

Diego Boza Martínez

Profesor de Derecho Penal, Universidad de Cádiz;
Abogado de inmigración de la Asociación Pro Derechos
Humanos de Andalucía
diego.boza@uca.es

**DERECHO DE
EXTRANJERÍA Y
JURISPRUDENCIAS
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL,
EL TRIBUNAL
EUROPEO DE
DERECHOS
HUMANOS Y EL
TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LA
UNIÓN EUROPEA
(2012-2013)**

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

PALABRAS CLAVE

sistema europeo de asilo, vuelos de la CIA, prohibición de entrada, discriminación, padrón municipal

KEY WORDS

European asylum system, CIA flights, entry ban, discrimination, census

RESUMEN

El presente trabajo agrupa la jurisprudencia más trascendente del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde julio de 2012 hasta junio de 2013 en el ámbito del Derecho de Extranjería. Durante este período, el Tribunal Constitucional ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad planteado contra una de las reformas de la Ley Orgánica 4/2000. Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido su jurisprudencia en relación con los artículos 3 y 8 del Convenio como límites a las deportaciones. Además, se ha pronunciado condenando a España por discriminación a una ciudadana nigeriana. Por último, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha continuado su proceso de interpretación del sistema europeo de asilo, especialmente, con la Sentencia Arslan.

ABSTRACT

The aim of this paper is to group together the most important rulings with regard to Immigration Law by the Constitutional Court, the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union between July 2012 and June 2013. In these months the Constitutional Court has ruled on the action of unconstitutionality against one of the reforms to Organic Law 4/2000. Similarly, the European Court of Human Rights has ruled on Articles 3 and 8 of the European Convention on Human Rights as setting limits to deportations. In another ruling, it has also condemned Spain for discrimination against a Nigerian citizen. Finally, the Court of Justice of the European Union has continued with the process of interpreting the European system of asylum, especially with regard to the Arslan ruling.

1. INTRODUCCIÓN

En el período analizado para este *Anuario*, esto es, el segundo semestre de 2012 y el primer semestre de 2013, tanto el Tribunal Constitucional (TC), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se han pronunciado en diversas ocasiones sobre cuestiones relacionadas con el Derecho de Extranjería.

Mientras que el TC ha afrontado como cuestión fundamental en este ámbito un recurso de inconstitucionalidad con respecto a la reforma introducida en la Ley Orgánica (LO) 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE) por la Ley Orgánica 14/2003, el TEDH ha continuado su labor interpretativa de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como límites a las deportaciones de extranjeros.

El TJUE, por su parte, continúa el proceso de adquisición de un papel cada vez más importante en este ámbito. La interpretación del sistema de Dublín de asilo es una de las principales fuentes de actividad del TJUE en nuestra materia. Así mismo, el estatuto jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares, los residentes de larga duración, la reagrupación familiar y el Código de Fronteras Schengen han sido objeto de cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En los dos semestres analizados, los pronunciamientos del TC sobre cuestiones relativas al Derecho de Extranjería no pueden considerarse numerosos. No obstante, podemos referir varias sentencias de notable relevancia, así como algún auto que merece la pena tomar en consideración. A este respecto, la sentencia más relevante en esta materia es la que pronunció el Alto Tribunal el 31 de enero de 2013 (Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] 17/2013) con motivo del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento vasco contra determinados artículos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LODYLE. En esta sentencia, el TC declaró inconstitucional y nulo el inciso «Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años» del artículo 58.6 de la LODYLE¹.

1. Este inciso había pasado a formar parte del número 7 del artículo 58 de la LODYLE tras la reforma operada por la LO 2/2009.

En su argumentación, el TC define la naturaleza de la devolución considerando que la misma no supone ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino medida de restitución de la legalidad conculcada. La prohibición de entrada, en cambio, sí tiene naturaleza de sanción administrativa impuesta como consecuencia de una conducta concreta a la que resultan aplicables las garantías procesales establecidas en el artículo 24 de la Constitución Española (art. 24 CE). La imposición de la prohibición de entrada tal y como aparecía recogida en el artículo 58.6 de la LODYLE no respetaba las específicas garantías exigibles de una actuación administrativa de naturaleza sancionadora, específicamente del procedimiento contradictorio, y por ello el inciso indicado fue declarado inconstitucional.

Otro de los aspectos relevantes de esta sentencia se refería al acceso por parte de los órganos de la Administración General del Estado a los datos obrantes en los ficheros de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística en relación con el Padrón

Municipal de Habitantes, contenido en la disposición adicional quinta de la LODYLE tal y como resultaba redactada tras la reforma operada por la LO 14/2003. A este respecto, la LO 14/2003 modificó, así mismo, la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, de forma que la Dirección General de la Policía podría acceder a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática.

El recurso impugnaba ambos preceptos y el TC salvó la constitucionalidad de los mismos con un pronunciamiento interpretativo. Así, el TC determinó que los extranjeros son titulares del derecho fundamental a la protección de datos. Ello no obsta a que dicho derecho fundamental encuentre límites que serán constitucionalmente aceptables si se realiza a través de una disposición legal y tal limitación encuentra fundamento en otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como lo es el cumplimiento de la legislación de extranjería. En consecuencia, en la cuestión de la cesión de datos entre administraciones que establece la disposición adicional quinta, el TC mantuvo que siempre que la cesión se produzca para la tramitación de un determinado expediente ni siquiera se vulneraría la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD), puesto que esta cesión «está establecida en una norma legal [art.11.2.a) LOPD], se

**LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA
TIENE NATURALEZA DE SANCIÓN
ADMINISTRATIVA IMPUESTA
COMO CONSECUENCIA DE UNA
CONCRETA CONDUCTA A LA QUE
RESULTAN APLICABLES LAS
GARANTÍAS PROCESALES
ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO
24 DE LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA**

produce para el cumplimiento de finalidades legítimas del órgano cedente y del cesionario (art. 4.1 LOPD), finalidades que, desde el punto de vista material, no resultan ser incompatibles entre sí (art. 4.2 LOPD), sino que, por el contrario, los datos son comunicados para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas de cedente y cesionario que contribuyen a garantizar un bien de relevancia constitucional: dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley, en este caso la de extranjería (art. 10.1 y 13.1 CE)»². El TC avaló la constitucionalidad del precepto con la interpretación de que el acceso a estos datos no puede tener un carácter masivo o indiscriminado sino que solo «podrá producirse cuando el dato resulte necesario o pertinente en relación con la tramitación de un concreto expediente»³.

Algo similar se plantea con el acceso telemático de la Policía a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales habilitados mediante la disposición adicional séptima de la Ley de Bases del Régimen Local. La constitucionalidad del precepto se salva al considerar que la limitación al derecho fundamental a la protección de datos de los extranjeros se establece por norma con rango de ley, para un interés constitucionalmente relevante (controlar la regularidad y la permanencia de los extranjeros en España) y de forma proporcionada entre el derecho fundamental limitado y el interés constitucionalmente relevante. No obstante, para salvar dicha proporcionalidad el TC exige «la necesidad de motivar y justificar expresamente tanto la concreta atribución de la condición de usuario para el acceso telemático a los datos del padrón que el precepto prevé, como los concretos accesos de que se trate»⁴.

Igualmente, también se plantea una interpretación conforme a la Constitución del artículo 62 quinquies.1 de la LODYLE en lo que se refiere a los registros de los extranjeros internados. Estos solo podrán adoptarse cuando resulte imprescindible ante situaciones concretas que pongan en riesgo la seguridad del establecimiento, viniendo obligada la Administración a justificar en cada caso la adopción de la medida y su alcance, así como a informar al afectado de la dimensión y la intensidad del registro. Además, la sentencia considera acordes con la Constitución la obligación de los transportistas de comunicar los datos a las autoridades españolas (art. 66 LODYLE), la exigencia de comparecencia personal del interesado en la presentación de las solicitudes relativas a determinadas

2. STC 17/2013, de 31 de enero, Fundamento Jurídico (FJ) 7.

3. *Ibidem*.

4. STC 17/2013, cit. FJ 9. En el voto particular del magistrado Pérez Tremps, al que se adhieren los magistrados Valdés Dal-Re, Asúa Batarrita y Roca Trías, se discute este juicio de proporcionalidad considerando que no se ha valorado de forma adecuada la importancia que tiene la inscripción en el ejercicio de derechos como el de educación o sanidad para los extranjeros en situación irregular. Asimismo, se pone en cuestión que se salve la reserva de ley dada la deficiente calidad de la Ley por el grado de indeterminación que consiente, valoración que se extiende en relación con el artículo 62 quinquies.1. Un análisis más detallado de la contraposición entre la sentencia y el voto particular en Aja (2013) y Rojo (2013).

autorizaciones de residencia (disposición adicional tercera LODYLE), así como las normas relativas a la inadmisión a trámite de las solicitudes de extranjería (disposición adicional cuarta LODYLE).

En cuanto a recursos de amparo, el TC se pronunció sobre una cuestión relativa al Derecho de Extranjería en la Sentencia 169/2012, de 1 de octubre. Se trataba, en concreto, de un recurso con origen en una orden de expulsión impuesta por la delegada del Gobierno en Madrid. El TC estimó el recurso de amparo y anuló la citada resolución por considerar que se había vulnerado el derecho a la defensa del extranjero (art. 24.2). El Alto Tribunal llega a esta conclusión recordando, una vez más, que las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores. En el caso concreto, mientras que en el acuerdo de incoación del expediente de expulsión únicamente se hacía referencia como circunstancia relevante a que el extranjero carecía de documentación acreditativa de su estancia regular en España, la propuesta de resolución incluía que el recurrente en amparo contaba con una detención policial previa. Al no haberse notificado dicha propuesta de resolución ni al extranjero ni a su abogado y dado que la sustitución de la pena de multa por la expulsión se justifica en la existencia de esta previa detención, se considera vulnerado el derecho a la defensa del recurrente.

**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
HA ACEPTADO LA POSIBILIDAD
DE SUSPENDER LA OBLIGACIÓN
DE SALIDA APAREJADA A LA
DENEGACIÓN DE UNA
AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA**

Asimismo, en materia de recursos de amparo, consideramos relevante destacar el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 138/2012, de 2 de julio de 2012. Este procedimiento trae origen en la denegación de la renovación de la autorización de trabajo y residencia en España a un extranjero padre de dos niños de corta edad, uno de ellos de nacionalidad española. Pendiente de la resolución del fondo del asunto, el TC suspende las resoluciones impugnadas pese a tratarse de la suspensión de un acto negativo puesto que considera «que la obligación que pesa sobre el recurrente de abandonar el país pudiera, en parte, convertir en ilusoria una eventual concesión del amparo» y «pese a que una eventual concesión del amparo pudiera tener como consecuencia la posibilidad de que el recurrente regresase a nuestro país, los perjuicios de carácter personal, económico y familiar serían de imposible resarcimiento»⁵. Con ello, el TC va un poco más allá en

5. ATC 138/2012, de 2 de julio, FJ 2.

materia de suspensiones en el ámbito de la extranjería y acepta la posibilidad de suspender no solo procedimientos de expulsión –algo que ha venido haciendo tradicionalmente⁶– sino también la obligación de salida aparejada a la denegación de una autorización de residencia.

Por último, en lo que se refiere a la actividad del TC en los dos semestres analizados en materia de extranjería, podemos destacar los conflictos de competencia planteados por la Generalitat de Cataluña y resueltos por el TC en las sentencias 227/2012 y 26/2013. En ambos casos, se recurren órdenes que establecen las bases reguladoras en relación a programas de subvenciones para entidades locales de programas a favor de la integración de inmigrantes en relación con los ejercicios 2005 y 2008, respectivamente. EITC considera que las ayudas para el fomento de la integración de los inmigrantes a través de la realización de programas que faciliten la inclusión social no pueden encuadrarse en la competencia estatal sobre inmigración del art. 149.1.2 CE⁷. De hecho, el TC entiende que tales programas son más propios de la materia de asistencia social y, por ello, dado que Cataluña había asumido competencias exclusivas en la materia, al Estado le correspondería la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional mientras que a Cataluña le corresponde la gestión de las mismas.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En el último semestre de 2012 y el primero de 2013, el Tribunal de Estrasburgo ha continuado sus sólidas y tradicionales líneas jurisprudenciales en aplicación de los artículos 3 y 8 como límites a la expulsión y extradición de extranjeros (Boza Martínez, 2006). Asimismo, se han reiterado consideraciones sobre el exceso de duración de algunas privaciones de libertad en relación con extranjeros y su vulneración del artículo 5 del Convenio. En resumen, hemos podido localizar casi un centenar de resoluciones con relevancia en la materia del Derecho de Extranjería de las que hemos tratado de señalar las más destacadas.

En este sentido, por su relevancia, dos sentencias, que tocan solo tangencialmente cuestiones relacionadas con el Derecho de Extranjería, deben servir de preludio al análisis conjunto del desarrollo de las citadas líneas jurisprudenciales. Por una parte, en lo que se refiere a nuestro país, encontramos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) B.S. contra España, de 24 de julio, en la que el Estado español fue condenado por vulnerar los derechos de una mujer africana que se dedicaba a la prostitución. La sentencia tiene su origen en las denuncias

6. Véase, por ejemplo, en el período analizado, el ATC 116/2013, de 20 de mayo.

7. SSTC 227/2012, de 29 de noviembre, FJ 4, y 26/2013, de 31 de enero, FJ 5a.

presentadas por esta mujer por haber recibido abusos físicos y verbales de parte de unos agentes de la Policía Nacional. El TEDH considera que tales abusos no habían sido investigados de forma efectiva por los tribunales nacionales dado que no se había citado ni identificado a los testigos y, por ello, se había producido la vulneración del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El Tribunal de Estrasburgo recuerda, además, el carácter absoluto de este derecho que no queda justificado porque tales medidas se desarrollasen en el contexto de operaciones para combatir las redes de tráfico de mujeres inmigrantes. La falta de efectividad de la investigación se agrava debido a las especiales condiciones de vulnerabilidad de la recurrente (mujer africana que se dedica a la prostitución) y al no haberse tenido en cuenta, en ningún caso, las alegaciones desarrolladas por la víctima acerca de la motivación racista de la actuación policial. Ello lleva al TEDH a condenar a España por vulneración del artículo 3 tomado en solitario y en conjunto con el artículo 14 del CEDH.

Por otra parte, también resulta de especial trascendencia la Sentencia El-Masri contra Macedonia, de 13 de diciembre de 2012, en la que el TEDH tuvo la posibilidad de pronunciarse acerca de los denominados «vuelos de la CIA» (Fabbrini, 2013). El Tribunal de Estrasburgo condena a la República de Macedonia por haber vulnerado los artículos 3, 5, 8 y 13 del CEDH al detener y entregar a Estados Unidos al ciudadano alemán Khalid El-Masri, sospechoso de terrorismo. Lo más relevante de la sentencia en nuestra materia hace referencia a la responsabilidad del Estado macedonio por la transferencia de custodia del detenido a las autoridades de un Estado no parte del CEDH (Estados Unidos), a pesar del riesgo de recibir un trato contrario al artículo 3 del Convenio. La responsabilidad del Estado macedonio se fundamenta en que sus agentes habían facilitado activamente el trato degradante al entregar al recurrente a los agentes de la CIA fuera de los cauces legales establecidos y sin tomar ninguna medida para evitar la tortura. Asimismo, Macedonia también es responsable de las condiciones de detención a las que fue sometido el recurrente en Afganistán por parte de las citadas autoridades estadounidenses porque conocían o deberían haber conocido el riesgo del recurrente de sufrir un trato contrario al artículo 3 del CEDH. En lo que se refiere a la vulneración del artículo 3 del CEDH, la Sentencia El-Masri reitera la ya consolidada línea jurisprudencial del TEDH, de acuerdo a la cual que un Estado parte traslade a un individuo a un Estado en el que se considera verosímil pueda recibir torturas o tratos inhumanos o degradantes supone la vulneración por el Estado parte del artículo 3 del Convenio. La novedad, en este caso, hace referencia a la aplicación a una vía de hecho como es la entrega secreta fuera de los cauces legales.

Revisar la jurisprudencia del TEDH en aplicación del artículo 3 del Convenio supone un auténtico recorrido geográfico por gran parte de los problemas, conflictos y situaciones de opresión de mi-

norñas que persisten en nuestro planeta. El tratamiento contrario al artículo 3 del Convenio puede deberse a un clima general de inseguridad y vulneraciones de derechos humanos en el Estado de destino, pero, en todo caso, ha de concretarse con respecto al sujeto que plantea el recurso, sea de forma individual o colectiva. Así, el TEDH ha considerado que la persecución que sufren las personas de la etnia Beni-Alba en el Chad tiene la suficiente entidad para suponer que la expulsión de un ciudadano de esta etnia es contraria al artículo 3⁸. Entre los estados de destino que han sido considerados más proclives a ser potencialmente generadores de riesgos de hacer sufrir tratos inhumanos o degradantes destacan, en la jurisprudencia del TEDH de este período, Uzbekistán⁹ y Tayikistán¹⁰, especialmente en relación con detenidos por motivos políticos y/o religiosos. Aún en estos casos, el recurrente debe argumentar suficientemente ante la jurisdicción del Estado parte el riesgo de sufrir tal trato degradante en el Estado de destino¹¹.

De todos los casos analizados, resultan especialmente llamativos aquellos en los que el Estado en el que se prevé que recibirá tratamiento contrario al artículo 3 es un Estado miembro del Consejo de Europa. Es lo que ocurre en la Sentencia I.K. contra Austria, de 28 de marzo de 2013, en la que se considera que la deportación de un ciudadano checheno a Rusia vulneraría el artículo 3 ante el clima de impunidad y falta de investigación con el que los grupos rebeldes y las fuerzas del orden cometen violaciones de los derechos humanos en la región del Cáucaso Norte. En este caso, tales circunstancias se individualizan dado que el recurrente era hijo de un miembro de la seguridad chechena asesinado por militares rusos y él mismo había sido objeto de varias agresiones y hasta de un secuestro.

Como ha venido señalando el TEDH en reiterada jurisprudencia, la referencia a un problema general concerniente a la observancia de los derechos humanos en un Estado concreto no puede servir, por sí sola, como base para rechazar la deportación. Tendrá que ser el recurrente quien presente evidencias acerca del riesgo real de sufrir en el Estado de destino tratos inhumanos de suficiente entidad como para entenderse contrarios al artículo 3 del Convenio¹². Esta carga de la prueba se invierte cuando el recurrente prueba que ha sido objeto de torturas o tratos inhumanos

8. STEDH Mo.M contra Francia, de 18 de abril de 2013.

9. Vid. SSTEDH de 18 de septiembre de 2012, en el caso Umirov contra Rusia; de 18 de diciembre de 2012, en el caso F.N. y otros contra Suecia; de 3 de julio de 2012, en el caso Rustamov contra Rusia; de 16 de octubre de 2012, en el caso Makhmudzhan Ergashev; o de 5 de febrero de 2013, en el caso Zokhidov contra Rusia.

10. Vid. SSTEDH de 16 de abril de 2013, en el caso Azimov contra Rusia; o de 20 de junio de 2013, en el caso Sidikov contra Rusia.

11. Vid. STEDH de 5 de febrero de 2013, en el caso Bakoyev contra Rusia, en la que se considera que el recurrente no ha argumentado suficientemente en las vías internas que su extradición a Uzbekistán pueda generarle un riesgo personal de tratos contrarios al artículo 3 del CEDH.

12. Vid., entre otras, STEDH en el caso Savriddin Dzhurayev contra Rusia, de 25 de abril de 2013 (párrafo 153).

con anterioridad en el Estado de destino¹³. En estos casos, deberá ser el Estado miembro el que despeje cualquier duda sobre los posibles riesgos que el recurrente pudiera correr de ser deportado. Sin embargo, tal planteamiento ha sido ignorado por el TEDH en la Sentencia D.N.W. contra Suecia, de 6 de diciembre de 2012. El recurrente en este caso había sufrido torturas en Etiopía

LA MEJORA EN LOS NIVELES DE SEGURIDAD GENERALES EN IRAK Y AFGANISTÁN HA LLEVADO AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS A RECHAZAR LAS ALEGACIONES DE POSIBLE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 3 EN EL SUPUESTO DE DEPORTACIONES HACIA ESOS ESTADOS

pero, dado el tiempo transcurrido, se considera «improbable que pueda seguir siendo de interés para las autoridades etíopes» lo que, como señalan los jueces Power-Forde y Zupancic en su opinión disidente, supone un descenso en los estándares de protección habituales del Tribunal.

Como decimos, la situación general no basta, por sí sola, para rechazar la deportación, pero de la jurisprudencia del TEDH observada en el período referido sí podemos obtener la conclusión contraria, esto es, la apreciación por parte del TEDH de una mejora en los niveles de seguridad generales de un Estado le lleva a rechazar las alegaciones de posible vulneración del artículo 3 al ser los individuos deportados a ese Estado. Tal conclusión resulta especialmente significativa analizando las sentencias en relación con Irak¹⁴ y Afganistán¹⁵ puesto que, de forma general, se rechaza la vulneración del artículo 3 del Convenio si los individuos son deportados hacia esos países, a pesar de que algunos de los recurrentes alegan situaciones personales que, a vista del lector, parecen de riesgo real. Así ocurre, por ejemplo, en el caso H. y B. contra el Reino Unido, en el que los recurrentes alegan haber colaborado con las Naciones Unidas, el Gobierno afgano, el Ejército estadounidense y las Fuerzas Armadas Internacionales. Tampoco se considera que la discapacidad del Sr. S.H.H. sea razón suficiente para considerarlo en riesgo especial en Afganistán pese a haber sufrido amputaciones graves en un ataque con misiles en ese país. Sin embargo, en

13. STEDH en el caso R.C. contra Suecia, de 9 de marzo de 2010, citada en la opinión disidente.

14. SSTEDH en el caso M.Y.H. y otros contra Suecia; caso S.A. contra Suecia; en el caso M.K.N. contra Suecia; en el caso N.A.N.S. contra Suecia; en el caso D.N.M. contra Suecia; en el caso N.M.B. contra Suecia; en el caso A.G.A.M. contra Suecia; y en el caso N.M.Y. y otros contra Suecia; todas de 27 de junio de 2013.

15. SSTEDH en el caso S.H.H. contra el Reino Unido, de 29 de enero de 2013 y en el caso H. y B. contra Reino Unido, de 9 de abril de 2013.

este caso el TEDH considera que cuenta con apoyo familiar suficiente en el país afgano al residir allí dos hermanas casadas. Llama la atención que para el TEDH los vínculos con hermanos que no conviven con el solicitante no constituyen vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH, pero sí sirven en este caso como garantía de que el recurrente no sufra tratamiento contrario al artículo 3 del CEDH en un país como Afganistán.

En relación con Irak, destaca el caso M.Y.H. y otros contra Suecia; en el que los recurrentes acreditan ser cristianos residentes en Mosul con un auténtico calvario tras de sí en Irak, caracterizado por varios episodios de extorsión, amenazas y hasta secuestros que no es considerado por el TEDH como indicador de que su retorno a Irak suponga vulneración del artículo 3 del CEDH bajo la consideración de que tales hechos tuvieron lugar en Bagdad y que podrían dirigirse al Kurdistán donde los riesgos para los cristianos eran menores. Esta valoración contrasta con la emitida por el Tribunal en la Sentencia de 6 de junio de 2013, en el caso M.E. contra Francia. El protagonista de esta sentencia era un cristiano copto de nacionalidad egipcia que iba a ser expulsado de Francia a Egipto. La ausencia de protección en Egipto a las minorías religiosas y los ataques recibidos por los cristianos coptos a instancias, incluso, de autoridades estatales, llevan al Tribunal a considerar que la expulsión del Sr. M.E. a Egipto vulneraría el artículo 3 del CEDH. Además, se considera la existencia de vulneración del derecho a un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 del CEDH en relación con la protección de sus derechos de acuerdo al artículo 3 del Convenio. El Tribunal no cuestiona de forma genérica el procedimiento de asilo prioritario, utilizado por Francia en este caso de acuerdo con la Directiva 2005/85, pero sí rechaza que el recurrente no pudiera plantear un recurso con efecto suspensivo para articular una demanda de asilo completa con la documentación necesaria habida cuenta de que se encontraba privado de libertad.

Francia también ha sido condenada por vulneración del artículo 3 del CEDH en un caso que puede tener cierta relevancia en España ante las estrechas relaciones policiales entre nuestro país y Marruecos. De hecho, en la STEDH de 30 de mayo de 2013, en el caso *Rafaa* contra Francia, el TEDH advierte de que el tratamiento que en el Reino marroquí sufren los acusados de terrorismo resulta contrario al artículo 3 del Convenio. En este caso, el recurrente era un ciudadano marroquí que había sido acusado de terrorismo por Marruecos e iba a ser extraditado por Francia al país norteafricano. El Tribunal considera que tal extradición vulneraría el artículo 3 del CEDH ante las posibilidades de recibir torturas y tratos degradantes que los presuntos terroristas tienen en Marruecos¹⁶. El caso *Rafaa*

16. En relación con las torturas recibidas por los acusados de terrorismo en Marruecos, podemos referir también la STEDH en el caso *El Haski* contra Bélgica, de 25 de septiembre de 2012, en el que se considera que se ha vulnerado el derecho a un juicio justo del artículo 6 del Convenio por haberse utilizado en el procedimiento ante los tribunales belgas testimonios obtenidos mediante tortura al recurrente en Marruecos.

nos sirve para recuperar una de las principales características de la protección que el TEDH deriva del artículo 3 del Convenio frente a las expulsiones y que no es otra que su carácter absoluto. La protección frente a la tortura y a los tratos inhumanos o degradantes se despliega independientemente del comportamiento y las actividades del sujeto y protege aunque el individuo no haya solicitado en su momento asilo¹⁷, sea acusado de delitos comunes¹⁸ e incluso de actividades terroristas¹⁹. A este respecto, no obstante, conviene traer a colación la argumentación del TEDH en el caso K. contra Rusia, de 23 de mayo de 2013, en la que se rechaza que la extradición a Bielarús del recurrente vulnere el artículo 3 puesto que los delitos de los que se le acusa son delitos comunes y no tienen nada que ver con la actividad política en la oposición alegada por el recurrente.

En ocasiones, el riesgo de sufrir tratos degradantes está específicamente vinculado a las condiciones del individuo, por circunstancias incluso posteriores al procedimiento de extradición. Es el supuesto de la STEDH Aswat contra el Reino Unido de 16 de abril de 2013. Los Estados Unidos habían solicitado la extradición del Sr. Aswat acusado de organizar un campo de entrenamiento yihadista. En 2005 el Sr. Aswat fue detenido y en 2006 el secretario de Estado ordenó su extradición. No obstante, en 2008 el recurrente fue enviado a un centro psiquiátrico y se le diagnosticó esquizofrenia paranoide. El TEDH considera que ni la situación de los presos en la prisión de máxima seguridad donde iba a ser internado el recurrente, ni la duración de su detención antes del juicio, ni la posible condena impuesta se pueden considerar tratos inhumanos para una persona con una salud óptima. Sin embargo, la gravedad de la enfermedad que padece el recurrente es razón única y exclusiva para concluir que su extradición a los Estados Unidos vulneraría el artículo 3 del Convenio.

La protección del artículo 3 del CEDH se despliega, de acuerdo a la jurisprudencia del TEDH, independientemente de que el envío del individuo al Estado de destino se haga mediante extradición, expulsión, la simple entrega sin cobertura jurídica²⁰ o siguiendo el procedimiento de asilo del Reglamento Dublín. En el período de estudio, el TEDH ha vuelto a desarrollar su teoría expuesta por primera vez en la Sentencia M.S.S. contra Bélgica y Grecia²¹, según la cual la remisión de un solicitante de asilo al Estado a través del que se produjo su entrada en territorio de la Unión

17. STEDH en el caso M.E. contra Francia, ya citada.

18. STEDH en el caso Yefimova contra Rusia, de 19 de febrero de 2013. En este caso, el Estado de destino de la extradición era Kazajstán y la recurrente estaba acusada de estafa a gran escala en la gestión de un banco kazajo, pero el TEDH consideró que la recurrente había probado suficientemente el riesgo de tratos inhumanos en caso de ser extraditada a Kazajstán.

19. STEDH en el caso Rafea contra Francia, ya citada.

20. STEDH en el caso El-Masri contra Macedonia, ya citada.

21. STEDH de 21 de enero de 2011 en el caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia.

Europea, que según el sistema de asilo Dublín es el competente para conocer de la demanda de asilo, puede ser contrario al artículo 3 del Convenio si las condiciones para los solicitantes de asilo en el Estado de destino pueden suponer un trato inhumano o degradante (Díaz Crego, 2011).

En esta oportunidad, la citada aproximación se ha planteado para analizar las circunstancias de la remisión de un ciudadano sudanés de Austria a Hungría en el marco de los procedimientos del Reglamento Dublín para los solicitantes de asilo²². A diferencia de lo que ocurre con Grecia, el TEDH entiende que las condiciones de los solicitantes de asilo en Hungría no son contrarias al artículo 3 por lo que no se considera que Austria vulnere este artículo al devolverlo hacia el Estado magiar. No obstante, la falta de efecto suspensivo del recurso planteado contra la decisión de enviar al recurrente hacia Hungría, a pesar de sus alegaciones, es considerada por el TEDH una vulneración del derecho a un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 del CEDH en relación con la protección de sus derechos de acuerdo al artículo 3.

La protección frente a tratos inhumanos y degradantes en relación con los extranjeros no se despliega exclusivamente en la deportación a un Estado tercero sino que también surte efectos por las condiciones de los centros de detención para extranjeros. En este sentido, el TEDH ha condenado reiteradamente a Grecia por la situación de sus centros de detención para extranjeros²³. De todas, destacamos la sentencia en el caso Mahmundi y otros contra Grecia, de 31 de julio de 2012, en la que la vulneración del artículo 3 se produce por las condiciones del campo de retención de Pagani y por la falta de contacto entre los detenidos y sus hijos menores²⁴.

El otro derecho que el TEDH ha erigido tradicionalmente como límite a las deportaciones hacia terceros estados es el derecho a la vida personal y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio y tal jurisprudencia se ha continuado en el período de estudio. Sin embargo, a diferencia del límite del artículo 3 que se considera absoluto, con independencia del comportamiento del sujeto en el Estado parte y en el Estado de destino, en el artículo 8 el TEDH realiza un juicio de proporcionalidad entre la afectación a la vida personal y familiar del individuo que supone la deportación, y la necesidad de

22. STEDH de 6 de junio de 2013 en el caso Mohammed contra Austria.

23. Se trata, además, de centros de detención diferentes, lo que da muestra de una situación generalizada. En la STEDH en el caso Lica contra Grecia, de 17 de julio de 2012, son los locales de la Dirección de la Policía de Patras; en la STEDH en el caso Lin contra Grecia, de 6 de noviembre de 2012, es el centro de detención de Helliniko; en la STEDH en el caso Bygylashvili contra Grecia, de 25 de septiembre de 2012, es el centro de extranjeros de Petrou Ralli; en la STEDH en el caso Ahmade contra Grecia, de 25 de septiembre de 2012, es la Comisaría de Pagrati; en la STEDH en el caso A.F. contra Grecia, de 13 de junio de 2013, son los locales de la policía fronteriza de Feres.

24. Sin embargo, el TEDH ha considerado que las condiciones del centro de detención fronterizo de Estonia no vulneran el artículo 3. STEDH en el caso Vikulov y otros contra Letonia, de 25 de septiembre de 2012.

la medida en una sociedad democrática para algunos de los fines que enumera el apartado 2 del artículo 8.

Son cinco los elementos que el Tribunal tiene en cuenta en este juicio de proporcionalidad: la naturaleza y la gravedad de las infracciones cometidas por el recurrente; la duración de su residencia en el país que pretende su expulsión; el lapso de tiempo transcurrido con posterioridad a la infracción y la conducta del sujeto en este período; y la nacionalidad de las personas implicadas y la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país que expulsa y con el país de destino²⁵. Con respecto al primero de los elementos a tener en cuenta, esto es, la naturaleza y la gravedad de las infracciones cometidas, destaca la Sentencia Hamidovic contra Italia, de 4 de diciembre de 2012. En este caso la recurrente iba a ser expulsada hacia Bosnia a pesar de que en Italia residía con su marido y sus hijos. La razón de la denegación de la residencia y posterior expulsión radicaba en la comisión del delito de mendicidad. No obstante, el hecho de que tal delito fuera despenalizado en Italia a partir de 2009 supone que no puede considerarse una infracción grave y, por tanto, la expulsión no encuentra justificación proporcional adecuada²⁶.

En el análisis de estos cinco elementos el TEDH realiza una ponderación tan pormenorizada y variable que plantea cierta inseguridad jurídica e incurre en incoherencias. Por ejemplo, en la Sentencia Samsonnikov contra Estonia, de 3 de julio de 2012, a pesar de la aparente solidez de los vínculos con Estonia –personales (el recurrente, de nacionalidad rusa, había nacido, crecido y recibido educación en el país báltico) y familiares (en este país vivía su padre, su hermano y su pareja)– y de su enfermedad (era seropositivo y padecía hepatitis C), el Tribunal prefiere poner el acento en la gravedad de las infracciones cometidas. El recurrente había sido condenado en Suecia por tráfico de drogas y, previamente, en Estonia en tres ocasiones por robo agravado y otros delitos, y en siete ocasiones por faltas de diversa índole; por ello, el TEDH no considera que la denegación de la renovación de su permiso de residencia por parte de las autoridades estonias supusiera una contravención del artículo 8 del CEDH. Para llegar a esta conclusión el TEDH minimiza el valor de los vínculos que el recurrente tenía con Estonia al considerar que no residía ni con su padre ni con su hermano y que había comenzado su cohabitación con su pareja con posterioridad a su deportación desde Suecia a Estonia, cuando ya carecía de permiso de residencia.

25. Vid. STEDH en el caso *Üner* contra Holanda, de 18 de octubre de 2006.

26. En parecidos términos se expresa la STEDH en el caso *Hasanbasic* contra Suiza, de 11 de junio de 2013, en el que el hecho de que los delitos de los que se acusa al recurrente no alcancen los 17 días de condena hace que se considere que la denegación de su residencia por los antecedentes penales vulnera el artículo 8 del Convenio dados sus vínculos con Suiza (esposa e hijos de nacionalidad suiza), a pesar de que había renunciado a su permiso de residencia con anterioridad y pretendía retomar su residencia en Suiza tras sufrir un infarto.

Asimismo, valora las posibilidades del recurrente de integrarse en Rusia, a pesar de que nunca había vivido allí, debido a que había cursado sus estudios en lengua rusa.

Este pronunciamiento contrasta con la sentencia en el caso Udeh contra Suiza, de 16 de abril de 2013. Es cierto que, en este caso, el Sr. Udeh, de nacionalidad nigeriana, estaba casado con una ciudadana suiza y tenían hijos en común con doble nacionalidad. Sin embargo, mientras que en el caso Samsonnikov el despliegue de la vida familiar posterior al cumplimiento de la condena no es tenido en cuenta, en la Sentencia Udeh el TEDH hace especial hincapié en que el recurrente solo había sido condenado dos veces (una de ellas por tráfico de drogas a 42 meses de prisión), y en que tras esta última condena había desarrollado un comportamiento ejemplar. Con ello se obvia que el Sr. Udeh se había divorciado de su esposa suiza y que sus hijos no convivían con él sino con la madre.

No corre la misma suerte la recurrente en la Sentencia Kissiwa Koffi contra Suiza, de 15 de noviembre de 2012. Ella, nacional de Costa de Marfil, había sido condenada en una sola ocasión a 33 meses de prisión por tráfico de drogas, pero estaba casada con un ciudadano suizo con quien tenía un hijo en común. En este caso, a pesar de que la pena impuesta era menor que en el caso Udeh y solo había una conducta penada, el hecho de que la recurrente solo llevara 6 años en Suiza en el momento de que se dictó la orden de expulsión es razón suficiente para el TEDH para considerar adecuada la expulsión. Además, la corta edad del hijo (6 años en el momento de la sentencia) sirve al Tribunal para argumentar que le resultará más sencillo integrarse en Costa de Marfil.

En relación con los vínculos con el país de origen, estos acaban siendo determinantes en la mayor parte de los pronunciamientos de esta índole del Tribunal. En la Sentencia Shala contra Suiza, de 15 de noviembre de 2012, el hecho de que el recurrente hubiese contraído matrimonio en su país de origen (Kosovo) supuso un argumento esencial para no entender la vulneración del artículo 8, a pesar de que había desarrollado la mayor parte de su vida en Suiza y que las condenas recibidas no habían superado los 45 días de prisión. En sentido contrario, en la Sentencia Butt contra Noruega, de 4 de diciembre de 2012, el hecho de que los recurrentes (dos hermanos paquistaníes) no hubieran visitado Pakistán desde 1996, no tuvieran contacto con su padre desde entonces y su madre hubiera fallecido determina la vulneración del artículo 8 del Convenio en caso de expulsión, a pesar de que los vínculos familiares que tenían en Noruega se limitaban a sus tíos, con los que habían convivido desde la ausencia de su madre. El TEDH retoma su perfil práctico para entender que tales vínculos familiares tenían una dimensión suficiente para ser protegidos por el artículo 8 del Convenio.

Durante este período el TEDH también ha analizado el artículo 8 en relación con otros casos relacionados con el Derecho de Extranjería que consideramos interesante traer a colación. Es el

caso, por ejemplo, de la sentencia en el caso Harroudj contra Francia de 4 de octubre de 2012 en el que la recurrente consideraba violado su derecho a la vida familiar al no reconocerle un Tribunal de Lyon la adopción de una menor a la que había adoptado mediante kafala en Argelia. En este caso, el TEDH entiende que el no reconocimiento de la adopción derivada de la kafala no vulnera el artículo 8 del Convenio puesto que queda dentro del margen de apreciación del Estado. Por otra parte, en la Sentencia Hode and Abdi contra el Reino Unido, de 6 de noviembre de 2012, se valora la vulneración del artículo 14 (principio de no discriminación) en relación con el derecho a la vida familiar de los recurrentes. En este caso, el recurrente era un nacional de Djibouti que tenía reconocido el asilo en el Reino Unido. Este país, sin embargo, no permitía la entrada de la esposa del solicitante porque solo aceptaba los matrimonios previos al reconocimiento de la condición de refugiado. El TEDH considera que tal práctica es discriminatoria y vulnera el artículo 14 en relación con el 8 del Convenio puesto que no se analizan las circunstancias concretas y la realidad del vínculo sino que se valora de forma categórica.

Además de la aplicación del artículo 3 y del artículo 8 como límites a las expulsiones, el Tribunal ha vuelto a someter a escrutinio determinados procedimientos de expulsión o detención de extranjeros en cuanto a su respeto a los límites formales de los artículos 5, 6 y 13 del Convenio. Así, se ha considerado que el mantenimiento de la detención de los solicitantes de asilo en Hungría una vez que se ha admitido a trámite la solicitud de asilo es contrario al artículo 5.1.f) del Convenio²⁷. También ve vulnerado el artículo 5.1.f) por la prolongación de la detención más allá del término establecido en la orden de detención²⁸ y por el mantenimiento de la detención con vistas a la expulsión por una duración excesiva en relación con la finalidad de la misma²⁹. Específicamente, el TEDH ha puesto en cuestión en diversas sentencias los procedimientos de extradición desarrollados por Rusia al considerar que vulneran los artículos 5.1 y 5.4 del Convenio³⁰. La excesiva duración de la detención con vistas a la expulsión³¹, la falta de una revisión judicial en un plazo adecuado de la detención³² y la prolongación de la detención una vez decretada su ilegalidad suponen también una violación del Convenio, en concreto del artículo 5.4³³.

27. SSTEDH en el caso Al-Tayyar Abdelhakim contra Hungría, y en el caso Hendrin Ali Said y Aras Ali Said contra Hungría, ambas de 23 de octubre de 2012.

28. STEDH en el caso Barjamaj contra Grecia, de 2 de mayo de 2013.

29. STEDH en el caso Djalti contra Bulgaria, de 12 de marzo de 2013

30. SSTEDH en el caso Bakoyev contra Rusia y Yefimova contra Rusia, ya citadas; en el caso Rakhmonov contra Rusia, y Niyazov contra Rusia, ambas de 16 de octubre de 2012; y en el caso Alikhonov contra Rusia, de 31 de julio de 2012.

31. STEDH en el caso Abdi contra el Reino Unido, de 9 de abril de 2013.

32. STEDH en el caso Athary contra Turquía, de 11 de diciembre de 2012.

33. En este período, tal circunstancia ha ocurrido en Bélgica, según se acredita en la STEDH Firoz Muneer contra Bélgica, de 11 de abril de 2013, y en la República Checa, según la STEDH en el caso Buishvili contra la República Checa, de 25 de octubre de

Por último, en relación con el artículo 13, hemos de mencionar la Sentencia De Souza Ribeiro contra Francia, de 13 de diciembre de 2012. En este caso, el recurrente es un brasileño que residía desde corta edad en la Guyana francesa. Tras la comisión de un delito se dictó una orden de expulsión ejecutada con tal celeridad que no se le permitió el acceso a un recurso efectivo. En tal sentido, el Tribunal rechaza la excepcionalidad de la situación de la Guyana francesa alegada por el Gobierno francés y determina la vulneración del artículo 13 en relación con el artículo 8 del Convenio.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Junto con la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de los derechos consagrados en el CEDH aplicable a todos los individuos sometidos a la jurisdicción de los estados parte, independientemente de su nacionalidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) está desarrollando una cada vez más profusa jurisprudencia en relación con la interpretación de las diversas directivas y normas de Derecho de la Unión con incidencia en la situación de los extranjeros. Durante el segundo semestre del año 2012 y el primer semestre del 2013, las sentencias del TJUE en esta materia han estado relacionadas con las normas de los procedimientos de asilo, refugio y protección subsidiaria; con el derecho de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias; con el principio de igualdad y no discriminación; con el estatuto de los nacionales de terceros estados residentes de larga duración; con el derecho a la reagrupación familiar y con el Código de Fronteras Schengen.

No obstante, el análisis de la jurisprudencia del TJUE también debemos comenzar por una sentencia que solo está tangencialmente relacionada con las cuestiones de extranjería pero que, por razones territoriales, nos resulta especialmente relevante. Se trata de la primera cuestión prejudicial planteada por el TC español al TJUE en relación con el caso Melloni y la ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) (Aguilar Calahorra, 2011). En concreto, el TC planteaba al Tribunal de Luxemburgo la posibilidad de subordinar la ejecución de una OEDE de un condenado en rebeldía a que el Estado miembro emisor se comprometiera a revisar la condena. En lo más relevante de la sentencia, desde nuestro punto de vista, el TC anudaba al artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión la posibilidad de aplicar el estándar de protección derivado del derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías que consagra la Constitución española.

2012. El caso checo es paradigmático porque los tribunales pueden considerar contraria a derecho la detención de un extranjero pero no pueden decretar la consecuente puesta en libertad del mismo.

El TJUE rechaza que un Estado miembro pueda suspender la ejecución de una OEDE de un condenado en rebeldía más allá de los casos contemplados en el artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584, en la redacción dada por la Decisión marco 2009/299. En concreto, el Tribunal de Luxemburgo refuta la invocación del TC, a través del artículo 53 de la Carta, de las normas constitucionales españolas y recuerda que el principio de primacía se impone, incluso, sobre las normas de Derecho nacional de rango constitucional³⁴. También en el ámbito de una OEDE, el TJUE ha recordado a Francia que el motivo de no ejecución facultativa recogido en el artículo 4.6 de la Decisión marco 2002/584 resulta aplicable tanto a los nacionales franceses como a los residentes en dicho Estado³⁵. Rechaza con ello la redacción del Código de Procedimiento Penal francés que solo recogía la denegación de la ejecución de una OEDE para la ejecución de una pena a las personas de nacionalidad francesa y desatendía un caso como el que motivaba la cuestión prejudicial en el que la persona buscada, pese a no ser de nacionalidad francesa, había contraído matrimonio con un nacional galo, residía en ese país y trabajaba por cuenta ajena con un contrato indefinido.

Si nos centramos en cuestiones más clásicas en el ámbito de la extranjería, el análisis de la jurisprudencia del TJUE debe referirse de forma primordial a la Sentencia Arslan³⁶, que consideramos la sentencia más relevante durante el período analizado. En ella se combinan cuestiones de la Directiva 2008/115, de normas y procedimientos comunes en materia de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y las relativas a los solicitantes de asilo y refugio (Directiva 2005/85 y Directiva 2003/9).

El TJUE ha recordado en esta sentencia que, tal y como indica el noveno considerando de la Directiva 2008/115, el solicitante de asilo en un Estado miembro no se encuentra en situación irregular en el territorio de dicho Estado hasta que se resuelva, al menos en primera instancia, su solicitud. En consecuencia, la Directiva 2008/115 no es aplicable a los solicitantes de asilo o protección desde la presentación de la solicitud hasta que exista una resolución acerca de la misma. Por ello, un solicitante de asilo o protección internacional no puede ser internado una vez presentada la solicitud y solo puede ser mantenido un internamiento decretado con anterioridad a la solicitud si se considera, dadas las circunstancias del caso, que la solicitud fue presentada únicamente con el fin de obstaculizar o de frustrar la ejecución de la decisión de retorno.

34. STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, caso Melloni, Asunto C-399/11.

35. STJUE (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2012, caso Lopes Da Silva, Asunto C-42/11.

36. STJUE (Sala Tercera) de 30 de mayo de 2013, caso Arslan, Asunto C-534/11.

También en relación con los procedimientos de asilo, el TJUE ha interpretado la aplicación de los criterios del Sistema de Dublín en la determinación del Estado miembro responsable. Por una parte, cuando el solicitante de asilo es un menor no acompañado sin miembros de su familia residentes en ningún Estado miembro que presenta dos solicitudes de asilo en dos estados miembros dife-

EL SOLICITANTE DE ASILO EN UN ESTADO MIEMBRO NO SE ENCUENTRA EN SITUACIÓN IRREGULAR EN EL TERRITORIO DE DICHO ESTADO

rentes, el Estado miembro responsable no será el primer Estado en el que se presentó la solicitud de asilo, sino el Estado miembro en el que se encuentre el menor después de haber presentado ante él una solicitud de asilo³⁷. Por otro lado, el TJUE ha recordado que el artículo 3.2 del Reglamento 343/2003 permite a un Estado conocer de una solicitud de asilo fuera de los supuestos de la cláusula humanitaria del artículo 15 aunque no

sea el Estado al que los criterios del capítulo III de dicho Reglamento establecen como responsable³⁸. Con respecto a la interpretación de este artículo 15, el TJUE ha considerado, asimismo, que la referencia a otros familiares dependientes contenida en el citado artículo es más amplia que la de los miembros de la familia del artículo 2.i) del Reglamento 343/2003³⁹. De hecho, el TJUE incluye entre esos otros familiares a miembros de la familia política. Lo realmente relevante es la relación de dependencia entre el asilado y el familiar.

Asimismo, el TJUE ha determinado que la obligación de conceder las condiciones mínimas de acogida a un solicitante de asilo prevista en la Directiva 2003/9 incumbe al Estado ante el que se presenta la solicitud de asilo, aunque de acuerdo a las normas del Reglamento Dublín II sea otro Estado el competente para la resolución de la solicitud de asilo⁴⁰. También desde un punto de vista formal, el TJUE ha determinado además que las directivas sobre la materia no exigen que la concesión del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria se desarrollen en dos procedimientos distintos⁴¹, ni impiden que se pueda someter a un procedimiento prioritario o acelerado el examen de solicitudes de asilo caracterizados por la nacionalidad o el país de origen del solicitante⁴². Desde el punto de vista material, en cuanto al asilo y la protección internacional, el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la persecución por motivos religiosos en

37. STJUE (Sala Cuarta) de 6 de junio de 2013, caso MA, BT y DA, Asunto C-648/11.

38. STJUE (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013, caso Halaf, Asunto C-528/11.

39. STJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2012, caso K, Asunto C-245/11.

40. STJUE (Sala Cuarta) de 27 de septiembre de 2012, caso CIMADE y GISTI, Asunto C-179/11.

41. STJUE (Sala Primera) de 22 de noviembre de 2012, caso M.M., Asunto C-277/11.

42. STJUE (Sala Segunda) de 31 de enero de 2013, caso HID y BA, Asunto C-175/11.

la sentencia Y y Z⁴³. En este caso el Tribunal de Luxemburgo advierte que la persecución por motivos religiosos no incluye cualquier injerencia en el derecho a la libertad de religión. No obstante, entre las injerencias que se consideran persecución se encuentran aquellas relativas a la manifestación externa de la libertad de religión sin que pueda tomarse en consideración la posibilidad de que el solicitante renunciase a determinados actos religiosos con relevancia exterior.

En relación con el derecho de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia, el TJUE ha tenido la ocasión de pronunciarse en dos ocasiones sobre el artículo 12 del Reglamento 1612/68, retomado en la actualidad por el Reglamento 492/2011, en su artículo 10. Este precepto reconoce el derecho de los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro, a ser admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional si los hijos residen en el territorio del Estado miembro, independientemente de la nacionalidad de los hijos y de la permanencia o no del ciudadano de la Unión en dicho territorio. Este derecho implica el derecho de residencia de los hijos del nacional del Estado miembro y un derecho de residencia correlativo para el progenitor que ejerce efectivamente la custodia de este hijo.

En este sentido, el TJUE ha interpretado que el concepto «estar o haber estado empleado en el territorio de otro Estado miembro» hace referencia, exclusivamente, a los trabajadores por cuenta ajena⁴⁴. Sin embargo, el derecho se extiende a los hijos y al progenitor que ejerza efectivamente su custodia, independientemente de la nacionalidad de ambos y de la edad del hijo. Lo relevante no es que el hijo sea menor de edad sino que lo que debe analizarse es si el hijo sigue necesitando la presencia y las atenciones del progenitor para poder continuar y terminar sus estudios⁴⁵. No obstante, el período de residencia derivado de la aplicación del antiguo artículo 12 del Reglamento 1612/68 no se computará a los efectos del acceso a la residencia permanente de la Directiva 2004/38.

Precisamente en relación con la Directiva 2004/38, el TJUE ha delimitado los sujetos beneficiarios del régimen de familiares de ciudadanos de la Unión. Así, por ejemplo, se ha confirmado que el cónyuge de un ciudadano de la Unión que no reside en el mismo Estado miembro que el ciudadano de la Unión no puede considerarse beneficiario del régimen de familiar de ciudadano de la UE por no cumplir el requisito del artículo 3.1 de la Directiva 2004/38 referido a acompañar o trasladarse

43. STJUE (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2012, caso Y y Z, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11.

44. STJUE (Sala Tercera), de 6 de septiembre de 2012, caso Czop y Punakova, asuntos acumulados C-147/11 y C-148/11.

45. STJUE (Sala Segunda), de 8 de mayo de 2013, caso Alarape y Tijani, Asunto C-528/11.

con el ciudadano de la UE⁴⁶. Tampoco puede acogerse al régimen de familiar de ciudadano de la UE el progenitor que no depende económicamente del ciudadano de la Unión sino que, al contrario, es él de quien depende el ciudadano de la UE⁴⁷.

También en el ámbito del artículo 3 de la Directiva 2004/38, el TJUE ha interpretado el alcance de la obligación de facilitar la entrada y la residencia de «cualquier otro miembro de la familia» a cargo de un ciudadano de la Unión en la Sentencia Sazzadur Rahman⁴⁸. Por una parte, el Tribunal de Luxemburgo señala que la expresión «facilitará» impone a los estados miembros una obligación de otorgar a las solicitudes de estas personas un trato más favorable que a las del resto de nacionales de estados terceros, sin que ello implique la obligación de acoger todas las solicitudes presentadas por «cualquier otro miembro de la familia» en el sentido del artículo 3.2 de la Directiva 2004/38. Igualmente, en cuanto a la relación de dependencia, esta situación debe existir en el país de procedencia del miembro de la familia de que se trate, y ello al menos en el momento en que dicha persona solicita reunirse con el ciudadano de la Unión.

El TJUE ha reiterado asimismo, en la Sentencia Ymeraga⁴⁹, la inaplicabilidad de la Directiva 2004/38 en las situaciones puramente internas, es decir, la de los nacionales del Estado miembro en el que residen que no han ejercido su derecho a la libre circulación. Estos casos están fuera del Derecho de la Unión –tampoco les resulta aplicable la Directiva de reagrupación– salvo supuestos excepcionales. No cabe apreciar excepcionalidad cuando los procesos de reagrupación familiar tienen como único motivo la voluntad de los sujetos implicados.

En cuanto a los límites al ejercicio del derecho de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, el TJUE, en la Sentencia ZZ⁵⁰, ha afrontado una cuestión prejudicial acerca de la obligación de comunicar al ciudadano las razones por las que se le prohíbe la entrada en el territorio de un Estado miembro. En este caso, Reino Unido había denegado a un nacional francés su entrada por razones de seguridad pública que no fueron comunicadas durante el procedimiento administrativo al interesado. El TJUE no rechaza absolutamente esta práctica, sino que establece que debe ser el juez nacional competente el que vele porque la no comunicación de las razones en las que se fundamenta la prohibición de entrada se restrinja a lo estrictamente necesario.

46. STJUE (Sala Tercera), de 8 de noviembre de 2012, caso Yoshikazu Ida, Asunto C-40/11.

47. *Ibidem*.

48. STJUE (Gran Sala), de 5 de septiembre de 2012, caso Sazzadur Rahman, Asunto C-83/11

49. STJUE (Sala Segunda), de 8 de mayo de 2013, caso Ymeraga, Asunto C-87/12.

50. STJUE (Gran Sala), de 4 de junio de 2013, caso ZZ, Asunto C-300/11.

A este respecto, el TJUE ha considerado contrarias al derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente dos limitaciones impuestas por motivaciones económicas. El TJUE recuerda, como punto de partida general, que el derecho a la libre circulación no es incondicional, sino que puede limitarse y condicionarse, aunque esas razones no pueden tener fines económicos. Por ello, considera contraria al Derecho de la Unión la regulación búlgara que impide la salida del territorio nacional a las personas que tienen una deuda de derecho privado superior a una determinada cantidad⁵¹. Igualmente, se considera contraria al Derecho de la Unión la regulación sueca que limita la posibilidad de acogerse a medidas de condonación de deudas exclusivamente a los residentes⁵².

También ha tenido la ocasión de pronunciarse el TJUE en cuestiones relacionadas al principio de igualdad de trato. En este ámbito y vinculado con el artículo 7.2 de la Directiva 2004/38 y el Reglamento 1612/68, ha recordado que los trabajadores nacionales de otros estados miembros gozan del mismo régimen en el disfrute de las ventajas sociales, incluidas las becas de estudio, que los nacionales del Estado de acogida. En este sentido, la condición de trabajador es una condición objetiva que no depende de la intención del individuo al producirse la entrada en el Estado correspondiente⁵³. Además, el disfrute de estas ventajas sociales no solo corresponde al trabajador en sí mismo sino a sus hijos, incluso cuando estos no residen en ese Estado miembro⁵⁴. Precisamente la cuestión de la igualdad de trato en las ayudas al estudio ha sido objeto de otro pronunciamiento del TJUE en el que ha condenado a Austria por incumplimiento de los artículos 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en relación con la Directiva 2004/38, debido al sistema de ayudas reducidas al transporte que se aplicaban en este Estado miembro solo a los estudiantes cuyos padres perciben prestaciones familiares en Austria⁵⁵.

En cuanto a la reagrupación familiar de ciudadanos de terceros estados, el TJUE ha considerado que el Derecho Comunitario no obliga a la concesión de la reagrupación a una ciudadana de un tercer Estado, ex cónyuge de un ciudadano de la Unión y madre de un ciudadano de la Unión, que disfruta del derecho de residencia permanente en el Estado miembro y pretende reagrupar a un nuevo cónyuge y su hijo nacido de esta relación⁵⁶. No obstante, en este caso el TJUE exige que, en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/86, las solicitudes de reagrupación familiar deben examinarse en interés de los menores afectados y para favorecer la vida familiar.

51. STJUE (Sala Segunda), de 4 de octubre de 2012, caso Byankov, Asunto C-249/11.

52. STJUE (Sala Tercera), de 8 de noviembre de 2012, caso Radziekowski, Asunto C-461/11.

53. STJUE (Sala Tercera), de 21 de febrero de 2013, caso LN, Asunto C-46/12.

54. STJUE (Sala Quinta), de 20 de junio de 2013, caso Giersch, Asunto C-20/12.

55. STJUE (Sala Segunda), de 4 de octubre de 2012, caso Comisión Europea contra República de Austria, Asunto C-75/11.

56. STJUE (Sala Segunda), de 6 de diciembre de 2012, caso O. y S., asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11.

El Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Turquía determina la aplicación de un régimen especial a los familiares de los trabajadores turcos que formen parte del mercado legal de trabajo de un Estado miembro. Con ocasión de la Sentencia Dülger⁵⁷, el TJUE ha recordado que la Decisión 1/80, de desarrollo de esta Asociación, permite al familiar de un trabajador turco que haya residido cinco años en un Estado miembro acceder a cualquier actividad por cuenta ajena en dicho Estado miembro, lo que determina el derecho a la concesión de una autorización de residencia. A este respecto, el TJUE ha añadido que el derecho del miembro de la familia del trabajador turco se despliega independientemente de la nacionalidad de este miembro de la familia.

Por último, en relación con el régimen de los ciudadanos nacionales de estados no miembros, debemos hacer referencia a la Directiva 2003/109, de residentes de larga duración. En interpretación de la misma, el TJUE ha dictado la Sentencia Singh⁵⁸. La Directiva 2003/109 contiene una cláusula de inaplicabilidad para determinados supuestos entre los que se encuentra la residencia fundada en un permiso formalmente limitado. El TJUE determina que el concepto «limitado formalmente» es un concepto de Derecho de la Unión y, por tanto, debe completarse con la interpretación del Tribunal de Justicia y no con lo que cada Estado considere que es una limitación formal de una residencia. Así, el concepto «limitado formalmente» no es equiparable al resto de conceptos temporales señalados en el mismo precepto. No obstante, sí es relevante comprobar la posibilidad de permanencia y renovación indefinida del permiso de residencia. Si este se puede prorrogar de forma ilimitada, no se puede considerar limitado formalmente.

Para cerrar, nos referiremos al Código de Fronteras Schengen en relación con el cual el TJUE ha tenido que pronunciarse durante este período en varias ocasiones. Así, por una parte, tras un recurso del Parlamento Europeo, ha anulado la Decisión 2010/252/UE por cuestiones formales, ya que había sido adoptada mediante acto de ejecución y no mediante un acto legislativo. No obstante, la relevancia práctica de esta sentencia es limitada porque, aunque la anula, la deja en vigor hasta que se produzca la aprobación de la nueva norma correspondiente⁵⁹.

Una mayor relevancia práctica tiene la Sentencia Adil⁶⁰, en la que se pone en cuestión la realización de controles por las autoridades de los Países Bajos, al considerarlos el recurrente controles fronterizos prohibidos por el artículo 20 del Código de Fronteras Schengen. No obstante,

57. STJUE (Sala Segunda), de 19 de julio de 2012, caso Dülger, Asunto C-451-11.

58. STJUE (Sala Tercera), de 18 de octubre de 2012, caso Mangat Singh, Asunto C-502/10.

59. STJUE (Gran Sala), de 5 de septiembre de 2012, caso Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea, Asunto C-355/10.

60. STJUE (Sala Segunda), de 19 de julio de 2012, caso Adil, Asunto C-278/12.

el TJUE recuerda que, a pesar de que los controles fronterizos se encuentren prohibidos, las inspecciones dentro del territorio de un Estado miembro se encuentran permitidas por el artículo 21 del citado código. Bien es cierto que la norma holandesa distinguía los controles realizados en la zona fronteriza que no requerían de la existencia previa de una presunción razonable de irregularidad de la estancia, frente a los controles de identidad realizados en la materia en el resto del territorio de los Países Bajos que sí la requieren. Pese a ello, el TJUE determina el carácter similar de ambos controles dirigidos a detectar a las personas en situación irregular y a desalentar la inmigración ilegal, persiguiéndose el objetivo de estos controles en todo el territorio, aun cuando, en las zonas fronterizas, se prevean disposiciones específicas. El elemento fundamental para no considerar vulnerado el artículo 20 del Código de Fronteras Schengen es que, en ningún caso, esos controles se realizan en las fronteras ni en el momento de cruce de las fronteras sino en el interior del territorio neerlandés.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Calahorra, Augusto. «La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 8, n.º 16 (julio-diciembre de 2011).

Aja, Eliseo. «Los derechos de los extranjeros: calidad de la ley y de las sentencias». Barcelona: Institut de Dret Públic, 2013, (en línea) <http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013/03/los-derechos-de-los-extranjeros-calidad.html>

Boza Martínez, Diego. «El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 11 (2006), p. 25-39.

Díaz Crego, María. «El asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011: ¿hacia un replanteamiento del sistema de Dublín tras la condena del TEDH?». *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 40 (2011), p. 523-552.

Fabbrini, Federico. «The European Court of Human Rights, Extraordinary Renditions and the Right to the Truth: Ensuring Accountability for Gross Human Rights Violations Committed in the Fight Against Terrorism». *Human Rights Law Review* (2013), (en línea) <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/early/2013/10/31/hrlr.ngt017.full>

Rojo Torrecilla, Eduardo. «¿Volvemos al debate entre control de la inmigración y políticas de integración, entre seguridad y libertad? Un apunte a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LO 14/2003». El blog de Eduardo Rojo, 2013, (en línea) <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/02/volvemos-al-debate-entre-control-de-la.html>

