

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. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
 - Vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.4 CE) y revisión constitucional de las inadmisiones *a limine* de *habeas corpus*.
 - Aplicación del principio de no devolución en procedimientos de extradición: las garantías del artículo 24 CE.
 - La revisión constitucional de la aplicación del artículo 89 del Código Penal: condiciones para la sustitución de penas privativas de libertad por la expulsión.
2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
 - Prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH): expulsión de extranjeros hacia terceros países y condiciones de reclusión en centros de internamiento.
 - Derecho a la libertad y a la seguridad de personas incurso en procedimientos de expulsión o extradición (art. 5.1.f CEDH).
 - El derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) y su excepcional aplicación a supuestos de extradición.
 - El derecho a la vida privada y familiar de los extranjeros (art. 8 CEDH): ¿de la prohibición de expulsión al reconocimiento de un derecho para obtener un permiso de residencia?
 - Libertad de circulación y residencia de los extranjeros que residen legalmente en territorio nacional (art. 2 del Protocolo Adicional núm. 4).
 - Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros (art. 1 del Protocolo Adicional núm. 7).
 - La falta de suspensión de la ejecución de una decisión nacional de extradición o expulsión supone una vulneración del artículo 34 CEDH.
3. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
 - Ciudadanos de la Unión y libertad de circulación y residencia.
 - Derechos de los nacionales de terceros estados en el ámbito de la Unión: residencia y trabajo, participación en las elecciones al Parlamento Europeo y reagrupación familiar.

La finalidad de este trabajo es dar noticia de las principales sentencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas durante el año 2006 que afectan a Derecho de extranjería. Inevitablemente se trata de una síntesis y no de un tratamiento exhaustivo. Para su realización, y como documento base, hemos empleado los números 5 y 6 del Boletín Jurídico de Estudios y Jurisprudencia sobre Extranjería, Inmigración y Asilo, elaborado en el marco de un Convenio con el Ministerio del Interior, desde 2004 con la Universidad de Valladolid y, a partir de 2006, con la de Alcalá, y realizado en el Grupo de Investigación en Extranjería, Inmigración y Asilo de la Universidad de Alcalá.¹ Agradecemos al Ministerio la autorización que nos han concedido para esta publicación.

1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las sentencias del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) referidas a asuntos de extranjería suponen una importante cifra de resoluciones que pueden dividirse en

¹ El Boletín lo coordinan Pablo Santolaya y Javier García Roca y han participado en la elaboración de los números citados: Miguel Pérez-Moneo, María Díaz Crego, Ignacio García Vitoria, Ana Ruiz Legazpi, Guillermo Escobar y Encarnación Carmona, todos ellos miembros del Grupo de Investigación de Extranjería, Inmigración y Asilo formalizado en la Universidad de Alcalá.

tres bloques. El primero está formado por aquellas que declaran la vulneración del derecho a la libertad personal de un gran número de inmigrantes llegados en embarcaciones ilegales a las costas españolas. Un segundo grupo está integrado por asuntos de extradición o de aplicación de la orden de detención europea en las que se plantea la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en nuestra Constitución. Finalmente, una única sentencia se refiere al artículo 89 del Código Penal actual y a la eventual inconstitucionalidad de su aplicación, cuando se dan determinadas circunstancias, a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de modificación del precepto indicado.

Vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.4 CE) y revisión constitucional de las inadmisiones a limine de habeas corpus

El derecho a la libertad personal y las inadmisiones a limine de solicitudes de *habeas corpus* realizadas por extranjeros detenidos por autoridades gubernativas en aplicación de la Ley de Extranjería vuelven a ser protagonistas de la jurisprudencia constitucional. Un buen número de sentencias han analizado estos casos, aplicando la doctrina sentada en supuestos semejantes.²

La primera es la STC 169/2006, de 5 de junio, Sala Primera, que se refiere a la inadmisión a trámite de una solicitud de *habeas corpus* presentada por un extranjero detenido tras entrar ilegalmente en territorio nacional en una embarcación. El juzgado motivó su decisión en lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de Extranjería.

² Entre la jurisprudencia del TC en esta línea, cabe citar, entre otras, la STC 303/2005, de 24 de noviembre de 2005, Pleno, la STC 315/2005, de 12 de diciembre de 2005, la STC 316/2005, de 12 de diciembre de 2005, la STC 317/2005, de 12 de diciembre de 2005, la STC 318/2005, de 12 de diciembre de 2005, la STC 319/2005, de 12 de diciembre de 2005, la STC 320/2005, de 12 de diciembre de 2005 y la STC 321/2005, de 12 de diciembre de 2005, todas ellas de la Sala Primera. Para un análisis de la misma, véase Eliseo Aja, "Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes". En: VVAA, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Vol. I. P. 449 y ss.

El Tribunal Constitucional reitera que, de acuerdo con su jurisprudencia, la inadmisión a trámite solo puede producirse cuando no se da la privación de libertad como presupuesto, o falta la competencia del órgano judicial, o cuando se incumplen los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*.

En este supuesto, en cambio, el órgano judicial inadmitió la solicitud por una cuestión de fondo, la supuesta legalidad de la detención, extremo que debería haberse analizado una vez admitida a trámite. Teniendo en cuenta esto y que no había quedado acreditado que el recurrente hubiera sido oído y estuviera asistido por un abogado e intérprete en el momento en que se produjo la inadmisión, se declara vulnerado el derecho a la libertad personal.³

La STC 259/2006, de 11 de septiembre de 2006, de la Sala Primera, confirma la jurisprudencia indicada, y realiza una puntualización digna de mención. El solicitante había sido puesto a disposición judicial un día antes de declararse la inadmisión del *habeas corpus* cuando el juzgado ya había acordado darle audiencia, pero la audiencia no tuvo lugar hasta un día después de que se inadmitiera a trámite la solicitud. El Tribunal indica que lo relevante es que el recurrente no hubiera sido oído por un juez en presencia de abogado e intérprete y en el momento en que se produjo la inadmisión, decisión de la que discrepan los magistrados Roberto García-Calvo y Jorge Rodríguez-Zapata que consideran que el recurrente se encontraba a disposición judicial en el momento en que se inadmitió a trámite la solicitud, por lo que no cabía ya el *habeas corpus*.⁴

³ En idéntico sentido: SSTC 201 a 213/2006, todas ellas de la Sala Primera y de 3 de julio y SSTC 354 a 356/2006, de la Sala Segunda y de 18 de diciembre de 2006. La STC 303/2006, de 23 de octubre, Sala Primera, sigue la jurisprudencia de la STC 169/2006, aunque respecto de un ciudadano polaco arrestado en La Rioja.

⁴ En el mismo sentido y acompañadas de los mismos votos particulares: STC 260/2006, de 11 de septiembre de 2006, STC 273/2006, de 25 de septiembre de 2006, ambas de la Sala Primera.

Aplicación del principio de no devolución en procedimientos de extradición: las garantías del artículo 24 CE

El Tribunal Constitucional ha hecho frente a varios procedimientos de extradición⁵ y de aplicación de la orden de detención europea⁶ en los que se alegaba la vulneración de distintos derechos fundamentales. Dos de estos asuntos presentan cierta relevancia, ya que los recurrentes planteaban que existía un riesgo real de que, en caso de ser extraditados, sufrieran torturas o tratos inhumanos o degradantes en su país de destino o incluso peligrara su propia vida.

La STC 49/2006, de 13 de febrero, Sala Primera, analiza la compatibilidad con la Constitución del Auto de la Audiencia Nacional por el que se acuerda acceder a la extradición a Albania. El solicitante alegó vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, derecho a la vida y a la integridad física, y derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas. Estas vulneraciones derivarían de su extradición a un país en el que era un perseguido político y en el que la pena de muerte o la cadena perpetua eran las penas previstas por el Código Penal para el delito por el que se solicitaba su extradición.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, estimó el recurso tan solo en lo referido al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. Pero no en relación con el derecho a la vida y a la integridad física, al valorar que la Audiencia Nacional impuso como condiciones que tenía que respetar el Estado albanés que, en caso de que al recurrente se le impusiera la pena de muerte, no fuera ejecutada, y que, si se acordaba la cadena perpetua, no fuera indefectiblemente de por vida. Tales condicionamientos, estima el Tribunal, son suficientes para cumplir con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora, TEDH) en la materia.

⁵ STC 82/2006, de 13 de marzo, Sala Segunda, STC 351/2006, de 11 de diciembre, Sala Primera, STC 49/2006, de 13 de febrero, Sala Primera.

⁶ STC 293/2006, de 10 de octubre, Sala Primera, STC 177/2006, de 5 de junio, Sala Segunda, STC 99/2006, de 27 de marzo, Sala Segunda, STC 83/2006, de 13 de marzo, Sala Primera, STC 81/2006, de 13 de marzo, Sala Primera y STC 30/2006, de 30 de enero, Sala Segunda

Con relación a tutela judicial efectiva el Tribunal entiende que la Audiencia no prestó la debida atención a las alegaciones sobre su supuesta persecución política. Señala que, en aquellos casos en los que el recurrente lleve a cabo una labor probatoria que apoye de forma razonable su argumentación, los órganos jurisdiccionales no podrán desatender sus razonamientos sin llevar a cabo cuantas actuaciones sean precisas para esclarecer los hechos, teniendo en cuenta la relevancia de los derechos fundamentales que puedan encontrarse en juego.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HA HECHO FRENTE A VARIOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRADICIÓN Y DE APLICACIÓN DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA EN LOS QUE SE ALEGABA LA VULNERACIÓN DE DISTINTOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Sustancialmente idéntica a la anterior es la STC 351/2006, de 11 de diciembre, Sala Primera, si bien termina justamente con el pronunciamiento inverso, al considerar el Tribunal que el recurrente no había presentado ningún documento que acreditara, efectivamente, que, en caso de ser extraditado a Argelia, podía ser objeto de torturas y tratos inhumanos o degradantes.

La revisión constitucional de la aplicación del artículo 89 del Código Penal: condiciones para la sustitución de penas privativas de libertad por la expulsión

En la STC 145/2006, de 8 de mayo, la Sala Segunda analiza la sustitución de determinadas penas privativas de libertad impuestas a extranjeros que no residan legalmente en nuestro país por la expulsión, según lo previsto por el artículo 89 del Código Penal, modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

El artículo 89 del Código Penal señala que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un

extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español; y que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán la expulsión en el caso de que aquel acceda al tercer grado penitenciario, o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, en cualquiera de los dos casos, el juez o Tribunal aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Este artículo parecía imponer a jueces y tribunales la sustitución de determinadas penas privativas de libertad, acordadas para extranjeros ilegales, por la de expulsión del territorio español, modificando la simple posibilidad que había la redacción anterior del precepto, por una obligación legal que solo podría excepcionalmente obviarse si la naturaleza del delito justificaba el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.⁷

El rigor de este precepto, que había planteado numerosas dudas de inconstitucionalidad,⁸ fue rebajado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS, en adelante), en su Sentencia de 8 de julio de 2004,⁹ donde afirmó la necesidad de leer este precepto a la luz de las exigencias impuestas por la Constitución y los Tratados internacionales sobre derechos humanos, de manera que la expulsión requería previa audiencia del extranjero y una adecuada motivación, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y familiares y realizando una adecuada ponderación de los intereses en conflicto.

La sentencia constitucional no pone en entredicho la constitucionalidad del artículo 89 del Código Penal, sino su aplicación en determinadas circunstancias. En este caso, el recurrente había sido condenado por Sentencia en 1999 a una pena de tres años de prisión. Tras la entrada en vigor

de la mencionada Ley Orgánica 11/2003 y mientras el recurrente cumplía su condena, la Audiencia Provincial de Madrid acordó por Auto la sustitución de la pena por la expulsión, con prohibición de regresar a España en el plazo de diez años y, en todo caso, hasta que no prescribiera la pena. El demandante planteaba que la sustitución vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos.

El Tribunal Constitucional concluye que el Auto incurre en manifiesta falta de razonabilidad, porque modifica sustancialmente los términos de la sentencia condenatoria alterando la cosa juzgada, argumentando únicamente que resultaba factible aplicar retroactivamente lo previsto en la citada Ley Orgánica, razonamiento manifiestamente irrazonable, primero, porque el artículo 89 del Código Penal en su redacción anterior a la Ley Orgánica 11/2003, preveía tan solo una facultad del Juez o Tribunal que no fue utilizada ni solicitada por nadie en su momento, y segundo, porque incluso según la redacción actual del precepto, la sustitución debió preverse en la sentencia. Además, dado el avanzado estado del cumplimiento de la pena privativa de libertad (llevaba cumplidos dos años y medio de una condena de tres años cuando se acordó la expulsión), la expulsión constituiría antes que una sustitución de la pena, una acumulación a la misma.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia del TEDH analiza cuestiones de extranjería, principalmente, con relación a los artículos 3, 5.1.f), y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH o el Convenio), de los artículos 2 y 4 del Protocolo Adicional núm. 4, así como del artículo 1 del Protocolo Adicional

⁷ Un comentario crítico a la redacción anterior del artículo 89 CP se encuentra en Manuel Cobo del Rosal. Comentario al Código Penal. Madrid: EDESA. Tomo III, 2000. P. 1201-1209. Sobre la actual redacción, véase Gonzalo Quintero Olivares (dir.) y Fermín Morales Prats (coord.). *Comentarios al nuevo Código Penal*. Navarra: Thomson, Aranzadi, 4ª edición, 2005. P. 523-526.

⁸ En este sentido, Miguel Ángel Encinar del Pozo. "Extranjeros y prisión: valoración crítica del artículo 89 del Código Penal". En: José Luis de Castro

Antonio y José Luis Segovia Bernabé (dirs.). *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*. Madrid: CGPJ, Escuela Judicial, 2006. P. 289-299, especialmente, P. 292 y ss.

⁹ STS de 8 de julio de 2004, Sala de lo Penal, recurso 7/2004, ponente Joaquín Jiménez García. En la misma línea: STS de 7 de junio de 2005, Sala de lo Penal, recurso 543/2004, ponente Miguel Colmenarejo Menéndez de Lurca.

núm. 7. Además de la jurisprudencia sobre estos preceptos, ha de destacarse una reseñable intervención del TEDH en el marco de los artículos 6 y 34 del Convenio.

Prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH): expulsión de extranjeros hacia terceros países y condiciones de reclusión en centros de internamiento

Son cuatro las sentencias relevantes a efectos de este trabajo sobre la eventual vulneración del artículo 3 CEDH.

Los Casos D y otros c. Turquía, de 22 de junio de 2006, Olachea Cahuas c. España, de 10 de agosto de 2006, y Aoulmi c. Francia, de 17 de enero de 2006, son tres ejemplos de la jurisprudencia a través de la cual el TEDH ha introducido el principio de non refoulement, o prohibición de devolución, dentro del ámbito del Convenio donde no aparecía expreso.¹⁰

En el primer asunto, los recurrentes, una pareja de solicitantes de asilo iraníes, de origen kurdo y acerí y de distintas religiones, y su hija, alegaban que su devolución a Irán implicaría una vulneración del artículo 3 al estar condenada la madre a una pena de flagelación por haber cometido adulterio con el actual marido. El TEDH recuerda que la prohibición de expulsión de una persona a un país en el que corra el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes es tan absoluta como la misma prohibición contenida en dicho artículo y su larga línea de jurisprudencia según la cual las penas corporales no son, en ningún caso, admisibles desde la óptica del Convenio y estima que la expulsión de los solicitantes hacia un país en el que corren serios riesgos de sufrir una pena de este tipo es contraria al artículo 3 CEDH.

En el Caso Olachea Cahuas c. España, de 10 de agosto de 2006, el TEDH analiza desde la misma óptica la eventual

vulneración del artículo 3 CEDH respecto de un peruano que iba a ser extraditado. En este asunto, sin embargo, el TEDH no declara la vulneración del artículo 3 CEDH por cuanto España exigió al Estado peruano que no le fuera impuesta al recurrente ni la pena de muerte ni la de cadena perpetua y que se le reconocieran todos los derechos humanos recogidos por distintos instrumentos internacionales ratificados por Perú, exigencias que colman la obligación positiva que el artículo 3 CEDH impone a los estados de verificar que el extraditado no correrá riesgo real de ser sometido a malos tratos prohibidos por el Convenio.

LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN DE UNA PERSONA A UN PAÍS EN EL QUE CORRA EL RIESGO DE SUFRIR TORTURA O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES ES TAN ABSOLUTA COMO LA MISMA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 3 CEDH

Finalmente, el Caso Aoulmi c. Francia, de 17 de enero de 2006, analiza la expulsión de un ciudadano argelino residente en Francia desde los cuatro años. El TEDH considera que la medida no vulnera el artículo 3 CEDH porque, a pesar de que alegaba temor de sufrir persecución política por el hecho de que su padre fue *harki* (soldados argelinos que lucharon en favor de los franceses durante la Segunda Guerra Mundial y que son por ello rechazados por los islamistas), no existían motivos serios y fundados para creer que hubiera un riesgo real en el caso de ser expulsado.

El asunto plantea otra cuestión distinta; el Tribunal, en múltiples ocasiones, ha reconocido que la expulsión de un enfermo en fase crítica a un país en el que no pueda recibir el tratamiento médico puede vulnerar, bajo ciertas circunstancias, ese precepto.¹¹ El recurrente afirmaba que el

¹⁰ Para un análisis de la misma, véase Ana Salado Osuna. "La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio". En: Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. P. 124 y ss.; René Santamaría Arinas. "Artículo 3. Prohibición de la tortura". En: Iñaki Lasagabaster Herrarte (dir.). *Convenio Europeo de Derechos*

Humanos. Comentario sistemático. Madrid: Thomson, Aranzadi, 2004. P. 73 y ss.; Pablo Santolaya Machetti. *El derecho de asilo en la Constitución española*. Valladolid: Lex Nova, 2001. P. 134 y ss.

¹¹ En este sentido, véase Ana Salado Osuna. "La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio". En: Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords.). *La Europa de los Derechos. Op. cit.* P. 126 y ss.

tratamiento que precisaba su hepatitis C no resultaba fácil de conseguir en Argelia. El TEDH concluye que si bien la enfermedad era grave, no se había demostrado en absoluto que no pudiera recibir tratamiento médico en Argelia.

EL TRIBUNAL SE PLANTEA SI LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA PARA EVITAR QUE ENTRE ILEGALMENTE EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO O CUANDO ESTÉ INCURSO EN UN PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN O DE EXTRADICIÓN HA DE SER “NECESARIA”

Desde una panorámica distinta, el Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, de 12 de octubre, plantea si el internamiento de una menor en un centro de internamiento para adultos durante dos meses, y su posterior expulsión del país suponen una vulneración, entre otros, del artículo 3 CEDH. Las recurrentes eran una madre y su hija de origen congoleño y refugiadas en Canadá. Los hechos de los que trae causa el asunto se inician cuando la madre insta a su hermano a que vaya a la República Democrática del Congo a buscar a la niña entonces de cinco años de edad. Al regresar a Bruselas, las autoridades belgas retienen a la niña, que viajaba sin documento alguno, y telefonean a la madre que inicia la tramitación de un visado desde Canadá. Mientras tanto se rechaza la entrada de la niña en territorio belga y se la ingresa en un centro de internamiento de expulsión para adultos. Después de permanecer dos meses en el centro, un juez belga considera esa situación incompatible con la Convención de Derechos del Niño y ordena su puesta en libertad. Tras lo cual la niña es expulsada del país y devuelta al Congo, sin informar previamente a la madre, sin ser acompañada por ningún familiar adulto y sin que las autoridades belgas se aseguraran de que a su llegada alguien iba a ir a recogerla y a hacerse cargo de ella. El mismo día en que la niña es enviada al Congo, las autoridades canadienses comunican a las belgas que la menor tiene derecho a la reagrupación familiar con su madre refugiada, y tras un largo periplo de vuelta, la niña es finalmente entregada a su madre en Canadá.

Bélgica es condenada por vulneración de una pluralidad de preceptos: los artículos 3, 5.1.d), 5.4 y 8 CEDH. El Tribunal considera, de forma más que razonable, que el tratamiento del asunto por las autoridades belgas no había alcanzado en absoluto las obligaciones positivas que el artículo 3 CEDH impone a los estados. Además el Tribunal se sitúa así en una línea de la jurisprudencia que venía analizando las condiciones materiales de la detención como elementos que pueden llevar a una vulneración del artículo 3 CEDH.¹² Podría pensarse que se impone a los estados parte del Convenio que dispongan una serie de condiciones de internamiento específicas para extranjeros menores no acompañados. Una decisión pues relevante.

Derecho a la libertad y a la seguridad de personas incursas en procedimientos de expulsión o extradición (art. 5.1.f) CEDH)

El TEDH ha hecho uso del artículo 5.1.f) CEDH (internamiento o detención preventiva para impedir la entrada ilegal o en un procedimiento de expulsión o extradición) para resolver cinco asuntos a lo largo del año 2006.

El más relevante de ellos es Saadi c. Reino Unido, de 11 de julio. En él el TEDH examina un supuesto en el que un nacional irakí es detenido durante siete días en un centro de internamiento para extranjeros mientras se resuelve la demanda de asilo que presentó nada más llegar al Reino Unido. El Tribunal se plantea si la detención de una persona para evitar que entre ilegalmente en el territorio de un Estado o cuando esté incurso en un procedimiento de expulsión o de extradición ha de ser “necesaria”. Esto es, si se debe aplicar a los supuestos contemplados en la letra f) el juicio al que lleva el subprincipio de necesidad, derivado del principio de proporcionalidad, que habitualmente se exige en el Convenio y en otros apartados del artículo 5.1. Y resuelve la cuestión con una negativa concluyendo que los estados podrán detener legítimamente a las personas que se encuentren en cualquiera de esas dos situaciones

¹² Ana Salado Osuna. “La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio”. En: Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords.). *La Europa de los Derechos. Op.cit.* P. 111 y ss.

incluso cuando la detención no se considere necesaria. Lo único que exige el artículo del Convenio es que el recurrente estuviera detenido a fin de evitar su entrada ilegal en territorio nacional y que la detención no fuera arbitraria, por ejemplo, en lo que se refiere a su duración.

En los asuntos Bogdanovski c. Italia, de 14 de diciembre, Mohd c. Grecia, de 27 de abril, Kaya c. Rumania, de 12 de octubre, y Olaechea Cahuas c. España, de 10 de agosto, se parte también de que no cabe proceder al juicio de necesidad que es exigible en otros supuestos de privación de libertad. El TEDH afirma que el hecho de que los recurrentes estuvieran incurso en los procedimientos indicados permitía a los estados parte proceder a su detención. No obstante, se plantean dos cuestiones interesantes. En los asuntos Mohd c. Grecia, de 27 de abril, Kaya c. Rumania, de 12 de octubre, y Olaechea Cahuas c. España, de 10 de agosto, el Tribunal subraya que la legalidad de la detención no solo dependerá de que el recurrente esté incurso en un procedimiento de expulsión o extradición, sino también de que sea “regular”, esto es, efectuada con arreglo al procedimiento establecido por la ley. El artículo 5.1 CEDH exige, además, una determinada “calidad de la ley”, de forma que las normas nacionales que autoricen la privación de libertad tienen que ser accesibles y lo suficientemente precisas como para evitar cualquier arbitrariedad.

Siguiendo esta jurisprudencia, el TEDH consideró vulnerado el artículo 5.1 f) CEDH en el citado Caso Mohd en la medida en que el recurrente fue privado de libertad cuando todavía no se había adoptado la decisión que acordaba su expulsión, y en que el Estado griego no demostró que existiera base legal para la detención. Sin embargo, en Kaya c. Rumania y Olaechea Cahuas c. España, el Tribunal considera que no se produjo vulneración ya que la decisión fue adoptada sobre una norma interna que regulaba la duración y la modalidad de detención, así como la posibilidad de recurrirla.

¹³ Véase esta jurisprudencia en: Fco. Javier Álvarez García y Argelia Queralt Jiménez. “El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías”. En: Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords.). *La Europa de los Derechos*. Op. cit. P. 173; M^a Nieves Arriese Iriondo. “Artículo 5. Derecho a la

En Bogdanovski c. Italia, de 14 de diciembre, el TEDH va más allá y subraya, de acuerdo con su doctrina anterior en la materia,¹³ que si el procedimiento de extradición no es desarrollado con la diligencia requerida y esa dilación también puede producir vulneración del artículo 5.1 f) CEDH, lo que no llegó a ocurrir en el caso objeto de estudio, porque el procedimiento de extradición del recurrente se complicó por cuestiones ajenas a las autoridades italianas.

El derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) y su excepcional aplicación a supuestos de extradición

En el asunto citado Olaechea Cahuas c. España, se analiza la extradición del recurrente a Perú desde la perspectiva de varios preceptos del CEDH, en concreto, los artículos 3, 5, 6 y 34 CEDH. Esta sentencia continúa la línea iniciada en el conocido asunto Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989, en la medida en que reconoce la posibilidad de que la extradición de una persona a determinados países puede vulnerar el artículo 6 CEDH. El TEDH comienza reiterando la jurisprudencia en virtud de la cual el artículo 6 CEDH no es aplicable al procedimiento de extradición en cuanto tal garantía no resulta aplicable a decisiones relativas a la entrada, permanencia y alejamiento de los extranjeros del territorio nacional, al no ser considerados estos procedimientos derechos y obligaciones de carácter civil o acusaciones penales.¹⁴ Sin embargo matiza o excepciona esta doctrina al admitir que la extradición de una persona hacia un país podría suponer una vulneración del artículo 6 CEDH en el caso de que existiera un riesgo flagrante de que se le denegara justicia en el país indicado. No obstante, señala el TEDH, en el caso presente no puede hablarse de la existencia de semejante riesgo, en cuanto Perú es un país en vía de normalización democrática y que ha ratificado una serie de tratados internacionales que reconocen derechos equivalentes a los reconocidos en el artículo 6 CEDH.

libertad y a la seguridad”. En: Iñaki Lasagabaster Herrarte (dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Op. cit. P. 111 y ss.

¹⁴ En este sentido, véase Pablo Santolaya Machetti. *El derecho de asilo*. Op. cit. P. 143.

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

La jurisprudencia del TEDH referida a la vida privada y familiar de los extranjeros constituye, sin lugar a dudas, la más numerosa del año, y continúa las líneas maestras de la misma. Es de destacar, por un lado, que la vida privada de los extranjeros –y no solo su vida familiar– comienza a apuntar como una de las limitaciones a las expulsiones de los mismos hacia otros estados, así como que algunas sentencias llevan las obligaciones positivas de los estados parte hasta exigir la concesión de permisos de residencia a extranjeros que se encuentren en ciertas situaciones bajo el artículo 8 CEDH.

En efecto, el TEDH lleva reconociendo largo tiempo¹⁵ que alejar a una persona del país en el que viven sus familiares o impedir a una persona reunirse con ellos puede vulnerar, en determinadas circunstancias, el derecho a la vida familiar, reconocido en el artículo 8 CEDH. En esta línea se ubican los asuntos Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, de 12 de octubre de 2006, Ünner c. los Países Bajos, de 18 de octubre de 2006, Rodríguez da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos, de 31 de enero de 2006, Sezen c. Países Bajos, de 31 de enero de 2006.

Pero, asimismo, el TEDH reconoce ahora que la expulsión de un extranjero de un determinado país puede vulnerar su derecho a la vida privada. Un derecho que engloba las facultades de las personas para desarrollar relaciones con sus semejantes y con el mundo exterior en una comunidad, verdaderos aspectos de la identidad social del individuo, de forma que los lazos sociales desplegados entre los inmigrantes y la comunidad en la que viven forma parte integrante de la noción de vida privada. En esta línea, se

ubican los asuntos Shevanova c. Letonia, de 15 de junio de 2006, y Kaftailova contra Letonia, de 22 de junio de 2006.

Respecto de la eventual vulneración del derecho a la vida familiar por la expulsión de extranjeros hay que hacer referencia a los asuntos Ünner c. los Países Bajos, de 18 de octubre, Aoulmi c. Francia, de 17 de enero, Kaya c. Rumania, de 12 de octubre y Lupsa contra Rumania, de 8 de junio.

En el primero de ellos, resuelto por una Gran Sala, el TEDH analiza la expulsión de un extranjero, residente desde los doce años en Holanda, con hijos holandeses, habidos con una holandesa, y que había cometido diversos delitos menores hasta que, en 1998, fue condenado a siete años de prisión por homicidio involuntario y expulsado a Turquía. En 2006 se le descubre en Holanda, trabajando en una plantación ilegal de cannabis, es condenado a tres meses de prisión y vuelto a expulsar. La decisión del TEDH confirma la ausencia de vulneración del artículo 8 CEDH en cuanto los delitos cometidos por el recurrente son graves y no se demuestra que la vida familiar del recurrente no pudiera continuar en Turquía. Resulta interesante el resumen que el TEDH realiza de su jurisprudencia en la materia, reiterando la jurisprudencia del caso Boultif c. Suiza, de 2 de agosto de 2001, que ordena valorar elementos, como la naturaleza y gravedad de la infracción, la duración de la estancia, la situación familiar, etc., cuya ponderación conjunta habrá de servir para determinar si la expulsión puede considerarse una medida necesaria en una sociedad democrática.

El caso Aoulmi c. Francia, de 17 de enero, analiza un supuesto semejante al anterior, tras la aplicación de la misma jurisprudencia y criterios, el TEDH confirma que no se ha vulnerado el artículo 8 CEDH. El recurrente había cometido un delito grave, relacionado con el tráfico de heroína y, a pesar de que había vivido toda la vida en Francia y tenía allí al conjunto de sus familiares y a su hija, el Estado Miembro podía legítimamente considerar que la expulsión era una medida necesaria para la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales. En este asunto resulta significativo, no obstante, que el TEDH subraye que los criterios

¹⁵ Véase, en este sentido, Pablo Santolaya Machetti. "El derecho a la vida familiar de los extranjeros". *Op. cit.*; "Derecho a la vida privada y familiar: Un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (Art. 8 CEDH)". En: Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords.). *La Europa de los Derechos. Op. cit.* P. 498 y ss.; y *El derecho de asilo. Op. cit.* P.143 y ss.

fijados en el citado asunto *Boultif c. Suiza* no solo son aplicables a los asuntos en que se analiza la expulsión de extranjeros que llegaron al país cuando eran adultos, sino también a aquellos que son inmigrantes de segunda generación o que llegaron al país en su más tierna infancia.

Los asuntos *Kaya c. Rumania*, de 12 de octubre y *Lupsa contra Rumania*, de 8 de junio, son, sustancialmente idénticos. En ambos casos, dos extranjeros afincados en Rumania desde tiempo atrás y con esposa e hijos de este país son expulsados del país, prohibiéndoseles la entrada durante quince años, tras ser declarados “indeseables” como consecuencia de que “informaciones suficientes y serias indicaban que realizaban actividades que ponían en peligro la seguridad nacional”. El TEDH analiza el asunto desde la perspectiva de la calidad de la ley nacional que autoriza la expulsión,¹⁶ es decir, accesibilidad y previsibilidad. El TEDH considera que la legislación rumana no exigía la posibilidad de controlar la medida litigiosa por un órgano independiente e imparcial, y de contar con un procedimiento contradictorio, lo que impide considerarla “prevista por la ley”.

La *reagrupación familiar* tan solo ha sido analizada por el TEDH desde la óptica del artículo 8 CEDH en una sentencia, el asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, al que ya nos hemos referido. El Tribunal se plantea si la detención de una menor en un centro de detención para adultos durante dos meses y la expulsión de la misma al Congo cuando su madre, solicitante de asilo, se encontraba en Canadá, vulneran el artículo 8 CEDH en la medida en que retrasaron considerablemente la reagrupación de madre e hija. El TEDH concluye que no eran medidas en absoluto necesarias y mucho menos proporcionadas al fin perseguido. El Estado debería haberse ocupado adecuadamente de la menor y facilitar la reagrupación familiar de madre e

¹⁶ Alejandro Torres Gutiérrez. “La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH)”. En: Javier García Roca y Pablo Santolaya, (coords.). Op. cit. P. 515 y ss.; Rafael Bustos Gisbert. “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (art. 10 CEDH)”. En: Javier García Roca y Pablo Santolaya, (coords.). Op. cit. P. 536 y ss.; Juan María Bilbao Ubillos. “Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria firme de protección (art.11 CEDH)”. En: Javier García Roca y Pablo Santolaya, (coords.). Op. cit. P. 571 y ss.; P. van Dij y G.J.H. van Hoof. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. 3ª ed. La Haya: Kluwer Law

hija, y al no hacerlo, ha incumplido las obligaciones positivas que se deducen del artículo 8 CEDH.

El último grupo de sentencias del TEDH analiza la eventual vulneración de este derecho derivado de la denegación o retraso notable en la concesión de *permisos de residencia*. Dos de los asuntos resueltos en este año, *Rodríguez da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos* y *Sezen c. Países Bajos*, ambos de 31 de enero, presentan notables semejanzas. Los dos analizan supuestos de denegación de permisos de residencia a extranjeros que habían vivido una importante parte de su vida en el país que los deniega, y estaban o estuvieron en su momento casados con un nacional del país o un nacional de un tercer Estado con notable arraigo en el mismo, además habían tenido hijos en ese país. El TEDH confirma la vulneración del artículo 8 CEDH, sentando así el reconocimiento de una obligación positiva de los estados.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS REFERIDA A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS CONSTITUYE, SIN LUGAR A DUDAS, LA MÁS NUMEROSA DEL AÑO

El Asunto *Astimuño Mendizabal c. Francia*, de 17 de enero, plantea la eventual vulneración del derecho a la vida privada y familiar por el retraso de catorce años en conceder la residencia a una comunitaria. La recurrente, casada con un dirigente de ETA, extraditado a España, había sido refugiada política entre 1976 y 1979 y, tras retirársele el estatuto por el cambio de la situación política en España, solicita permisos de residencia, obteniendo, a lo largo de catorce

International, 1998. P. 765 y ss.; Donna Gomien, David Harris y Leo Zwaak. *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 1996. P. 211 y ss.; Steven Creer. *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe Publishing, Human rights files. Nº 15. P. 9 y ss.; Vincent Coussirat Coustere. “Article 8.2” En: Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert. *La Convention Européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*. Economica, 1995. P. 334 y ss.

años, simples resguardos de sus solicitudes, pero no la autorización a la que tenía derecho según el Derecho comunitario y el Derecho francés. Tras reafirmar que el Convenio no reconoce a ningún extranjero el derecho a entrar, residir o no ser expulsado de un país, ni a un determinado tipo de permiso, el TEDH subraya la calidad de comunitario de la recurrente y los derechos ligados a ese estatus, de manera que el artículo 8 CEDH debe ser interpretado a la luz del Derecho comunitario y afirma que el retraso en la concesión había tenido profundas consecuencias para la recurrente, ya que no había podido desarrollar una vida profesional y social normal.

ALEJAR A UNA PERSONA DEL PAÍS EN EL QUE VIVEN SUS FAMILIARES O IMPEDIR A UNA PERSONA REUNIRSE CON ELLOS PUEDE VULNERAR, EN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS, EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

Dos asuntos contra Letonia analizan la eventual vulneración del *derecho a la vida privada* por la decisión de expulsar a ciudadanas extranjeras; Shevanova, de 15 de junio, y Kaftailova, de 22 de junio. Ambos, sustancialmente idénticos, analizan si la no renovación de los permisos de residencia y su expulsión por no haber respetado la legislación de extranjería letona podría haber vulnerado su derecho a la vida privada. Las recurrentes llevaban viviendo en Letonia la mayor parte de su vida, aunque no podían alegar la vulneración de su vida familiar en cuanto que estaban divorciadas y sus hijos eran ya adultos. El TEDH analiza ambos supuestos desde la óptica del derecho a la vida privada, aplicando una jurisprudencia semejante a la ya considerada en el ámbito de la vida familiar; y decide que existe una injerencia, que no puede considerarse necesaria por cuanto las recurrentes no habían cometido delitos graves, sino simples infracciones administrativas que no podían dar lugar a la expulsión.

Finalmente, debemos hacer referencia a un asunto radicalmente distinto, en el que el TEDH analiza si, en determina-

das circunstancias, la denegación de una determinada *nacionalidad* o la imposibilidad de renunciar a la misma son contrarias al artículo 8 CEDH. Esta cuestión se plantea en el asunto Riener c. Bulgaria, de 23 de mayo, en el que la recurrente, de nacionalidad austríaca y búlgara en el momento en que sucedieron los hechos, narra cómo había intentado inútilmente renunciar a la nacionalidad búlgara entre 1989 y 2004. El TEDH afirma que, aunque ni el CEDH ni sus protocolos reconocen el derecho a la nacionalidad, tal y como se recoge en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, este puede caer en ciertas circunstancias bajo la protección del artículo 8 CEDH, dado el impacto que puede tener la denegación de la nacionalidad en la vida privada y familiar, especialmente, en casos de rechazo arbitrario, por lo que también, en determinados casos, puede protegerse su renuncia, pero rechaza que esta exista en el caso concreto.

Libertad de circulación y residencia de los extranjeros que residen legalmente en territorio nacional (art. 2 del Protocolo Adicional núm. 4)

Varias sentencias delimitan el contenido y las garantías de los derechos reconocidos en el artículo 2 del Protocolo Adicional núm. 4 al CEDH (art. 2 P4). En el asunto Demir c. Francia, de 4 de abril, los recurrentes plantean el derecho a la libertad de circulación y residencia de su padre, nacional turco que vivió durante largos años en Francia y que, tras regresar a su país, solicitó en reiteradas ocasiones visado para poder volver a este país, sin obtener respuesta afirmativa. El TEDH rechaza analizar las alegaciones de los recurrentes desde la óptica del artículo 2 P4, en cuanto considera que el precepto reconoce el derecho a abandonar un país, incluido el propio, y a circular libremente por el territorio del país en que se reside legalmente, pero no el *derecho a obtener un visado* que permita la entrada en uno de los estados parte del Protocolo.

En el asunto Bolat c. Rusia, de 5 de octubre, el TEDH analiza el derecho de los residentes legales a circular y *elegir libremente su residencia*. El recurrente, de nacionalidad turca y residente de larga duración en Rusia, narraba

cómo las autoridades nacionales le habían sancionado hasta en dos ocasiones por vulnerar la normativa rusa en materia de residencia, que exige a los extranjeros comunicar a las autoridades cualquier cambio de residencia en el plazo de tres días, y que, debido a estas dos sanciones (una de las cuales fue anulada posteriormente), fue expulsado. El demandante alegaba que las consecuencias que tuvieron las sanciones indicadas constituyen una vulneración de la libertad de circulación y residencia, reconocida en el artículo 2 P4. El TEDH considera que la obligación de poner en conocimiento de las autoridades no solo los cambios de residencia, sino también cualquier cambio ocasional es una injerencia en la libertad de circulación y residencia que considera que no ha sido adoptada de acuerdo con la ley nacional.

El asunto Riener c. Bulgaria, de 23 de mayo, ya analizado desde otra óptica, plantea el derecho a *abandonar cualquier país*, incluido el suyo. El TEDH reitera su jurisprudencia al respecto¹⁷ y afirma que, a pesar de que la medida estaba prevista en la ley y que perseguía un objetivo legítimo, el pago de las deudas tributarias, no podía considerarse necesaria en un sociedad democrática, debido a la extraordinaria duración de la prohibición y su renovación automática por las autoridades, sin ni siquiera comprobar si se estaba desarrollando alguna actividad dirigida al cobro de la deuda, o si existía realmente la posibilidad de que la recurrente se fugara eludiendo el pago de la misma.

Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros (art. 1 del Protocolo Adicional núm. 7)

Los casos Bolat c. Rusia, de 5 de octubre, Kaya c. Rumania, de 12 de octubre, y Lupsa c. Rumania, de 8 de junio, analizan la eventual vulneración del artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 7 al CEDH.

¹⁷ Nuria Arenas. "La libertad de circulación en el territorio de los Estados (la libertad deambulatoria definida en el art. 2 P4)". En: Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords.). *La Europa de los Derechos. Op. cit.* P. 855 y ss.; Iñaki Lasagabaster Herrarte e Iñigo Lazcano Brotóns. "Artículo 2. Libertad de circulación". En: Iñaki Lasagabaster Herrarte (dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Op. cit.* P. 674 y ss.

En Bolat c. Rusia, ya analizado desde la perspectiva del derecho a la libertad de circulación y residencia, se estudia también desde la perspectiva del artículo 1 P 7. El Tribunal reitera su doctrina de que los estados tienen un poder discrecional para decidir sobre la expulsión de un extranjero, pero debe ser ejercido de manera que no se oponga a las garantías procedimentales que el artículo 1 P7 reconoce. El Tribunal se centra en que la expulsión se adopte de acuerdo con la ley; y subraya que la legislación rusa exige una decisión judicial para la expulsión, garantía que no se cumplió en cuanto fue expulsado por simple decisión de las autoridades gubernativas correspondientes.

Los asuntos Kaya c. Rumania, de 12 de octubre, y Lupsa c. Rumania, de 8 de junio de 2006, plantean un supuesto distinto. En ambos casos los recurrentes fueron expulsados por motivos ligados a la seguridad nacional y, por tanto, les era aplicable el segundo inciso del artículo 1 P7, que permite expulsar a un extranjero antes de que haya ejercitado, efectivamente, los derechos de carácter procedimental que le reconoce el artículo. No obstante, señala el TEDH, los recurrentes deberían haber visto garantizado el ejercicio.

De hecho, los recurrentes, jamás fueron informados exactamente de los hechos que motivaron su expulsión, y por ello, jamás pudieron atacar adecuadamente la decisión adoptada.

La falta de suspensión de la ejecución de una decisión nacional de extradición o expulsión supone una vulneración del artículo 34 CEDH

Los asuntos Olaechea Cahuas c. España, de 10 de agosto, y Aoulmi c. Francia, de 17 de enero, se ubican en la senda marcada en la jurisprudencia europea por Mamaatkulov y Askarov c. Turquía, de 6 de febrero de 2003. Este asunto fue el primero en el que el TEDH condenó a un Estado parte por incumplir una medida cautelar adoptada por el propio Tribunal, considerando que tal incumplimiento suponía una vulneración del artículo 34 CEDH, es decir,

del derecho de las posibles víctimas a un recurso efectivo ante el TEDH.¹⁸

En ambos, los recurrentes alegaron que una eventual extradición/expulsión a su país implicaría vulneración del artículo 3 CEDH. El TEDH comunicó a las autoridades nacionales la suspensión, respectivamente, de las medidas de extradición y expulsión. A pesar de ello procedieron a ejecutar la decisión, incumpliendo la medida cautelar dictada conforme al artículo 39 del Reglamento de la Corte de Estrasburgo. El TEDH considera, en ambos supuestos, que la ejecución de la medida nacional restó eficacia al estudio de las alegaciones realizadas por los recurrentes y que resultaba, por tanto, contraria al artículo 34 CEDH.

No obstante, *Olaechea Cahuas c. España* presenta una peculiaridad relevante. Pues el recurrente continuó con el procedimiento iniciado ante el TEDH, incluso después de su extradición a Perú, permaneciendo en contacto continuo con su abogado. A pesar de ello, el TEDH considera igualmente vulnerado el artículo 34 CEDH para preservar que toda medida cautelar sea considerada obligatoria por los estados parte. La infracción de este precepto no depende de que el riesgo que pretende evitar dicha medida se realice efectivamente, sino del incumplimiento de la medida cautelar, precisamente, para evitar todo riesgo de que la extradición o la expulsión impida ejercer de forma eficaz el derecho al recurso ex artículo 34 CEDH.

¹⁸ Sobre esta jurisprudencia, véase Ana Salado Osuna. "La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio". En: Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords.). *La Europa de los Derechos*. Op. cit. P. 128 y ss.

¹⁹ Tres de los asuntos indicados analizan la noción de "mismos hechos", contenida en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, a fin de suprimir los obstáculos a la libre circulación que se derivarían del hecho de que una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una parte contratante pueda ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante: STJCE de 28 de septiembre de 2006 (Sala Primera), asunto *Jean Leon Van Straaten y Staat der Nederlanden, República Italiana*, C-150/05; STJCE de 9 de marzo de 2006 (Sala Segunda), asunto *Leopold Henri Van Esbroeck*, C-436/04; STJCE de 28 de septiembre de 2006, asunto *Giuseppe Francesco Gasparini y otros*, C-467/04. La STJCE de 3 de octubre de 2006 (Gran Sala), asunto *Nicolae Bot y Préfet du Val-de-Marne*, C-241/05, analiza la noción de "primera entrada" en aras de aplicar el artículo 20 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

²⁰ STJCE de 12 de septiembre de 2006, C-145/04.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

La contribución del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, en adelante) al Derecho de extranjería durante este año puede dividirse, una vez escindida la jurisprudencia del TJCE, relativa al Acuerdo de Schengen y a su Convenio de aplicación,¹⁹ en dos grandes bloques. El primero de ellos se refiere a los ciudadanos de la Unión que ejercen su derecho a la libre circulación y a los familiares de los mismos. El segundo, a los nacionales de terceros países que residen y trabajan en la Unión Europea. Dentro de este segundo bloque son de destacar dos importantes sentencias del TJCE, *Reino de España c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*²⁰ y *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*,²¹ respectivamente, sobre el derecho a participar en las elecciones al Parlamento Europeo y el derecho a la reagrupación familiar de nacionales de terceros estados residentes en la Unión.

Ciudadanos de la Unión y libertad de circulación y residencia

La jurisprudencia comunitaria relativa a la libre circulación de personas es muy numerosa y afecta a diversas disposiciones nacionales en materia fiscal,²² matriculación de vehículos,²³ reconocimiento de títulos²⁴ de enseñanza

²¹ STJCE de 27 de junio de 2006, C-540/03.

²² STJCE de 23 de febrero de 2006, asunto C-471/04, *Finanzamt Offenbach am Main-Land y Keller Holding GmbH*; STJCE de 7 de septiembre de 2006 (Sala Segunda), asunto N y *Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, C-470/04; STJCE de 26 de octubre de 2006, asunto *Comisión c. República Portuguesa*, as. C-345/05; STJCE de 9 de noviembre de 2006, asunto *Pirkko Marjatta Turpeinen*, C-520/04.

²³ STJCE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-151/04 y C-152/04, *Claude Nadin, Nadin-Lux SA (C-151/04) y Jean-Pascal Durré (C-152/04)*; STJCE de 23 de febrero de 2006, asunto *Comisión c. Reino de Finlandia*, C-232/03.

²⁴ STJCE de 19 de enero de 2006, asunto *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y Administración del Estado*, C-330/03, sobre la interpretación de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. SSTJCE de 8 de junio de 2006, asunto *Comisión c. Francia*, as. C-164/05, de 14 de junio de 2006, asunto *Comisión c. Alemania*, as. C-265/05, y de 15 de junio de 2006, asunto *Comisión c. Austria*, as. C-262/05, que declaran el incumplimiento de la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, por la que se modifican las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE del Consejo, relativas al sistema general de reconocimiento de calificaciones profesionales, y las Directivas 77/452/CEE,

superior, ejercicio de una profesión²⁵ y normas que discriminaban en el acceso a la función pública, al no tener en cuenta la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en el ejercicio de una actividad comparable en una Administración pública de otro Estado miembro.²⁶

Una importante cantidad de las sentencias se refiere a las legislaciones nacionales de seguridad social. La mayoría de ellas plantean cuestiones de interpretación referidas al Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo. Entre ellos merece la pena destacar los asuntos De Cuyper²⁷ y K. Tas-Hagen y R. A. Tas,²⁸ que analizan si es conforme a la libre circulación y residencia que la legislación de un Estado someta la concesión de ciertas prestaciones a la residencia en el propio Estado. En el asunto De Cuyper, en el que la prestación era por desempleo, el TJCE subrayó que la medida perseguía un objetivo legítimo, la necesidad de controlar la situación profesional y familiar de los parados, que no podía alcanzarse por otros medios y era, por tanto, proporcional al fin perseguido. En K. Tas-Hagen y R. A. Tas, en cambio, en el que la prestación era una asignación a víctimas civiles de la guerra, el TJCE llegó a la conclusión contraria, en cuanto el objetivo perseguido podía lograrse a través de medios distintos a la necesaria residencia en el territorio nacional en el momento de realizar la solicitud.

Ciudadanía de la Unión y derecho de residencia

El asunto Comisión c. Reino de Bélgica²⁹ analiza si los requisitos para reconocer el derecho de residencia a los ciudadanos de la Unión a los que resulta aplicable la Directiva

90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, son contrarios a la misma. Esta Directiva somete el derecho de residencia a disponer de un seguro de enfermedad y recursos suficientes a fin de que no se conviertan en una carga para la asistencia social de ese Estado. La regulación belga exigía que tales recursos fueran propios o personales. Partiendo de la jurisprudencia sentada en Zhu y Chen,³⁰ el TJCE señala no solo que es posible que provengan de sus familiares, sino también de su pareja, incluso sin vínculos legales.

Ciudadanía de la Unión y condiciones de expulsión

Los asuntos Comisión c. Reino de Bélgica³¹ y Comisión c. República Federal de Alemania,³² analizan las condiciones en que puede producirse la expulsión de un comunitario por incumplir los requisitos para el ejercicio del derecho de residencia o por razones de orden público, seguridad pública y salud pública. En el primero de ellos el TJCE reitera su jurisprudencia de que la autorización de residencia no es un acto constitutivo de derechos, sino declarativo³³ y que la expulsión no puede ser automática. En Comisión c. República Federal de Alemania destaca que los estados pueden prohibir la entrada en su territorio por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, pero que esas medidas deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo, y la mera existencia de condenas penales no constituirá por sí sola motivo para la adopción de las mismas. La utilización del concepto de orden público requerirá, en todo caso, una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y habrá de tener en cuenta sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida privada y familiar, tal y como ha sido reconocido por el artículo 8 CEDH.

77/453/CEE, 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/1026/CEE, 78/1027/CEE, 80/154/CEE, 80/155/CEE, 85/384/CEE, 85/432/CEE, 85/433/CEE y 93/16/CEE del Consejo, relativas a las profesiones de enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, veterinario, matrona, arquitecto, farmacéutico y médico.

²⁵ STJCE de 19 de septiembre de 2006 (Gran Sala), asunto C-193/05, Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo; STJCE de 19 de septiembre de 2006 (Gran Sala), asunto C-506/04, Graham J. Wilson y Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, sobre la interpretación de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título.

²⁶ STJCE de 23 de febrero de 2006 (Sala Segunda), asunto C-205/04, Comisión c. Reino de España; STJCE de 26 de octubre de 2006 (Sala Segunda), asunto Comisión c. Italia, C-371/04.

²⁷ STJCE de 18 de julio de 2006 (Gran Sala), C-406/04.

²⁸ STJCE de 26 de octubre de 2006 (Sala Segunda), C-192/05.

²⁹ STJCE de 23 de marzo de 2006 (Gran Sala), C-408/03.

³⁰ STJCE de 19 de octubre de 2004, C-200/02.

³¹ STJCE de 23 de marzo de 2006 (Gran Sala), C-408/03.

³² STJCE de 27 de abril de 2006, C-441/02.

³³ En este sentido, Beatriz Pérez de Las Heras. *El mercado interior europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004. P. 94 y ss.

Familiares de ciudadanos de la Unión y requisitos de entrada en el territorio de un Estado Miembro

El asunto Comisión c. España³⁴ resuelve un recurso por incumplimiento presentado contra España por haber denegado el visado y la entrada en territorio nacional de dos nacionales de terceros estados, cónyuges de dos españolas. Las autoridades defienden su actuación indicando que ambas personas estaban incluidas en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen. El TJCE afirma que la aplicación de Schengen deberá realizarse respetando el acervo comunitario. Partiendo de esta base, subraya que el acceso al territorio de un Estado Miembro solo puede ser denegado a un ciudadano de la Unión o a un miembro de su familia por razones de seguridad pública, orden público y salud pública, y que la noción de orden público de la Directiva 64/221 no se corresponde con la más amplia del artículo 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, que permite incluir en la lista de no admisibles a quienes han incumplido la legislación de extranjería de un Estado Miembro o han sido condenados a una pena de privación de libertad de más de un año. Teniendo en cuenta estas diferencias, las autoridades españolas han vulnerado el Derecho comunitario en cuanto no podían denegar la entrada a los interesados sin comprobar previamente si su presencia constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave que afectase a un interés fundamental de la sociedad.

Familiares de ciudadanos de la Unión y derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena

Finalmente, el asunto Cynthia Mattern, Hajrudin Cikotic y Ministro de Trabajo y Empleo analiza el alcance del artículo 11 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores

dentro de la Comunidad, y, en concreto, al derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena que este precepto reconoce al cónyuge del nacional de un Estado Miembro. El TJCE delimita el contenido del citado artículo, indicando que ese precepto solo reconoce el derecho del cónyuge a acceder a una actividad por cuenta ajena en el Estado Miembro en el que el nacional comunitario ejerce o ha ejercido una actividad por cuenta ajena, pero no en cualquier otro Estado Miembro.

Derechos de los nacionales de terceros estados en el ámbito de la Unión: residencia y trabajo, participación en las elecciones al Parlamento Europeo y reagrupación familiar

La mayoría de los asuntos resueltos por el TJCE en relación con nacionales de terceros estados se refieren a la aplicación e interpretación de las disposiciones sobre permisos de trabajo incluidas en los Acuerdos de Asociación concluidos por la Comunidad Europea con Turquía³⁵ y Túnez. Dentro de este ámbito, el asunto Gattoussi,³⁶ referido a la interpretación del artículo 64 del Acuerdo euromediterráneo, por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros y la República de Túnez,³⁷ resulta el más interesante.

El TJCE resuelve sobre la eficacia directa del precepto indicado, que reconoce la no discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores tunecinos y los nacionales del Estado Miembro en condiciones de trabajo, remuneración y despido. El Tribunal continúa la línea ya marcada en su jurisprudencia por Eddline El-Yassini,³⁸ referida al Acuerdo con el Reino de Marruecos, y subraya la eficacia directa de este precepto en la medida en que recoge una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno.

³⁴ STJCE de 31 de enero de 2006 (Gran Sala), C-503/03.

³⁵ Sobre la interpretación de los artículos 6 y 7 del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, confirmado en nombre de la Comunidad en virtud de la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963, véanse: STJCE de 26 de octubre de 2006, asunto Hasan Güzeli y Oberbürgermeister der Stadt Aachen, C-4/05; STJCE de 10 de enero de 2006, asunto Mehmet Sedef y Freie und Hansestadt Hamburg, C-230/03; STJCE de 16 de febrero de 2006, asunto C-502/04, Ergün Torun contra Stadt Augsburg.

³⁶ STJCE de 14 de diciembre de 2006 (Sala Primera), asunto Mohamed Gattoussi contra Stadt Rüsselsheim, C-97/05.

³⁷ Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, firmado en Bruselas el 17 de julio de 1995 y aprobado, en nombre de la Comunidad Europea y de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, por la Decisión 98/238/CE, CECA, del Consejo y de la Comisión, de 26 de enero de 1998.

³⁸ STJCE de 2 de marzo de 1999, asunto Eddline El-Yassini, as. C-416/96. Sobre esta jurisprudencia, véase Irene Blázquez Rodríguez. *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003. P. 261 y ss.

El asunto Reino de España c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte³⁹ define el ámbito de aplicación personal de uno de los derechos asociados a la ciudadanía de la Unión: participar en las elecciones al Parlamento Europeo. Se plantea a partir de la decisión del Reino Unido de ejecutar la STEDH Matthews c. Reino Unido, de 18 de febrero de 1999, en la que se le condenaba por haber infringido el artículo 3 del Protocolo Adicional al CEDH⁴⁰ al no haber celebrado elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar. El Reino Unido ejecutó esta sentencia a través de la European Parliament (Representation) Act 2003, que permite participar en las elecciones al Parlamento Europeo a todos los residentes de Gibraltar que tengan más de dieciocho años y sean ciudadanos de la Commonwealth. El Reino de España considera que la extensión de ese derecho a ciudadanos que no ostenten la nacionalidad de un Estado Miembro es contraria a diversos preceptos del TCE y al Acta Electoral Europea. El TJCE analiza si los artículos 189, 190, 17 y 19 TCE, definen plenamente los titulares del derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo, subrayando que estos preceptos únicamente reconocen este derecho a los nacionales de los Estados Miembros que residan en un Estado distinto a aquel del que son nacionales en condiciones iguales a los nacionales de ese Estado Miembro. Sin embargo, destaca el TJCE, ninguno de ellos excluye la posibilidad de ampliarlo a nacionales de otros estados, por lo que hasta que no se defina el derecho a ser elector y elegible desde el propio Derecho comunitario, los Estados Miembros pueden extender el derecho a participar en las elecciones del Parlamento Europeo a nacionales de terceros estados.

Finalmente, resulta de extraordinaria relevancia en el ámbito objeto de estudio el asunto Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea,⁴¹ por el que se resuelve el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra ciertos apartados de los artículos 4 y 8 de la Directiva

³⁹ STJCE de 12 de septiembre de 2006, asunto Reino de España c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, as. C-145/04.

⁴⁰ Véase Javier García Roca. "Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (art. 3 P1 CEDH)". En: *La Europa de los Derechos*. Op. cit. P. 825 y ss.

2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Esta Directiva, que constituye el primer texto comunitario que afronta la cuestión, permite la reagrupación familiar del cónyuge y los hijos menores de un nacional de un tercer Estado, residente legal en la Unión, cuando se cumplan una serie de condiciones. No obstante, prevé la posibilidad de que los estados rechacen la solicitud de reagrupación familiar de menores de edad, que tengan más de doce años y lleguen al Estado Miembro independientemente del resto de la familia (art. 4.1 Directiva), o de aquellos que tengan más de quince años (art. 4.6 Directiva). El Parlamento plantea que estas excepciones son contrarias a los derechos a la vida familiar y al derecho a no ser discriminado por razón de edad de estos menores, reconocidos en los artículos 8 y 14 CEDH, los artículos 7 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

La respuesta del TJCE se centra en la interpretación del artículo 8 CEDH que viene realizando el TEDH. Afirma el TJCE que todas estas disposiciones hacen especial hincapié en la necesidad del niño de crecer en el seno de una familia, no verse separado de sus padres y mantener relaciones personales y contactos directos con ellos de forma periódica. Sin embargo no confieren a los miembros de una familia un "derecho subjetivo a ser admitidos en el territorio del Estado y no pueden interpretarse en el sentido de que privan a los Estados miembros de cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar". Muy al contrario, recalca el TJCE, las disposiciones litigiosas se sitúan dentro del margen de apreciación nacional que el TEDH ha reconocido a los estados en la materia, en cuanto las denegaciones de solicitudes de reagrupación familiar habrán de ser adoptadas teniendo en cuenta el interés mejor del menor (art. 5 Directiva), la naturaleza y solidez de los vínculos familiares del mismo, así como la duración de su residencia en el Estado Miembro y la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen (art. 17 Directiva).

⁴¹ STJCE de 27 de junio de 2006, asunto Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea, as. C-540/03.