

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

Javier García Roca

Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Complutense de Madrid

María Díaz Crego

Profesora ayudante de la Universidad de Alcalá

1. Introducción.

2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

- Libertad personal de los extranjeros (art. 17 CE) y requisitos de postulación para recurrir en amparo contra la decisión del juez ordinario en un procedimiento de *habeas corpus*.
- El derecho a la libertad personal y a la seguridad de los extranjeros (art. 17 CE) y la motivación reforzada de decisiones de internamiento.
- Dilaciones indebidas en procesos de extranjería por deficiencias estructurales en la Administración de Justicia (art. 24.2 CE).
- La protección de los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados: acceso a la jurisdicción para impugnar una resolución de repatriación (art. 24.1 CE).

3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) en supuestos de expulsión o extradición de extranjeros hacia terceros países.
- Derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) y privación de libertad de los extranjeros.
- Libertad personal y detención de extranjeros en el marco de procedimientos de expulsión o extradición o para evitar su entrada irregular en el país (art. 5.1.f) CEDH).
- El derecho a la vida privada y familiar de los extranjeros (art. 8 CEDH) como límite a las decisiones de expulsión del país en el que residen.
- Garantías de los extranjeros residentes legales frente a la expulsión del país de su residencia (art.1 Protocolo núm. 7).

4. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

- Libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y sus familiares.
- Nacionales de terceros estados sin vínculo comunitario y libertad de circulación y residencia en la Unión.

En este capítulo se resumen las jurisprudencias aprobadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el año 2008 y relacionadas con el Derecho de extranjería. La del Tribunal Constitucional ha sido escasa, resaltando dos asuntos referidos a cuestiones procedimentales de postulación y legitimación para recurrir decisiones administrativas adoptadas en procedimientos de extranjería (SSTC 183/2008, de 22 de diciembre, y 172/2008, de 18 de diciembre). La del Tribunal Europeo ha sido más intensa, aunque poco original, destacando los asuntos Riad y Idiab c. Bélgica, y N. c. Reino Unido, en los que se analizan las condiciones de detención de los extranjeros en las zonas de tránsito de los aeropuertos, y los casos en que procede aplicar el artículo 3 del Convenio para impedir la expulsión de un extranjero gravemente enfermo a un país en el que no podría acceder al tratamiento médico necesario. La del Tribunal de Justicia ha sido ingente, especialmente en relación con los derechos a circular y residir en el territorio de la Unión de los ciudadanos comunitarios y sus familiares; destacan los asuntos Heinz Huber y Metock, que se pronuncian sobre las condiciones en que las autoridades de un Estado pueden llevar un registro nominal de extranjeros comunitarios y

RESUMEN

sobre las exigencias que cabe imponer a los nacionales de terceros estados que sean familiares de un ciudadano comunitario para el ejercicio de la libertad de circulación y residencia.

1. INTRODUCCIÓN

Como en pasadas ediciones de este anuario, el objetivo de la crónica es dar noticia de las principales sentencias adoptadas a lo largo del año 2008 por el Tribunal Constitucional (TC), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en materia de extranjería. Este trabajo se ha elaborado sobre los materiales recopilados para el Boletín Jurídico de Estudios y Jurisprudencia en materia de Extranjería, Inmigración y Asilo, que un grupo de investigación, creado en la Universidad de Alcalá, ha elaborado hasta fechas recientes para el Ministerio del Interior;¹ agradecemos la autorización para su publicación.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Durante el año 2008 la jurisprudencia del TC que incide en el ámbito de la extranjería no ha sido muy abundante, a diferencia de lo ocurrido en el 2007. La mayoría de las sentencias se limitan a reiterar jurisprudencia previa sobre derechos de los extranjeros. No obstante, resultan muy relevantes, desde una perspectiva procedimental, las SSTC 184/2008 y 183/2008, de 22 de diciembre, referidas a la capacidad procesal de los menores extranjeros no acompañados cuya tutela ha sido asumida por una de nuestras comunidades autónomas, y las SSTC 172/2008, de 18 de diciembre, y 173/2008, de 22 de diciembre, en

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

las que se determinan los requisitos de postulación de los extranjeros en determinados procedimientos de amparo.

Libertad personal de los extranjeros (art. 17 CE) y requisitos de postulación para recurrir en amparo contra la decisión del juez ordinario en un procedimiento de *habeas corpus*

Tan sólo dos sentencias de las adoptadas por el TC en el año 2008 analizan la posible violación del derecho a la libertad personal y la seguridad de ciudadanos extranjeros en razón de la inadecuada sustanciación de un procedimiento de *habeas corpus*: las SSTC 172/2008, de 18 de diciembre, y 173/2008, de 22 de diciembre.

Tienen escaso interés en cuanto al fondo, en la medida en que reiteran la jurisprudencia sobre la denegación *a limine* de solicitudes de *habeas corpus*.² Vuelven a subrayar que se vulnera la libertad personal cuando se fundamenta la inadmisión de una solicitud de *habeas corpus* en la legalidad de la privación de libertad, puesto que el análisis de fondo debe ser realizado una vez admitida a trámite la solicitud, a fin de que se produzca la efectiva puesta a disposición judicial de la persona privada de libertad y su comparecencia ante el juez.

Pero suscitan una cuestión procesal de gran trascendencia: la posibilidad de formalizar un recurso de amparo, por violación del artículo 17 CE, cuando es promovido por un letrado que, si bien no cuenta con mandato expreso de los recurrentes, les asistió al tiempo de instar el procedimiento de *habeas corpus*. Ciertamente, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado de forma indirecta sobre esta cuestión, dado que había admitido, en algún caso,³ que el letrado que asistió a un extranjero en una solicitud de *habeas corpus* promoviera igualmente un recurso de amparo contra la resolución que la rechazó, entendiendo que contaba con una autorización tácita a su favor. Pero el Tribunal se pro-

² Entre otras, las SSTC 169/2006 y 259/2006, de 11 de septiembre. Esta jurisprudencia ha sido analizada en García Roca y Díaz Crego (2007).

³ Entre otras, la STC 303/2005, de 24 de noviembre, en el que el defecto procesal es subrayado por los magistrados García-Calvo y Rodríguez-Zapata en su voto disidente.

nuncia ahora, por primera vez, de forma expresa y rotunda sobre esta cuestión, produciéndose un debate. En los dos casos, la legitimación del letrado que había asistido a los recurrentes en el procedimiento de *habeas corpus* y que, tras su inadmisión, planteó un recurso de amparo en su interés fue puesta en entredicho por el Ministerio Fiscal, quien consideraba que, en ausencia de un mandato expreso de los recurrentes para plantear tal recurso, concurría la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1.a) LOTC, puesto que los legitimados para la acción, según el artículo 46 LOTC, son las personas directamente afectadas.

Los argumentos del Ministerio Fiscal fueron asumidos por los magistrados constitucionales que discreparon de la decisión mayoritaria –Vicente Conde Martín de Hijas y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez–, quienes estimaban que la admisión a trámite del recurso de amparo en la situación indicada no tenía sustento legal alguno y no se justificaba por las circunstancias del caso.

Sin embargo, la decisión mayoritaria, claramente divergente y muy cabal por su acusado realismo –un criterio exegético inexcusable en materia de derechos y con mayor razón, por su vulnerabilidad, de los extranjeros–, considera impracticable exigir un apoderamiento expreso al letrado en supuestos como los analizados. Se pondera que los interesados no fueron puestos en libertad en territorio español, sino expulsados antes de que procediera el planteamiento del recurso de amparo. Esta situación excepcional hacía que los extranjeros no pudieran defender sus derechos por sí mismos, al no encontrarse en España, y que hubiera resultado casi imposible requerirles para que ratificaran el recurso de amparo promovido en su interés. Estas circunstancias llevan al Tribunal a admitir sensatamente el apoderamiento tácito del letrado.⁴

⁴ Dado el carácter abierto de la toma de postura del TC en las dos sentencias reseñadas, sorprende la conclusión a la que el Alto Tribunal llega en los AATC 89/2008, 91/2008 y 92/2008, en contra de la opinión del Ministerio Fiscal y con el voto discrepante del magistrado Eugeni Gay Montalvo. En estos autos, el TC acordaba el archivo de sendos recursos de amparo que presentaban idénticas características a los resueltos por las STC 172/2008, de 18 de diciembre, y STC 173/2008, de 22 de diciembre, pero en los que no se había procedido a nombrar procurador que representara al recurrente debido a la negligente actuación del letrado de oficio que les había asistido ante los tribunales ordinarios.

La postura mayoritaria se aleja de todo formalismo, incorporando criterios de justicia material, en un asunto que no carece de importancia si se tiene en cuenta, primero, que tales exigencias de postulación afectan a la protección real y efectiva de los derechos de los extranjeros ante los órganos jurisdiccionales, y, segundo, que multitud de ciudadanos extranjeros se ven obligados a abandonar el territorio de nuestro país o no llegan nunca a acceder al mismo, en aplicación de la Ley de Extranjería –Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero–, antes de que proceda el planteamiento de un recurso contra la decisión administrativa que determinó su obligación de abandonar el país o que les negó la posibilidad de entrar en él.⁵ Que las sentencias de amparo sean estimatorias revela que esta doctrina es necesaria.

DURANTE 2008 LA JURISPRUDENCIA DEL TC QUE INCIDE EN EL ÁMBITO DE LA EXTRANJERÍA NO HA SIDO MUY ABUNDANTE, A DIFERENCIA DE 2007

Las dos decisiones adquieren especial trascendencia en el contexto del actual debate sobre la reforma de la Ley de Extranjería, que dispone exigir la constancia expresa de la voluntad del extranjero de recurrir en vía contencioso-administrativa las resoluciones administrativas en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita –art. 22 del proyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000–.⁶ La nueva Ley de Extranjería incorporaría así una exigencia diferenciada para el ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita por españoles y extranjeros,

⁵ En este sentido, se han apuntado ya las dificultades que han de afrontar los ciudadanos extranjeros para acceder a la jurisdicción en asuntos referidos a su régimen de extranjería en la medida en que los tribunales contencioso-administrativos están inadmitiendo, por falta de representación, recursos planteados por letrados de oficio que dicen actuar en interés de sus clientes cuando éstos no cuentan con el poder correspondiente. Sobre esta problemática y la posición del TC al respecto, véase Gómez Fernández (2009).

⁶ Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, n.º 31-1, 1 de julio de 2009.

cuyo carácter problemático ya ha sido subrayado por varios informes.⁷ El legislador debería ser más cauteloso, ya que la norma no sólo podría contradecir la reiterada jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros,⁸ sino que podría debilitar aún más la ya frágil situación jurídica de este colectivo tan vulnerable.

EL TC SEÑALA LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR ADECUADA Y PORMENORIZADAMENTE LA NECESIDAD DE UNA MEDIDA QUE SUPONGA LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE UN EXTRANJERO INCURSO EN UN PROCESO DE EXPULSIÓN O DEVOLUCIÓN

El derecho a la libertad personal y a la seguridad de los extranjeros (art. 17 CE) y la motivación reforzada de decisiones de internamiento

La STC 169/2008, de 15 de diciembre, también gira en torno al derecho a la libertad personal de los extranjeros, aunque se centra en una cuestión radicalmente distinta como son las garantías que rodean el internamiento de ciudadanos de otros países en España.

El TC analiza si la inadecuada motivación del auto por el que se acordó el internamiento de un extranjero, previo a la devolución a su país de origen, se adecua a las exigencias derivadas de los derechos a la libertad personal (art. 17 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). El juzgado que acordó el internamiento no explicitó los motivos que justificaban su decisión, más allá de la simple indicación formal

de que concurría la «causa de expulsión invocada en el expediente administrativo» y que procedía el internamiento para «garantizar la efectividad de la decisión administrativa de expulsión». Según el TC, esta inadecuada motivación, por insuficiente, era contraria a su reiterada jurisprudencia en la materia, ya que no analizaba qué circunstancias especiales concurrían en el concreto supuesto de hecho que hacían necesario acordar una medida tan restrictiva.⁹

El Tribunal recuerda que el internamiento de un extranjero sólo puede ser acordado por el órgano jurisdiccional competente, de forma motivada, previa audiencia al interesado, y tras haber valorado una serie de circunstancias, en particular, «la causa de expulsión o de devolución invocada por la autoridad gubernativa, la situación legal y personal del extranjero, la mayor o menor probabilidad de su huida, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, o cualquier otra circunstancia que el Juez estime relevante para adoptar su decisión» (F.J. 3.º). El TC señala la obligación de motivar adecuada y pormenorizadamente la necesidad de una medida que suponga la privación de libertad de un extranjero incurso en un proceso de expulsión o devolución.

Nuestro TC lleva la protección de los derechos de los extranjeros mucho más allá que el TEDH, que ha rechazado la aplicación del test de necesidad a las privaciones de libertad que afectan a aquellos que intentan entrar ilegalmente en un país o que van a ser expulsados o extraditados, según lo previsto en el artículo 5.1.f) CEDH.¹⁰ Pero la sobreprotección dispensada por el sistema interno de garantías es muy lógica, puesto que el Convenio Europeo sólo dis-

⁷ Dictamen del Consejo de Estado n.º 786/2009, sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de 25 de junio de 2006; Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de 30 de abril de 2009; Informe de Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía ante el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Extranjería, 23 de febrero de 2009.

⁸ En este sentido, véanse la STC 236/2007, de 7 de noviembre, y la STC 95/2003, de 22 de mayo, sobre la igualdad de condiciones en el ejercicio del derecho por extranjeros y nacionales.

⁹ Se pone así el énfasis en la excepcionalidad del internamiento de los ciudadanos extranjeros, que ya había afirmado el TC (STC 115/1987, de 7 de julio, entre otras) y que ya ha sido subrayada, entre otros, por Revenga Sánchez (2005: 293-294).

¹⁰ En este sentido, entre otras, la STEDH Saadi c. Reino Unido, de 11 de julio de 2006, que ha sido analizada en García Roca y Díaz Crego (2009: 184-185).

pensa una protección de mínimos, común a toda una serie de estados parte que ostentan regímenes jurídicos muy diversos.

Dilaciones indebidas en procesos de extranjería por deficiencias estructurales en la Administración de Justicia (art. 24.2 CE)

Dos de las sentencias dictadas por el TC a lo largo del año 2008, las SSTC 93/2008 y 94/2008, de 21 de julio, aplican la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al ámbito de la extranjería,¹¹ si bien con resultados muy distintos.

En el primero de los supuestos, el afectado había solicitado autorización de residencia y trabajo en el marco del proceso de regularización previsto por la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Tras la denegación de las autorizaciones correspondientes, que obligaban al interesado a abandonar el territorio español en un plazo de 15 días, el afectado interpuso un recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, el juzgado competente no pudo señalar la vista hasta casi un año y medio después de la presentación del recurso, debido al exceso de trabajo que tenía pendiente. Lo mismo ocurría en el asunto resuelto por la STC 94/2008, aunque en este caso el supuesto de hecho era un tanto diferente, en la medida en que el recurrente era un ciudadano boliviano al que se le había denegado la entrada en España por motivos de turismo.

En ambos supuestos, el razonamiento inicial del TC fue casi idéntico: el Alto Tribunal centra su decisión en la jurisprudencia del TEDH en la materia,¹² señalando que el derecho reconocido en el artículo 24.2 CE no es un derecho al cumplimiento riguroso de los plazos procesales, sino

que prohíbe retrasos injustificados en la marcha de los procesos. A fin de determinar en qué supuestos se producen tales retrasos y, por tanto, se vulnera el derecho fundamental, el TC recuerda que debían tenerse en cuenta una serie de criterios habituales como son: «la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades» (F.J.2.^º).

Sin embargo, la aplicación de los criterios indicados a los dos casos tendría un resultado diferente. En la STC 93/2008, el TC subraya brevemente la escasa complejidad del litigio, la importancia de la cuestión de fondo que se dirimía, y la diligencia con la que actuaron los afectados, indicando que la dilación era debida únicamente a problemas estructurales asociados al inadecuado funcionamiento de la Administración de Justicia en nuestro país, motivos que, en modo alguno, podían justificar la dilación sufrida, considerándose vulnerado el derecho del recurrente.

Curiosamente, el razonamiento y el resultado al que se llega es distinto en la STC 94/2008, ya que en este caso se estima que el recurrente no había alegado que su procedimiento se estuviera dilatando en el tiempo más allá que otros de iguales características y recuerda que, además, el interés que arriesgaba el recurrente no era de especial relevancia, en la medida en que se trataba de una cuestión puramente económica. Esta última parece ser la principal diferencia entre ambos asuntos: la relevancia del interés en juego, que resultaba clara en el caso analizado en la STC 93/2008, porque el litigio principal versaba sobre una autorización de residencia y trabajo, sin la cual el recurrente se vería obligado a abandonar el país en 15 días.¹³

A pesar del razonamiento diferenciado del TC en ambos casos, hay que reseñar que su pronunciamiento en la STC 93/2008 tiene un alcance muy limitado, ya que no instó al órgano jurisdiccional a señalar la vista en un plazo razona-

¹¹ Entre otras, la STC 58/1999, de 12 de abril. También se han pronunciado en el mismo sentido varios autos del TC adoptados durante el 2008, aunque en todos esos casos se inadmite la demanda de amparo porque se reparó la lesión del derecho fundamental en vía judicial o porque ésta ha perdido su objeto: ATC 378/2008, de 26 de noviembre; AATC 287/2008, 285/2008, 284/2008, de 22 de septiembre.

¹² Entre otras: STEDH Soto Sánchez c. España, de 25 de noviembre de 2003. Véase sobre esta jurisprudencia Salado Osuna (2005).

¹³ En este sentido, Gómez Fernández (2009).

ble, limitándose a reconocer vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En este sentido, el TC subraya que el señalamiento de la vista había seguido el orden cronológico previsto por la ley, de modo que su adelantamiento supondría necesariamente el perjuicio de otros particulares. Dadas las circunstancias, el Tribunal se limita a reconocer que las deficiencias estructurales de la Administración de Justicia española habían determinado la vulneración del derecho fundamental del recurrente, pero que nada podía hacer para reponerle en el disfrute de su derecho en la medida en que «este Tribunal no puede entrar en los problemas estructurales del funcionamiento de la Administración de Justicia» (F.J. 4.º). Un resultado que, sin duda, resulta insatisfactorio, pero que posee una solución alternativa nada sencilla.

La protección de los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados: acceso a la jurisdicción para impugnar una resolución de repatriación (art. 24.1 CE)

Dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en este año, las SSTC 184/2008 y 183/2008, de 22 de diciembre, se han centrado en una cuestión procesal de gran relevancia práctica: la protección de los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados que llegan a nuestro país y son puestos a disposición de los servicios de protección de menores competentes, al ser considerados en situación de desamparo, asumiendo su tutela las comunidades autónomas.¹⁴

En ambas sentencias, el TC resuelve sobre la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, de un menor extranjero no acompañado al que se impidió defender directamente sus intereses en el marco de un procedimiento de repatriación en el que surgió un conflicto de intereses entre el menor que iba a ser repatriado y la comunidad autónoma que os-

tentaba su tutela. Debe recordarse que, según los artículos 35 de la Ley de Extranjería y 92 del Reglamento de la Ley de Extranjería –Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre–, la Administración General del Estado podrá iniciar, de oficio o a instancia de la administración que ejerza la tutela de estos menores, un procedimiento para su reagrupación familiar en origen. Esto supone que el menor sea reagrupado con su familia o que su tutela sea asumida por los servicios de protección de menores de su país de origen.

En el marco de estos procedimientos, puede ocurrir que los intereses de la comunidad autónoma que ostenta la tutela del menor extranjero y los del propio menor entren en conflicto, cuando la primera defiende la conveniencia de repatriar al menor y, el segundo, su voluntad de permanecer en nuestro país.¹⁵

Esta situación es exactamente la que se enjuicia en las dos sentencias indicadas. Una vez que se hubo adoptado la decisión de repatriar al menor, una asociación sin ánimo de lucro, que llevaba largo tiempo luchando por la concesión de la autorización de residencia al menor y el propio menor, actuando bajo la misma representación letrada, recurrieron la decisión administrativa ante los tribunales. El órgano judicial de primera instancia consideró que procedía nombrar defensor judicial que actuara en nombre del menor, tal y como prevé el artículo 163 del Código Civil, al existir un conflicto de intereses entre la entidad tutora y el tutelado, y decidió sobre el fondo del asunto, estimando parcialmente las alegaciones del letrado de la asociación, que había sido nombrado defensor judicial del menor.

Sin embargo, en apelación, el TSJ de Madrid adoptó una postura diferente y harto más rigurosa y formalista, pues rechazó la legitimación activa de la asociación para interponer el recurso contra la resolución de repatriación del menor; negó la posibilidad de reconocer capacidad procesal al menor, según lo que prevé el artículo 18 de la Ley de la

¹⁴ Sobre las previsiones de los artículos 35 de la Ley de Extranjería y 92 del Reglamento de la Ley de Extranjería en relación con los menores extranjeros no acompañados y su aplicación por las autoridades españolas, véase especialmente García Vázquez (2007:399 y ss.)

¹⁵ Sobre esos conflictos de intereses y su posible resolución en línea con la jurisprudencia constitucional que se analiza, véase Arce Jiménez (2006: 130-132).

Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y consideró que el juzgado de lo contencioso no era competente para nombrar un defensor judicial al menor, estimando competentes únicamente a los órganos jurisdiccionales del orden civil. Se abstuvo así de pronunciarse sobre el fondo del asunto, esto es, sobre si la repatriación del menor cumplía todas las garantías exigidas por nuestro ordenamiento.

Ante estos hechos, el TC se pronuncia, en la STC 184/2008, sobre la posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva de la asociación que recurrió la resolución de repatriación del menor; y, en la STC 183/2008, sobre la supuesta violación del derecho a la tutela judicial efectiva del propio menor. Sin duda, el pronunciamiento más relevante es el segundo de los indicados, porque la STC 184/2008 recuerda la jurisprudencia sobre el acceso a la jurisdicción y su comprensión desde el principio *pro actione*, y señala que en los supuestos en que existe una relación directa entre los fines estatutarios de una asociación y el motivo en que se fundamenta la impugnación del acto administrativo, debe considerarse que la asociación correspondiente ostenta un interés legítimo en recurrir el acto correspondiente; todo lo cual ocurría en el caso.

Sin embargo, la STC 183/2008 adquiere un perfil distinto. El Tribunal considera, sensatamente, que la decisión del TSJ de Madrid que negó capacidad procesal al menor extranjero y declaró la incompetencia del juzgado de lo contencioso-administrativo para nombrarle un defensor judicial violó su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC no se pronuncia sobre qué vía procesal debía seguirse para solventar esta situación, pero señala que al no procederse en ninguno de los dos sentidos que permitía el ordenamiento español –reconocimiento de la capacidad procesal del menor, *ex* artículo 18 de la LJCA, o nombramiento de defensor judicial, *ex* artículo 163 CC–, y recha-

¹⁶ El artículo 35.5 del proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al que antes se ha hecho referencia, reconoce capacidad de obrar en los procedimientos de repatriación a los menores extranjeros no acompañados menores de 18 años y mayores de 16 años, y en relación con los menores de esa edad, señala que si hubieran manifestado voluntad contraria a la de la entidad tutora y tuvieren juicio suficiente, se procederá al nombramiento de un defensor judicial que les represente.

zarse la legitimación activa de la asociación que atendió al menor, el TSJ de Madrid había impedido el control judicial de una decisión administrativa que afectaba a la esfera personal y familiar del menor. Y se considera esta decisión desproporcionada, recordando que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que se posibilite «a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal» (F.J. 5.^º).

EN EL ASUNTO N. C. REINO UNIDO, DE 27 DE MAYO DE 2008, EL TEDH RECUERDA QUE UN ESTADO PUEDE VULNERAR EL ARTÍCULO 3 CEDH SI EXPULSA A UN EXTRANJERO GRAVEMENTE ENFERMO HACIA UN PAÍS EN EL QUE NO PODRÁ RECIBIR TRATAMIENTO ADECUADO

No obstante, es cierto que este pronunciamiento pone de manifiesto las deficiencias de nuestra actual legislación de extranjería en relación con los menores no acompañados y se adelanta a la reforma legislativa que ha propuesto el Gobierno,¹⁶ obligando a clarificar la vía procesal por seguir en el caso de que surja un conflicto de intereses entre un menor extranjero no acompañado que cuente con la madurez de juicio suficiente y la administración que ostenta su tutela.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A lo largo de este año, la jurisprudencia del TEDH sobre extranjería ha girado únicamente en torno a los artículos 3, 5, 8 y 34 CEDH y el artículo 1 del Protocolo núm. 7. El TEDH se ha referido al artículo 34 CEDH tan sólo en un asunto: Mostafa y otros c. Turquía, de 15 de enero de 2008, en el que ha recordado, en línea con su jurisprudencia

cia Olaechea Cahuas,¹⁷ que un Estado viola el artículo 34 CEDH si no respeta una medida cautelar impuesta en virtud de lo previsto en el artículo 39 CEDH, y esto impide el ejercicio eficaz del derecho al recurso ante el TEDH. Además, resultan especialmente reseñables los casos Riad y Idiab c. Bélgica, de 28 de enero de 2008, en el que se analiza en qué medida la retención de los extranjeros en las zonas internacionales de los aeropuertos puede considerarse una privación de libertad; y N. c. Reino Unido, de 27 de mayo de 2008, en el que se estudia en qué medida la devolución de un extranjero que sufre una grave enfermedad a un país en el que no podrá ser convenientemente tratado supone una violación del artículo 3 CEDH.

EL PRONUNCIAMIENTO DEL TEDH OBLIGA A APLICAR LAS EXIGENCIAS DEL ARTÍCULO 5.1.F) CEDH A LAS ESTANCIAS PROLONGADAS DE LOS EXTRANJEROS EN LAS ZONAS DE TRÁNSITO DE LOS AEROPUERTOS, SIEMPRE QUE ALCANCEN UNA DETERMINADA DURACIÓN Y SE DESARROLLEN EN CONDICIONES QUE NO PERMITAN CUBRIR LAS NECESIDADES MÍNIMAS DE LOS AFECTADOS

Derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) en supuestos de expulsión o extradición de extranjeros hacia terceros países

Como en pasadas ediciones de este anuario, debemos subrayar que una parte importante de la jurisprudencia del

¹⁷ STEDH Olaechea Cahuas c. España, de 10 de agosto de 2006. Sobre esta jurisprudencia, véase García Roca y Díaz Crego (2007).

¹⁸ En este sentido, véanse las SSTEDH Mostafa y otros c. Turquía, de 15 de enero de 2008, Nyanzi c. Reino Unido, de 8 de abril de 2008, Saadi c. Italia, de 28 de febrero de 2008, Ismoilov y otros c. Rusia, de 24 de abril de 2008, N. c. Royaume-Uni, de 27 de mayo de 2008, Ryabikin c. Rusia, de 19 de junio de 2008, NA c. Reino Unido, de 17 de julio de 2008, Y. c. Rusia, de 4 de diciembre de 2008, Muminov c. Rusia, de 11 de diciembre de 2008.

TEDH de 2008 se dedica a analizar en qué circunstancias la expulsión o extradición de un extranjero hacia su país de origen puede vulnerar el artículo 3 CEDH.¹⁸

El TEDH ha seguido recordando que el artículo 3 CEDH se opone a la expulsión/extradición de un extranjero hacia un país cuando exista un riesgo real de que sufra allí malos tratos. Pero, según asevera el Alto Tribunal en el asunto Mostafa y otros c. Turquía, de 15 de enero de 2008, el recurrente habrá de probar la existencia del riesgo.

Para verificar si concurre riesgo, deberán tenerse en cuenta las circunstancias del país de origen. Mas una situación general de conflicto no será suficiente, por regla general, para estimar violado el artículo 3 CEDH, siendo necesario que el recurrente pruebe circunstancias específicas que identifiquen ese riesgo en su persona.¹⁹ Dado lo elástico de la diferencia, el TEDH tiene en cuenta la existencia de prácticas continuadas de persecución contra determinados grupos de población, de modo que si el recurrente alega pertenecer a uno de esos grupos, se exige únicamente que el particular aporte indicios serios que permitan creer en la existencia de esa práctica sistemática de persecución contra el grupo poblacional, y su misma pertenencia al grupo. Así se pone de manifiesto en el asunto NA c. Reino Unido, de 17 de julio de 2008, en el que el TEDH considera que la expulsión de un ciudadano de Sri-Lanka, de etnia tamil, que había solicitado asilo en el Reino Unido buscando protección frente a las autoridades de su país y los tigres tameses, vulnera el artículo 3 CEDH. En este caso, el recurrente podía considerarse dentro de un grupo de riesgo, y, en el contexto generalizado de violencia del país, podía albergar razones serias para creer que, en caso de ser devuelto, sufriría malos tratos.

En línea con lo indicado, aunque en un supuesto de extradición, destaca el asunto Ryabikin c. Rusia, de 19 de junio

¹⁹ Esta exigencia de la jurisprudencia del TEDH, que dificulta sobremanera el reconocimiento del derecho, parece haberse visto superada muy recientemente en el ámbito de la UE por la interpretación del artículo 15.c) de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, realizada por el TJCE en su Sentencia de 17 de febrero de 2009, asunto Meki Elgafagi y Noor Elgafagi, as. C-465/07.

de 2008, en el que el TEDH señala que la extradición de un ciudadano de Turkmenistán, de origen ruso, hacia ese país para ser juzgado por un delito de malversación, vulneraría el artículo 3 CEDH. Para alcanzar esa conclusión, se tiene en cuenta el delito del que se acusaba al recurrente, así como la alta probabilidad de que fuera encarcelado; y se señala que este hecho, unido a la información sobre las condiciones de las prisiones y la práctica de torturas a los detenidos en Turkmenistán, eran elementos suficientes para determinar la existencia de un riesgo real de que el recurrente sufriera malos tratos.

También resulta destacable, el asunto Saadi c. Italia, de 28 de febrero de 2008, en el que el TEDH determinó si las exigencias que impone el artículo 3 CEDH son exactamente las mismas en aquellos casos en los que el ciudadano extranjero por extraditar ha sido condenado por actos de terrorismo internacional y, por tanto, constituye una seria amenaza para el país en el que reside. Incluso en este supuesto, el TEDH mantiene su jurisprudencia, señalando que no cabrá la extradición en el caso de que exista un riesgo real, fundado en motivos serios y probados, de que esa persona vaya a sufrir un maltrato. El TEDH confirma, pues, el carácter absoluto de la prohibición contenida en el artículo 3 CEDH²⁰ en un supuesto tan complejo como el que se recoge en este asunto, y subraya claramente en qué sentido la protección proporcionada por el artículo 3 CEDH va más allá del principio de *non-refoulement* contenido en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.²¹

Finalmente, en el asunto N. c. Reino Unido, de 27 de mayo de 2008, el TEDH nos recuerda que un Estado puede vulnerar el artículo 3 CEDH si expulsa a un extranjero gravemente enfermo hacia un país en el que no podrá recibir un tratamiento adecuado para su enfermedad; pero advierte

²⁰ El TEDH ya se había pronunciado en este sentido en otros asuntos, como por ejemplo, Chahal c. Reino Unido, de 15 de noviembre de 1996. Sobre este asunto y la jurisprudencia indicada del TEDH, véase Boza Martínez (2001: 117 y ss.)

²¹ Es de recordar, en este sentido, que según la Convención de 1951, el principio de *non-refoulement* se excepciona en relación con aquellos que sean un peligro para la seguridad del país o para la comunidad del país. En este sentido, véase especialmente Santolaya (2001: 140 y ss.)

que esta aplicación del artículo 3 sólo cabe en circunstancias muy excepcionales:²² cuando el estado de salud del recurrente esté muy deteriorado, se constate que difícilmente tendría acceso a los cuidados médicos imprescindibles en el país al que sería expulsado, y se compruebe que no podrá contar con ningún apoyo familiar que se encargue de cuidarle y cubrir sus necesidades básicas durante la enfermedad.

Tras analizar las concretas circunstancias del caso, el TEDH reconoce que tales elementos no concurrían en el supuesto de hecho, porque si bien la recurrente contrajo el VIH y necesitaba tratamiento antirretroviral para poderse mantener con vida, en el momento en que se resolvió el litigio, su estado de salud no era muy grave; y, en Uganda, país al que sería expulsada, la mitad de la población tenía acceso a esos tratamientos, aunque con un coste muy elevado; y porque, además, la recurrente contaba con familiares que podrían hacerse cargo de ella.

La complejidad de la aplicación de estos genéricos estándares en circunstancias concretas se advierte, en contra de la posición mayoritaria, en el voto disidente de los jueces Tulkens, Bonillo y Spielmann, que genera cierta insatisfacción respecto del juicio de la mayoría, ya que consideran que la decisión de la Gran Sala no había tenido suficientemente en cuenta todos los detalles del caso. Ya que si bien la recurrente se encontraba en buen estado de salud en el momento en que se resolvió el litigio, numerosos informes médicos habían señalado que moriría en menos de un año si no se le proporcionaban antirretrovirales; y era muy dudoso que pudiera obtener ese tratamiento en Uganda, donde tan sólo accedía al mismo una parte de la numerosa población que lo necesitaba. El voto remarca que, en caso de ser expulsada, la recurrente probablemente moriría de forma prematura en Uganda en medio de graves sufrimientos, lo que debería haberse considerado una violación de la prohibición absoluta con-

²² En este sentido se pronunció el TEDH en el asunto D. c. Reino Unido, de 2 de mayo de 1997. Sobre este asunto y la jurisprudencia posterior del TEDH, véanse Santolaya (2001: 137 y ss.); Boza Martínez (2001: 123 y ss.)

tenida en el artículo 3 CEDH. La duda que el voto suscita quizá debió de haber provocado una decisión más garantista.

Derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) y privación de libertad de los extranjeros

En una línea un poco diferente de la jurisprudencia reseñada en el punto anterior, aunque también en relación con el artículo 3 CEDH, el caso *Riad y Idiab c. Bélgica*, de 24 de enero de 2008, analiza en qué circunstancias la privación de libertad de un extranjero en uno de los supuestos contemplados en el artículo 5.1.f) CEDH –extradición, expulsión o entrada ilegal– podría violar el artículo 3 CEDH. El asunto resulta destacable, porque la privación de libertad de los recurrentes no se produjo, como es habitual, en un centro de detención de extranjeros, sino en la zona de tránsito del aeropuerto de Bruselas, y se planteaba, por tanto, si las condiciones de esa privación de libertad violaron el artículo 3 CEDH.

El TEDH destaca que los recurrentes fueron abandonados a su suerte en la zona de tránsito del aeropuerto durante un período considerable de tiempo –15 y 11 días, respectivamente–, que durante ese período ninguna autoridad se ocupó de su higiene, de su alimentación, de facilitarles un lugar de descanso, de permitirles salir al aire libre, ni de ver o comunicarse con algún familiar. Sorprendentemente, en la misma zona de tránsito aeroportuaria existía un centro gestionado por las propias autoridades en el que hubieran tenido cubiertas esas necesidades básicas, pero ninguno de los agentes con los que tuvieron contacto los recurrentes les indicó la existencia de ese centro. Muy al contrario, se les abandonó en un enclave del aeropuerto considerablemente alejado del mismo.

²³ En este sentido, véanse las SSTEDH *Riad y Idiab c. Bélgica*, de 24 de enero de 2008; *Saadi c. Reino Unido*, de 29 de enero de 2008; *Hussain c. Rumania*, de 14 de febrero de 2008; *Ismoilov y otros c. Rusia*, de 24 de abril de 2008; *Sadaykov c. Bulgaria*, de 22 de mayo de 2008; *Shchebet c. Rusia*, de 12 de junio de 2008; *Ryabikin c. Rusia*, de 19 de junio de 2008; *Rusu c. Austria*, de 2 de octubre de 2008; *Rashed c. República Checa*, de 27 de noviembre de 2008.

Teniendo en cuenta esos aspectos, el TEDH llega a la conclusión de que las condiciones de privación de libertad de los recurrentes debían considerarse tratos inhumanos o degradantes, ya que provocaron un injustificado e innecesario sentimiento de angustia y humillación que alcanzaba el grado de gravedad exigido para estimar violado el artículo 3 CEDH.

Libertad personal y detención de extranjeros en el marco de procedimientos de expulsión o extradición o para evitar su entrada irregular en el país (art. 5.1.f) CEDH)

Una parte importante de los asuntos de los que ha conocido el TEDH a lo largo de 2008 se ha centrado en la posible violación del artículo 5.1.f) CEDH, que permite a los estados parte privar de libertad a ciudadanos extranjeros que pretendan penetrar de forma irregular en el territorio del país, o contra los que se haya iniciado un procedimiento de expulsión o extradición.²³

De esta larga lista, el primer asunto que debemos destacar es *Riad y Idiab c. Bélgica*, de 24 de enero de 2008, en el que el TEDH se pronuncia sobre la posibilidad de considerar el «abandono» de dos ciudadanos extranjeros en la zona internacional del aeropuerto de Bruselas como una privación de libertad, a fin de aplicar las exigencias que impone el artículo 5.1.f) CEDH. El TEDH, en la línea de su jurisprudencia anterior,²⁴ subraya que la estancia en esa zona internacional, si bien no es comparable con la retención en un centro de detención de extranjeros, puede convertirse en una medida privativa de libertad, si es prolongada y se realiza en condiciones contrarias a la dignidad de la persona. Tal y como ocurrió en este caso, en el que los recurrentes permanecieron 11 y 15 días, respectivamente, en la zona internacional del aeropuerto de Bruselas, abandonados completamente a su suerte. El pronunciamiento del TEDH obliga a aplicar las exigencias del artículo 5.1.f) CEDH a las estancias prolongadas de los extranjeros

²⁴ STEDH *Amuur c. France*, de 25 de junio de 1996. Sobre el asunto, véase Álvarez García y Queralt Jiménez (2005: 172 y ss.)

en las zonas de tránsito de los aeropuertos, siempre que alcancen una determinada duración y se desarrollen en condiciones que no permitan cubrir las necesidades mínimas de los afectados.

El resto de los asuntos analizados se pronuncian sobre las exigencias que impone el artículo 5.1.f) CEDH a las privaciones de libertad de los extranjeros. En este sentido, los asuntos *Ryabikin c. Rusia*, de 19 de junio de 2008, y *Rashed c. República Checa*, de 27 de noviembre de 2008, señalan una primera limitación a la aplicación posible de este precepto, al subrayar que la privación de libertad que autoriza el artículo 5.1.f) CEDH estará sólo justificada mientras se dé uno de los tres supuestos previstos en el precepto y cuando el procedimiento administrativo correspondiente esté en marcha, pero si no se desarrolla con la debida diligencia, no puede mantenerse la privación de libertad por tiempo indefinido, tal y como ocurrió en estos dos casos, en los que los recurrentes habían permanecido detenidos durante más de un año, mientras su procedimiento de extradición estaba suspendido.

Si bien es necesario que la privación de libertad se produzca en uno de los tres supuestos previstos en el artículo 5.1.f) CEDH, este precepto no exige que la medida privativa de libertad sea «necesaria», según la jurisprudencia sentada por el TEDH. Así lo confirma la Gran Sala del TEDH, dirimiendo el conocido asunto *Saadi c. Reino Unido*, de 29 de enero de 2008, en el que el TEDH se pronunció, por primera vez, sobre la posible aplicación del subprincipio de necesidad, como parte del principio de proporcionalidad, al primer inciso del artículo 5.1.f) CEDH.²⁵

Esta jurisprudencia se mantiene, pero el TEDH la matiza en el asunto *Rusu c. Austria*, de 2 de octubre de 2008,²⁶ en el que salta a escena una pequeña peculiaridad de la legislación austríaca. Se planteaba la adecuación al Convenio de la medida privativa de libertad acordada por las autoridades en el marco del procedimiento de expulsión de una mujer rumana. Según la legislación austríaca, las autorida-

des debían valorar la necesidad de privar de libertad a un extranjero antes de proceder a adoptar tal medida, aun cuando estuviera incurso en un procedimiento de expulsión. Sin embargo, en este caso no se aplicó ese test, a pesar de que resultaba evidente que la intención de la recurrente no era permanecer en el país sin contar con documentos válidos de viaje. El TEDH vuelve a recordar que el artículo 5.1.f) CEDH no impone ningún test de necesidad de la privación de libertad de un extranjero. Sin embar-

LA SENTENCIA METOCK TIENE IMPORTANTES CONSECUENCIAS PARA EL CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS, AL MENOS PARA LOS FAMILIARES DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN QUE EJERZAN SUS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

go, sí exige que la privación de libertad sea legal desde el punto de vista del Derecho interno y, por tanto, si el ordenamiento nacional exige que la misma sea necesaria, el TEDH podrá valorar el cumplimiento de ese requisito. Tras pronunciarse en este sentido, el TEDH analiza las circunstancias del caso y señala que no cabía considerar que la privación de libertad de la recurrente fuera «necesaria» dada su evidente falta de intención de permanecer en el país de forma irregular o de sustraerse al procedimiento en curso. La jurisprudencia *Rusu* puntualiza así la doctrina *Saadi*, señalando que si bien el artículo 5.1.f) CEDH no exige que la privación de libertad de un extranjero sea «necesaria», este test sí podrá ser aplicado por el TEDH cuando la propia normativa nacional lo exija; circunstancia que parece darse, desde luego, en nuestro país.

Finalmente, hay un último elemento de la sentencia *Saadi c. Reino Unido*, de 29 de enero de 2008, que nos

²⁵ Sobre esta sentencia, véase García Roca y Díaz Grego (2007)

²⁶ En el mismo sentido, aunque con menos detalle, véase STEDH *Sadaykov c. Bulgaria*, de 22 de mayo de 2008.

parece relevante subrayar. Como ya hemos indicado, el TEDH reitera que no procede aplicar el test de necesidad a la privación de libertad de un extranjero *ex artículo 5.1.f) CEDH*. Sin embargo, en esa misma sentencia, el TEDH concreta de forma muy clara cómo ha de entenderse el requisito de «legalidad» de toda privación de libertad fundada en ese precepto. El TEDH puntualiza que la «legalidad» de la privación de libertad de un extranjero no sólo depende de que tal medida se adecue al contenido de las normas internas, sino también de que esas normas protejan al individuo contra las acciones arbitrarias de los poderes públicos. Esta protección frente a lo arbitrario sólo se dará si la puesta en marcha de la detención: se realiza de buena fe; está ligada de forma estrecha al objetivo de la medida; el lugar y las condiciones de detención son apropiadas, teniendo en cuenta que los extranjeros no son autores de ilícitos penales, sino personas que han huido de su propio país; y la duración de la detención no excede del tiempo razonable para alcanzar el fin perseguido. Con estas exigencias, el TEDH marca claramente las condiciones garantistas en que los extranjeros pueden ser privados de libertad en el marco de la política migratoria de los estados parte.

El derecho a la vida privada y familiar de los extranjeros (art. 8 CEDH) como límite a las decisiones de expulsión del país en el que residen

Pocas sentencias han aplicado a la lo largo del año 2008 la conocida jurisprudencia del TEDH en virtud de la cual el derecho a la vida privada y familiar de los extranjeros se constituye en un límite a posibles decisiones de expulsión del país en que residen.²⁷ El TEDH recuerda que alejar a una persona del país en el que residen sus familiares cercanos puede vulnerar su derecho a la vida familiar, si tal alejamiento no cumple los requisitos del artículo 8.2

²⁷ En este sentido, véanse las SSTEDH *Nyanzi c. Reino Unido*, de 8 de abril de 2008; *C.G. y otros c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2008; *Emre c. Suiza*, de 22 de mayo de 2008; *Maslov c. Austria*, de 23 de junio de 2008; *Darren Omoregie y otros c. Noruega*, de 31 de julio de 2008; *Gulijev c. Lituania*, de 16 de diciembre de 2008.

CEDH. Pero no se produce ninguna injerencia en el derecho en aquellos supuestos en los que el recurrente no ha permanecido el tiempo suficiente en el país como para establecer tales vínculos, tal y como ocurría en el asunto *Nyanzi c. Reino Unido*, de 8 de abril de 2008.

En el supuesto contrario, esto es, cuando esos vínculos sí existen y la medida de expulsión provocaría una restricción del derecho a la vida familiar, la injerencia tan sólo podrá considerarse legítima si se cumplen los requisitos del artículo 8.2 CEDH: la medida está prevista por la ley, persigue uno de los objetivos legítimos señalados en ese precepto y es necesaria en una sociedad democrática, en el sentido de proporcionada.

En relación con el primero de los requisitos señalados, resulta relevante el asunto *C.G. y otros c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2008, en el que se subrayan las exigencias que debe cumplir la normativa nacional que permita el alejamiento del territorio del extranjero correspondiente, haciendo referencia a la muy conocida jurisprudencia del TEDH sobre la calidad de la ley nacional: la norma nacional que permita el alejamiento debe ser accesible y previsible, y ha de proteger a los particulares contra las actuaciones arbitrarias de los poderes públicos. No se daba esa protección en el caso objeto de estudio, en el que el recurrente había sido expulsado de Bulgaria, tras más de veinte años de residencia en el país, por indeterminados motivos de seguridad nacional, sin que la ley nacional garantizara un control jurisdiccional efectivo de la decisión gubernativa. Según el TEDH, una normativa que no concreta los motivos por los que una persona puede ser expulsada de un país por razones de «seguridad pública» y no prevé un control judicial efectivo de tal medida, no cumple el requisito de calidad de la ley que exige el CEDH.

Otros dos asuntos sobre los que se ha pronunciado el TEDH en relación con el artículo 8 CEDH, los asuntos *Emre c. Suiza*, de 22 de mayo de 2008, y *Maslov c. Austria*, de 23 de junio de 2008, se centraron en el requisito de proporcionalidad de la medida de expulsión. En ambos

casos, el TEDH utiliza los criterios sentados en su jurisprudencia *Boultif y Üner*,²⁸ a fin de llegar a una misma conclusión: la medida de expulsión resulta desproporcionada. El TEDH destaca: que ambos recurrentes llevaban residiendo en el país desde su más tierna infancia; que la mayoría de sus vínculos familiares se encontraban allí; que no poseían vínculo alguno con el país de su nacionalidad; que aunque habían cometido una serie de delitos, éstos eran relativamente poco graves y se habían producido durante la adolescencia; y que la decisión de expulsión era bien indefinida o por un período muy largo de tiempo. Con tales datos, no cabía sino subrayar la desproporción de las medidas adoptadas, respectivamente, por las autoridades austríacas y suizas.

Garantías de los extranjeros residentes legales frente a la expulsión del país de su residencia (art.1 Protocolo núm. 7)

El asunto *C.G. y otros c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2008, es el único que, a lo largo de este año, se ha pronunciado sobre la posible violación del artículo 1 del Protocolo núm. 7. En este precepto se recogen una serie de garantías que deben ser observadas en casos de expulsión de extranjeros residentes legalmente en el Estado parte: su expulsión sólo puede llevarse a cabo en los supuestos y con las garantías previstas en la ley; y debe reconocerse sus derechos a presentar alegaciones en contra, a que su caso sea revisado, y a ser representado con ese objeto ante las autoridades competentes. Además, en principio, un extranjero residente legal no puede ser expulsado antes de que pueda ejercer tales derechos, a no ser que su expulsión previa se justifique por motivos de orden público o seguridad nacional.

En este caso, el TEDH se centra en varios aspectos de este precepto. En primer lugar, el Alto Tribunal señala que para que podamos hablar de legalidad de una medida de expulsión de un extranjero residente, la norma en la que

se funda la decisión debe cumplir los requisitos de calidad ya sentados por el TEDH en su jurisprudencia, esto es, debe ser accesible y predecible en cuanto a su aplicación y debe proteger a los particulares de actuaciones arbitrarias, lo que no ocurría aquí, puesto que la legislación interna dejaba un margen de apreciación demasiado amplio a las autoridades nacionales.

Por otro lado, el TEDH subrayaba que el recurrente había sido expulsado antes de poder ejercer los derechos que le reconocía el artículo 1 del Protocolo, lo cual sólo podía justificarse por motivos de orden público o seguridad nacional. Señala el TEDH, que los motivos alegados por las autoridades, la supuesta participación del recurrente en delitos de tráfico de estupefacientes, no podían ser asociados a la seguridad nacional. Por lo que sólo cabía la aplicación del segundo supuesto, esto es, motivos de orden público. Sin embargo, destaca el TEDH, que la aplicación de esa excepción sólo cabe cuando el Estado sea capaz de justificar la necesidad de la medida de expulsión anticipada, lo que no había ocurrido en este caso, en el que el Estado no había tratado siquiera de justificar la aplicación de la medida.

Ambos elementos, unidos al hecho de que el recurrente no pudo realmente ejercer su derecho a que se revisara la decisión de su expulsión, ya que los tribunales nacionales realizaron una revisión puramente formal de la misma, llevaron al TEDH a confirmar la violación del artículo 1 del Protocolo.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A lo largo del año estudiado, y dejando a un lado la jurisprudencia comunitaria referida al Acuerdo Schengen y su Convenio de aplicación,²⁹ la jurisprudencia del TJCE relevante desde el punto de vista de la extranjería puede

²⁸ STEDH *Boultif c. Suiza*, de 2 de agosto de 2001 y STEDH *Üner c. los Países Bajos*, de 18 de octubre de 2006.

²⁹ Sobre el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, veáanse STJCE de 11 de diciembre de 2008, asunto *Klaus Bourquain*, as. C-297/07; STJCE de 22 de diciembre de 2008, asunto *Vladimir Turanský*, as. C-491/07.

agruparse en dos grandes bloques: el primero, referido al 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 el segundo, relacionado con las normas comunitarias aplicables a los ciudadanos de terceros países que residen y/o trabajan en el territorio de los estados miembros y no tienen vínculo comunitario alguno. Aunque hay que subrayar que este segundo bloque es mucho menor que el primero.

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

La jurisprudencia del TJCE dedicada a analizar diferentes aspectos del régimen aplicable a los ciudadanos comunitarios 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 2008. Dejando a un lado las sentencias del TJCE que han condenado a dos estados miembros por no transponer al ordenamiento interno la Directiva 2006/100/CE³⁰ –que adapta una serie de normas comunitarias en materia de libre circulación de personas a la ampliación de la Unión hacia Bulgaria y Rumania–, el TJCE ha analizado la adecuación a Derecho comunitario de

numerosas prácticas o normativas nacionales que obstaculizaban la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, al perjudicar la posición de quienes habían hecho uso de esas libertades.

En este sentido, el TJCE ha analizado la adecuación a Derecho comunitario de normativa nacional en materia impositiva,³¹ en el ámbito de la Seguridad Social,³² referida al Derecho de sociedades,³³ o a la determinación de los apellidos de los hijos.³⁴ También ha analizado la adecuación a Derecho comunitario de la legislación nacional que regulaba el permiso de conducir,³⁵ el reconocimiento de títulos,³⁶ o las condiciones de trabajo en el Estado miembro.³⁷ Finalmente, destaca un nutrido grupo de sentencias en las que el TJCE ha estudiado la conformidad a Derecho comunitario de normas o prácticas nacionales que exigían poseer la nacionalidad de un determinado Estado miembro para recibir una indemnización por los daños sufridos a consecuencia de un delito,³⁸ para acceder a determinados empleos,³⁹ o para reconocer determinados beneficios en relación con las condiciones de empleo.⁴⁰

De entre todas las decisiones adoptadas en este primer bloque, queremos destacar especialmente los asuntos Heinz Huber y Metock, que se pronuncian, respectivamente, sobre las condiciones en que las autoridades de un Estado pueden llevar un registro nominal de extranjeros comunitarios y sobre

30 En este sentido: STJCE de 11 de diciembre de 2008, asunto Comisión c. Bélgica, as. C-239/08; STJCE de 4 de diciembre de 2008, asunto Comisión c. Luxemburgo, as. C-223/08, las dos 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.

31 En este sentido: STJCE de 16 de octubre de 2008, asunto R.H.H. Renneberg, as. C-527/06.

32 En este sentido: STJCE de 21 de febrero de 2008, asunto Malina Klöppel, as. C-507/06; STJCE de 3 de abril de 2008, asunto Philippe Derouin, as. C-103/06; STJCE de 3 de abril de 2008, asunto K.D. Chuck, as. C-331/06; STJCE de 20 de mayo de 2008, asunto Brigitte Bosmann, as. C-352/06; STJCE de 11 de septiembre de 2008, asunto Jörn Petersen, as. C-228/07.

33 En este sentido: STJCE de 22 de diciembre de 2008, asunto Comisión c. Austria, as. C-161/07.

34 En este sentido, la STJCE de 14 de octubre de 2008, asunto Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul, as. C-353/06, en el que el TJCE reitera su jurisprudencia de la anterior STJCE de 2 de octubre de 2003, asunto García Avello, as. C-148/02.

35 En este sentido: STJCE de 17 de enero de 2008, asunto Comisión c. Alemania, as. C-152/05; STJCE de 26 de junio de 2008, asunto Arthur Wiedemann, as. acumulados C-329/06 y C-343/06; STJCE de 26 de junio de 2008, asunto Matthias Zerche y otros, as. acumulados C-334/06 a C-336/06; STJCE de 20 de noviembre de 2008, asunto Frank Weber, as. C-1/07.

36 En este sentido: STJCE de 17 de abril de 2008, asunto Confederatie van Immobiliën-Beroepen van België VZW, as. C-197/06; STJCE de 8 de mayo de 2008, asunto Comisión c. Reino de España, as. C-39/07; STJCE de 10 de julio de 2008, asunto Comisión c. Portugal, as. C-307/07; STJCE de 2 de octubre, asunto Comisión c. Grecia, as. C-36/08; STJCE de 16 de octubre de 2008, asunto Comisión c. España, as. C-136/07; STJCE de 23 de octubre de 2008, asunto Comisión c. Grecia, as. C-274/05; STJCE de 23 de octubre de 2008, asunto Comisión c. España, as. C-286/06; STJCE de 4 de diciembre de 2008, asunto Theologos-Grigorios Chatzithanasis y otros, as. C-151/07; STJCE de 4 de diciembre de 2008, asunto Comisión c. Grecia, as. C-84/07.

37 En este sentido: STJCE de 19 de junio de 2008, asunto Comisión c. Luxemburgo, as. C-319/06.

38 En este sentido: STJCE de 5 de junio de 2008, asunto James Word, as. C-164/07.

39 En este sentido: STJCE de 11 de marzo de 2008, asunto Comisión c. Francia, as. C-89/07; STJCE de 11 de septiembre de 2008, asunto Comisión c. Italia, as. C-447/07; STJCE de 20 de noviembre de 2008, asunto Comisión c. España, as. C-94/08.

40 En este sentido: STJCE de 15 de mayo de 2008, asunto Nancy Delay, as. C-276/07; STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Andrea Raccanelli, as. C-94/07.

las exigencias que cabe imponer a los nacionales de terceros estados que sean familiares de un ciudadano comunitario para el ejercicio de la libertad de circulación y residencia.

Acceso a prestaciones de seguridad y asistencia social y exigencia de un determinado período de residencia

Entre las sentencias resueltas en relación con la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios resultan destacables, en primer lugar, una serie de asuntos en los que el TJCE analiza en qué medida los estados miembros pueden exigir la residencia en un determinado lugar, o durante un período de tiempo concreto, para acceder a ciertas prestaciones sociales.

Así los asuntos Halina Nerkowska⁴¹ y Krystyna Zablocka-Weyhermüller,⁴² en los que el TJCE considera contrario a Derecho comunitario que dos estados miembros, Polonia y Alemania, negaran a las recurrentes una pensión dirigida a las víctimas de guerra por el hecho de que hubieran decidido instalarse en otro Estado miembro. El TJCE, tras enfatizar que las prestaciones indicadas eran competencia de los estados miembros, subraya que la normativa nacional debía respetar la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión. Y una medida como la indicada sólo podía entenderse como un obstáculo a la libertad de circulación, que sólo habría podido legitimarse si se hubiera basado en consideraciones objetivas de interés general y resultara proporcionada al objetivo perseguido, circunstancias que no concurrían en el caso.

Más curioso resulta, sin lugar a dudas, el asunto *Gouvernement de la Communauté française*,⁴³ en el que la Gran Sala del TJCE se pronuncia sobre una cuestión espinosa y de evidente relevancia constitucional para Bélgica, esto es, si la normativa adoptada por la comunidad flamenca por la que se excluía de la afiliación y de las prestaciones de un

determinado régimen de la Seguridad Social –pensado para las personas cuya autonomía se encuentra reducida a causa de una incapacidad grave y prolongada– a aquellos que, aunque trabajaran en la región de lengua neerlandesa o en la región bilingüe de Bruselas-Capital, residieran dentro del territorio nacional, pero fuera del territorio de esas dos regiones era una medida contraria a los preceptos del Tratado de la CE que reconocen la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios (arts. 39 y 43 TCE).

A diferencia de lo que ocurría en el supuesto anterior, la prestación controvertida sí entraba dentro del ámbito competencial comunitario. Además, la normativa obstaculizaba las libertades comunitarias, en la medida en que podía afectar a nacionales de otros estados que residieran en Bélgica o ciudadanos belgas que hubieran ejercido su libertad de circulación y hubieran retornado a Bélgica. El TJCE señalaba que tal medida sólo podría considerarse justificada en caso de perseguir alguno de los objetivos legítimos previstos en los tratados y resultar proporcionada; lo que no ocurría en el caso, ya que las autoridades flamencas no adujeron motivo alguno que legitimara una medida de ese calibre.

Una última sentencia en la que el TJCE analiza la adecuación a Derecho comunitario de un requisito de residencia asociado a una prestación social es el asunto *Jacqueline Förster*,⁴⁴ en el que el TJCE considera adecuada a Derecho comunitario y proporcionada una medida nacional que impedía el acceso a una beca de subsistencia para estudiantes a aquellos ciudadanos de la Unión que, habiéndose desplazado desde otro Estado miembro para cursar estudios, no hubieran residido en el territorio del Estado de acogida por un período mínimo de cinco años. A diferencia de lo ocurrido en el caso *Gouvernement de la Communauté française*, la prestación controvertida en este supuesto era una prestación de asistencia social y, por tanto, el razonamiento del TJCE resulta diferente.⁴⁵ En línea con la juris-

⁴¹ STJCE de 22 de mayo de 2008, asunto Halina Nerkowska, as. C-499/06

⁴² STJCE de 4 de diciembre de 2008, asunto Krystyna Zablocka-Weyhermüller, as. C-221/07.

⁴³ STJCE de 1 de abril de 2008, asunto *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon, c. Gouvernement flamand*, as. C-212/06.

⁴⁴ STJCE de 18 de noviembre de 2008, asunto *Jacqueline Förster*, as. C-158/07

⁴⁵ Sobre las diferencias de tratamiento de los ciudadanos de la Unión económicamente activos y los inactivos en relación con el acceso a las prestaciones sociales, véase Lenaerts y Heremans (2006:102 y ss.).

prudencia sentada en el asunto Bidar,⁴⁶ se admite la exigencia de un período de residencia previa en el Estado miembro para que el ciudadano de la Unión que hubiera ejercido la libertad de circulación pudiera exigir un tratamiento igual con respecto a los nacionales. Este tiempo se vincula con el objetivo legítimo de que el estudiante demostrara un cierto grado de integración en la sociedad de acogida. Sin embargo, señala el TJCE, el período de residencia debía considerarse proporcionado al fin perseguido, lo que precisamente ocurría en el caso objeto de estudio, en la medida en que se estimaba necesario un plazo de cinco años para demostrar esa integración.

A la luz de estas sentencias, parece poder confirmarse, de un lado, que el TJCE parece dispuesto a efectuar un control judicial de los requisitos de residencia exigidos por los estados para acceder a determinadas prestaciones sociales. No obstante, parece igualmente poder reconocerse que el control de proporcionalidad que se aplica no siempre resulta demasiado estricto, según demuestra el caso Förster.

Libertad de circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y prueba de recursos suficientes

En el asunto Comisión c. Países Bajos,⁴⁷ el TJCE se centra en una cuestión diferente: la adecuación a Derecho comunitario de la normativa neerlandesa que obstaculizaba la libertad de circulación y residencia de ciudadanos de la Unión inactivos o retirados al exigirles prueba de que poseían recursos suficientes para mantenerse en el país por un año, independientemente del período de residencia efectiva en el país que hubieran planeado. El asunto no carece de relevancia, en la medida en que la Directiva 2004/38/CE sigue vinculando la libertad de circulación y residencia de esos ciudadanos a la disponibilidad de recursos suficientes. En este sentido, el TJCE analiza el requisito impuesto por la legislación neerlandesa, señalando que, si bien los estados tienen un interés legítimo en impedir que un ciudadano de

la Unión que ejerza las libertades que le reconoce el Tratado se convierta en una carga económica para el Estado de acogida, la exigencia de poseer recursos suficientes para un año sería desproporcionada, máxime si se tiene en cuenta que ese requisito se imponía independientemente del período efectivo de estancia del sujeto en el país.

Límites al derecho de los nacionales a abandonar el país de origen para ejercer las libertades de circulación y residencia

En el asunto Jipa,⁴⁸ el TJCE resuelve un curioso supuesto en el que se estudia la adecuación a Derecho comunitario de la prohibición de abandonar el país de origen. Esta prohibición fue impuesta al Sr. Jipa por un tribunal rumano, fundándose únicamente en el hecho de que el recurrente había sido repatriado desde Bélgica, antes de que Rumania entrara en la Unión, por encontrarse en situación irregular en ese país. El TJCE analiza la prohibición litigiosa como un obstáculo a la libertad de circulación y residencia del ciudadano comunitario y señala que, como cualquier otra limitación del mismo tipo, podría justificarse únicamente, tal y como prevé el artículo 27 de la Directiva 2004/38, en motivos de orden público, seguridad pública y salud pública. En esta lógica, el TJCE reitera su jurisprudencia tradicional sobre la noción de orden público,⁴⁹ para concluir que el Sr. Jipa no podría verse prohibir su derecho a abandonar su país de origen si no constituía, por su conducta personal, una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad.

Control del ejercicio de la libertad de circulación y residencia por ciudadanos comunitarios y protección de datos de carácter personal

El asunto Heinz Huber⁵⁰ es, sin duda, una de los casos más relevantes resueltos por el TJCE en el año 2008 en

⁴⁶ STJCE de 15 de marzo de 2005, asunto Dany Bidar, as. C-209/03. Sobre este relevante asunto, véase Golyner (2006).

⁴⁷ STJCE de 10 de abril de 2008, asunto Comisión c. Países Bajos, as. C-398/06.

⁴⁸ STJCE de 10 de julio de 2008, asunto Gheorghe Jipa, as. C-33/07.

⁴⁹ Entre otras, la STJCE de 31 de enero de 2006, asunto Comisión c. España, as. C-503/03.

⁵⁰ STJCE de 16 de diciembre de 2008, asunto Heinz Huber, as. C-524/06.

relación con las libertades de circulación y residencia de ciudadanos comunitarios, ya que mezcla elementos relacionados con el derecho a la protección de datos personales, regulado en la Directiva 95/46/CE, con las libertades indicadas. El TJCE se ve llamado a pronunciarse sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa alemana que preveía la existencia de un Registro de extranjeros, en el que se recopilaban una serie de datos personales de todos los ciudadanos de la Unión residentes en Alemania, pero no de los ciudadanos alemanes. Se plantea de este modo si la recopilación de datos indicada viola las disposiciones de la citada Directiva y los artículos de los Tratados que regulan la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión (especialmente, los artículos 12 y 18 TCE), puesto que el Registro contenía únicamente los datos de los ciudadanos comunitarios no alemanes.

El TJCE inicia su razonamiento constatando que los datos contenidos en el Registro eran datos personales y que, por tanto, procedería la aplicación de la mencionada Directiva, de no demostrarse que el Registro quedaba fuera de su ámbito de aplicación, al tener por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado o las actividades del Estado en materia penal, tal y como prevé el artículo 3.2 de la Directiva. Debe destacarse que, a lo largo del litigio, las autoridades y los órganos jurisdiccionales alemanes destacaron que el Registro perseguía fines estadísticos, objetivos relacionados con el control de la residencia de los ciudadanos comunitarios, así como servir de ayuda a las autoridades policiales y judiciales en la investigación de comportamientos criminales.

En consecuencia, el TJCE se vio obligado a analizar la adecuación a Derecho comunitario del Registro desde el punto de vista de la Directiva, ya que entraría en su ámbito de aplicación si persiguiera estrictos fines estadísticos y de control de la residencia de los ciudadanos comunitarios, y, desde una perspectiva ajena a la Directiva, ya que quedaría fuera de su ámbito de aplicación si persiguiera objetivos de política criminal.

En relación con la primera cuestión, el TJCE señala que tanto los fines estadísticos como el control de la legalidad de la residencia de los ciudadanos comunitarios en el país eran objetivos que podían encuadrarse en uno de los supuestos que legitiman el tratamiento de datos personales, según el artículo 7 de la Directiva; en concreto, el TJCE hace referencia al supuesto previsto en el subapartado e) del precepto, que legitima el tratamiento de datos si «es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos». Sin embargo, señala el Tribunal, este precepto sólo autoriza el tratamiento de datos personales siempre que sea «necesario» para el cumplimiento del objetivo correspondiente, de modo que procedía revisar la necesidad del tratamiento de datos efectuado por las autoridades alemanas.

En este sentido, el TJCE subraya, por un lado, que la Directiva 2004/38/CE, que regula las condiciones en que los ciudadanos de la Unión pueden ejercer sus libertades de circulación y residencia, les impone una serie de exigencias para poder ejercitar tales libertades, de modo que podía considerarse necesario mantener un registro que facilitara a las autoridades competentes datos que permitieran conocer qué ciudadanos de la Unión cumplían esos requisitos. Sin embargo, los datos que podría contener ese registro sólo podrían ser los necesarios para cumplir ese objetivo.

Por otro lado, el TJCE analiza la licitud del Registro con fines estadísticos y subraya que, si bien los estados pueden adoptar las medidas necesarias para conocer de forma exacta el desarrollo de los flujos migratorios en su territorio, ese objetivo no exige la recopilación y tratamiento de datos nominativos, pudiendo cumplirse idéntico objetivo mediante la simple recopilación de información anónima.

Finalmente, el TJCE hace referencia a la posibilidad de que el Registro indicado pudiera legitimarse por el tercero de los objetivos que supuestamente pretendía, esto es, servir de apoyo a las autoridades en la persecución del delito, pero el TJCE recuerda que ese objetivo queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE. Aun así,

debía verificarse la adecuación del Registro al principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 12 TCE), en la medida en que el tratamiento de datos afectaba esencialmente a los ciudadanos comunitarios que habían ejercido sus libertades de circulación y residencia y habían decidido establecerse en Alemania, pero no a los alemanes. Según el TJCE, ese tratamiento diferenciado debía justificarse de forma objetiva y razonable para entenderse legitimado desde la perspectiva comunitaria. Sin embargo, destaca el Tribunal, el objetivo de combatir la delincuencia no podía justificar nunca un tratamiento diferenciado entre alemanes y ciudadanos comunitarios provenientes de otros estados miembros, ya que ese fin era el mismo en relación con la población nacional y la comunitaria. Por tanto, el Registro no podría entenderse adecuado a Derecho comunitario si persiguiera los fines de política criminal indicados.

Sin duda, estamos ante una muy importante decisión en la que el TJCE sienta las bases para una adecuada garantía del derecho a la protección de datos de carácter personal de los extranjeros, ya que –entendemos– esta jurisprudencia podría parcialmente extenderse a los ciudadanos no comunitarios, al menos cuando su situación entre dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

Familiares de ciudadanos de la Unión: el reconocimiento del derecho a circular y residir junto al ciudadano de la Unión, independientemente de la situación de irregularidad previa

El asunto Metock,⁵¹ resuelto por el TJCE en julio de 2008, es quizás el asunto más relevante resuelto en los últimos años en lo que se refiere a la libertad de circulación y residencia de los familiares de ciudadanos de la Unión, ya que supone un *overruling* expreso de la doctrina Akrich,⁵² en virtud de la cual el TJCE consideraba conforme a Derecho comunitario exigir a los familiares de los ciudada-

nos comunitarios la legalidad de su residencia previa, para poder disfrutar de las libertades de circulación y residencia.⁵³

Desde esta lógica, el asunto Metock pone en tela de juicio la adecuación a Derecho comunitario de la normativa irlandesa que exigía a los familiares de ciudadanos de la Unión que habían ejercido sus libertades de circulación que probaran su residencia legal previa en otro Estado miembro para poder acceder a la tarjeta de familiar de residente comunitario en Irlanda. En virtud de estas previsiones, las autoridades irlandesas denegaron al Sr. Metock, y a otros recurrentes que se encontraban en la misma situación, las correspondientes tarjetas de familiares de residentes comunitarios, a pesar de que eran cónyuges de ciudadanos de la Unión que habían ejercido su libertad de circulación. Se plantea si esa exigencia se adecua a lo previsto en la Directiva 2004/38 que, como ya indicamos, es la norma aplicable en la materia.

El TJCE comienza su argumentación señalando que el objetivo de la citada Directiva no es sino reforzar la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, y que ese objetivo resulta inviable si no se protege adecuadamente el derecho a la vida privada y familiar de los ciudadanos comunitarios, lo que además viene exigido por la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 CEDH. En esta línea, el TJCE subraya que ninguna de las disposiciones de la Directiva 2004/38 hace referencia expresa a la exigencia de una residencia legal previa en otro Estado miembro a fin de reconocer a los familiares de un ciudadano de la Unión el derecho a acompañarle en el ejercicio de su libertad de circulación. Ante la ausencia de previsión legal expresa, y teniendo en cuenta la necesidad de interpretar los preceptos de la Directiva en *pro* de la libertad de circulación, el TJCE concluye que el Derecho comunitario era contrario a la exigencia de residencia legal previa que imponía la norma irlandesa.

⁵¹ STJCE de 25 de julio de 2008, asunto Blaise Baheten Metock y otros, as. C-127/08

⁵² STJCE de 23 de septiembre de 2003, asunto Akrich, as. C-109/01.

⁵³ Sobre el cambio de jurisprudencia que supone Metock en relación con Akrich, véase, especialmente, Costello (2009).

La decisión del TJCE contiene, además, otro elemento de relevancia, en la medida en que determina cómo ha de entenderse la noción de familiar que «acompaña» o se «reúne» con el ciudadano comunitario en el Estado miembro de acogida, según lo previsto en el artículo 3 de la Directiva. En los casos de referencia, los ciudadanos comunitarios no habían contraído matrimonio antes de ejercer sus libertades de circulación y de asentarse en el Estado miembro de acogida (Irlanda), sino que, por el contrario, habían contraído matrimonio una vez que se encontraban allí. El TJCE adopta nuevamente una posición flexible, indicando que esa diferencia no podría ir en detrimento de los derechos que la Directiva reconoce a los familiares de ciudadanos comunitarios: la norma debe entenderse aplicable, por tanto, también a aquellos familiares que se encuentran en el Estado de acogida en el momento en que se produce la entrada del ciudadano comunitario.

Teniendo en cuenta estos elementos, hay que resaltar que la sentencia *Metock* tiene importantes consecuencias para el control de flujos migratorios por parte de los estados miembros, al menos por lo que se refiere a los familiares de ciudadanos de la Unión que estén ejerciendo sus libertades de circulación y residencia, en la medida en que sólo parece reconocerles la capacidad de controlar estas libertades de acuerdo con las previsiones de la propia Directiva 2004/38. Sólo por motivos de orden público, seguridad y salud públicas (art. 27) o en casos de abuso o fraude (art. 35), podrán los estados miembros limitar los derechos de circulación y residencia que la Directiva reconoce a los familiares de ciudadanos comunitarios. Se desplaza así hacia el ámbito comunitario una competencia que los estados miembros parecían querer preservar para sí –al menos a la luz de sus intervenciones en el asunto *Metock*–, esto es, el control del primer acceso al territorio comunitario por parte de los familiares de

⁵⁴ STJCE de 14 de febrero de 2008, asunto Comisión c. España, as. C-58/07, en la que se nos condena por falta de transposición de la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.

ciudadanos de la Unión que sean nacionales de terceros estados. El TJCE confirma claramente la titularidad comunitaria de esa competencia, señalando su carácter esencial para garantizar la libertad de circulación y residencia de los propios ciudadanos de la Unión.

Nacionales de terceros estados sin vínculo comunitario y libertad de circulación y residencia en la Unión

A lo largo del año, el TJCE se ha pronunciado en pocas ocasiones sobre la interpretación de las normas comunitarias aplicables a los ciudadanos de terceros estados que no son familiares de ningún ciudadano de la Unión Europea. Destaca así una condena a nuestro país por falta de transposición de la Directiva 2003/110/CE,⁵⁴ varios pronunciamientos sobre el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía⁵⁵ y el primer pronunciamiento del TJCE sobre el Acuerdo para la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y Suiza.⁵⁶ En este último asunto, el TJCE afirma que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, contenido en el artículo 2 del Acuerdo, se aplica a los ciudadanos suizos que sean trabajadores autónomos transfronterizos y ejerzan su actividad profesional en un Estado miembro, manteniendo su residencia en Suiza.⁵⁷ No obstante, en este segundo bloque debemos destacar especialmente el asunto *Parlamento c. Consejo*, por sus consecuencias para la configuración del derecho de asilo en Europa.

⁵⁵ Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, firmado en Ankara el 12 de septiembre de 1963 por la República de Turquía, por una parte, y los estados miembros de la CEE y la Comunidad, por otra, y concluido, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad en virtud de la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963. Sobre la aplicación de este Acuerdo y de la Decisión n.º 1/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, que lo desarrolla, a lo largo del 2008, véanse: STJCE de 29 de enero de 2008, asunto *Ezgi Payir* y otros, as. C-294/06; STJCE de 25 de septiembre de 2008, asunto *Hakan Er y Wetteraukreis*, as. C-453/07; STJCE de 18 de diciembre de 2008, asunto *Ibrahim Altun*, as. C-337/07.

⁵⁶ Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999.

⁵⁷ STJCE de 22 de diciembre de 2008, asunto *Erich Stamm*, as. C-13/08.

Procedimiento para la concesión y retirada del estatuto de refugiado: la competencia para el establecimiento de la lista de países de origen seguros y terceros países seguros europeos

En efecto, la sentencia del TJCE Parlamento c. Consejo⁵⁸ resuelve un recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra diversas disposiciones de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, que recoge las normas mínimas que deben respetar los procedimientos de concesión y retirada del estatuto de refugiado en los estados miembros. Es sobresaliente no sólo porque es la primera decisión del TJCE sobre la Directiva indicada, sino también porque resuelve una cuestión competencial de importancia desde el punto de vista de los derechos de los solicitantes de asilo.

Debe recordarse, en este sentido, que la citada Directiva plantea ciertos problemas al introducir dos conceptos que podrían perjudicar gravemente a las personas que pretendan solicitar asilo en un país europeo: las nociones de «país de origen seguro» y de «tercer país seguro europeo». Según la Directiva, si los solicitantes provienen de un país de origen seguro, los estados miembros considerarán su solicitud como infundada (art. 29), mientras que si se prueba que un solicitante intenta acceder, o ha accedido ilegalmente al territorio nacional, a través de un tercer país seguro europeo, los estados miembros podrán establecer que no se realice un examen de su solicitud de asilo ni de sus circunstancias personales (art. 36). Como puede observarse, ambas nociones pueden tener importantes consecuencias para la tramitación de una solicitud de asilo, ya que, de una u otra forma, permiten al Estado obviar todo análisis de las circunstancias personales que rodean esa solicitud.

Según la Directiva, la determinación de qué países podían considerarse países de origen seguros y terceros países seguros europeos debía ser realizada por el Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa

consulta al Parlamento Europeo, siguiendo una serie de criterios fijados en los artículos 29 y 36. Es precisamente esta forma de determinar las dos listas de países la que el Parlamento considera contraria a las disposiciones del Tratado, en la medida en que violaría las previsiones del artículo 67 TCE en detrimento de las competencias del propio Parlamento.

El TJCE, tras analizar la distribución de competencias entre instituciones que aplican los tratados en materia de asilo y recordar la relevancia de los principios de atribución de competencias y equilibrio institucional en la distribución de tareas entre las distintas instituciones comunitarias, señala que las disposiciones de la Directiva indicada contradecían lo previsto por el artículo 67 TCE, en la medida en que el apartado quinto de este precepto señala que una vez que el Consejo haya definido una serie de normas comunes y principios esenciales en el ámbito del asilo, toda medida comunitaria deberá adoptarse en ese ámbito siguiendo el procedimiento de codecisión, que –hay que recordar– reconoce al Parlamento un poder de decisión equivalente al del Consejo.

La decisión del TJCE nos parece que debe ser valorada positivamente, puesto que favorece el control democrático, a través del Parlamento Europeo, de una decisión que tiene importantes repercusiones en el ámbito de los derechos de los posibles solicitantes de asilo, como es la determinación de qué países deben ser considerados seguros.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, J.; QUERALT JIMÉNEZ, A. «El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)». En: GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (dirs.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: CEPC, 2005.

ARCE JIMENEZ, E. «Menores extranjeros no acompañados». En: LÁZARO, I.; CULEBRAS, I. (coords.) *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*. Madrid: ICADE, 2006.

⁵⁸ STJCE de 6 de mayo de 2008, asunto Parlamento c. Consejo, as. C-133/06.

BOZA MARTÍNEZ, D. *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Cadiz: Universidad de Cádiz, 2001.

COSTELLO, C. «Metock: free movement and «normal familia life» in the Union». *Common Market Law Review*, 46. No. 2, 2009. P. 587-662.

GARCÍA ROCA, J.; DÍAZ CREGO, M. «Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». En: AJA, E; ARANGO, J. (eds.) *La inmigración en España en 2006. Anuario de inmigración y políticas de inmigración*. Barcelona: CIDOB, 2007.

GARCÍA ROCA, J.; DÍAZ CREGO, M. «Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». En: AJA, E; ARANGO, J. (eds.) *La inmigración en la encrucijada. Anuario de la inmigración en España (2008)*. Barcelona: CIDOB, 2009.

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

GOLYNKER, O. «Student loans: the European concept of social justice according Bidar». *European Law Review*. No. 31, 2006. P. 390-401.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. «El derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros: ¿Un (i)limitado derecho a la justicia?». En: AJA, E. (coord.) *Los derechos de los inmigrantes en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

LENAERTS, K.; HEREMANS, T. «Contours of a European Social Union in the Case Law of the European Court of Justice». *European Constitutional Law Review*. No. 2, 2006. P. 101-115.

REVENGA SÁNCHEZ, M. «De los rigores de la ley a las “dulzuras” del Derecho: la aplicación de la Constitución y el régimen jurídico de las expulsiones». En: REVENGA SÁNCHEZ, M (coord.) *Problemas constitucionales de la inmigración: Una visión desde Italia y España*. Valencia: Tirant, 2005.

SALADO OSUNA, A. «El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio (art. 6.2. CEDH)». En: GARCÍA ROCA, J.;

SANTOLAYA, P. (dirs.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: CEPC, 2005.

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