

**María Díaz Crego**

Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Alcalá

**DERECHO DE  
EXTRANJERÍA Y  
JURISPRUDENCIAS  
DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL,  
EL TRIBUNAL  
EUROPEO DE  
DERECHOS  
HUMANOS Y EL  
TRIBUNAL DE  
JUSTICIA DE LA  
UNIÓN EUROPEA  
(2011-2012)**

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

## RESUMEN

El presente trabajo da noticia de la jurisprudencia más relevante en materia de extranjería adoptada por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante el segundo semestre del 2011 y el primer semestre del 2012. En el período analizado, el Tribunal Constitucional no ha adoptado ninguna sentencia relevante en ese ámbito. Sin embargo, varios asuntos del Tribunal Europeo incorporan novedades en materia de asilo, de tratamiento de menores de edad inmigrantes y de control de la inmigración irregular más allá de las fronteras de los estados parte, destacando en esta última línea el importante caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia. En la misma línea, varios asuntos del TJUE incorporan puntos novedosos en relación con la aplicación del sistema de Dublín (N.S.), con el reconocimiento del

derecho de los familiares de un ciudadano de la UE a residir en el territorio de un Estado miembro (Dereci), y con la criminalización de la inmigración irregular (Achughbabian).

## **1. INTRODUCCIÓN**

Como en pasadas ediciones del Anuario, la finalidad de esta crónica es dar noticia de las principales sentencias adoptadas en el segundo semestre del año 2011 y el primer semestre del año 2012 por el Tribunal Constitucional (TC), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que son relevantes desde el punto de vista del Derecho de extranjería. Durante los dos semestres analizados, la jurisprudencia del TC en la materia ha sido irrelevante. Sin embargo, los pronunciamientos del TEDH y del TJUE en ese ámbito son cada vez más numerosos e interconectados, resultando especialmente significativo que ambas cortes se pronuncien casi a la vez sobre determinadas cuestiones (como, por ejemplo, sobre el carácter desproporcionado de ciertas tasas exigidas para la tramitación de autorizaciones de residencia o sobre las garantías formales asociadas a los procedimientos acelerados de tramitación de solicitudes de asilo) y que algunas de sus sentencias sean claramente deudoras de la jurisprudencia del otro tribunal europeo (tal y como veremos, por ejemplo, en relación con el caso N.S. del TJUE, muy semejante al asunto previamente resuelto por el TEDH en M.S.S c. Bélgica y Grecia).

## **2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En los dos semestres analizados, el TC se ha pronunciado tan sólo en una sentencia sobre cuestiones que tienen interés desde la perspectiva del Derecho de extranjería.<sup>1</sup> En la STC 145/2011, de 26 de septiembre, el TC se pronunciaba sobre la vulneración de ciertas garantías formales en el marco del procedimiento administrativo sancionador que derivó en la expulsión del recurrente en amparo y en la imposición de una prohibición de entrada por un período de 10 años. El recurrente había sido sancionado por encontrarse irregularmente en territorio español; lo que constituye una falta grave de las previstas en el art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. A pesar de que la sanción a imponer por la comisión de esa falta administrativa puede ser la expulsión o una multa, según lo previsto en los arts. 55 y 57 de la Ley Orgánica 4/2000, el problema que analizaba el TC en este caso no tenía que ver con la elección de la sanción de expulsión frente a la

---

1. Además de la citada, hay varias sentencias del TC que resuelven asuntos relacionados con la aplicación de la Decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea (STC 181/2011, de 21 de noviembre; STC 132/2011, de 18 de julio) y hay una sentencia, la STC 143/2011, de 26 de septiembre, que inadmite un recurso de amparo interpuesto contra la resolución administrativa que denegó la concesión de la nacionalidad española a un extranjero residente en nuestro país y contra las sentencias que confirmaron la decisión administrativa. Este asunto habría resultado de gran interés desde la perspectiva del Derecho de extranjería, pero se inadmite por no haber justificado la especial trascendencia constitucional del amparo.

multa y la motivación ofrecida para justificar esa sanción, como ha ocurrido en casos anteriores,<sup>2</sup> sino con el propio desarrollo del procedimiento administrativo sancionador, que podía haber vulnerado el derecho de defensa del recurrente, ya que no se le notificó la propuesta de resolución del expediente sancionador.

A fin de resolver la cuestión, el TC recordaba que las garantías procesales reconocidas en el art. 24.2 CE son aplicables, con algunas matizaciones, a los procedimientos administrativos sancionadores, y que el ejercicio del derecho de defensa en ese ámbito exige que el afectado tenga conocimiento de que se le ha incoado un expediente sancionador y que tenga la oportunidad de alegar cuanto a su derecho convenga en el marco de ese procedimiento. En esa lógica, el TC entendía que, en el caso objeto de estudio, se vulneró el derecho a la defensa del recurrente, en la medida en que no le fue notificada la propuesta de resolución y ésta incluía nuevos elementos, desconocidos para el recurrente, y que fueron tenidos en cuenta por la Administración para imponerle la sanción de expulsión frente a la posible multa. El recurrente en amparo, al no tener conocimiento de esos datos, no pudo tenerlos en cuenta al articular su defensa.

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

En los semestres analizados, la jurisprudencia del TEDH que se ha centrado en asuntos relevantes desde la perspectiva del Derecho de extranjería ha sido ingente.<sup>3</sup> El TEDH ha continuado así con las líneas jurisprudenciales que le han llevado a establecer límites sustantivos a la expulsión y extradición de extranjeros *ex arts. 3, 6 y 8 CEDH*; así como con aquellas que le han permitido marcar ciertos límites a la tendencia continuada de los estados europeos a detener a los extranjeros que se encuentran en situación irregular *ex art. 5.1.f) CEDH*. Igualmente, el TEDH se ha pronunciado en un buen número de asuntos sobre las garantías formales que deben ser respetadas en procedimientos de asilo *ex art. 13 CEDH*; así como sobre las garantías formales que deben ser respetadas en caso de expulsión *ex arts. 4 del Protocolo núm. 4 y 1 del Protocolo núm. 7*.

---

2. Entre otros: STC 140/2009, de 15 de junio, y STC 212/2009, de 26 de noviembre. Analizados en: Díaz Crego (2010).

3. Además de los asuntos que se tratarán en los siguientes epígrafes, son reseñables la STEDH Labsi c. Eslovaquia, de 15 de mayo de 2012, en relación con la falta de respeto a una medida cautelar adoptada por el TEDH en virtud del art. 39 de su reglamento; la STEDH Miazdzyk c. Polonia, de 24 de enero de 2012 en relación con el derecho de un extranjero a abandonar el país en el que residía (art. 2.2 del Protocolo núm. 4); las SSTEDH Rangelov c. Alemania, de 22 de marzo de 2012 y Ostermünchner c. Alemania, de 22 de marzo de 2012, en los que el TEDH se planteaba si el distinto tratamiento recibido por dos reclusos extranjeros en relación con los reclusos alemanes tras haber cometido una serie de delitos y ser condenados por las autoridades alemanas a sendas medidas privativas de libertad podía suponer una vulneración del art. 14 CEDH, en relación con el art. 5 CEDH; y la STEDH Zontul c. Grecia, de 17 de enero de 2012, en el que el TEDH se pronuncia sobre un acto de tortura sufrido por un solicitante de asilo en un centro de internamiento en Grecia.

En la mayoría de las sentencias analizadas, la jurisprudencia del TEDH resulta más bien continuista. Sin embargo, merecen una mención especial el caso *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, de 17 de enero de 2012, en el que el TEDH analiza la adecuación a los arts. 3, 5, 6, y 13 CEDH de la decisión de las autoridades del Reino Unido de expulsar hacia Jordania a un ciudadano de ese país acusado de delitos de terrorismo, aún existiendo un riesgo evidente de violación de varios artículos del Convenio; y, sobre todo, el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia (Gran Sala)*, de 23 de

**LAS AUTORIDADES DE UN ESTADO PARTE TAMBIÉN DEBERÁN RESPETAR LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CEDH CUANDO ACTÚEN EN ALTA MAR CON EL FIN DE CONTROLAR LOS FLUJOS MIGRATORIOS**

febrero de 2012, en el que el TEDH condenaba a Italia por la vulneración de los arts. 3 y 13 CEDH y 4 del Protocolo núm. 4, en relación con un grupo de inmigrantes irregulares provenientes de Somalia y Eritrea, que fueron interceptados por patrulleras italianas en alta mar y fueron devueltos, sin seguir ningún tipo de procedimiento, a Libia.

Los hechos de este último caso llamaban especialmente la atención por la falta de respeto hacia el Estado de Derecho con la que actuaron las autoridades italianas, escudadas en el hecho de

que los extranjeros fueron interceptados en alta mar y, por tanto, antes de alcanzar el territorio italiano. Quizás por ello, la primera cuestión sobre la que se pronunciaba el TEDH era sobre la jurisdicción del Estado parte, sin la cual no existía obligación alguna de garantizar los derechos reconocidos por el CEDH. Sin embargo, el TEDH resolvía la problemática de forma tajante, al subrayar que aunque los demandantes fueron interceptados en alta mar, fueron patrulleras militares italianas las que los interceptaron y recondujeron al puerto de Trípoli. En ese contexto, debía tenerse en cuenta la jurisprudencia del TEDH sobre el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción por parte de un Estado parte del Convenio: el Alto Tribunal viene reconociendo que un Estado ejerce su jurisdicción fuera de su territorio cuando controla de forma absoluta y exclusiva un espacio.<sup>4</sup> Tal sería el caso en el asunto objeto de estudio, en el que las naves que interceptaron a los demandantes no sólo navegaban bajo bandera italiana, sino que eran naves militares italianas. Y, por tanto, existía una obligación de las autoridades italianas de garantizar el conjunto de los derechos reconocidos por el CEDH a los demandantes. Quedaba claro así que los estados parte del Convenio no pueden escudarse en el carácter extraterritorial de las actuaciones que desarrollan

4. En este sentido: Fernández Sánchez (2009).

para controlar el flujo de inmigrantes irregulares: las autoridades de un Estado parte también deberán respetar los derechos reconocidos en el Convenio cuando actúen en alta mar con el fin de controlar los flujos migratorios.

### **3.1. Detención de menores de edad en centros de internamiento de extranjeros: ¿una vulneración de los arts. 3, 5 y 8 CEDH?**

En ediciones pasadas de este Anuario, hemos dado cuenta de la jurisprudencia cada vez más contundente del TEDH en relación con la privación de libertad de menores de edad extranjeros que se encuentren en situación irregular en centros de internamiento de tipo cerrado. En este sentido, el TEDH se ha pronunciado de forma constante sobre la vulneración del art. 3 CEDH que se deriva de la detención de un menor de edad extranjero en un centro de internamiento que no esté adaptado a las necesidades de tan vulnerable colectivo y lo ha hecho en relación con menores acompañados y no acompañados por sus progenitores.<sup>5</sup> En los dos semestres analizados, el TEDH vuelve a recuperar esa jurisprudencia en relación con Francia y Bélgica, estados a los que vuelve a condenar por la privación de libertad de varios menores de edad extranjeros en un centro de internamiento de carácter cerrado. En el asunto *Popov c. Francia*, de 19 de enero de 2012, los dos niños extranjeros, de tres años y cinco meses, respectivamente, fueron detenidos durante 15 días en un centro de internamiento supuestamente adaptado a las necesidades de grupos familiares junto con sus padres. Sin embargo, el TEDH analizaba las condiciones materiales de vida en el centro y señalaba que el mobiliario del centro no estaba adaptado a las necesidades de niños de baja edad; que éstos no podían disfrutar de ningún período de esparcimiento; que no había actividades específicamente pensadas para ellos, ni personal cualificado para atenderlos; que el centro no tenía ninguna ventana que permitiera ver el exterior; y que todo esto, unido al ambiente enrarecido y estresante del centro, había causado un nivel de angustia y stress en los menores que alcanzaba los niveles de gravedad exigidos para considerar vulnerado el art. 3 CEDH. En la misma línea, en el asunto *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, de 13 de diciembre de 2011, el TEDH volvía a condenar a ese país por la privación de libertad de que fueron objeto dos menores de edad, que estaban acompañados de su madre y que permanecieron 4 meses en un centro cerrado cuyas instalaciones no estaban adaptadas para recibir a familias con niños menores. Curiosamente, en ambos casos, los centros en los que fueron detenidas las familias eran centros “supuestamente” habilitados para ello, de modo que el pronunciamiento del TEDH pone claramente en tela de juicio la normativa en la materia de los estados condenados.

---

5. En este sentido: Díaz Crego (2011).

Sin embargo, el aspecto reseñado no es quizás el más destacable de las dos sentencias subrayadas, en la medida en que en esos dos asuntos y, especialmente en el caso Popov, el TEDH realiza una valoración mucho más general e incisiva sobre la posibilidad de recluir en centros de internamiento de tipo cerrado a menores extranjeros por el mero hecho de encontrarse en situación irregular en el país. El TEDH realiza esa valoración a partir del art. 8 CEDH, al considerar que la detención de la familia Popov en el centro de internamiento supuso una injerencia en su vida familiar. En ese sentido, el TEDH valoraba la legalidad de la medida, si esta perseguía un objetivo legítimo y si podía considerarse proporcionada. Si bien las dos primeras cuestiones no planteaban ninguna duda, la proporcionalidad de la medida sí que lo hacía, ya que el TEDH entendía que una medida de internamiento que afectara a menores de edad debía tener en cuenta el interés superior del menor y ello imponía valorar si la medida era la menos gravosa para garantizar el objetivo perseguido. El TEDH subrayaba así que Francia era uno de los pocos países europeos que aplicaba medidas privativas de libertad de forma sistemática a los menores extranjeros que se encontraran en situación irregular y que, en el caso concreto de los demandantes, tal decisión se había adoptado sin tener en cuenta otras posibilidades que habrían salvaguardado mejor el derecho a la vida familiar, garantizando a la par el cumplimiento del objetivo que perseguía la medida. El TEDH señalaba que las autoridades francesas podrían haber optado por el alojamiento de la familia en una residencia o, incluso, en un hotel, y que ello no habría planteado ningún problema de seguridad, ya que los demandantes no habían tratado nunca de huir, ni de evitar su expulsión. Al no hacerlo, las autoridades francesas habrían vulnerado el art. 8 CEDH. Quedaba claro así que las medidas privativas de libertad de menores extranjeros debían superar, en todo caso, un test estricto de proporcionalidad, de modo que sólo se considerarían adecuadas desde el punto de vista del Convenio si eran la medida menos gravosa de todas las posibles.

### **3.2. Límites a la expulsión y extradición de extranjeros hacia países en que puedan ser objeto de torturas, tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH)**

En los dos semestres analizados, han sido numerosos los asuntos en los que el TEDH ha aplicado su jurisprudencia habitual sobre la vulneración del art. 3 CEDH en casos de expulsión o extradición de extranjeros. Recogiendo su jurisprudencia habitual en la materia, el TEDH ha señalado que se produce una vulneración del art. 3 CEDH cuando se expulsa o extradita a una persona hacia un país existiendo motivos fundados para creer que esa persona, si es expulsada o extraditada, afrontará un riesgo real de ser sometida a tratos contrarios al Convenio. El TEDH se ha hecho eco así de numerosos casos de solicitantes de asilo, que tras ver denegadas sus solicitudes, han sido objeto de decisiones de expulsión o extradición que podían ponerles en manos de las

autoridades nacionales de las que habían huido, trasladando al sistema del Convenio el principio de *non refoulement*, bien conocido en el ámbito de asilo.<sup>6</sup>

Uno de los problemas que plantea tradicionalmente la aplicación práctica de esta jurisprudencia es el de determinar si el riesgo real de sufrir tratos contrarios al Convenio debe ser un riesgo personalizado en el demandante o si es suficiente con que exista una situación generalizada de riesgo o de violencia en el país al que va a ser expulsado o extraditado. En su jurisprudencia inicial, y tal y como hemos señalado en pasadas ediciones de este Anuario,<sup>7</sup> el TEDH exigía la personalización del riesgo. Sin embargo, se admitía la necesidad de tener en cuenta las circunstancias generales del país de origen junto con las personales del demandante a fin de determinar si existía un riesgo real de sufrir tratos contrarios al art. 3 CEDH en caso de expulsión o extradición. Recientemente, el TEDH ha ido más allá, admitiendo que la situación general existente en un país puede ser de tal nivel de violencia indiscriminada o extrema que proceda reconocer vulnerado el art. 3 CEDH en relación con cualquier expulsión o extradición dirigida hacia el país.<sup>8</sup>

A pesar de la evolución de la jurisprudencia del TEDH, en los semestres analizados, el Alto Tribunal ha estudiado la situación general existente en varios países, entre ellos, Yemen,<sup>9</sup> Belarús,<sup>10</sup> Afganistán,<sup>11</sup> Burundi,<sup>12</sup> Irán<sup>13</sup> e Irak<sup>14</sup> y, en ninguno de esos casos, ha entendido que la situación de violencia en el país fuera tan extrema e indiscriminada como para entender que cualquier civil que fuera extraditado o expulsado hacia ellos correría un riesgo real de sufrir tratos contrarios al art. 3 CEDH. Sin embargo, el TEDH sí ha considerado vulnerado el art. 3 CEDH en algunos casos de expulsión o extradición en los que los demandantes alegaban la situación general en el país de destino, junto con su pertenencia a un determinado colectivo que era objeto específico de persecución en ese país.<sup>15</sup> En ese sentido, es destacable el asunto H.R. c. Francia, de 22 de septiembre de 2011, en el que el TEDH consideraba que Francia vulneraría el art. 3 CEDH si expulsara al

---

6. En relación con esta jurisprudencia, ver: Mole y Meredith (2010); y Santolaya (2001).

7. En este sentido, ver: Díaz Crego (2011); y Morgades Gil (2010).

8. El primer caso en el que el TEDH parece pronunciarse en ese sentido es el STEDH F.H. c. Suecia, de 20 de enero de 2009.

9. STEDH A.A. y otros c. Suecia, de 28 de junio de 2012.

10. STEDH Kozhayev c. Rusia, de 5 de junio de 2012.

11. STEDH J.H. c. Reino Unido, de 20 de diciembre de 2011.

12. STEDH H.N. c. Suecia, 15 de mayo de 2012.

13. STEDH S.F. y otros c. Suecia, de 18 de mayo de 2012.

14. STEDH Al Hamdani c. Bosnia Herzegovina, de 7 de febrero de 2012.

15. En ese sentido: STEDH Ergashev c. Rusia, de 20 de diciembre de 2011; STEDH Yakubov c. Rusia, de 8 de noviembre de 2011; STEDH Al Husin c. Bosnia Herzegovina, de 7 de febrero de 2012; STEDH M.S. c. Bélgica, de 31 de enero de 2012. En sentido contrario, no se entendía probada la personalización del riesgo en: STEDH Shakurov c. Rusia, de 5 de junio de 2012; STEDH Kozhayev c. Rusia, de 5 de junio de 2012; STEDH Bajultanov c. Austria, de 12 de junio de 2012.

demandante hacia Argelia, en la medida en que éste había sido condenado en ese país a cadena perpetua por un delito de terrorismo y numerosos informes de organismos internacionales confirmaban que las personas sospechosas de colaborar con el terrorismo eran sistemáticamente objeto de tratos contrarios al art. 3 CEDH en Argelia. El TEDH tenía así en cuenta la situación general en el país de origen, junto con la pertenencia del demandante a uno de los grupos objeto de persecución en ese país.

Es además reseñable, que el TEDH, a la hora de valorar las circunstancias personales de los demandantes, junto con las circunstancias generales del país de origen, no sólo tiene en cuenta las actividades desarrolladas por estos en el país de origen, sino también la actividad que hayan podido realizar en el Estado parte del CEDH, siempre que ésta pueda dar lugar a una persecución en el país de origen. Así ocurría, por ejemplo, en el asunto H.N. c. Suecia, de 15 de mayo de 2012, en el que el TEDH consideraba que supondría una vulneración del art. 3 CEDH expulsar a los demandantes, iraníes, de origen kurdo, que habían sido muy activos en sus críticas al régimen iraní desde su llegada a Suecia. Dado que la información general sobre el país de origen demostraba que las autoridades iraníes controlaban las críticas al régimen realizadas desde el exterior y que efectuaban controles sistemáticos sobre los nacionales que volvían al país a fin de identificar a opositores, el TEDH consideraba que existía un riesgo real de que los demandantes fueran identificados al entrar en el país y que sufrieran, como consecuencia de ello, tratos contrarios al Convenio, por haberse destacado en su lucha contra el régimen iraní desde el extranjero.

Un segundo problema que ha planteado tradicionalmente la jurisprudencia del TEDH en torno al art. 3 CEDH ha sido de carácter probatorio. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH se entiende que, en principio, será el demandante el que deba probar la existencia del riesgo real de sufrir tratos contrarios al Convenio en caso de ser expulsado o extraditado. No obstante, y dadas las dificultades probatorias a las que suelen enfrentarse los solicitantes de asilo, el TEDH ha señalado que debe reconocérseles el beneficio de la duda a la hora de valorar la credibilidad de sus relatos de persecución. De este modo, a la hora de valorar si queda probada la existencia del riesgo real de sufrir tratos contrarios al art. 3 CEDH, el TEDH tiene en cuenta no sólo la información ofrecida por el demandante, sino también la información general sobre la situación en el país de origen, proveniente de las más diversas fuentes internacionales. Se facilita así la labor probatoria que corresponde a los solicitantes de asilo.

Sin embargo, si el relato de la persecución resulta incoherente, contradictorio o carente de detalles y no se presentan pruebas que aporten luz sobre la posible vulneración del art. 3 CEDH, la mera existencia de informes internacionales que narren vulneraciones de derechos humanos

no será suficiente para entender vulnerado el art. 3 CEDH.<sup>16</sup> Así se desprendía, por ejemplo, del caso A.A. y otros c. Suecia, de 28 de junio de 2012, en el que el TEDH analizaba la denegación de la solicitud de asilo presentada por una mujer yemení y todos sus hijos ante las autoridades suecas. Los demandantes solicitaron asilo con un relato de persecución escalofriante: la madre, que contrajo matrimonio forzado con un hombre mucho mayor cuando apenas tenía 14 años, había sido maltratada por éste durante todo su matrimonio; y, tras ver cómo el marido pretendía imponer sendos matrimonios forzosos a sus hijas, que tan sólo contaban con 14 y 13 años de edad, había decidido huir de su país y solicitar asilo en el continente europeo. La madre señalaba que, aunque había denunciado la situación ante las autoridades yemeníes y había tratado de divorciarse, las autoridades habían rechazado intervenir en lo que consideraban asuntos familiares. A pesar de que la información procedente del país de origen dotaba de veracidad al relato de persecución, el TEDH consideraba que no quedaba probado que la demandante y sus hijos pudieran sufrir tratos contrarios al art. 3 CEDH a manos de su marido y, a fin de fundamentar esa decisión, tenía en cuenta, entre otros elementos, que el relato de la persecución y, sobre todo, de la huida a Suecia no parecía adecuarse bien a la situación de una mujer maltratada, existiendo contradicciones y lagunas importantes en el relato de la demandante.

**LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE  
LIBERTAD DE MENORES  
EXTRANJEROS DEBÍAN  
SUPERAR, EN TODO CASO, UN  
TEST ESTRICTO DE  
PROPORCIONALIDAD**

Una tercera cuestión sobre la que se han pronunciado varias sentencias del TEDH en los semestres analizados es la relevancia que cabe otorgar a las garantías concedidas vía diplomática a fin de asegurar que el trato de un determinado extranjero no será contrario al CEDH si es expulsado o extraditado hacia su país de origen. El TEDH ha entendido tradicionalmente que tales garantías pueden tener relevancia en su análisis de eventuales vulneraciones extraterritoriales del art. 3 CEDH, pero que su valoración dependerá de una serie de criterios: de que las garantías sean generales o vagas o específicas; de quien las haya efectuado; de si han sido realizadas por las autoridades centrales y, por tanto, cabe entender que las autoridades regionales y locales respetarán su contenido; de si se refieren a un trato que es legal o ilegal en el país de destino; de los lazos diplomáticos existentes entre el país en el que se encuentra el afectado por la medida de expulsión/extradición y el país de destino; de si el respeto de tales garantías puede ser

<sup>16</sup>. En esta línea parece situarse la valoración del TEDH en: STEDH H.N. c. Suecia, 15 de mayo de 2012; STEDH Al Hamdani c. Bosnia Herzegovina, de 7 de febrero de 2012.

efectivamente corroborado por medios diplomáticos u otros medios; de si existe en el país de destino un sistema efectivo para luchar contra la tortura, que incluya la investigación de posibles denuncias de tortura y la sanción de los responsables; de si el demandante ha sido ya objeto de maltrato en el país de destino; y de si los tribunales del Estado parte del CEDH han analizado la fiabilidad de tales garantías.<sup>17</sup>

La aplicación de los criterios analizados resultaba especialmente interesante en el caso *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, de 17 de enero de 2012, en el que el TEDH consideraba que la expulsión del demandante a Jordania no vulneraba el art. 3 CEDH. A pesar de que el demandante era un conocido y relevante líder islamista y había sido reconocido como refugiado en Reino Unido durante un período de cinco años, el TEDH estimaba que la decisión de las autoridades británicas de expulsarle hacia su país de origen no violaba el art. 3 CEDH, dadas las garantías diplomáticas que el Reino Unido había obtenido de las máximas autoridades jordanas. Aunque la información general sobre Jordania ponía de manifiesto que los detenidos por crímenes relacionados con el terrorismo internacional eran objeto de tratos contrarios al art. 3 CEDH de forma sistemática, el Reino Unido había negociado, vía diplomática, un acuerdo específico con el gobierno jordano que resultaba de aplicación a toda persona que fuera expulsada o extraditada desde Reino Unido y por el que el gobierno y el monarca jordano se habían comprometido a respetar los derechos que el CEDH reconocía a esas personas y se había previsto un sistema específico de control del respeto de esos derechos por una ONG jordana. El carácter específico y completo del documento negociado por ambas partes era determinante a la hora de reconocer que las autoridades británicas actuarían de conformidad con el art. 3 CEDH si expulsaran al demandante hacia Jordania. Sin duda, el caso *Othman* se constituye así en uno de los pocos ejemplos en los que las garantías diplomáticas ofrecidas por un país de destino se constituyen en el elemento determinante para que el TEDH entienda que la expulsión de un sujeto a ese país no vulnerará el art. 3 CEDH.

Una cuarta cuestión sobre la que se ha pronunciado el TEDH durante el período estudiado se relaciona con la problemática cuestión de las expulsiones en cadena, esto es, de las expulsiones de extranjeros en situación irregular hacia terceros estados que, a su vez, les expulsan hacia otros estados en los que podrían ser objeto de tratos contrarios al art. 3 CEDH. En relación con esta cuestión, resulta muy destacable el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia (Gran Sala)*, de 23 de febrero de 2012, en el que el TEDH condenaba a ese país por la vulneración de los arts. 3 y 13

---

17. En este sentido: *STEDH Labsi c. Eslovaquia*, de 15 de mayo de 2012.

CEDH y 4 del Protocolo núm. 4, en relación con un grupo de inmigrantes irregulares provenientes de Somalia y Eritrea, que fueron interceptados por patrulleras italianas en alta mar y fueron devueltos, sin seguir ningún tipo de procedimiento, a Libia en virtud de lo previsto en un tratado firmado entre ese país e Italia. En lo que a la vulneración del art. 3 CEDH se refería, el TEDH condenaba a Italia por dos motivos distintos: a) porque las autoridades italianas no tuvieron en cuenta que existía un riesgo real de que los demandantes, en tanto extranjeros en situación irregular y demandantes de asilo, fueran objeto de tratos contrarios al art. 3 CEDH por parte de las autoridades libias; b) y porque las autoridades italianas no tuvieron en cuenta que existía un riesgo real de que los demandantes fueran devueltos a sus respectivos países de origen, aún cuando pudieran demostrar que en caso de devolución serían objeto de tratos contrarios al art. 3 CEDH.

En relación con la primera cuestión, el TEDH tenía en cuenta su jurisprudencia constante sobre las condiciones de detención y acogida de inmigrantes y solicitantes de asilo y afirmaba que Italia había incurrido en responsabilidad por vulneración del art. 3 CEDH al tomar la decisión de devolver a los demandantes hacia Libia, a pesar de que existían informes de diversos organismos y organizaciones internacionales que subrayaban que todos los inmigrantes que llegaban a Libia en situación irregular eran detenidos en condiciones extremadamente precarias, contrarias al art. 3 CEDH; que no se realizaba distinción alguna entre aquellos que podían tener derecho al estatus de refugiado; que todos podían ser objeto de una decisión de expulsión hacia sus países de origen en cualquier momento; y que, una vez puestos en libertad, esos inmigrantes vivían en circunstancias particularmente precarias, ocupando una posición marginal y extremadamente vulnerable en la sociedad libia.

En relación con la segunda cuestión, el TEDH recogía su jurisprudencia sobre las devoluciones en cadena y señalaba la responsabilidad en la que incurrían los estados parte del CEDH cuando devolvían a un extranjero a un Estado que, en contra del principio de *non refoulement*, pudiera expulsarlos hacia el Estado en el que habían sido objeto o podían ser objeto de persecución. Tal cuestión se planteaba, en el caso objeto de estudio, porque los demandantes temían ser devueltos a Eritrea y Somalia, al tener fundados temores de sufrir tratos contrarios al art. 3 CEDH en sus respectivos países de origen. Tras comprobar que los demandantes podían alegar, de forma defendible, que su devolución hacia sus países de origen sería contraria al art. 3 CEDH, el TEDH analizaba si la información de la que disponían las autoridades italianas podía llevarles a pensar que Libia no expulsaría a los demandantes hacia sus países de origen sin realizar una valoración adecuada de sus temores de ser objeto de tratos contrarios al art. 3 CEDH en caso de devolución. Dado que Libia no había ratificado la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, que no existía en el país un procedimiento para solicitar asilo y que numerosos informes

de organismos internacionales subrayaban que las autoridades libias no respetaban el principio de *non refoulement*, ni concedían valor alguno al estatuto de refugiado concedido por ACNUR, el TEDH llegaba a la conclusión de que las autoridades italianas conocían o debían conocer, en el momento en el que devolvieron a los demandantes hacia Libia, que existía un riesgo real de que éstos fueran expulsados hacia sus países de origen sin una valoración efectiva del riesgo en que incurrirían.

**EL TEDH INTENTA PONER COTO A LAS PRÁCTICAS DE NUMEROSOS ESTADOS EUROPEOS QUE TRATAN DE EVADIR SUS RESPONSABILIDADES EN LA GESTIÓN DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR, MEDIANTE LA FIRMA DE ACUERDOS INTERNACIONALES CON PAÍSES FRONTERIZOS**

El TEDH confirmaba, en esta sentencia, el estándar fijado en el conocidísimo asunto MSS c. Bélgica y Grecia,<sup>18</sup> e intentaba poner coto a las prácticas de numerosos estados europeos, que tratan de evadir sus responsabilidades en la gestión de la inmigración irregular, mediante la firma de acuerdos internacionales con países fronterizos. Quedaba claro así que esos estados deberán tener siempre en cuenta que los países a los que transfieren sus responsabilidades han de respetar los estándares de protección de los derechos humanos marcados desde Estrasburgo. En caso contrario, su responsabilidad internacional podrá ser exigida ante el TEDH, aunque sea de forma indirecta.

Finalmente, queremos destacar dos asuntos resueltos por el TEDH contra Reino Unido, los asuntos Harkins y Edwards c. Reino Unido, de 17 de enero de 2012 y Babar Ahmad y otros c. Reino Unido, de 10 de abril de 2012, en los que el Alto Tribunal aplica su jurisprudencia en torno al art. 3 CEDH a dos supuestos de extradición hacia Estados Unidos.<sup>19</sup> En ambos casos, los demandantes habían sido acusados en Estados Unidos de delitos graves, en concreto, delitos de sangre y actos de terrorismo internacional, y también en ambos casos los demandantes planteaban que su extradición a Estados Unidos sería contraria al art. 3 CEDH, en la medida en que les serían impuestas penas de cárcel de por vida. Además, en el caso de los acusados de delitos de terrorismo, los demandantes alegaban que serían privados de libertad en un centro penitenciario conocido por

<sup>18</sup>. En relación con este asunto, ver: Díaz Crego (2011b).

<sup>19</sup>. Otros asuntos en los que se analizaba la extradición de un extranjero son: STEDH Khodzhamberdiyev c. Rusia, de 5 de junio de 2012; STEDH Kozhayev c. Rusia, de 5 de junio de 2012; STEDH Shakurov c. Rusia, de 5 de junio de 2012.

sus estrictas medidas de seguridad y por mantener prácticamente aislados a sus reclusos; lo que debía considerarse contrario al art. 3 CEDH.

Al hilo de estos dos asuntos, el TEDH se veía obligado a pronunciarse expresamente sobre dos cuestiones muy relevantes: si la aplicación del art. 3 CEDH debe ser distinta en casos de expulsión y de extradición y si la gravedad de los malos tratos que prohíbe el art. 3 CEDH debe medirse de forma diferenciada en casos en los que el TEDH exige el respeto de ese precepto en el territorio de los estados parte y en casos en los que ese precepto es aplicado extraterritorialmente. En relación con la primera de las cuestiones señaladas, el TEDH subrayaba que no procedía establecer distinción alguna entre la aplicación extraterritorial del art. 3 CEDH en casos de expulsión o de extradición. El TEDH justificaba la negativa, señalando que en muchos de los casos por él analizados ambas instituciones se confunden y solapan y que, además, la prohibición contenida en el art. 3 CEDH es una prohibición absoluta, que debe aplicarse por igual a cualquier supuesto. Sin embargo, la respuesta del TEDH a la segunda pregunta sí obtenía una respuesta positiva, en la medida en que el Alto Tribunal subrayaba que la severidad que se exige a un maltrato para poder considerar vulnerado el art. 3 CEDH en casos de aplicación extraterritorial es mucho mayor que la que se tiene en cuenta a la hora de determinar si un Estado parte ha violado el art. 3 CEDH por sus propios actos u omisiones. Parece claro así que sólo los actos más graves de tortura o de tratos inhumanos o degradantes podrán impedir la expulsión o extradición de un extranjero a un Estado que no sea parte del CEDH.

La aplicación de la jurisprudencia indicada al caso Babar Ahmad llevaba al TEDH a considerar que la extradición de los demandantes a Estados Unidos no plantearía problemas desde la perspectiva del art. 3 CEDH, en la medida en que las condiciones de vida en el centro en el que serían reclusos no podían considerarse contrarias al art. 3 CEDH: si bien el contacto de los reclusos con otras personas era muy escaso en ese centro, esa falta de contacto social se suplía con otras actividades, así como con la posibilidad de contactar vía telefónica o por carta con los familiares. En cuanto a las condenas a perpetuidad que seguramente se impondrían a los demandantes en los casos Harkins y Edwards y Babar Ahmad, el TEDH subrayaba que la posibilidad de que un extraditado sea condenado a una pena absolutamente desproporcionada puede plantear problemas desde la perspectiva del art. 3 CEDH, pero que ese no era el caso en los supuestos analizados, en la medida en que los delitos cometidos por los demandantes eran muy graves, de modo que la cadena perpetua parecía una condena razonable, y en la medida en que una condena a cadena perpetua sólo se consideraría contraria al art. 3 CEDH si no pudiera reducirse de ninguno modo y si la reclusión del condenado dejara de estar justificada por algún motivo penológico legítimo; lo que no ocurría en los casos objeto de estudio, en los que las condenas que se podrían imponer a los demandados sí podían verse reducidas.

### **3.3. Límites a la expulsión de extranjeros enfermos hacia países en los que no puedan recibir una asistencia sanitaria adecuada (arts. 2 y 3 CEDH)**

En línea con la jurisprudencia sentada por el TEDH en los casos D. c. Reino Unido, de 2 de mayo de 1997, y N. c. Reino Unido, de 27 de mayo de 2008, el Alto Tribunal se ha pronunciado en los dos semestres analizados sobre eventuales vulneraciones de los arts. 2 y 3 CEDH derivadas de la expulsión de un extranjero gravemente enfermo hacia su país de origen.<sup>20</sup>

En el caso Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica, de 20 de diciembre de 2011, el problema se suscitaba porque la demandante, de nacionalidad camerunesa, era seropositiva y necesitaba de un tratamiento que recibían, en su país de origen, menos del 2% de los enfermos, de modo que, en caso de ser expulsada, su esperanza de vida se reduciría a apenas 12 meses. A pesar de ello, el TEDH recordaba que sólo en circunstancias muy excepcionales podrían reconocerse vulnerados los arts. 2 y 3 CEDH por la expulsión de un extranjero enfermo a un país en el que no recibiría el tratamiento médico que necesitaba. El TEDH subrayaba así que la única ocasión en el que el propio tribunal había aplicado esta jurisprudencia en un sentido positivo se refería al caso de un extranjero que no sólo se encontraba enfermo, sino que se encontraba en un estado tan crítico que incluso parecía inviable su traslado al país de origen. En el caso objeto de estudio, la demandante había sido estabilizada gracias al tratamiento recibido en Bélgica, de modo que su estado de salud no podía considerarse crítico.

Más claro todavía, según la jurisprudencia del TEDH, resultaba el caso Balogun c. Reino Unido, de 10 de abril de 2012, en el que el TEDH consideraba que la expulsión de un ciudadano nigeriano, con tendencias suicidas diagnosticadas, hacia su país de origen no vulneraba el art. 3 CEDH, dado que la expulsión se realizaría con el apoyo de personal cualificado para ayudar al demandante y que existían servicios psiquiátricos competentes en el país de origen. En la misma línea, en el caso Nacic y otros c. Suecia, de 15 de mayo de 2012, el TEDH también llegaba a una conclusión negativa en torno a la vulneración del art. 3 CEDH, al tener en cuenta que los demandantes no tenían diagnosticada ninguna enfermedad mental concreta y que, en todo caso, el país de origen (Kosovo/Serbia) tenía servicios de salud mental que podrían atenderles a su llegada.

### **3.4. La privación de libertad de un extranjero para garantizar su extradición o evitar que entre ilegalmente en el territorio nacional (art. 5 CEDH)**

---

20. Sobre esta jurisprudencia, ver: Santolaya (2001: 137 y ss.); Boza Martínez (2001: 123 y ss).

A lo largo de los dos semestres estudiados, el TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre privaciones de libertad de extranjeros dirigidas a garantizar su extradición o expulsión o a evitar su entrada ilegal en territorio nacional desde la perspectiva del art. 5.1.f) CEDH. En estos asuntos, el TEDH nos ha recordado que ese precepto sólo admite la privación de libertad de una persona cuando se encuentre en alguna de las tres situaciones descritas, de modo que será necesario que la persona esté incurso efectivamente en un procedimiento de expulsión, extradición o que haya intentado entrar ilegalmente en territorio nacional para que pueda ser privada de libertad.<sup>21</sup> Además, tendrá que existir un vínculo claro entre la medida privativa de libertad y el objetivo perseguido por las autoridades nacionales. A pesar de que, tradicionalmente, el TEDH ha afirmado que la aplicación del 5.1.f) CEDH no impone un test de necesidad de la medida privativa de libertad, la exigencia de ese vínculo entre la medida privativa de libertad y el objetivo perseguido, parece haber llevado al TEDH, en ocasiones, a valorar la necesidad de una medida privativa de libertad fundada en el art. 5.1.f) CEDH.

Así parece observarse, por ejemplo, en el asunto *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, de 20 de diciembre de 2011, en el que el TEDH consideraba vulnerado el precepto indicado porque no existía un vínculo entre la privación de libertad de la demandante, que duró más de 4 meses, y el objetivo de las autoridades belgas de expulsarla: el TEDH entendía que, dado que la demandante tenía un domicilio fijo, que su identidad era conocida, que siempre se había presentado cuando había sido requerida para ello y que había iniciado un procedimiento tendente a regularizar su situación, las autoridades belgas podrían haber utilizado una medida menos gravosa que la privación de libertad mientras se resolvía sobre su situación. En el mismo sentido, el TEDH valoraba, en el asunto *Popov c. Francia*, de 19 de enero de 2012, la privación de libertad de 15 días de que fueron objeto dos menores de edad de tres años y de cinco meses y subrayaba que, a pesar de que los menores, junto con sus padres, se encontraban en situación irregular en Francia, las autoridades no estudiaron si la detención en un centro totalmente inadaptado a sus necesidades resultaba la medida menos gravosa, vulnerando así el art. 5.1.f) CEDH. En ambos asuntos, el TEDH parecía aplicar una suerte de test de necesidad de la medida privativa de libertad. Sin embargo, ambos asuntos presentaban notables especificidades, ya que se referían a extranjeros en situación irregular que estaban gravemente enfermos o eran menores de edad. Habrá que esperar para comprobar si el TEDH traslada el test de necesidad indicado a otros casos.

---

**21.** En este sentido, en relación con extradiciones: *STEDH Khodzhamberdiyev c. Rusia*, de 5 de junio de 2012; *Kozhayev c. Rusia*, de 5 de junio de 2012; *STEDH Soliyev c. Rusia*, de 5 de junio de 2012; *STEDH Ergashev c. Rusia*, de 20 de diciembre de 2011; *STEDH Mokallal c. Ucrania*, de 10 de noviembre de 2011. En relación con expulsiones: *STEDH Takush c. Grecia*, de 17 de enero de 2012; *STEDH Al Husin c. Bosnia Herzegovina*, de 7 de febrero de 2012; *STEDH Al Hamdani c. Bosnia Herzegovina*, de 7 de febrero de 2012.

El art. 5.1.f) CEDH exige también que toda medida privativa de libertad fundada en alguno de los motivos indicados sea legal y se adopte siguiendo el procedimiento previsto por la normativa interna. Sin embargo, no es suficiente con que la privación de libertad *ex art. 5.1.f) CEDH* se adecue a lo previsto por la norma interna, exigiéndose además que la norma nacional sea accesible, precisa y predecible en cuanto a su aplicación. En esta línea, el TEDH subrayaba en el asunto *Ademovic c. Turquía*, de 5 de junio de 2012, que Turquía había vulnerado el art. 5.1.f) CEDH ya que la legislación interna no contenía una base legal clara que permitiera la privación de libertad de aquellos cuya extradición estaba siendo analizada y no fijaba tampoco un límite temporal claro en relación con tal privación de libertad; lo que había provocado que el demandante permaneciera más de 5 años en prisión mientras se resolvía sobre su eventual extradición.<sup>22</sup>

Además, el TEDH parece imponer ciertos límites temporales a la privación de libertad de un extranjero *ex art. 5.1.f) CEDH*, ya que exige, por un lado, que se respeten los límites temporales de las medidas privativas de libertad previstos por el Derecho interno,<sup>23</sup> así como que la privación de libertad no se exceda del plazo que sea razonablemente necesario para alcanzar el fin perseguido; lo que requiere, desde el punto de vista del TEDH, que las autoridades desarrollen los procedimientos de expulsión o extradición con la debida diligencia.<sup>24</sup> Sin embargo, más allá de esa exigencia de diligencia, el TEDH no concreta excesivamente la limitación temporal de estas medidas privativas de libertad, de modo que se han considerado legítimas, desde el punto de vista del Convenio, privaciones de libertad notables, por ejemplo, de 6 meses,<sup>25</sup> 8 meses<sup>26</sup> o 1 año.<sup>27</sup>

Aunque el TEDH ha reseñado que no cabe exigir el respeto de las garantías del art. 5.3 CEDH en relación con las personas privadas de libertad en alguno de los supuestos previstos en el art. 5.1.f) CEDH,<sup>28</sup> los arts. 5.4. y 5.5 CEDH sí resultan aplicables a estos casos.<sup>29</sup> De este modo, toda persona privada de libertad por alguno de los motivos previstos en el art. 5.1.f) CEDH tiene que

**22.** En el mismo sentido: *STEDH Toniolo c. San Marino e Italia*, de 26 de junio de 2012.

**23.** En este sentido, en relación con la detención de un solicitante de asilo: *STEDH Longa Yonkeu c. Letonia*, de 15 de noviembre de 2011.

**24.** En este sentido, en relación con extradiciones: *STEDH Khodzhamberdiyev c. Rusia*, de 5 de junio de 2012; *Kozhayev c. Rusia*, de 5 de junio de 2012; *STEDH Soliyev c. Rusia*, de 5 de junio de 2012; *STEDH Molotchko c. Ucrania*, de 26 de abril de 2012. En relación con expulsiones: *STEDH Al Hanchi c. Bosnia Herzegovina*, de 15 de noviembre de 2011; *STEDH Alim c. Rusia*, de 27 de septiembre de 2011; *STEDH Mathloom c. Grecia*, 24 de abril de 2012; *STEDH M.S. c. Bélgica*, de 31 de enero de 2012.

**25.** *STEDH Alim c. Rusia*, de 27 de septiembre de 2011.

**26.** *STEDH Al Hanchi c. Bosnia Herzegovina*, de 15 de noviembre de 2011.

**27.** *STEDH Khodzhamberdiyev c. Rusia*, de 5 de junio de 2012.

**28.** En este sentido: *STEDH Ademovic c. Turquía*, de 5 de junio de 2012.

**29.** En relación con la aplicación del art. 5.5 CEDH a supuestos de privación de libertad en casos de expulsión o extradición, ver: *STEDH Ademovic c. Turquía*, de 5 de junio de 2012.

poder recurrir la decisión por la que se le haya privado de libertad ante un órgano jurisdiccional, que deberá valorar la legalidad de la medida privativa de libertad a la mayor brevedad<sup>30</sup> y tener la facultad de poner en libertad al afectado en caso de que la medida sea ilegal.<sup>31</sup> En esta lógica, el procedimiento nacional que permita controlar judicialmente la legalidad de una medida privativa de libertad tendrá que valorar cualquier motivo que pueda llevar a considerar que la privación de libertad es ilegal, inclusive la posibilidad de que la privación de libertad se prolongue más allá del plazo razonable para lograr el objetivo perseguido.<sup>32</sup> Finalmente, si la medida privativa de libertad es muy prolongada en el tiempo, el control judicial de la misma deberá ser periódico.<sup>33</sup>

### **3.5. La libertad personal y el derecho a un juicio justo como límites a la extradición y expulsión de un extranjero (arts. 5 y 6 CEDH)**

En los semestres analizados, el TEDH se ha pronunciado por vez primera sobre la posibilidad de que el art. 5 CEDH tenga algún viso de aplicación extraterritorial y, por tanto, pueda actuar como límite a la eventual expulsión o extradición de un extranjero. En el asunto *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, de 17 de enero de 2012, el TEDH se pronunciaba sobre la cuestión en un sentido positivo, señalando que un Estado parte del CEDH vulneraría el art. 5 CEDH si expulsara a un extranjero hacia un país existiendo un riesgo real de que esa persona sufra una vulneración flagrante de su libertad personal. Tal vulneración podría producirse, por ejemplo, si el país de destino detuviera al demandante durante un período notable de tiempo sin intención de juzgarlo o si fuera detenido tras ser condenado en el marco de un proceso claramente injusto. Sin embargo, en el caso objeto de estudio, el TEDH no consideraba vulnerado el art. 5 CEDH, en la medida en que el demandante señalaba que, en caso de ser expulsado hacia Jordania, existía un riesgo real de que fuera detenido e incomunicado durante un período de 50 días antes de ser juzgado. Para el TEDH, una detención de 50 días no podía considerarse lo suficientemente prolongada como para identificarse con una violación flagrante del art. 5 CEDH.

En el mismo asunto, el TEDH valoraba, en línea con su jurisprudencia referida a la aplicación extraterritorial del art. 6 CEDH,<sup>34</sup> si existía un riesgo real de que el demandante sufriera una violación

---

**30.** Sobre el carácter excesivamente lento de la revisión de la legalidad de la privación de libertad por un tribunal, ver: STEDH *Mathloom c. Grecia*, 24 de abril de 2012; STEDH *Abidov c. Rusia*, de 12 de junio de 2012; STEDH *M.S. c. Bélgica*, de 31 de enero de 2012; STEDH *Rahmani y Dineva c. Bulgaria*, de 10 de mayo de 2012.

**31.** Sobre la imposibilidad de los menores de edad extranjeros en situación irregular de recurrir su privación de libertad por no existir un procedimiento previsto al efecto, ver: STEDH *Popov c. Francia*, de 19 de enero de 2012.

**32.** STEDH *Molotchko c. Ucrania*, de 26 de abril de 2012; STEDH *Ademovic c. Turquía*, de 5 de junio de 2012.

**33.** STEDH *Khodzhamberdiyev c. Rusia*, de 5 de junio de 2012.

**34.** En este sentido: Mole y Meredith (2010).

flagrante de su derecho al proceso debido en caso de ser expulsado hacia Jordania. El TEDH señalaba que el test que impone el art. 6 CEDH en casos de aplicación extraterritorial es un test muy riguroso, que no se identifica con una mera irregularidad procesal, sino con una vulneración de los principios del debido proceso tan notoria que supondría la destrucción de la propia esencia de ese derecho. A pesar de ello, el TEDH entendía que la expulsión del demandante a Jordania supondría una vulneración extraterritorial del art. 6 CEDH, en la medida en que existía un riesgo real de que el demandante fuera juzgado sobre la base de testimonios obtenidos mediante tortura. El TEDH analizaba la cuestión reafirmando el carácter esencial de la prohibición contenida en el art. 3 CEDH y recordando que esa prohibición impedía que los tribunales de los estados parte del Convenio tuvieran en cuenta medios de prueba obtenidos mediante tortura. Para el TEDH, un proceso judicial que tuviera en cuenta elementos probatorios obtenidos mediante tortura debía considerarse injusto, ya que esas pruebas nunca eran fiables y, por tanto, su uso viciaría necesariamente el resultado de cualquier proceso. En la medida en que esa prohibición constituía un elemento esencial del derecho al debido proceso, el TEDH entendía que esa dimensión del derecho era de aplicación extraterritorial, de modo que un Estado parte del CEDH no podría expulsar o extraditar a una persona hacia un país cuando existiera un riesgo real de que esa persona fuera a ser juzgada teniendo en cuenta pruebas obtenidas mediante tortura. En el caso objeto de estudio, el demandante había probado que existía un riesgo real de que, en el proceso que se desarrollaría contra él en Jordania, se utilizarían pruebas obtenidas de otros coimputados en el proceso a través de tortura, y así lo habían reconocido incluso los tribunales británicos, de modo que el TEDH consideraba que su expulsión supondría una vulneración del art. 6 CEDH. El caso Othman constituye así uno de los excepcionales ejemplos en los que el TEDH ha reconocido una vulneración extraterritorial del art. 6 CEDH.

### **3.6. Límites a la expulsión y extradición de extranjeros derivados de su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)**

Tal y como hemos reseñado en pasadas ediciones de este Anuario,<sup>35</sup> el TEDH viene subrayando desde hace años que el alejamiento de una persona del país en el que residen sus familiares o del país en el que se ha establecido y desarrollado lazos con otras personas puede vulnerar su derecho a la vida privada o familiar, a no ser que la medida correspondiente esté prevista legalmente,<sup>36</sup> persiga una finalidad legítima y sea proporcionada.

---

<sup>35</sup> Díaz Crego (2011a); Díaz Crego (2010).

<sup>36</sup> En relación con la legalidad de una medida de expulsión, ver en el semestre estudiado: STEDH Baltaji c. Bulgaria, de 12 de julio de 2011.

La aplicación práctica de esa jurisprudencia ha planteado, en primer lugar, el problema de determinar qué debe entenderse por vida familiar. En ese sentido, el TEDH ha subrayado que la existencia de una vida familiar no depende del hecho de que la familia se base en la existencia de un matrimonio legalmente reconocido o de que los hijos hayan sido concebidos en su seno, sino de que existan vínculos familiares de *facto*.<sup>37</sup> Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH no aclara si debe entenderse que existe un vínculo familiar entre los padres y sus hijos cuando éstos sean mayores de edad. Así, por ejemplo, en el caso *Nacic y otros c. Suecia*, de 15 de mayo de 2012, el TEDH señalaba que no existirá una vida familiar entre los padres y los hijos mayores de edad, a no ser que haya una específica relación de dependencia entre unos y otros; lo que ocurría en el caso *Nacic* porque uno de los miembros del grupo familiar padecía una enfermedad. Ese estándar no se aplicaba, curiosamente, en el caso *A.A. c. Reino Unido*, de 20 de septiembre de 2011, en el que el TEDH parecía sugerir que sí existía una vida familiar entre un adulto de 24 años y su madre y hermanos.

**EL TEDH SE HA PRONUNCIADO POR VEZ PRIMERA SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE EL ART. 5 DEL CEDH TENGA ALGÚN VISO DE APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL Y, POR TANTO, PUEDA ACTUAR COMO LÍMITE A LA EVENTUAL EXPULSIÓN O EXTRADICIÓN DE UN EXTRANJERO**

Un segundo problema que plantea tradicionalmente la aplicación práctica de esta jurisprudencia se relaciona con el análisis de la proporcionalidad de la medida que supone la injerencia en la vida familiar. A fin de determinar si una medida de este tipo es proporcionada, el TEDH tiene en cuenta una serie de criterios, establecidos por la Gran Sala en los asuntos *Üner y Boultif*,<sup>38</sup> en concreto: la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el sujeto, la duración de su estancia en el país del que es expulsado, el tiempo transcurrido desde que se cometió la infracción y el comportamiento del recurrente desde entonces, la nacionalidad del recurrente y de sus familiares, la situación familiar del sujeto, si la pareja conocía la infracción cuando comenzó la relación, si hay hijos nacidos dentro del matrimonio y su edad, las dificultades que puede encontrar la familia en caso de tener que trasladarse al país de nacionalidad del demandante, el interés superior de los hijos, y la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares que unen al demandante con su país de origen y aquel del que es expul-

37. STEDH *Alim c. Rusia*, de 27 de septiembre de 2011.

38. STEDH *Boultif c. Suiza*, de 2 de agosto de 2001 y STEDH *Üner c. los Países Bajos*, de 18 de octubre de 2006. En relación con estos criterios, ver: Harris, O'Boyle y Warbrick (2009: 419 y ss.).

sado. En relación con la situación familiar del sujeto, el TEDH viene destacando que un elemento a tener en cuenta en la aplicación del test de proporcionalidad es que los familiares conocieran el estatus migratorio irregular de uno de ellos en el momento de crear el vínculo familiar y, por tanto, que pudieran predecir que la permanencia del núcleo familiar en el Estado de acogida sería precaria. Si ese es el caso, el TEDH subraya que la expulsión del familiar no nacional del Estado de acogida sólo vulnerará el art. 8 CEDH en circunstancias excepcionales.<sup>39</sup>

Tal y como hemos subrayado en pasadas ediciones de esta Anuario, la aplicación de esos criterios no resulta siempre predecible, en la medida en que depende notablemente de las circunstancias de cada caso concreto. No obstante, parece apreciarse cierta tendencia a exigir motivos muy poderosos para justificar el alejamiento de un extranjero que lleva residiendo en un Estado desde su más tierna infancia o que es migrante de segunda generación;<sup>40</sup> al igual que parece apreciarse cierta tendencia a justificar la expulsión de cualquier extranjero que haya cometido delitos muy graves, especialmente si hay reincidencia.<sup>41</sup> Eso sí, mucho más dudosos son los casos en los que la infracción cometida se asocia al incumplimiento de la legislación de extranjería o es una infracción menor y los lazos familiares en el Estado de acogida son fuertes. Aunque en algunos casos con esos perfiles el TEDH ha reconocido vulnerado el art. 8 CEDH,<sup>42</sup> en otros su posición ha sido diametralmente distinta, reconociendo así la posibilidad de expulsar a ciudadanos extranjeros con fuertes lazos familiares o sociales, aún cuando la infracción cometida sea puramente administrativa.<sup>43</sup> En este sentido, resultan quizás destacables, los hechos del caso *Rahmani y Dineva c. Bulgaria*, de 10 de mayo de 2012, en el que el TEDH consideraba proporcionada una medida de expulsión del territorio nacional impuesta a un ciudadano extranjero que se encontraba en situación irregular, a pesar de estar casado con una nacional. El TEDH subrayaba que, en el caso objeto de estudio, la medida de expulsión, impuesta por infracción de la legislación de extranjería, no conllevaba la prohibición de volver al país de residencia y solicitar un permiso de residencia basado en el matrimonio contraído con una nacional, de modo que la injerencia en la vida familiar del demandante parecía mínima.

También parecen plantear cuestiones específicas los casos en los que se adoptan decisiones de expulsión de extranjeros que cometieron delitos cuando todavía eran menores de edad. En ese

**39.** En este sentido: *STEDH Antwi y otros c. Noruega*, de 14 de febrero de 2012; *STEDH Arvelo Aponte c. Países Bajos*, de 3 de noviembre de 2011.

**40.** En esta línea: *STEDH A.H. Khan c. Reino Unido*, de 20 de diciembre de 2011, en el que el TEDH consideraba que sí existían motivos muy poderosos que justificaban la expulsión.

**41.** En esta línea: *STEDH A.H. Khan c. Reino Unido*, de 20 de diciembre de 2011; *STEDH Balogun c. Reino Unido*, de 10 de abril de 2012; *STEDH Bajisultanov c. Austria*, de 12 de junio de 2012.

**42.** *STEDH Alim c. Rusia*, de 27 de septiembre de 2011.

**43.** *STEDH Antwi y otros c. Noruega*, de 14 de febrero de 2012.

sentido, en el asunto A.A. c. Reino Unido, de 20 de septiembre de 2011, el TEDH consideraba desproporcionada la decisión de las autoridades británicas de expulsar a un joven de 24 años, que llevaba 11 años residiendo en el país y que había cometido, con 15 años, un delito de violación, por el que fue condenado a 4 años de privación de libertad en un centro de menores. A pesar de la gravedad del delito cometido, el demandante había logrado su completa reinserción en la sociedad británica: había finalizado estudios universitarios, incluso de postgrado, y había obtenido un empleo en una entidad local. Esos datos, unidos a los informes que demostraban las escasas posibilidades de reincidencia, así como al hecho de que sus familiares más cercanos residían todos en el Reino Unido, llevaban al TEDH a considerar vulnerado el art. 8 CEDH.

El TEDH también ha aplicado la jurisprudencia reseñada a casos en los que la vulneración del derecho a la vida privada o familiar de un extranjero se derivaba de la negativa de las autoridades internas a concederle una autorización para residir en el país.<sup>44</sup> En esta línea, en el caso Liu c. Rusia (No. 2), de 26 de julio de 2011, el TEDH analizaba la eventual vulneración del derecho a la vida familiar de un ciudadano chino, casado con una ciudadana rusa y con hijos de esa nacionalidad, al que las autoridades rusas habían denegado un permiso de residencia por motivos de seguridad nacional, procediendo posteriormente a su expulsión. A pesar de la naturaleza de los motivos alegados por Rusia para rechazar la solicitud del demandante, el TEDH valoraba que las autoridades no habían concretado las razones por las que el demandante constituiría un amenaza para la seguridad nacional y que no habían tenido en cuenta, en ningún caso, que el demandante tenía una familia, de nacionalidad rusa, que jamás había residido en China; por lo que la medida debía entenderse desproporcionada.

También en esta línea son destacables los hechos del caso Kuri y otros c. Eslovenia (Gran Sala), de 26 de junio de 2012, en el que la Gran Sala del TEDH se pronunciaba sobre la vulneración de los arts. 8, 13 y 14 CEDH en relación con ciudadanos de la ex Yugoslavia que perdieron su derecho a residir en Eslovenia y, en algunos casos, se convirtieron en apátridas, debido a la aplicación de la legislación eslovena en materia de nacionalidad adoptada tras la independencia del país; legislación que fue aplicada a una cifra superior a las 25.000 personas. El TEDH valoraba las circunstancias del caso desde la perspectiva del art. 8 CEDH al considerar que la pérdida de la autorización para residir en Eslovenia tuvo notables consecuencias en la vida privada y familiar de los demandantes, que repentinamente y tras años de residencia en ese país, pasaron a convertirse

---

**44.** Además de los citados en el cuerpo del texto, ver: STEDH Nacic y otros c. Suecia, de 15 de mayo de 2012, en relación con una familia de romaníes que solicitan asilo y una autorización de residencia en Suecia.; y STEDH Arvelo Aponte c. Países Bajos, de 3 de noviembre de 2011, en relación con una ciudadana venezolana a la que se deniega una autorización de residencia por un único delito de tráfico de drogas cometido en 1996.

en extranjeros en situación irregular y, en muchas ocasiones, en apátridas, lo que tuvo consecuencias en su acceso al empleo, la renovación de sus documentos de identidad, su acceso al sistema sanitario o a la seguridad social, entre otros. El TEDH analizaba si tal injerencia en la vida privada y familiar de los demandantes había sido legal, perseguía un objetivo legítimo y había sido proporcionada. Y llegaba a la conclusión clara de que la medida vulneró el art. 8 CEDH, ya que la legislación interna permitió a los residentes en el país que fueran originarios de otras repúblicas de la ex Yugoslavia solicitar la nacionalidad eslovena durante un período muy breve de tiempo, pero no previó qué ocurriría con aquellos que no la solicitaran o a los que no se les concediera. La decisión de las autoridades de eliminarlos de la lista de residentes permanentes en el país fue una decisión que no tenía una base legal clara y, por tanto, no se adecuaba a las exigencias del Convenio. Además, el TEDH entendía que la medida tampoco podía considerarse proporcionada, en la medida en que los demandantes llevaban años residiendo en Eslovenia y sufrieron consecuencias nefastas derivadas de la decisión de las autoridades nacionales de retirarles sus permisos de residencia permanente: las autoridades eslovenas no adoptaron, además, ninguna medida tendente a mitigar el daño, de modo que la mayoría de los demandantes permanecieron en la ilegalidad o tuvieron que abandonar el país, al ser excluidos de la lista de residentes permanentes en Eslovenia.

Es reseñable también, que el TEDH ha trasladado su jurisprudencia sobre el respeto de la vida privada y familiar de los extranjeros a un caso de extradición, el asunto Shakurov c. Rusia, de 5 de junio de 2012, en el que se analizaba si la extradición de un ciudadano de Uzbekistán a ese país podría vulnerar el art. 8 CEDH, dado que toda su familia era de nacionalidad rusa y que el propio demandante había residido en ese país desde el año 2002. En el caso objeto de estudio, el TEDH no tenía en cuenta los criterios que habitualmente aplica en procedimientos de expulsión sino que señalaba que sólo en circunstancias excepcionales el derecho a la vida privada y familiar de un sujeto impediría su extradición. En el asunto Shakurov no parecían darse tales circunstancias excepcionales, en la medida en que el demandante había cometido un delito de desertión agravado, por el que era reclamado por las autoridades de su país de origen, y aunque su familia residiera en Rusia, el TEDH subrayaba que, hasta el año 2004, habían residido en Uzbekistán, de modo que la extradición del demandante a ese país no parecía impedir la reagrupación de la familia en el que era el país de origen de todos ellos. Lo significativo del caso no son, no obstante, los hechos concretos analizados por el TEDH, sino el hecho de que el tribunal marque una diferencia sustancial en el análisis de los casos de extradición y de expulsión en relación con la supuesta vulneración del art. 8 CEDH. Si en los últimos se aplican los criterios sentados en los asuntos Boultif y Üner, parece evidente que, en los primeros, el criterio es mucho más riguroso.

Finalmente, resulta destacable el pronunciamiento del TEDH en el asunto *Mallah c. Francia*, de 10 de noviembre de 2011, en el que no se analiza la negativa de las autoridades a conceder un permiso de residencia a un extranjero, ni tampoco la decisión de expulsar a un extranjero del país en el que reside, sino la condena penal impuesta a un extranjero por facilitar la permanencia en territorio francés de otro extranjero que se encontraba en situación irregular. El problema se planteaba porque la legislación francesa considera un delito ayudar a extranjeros en situación irregular a entrar, circular o residir en territorio francés. El objetivo de la medida no es otro que luchar contra la inmigración clandestina y contra las redes que se dedican al tráfico de inmigrantes irregulares. Sin embargo, en el caso objeto de estudio, el demandante fue condenado por ese delito a pesar de que se había limitado a dar cobijo en su casa al marido de su hija, que se encontraba en situación irregular en Francia. Dados los vínculos familiares existentes, el TEDH consideraba que la condena penal suponía una injerencia en el derecho reconocido por el art. 8 CEDH. A pesar de ello, el TEDH estimaba que la medida había sido proporcionada, ya que las autoridades francesas indultaron al demandante tras analizar las circunstancias concretas del caso.

### **3.7. Procedimientos de tramitación de solicitudes de asilo y de autorizaciones de residencia y derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional (art. 13 CEDH)**

El art. 13 CEDH reconoce el derecho de toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte a disponer de un recurso que le permita plantear la eventual vulneración de los derechos garantizados por el Convenio ante una jurisdicción nacional. Según la jurisprudencia constante del TEDH,<sup>45</sup> ese recurso debe ser efectivo, aunque no es necesario que se desarrolle ante un órgano jurisdiccional. El TEDH ha subrayado que, para ser efectivo, un recurso deberá cumplir determinadas exigencias en relación con su accesibilidad, rapidez y con su eventual carácter suspensivo. Se exige así un control atento y riguroso de las demandas formuladas;<sup>46</sup> una celeridad particular en la resolución del recurso; y que el recurso tenga efectos suspensivos, si la ejecución de la medida nacional puede tener consecuencias irreversibles;<sup>47</sup> lo que ocurrirá en la mayoría de los casos en los que el recurso se interponga contra una decisión que suponga el alejamiento del demandante del Estado parte y se entienda que ese alejamiento puede provocar la vulneración del art. 3 CEDH.

---

45. Sobre esta jurisprudencia, ver: Harris, O'Boyle y Warbrick (2009: 560 y ss.).

46. En esta línea: STEDH *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, de 20 de diciembre de 2011; *Yakubov c. Rusia*, de 8 de noviembre de 2011.

47. En relación con el carácter suspensivo del recurso nacional, ver: STEDH *Labsi v. Eslovaquia*, de 15 de mayo de 2012.

En relación con la accesibilidad de los recursos internos que puedan ser utilizados para poner fin a eventuales vulneraciones de los derechos reconocidos por el Convenio, resulta muy destacable el complejo asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (Gran Sala), de 23 de febrero de 2012, al que ya nos hemos referido. En el caso objeto de estudio, el TEDH valoraba si el ordenamiento italiano preveía la existencia de algún recurso que hubieran podido utilizar los extranjeros somalíes y eritreos que fueron localizados en alta mar y devueltos por las autoridades italianas a Libia sin seguir ningún tipo de procedimiento. A pesar de la existencia formal de diversos procedimientos que podrían haber sido utilizados por los demandantes para evitar su devolución a Libia, el TEDH constataba que ninguno de ellos era accesible desde el navío italiano que devolvió a los deman-

**EL CASO OTHMAN CONSTITUYE UNO DE LOS EXCEPCIONALES EJEMPLOS EN LOS QUE EL TEDH HA RECONOCIDO UNA VULNERACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL ART. 6 DEL CEDH**

dantes a Trípoli y que, además, los demandantes no fueron informados de la existencia de tales procedimientos, en concreto, de la existencia de un procedimiento dirigido a la concesión del estatuto de refugiado. Sin esa información, entendía el TEDH, la accesibilidad del recurso y, por tanto, su efectividad, no estaba asegurada.

En relación con la accesibilidad de los recursos internos, resulta también muy interesante el asunto *G.R. c. Países Bajos*, de 10 de enero de

2012, en el que el TEDH se pronuncia sobre la posibilidad de exigir el pago de una tasa para tramitar permisos de residencia. El problema se planteaba porque el demandante, a pesar de llevar años residiendo en los Países Bajos y de haberse establecido allí con su familia, carecía de recursos suficientes para pagar las tasas administrativas que exigía la normativa neerlandesa para la tramitación de una autorización de residencia, de modo que las autoridades del país se habían negado a tramitar su solicitud. A pesar de que la cuestión se había planteado como una posible vulneración del art. 8 CEDH, el TEDH decidía analizar el caso sobre la base del art. 13 CEDH, al considerar que el procedimiento interno de tramitación de las autorizaciones de residencia debía considerarse un recurso interno en el sentido del art. 13 CEDH y que, en el caso del demandante, ese procedimiento le permitiría obtener un permiso con el que podría residir legalmente con su familia en Países Bajos, evitándose así la vulneración del art. 8 CEDH. El TEDH subrayaba, eso sí, que para cumplir con las exigencias de efectividad del art. 13 CEDH, el procedimiento debía ser accesible y que la imposición de una tasa excesivamente elevada podría poner en entredicho su accesibilidad. A pesar de que la normativa interna contemplaba la posibilidad de exonerar del pago de las tasas a personas faltas de recursos, las autoridades no habían exonerado al demandante del pago de esa tasa, y eso que la familia del demandante acreditaba unos recursos

mensuales de 988 euros y la tasa administrativa ascendía a 830. La desproporción de la medida parecía indiscutible.

Finalmente, también resulta destacable el asunto I. M. c. Francia, de 2 de febrero de 2012, en el que el TEDH realizaba una valoración global del procedimiento abreviado de tramitación de solicitudes de asilo previsto en la legislación francesa y llegaba a la conclusión de que, en el caso objeto de estudio, ese procedimiento no podía considerarse un recurso efectivo, en la medida en que fue aplicado al caso de un solicitante que se encontraba privado de libertad, que contó tan sólo con 5 días para elaborar su demanda de asilo, con las consecuentes dificultades para aportar documentos probatorios sobre la persecución que alegaba; y que no contó con asistencia letrada ni lingüística. A pesar de que la decisión denegando la solicitud de asilo fue objeto de un recurso ante un tribunal interno, el recurso no tenía efectos suspensivos, de modo que el TEDH entendía que el procedimiento interno no podía considerarse “efectivo” desde la perspectiva del art. 13 CEDH, dado lo escaso de los medios y el tiempo que tuvo el demandante para elaborar su solicitud de asilo, las consecuencias que se derivaron de ello y el carácter no suspensivo del recurso jurisdiccional posterior. La sentencia indicada podría tener cierta relevancia para España, en la medida en que el procedimiento que nuestra Ley de Asilo considera aplicable a las solicitudes efectuadas en frontera o por extranjeros detenidos en centros de internamiento se caracteriza también por lo especialmente perentorio de sus plazos y porque ninguno de los recursos que cabe interponer contra las decisiones administrativas tiene efectos suspensivos automáticos; dos de los motivos valorados por el TEDH en el caso I.M.

### **3.8. Prohibición de discriminación (art. 14 CEDH) y tratos diferenciados por razón de nacionalidad y del estatus migratorio**

A lo largo de los dos semestres analizados, el TEDH se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la eventual vulneración del art. 14 CEDH en el contexto de la legislación de extranjería de uno de los estados parte.<sup>48</sup> Sin embargo, el caso más interesante era quizás Bah c. Reino Unido, de 27 de septiembre de 2011, en el que el TEDH se pronunciaba sobre una diferencia de trato en el acceso a una determinada prestación social, en concreto, las ayudas de vivienda. Este asunto llamaba, además, la atención porque la diferencia de trato no se producía entre nacionales y extranjeros, sino entre los extranjeros que tenían un permiso de residencia no condicionado a la posesión de recursos suficientes para subvenir a sus propias necesidades y aquellos que tenían un permiso de residencia incondicionado.

---

<sup>48</sup> En relación con el acceso a un determinado estatus migratorio, ver la condena a Eslovenia en el asunto Kurić y otros c. Eslovenia (Gran Sala), de 26 de junio de 2012.

El problema se había suscitado porque la demandante, una ciudadana de Sierra Leona residente permanente en el Reino Unido, había tenido que solicitar una ayuda de vivienda tras reagrupar con ella a su hijo menor de edad, que ostentaba una autorización para residir en el Reino Unido condicionada a la posesión de recursos suficientes. A pesar de que las autoridades británicas buscaron a la demandante una vivienda de protección social, la familia no tuvo un acceso prioritario a la misma; prioridad que sí se les habría reconocido si el hijo de la demandante hubiera estado en posesión de una autorización de residencia incondicionada. La diferencia de trato se producía, por tanto, por el estatus migratorio del hijo menor de la demandante.

**EN RELACIÓN CON LA  
ACCESIBILIDAD DE LOS  
RECURSOS INTERNOS, DESTACA  
EL CASO G.R. C. PAÍSES BAJOS,  
DE 10 DE ENERO DE 2012, EN  
EL QUE EL TEDH SE PRONUNCIA  
SOBRE LA POSIBILIDAD DE  
EXIGIR EL PAGO DE UNA TASA  
PARA TRAMITAR PERMISOS DE  
RESIDENCIA**

En ese contexto, el TEDH recordaba que una diferencia de trato basada en el estatus migratorio de una persona podía constituir una discriminación prohibida por el art. 14 CEDH, ya que el estatus migratorio podía ser asimilado a una “situación personal” en el sentido de ese precepto. En esa lógica, procedía analizar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. Sin embargo, a la hora de efectuar ese análisis, el TEDH entendía que debía tenerse en cuenta que la posición de los inmigrantes es, en cierto modo, una situación voluntaria, ya que la mayoría de ellos pueden volver a sus países de origen. Además, en el caso objeto de estudio, debía valorarse que la cuestión litigiosa era una cuestión de carácter

socio económico y que, en relación con el acceso a prestaciones extremadamente costosas, los estados gozan de un amplio margen de apreciación. Tal margen no parecía haberse sobrepasado en el caso objeto de estudio: el TEDH valoraba así que la legislación británica reconocía el derecho a acceder a ayudas de vivienda en igualdad de condiciones con los nacionales a los refugiados y a los residentes permanentes, previendo una diferencia de trato tan sólo en relación con los extranjeros que tuvieran una autorización para residir condicionada; lo que parecía razonable a ojos del TEDH, en la medida en que los segundos habían accedido al territorio del Estado parte con la exigencia de no suponer un coste para el erario público. Además, el TEDH valoraba que, en el caso objeto de estudio, la demandante sí accedió finalmente a un alojamiento social y que, mientras esperaba a que esto ocurriera, las autoridades británicas la ayudaron a buscar un alojamiento privado adecuado para ella y su hijo. En ese contexto, el TEDH entendía que la legislación nacional se había aplicado de forma proporcionada al caso objeto de estudio.

### **3.9. Garantías procedimentales en casos de expulsión de extranjeros (art. 4 del Protocolo núm. 4 y art. 1 del Protocolo núm. 7)**

En varios de los asuntos resueltos por el TEDH en los semestres analizados, el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre eventuales vulneraciones de las garantías formales que deben ser respetadas en los procedimientos de expulsión de extranjeros que se encuentren residiendo legalmente en alguno de los estados parte, en virtud del art. 1 del Protocolo núm. 7.<sup>49</sup> Sin embargo, mucho más interesante es el pronunciamiento del TEDH en el asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia (Gran Sala), de 23 de febrero de 2012, en el que el Alto Tribunal se centra en la eventual vulneración del art. 4 del Protocolo núm. 4, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros y ha sido objeto de muy pocas resoluciones del TEDH.

La primera cuestión que se planteaba en este asunto era si el precepto reseñado resultaba de aplicación al caso objeto de estudio, en la medida en que las autoridades italianas se habían limitado a trasladar a un grupo de extranjeros desde alta mar hasta el puerto de Trípoli: como esos extranjeros no habían llegado nunca a tocar el territorio italiano, se planteaba así si nos encontrábamos ante una situación que pudiera considerarse “expulsión” desde la perspectiva del art. 4 del Protocolo núm. 4. Tal cuestión se planteaba porque, para el Estado demandante, sólo podría hablarse de la “expulsión” de un extranjero cuando éste hubiera entrado en el territorio del Estado. El TEDH respondía a esta primera cuestión con una afirmativa, señalando que si bien nunca se había pronunciado sobre la posibilidad de que el art. 4 del Protocolo núm. 4 se aplicara a una situación extraterritorial, numerosos argumentos justificaban la aplicación de ese precepto a un caso como el analizado. El texto del Protocolo y su informe explicativo no exigían que el artículo se aplicara sólo cuando los extranjeros se encontraran en territorio de un Estado parte, y además, entendía el TEDH, una interpretación sistemática, útil y evolutiva del Convenio justificaba la necesidad de considerar “expulsión” a todo acto de alejamiento de un extranjero, aunque éste no hubiera llegado a tocar el territorio de un Estado parte. El TEDH subrayaba así que si se excluía la aplicación del art. 4 del Protocolo núm. 4 de toda situación extraterritorial se produciría una contradicción evidente entre el art. 1 CEDH, que reconoce la jurisdicción extraterritorial de los estados parte, y ese precepto, y, además, quedarían fuera de la protección de ese precepto los casos (numerosísimos) de inmigrantes que trataban de alcanzar el continente europeo por vía marítima.

---

<sup>49</sup>. En este sentido, se centran en la legalidad de la medida de expulsión los asuntos: STEDH Takush c. Grecia, de 17 de enero de 2012; y STEDH Baltaji c. Bulgaria, de 12 de julio de 2011.

En cuanto al fondo, el TEDH llegaba a la conclusión de que las autoridades italianas vulneraron la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros prevista en el art. 4 del Protocolo núm. 4. A fin de llegar a tal conclusión, el TEDH tenía en cuenta que el traslado de los demandantes hacia Libia se produjo sin seguir ningún procedimiento específico, ni adoptar ninguna resolución al respecto: los extranjeros se limitaron a subir a las patrulleras italianas, que les condujeron a Libia, sin que se llegara siquiera a comprobar su identidad, ni su origen. El TEDH recordaba que, según su jurisprudencia, se produce una vulneración de ese precepto cuando un grupo de extranjeros es obligado a abandonar un país, salvo que la decisión sea adoptada sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada extranjero. En el caso objeto de estudio, no sólo quedaba probado que no se analizó la situación particular de cada extranjero, sino incluso que no se adoptó ninguna resolución en relación con cada uno de ellos. El TEDH se pronunciaba así sobre prácticas muy extendidas en algunos estados europeos y subrayaba la necesidad de considerar de forma individualizada la situación de cada extranjero antes de proceder a su expulsión.

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

Como en cada edición de este Anuario, tenemos que reseñar el notable número de sentencias adoptadas por el TJUE en los dos semestres analizados que tienen relevancia desde el punto de vista del Derecho de extranjería. A fin de realizar una valoración adecuada de las mismas es conveniente establecer una primera diferencia entre aquellas que se refieren al ejercicio de las libertades de circulación y residencia por parte de los ciudadanos de la UE y sus familiares y aquellas que se relacionan con el ejercicio de esas libertades por parte de nacionales de terceros estados.

No obstante, antes de proceder a ese examen, queremos destacar el contenido de una decisión que afecta potencialmente a ciudadanos de la UE y a nacionales de terceros estados, en la medida en que interpreta ciertas disposiciones de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. En el asunto Meister,<sup>50</sup> el TJUE se pronuncia sobre una discriminación en el acceso al empleo que tenía su origen no sólo en el sexo de la demandante de empleo, sino también en su origen racial (ruso). El TJUE subrayaba que la Directiva 2000/43/CE prohíbe toda discriminación por razón del origen racial en la selección de personal y las condiciones de contratación del mismo. En lo que a la carga de la prueba de tales discriminaciones se

---

50. STJUE de 19 de abril de 2012, asunto Galina Meister, as. C-415/10.

refiere, el TJUE trasladaba su jurisprudencia habitual sobre discriminaciones por razón de sexo,<sup>51</sup> y subrayaba que si la persona que había sufrido supuestamente la discriminación acreditaba hechos que permitían presumir la existencia de una discriminación, se producía una inversión de la carga de la prueba, de modo que el empleador debería justificar que la selección de su personal no había sido discriminatoria. En cuanto a la prueba de la existencia de indicios de discriminación indirecta (la más compleja de probar), el TJUE señalaba que los estados podían tener en cuenta cualquier medio probatorio, como las estadísticas o incluso la propia negativa del empleador a proporcionar información sobre el proceso de selección. Esa última afirmación planteaba, sin embargo, ciertas dudas, en la medida en que el TJUE no parecía imponer una obligación a las autoridades estatales, que parecen gozar, por tanto, de cierto margen de maniobra en relación con la determinación de los elementos de prueba de la existencia de discriminaciones raciales. A pesar de ello, el pronunciamiento en el caso Meister resultaba de gran trascendencia para todos los extranjeros, al trasladar al ámbito de las discriminaciones raciales los mismos criterios que el TJUE viene aplicando desde hace tiempo a las discriminaciones por razón de sexo.

#### **4.1. Libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y sus familiares**

En los semestres analizados, las sentencias del TJUE que se pronuncian sobre el régimen aplicable a los nacionales de los estados miembros y sus familiares que ejercen las libertades que les reconocen los Tratados son más numerosas que las referidas a los nacionales de terceros estados. Como ya viene siendo habitual, muchas de esas sentencias han analizado el alcance de normas nacionales que podían restringir el ejercicio de esas libertades de circulación al introducir diferencias de trato en relación con ciertos impuestos;<sup>52</sup> con el ejercicio de ciertas profesiones;<sup>53</sup> con el acceso a determinadas prestaciones de seguridad social;<sup>54</sup> con la afiliación al propio régimen de seguridad social de un Estado miembro;<sup>55</sup> con el acceso al sistema educativo;<sup>56</sup> o que

---

**51.** En relación con esta jurisprudencia, ver: Ellis (2005).

**52.** STJUE de 1 de diciembre de 2011, asunto Comisión c. Hungría, as. C-253/09; STJUE de 1 de diciembre de 2011, asunto Comisión c. Bélgica, as. C-250/08; STJUE de 15 de septiembre de 2011, asunto Cathy Schulz-Delzers y Pascal Schulz, as. C-240/10; STJUE de 28 de junio de 2012, asunto Georges Erny, as. C-172/11; STJUE de 10 de mayo de 2012, asunto Comisión c. Estonia, as. C-39/10.

**53.** STJUE de 1 de diciembre de 2011, asunto Comisión c. Países Bajos, as. C-157/09 (notario); STJUE de 21 de julio de 2011, asunto Comisión c. Portugal, as. C-518/09 (agente inmobiliario).

**54.** STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto Juan Pérez García, José Arias Neira, Fernando Barrera Castro, Dolores Verdún Espinosa, como sucesora de José Bernal Fernández, as. C-225/10; STJUE de 21 de julio de 2011, asunto Lucy Stewart, as. C-503/09; STJUE de 17 de enero de 2012 (Gran Sala), asunto A. Salemink, as. C-347/10; STJUE de 19 de abril de 2012, asunto Comisión c. Países Bajos, as. C-141/10; STJUE de 12 de junio de 2012 (Gran Sala), asuntos Waldemar Hudzinski y Jaroslaw Wawrzyniak, as. acumulados C-611/10 y C-612/10.

**55.** STJUE de 7 de junio de 2012, asunto M. J. Bakker, as. C-106/11.

**56.** STJUE de 14 de junio de 2012, asunto Comisión c. Países Bajos, as. C-542/09.

exigían contar con una autorización previa para obtener el reembolso de gastos sanitarios satisfechos en un Estado miembro.<sup>57</sup>

Además de las sentencias indicadas, son reseñables dos curiosas sentencias que analizan cuestiones de interés principalmente histórico, relacionadas con el proceso de adhesión de Bulgaria a la UE y el ejercicio de las libertades de circulación y residencia por parte de sus nacionales antes de la adhesión y durante el período transitorio. En el asunto Pavlov,<sup>58</sup> el TJUE se planteaba si el Acuerdo de Asociación CE/Bulgaria, que dejó de estar en vigor con la entrada de ese país en la UE, era contrario a una norma austriaca que impedía a los nacionales búlgaros colegiarse como abogados en ese país al no ostentar la nacionalidad austriaca o de otro Estado miembro de la UE. El TJUE señalaba que el Acuerdo de Asociación CE/Bulgaria impedía que los nacionales de ese Estado fueran objeto de una discriminación por razón de nacionalidad en sus condiciones de trabajo, remuneración o despido, pero la normativa austriaca establecía esa diferencia de trato en relación con el acceso a una profesión regulada; cuestión que no podía considerarse incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo y respecto de la cual podían establecerse diferencias de trato basadas en la nacionalidad. El asunto Sommer<sup>59</sup> se centraba, sin embargo, en el contenido del Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de Rumania a la UE y analizaba el alcance del período transitorio de 5 años que recogía ese Protocolo y que permitía a los antiguos estados miembros someter a ciertas limitaciones el acceso de los nacionales de Bulgaria y Rumania a sus mercados de trabajo. El TJUE subrayaba que, a pesar de la existencia de ese período transitorio, los estados miembros se habían comprometido a dar un trato preferente a los nacionales de Bulgaria y Rumania en el acceso a su mercado de trabajo, de modo que una normativa nacional que dejara en la misma situación o perjudicara a los nacionales de esos dos estados frente a los de cualquier tercer Estado sería contraria a lo previsto en el Protocolo; lo que parecía ocurrir en el caso objeto de estudio, en la medida en que la normativa austriaca estudiada trataba de forma indistinta a los ciudadanos búlgaros y a los nacionales de terceros estados y, por tanto, no les daba un trato preferente.

#### *4.1.1. Derecho de residencia de los familiares de un ciudadano de la UE que no ha ejercido sus libertades de circulación y residencia: ¿un límite al caso Ruiz Zambrano?*

Tan sólo uno de los asuntos resueltos por el TJUE en los dos semestres analizados se ha centrado en el derecho de los familiares de un ciudadano de la UE a residir con él en el territorio de un Es-

57. STJUE de 27 de octubre de 2011, asunto Comisión c. Portugal, as. C-255/09.

58. STJUE de 7 de julio de 2011, asunto Gentcho Pavlov y Gregor Famira, as. C-101/10.

59. STJUE de 21 de junio de 2012, asunto Leopold Sommer, as. C-15/11.

tado miembro. El asunto Dereci,<sup>60</sup> claramente deudor del controvertido pronunciamiento del TJUE en el caso Ruiz Zambrano,<sup>61</sup> analizaba la adecuación a Derecho de la UE de numerosas decisiones adoptadas por las autoridades austriacas denegando las autorizaciones de residencia solicitadas por familiares de ciudadanos austriacos que no habían ejercido sus libertades de circulación y residencia. Se planteaba así si resultaba de aplicación a los casos objeto de estudio, la Directiva 2003/86/CE, la Directiva 2004/38/CE, o las disposiciones de los Tratados referidas a los derechos de los ciudadanos de la UE. Si bien el TJUE rechazaba claramente la aplicación al caso de la Directiva 2003/86/CE, por regular el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros estados; y de la Directiva 2004/38/CE, tan sólo aplicable a los ciudadanos de la UE y sus familiares que hubieran ejercido las libertades de circulación y residencia; el Alto Tribunal reseñaba que si serían aplicables al caso las disposiciones sobre la ciudadanía de la UE recogidas en los Tratados. Citando textualmente el asunto Ruiz Zambrano, el TJUE señalaba que, a fin de no privar de todo efecto útil a las disposiciones sobre la ciudadanía de la UE, debía reconocerse el derecho de un familiar de un ciudadano de la UE a residir con él en el territorio del Estado miembro del que es nacional cuando, por circunstancias especialmente caracterizadas, no hacerlo supondría obligar al ciudadano de la UE a abandonar el territorio de la Unión. No obstante, el TJUE subrayaba que la decisión de autorizar la residencia de un familiar de un ciudadano de la UE no podía depender del deseo del ciudadano de la UE de establecerse con su familia en el territorio de su Estado.

La decisión del TJUE obviaba así concretar las circunstancias excepcionales que debían llevar a los estados miembros a reconocer el derecho de residencia de los familiares de un ciudadano de la UE que no hubiera ejercido sus libertades de circulación y residencia, dejando tan ardua tarea a las autoridades nacionales. La actuación del TJUE parecía mucho más cautelosa que en el asunto Ruiz Zambrano, en el que reconoció el derecho a residir y trabajar en Bélgica de los padres de dos niños, nacionales belgas, cuya residencia en la UE dependía de que se le concediera la correspondiente autorización a sus padres, que eran de nacionalidad colombiana y de los que dependían totalmente. Los niños no habían ejercido nunca sus libertades de circulación y residencia, pero el TJUE entendió que las circunstancias excepcionales del caso exigían el reconocimiento del derecho a residir y trabajar de sus progenitores. Las circunstancias analizadas en el caso Dereci eran muy diferentes: los ciudadanos de la UE eran todos adultos y no dependían económicamente de sus familiares, de modo que parecía claro que un pronunciamiento del TJUE a favor del reconocimiento del derecho a residir en Austria de los familiares supondría una clara ampliación de

---

60. STJUE de 15 de noviembre de 2011 (Gran Sala), asunto Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké, Dragica Stevic, as. C-256/11.

61. STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto Gerardo Ruiz Zambrano, as. C-34/09. En relación con este asunto, ver: Lenaerts y Gutiérrez- Fons (2011).

los derechos reconocidos en la Directiva 2004/38/CE también a los ciudadanos de la UE que no ejercieran sus libertades de circulación y residencia; algo excluido del ámbito de aplicación de la Directiva. Quizás por ello, el TJUE ejerce una razonable tarea de contención, tratando de establecer algún límite a la notable vis expansiva que parecía acompañar al caso Ruiz Zambrano.

#### *4.1.2. Derecho de residencia permanente de los ciudadanos de la UE y cómputo del período de 5 años de residencia legal previa exigido por el art. 16 de la Directiva 2004/38/CE*

Dos de los asuntos resueltos por el TJUE en el período objeto de estudio se han centrado en el análisis de la forma de cómputo del período de 5 años de residencia legal previa previsto por el art. 16 de la Directiva 2004/38/CE como requisito esencial para poder acceder al derecho de residencia permanente que esa Directiva reconoce a los ciudadanos de la UE y sus familiares.

En el asunto Ziolkowski,<sup>62</sup> el TJUE se pronuncia por vez primera sobre una cuestión de notable interés para los ciudadanos de la UE que son nacionales de alguno de los estados miembros que recientemente se han adherido a la UE, en la medida en que el Alto Tribunal se plantea la posibilidad de que se compute el período de residencia legal en un Estado miembro a efectos de la adquisición del derecho a residir de forma permanente en ese Estado ex art. 16 de la Directiva 2004/38, incluso cuando ese período de residencia se haya producido antes de la adhesión del Estado de la nacionalidad del afectado a la UE.

El asunto, que tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán, traía causa de los casos de varios ciudadanos polacos que, tras haber residido en Alemania desde finales de los años 80, gracias a la concesión de sendos permisos de residencia por razones humanitarias, vieron como se les denegaba la prórroga de tales permisos y como se rechazaba su pretensión de reconocimiento del derecho a residir permanentemente en Alemania ex art. 16 de la Directiva 2004/38/CE. La cuestión parecía dudosa, ya que los demandantes en el litigio principal no trabajaban y no acreditaban ni recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social alemana, ni estar en posesión de un seguro de enfermedad. Sin embargo, esas exigencias son requeridas por el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE para reconocer el derecho de un ciudadano de la UE a residir en un Estado miembro del que no es nacional por un período superior a los 3 meses, pero no se recogen en el art. 16 de la Directiva 2004/38/CE, que reconoce el derecho de los ciudadanos UE a residir de forma permanente en un Estado miembro del que

<sup>62</sup> STJUE de 27 de octubre de 2011 (Gran Sala), asunto Tomasz Ziolkowski (as. C-424/10); Barbara Szeja, Maria-Magdalena Szeja y Marlon Szeja (as. C-425/10).

no sean nacionales si han residido de forma legal en ese Estado durante un período continuado de 5 años. Los demandantes en el litigio principal sí habían cumplido ese período de cinco años de residencia legal, pero antes de que se produjera la adhesión de Polonia a la UE y en virtud de lo previsto en el Derecho interno alemán, que no exigía contar con recursos suficientes, ni con un seguro de enfermedad, para conceder un permiso de residencia por razones humanitarias.

En ese contexto, el TJUE señalaba que, tanto el considerando 17 de la Directiva 2004/38/CE, como los arts. 12, 13 y 18 de la misma, exigían que la residencia legal de 5 años continuados a la que alude el art. 16 de la Directiva 2004/38/CE, se hubiera desarrollado en las condiciones establecidas por la propia Directiva. De este modo, el TJUE entendía que podía tenerse en cuenta el período de residencia legal completado por un ciudadano de la UE antes de que su Estado se adhiriera a la organización a fin de completar el período de 5 años exigido por el art. 16 de la Directiva 2004/38/CE, pero siempre que ese período de residencia se hubiera realizado en las condiciones exigidas por el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE. La decisión del TJUE, muy ponderada, reconocía así cierta relevancia a la residencia legal completada antes de la adhesión de un Estado a la UE, cuestión de extraordinaria relevancia para los nacionales de los nuevos estados miembros. Sin embargo, planteaba nuevas dudas, en la medida en que no quedaba claro si los particulares tendrían que probar que el período de residencia disfrutado bajo el imperio del Derecho nacional cumplía las exigencias del art. 7 de la Directiva 2004/38/CE, si las autoridades nacionales debían sobreentenderlo en algunas circunstancias o cómo se procedería a verificar tal exigencia.

En el asunto *Días*,<sup>63</sup> el TJUE se pronunciaba también sobre el cómputo del período de 5 años de residencia legal previsto en el art. 16 de la Directiva 2004/38/CE, aunque a fin de determinar si procedía computar a esos efectos los períodos de residencia anteriores a la fecha de transposición de la Directiva 2004/38/CE. El TJUE había dejado claro, en el caso *Lassal*,<sup>64</sup> que los períodos de residencia continuados anteriores a la fecha de transposición de la Directiva 2004/38/CE debían ser tenidos en cuenta a fin de reconocer el derecho a obtener un permiso de residencia permanente, siempre que los mismos se hubieran efectuado en virtud de la normativa comunitaria entonces aplicable. Sin embargo, el TJUE no había tenido oportunidad de plantearse si esa afirmación debía mantenerse incluso cuando el ciudadano de la UE hubiera residido en el Estado miembro correspondiente en virtud de una tarjeta de residencia comunitaria expedida por las autoridades de ese Estado sin que el ciudadano de la UE tuviera derecho a ostentar ese título de residencia. El TJUE se planteaba semejante cuestión porque la Sr. *Días*, tras haber residido y trabajado legalmente

---

**63.** STJUE de 21 de julio de 2011, asunto *Maria Dias*, as. C-325/09.

**64.** STJUE de 7 de octubre de 2010, asunto *Taous Lassal*, as. C-162/09.

en el Reino Unido entre 1998 y 2003 (más de 5 años), permaneció desempleada durante un año, pero continuó residiendo en el Reino Unido en posesión de una tarjeta de residencia expedida por las autoridades de ese país. Puesto que, durante el período en que estuvo desempleada, la Sra. Dias no tenía derecho a residir en el territorio del Reino Unido en virtud de la normativa de la UE aplicable, el TJUE llegaba a la conclusión de que ese período de residencia no podía considerarse un período de residencia legal, y ello a pesar de que la Sra. Dias contaba con un título de residencia válido expedido por las propias autoridades internas. Para justificar esa afirmación, el TJUE señalaba que, según su jurisprudencia constante, la expedición de una autorización de residencia a un nacional de un Estado miembro no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento de los mismos, de modo que la mera obtención de esa autorización no podía interpretarse como un acto de reconocimiento de derechos en favor de la Sra. Dias. Curiosamente, esa jurisprudencia ha sido utilizada tradicionalmente por el TJUE en beneficio de los ciudadanos de la UE, cuya residencia ha sido considerada legal si cumplía los requisitos previstos por la normativa UE, aún cuando no contaran con la autorización expedida por las autoridades competentes. En el caso presente, el juego de la presunción es a la inversa: puesto que la autorización de residencia no atribuye nuevos derechos, sino que los reconoce, no cabe utilizarla si no se ostentaba el derecho a residir en virtud de la normativa de la UE.

#### *4.1.3. Límites a las libertades de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE impuestos por razones de orden público o seguridad pública*

Tres de las sentencias resueltas por el TJUE en los semestres objeto de estudio se han pronunciado sobre sendos límites a la libre circulación de ciudadanos de la UE, concretando así el contenido de lo previsto por los arts. 27 y ss. de la Directiva 2004/38/CE, que permiten establecer restricciones al ejercicio de esa libertad siempre que se justifiquen por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

En la primera de esas sentencias, el asunto P.I.,<sup>65</sup> el TJUE se pronunciaba sobre la interpretación que cabe hacer de los motivos imperiosos de seguridad pública a los que hace referencia el art. 27 de la Directiva. El problema se planteaba porque Alemania había decidido expulsar de su territorio a un ciudadano italiano que había cometido un delito continuado de abusos sexuales y violación en relación con una menor, que era la hija de su ex pareja. El delito, especialmente aborrecible, había sido sancionado con una pena privativa de libertad, tras cuyo cumplimiento las

---

65. STJUE de 22 de mayo de 2012 (Gran Sala), asunto P.I., as. C-348/09.

autoridades alemanas decidieron la expulsión del territorio del condenado. El TJUE se plantea así si la comisión de tal delito puede considerarse un motivo imperioso de seguridad pública que permita la expulsión de un ciudadano de la UE. La conclusión parecía positiva, en la medida en que el TJUE tenía en cuenta la dimensión del delito cometido, que suponía un grave atentado contra los derechos fundamentales de los menores de edad, y señalaba que tal infracción constituía “un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente, cabe incluir en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública.” No obstante, continuaba el TJUE, la expulsión de un ciudadano de la UE por la comisión de tal delito tan sólo estaría justificada siempre que la comisión de la infracción presentara características que la hicieran especialmente grave y siempre que la persona constituyera una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad; elemento que el TJUE relacionaba claramente con la posibilidad de reincidencia.

En una línea sustancialmente distinta, en los asuntos Aladzhov<sup>66</sup> y Gaydarov,<sup>67</sup> el TJUE se pronunciaba sobre la decisión de las autoridades búlgaras de prohibir el abandono de su territorio por dos nacionales por motivos de orden público. Dado que lo habitual es que el TJUE se pronuncie sobre limitaciones de la libre circulación que tienen su origen en decisiones de expulsión adoptadas por las autoridades de un Estado miembro en relación con un ciudadano de la UE que no es nacional de ese Estado, el contenido de estos dos asuntos llamaba especialmente la atención.

El asunto Gaydarov presentaba, aún así, escasas novedades, ya que el TJUE se pronunciaba sobre la compatibilidad con la libertad de circulación de una medida nacional de prohibición de abandono del territorio adoptada tras la condena impuesta al Sr. Gaydarov en Serbia por tráfico de estupefacientes. A pesar de que el Sr. Gaydarov fue condenado en Serbia y había cumplido

**EL CASO ACHUGHBABIAN SUPONE EL RECONOCIMIENTO DE LA FACULTAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE SANCIONAR PENALMENTE A LOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTREN EN SITUACIÓN IRREGULAR Y, POR TANTO, CONSTITUYE UN CLARO PASO ATRÁS FRENTE AL PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE EN EL ASUNTO *EL DRIDI***

66. STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto Petar Aladzhov, as. C-434/10.

67. STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto Hristo Gaydarov, as. C-430/10.

su condena, las autoridades búlgaras decidieron retirarle el pasaporte tras tener conocimiento de esa condena. El TJUE consideraba legítimo que un Estado miembro adoptara una decisión como la reseñada, pero siempre que esa decisión no se derivara de la simple condena penal impuesta a su nacional en otro Estado, sino que tuviera en cuenta que éste ha de constituir una “amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”.

El asunto Aladzhov resultaba, sin embargo, más novedoso, ya que el TJUE se pronunciaba sobre la decisión de las autoridades búlgaras de prohibir el abandono de su territorio a un nacional que era gerente de una compañía que no había pagado una deuda fiscal por un importe de 22.000 euros. El TJUE resolvía la cuestión prejudicial planteada subrayando que garantizar el pago de deudas fiscales podía considerarse un motivo de orden público, suficiente para justificar la restricción de la libertad de circulación de los ciudadanos de la UE, siempre que el impago pueda considerarse una “amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”. En ese sentido, el TJUE señalaba la posibilidad de que se tengan en cuenta la importancia de las cantidades debidas o las necesidades de la lucha contra la elusión fiscal. Quedaba claro así que cualquier medida adoptada por un Estado miembro en aplicación del art. 27 de la Directiva 2004/38/CE debe ser una medida proporcionada, que tenga en cuenta no sólo la infracción cometida por el ciudadano de la UE, sino también las circunstancias concretas de su caso.

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

En los dos semestres estudiados, el TJUE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la normativa aplicable a nacionales de terceros estados que no son familiares de ciudadanos de la UE y se desplazan o se asientan en el territorio de los estados miembros. Buena parte de esas sentencias se pronuncian sobre la interpretación de aspectos concretos del Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía<sup>68</sup> y del Acuerdo para la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y Suiza.<sup>69</sup> Además, dos de los asuntos analizados se han pronunciado sobre la interpretación de cuestiones puntuales del Código comunitario sobre visados (Reglamento 810/2009, de 13 de julio de 2009)<sup>70</sup> y del Código de Fronteras Schengen

68. STJUE de 8 de diciembre de 2011, asunto Nural Ziebell, as. C-371/08; STJUE de 29 de septiembre de 2011, asunto Baris Unal, as. C-187/10; STJUE de 21 de julio de 2011, asunto Tural Oguz, as. C-186/10; STJUE de 29 de marzo de 2012, asuntos Tayfun Kahveci (C-7/10) y Osman Inan (C-9/10); STJUE de 15 de noviembre de 2011 (Gran Sala), asunto Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké, Dragica Stevic, as. C-256/11.

69. STJUE de 6 de octubre de 2011, asunto Rico Graf y Rudolf Engel, as. C-506/10; STJUE de 15 de diciembre de 2011, asunto Elisabeth Bergström, as. C-257/10.

70. STJUE de 10 de abril de 2012, asunto Minh Khoa Vo, as. C-83/12 PPU.

(Reglamento 562/2006, de 15 de marzo de 2006).<sup>71</sup> Más allá de estos asuntos, son especialmente destacables las sentencias del TJUE que se han referido a la aplicación del sistema de Dublín; a los procedimientos acelerados de determinación del estatuto de refugiado; al régimen de los residentes de larga duración; y a la aplicación de la famosa Directiva de retorno.

#### ***4.2.1. La aplicación del Reglamento Dublín II: efectos de la retirada de una solicitud de asilo y problemas derivados de la vulneración sistemática de los derechos de los solicitantes de asilo por un Estado miembro***

De entre las sentencias dictadas por el TJUE en los dos semestres analizados, dos se refieren expresamente a la aplicación del Reglamento 343/2003/CE, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo (Reglamento Dublín II). En el asunto *Kastrati*,<sup>72</sup> el TJUE se pronuncia sobre una cuestión nueva referida a la aplicación de ese Reglamento, al indicar que si se produce la retirada de una solicitud de asilo antes de que se haya tomado una decisión sobre el Estado responsable para tramitarla en virtud del Reglamento Dublín II, no procederá el traslado del solicitante al Estado responsable para tramitar su solicitud, ya que tal traslado carecería de interés si ya no hay solicitud de asilo que tramitar.

Si bien la cuestión resuelta por el asunto *Kastrati* es muy puntual, más interesante es el pronunciamiento del TJUE en el asunto *N.S.*,<sup>73</sup> en el que el Alto Tribunal recoge la jurisprudencia sentada por el TEDH en el caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011,<sup>74</sup> y pone de manifiesto que el automatismo con el que se aplicaba hasta la fecha el Reglamento Dublín II en aras a determinar el Estado miembro al que le correspondía tramitar una solicitud de asilo debe ceder frente a vulneraciones sistemáticas de los derechos de los solicitantes de asilo efectuadas en un determinado Estado miembro.

La sentencia del TJUE tiene su origen en los casos de varios solicitantes de asilo afganos, iraníes y argelinos que, tras entrar en el territorio de la UE por Grecia, llegan hasta el Reino Unido e Irlanda, donde solicitan asilo. Puesto que los solicitantes habían accedido al territorio de la UE cruzando de forma irregular las fronteras griegas, en aplicación de los criterios recogidos en el Ca-

---

**71.** STJUE de 14 de junio de 2012, asunto *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE)*, as. C-606/10.

**72.** STJUE de 3 de mayo de 2012, asunto *Nuriye Kastrati, Valdrina Kastrati, Valdrin Kastrati*, as. C-620/10.

**73.** STJUE de 21 de diciembre de 2011 (Gran Sala), asuntos *N.S.* (C-411/10) M.E. (C-493/10), A.S.M., M.T., K.P., E.H.

**74.** Sobre esta sentencia: Díaz Crego (2011b).

pítulo III del Reglamento Dublín II, le correspondía a ese país el conocimiento de sus solicitudes de asilo. Sin embargo, numerosos informes de organismos internacionales e incluso de la propia Comisión Europea, habían alertado de que Grecia vulneraba de forma sistemática los derechos de los solicitantes de asilo, no les garantizaba el acceso a un procedimiento serio y riguroso de determinación del estatuto de refugiado, no respetaba el principio de *non refoulement* y no les garantizaba unas condiciones de acogida adecuadas.

En ese contexto, que recogía con mayor lujo de detalle el TEDH en el caso M.S.S. c. Bélgica y Grecia, se planteaba si los estados miembros tenían la obligación de comprobar que el resto de sus socios europeos respetaban los derechos fundamentales, así como las normas de la UE en materia de asilo, antes de aplicar los criterios de determinación del Estado responsable para conocer de una solicitud de asilo y de enviar a un solicitante a otro Estado miembro que pudiera no respetar esas normas.

El TJUE respondía a esta cuestión afirmando que, aunque el sistema de Dublín estaba basado en la confianza mutua y en la idea de que todos los socios europeos garantizaban los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo, no cabía excluir que la aplicación del sistema europeo común de asilo pasara por graves dificultades en algún Estado miembro, por ejemplo, por recibir un número excesivamente elevado de solicitantes de asilo. Para el TJUE, esa posibilidad no debía llevar a los estados miembros a entender que toda vulneración de las normas de la UE en materia de asilo, debía determinar que no se trasladara a los solicitantes al Estado miembro que fuera competente para conocer de su solicitud conforme a los criterios establecidos en el Reglamento de Dublín, ya que esto obligaría a todos los estados a analizar en cada caso el respeto de la normativa europea por parte de sus socios europeos. Para el Alto Tribunal, sólo existirá la obligación de no trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro responsable para analizar su solicitud cuando “hubiera razones para temer fundadamente que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en el Estado miembro responsable que implican un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta” (FJ 86).

Esa solución, que pretendía adecuar el sistema de Dublín a las exigencias impuestas por el TEDH en la sentencia M.S.S. c. Bélgica y Grecia, planteaba un problema probatorio, que sugerían algunos estados personados en el proceso, en la medida en que se señalaba que los estados miembros no tendrían mecanismos para conocer si sus socios europeos estaban violando de forma sistemática los derechos de los solicitantes de asilo. En este sentido, el TJUE se hacía eco de los elementos probatorios que había utilizado el TEDH en su sentencia y señalaba que tanto

los informes de organismos internacionales, como los manejados por las instituciones europeas debían ser utilizados por los estados miembros para determinar si existía el riesgo que les obligaría a no trasladar a un solicitante de asilo a otro Estado miembro.

Una última cuestión quedaba en el aire, ya que si los estados miembros asumían la obligación de no trasladar a un solicitante de asilo al Estado responsable para conocer de su solicitud según el Reglamento Dublín II, cabía preguntarse si debían asumir ellos mismos la obligación de tramitar la solicitud. La respuesta del TJUE resultaba, en este punto, escasamente práctica, ya que al Alto Tribunal señalaba que si no podía trasladarse a un solicitante al Estado que fuera responsable para tramitar su solicitud, debían aplicarse el resto de criterios recogidos en el Capítulo III del Reglamento Dublín II a fin de identificar un nuevo Estado responsable. Esa búsqueda, que podría causar notables dilaciones en la tramitación de las solicitudes de asilo, encontraba un límite en la razonabilidad del tiempo empleado para hallar al nuevo Estado responsable, en la medida en que el TJUE señalaba que si la aplicación de los criterios sucesivos del Capítulo III del Reglamento de Dublín II provocara que el procedimiento de determinación del Estado miembro responsable se prolongara más allá de lo razonable, el Estado miembro que decidió no trasladar al solicitante al primer Estado responsable debía asumir la obligación de tramitar la solicitud.

La solución proporcionada por el TJUE parecía adecuar el Derecho de la UE a las exigencias derivadas del pronunciamiento del TEDH en el caso M.S.S. c. Bélgica y Grecia. Sin embargo, no podía esconder que el sistema de Dublín no recoge todavía ningún procedimiento que permita la identificación de violaciones sistemáticas de los derechos de los solicitantes de asilo en uno de los estados miembros y que obligue al resto de estados a actuar en consonancia. La lógica del sistema de Dublín es la de la aplicación automática de los criterios fijados para determinar el Estado responsable de la tramitación de una solicitud de asilo y, en ese sentido, el asunto N.S. parecía dejar en el aire demasiados puntos oscuros.

#### ***4.2.2. Garantías del procedimiento de concesión del estatuto de refugiado: el caso de los procedimientos acelerados***

En el asunto Diouf,<sup>75</sup> el TJUE se pronuncia sobre varias cuestiones interpretativas relevantes en relación con uno de los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado previstos en la Directiva 2005/85/CE: el procedimiento acelerado. El problema analizado se relacionaba con

---

75. STJUE de 28 de julio de 2011, asunto Brahim Samba Diouf, as.C-69/10.

la regulación concreta del derecho a recurrir ciertas decisiones administrativas adoptadas en el marco del procedimiento acelerado de determinación del estatuto de refugiado que realizaba la legislación luxemburguesa.

En primer lugar, se planteaba si la normativa luxemburguesa, que no preveía la posibilidad de interponer un recurso contra la decisión de las autoridades internas de tramitar una solicitud de asilo mediante un procedimiento acelerado, podía vulnerar el derecho a un recurso efectivo, previsto por el art. 39 de la Directiva 2005/85/CE y el art. 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión. El TJUE señalaba que la decisión sobre el procedimiento a seguir para la tramitación de una solicitud de asilo debía considerarse una resolución preparatoria de la decisión final o de organización del procedimiento y, según se desprendía del propio art. 39 de la Directiva, éste no exigía la posibilidad de interponer un recurso más que en relación con aquellas decisiones que impliquen una denegación de la solicitud de asilo por razones de fondo o, en su caso, por razones de forma o de procedimiento que excluyan una resolución sobre el fondo. Apuntaba el TJUE, que reconocer tal derecho en relación con cada resolución preparatoria u organizativa dilataría excesivamente un procedimiento cuya celeridad resulta vital. No obstante, continuaba el TJUE, el recurso arbitrado por la legislación nacional contra la decisión definitiva adoptada a través de un procedimiento acelerado debía permitir al órgano jurisdiccional competente examinar en profundidad los motivos aducidos por la resolución correspondiente para desestimar la solicitud de asilo, así como los motivos invocados para decidir su tramitación mediante un procedimiento acelerado.

En el mismo asunto, el TJUE debía también pronunciarse sobre las diferencias que introducía la legislación luxemburguesa en relación con el recurso que cabía interponer contra una resolución denegatoria de una solicitud de asilo que hubiera sido tramitada por el procedimiento ordinario y una solicitud que hubiera sido tramitada por el procedimiento acelerado. Las primeras podían ser objeto de recurso en el plazo de 30 días y contra la resolución judicial correspondiente cabía una apelación, mientras que las segundas podían ser objeto de recurso en un plazo de 15 días y no cabía apelación. El TJUE subrayaba que las diferencias apuntadas no podían considerarse contrarias a las previsiones del art. 39 de la Directiva 2005/85/CE, en la medida en que ese precepto no exigía un derecho a la doble instancia, sino tan sólo a un recurso ante la jurisdicción competente, y en la medida en que, aunque existiera una diferencia en cuanto al plazo de interposición del recurso, 15 días no parecían materialmente insuficientes para la preparación del recurso correspondiente. La jurisprudencia del TJUE avalaba así la legislación luxemburguesa en la materia, confirmando la posibilidad de establecer distintos niveles de garantías en los procedimientos ordinarios de determinación del estatuto de refugiado, y los procedimientos acelerados, previstos en el art. 23 de la Directiva 2005/85/CE.

#### **4.2.3. El estatuto de residente de larga duración: tasas excesivas para la expedición de las autorizaciones de residencia fundadas en ese estatuto y discriminaciones entre nacionales y residentes de larga duración**

En los dos semestres analizados, el TJUE se pronuncia sobre dos asuntos distintos relacionados con la interpretación de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

En el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión c. Países Bajos,<sup>76</sup> el TJUE analizaba una cuestión puntual, no expresamente regulada en la Directiva, y sobre la que se ha pronunciado también el TEDH, en concreto, el carácter excesivo de las tasas que se exigen en los Países Bajos para la tramitación y expedición de determinadas autorizaciones de residencia. En el caso objeto de estudio, el TJUE se pronunciaba sobre la adecuación a la Directiva 2003/109/CE de las tasas que las autoridades neerlandesas exigían para la expedición de las autorizaciones de residencia de residentes de larga duración CE; cuantía que parecía desmesurada, ya que oscilaba entre los 188 y los 830 euros. A pesar de que la Directiva 2003/109/CE no dice nada en relación con la posibilidad de que los estados miembros exijan una tasa por la expedición de esas autorizaciones de residencia y que el TJUE reconocía que esa posibilidad no es contraria al Derecho de la UE, los estados no tienen un margen de maniobra ilimitado al respecto, ya que no pueden poner en peligro la realización de los objetivos de la Directiva, ni privarla de todo efecto útil, al exigir unas tasas que resulten desproporcionadas. Y así ocurría, entiende el TJUE, en el caso objeto de estudio, en la medida en que el valor mínimo de las tasas previstas por la normativa neerlandesa para la expedición de una autorización de residencia como residente de larga duración CE era, nada menos, que siete veces superior a la cuantía que se exige para la expedición del documento nacional de identidad en los Países Bajos; una cantidad, por tanto, excesiva.

Si bien el recurso por incumplimiento presentado contra los Países Bajos plantea una cuestión muy puntual, el asunto Kamberaj<sup>77</sup> parece de mayor interés, en la medida en que se pronuncia sobre el contenido del derecho a la igualdad de trato entre nacionales y residentes de larga duración CE, que recoge el art. 11 de la Directiva 2003/109/CE. El análisis del contenido de ese precepto traía causa de la negativa de las autoridades de la región italiana de Bolzano a otorgar una ayuda de vivienda a un ciudadano de origen albanés que residía en su territorio desde 1994. La normativa en la materia sí que preveía la posibilidad de que los nacionales de terceros estados accedieran

---

76. STJUE de de 26 de abril de 2012, asunto Comisión c. Países Bajos, as. C-508/10.

77. STJUE de 24 de abril de 2012, asunto Servet Kamberaj, as. C-571/10.

a esas ayudas, pero el presupuesto que se asignaba a las mismas era notablemente inferior que el que se asignaba a las ayudas de la misma clase que se concedían a ciudadanos UE.

En ese contexto, el TJUE analizaba, en primer lugar, si las ayudas de vivienda entraban en el ámbito de aplicación del derecho a la igualdad de trato reconocido en el art. 11 de la Directiva, en la medida en que ese precepto señala los ámbitos en los que no cabrá realizar diferencias de trato entre nacionales y residentes de larga duración CE haciendo referencia a las prestaciones de seguridad social, de asistencia social y la protección social "tal y como se definen en la legislación nacional". El TJUE señalaba así que la referencia a la legislación de los estados debía entenderse en el sentido de conceder cierto margen a las autoridades nacionales para determinar qué tipo de prestaciones entraban en el ámbito de aplicación del art. 11 de la Directiva. Sin embargo, entendía el Alto Tribunal, que ese margen de apreciación no era absoluto, ya que la legislación nacional debía respetar el contenido de la Carta de derechos fundamentales de la UE, cuyo art. 34 reconoce el derecho a una "ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes".

Si la ayuda de vivienda analizada pudiera encuadrarse en las previsiones del art. 34 de la Carta y, por tanto, cayera dentro del ámbito de aplicación del art. 11 de la Directiva, el TJUE entendía también aplicable su test habitual en relación con las diferencias de trato fundadas en la nacionalidad. En esta lógica, el TJUE subrayaba que la situación de los residentes de larga duración que no tuvieran recursos suficientes para acceder a una vivienda sería comparable con la de los nacionales que no dispusieran de esos mismos recursos, y que, por tanto, debía analizarse la razonabilidad de los criterios sobre la base de los cuales se realizaba el reparto de fondos para la ayuda de vivienda de unos y otros. Tras comprobar que la aplicación de esos criterios siempre resultaba desfavorable para los nacionales de terceros estados, a los que siempre se asignaban menos recursos, el TJUE entendía que se producía una diferencia de trato contraria a la Directiva.

Finalmente, el TJUE interpretaba el contenido del art. 11.4 de la Directiva 2003/109/CE, que admite la posibilidad de que los estados miembros limiten la aplicación del principio de igualdad de trato tan sólo a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección social. El TJUE señalaba que, puesto que las previsiones de ese artículo constituían una excepción al principio de igualdad de trato, los estados miembros tenían que manifestar claramente su voluntad de hacer uso de esa excepción antes de proceder a su aplicación. Aunque Italia no había hecho manifestación alguna al respecto y, por tanto, la aplicación del art. 11.4 de la Directiva parecía quedar excluida, el TJUE señalaba que la interpretación de ese precepto debía hacerse de forma restrictiva. En ese sentido, señalaba que la disposición referida no permitía, en ningún caso,

excepcionar las prestaciones de seguridad social del principio de igualdad de trato. Y señalaba que, además, debían considerarse “prestaciones básicas”; respecto de las cuales no cabía establecer excepción alguna en relación con el juego del principio de igualdad de trato, aquellas que contribuyeran a que los particulares pudieran “hacer frente a necesidades elementales, como la alimentación, la vivienda y la salud”. A fin de determinar si una concreta prestación perseguía ese objetivo, los tribunales internos debían tener en cuenta la “finalidad de la ayuda, su importe, los requisitos para su concesión y el lugar que ocupa en el sistema (nacional) de asistencia social”. El TJUE imponía así una interpretación rigurosa de las excepciones al juego del principio de igualdad de trato en pro de la desaparición de las todavía numerosas diferencias de trato fundadas en la nacionalidad, pero dejaba quizás demasiada responsabilidad en manos de los tribunales internos, obligados como siempre a aplicar sus criterios generales a los casos concretos.

#### ***4.2.4. La imposición de penas privativas de libertad a los extranjeros que se encuentren en situación irregular: un paso atrás frente al asunto El Dridi***

Si en la pasada edición de este Anuario, dimos noticia del importantísimo asunto El Dridi,<sup>78</sup> en el que el TJUE confirmaba la contradicción existente entre la normativa italiana que preveía la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad a aquellos extranjeros que se encontraran en situación irregular en el país y la Directiva 2008/115/CE, esto es, la famosa Directiva de retorno, en esta edición debemos destacar una parcial marcha atrás en esa línea jurisprudencial.

En el caso Achughbadian,<sup>79</sup> el TJUE se pronuncia sobre la compatibilidad de la legislación de extranjería francesa, que preveía la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad de un año y una multa a los extranjeros que se encontraran en situación irregular en el país con la Directiva de retorno. Dada la semejanza del caso con el resuelto unos meses antes, el TJUE confirmaba que una norma como la indicada sería contraria a lo previsto en la Directiva de retorno, en la medida en que pondría en peligro la realización de los objetivos de la Directiva, que no son otros que la expulsión de aquellos extranjeros que se encuentren incurso en los supuestos descritos por la Directiva a la mayor brevedad. Sin embargo, el TJUE puntualizaba que esa contradicción sólo se produciría en relación con aquellas normas nacionales que provoquen un retraso en la ejecución de la decisión de retorno, esto es, en relación con las normas nacionales que prevean la imposición de la sanción penal por encontrarse en situación irregular antes de la ejecución

---

**78.** STJUE de 28 de abril de 2011, asunto Hassen El Dridi, alias Soufi Karim, as. C-61/11 PPU. Sobre el alcance de este asunto, ver: Di Pascale y Nascimbene (2012); y Kauff-Gazin (2011).

**79.** STJUE de 6 de diciembre de 2011 (Gran Sala), asunto Alexandre Achughbadian, as. C-329/11.

de la decisión de retorno o antes incluso de la adopción de esa decisión de retorno. Se sugiere así que una normativa nacional que prevea la imposición de una pena privativa de libertad por el mero hecho de encontrarse en situación irregular en el Estado correspondiente, pero que sólo se aplique a aquellos extranjeros cuya expulsión sea imposible, tras la adopción de las medidas coercitivas previstas en el art. 8 de la Directiva de retorno, no entraría en colisión con los objetivos marcados por esa Directiva. El caso Achughbabian supone así el reconocimiento de la facultad de los estados miembros de sancionar penalmente a los extranjeros que se encuentren en situación irregular y, por tanto, constituye un claro paso atrás frente al pronunciamiento del TJUE en el asunto El Dridi.

## BIBLIOGRAFÍA

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

DI PASCALE, A.; NASCIMBENE, B. "La Sentencia del Tribunal de Justicia el DRIDI y la inmigración irregular. Problemas y perspectivas en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho Italiano". *Revista Española de Derecho Europeo*. No. 42, 2012. P. 107-128.

DÍAZ CREGO, M. "Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea". En AJA, E.; ARANGO, J.; OLIVER ALONSO, J. (eds.). *La hora de la integración. Anuario de la inmigración en España edición 2011*. Barcelona: CIDOB ediciones, 2011a. P. 402-452.

DÍAZ CREGO, M. "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*. No. 40, 2011b P. 523-552.

DÍAZ CREGO, M. "Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea". En AJA, E.; ARANGO, J.; OLIVER ALONSO, J. (eds.) *Inmigración y crisis económica. Anuario de la inmigración en España edición 2010*. Barcelona: CIDOB, 2010. P. 372- 406.

ELLIS, E. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. "El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 1 CEDH)". En GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (dirs.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: CEPC, 2009. P. 40-54.

HARRIS, D.J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, H. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

KAUFF-GAZIN, F. "La directive "retour" au secours des étrangers?: de quelques ambiguïtés de l'affaire 'El Dridi' du 28 avril 2011". *Europe: actualité du droit communautaire*. No. 6, 2011. P. 10-13.

LENAERTS, K.; GUTIÉRREZ-FONS, J.A. "Ruiz-Zambrano o de la emancipación de la ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación". *Revista Española de Derecho Europeo*. No 40, 2011. P. 493-522.

MOLE, N.; MEREDITH, C. *Asylum and the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2010.

MORGADES GIL, S. "La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. No. 37, 2010. P. 801-842.

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