjeros que se derivan del reconocimiento del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Señala así que, aunque los extranjeros son titulares del derecho a la vida privada y familiar y su expulsión del país en el que han desarrollado lazos sociales y residen sus familiares puede considerarse una injerencia en el derecho, esa injerencia puede justificarse siempre que persiga un objetivo legítimo y sea necesaria en una sociedad democrática. Recuerda así el TEDH que los extranjeros, por mucho que hayan alcanzado un alto nivel de integración en la sociedad de acogida, no pueden ser tratados del mismo modo que los nacionales en lo que se refiere a la posibilidad de ser expulsados del país en que residen. En este sentido, y a fin de valorar la proporcionalidad de una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar de un extranjero, el TEDH recuerda que deben tenerse en cuenta una serie de criterios, ya enunciados en los asuntos *Boultif* y *Üner* y analizados en pasadas ediciones de este Anuario (véase en este sentido García Roca y Díaz Crego, 2008).

A pesar de la reiteración de esta jurisprudencia, hay que destacar que su aplicación al caso concreto sigue sin parecer consistir, en tanto que no permite predecir de forma clara cuándo el TEDH considerará vulnerado el derecho reconocido en el artículo 8 CEDH. En parte de los casos analizados, el TEDH desestima las alegaciones de los demandantes porque estos habían come-

<sup>10</sup> En este sentido: S TEDH *Grant c. Reino Unido*, de 8 de enero de 2009; STEDH *Nolan y K. C. Rusia*, de 12 de febrero de 2009; Onur c. Reino Unido, de 17 de febrero de 2009; *Cherif y otros c. Italia*, de 7 de abril de 2009; *Omojudi c. Reino Unido*, de 24 de noviembre de 2009.

tido delitos graves en el Estado parte y mantenían vínculos con el país de origen o podían razonablemente reconstruir su vida en él.<sup>11</sup> Sin embargo, hay algunos casos que llaman especialmente la atención, como por ejemplo, el asunto Grant c. Reino Unido, de 8 de enero de 2009, en el que el TEDH no consideraba vulnerado el derecho a la vida familiar de un ciudadano jamaiicano, expulsado del Reino Unido tras haber residido en el país por un período de treinta y cuatro años, haber contraído matrimonio en el mismo y haber criado en él a cuatro hijos, que poseían la nacionalidad británica. A pesar del notable arraigo familiar del interesado, el TEDH valoraba sus numerosas condenas –por delitos menores– y señalaba que estaba divorciado, que podía seguir manteniendo contactos con sus hijos a través de medios telemáticos y telefónicos, que conocía el idioma del país de origen y mantenía algún contacto lejano en el país; motivos suficientes, según el TEDH, para no considerar vulnerado su derecho a la vida familiar.

## EL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL ES EL PROTAGONISTA DE LA ÚNICA CONDENA QUE EL TEDH IMPUSO A NUESTRO PAÍS A LO LARGO DEL AÑO 2009 EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

### **Las garantías asociadas al derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH) y las decisiones adoptadas en materia de extranjería**

Siguiendo su jurisprudencia habitual en la materia, el TEDH recordaba en los asuntos Darraji c. Italia, de 24 de marzo de 2009, y Ben Salah c. Italia, de 24 de marzo de 2009, que las garantías asociadas al debido proceso (art. 6 CEDH) no son aplicables al ámbito de la extranjería, en concreto, a las decisiones relativas a la entrada, la residencia o el alejamiento de extranjeros de los estados parte del Convenio, en la medida en que esas decisiones no se referirían a derechos y obligaciones de carácter civil y tampoco a una acusación penal. En relación con las decisiones de expulsión, sin embargo, el sistema construido en torno al Convenio garantiza ciertas exigencias de procedimiento, pero estas están contenidas expresamente en el artículo 1 del Protocolo núm. 7.

### **El derecho a no ser discriminado (art. 14 CEDH) y la consideración de la nacionalidad y el estatus migratorio como motivos prohibidos de discriminación**

A lo largo del año 2009, el TEDH ha debido pronunciarse en varias ocasiones sobre la supuesta vulneración del artículo 14 CEDH en relación con algún otro derecho reconocido en el Convenio

---

<sup>11</sup> En este sentido: SSTEDH Onur c. Reino Unido, de 17 de febrero de 2009; Cherif y otros c. Italia, de 7 de abril de 2009.



en casos en que la diferencia de trato afectaba de modo específico a ciudadanos extranjeros, bien porque se fundaba únicamente en la nacionalidad, bien porque tenía su origen en el estatus migratorio del extranjero. En relación con la primera cuestión son particularmente significativos los asuntos Andrejeva c. Letonia, de 18 de febrero de 2009, Zeïbek c. Grecia, de 9 julio de 2009 y Bigaeva c. Grecia, de 28 de mayo de 2009; asuntos que el TEDH resuelve en sentidos muy distintos, a pesar de que aplica, en ambos casos, su jurisprudencia sobre la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad.<sup>12</sup>

En el primer caso, la Sra. Andrejeva, nacida en Kazajstán, sin nacionalidad y residente permanente en Letonia desde los doce años, alegaba haber sufrido una discriminación por razón de nacionalidad en relación con el cálculo de su pensión de jubilación. La demandante había trabajado en Letonia durante 17 años. Sin embargo, no se le había reconocido el tiempo trabajado en empresas situadas fuera de Letonia a efectos de la cuantificación de su pensión de viudedad, ya que según la legislación letona sobre la seguridad social, el cálculo de la pensión de jubilación solo tenía en cuenta el tiempo trabajado fuera del país para los letones, pero no para los no nacionales. La recurrente señalaba así que el reconocimiento de tal diferencia de trato entre nacionales y residentes no nacionales sería contrario al derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1), en relación con el derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad (art. 14 CEDH).

Tras considerar la prestación litigiosa como un bien patrimonial protegido (Cousins (2008: 17 y ss) por el derecho al disfrute de los propios bienes (art. 1 del Protocolo adicional al Convenio), el TEDH aplicaba su jurisprudencia habitual sobre el derecho a no ser discriminada a la diferencia de trato por razón de nacionalidad alegada por la Sra. Andrejeva (un análisis muy detallado de esta jurisprudencia puede encontrarse en Mjöll Arnardóttir, 2003). El Alto Tribunal indicaba así que el artículo 14 CEDH no prohíbe toda diferencia de trato, sino solo aquellas que no se justifiquen de forma objetiva y razonable. Sin embargo, el test de proporcionalidad indicado no es igual de riguroso en todos los casos, siendo más estricto en relación con ciertas categorías, que el TEDH considera sospechosas de discriminación, como sería el caso de la nacionalidad (Díaz Crego, 2010: 131 y ss.). De este modo, recordaba el TEDH que solo «motivos muy poderosos» podían justificar una diferencia de trato exclusivamente fundada en la nacionalidad de la persona.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Esta línea de jurisprudencia comienza con la STEDH Gaygusuz c. Austria, de 31 de agosto de 1996.

<sup>13</sup> En la versión en francés, el TEDH hace referencia a «seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité» (FJ 87).

La aplicación al caso objeto de estudio de la jurisprudencia indicada llevaba al TEDH a considerar violado el artículo 14 CEDH, en relación con el artículo 1 del Protocolo adicional, en la medida en que el Estado letón no habría justificado de forma objetiva y razonable la medida. En este sentido, llamaba la atención que el Estado demandado tratara de justificar la diferencia de trato haciendo referencia a sus limitados recursos y a la imposibilidad de hacerse cargo de las pensiones de jubilación de todos los residentes en el país, por lo que habría otorgado un trato favorable a los nacionales. Aunque el TEDH consideraba que el objetivo indicado podía considerarse legítimo, el Alto Tribunal también destacaba la falta de proporcionalidad de una medida que no tenía en cuenta que la Sra. Andrejeva se encontraba en una situación comparable a la de cualquier nacional letón, en la medida en que cumplía todos los requisitos para acceder a la nacionalidad de ese país; que en la época de la ex URSS, durante la que la Sra. Andrejeva prestó sus servicios, no se hacía semejante diferencia de trato en cuanto a las pensiones de jubilación; y, sobre todo, que la demandante era apátrida, de modo que si el país con el que tenía mayores vínculos, que era Letonia, no protegía sus intereses en relación con prestaciones sociales, ninguno lo haría.

El caso *Zeïbek c. Grecia*, de 9 julio de 2009, era resuelto por el TEDH en un sentido muy semejante, aunque resultaba especialmente significativo que, en este caso, la discriminación en el acceso a la prestación social –pensión para madres de familias numerosas– no se relacionaba solo con la nacionalidad de uno de los hijos de la recurrente, sino con su origen nacional. En este complejo asunto, la Sra. Zeïbek se había visto denegar una prestación social dirigida a madres de familias numerosas porque la legislación griega que la regulaba solo reconocía el acceso a esa prestación a las madres griegas cuyos hijos fueran griegos. Tanto la recurrente como tres de sus hijos poseían la nacionalidad griega. Sin embargo, su cuarta hija tenía nacionalidad turca puesto que las autoridades griegas le habían privado de su nacionalidad en los años ochenta por ser de origen extranjero –turco– y se habían negado a devolvérsela por estar ya casada. El TEDH consideraba así que, en el caso objeto de estudio, la discriminación en el acceso a la prestación no solo tendría su origen en la nacionalidad, sino también en el origen nacional de la familia de la recurrente, de modo que la distinción de trato, justificada por las autoridades internas en la «necesidad de preservar y promover la nación griega», debía considerarse discriminatoria al carecer de una justificación objetiva y razonable.

La aplicación de la misma jurisprudencia al asunto *Bigaeva c. Grecia*, de 28 de mayo de 2009, llevaba al TEDH a pronunciarse en un sentido diametralmente distinto, aunque hay que resaltar que en este último caso no se debatía sobre el acceso a una determinada prestación so-

cial, sino sobre la posibilidad de acceder al ejercicio de la profesión de abogado, que presenta rasgos un tanto específicos por las funciones que desempeñan estos profesionales liberales. En el caso objeto de estudio, la Sra. Bigaeva, de nacionalidad rusa, con años de residencia en Grecia y licenciada en Derecho por una universidad griega, solicitaba al Colegio de Abogados de Atenas la realización de un año de prácticas en un despacho de abogados, para poder presentarse al examen que permitía colegiarse posteriormente en ese Colegio profesional y ejercer la profesión de abogado. El Colegio de Abogados de Atenas autorizaba la realización de las prácticas, pero tras haberlas finalizado, rechazaba la realización del examen por parte de la solicitante señalando que, en tanto extrajera no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, no podía ejercer la profesión de abogado en Grecia, ya que la legislación del país reservaba el ejercicio de esa profesión a nacionales y ciudadanos de la Unión Europea. A pesar de que la distinción de trato por razón de nacionalidad era clara, el TEDH no consideraba que la diferencia supusiera una discriminación, en la medida en que las especificidades que presentaba la profesión de abogado, como asistente de la justicia, podían considerarse motivos suficientemente poderosos para justificar el carácter razonable y proporcionado de la medida.

En todos estos asuntos, el TEDH parece exigir, por tanto, la justificación de aquellas diferencias de trato entre nacionales y extranjeros que tengan su origen únicamente en la nacionalidad de la persona. Sin embargo, si bien esa exigencia parece haberse asentado claramente en relación con el acceso a prestaciones sociales, el caso Bigaeva c. Grecia parece demostrar la dificultad de trasladar el mismo razonamiento a otros ámbitos, véase, el ejercicio del derecho al trabajo en condiciones de igualdad.

El asunto Anakomba Yula c. Bélgica, de 10 de marzo de 2009, va más allá de la jurisprudencia del TEDH referente a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, en la medida en que parece trasladar la doctrina indicada a un caso en el que la diferencia de trato no tenía su origen solo en la nacionalidad de la demandante, sino también en su estatus migratorio, en concreto, en su condición de extranjera en situación irregular en Bélgica.

Los antecedentes de hecho del caso eran complejos, en la medida en que la recurrente, una ciudadana congoleña que se encontraba en situación irregular en Bélgica, solicitó asistencia jurídica gratuita mientras contaba con un permiso de residencia y con la finalidad de iniciar un procedimiento para determinar la filiación de su hijo, que era descendiente de un ciudadano belga. Sin embargo, las autoridades belgas le reconocieron el derecho a contar con un letrado de oficio, dada su situación de indigencia, pero no la exención de las tasas procesales, ya que

la legislación belga solo permitía eximir del pago de tales tasas a los nacionales belgas, a los extranjeros que fueran nacionales de países con los que Bélgica hubiera firmado un acuerdo internacional al respecto, a los extranjeros residentes en el país, a los nacionales de estados miembros del Consejo de Europa y al resto de extranjeros, pero solo en relación con los procedimientos asociados a cuestiones de extranjería. Puesto que la recurrente no se encontraba en ninguno de los supuestos indicados, dada su condición de extranjera en situación irregular en Bélgica, los tribunales belgas rechazaron su solicitud de exención de tasas.

En su análisis de la decisión, el TEDH hacía especial hincapié en el hecho de que la recurrente podría haber sido eximida del pago de las tasas en el caso de haber sido residente regular en Bélgica, de modo que la diferencia de trato se habría producido no solo por su origen nacional, sino también por su estatus migratorio. En este contexto, el Alto Tribunal señalaba que la recurrente había solicitado correctamente su regularización, que era indigente y que el objetivo de su petición era iniciar un litigio con importantes repercusiones tanto para ella como para su hijo. En tal situación, subrayaba el TEDH, el Estado «debía aducir razones particularmente imperiosas» para establecer una diferencia de trato entre extranjeros en situación regular y en situación irregular,<sup>14</sup> de modo que no solo parecía

**EL TEDH PARECE EXIGIR, POR TANTO, LA JUSTIFICACIÓN DE AQUELLAS DIFERENCIAS DE TRATO ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS QUE TENGAN SU ORIGEN ÚNICAMENTE EN LA NACIONALIDAD DE LA PERSONA**

prohibirse toda discriminación basada en el estatus migratorio de la persona, sino que también parecía exigirse un control especialmente estricto de cualquier diferencia de trato que tuviera como origen ese motivo. Aplicando esta jurisprudencia, el TEDH consideraba que, dadas las circunstancias del caso, la medida adoptada por las autoridades belgas, que tenía como objetivo reservar los recursos públicos a los extranjeros con ciertos vínculos con el país, desincentivar la inmigración ilegal y asegurar un tratamiento recíproco de los extranjeros en Bélgica y los belgas en el extranjero, no podía considerarse proporcionada.

El asunto Anakomba Yula traslada así la jurisprudencia construida por el TEDH en torno a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad a las diferencias de trato basadas en el estatus

---

<sup>14</sup> En la versión original en francés, el TEDH señalaba: «Il devrait donc y avoir des raisons particulièrement impérieuses pour justifier une différence de traitement entre personnes possédant une carte de séjour et personnes n'en possédant pas, telle la requérante.»

migratorio,<sup>15</sup> lo que podría llegar a tener importantes consecuencias desde el punto de vista de los derechos de aquellos extranjeros que se encuentran en una situación más débil, esto es, de aquellos que se encuentran en situación irregular. Quizás la protección de los derechos de este colectivo sea una de las cuestiones más relevantes que tendrá que afrontar el TEDH en los tiempos que corren.

### **Las medidas cautelares dictadas por el TEDH (art. 34 CEDH) y su obligatoriedad para los estados parte**

En el asunto *Ben Khemais c. Italia*, de 24 de febrero de 2009, el TEDH vuelve a recordar su jurisprudencia sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares dictadas por el Tribunal. Señala así que el TEDH tan solo ha dictado medidas cautelares en casos extraordinarios en los que existía un riesgo inminente de que, en caso de ejecutarse la medida nacional, se produjera un daño irreparable que afectara a alguno de los derechos garantizados por el Convenio. Las medidas cautelares tendrían por objeto, por tanto, garantizar la eficacia del derecho a un recurso individual ante los órganos de Estrasburgo, en la medida en que, al evitar situaciones irreversibles, garantizan la eficacia posterior de la resolución dictada por los órganos de control del Convenio.

En el caso objeto de estudio, el TEDH confirmaba la vulneración del artículo 34 CEDH por el Estado italiano, que habría expulsado al Sr. Ben Khemais hacia Túnez a pesar de la medida cautelar de suspensión de la resolución de expulsión que había dictado el TEDH. Como consecuencia de la ejecución de la resolución de expulsión, indicaba el TEDH, el demandante no había podido mantener contacto alguno con su abogado y no había podido ejercer de forma adecuada su defensa ante los órganos de Estrasburgo. Además, al estar bajo la jurisdicción de un Estado que no era parte del CEDH, la ejecución de la sentencia del TEDH, que condenaba a Italia por haber expulsado al demandante hacia un país en el que corría un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH, quedaba comprometida.

## **4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

La jurisprudencia del TJUE relevante desde el punto de vista del Derecho de extranjería, dejando a un lado los litigios vinculados al funcionamiento del Acuerdo Schengen y su

---

<sup>15</sup> Previamente, el TEDH se había pronunciado ya sobre una cuestión semejante en el asunto *Niedzwiecki c. Alemania*, de 25 de octubre de 2005. Sin embargo, en ese caso el afectado no era un extranjero en situación irregular en Alemania, sino un extranjero al que se denegaba el acceso a una prestación social por hijo a cargo debido a que no era residente permanente sino residente temporal por motivos excepcionales. En ese asunto, el TEDH consideraba la diferencia de trato injustificada, pero su argumentación era muy parca, en la medida en que el propio Tribunal Constitucional Federal alemán había rechazado previamente la proporcionalidad de la legislación nacional y el TEDH se limitaba a recoger los argumentos del tribunal nacional.

Convenio de aplicación,<sup>16</sup> puede dividirse en dos grandes bloques, relacionados con el régimen aplicable a los ciudadanos de la Unión y sus familiares que ejercen la libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión y con las normas europeas aplicables a los ciudadanos de terceros países que residen y/o trabajan o pretenden asentarse en el territorio de los estados miembros y no tienen vínculo alguno con un nacional de un Estado miembro.

### **Libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y sus familiares**

La jurisprudencia del TJUE dedicada a analizar diferentes aspectos del régimen aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares que ejercen sus libertades de circulación y residencia en el territorio de la Unión ha sido muy abundante a lo largo del año estudiado, como ya ocurriera en pasados boletines. Nuevamente, vuelve a constatarse el incumplimiento de algún Estado miembro en relación con la Directiva 2006/100/CE<sup>17</sup> –que adapta una serie de normas europeas en materia de libre circulación de personas a la ampliación de la Unión hacia Bulgaria y Rumania–, así como en relación con la Directiva 2005/36/CE, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales.<sup>18</sup>

Igualmente, un número muy numeroso de sentencias del TJUE analizan diversas normas y prácticas nacionales que obstaculizan el ejercicio de alguna de las libertades de circulación sobre las que se asienta el mercado interior. En este sentido, el TJUE ha analizado la adecuación a la normativa europea de legislación nacional que exigía una determinada titulación para poder ejercer la libertad de establecimiento en un ámbito específico,<sup>19</sup> de normativa nacional que exigía la designación de un domicilio en territorio de un Estado miembro,<sup>20</sup> la apertura de una

---

**16** En concreto: STJUE de 22 de octubre de 2009, asuntos María Julia Zurita García y Aurelio Choque Cabrera, as. acumulados C-261/08 y C-348/08.

**17** En este sentido: STJUE de 10 de febrero de 2009, asunto Comisión c. Francia, as. C-224/08; STJUE de 19 de marzo de 2009, asunto Comisión c. Portugal, as. C-245/08; STJUE de 4 de junio de 2009, asunto Comisión c. Grecia, as. C-427/08, las tres referidas a la falta de adaptación de la normativa interna a las previsiones de la Directiva 2006/100/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, por la que se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la libre circulación de personas, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumania.

**18** En este sentido: STJUE de 2 de julio de 2009, asunto Comisión c. Luxemburgo, as. C-567/08; STJUE de 2 de julio de 2009, asunto Comisión c. Grecia, as. C-465/08; STJUE de 9 de julio de 2009, asunto Comisión c. Reino Unido, as. C-556/08; STJUE de 9 de julio de 2009, asunto Comisión c. Bélgica, as. C-469/08; STJUE de 24 de septiembre de 2009, asunto Comisión c. Austria, as. C-477/08; STJUE de 1 de octubre de 2009, asunto Comisión c. Francia, as. C-468/08; STJUE de 17 de diciembre de 2009, asunto Comisión c. Alemania, as. C-505/08.

**19** En este sentido, en relación con la explotación de farmacias y la exigencia del título de farmacéutico: STJUE de 19 de mayo de 2009, asunto Comisión c. Italia, as. C-531/06; STJUE de 19 de mayo de 2009, asuntos Apothekerkammer des Saarlandes y otros, as. acumulados C-171/07 y C-172/07.

**20** En este sentido: STJUE de 11 de junio de 2009, asunto Comisión c. Austria, as. C-564/07.

cuenta bancaria en un determinado banco<sup>21</sup> o la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro<sup>22</sup> para poder desempeñar cierta profesión en el mismo; y de normativa nacional en materia impositiva,<sup>23</sup> que regulaba el permiso de conducir,<sup>24</sup> la homologación de ciertos títulos académicos,<sup>25</sup> o el acceso a determinadas prestaciones sociales.<sup>26</sup>

Sin embargo, de entre estas sentencias son especialmente destacables el asunto Leyman,<sup>27</sup> en el que el TJUE señalaba la inadecuación de la normativa belga sobre prestaciones de invalidez a la libre circulación de trabajadores (art. 45 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), en la medida en que provocaba consecuencias perjudiciales en los trabajadores que hubieran ejercido su libertad de circulación frente a aquellos que hubieran desarrollado toda su actividad laboral en Bélgica; los asuntos Gottwald y Wolzenburg, que aplican el principio de no discriminación por razón de nacionalidad a ámbitos diversos; y el asunto Vatsouras, en el que se debate el derecho de los ciudadanos de la Unión a acceder a determinadas prestaciones de asistencia social en los estados miembros en los que se asienten en ejercicio de su libertad de circulación.

### *El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad de los ciudadanos de la Unión y la exigencia de residencia en un Estado miembro*

El TJUE ha reiterado, en una jurisprudencia más o menos asentada, que la vinculación de una determinada prestación a la residencia en el Estado miembro correspondiente podría vulnerar la prohibición de no discriminación por razón de nacionalidad contenida en los tratados (art. 18 TFUE), en la medida en que esa exigencia es susceptible de perjudicar a los no nacionales que ejerzan su libertad de circulación frente a los nacionales, que habitualmente residirán en el Estado miembro correspondiente. El criterio de residencia podría encubrir así una discriminación

**21** En este sentido: STJUE de 25 de junio de 2009, asunto Comisión c. Austria, as. C-356/08.

**22** En este sentido, en relación con la profesión de capitán y oficial de navío, STJUE de 10 de diciembre de 2009, asunto Comisión c. Grecia, as. C-460/08.

**23** En este sentido: STJUE de 19 de noviembre de 2009, asunto Krzysztof Filipiak, as. C-314/08; STJUE de 23 de abril de 2009, asunto Uwe Rüffler, as. C-544/07; STJUE de 11 de junio de 2009, asunto X. c. Staatssecretaris van Financiën, as. acumulados C-155/08 y C-157/08; STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto Comisión c. Alemania, as. C-269/07; STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto Comisión c. España, as. C-153/08

**24** En este sentido: STJUE de 19 de febrero de 2009, asunto Karl Schwarz, as. C-321/07.

**25** En este sentido: STJUE de 29 de enero de 2009, asunto Consiglio Nazionale degli Ingegneri, as. C-311/06; STJUE de 10 de diciembre de 2009, asunto Krzysztof Pe la, as. C-345/08; STJUE de 17 de diciembre de 2009, asunto Angelo Rubino, as. C-586/08.

**26** En este sentido: STJUE de 16 de julio de 2009, asunto Petra von Chamier-Glisczinski, as. C-208/07; STJUE de 26 de noviembre de 2009, asunto Romana Slanina, as. C-363/08.

**27** STJUE de 1 de octubre de 2009, asunto Ketty Leyman, as. C-3/08.

indirecta por razón de nacionalidad, que tan solo podría justificarse en caso de basarse en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad del afectado y de ser proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por la legislación nacional.

En el asunto *Gottwald*,<sup>28</sup> el TJUE vuelve a traer a colación su jurisprudencia en la materia aplicándola a la legislación austríaca que exigía la residencia en el país a aquellos discapacitados que quisieran beneficiarse de la posibilidad de utilizar las carreteras austríacas de peaje a título gratuito. El TJUE señala que, en el caso objeto de estudio, nos encontramos frente a una normativa nacional que discrimina en función de la residencia. A pesar de ello, el Alto Tribunal considera que la normativa nacional persigue un objetivo legítimo, en la medida en que pretende promover la integración de personas que, por su discapacidad, no pueden utilizar los servicios públicos de transporte, favoreciendo a aquellas que tienen cierto grado de integración con la sociedad austríaca; y es proporcionada, ya que no se limitaría a reconocer el derecho a los residentes en Austria, sino que además contemplaría la posibilidad de que personas que se desplacen habitualmente al país por motivos personales o profesionales puedan acceder a la prestación.

El asunto *Wolzenburg*,<sup>29</sup> más llamativo que el anterior, aplica la jurisprudencia indicada a un caso en el que la normativa nacional en litigio no regulaba el acceso a un determinado servicio o prestación, sino que transponía la Decisión marco 2002/584/JAI, relativa a la euroorden. En el litigio concreto, se planteaba si la normativa neerlandesa, que permitía a las autoridades judiciales neerlandesas negarse a ejecutar una orden de detención europea dictada contra uno de sus nacionales o contra un ciudadano de la Unión, que fuera nacional de otro Estado miembro, siempre que hubiera residido al menos por un período de cinco años en Holanda, era contraria al principio de no discriminación por razón de nacionalidad, al exigir a los no nacionales un período de residencia que no se exigía a los nacionales. La normativa holandesa había transpuesto la Decisión marco haciendo uso de uno de los motivos de no ejecución facultativos previsto por su artículo 4, y contemplaba así que, cuando la orden de entrega tuviera por objeto la ejecución de una pena privativa de libertad y el afectado fuera un nacional o un extranjero que tuviera un permiso de residencia por tiempo indefinido, la autoridad judicial competente no autorizaría la entrega y se ejecutaría la sentencia en el país. Se establecía así una diferencia entre nacionales y extranjeros, ya que estos últimos debían haber residido por un período de cinco años para tener derecho a un permiso de residencia indefinido.

---

<sup>28</sup> STJUE de 1 de octubre de 2009, asunto *Gottwald*, as. C-103/08

<sup>29</sup> STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto *Wolzenburg*, as. C-123/08



A la luz de la normativa nacional, el TJUE aclaraba, en primer lugar, que en relación con los ciudadanos de la Unión, la aplicación de la normativa neerlandesa no podía conllevar la exigencia de contar físicamente con un permiso de residencia de tiempo indefinido, en la medida en que la normativa europea no impone tal formalidad, previendo únicamente la posibilidad de que los ciudadanos de la Unión soliciten ese documento, que tendría un valor declarativo y no constitutivo de su derecho a residir de forma permanente en el Estado miembro correspondiente. Se aclaraba así que la normativa neerlandesa sería de aplicación a todos aquellos ciudadanos de la Unión que hubieran residido por un período de cinco años en Holanda, independientemente de que contarán físicamente con un permiso de residencia.

En segundo lugar, el TJUE reconocía que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad se aplicaba no solo al antiguo pilar comunitario, sino también al ámbito específico de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, hoy desaparecido. Dicho esto, el TJUE aplicaba su jurisprudencia habitual sobre las diferencias de trato basadas en el criterio de la residencia. Señalaba así que la normativa neerlandesa perseguía un objetivo legítimo, en concreto, facilitar la reinserción social de los reos, favoreciendo únicamente a aquellos que tenían cierto grado de integración en la sociedad neerlandesa y cuya reinserción se facilitarían, por tanto, si cumplían su pena en el país. El problema era, sin embargo, el análisis de la proporcionalidad de una medida que exigía un notable período de residencia para no nacionales, sin exigir período de residencia alguno para los nacionales. A pesar de ello, el TJUE confirmaba la proporcionalidad de la medida, sin justificar excesivamente su afirmación, más allá de referirse a la propia normativa europea (art. 16 de la Directiva 2004/38/CE), que exige un período de cinco años de residencia para que los ciudadanos europeos puedan verse reconocer el derecho a residir de forma indefinida en el Estado miembro de acogida.

No obstante, parece claro que la aplicación del criterio de proporcionalidad en el caso objeto de estudio no puede compararse con la aplicación del mismo a otros asuntos en los que se debate el acceso de ciudadanos de la Unión a prestaciones o servicios sociales en el Estado miembro de acogida.

### *Libertad de circulación de ciudadanos de la Unión y acceso a los sistemas nacionales de asistencia social*

En el asunto *Vatsouras*, el TJUE se pronuncia sobre la interpretación de varios preceptos de la Directiva 2004/38/CE, en relación con la normativa alemana que excluía del derecho a acceder a las prestaciones de asistencia social a aquellos ciudadanos extranjeros que no tuvieran su residencia habitual en territorio alemán y cuyo derecho a residir en el país se derivara exclusi-

vamente de la búsqueda de empleo. La lógica de la disposición mencionada parecía ser, claramente, impedir el acceso a esas prestaciones a los ciudadanos de la Unión que tuvieran derecho a residir en el país con el objetivo de buscar empleo (art. 14.4.b) de la Directiva 2004/38/CE). En el caso objeto de estudio, la aplicación de la normativa alemana había provocado la negativa de las autoridades alemanas a reconocer a los señores Vatsouras y Koupatantze el derecho a acceder a determinadas prestaciones de asistencia social. La negativa de las autoridades alemanas no hubiera planteado quizás excesivos problemas si no hubiera sido porque los dos ciudadanos, de nacionalidad griega, habían desempeñado un trabajo remunerado durante cierto tiempo, pasando posteriormente a la situación de desempleo. El trabajo del Sr. Vatsouras no le permitía, no obstante, alcanzar ingresos superiores al mínimo vital y el del Sr. Koupatantze se prolongó por tiempo inferior a un mes.

En este contexto, la primera cuestión que se planteaba era si ambos ciudadanos europeos podían considerarse «trabajadores» desde el punto de vista del Derecho de la Unión. La cuestión no carecía de relevancia, en la medida en que el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38/CE permite excepcionar la aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones de asistencia social garantizadas por los estados miembros en determinados supuestos, pero siempre que la persona no pueda considerarse «trabajador» y, desde el punto de vista del artículo 7.3.c) de la misma Directiva, los ciudadanos de la Unión mantienen la condición de «trabajadores» durante un período de al menos seis meses tras perder su empleo de forma involuntaria siempre que cumplan una serie de condiciones. Se planteaba así si el empleo desarrollado por los Srs. Vatsouras y Koupatantze podía considerarse como tal, a pesar de la escasa remuneración percibida y el corto período de contratación, en la medida en que si se les consideraba trabajadores, se les aplicaría el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, inclusive en el ámbito de la asistencia social. En esta lógica, el TJUE recordaba su jurisprudencia sobre la noción de «trabajador», indicando que la interpretación de tal noción debe realizarse de una forma no restrictiva, considerando trabajadores a todos aquellos que ejerzan «actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio». En este sentido, el hecho de que el trabajo desempeñado por una persona reciba una escasa remuneración o se prolongue escasamente en el tiempo no tendría relevancia alguna. El TJUE parece así apuntar en la dirección de reconocer como «trabajadores» a los dos interesados y de confirmar, por tanto, su derecho a acceder a las prestaciones de asistencia social alemanas al menos durante un período de tiempo de seis meses tras quedar en desempleo. Sin embargo, el TJUE no resuelve claramente la cuestión, dejando la aplicación de su jurisprudencia al caso concreto en manos del tribunal nacional que planteó la cuestión.

Una segunda cuestión que debía resolver el TJUE se refería a la posibilidad, que abre el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38/CE, de excluir del acceso a las prestaciones de asistencia social a todos los ciudadanos de la Unión que se desplacen a un Estado miembro en búsqueda de empleo. En concreto, se planteaba ante el TJUE si esa posibilidad se adecuaba a la jurisprudencia reiterada del propio Tribunal en virtud de la cual la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de la Unión (art. 45.2 TFUE) se extendería al acceso a prestaciones de naturaleza financiera destinadas a facilitar el acceso al empleo. Según el TJUE, no existiría una contradicción palmaria entre el precepto de la Directiva y el principio de no discriminación, tal y como este ha sido entendido por el propio tribunal, en la medida en que la referencia a las prestaciones de asistencia social contenida en la Directiva debería excluir, en todo caso, aquellas destinadas a facilitar el acceso al mercado laboral. Parecía indicarse así que, si bien los estados miembros disfrutaban de cierto margen de maniobra a la hora de excluir a los ciudadanos de la Unión que se asentaran en su territorio del disfrute de los beneficios de sus sistemas de asistencia social, ese margen tenía como límite las prestaciones destinadas a facilitar el acceso al mercado laboral, que siempre se regirían por el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

Finalmente, el TJUE debía resolver una cuestión un tanto espinosa, que no solo afecta potencialmente a los ciudadanos de la Unión, sino, sobre todo, a nacionales de terceros estados que pretendan asentarse en la Unión. La problemática se planteaba porque la normativa alemana estudiada reconocía el derecho a acceder a prestaciones de asistencia social a los solicitantes de asilo cuya petición fuera objeto de tramitación por las autoridades alemanas; lo que situaba a esos extranjeros en una situación más ventajosa que la de los propios ciudadanos de la Unión. Se cuestionaba así si el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, contenido en el actual artículo 18 TFUE, no sería de aplicación también al caso objeto de estudio. El Tribunal respondía a esta pregunta con una clara negativa, indicando que la prohibición de discriminación solo actúa en relación con los ciudadanos de la Unión y no con nacionales de terceros estados. Este último inciso, que niega la aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad a los nacionales de terceros estados, constituye sin duda el punto de inflexión de un pronunciamiento que parece favorecer no solo la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión, sino también su plena integración en las sociedades de acogida a través del acceso a un número creciente de prestaciones sociales.<sup>30</sup>

---

**30** Sobre el desarrollo continuo de la jurisprudencia del TJUE en esa línea, véase Hailbronner (2005).

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

A lo largo del año, el TJUE se ha pronunciado en pocas ocasiones sobre la interpretación de las normas europeas aplicables a los ciudadanos de terceros estados que no son familiares de ningún ciudadano de la Unión Europea. Destacan así varias condenas a diversos estados miembros por falta de transposición de las Directivas 2004/83/CE<sup>31</sup> –en materia de asilo– y 2004/81/CE<sup>32</sup> –para la protección de las víctimas de trata que sean nacionales de terceros estados y se encuentren en situación irregular–; así como la sentencia Rafet Kqiku<sup>33</sup> sobre el régimen de entrada al territorio de la Unión aplicable a aquellos nacionales de terceros países que cuenten con un permiso de residencia expedido por las autoridades suizas; y varios pronunciamientos sobre el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía<sup>34</sup> y sobre el Acuerdo para la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y Suiza.<sup>35</sup>

No obstante, de entre la jurisprudencia del TJUE en la materia, debemos destacar especialmente el asunto Kadzoev, en el que el TJUE se pronuncia por vez primera sobre la interpretación del período máximo de internamiento a afectos de expulsión previsto en el artículo 15 de la Directiva de retorno; el asunto Elgafagi, en el que el TJUE se pronuncia sobre la interpretación de los motivos que exigen la concesión del derecho a la protección internacional subsidiaria a la luz de lo previsto en la Directiva 2004/83/CE; y el asunto Petrosian, en el que el TJUE se pronuncia sobre una cuestión práctica referida a la forma en que debe computarse el plazo para trasladar a los solicitantes de asilo hacia el Estado miembro que deba examinar su solicitud, en virtud de lo previsto en el Reglamento Dublín II.

### ***El cómputo del plazo máximo de internamiento de un nacional de un tercer Estado mientras esté en curso un procedimiento de retorno***

El asunto Kadzoev<sup>36</sup> es el primero en el que el TJUE se pronuncia sobre la interpretación y la aplicación del artículo 15 de la controvertida Directiva de retorno (Directiva 2008/115/CE). Este

---

**31** En este sentido: STJUE de 5 de febrero de 2009, asunto Comisión c. Finlandia, as. C-293/08; STJUE de 30 de abril de 2009, asunto Comisión c. Reino Unido, as. C-256/08; STJUE de 14 de mayo de 2009, asunto Comisión c-Suecia, as. C-322/08; STJUE de 9 de julio de 2009, asunto Comisión c-España, as. C-272/08

**32** En este sentido: STJUE de 14 de mayo de 2009, asunto Comisión c. España, as. C-266/08

**33** STJUE de 2 de abril de 2009, asunto Rafet Kqiku, as. C-139/08.

**34** En este sentido: STJUE de 19 de febrero de 2009, asunto Mehmet Soysal y otros, as. C-228/06; STJUE de 17 de septiembre de 2009, asunto T. Sahin, as. C-242/06.

**35** En este sentido: STJUE de 12 de noviembre de 2009, asunto Christian Grimme, as. C-351/08

**36** STJUE de 30 de noviembre de 2009, asunto Kadzoev, as. C-357/09 PPU.

precepto prevé un plazo máximo inicial de internamiento de seis meses para aquellos nacionales de un tercer Estado que sean objeto de un procedimiento de retorno, que puede prorrogarse por otros doce meses más en caso de falta de cooperación del afectado o de demoras en la obtención de la documentación necesaria por parte de terceros países.

## EL ASUNTO KADZOEV ES EL PRIMERO EN EL QUE EL TJUE SE PRONUN- CIA SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA CONTROVERTIDA DIRECTIVA DE RETORNO

El asunto Kadzoev tiene su origen en el internamiento a efectos de expulsión de un apátrida, detenido por las fuerzas de seguridad búlgaras, en octubre de 2006, sin documentación alguna. Al día siguiente de su detención, las autoridades búlgaras dictaron la correspondiente orden de expulsión, acordando su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros hasta que pudiera ejecutarse la orden, tras la obtención de los documentos de viaje necesarios para ello. Sin embargo, la expulsión fue imposible porque la identidad del Sr. Kadzoev nunca fue claramente establecida, considerándosele apátrida, y porque ningún tercer Estado que pudiera considerarse seguro aceptó acogerle. Durante el período que permaneció en el centro de internamiento de extranjeros esperando la ejecución de la orden de expulsión correspondiente, el Sr. Kadzoev solicitó asilo, petición que sería denegada en sucesivas instancias; y su abogado solicitó en reiteradas ocasiones su puesta en libertad. En el verano del 2009, y tras los infructuosos intentos de ejecutar la resolución de expulsión del interesado, las autoridades administrativas solicitaron al órgano jurisdiccional competente que se pronunciara de oficio sobre el mantenimiento del Sr. Kadzoev en el centro de internamiento de extranjeros. Y es entonces cuando el tribunal competente decidió plantear varias cuestiones interpretativas referidas al cómputo total del plazo de internamiento, previsto en el artículo 15 de la Directiva de retorno, ante el TJUE.

La primera cuestión sobre la que se pronunció el TJUE era, en cierto modo, un problema de Derecho transitorio, en la medida en que el tribunal búlgaro que formulaba la cuestión prejudicial planteaba si el plazo máximo de internamiento previsto en la Directiva de retorno debía computarse desde el momento en que comenzó el internamiento del interesado o desde el momento en que resultaba de aplicación la Directiva de retorno. La cuestión tenía relevancia en el caso objeto de estudio, ya que el interesado había sido internado en octubre de 2006, mucho antes de la entrada en vigor de la Directiva de retorno y de su transposición a Derecho interno. En relación con esta primera cuestión, el TJUE era tajante al señalar que el plazo máximo de internamiento previsto en la Directiva debía respetarse incluso en relación con situaciones na-

cidas antes de que la norma resultara de aplicación, esto es, incluso en relación con internamientos que encontrarán su fundamento legal en la normativa anterior.

La segunda cuestión que se planteaba era si el plazo máximo de internamiento que prevé la Directiva debía seguir computándose, aun cuando el interesado hubiera efectuado una solicitud de asilo y esta se estuviera tramitando, o si, por el contrario, el cómputo del plazo se entendía suspendido por la presentación de tal solicitud. En este sentido, el TJUE era también claro al señalar que el régimen aplicable a los solicitantes de asilo no es el previsto en la Directiva de retorno, sino el previsto en la Directiva 2003/9/CE, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los estados miembros, que adopta como regla general el principio de no internamiento de los solicitantes de asilo, que solo podrán ser privados de libertad por los motivos excepcionales previstos en la propia Directiva 2003/9/CE. Realizada esta precisión, el TJUE señalaba que si las autoridades internas no adoptaron ninguna decisión sobre el internamiento del interesado una vez que hubo presentado la solicitud de asilo y su internamiento siguió justificándose por la existencia de una orden de expulsión en su contra, el plazo que permaneció internado mientras se tramitaba su solicitud de asilo sí debía computarse a efectos de alcanzar el plazo máximo previsto en la Directiva de retorno. A pesar de la diferencia de regímenes jurídicos que el TJUE preconizaba, esta conclusión parece llevar a pensar que es perfectamente posible el mantenimiento del internamiento de un solicitante de asilo sobre la base de la Directiva de retorno, lo cual no deja de plantear ciertas paradojas si se tiene en cuenta que un solicitante de asilo no puede ser expulsado hasta que no se haya tramitado su solicitud. Sin embargo, la decisión del TJUE tiene un elemento positivo en la medida en que impediría a las autoridades nacionales alargar los plazos de internamiento de los solicitantes de asilo sobre los que haya recaído una orden de expulsión más allá del plazo máximo previsto por la Directiva.

La tercera cuestión que se planteaba era si el plazo máximo de internamiento que prevé la Directiva de retorno debe seguir computándose aun cuando se haya suspendido la ejecución de la orden de expulsión como consecuencia de un recurso en el que se debata la legalidad de la orden de expulsión. Nuevamente, el TJUE resolvía la cuestión de forma tajante, afirmando que el plazo máximo de internamiento previsto en la Directiva de retorno es absoluto, de modo que debe seguir computándose mientras el interesado permanezca internado, independientemente de que la legalidad de la orden de expulsión que le afecte esté siendo analizada, ya que de lo contrario el plazo máximo estipulado no sería idéntico para todos los estados miembros, haciéndose depender su duración de las peculiaridades de cada sistema judicial nacional.

En la misma línea garantista, el TJUE parecía interpretar de forma restrictiva los requisitos que permiten a las autoridades nacionales mantener el internamiento de una persona objeto de un procedimiento de retorno. En este sentido, el TJUE señalaba que el mantenimiento del internamiento solo procederá «mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión, y mientras sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término», de modo que no se cumplirían esos requisitos si desaparece una perspectiva razonable de expulsión. Para el TJUE, no existe tal perspectiva razonable cuando «parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país» dentro de los plazos máximos de internamiento previstos por la Directiva de retorno. De este modo, el TJUE parece imponer un test de necesidad a las decisiones nacionales de internamiento de extranjeros que sean objeto de un procedimiento de retorno, en la medida en que tales autoridades nacionales deberán justificar no solo que el procedimiento sigue en curso y que se desarrolla con la diligencia debida, sino también que la privación de libertad es necesaria para garantizar la expulsión. Si se confirma que ese es el sentido de la jurisprudencia del TJUE, el Alto Tribunal habría ido más allá que su homólogo de Estrasburgo, en la medida en que el TEDH ha confirmado en reiteradas ocasiones que la aplicación del artículo 5.1.f) CEDH no exige el test de necesidad que sí debe respetarse al aplicar otros motivos que legitiman la privación de libertad de una persona.<sup>37</sup>

Finalmente, en línea con esa comprensión absoluta del plazo de internamiento previsto en la Directiva de retorno, el TJUE resolvía la última cuestión planteada por el órgano judicial búlgaro, indicando que el plazo de dieciocho meses de internamiento no podía ser prorrogado por causa alguna, sobre la base de lo previsto en la Directiva de retorno, de modo que no podía justificarse el internamiento de una persona que fuera objeto de un procedimiento de retorno más allá del plazo de dieciocho meses indicado, independientemente de que la persona no tuviera documentos de identidad, presentara un comportamiento agresivo o de que no tuviera medio alguno de subsistencia. Una vez concluido el plazo de dieciocho meses, la persona debía ser puesta en libertad inmediatamente.

La jurisprudencia del TJUE parece garantizar con esta sentencia un cómputo estricto del plazo máximo de internamiento previsto en la Directiva de retorno; posición garantista que es de valorar si se tiene en cuenta las notables críticas que despertó la aprobación de la norma.

---

<sup>37</sup> En este sentido, STEDH Saadi c. Reino Unido, de 11 de julio de 2006. Sobre la jurisprudencia del TEDH al respecto, véase García Roca y Díaz Crego (2007: 184 y ss.).

### *La interpretación de los motivos que permiten el acceso de un nacional de un tercer Estado a la protección internacional subsidiaria*

En el asunto Elgafagi,<sup>38</sup> el TJUE se pronuncia por vez primera sobre la interpretación de los motivos que dan acceso a la protección internacional subsidiaria, según lo previsto en el artículo 15 de la Directiva 2004/83/CE. La protección internacional subsidiaria es concebida por la Directiva indicada como un estatuto subsidiario del derecho de asilo, al que podrían acceder los solicitantes de asilo, que no puedan considerarse refugiados, pero respecto de los cuales existan motivos fundados para creer que, en caso de regresar al país de origen, sufrirán daños graves, en concreto, la condena a muerte o su ejecución; torturas o tratos inhumanos o degradantes; o amenazas graves e individuales contra su vida o su integridad, siempre que esas amenazas sean motivadas por una situación de violencia indiscriminada en una situación de conflicto internacional o interno.

En el caso objeto de estudio, los Srs. Elgafagi eran un matrimonio irakí, que alegaban temer por su vida en el contexto generalizado de violencia que vivía Irak, porque el marido había trabajado para las fuerzas internacionales presentes en el país y porque marido y mujer eran de ritos distintos –chií y suní-. A pesar de que el matrimonio probaba que el tío del marido, que trabajaba en la misma empresa que él, había sido asesinado en un atentado y que habían recibido continuas amenazas de muerte, las autoridades holandesas les denegaron el derecho a la protección internacional subsidiaria porque no habían probado de forma suficiente la existencia de un riesgo real de sufrir amenazas graves e individuales en el contexto generalizado de violencia de su país de origen. Las autoridades internas hacían así referencia a la necesidad de individualizar el riesgo en la persona del solicitante de la protección subsidiaria, en línea con la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 3 CEDH.<sup>39</sup>

Sin embargo, en el caso objeto de estudio, se planteaba si el artículo 15.c) de la Directiva 2004/83/CE, que prevé un supuesto de concesión del derecho a la protección subsidiaria asociado a la existencia de «amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad de un civil, motivadas por una situación de violencia indiscriminada en una situación de conflicto internacional o interno», podía interpretarse en un sentido más amplio, esto es, sin exigir una prueba tan estricta de la individualización de la amenaza. Ese parece, efectivamente, el posicionamiento

---

<sup>38</sup> STJUE de 17 de febrero de 2009, asunto Meki Elgafagi y Noor Elgafagi, as. C-465/07. Sobre este asunto, se recomienda la lectura de Acosta Sánchez y Remi Njiki (2010).

<sup>39</sup> En este sentido: STEDH NA c. Reino Unido, de 17 de julio de 2008. Sobre la jurisprudencia del TEDH al respecto, véase Lambert (2007).



to del TJUE, que señalaba que el precepto de la Directiva no exige el nivel de personalización de la amenaza que exigen los otros supuestos que dan lugar al reconocimiento del estatuto. Para el TJUE, el hecho de que el supuesto indicado haga referencia a la existencia de un conflicto generalizado, caracterizado por la violencia «indiscriminada» contra la población civil, supone necesariamente que la amenaza se extiende potencialmente a cualquier civil, independientemente de su situación personal o su identidad, por lo que cabe la concesión del estatuto de protección subsidiaria aun sin la prueba de la individualización de la amenaza.

No obstante, parecía apuntar el TJUE, la concesión del derecho a la protección subsidiaria sobre la base de la existencia de un conflicto generalizado parece considerarse como una posibilidad muy excepcional, solo posible cuando la situación esté caracterizada por un nivel de riesgo tan

**LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE PARECE GARANTIZAR CON ESTA SENTENCIA UN CÓMPUTO ESTRICTO DEL PLAZO MÁXIMO DE INTERNAMIENTO PREVISTO EN LA DIRECTIVA DE RETORNO**

elevado que existan motivos fundados para creer que la persona sufriría individualmente el riesgo por su mera presencia en el territorio. Si la situación no alcanza el nivel de excepcionalidad requerido, parece indicar el TJUE, deberá tomarse en cuenta el criterio de la individualización del daño. Se establece así una suerte de relación inversa entre la gravedad de la situación general y la necesidad de demostrar la individualización del daño, de modo que «cuanto

más pueda demostrar el solicitante que está afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal, menos elevado será el grado de violencia indiscriminada exigido para que pueda acogerse a la protección subsidiaria» y a la inversa.

El TJUE se ubica así en una línea jurisprudencial que apenas comienza a perfilarse en la jurisprudencia de su homólogo de Estrasburgo, tal y como indicábamos al hablar del asunto F.H. c. Suecia, resuelto por el TEDH el 20 de enero de 2009. No obstante, habrá que esperar a que alguno de estos tribunales aplique su jurisprudencia a un caso de violencia generalizada extrema para que podamos vislumbrar exactamente el nivel de riesgo que es necesario para la aplicación de esta doctrina.

*¿Cómo debe computarse el plazo de seis meses previsto en el marco del Reglamento Dublín II para trasladar a los solicitantes de asilo al Estado miembro que deba analizar su solicitud?*

El asunto Petrosian se pronuncia sobre la interpretación del artículo 20.1.d) del Reglamento (CE) nº343/2003, por el que se articulan los mecanismos para determinar el Estado miembro

responsable de examinar una solicitud de asilo, también conocido como Reglamento Dublín II. En concreto, el asunto Petrosian tiene como objetivo determinar el momento a partir del cual deberá computarse el plazo de seis meses que el precepto indicado prevé para que se efectúe el traslado efectivo de un solicitante de asilo, desde el Estado miembro en que se encuentra, hacia el Estado miembro que se considera responsable de examinar su solicitud. El cómputo del plazo indicado, a pesar de ser una cuestión meramente formal, adquiere una importancia particular cuando se tiene en cuenta que, si el traslado del solicitante hacia el Estado que deba examinar su solicitud no se produce en tiempo, el Estado remitente asume la obligación de analizar la solicitud presentada.

El cómputo del plazo de seis meses no plantea excesivas dudas en aquellos casos en los que el ordenamiento nacional del país remitente no prevé un recurso que tenga efectos suspensivos, en la medida en que, en tales supuestos, el punto de partida del plazo será el día de aceptación de la responsabilidad por parte del Estado que deba examinar la solicitud. Sin embargo, cuando el Derecho interno del país remitente prevé la existencia de un recurso con efectos suspensivos, surge la duda de si el plazo debe computarse desde el momento en que se adopta la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la medida nacional en la que tiene su origen el traslado o desde el momento en que se resuelve el fondo del litigio, confirmándose la adecuación a Derecho de la medida en la que tiene su origen el traslado. El TJUE opta claramente por esta segunda opción, indicando que, en el caso de que el ordenamiento del Estado remitente prevea la existencia de un recurso con efectos suspensivos, el plazo comenzará a contarse desde el momento en que se resuelva el fondo del recurso correspondiente. Solo así, entiende el TJUE, se garantiza que todos los estados miembros, independientemente de cómo configuren su sistema de control judicial de tales decisiones, cuenten con el mismo plazo para poder articular el traslado del solicitante al Estado que deba examinar su solicitud de asilo.

---

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel; REMI NJIKI, Michel. «TJCE-Sentencia de 17.02.2009, Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie – C-465/07». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. No. 35. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), enero-abril, 2010.

ARANGÜENA FANEGO, Coral. «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, Javier; SANTOLAYA, Pablo (dirs.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: CEPC, 2009.

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

DÍAZ CREGO, María. «El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?». *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 89. Madrid: CEPC, 2010.

GARCÍA ROCA, Javier; DÍAZ CREGO, María (2008). «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 y OLIVER, Josep (eds.) *La inmigración en la encrucijada. Anuario de la inmigración en España 2008*. Barcelona: Fundació CIDOB, 2008

GARCÍA ROCA, Javier; DÍAZ CREGO, María (2007). «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: Fundació CIDOB 2007.

HAILBRONNER, Kay. «Union citizenship and access to social benefits». *Common Market Law Review*. No. 42. Kluwer Academic Publishers, 2005.

LAMBERT, Hélène. *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*. Estraburgo: Council of Europe, 2007.

MJÖLL ARNARDÓTTIR, Oddný. *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*. La Haya: Martinus Nijhoff, 2003.

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