

***ESTUDIOS DE DERECHO
INTERNACIONAL Y
DERECHO EUROPEO
EN HOMENAJE
AL PROFESOR
MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ
(TOMO II)***

**JORGE CARDONA LLORENS
JORGE PUEYO LOSA
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO
JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA
MARIANO J. AZNAR GÓMEZ**



tirant lo blanch

Valencia, 2012

Algunos desarrollos jurisprudenciales sobre asilo e inmigración irregular en la Unión Europea

ARACELI MANGAS MARTÍN*

*Catedrática de Derecho Internacional Público.
Universidad de Salamanca*

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollos jurisprudenciales en materia de asilo. 2.1. Causas de exclusión del estatus de refugiado y protección nacional. 2.2 Revocación o cese del estatus de refugiado. 2.3 Protección subsidiaria. 3. Desarrollos jurisprudenciales en materia de detención de inmigrantes en situación irregular. Detención y asilo. 4. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han gestado importantes sentencias en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que pretenden ayudar en la aplicación uniforme y coherente de las normas europeas sobre asilo e inmigración. No hace falta recordar la importancia de estas normas en el contexto de una inmigración irregular¹ que, sin ser masiva en términos comparativos históricos con la protagonizada por los europeos hacia América durante cinco siglos, es una realidad diaria de gran efecto en los medios de comunicación y en los procesos políticos internos, en especial durante las campañas electorales.

Resulta obvio recordar que los derechos de los inmigrantes en situación irregular no pueden ser los mismos que los de quienes están provistos de las

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación “La Seguridad de las personas y la acción exterior de la Unión Europea” financiado por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León (Grupo de Excelencia, Gr. 247, 2008-2010). También colabora en el proyecto “Las relaciones entre la Unión Europea y Naciones Unidas: hacia la defensa del multilateralismo eficaz” (DER2008-05419/JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ La situación irregular puede proceder ya sea porque su ingreso en un Estado miembro no poseía los títulos válidos de entrada o ningún documento de identidad, ya sea porque ha caducado su permiso de estancia, ya sea porque ejercen actividades no autorizadas en su visado o título de estancia.

autorizaciones requeridas. Pero no por ello los inmigrantes irregulares, hayan o no solicitado asilo², dejan de gozar de derechos humanos tales como el derecho a la vida y a su dignidad o el derecho a la salud o determinados derechos sociales y económicos. Tienen derecho a un juicio justo, a su defensa y no está permitida la detención arbitraria ni que puedan sufrir tratamientos inhumanos o degradantes ni tortura.

2. DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE ASILO

La normativa de la UE en materia de asilo a la que me voy a referir es, preferentemente, la Directiva 2004/83, denominada “calificación”³; según su propio preámbulo, su objetivo es, “por una parte, asegurar que los Estados

² El examen del conjunto de derechos del solicitante de asilo no es objeto de este trabajo. Tales derechos se regulan de forma dispersa en varias directivas: la tutela de sus derechos es el objeto de la Directiva 2003/9 del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo, Diario Oficial de la Unión Europea (DO) L 31 de 6.2.2003; también se recogen algunos derechos en la Directiva 2004/83 de 29.4.2004, DO L 304 de 30.9.2004 (denominada “calificación” y que será la más analizada en este trabajo); sus derechos durante el procedimiento se regulan en la Directiva 2005/85 de 1.12.2005, DO L 326 de 13.12.2005. Una situación especial es la contemplada por la Directiva 2001/55 relativa a normas mínimas de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, DO L 212 de 7.8.2001. Un análisis reciente puede verse en DE PASQUALE, P.: “Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell’UE”, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2010, pp. 19 y ss.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cr. (Coord.): Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea, Ed. Laborum, 2009; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo”, REEI (www.reei.org), 18/ 2009.

³ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DO L 304, p. 12).

Como bibliografía específica vid. CARLIER, J.-Y.: “Réfugiés: identification et statu des personnes à protéger. La Directive ‘qualification’”, *Politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le Traité d’Amsterdam*, Bruylant, Bruselas, 2005, p. 289 ss.; BODART, S.: “Réfugiés conventionnels et protection subsidiaire, apories et apories d’une directive européenne”, *Journal des Tribunaux* 2005, v. 124, n. 6176, p. 245 ss.; LAMBERT, H.: “The EU asylum qualification directive, its impact on the jurisprudence of the United Kingdom and International Law”, *ICLQ* vol 55, January 2006 pp 161 ss.; *Asylum in the European Union, A Study of the implementation of the qualification Directive*, United Nations High Commissioner for Refugees, Brussels, 2007 (disponible en www.unhcr.org).

miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección internacional y, por otra parte, asegurar que un nivel mínimo de beneficios esté disponible para dichas personas en todos los Estados miembros.” Se trata, pues, de una norma que establece criterios mínimos de interpretación obligatorios para todos los Estados miembros, al tiempo que abre una protección distinta al asilo a personas que no estando cubiertas o aun estando excluidas del mismo merecen una protección (protección subsidiaria).

Esta Directiva ha tenido diversas dificultades en su transposición dando lugar a procedimientos de infracción por falta de adaptación en el plazo dado (10 de octubre de 2006); así, esta circunstancia se ha dado en Estados miembros tan diversos como Suecia, Finlandia, Reino Unido o España⁴. Finalmente en España esta Directiva se ha transpuesto tardíamente, junto a otras Directivas sobre asilo citadas en este trabajo, mediante la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁵.

Dada la importancia de dicha Directiva en el contexto regulatorio del asilo tiene interés su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en diversos asuntos prejudiciales. El Tribunal reconoce que hay “un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones tomadas de dicho convenio internacional por el Derecho nacional y el Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse”⁶. Del preámbulo de la Directiva se deduce que esa interpretación debe realizarse con respeto de los derechos fundamentales y observancia de los principios reconocidos, en particular, por la Carta⁷.

⁴ TJUE, Sentencias de de 5.2. 2009, Comisión/Finlandia, C293/08; 30.4.2009, Comisión/Reino Unido, C256/08; 14.5. 2009, Comisión/Suecia C322/08; 9.7.2009, Comisión/España, C272/08. En relación con este último asunto, el Gobierno español alegó que las disposiciones nacionales vigentes en ese momento no bastaban para garantizar una adaptación completa del ordenamiento jurídico español a la Directiva, pero que se ajustan sin embargo a dicha Directiva. Para el Tribunal esa insuficiencia normativa para garantizar una adaptación completa del Derecho español a la Directiva constituía un claro incumplimiento de España.

⁵ Ley 12/2009, BOE 31 de octubre de 2009.

⁶ TJUE, sentencia de 2.3.2010, Aydin Salahadin Abdulla, Kamil Hasan, Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi, Dler Jamal c. Bundesrepublik Deutschland, Asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08), apartado 48.

⁷ Sentencias Salahadin Abdulla y otros, cit., apartados 53 y 54, y de 17 de junio de 2010 (Nawras Bolbol/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal , C-31/09, apartado 38.

2.1. *Causas de exclusión del estatuto de refugiado y protección nacional*

Así, en el asunto B y D⁸ se planteaba si constituía un grave delito común o un acto contrario a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas (art. 12.2. letras b) y c), de la Directiva) el hecho de que los solicitantes hubieran pertenecido a una organización que emplea métodos terroristas y que está incluida en la lista de personas, grupos y entidades del anexo a la Posición Común 2001/931⁹ adoptada por el Consejo de la UE con el fin de aplicar la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de la ONU.

El tema que subyace en estas cuestiones prejudiciales es la tensión entre las obligaciones de los Estados en materia de lucha contra el terrorismo y la responsabilidad de los mismos en la aplicación de los instrumentos de protección internacional para evitar persecuciones. El Tribunal reconoce que la firme condena de los actos de terrorismo por parte de la comunidad internacional y la adopción de medidas restrictivas a efectos del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, respecto de particulares o de organizaciones consideradas responsables de dichos actos, inciden directamente en aspectos sustanciales del reconocimiento del estatuto de refugiado. El núcleo principal de los dos asuntos es el delicado tema de la exclusión de dicho estatuto de personas que formaron parte en el pasado de organizaciones incluidas en listas anexas a instrumentos comunitarios de lucha contra el terrorismo lo que obliga a tomar en consideración la estrecha relación que existe entre la Directiva y la Convención de 1951.

⁸ TJUE, sentencia de 9.11.2010, B y D, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, en especial paragr. 81 y ss. Dos turcos solicitan asilo en Alemania, así como, con carácter subsidiario, que se le permitiera beneficiarse de una prohibición de expulsión a Turquía. Uno de ellos (B) había apoyado la lucha armada de la guerrilla, fue arrestado y posteriormente condenado a cadena perpetua por haber cometido graves delitos comunes, por lo que estaba comprendido en la cláusula de exclusión de la legislación alemana. A su vez el organismo competente estimó que no existía ningún obstáculo para que B fuera expulsado a Turquía, decisiones de denegación del asilo y de expulsión que fueron revocadas por un tribunal administrativo. El otro solicitante de asilo (D) había sido combatiente en la guerrilla y miembro destacado de la dirección del PKK del que luego se había distanciado siendo objeto de amenazas. En mayo de 2001 le concedió el derecho de asilo y le reconoció el estatuto de refugiado con arreglo al Derecho nacional entonces en vigor. En 2004 le fue revocado el estatuto al aplicársele la nueva normativa de lucha contra el terrorismo al ser culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas pero el Tribunal administrativo la anuló.

⁹ Consejo de la Unión Europea, Posición común 2001/931/PESC, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (DO L 344, p. 93).

Tanto la Directiva (art.12. 2, letras b y c) como la Convención de Ginebra (art.1, F, letras b y c), solo permiten excluir a una persona del estatuto de refugiado cuando hay “motivos fundados” para considerar que ha cometido un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitido como refugiado o es culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Ahora bien, de la Directiva se deduce, como señala el Tribunal, que, “aun cuando se cometan con un objetivo supuestamente político, los actos de naturaleza terrorista, caracterizados por su violencia contra la población civil, deben ser considerados graves delitos comunes”. Ahora bien, la Directiva exige “en cada caso individual”, una evaluación de los hechos concretos de los que ha tenido conocimiento con el fin de determinar si existen motivos fundados para pensar que los actos cometidos por el interesado —que por otra parte reúne los requisitos para obtener el estatuto de refugiado— están comprendidos en uno de los dos casos de exclusión. Sin embargo, la clave para el Tribunal estriba en que no hay ninguna relación directa entre la Posición común 2001/931 y la Directiva en cuanto a los objetivos perseguidos, por lo que no estaría justificado excluir a una persona del estatuto de refugiado sobre la base exclusiva de su pertenencia a una organización que figure en una lista adoptada al margen del marco que estableció la Directiva respetando la Convención de Ginebra.

Luego, solo se puede aplicar la cláusula de exclusión tras “un examen individual de hechos concretos” para determinar su grado de influencia o participación o poder en la organización armada y apreciar si hay motivos fundados de que esa persona cometió un grave delito común o era culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, o incitó a la comisión de esos delitos o actos. Hay que estar en condiciones de “poder imputar a la persona interesada una parte de la responsabilidad por los actos cometidos por la organización de que se trate durante el período en que era miembro de esta.” Por ello, el haber apoyado activamente la lucha armada emprendida por esta organización no constituye automáticamente un motivo fundado para pensar que esa persona ha cometido un grave delito común o actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas a los fines de la petición de asilo.

No se puede ignorar que la razón de ser de las cláusulas de exclusión es que no se les puede dispensar el estatuto de refugiado a personas indignas que conseguirían eludir su responsabilidad penal. Tampoco se puede condicionar la exclusión de dicho estatuto a la existencia de un peligro actual para el Estado miembro de acogida.

También se planteaba en este caso el problema de la compatibilidad entre, de un lado, disposiciones nacionales más favorables y, de otro, las obligaciones internacionales (Convención de Ginebra) y europeas de los Estados en materia de refugio pues si aquellas establecen otros requisitos o condiciones pueden poner en peligro el consenso internacional sobre las circunstancias para su obtención y para la exclusión del beneficio, sobre todo porque el propio sistema europeo de refugio se funda en la Convención de Ginebra. El objetivo no confeso de las normas particulares nacionales sobre asilo es tener un poder discrecional cada Estado para conceder el asilo al margen de las normas internacionales y europeas, se cumplan o no las reglas de la Directiva o de la Convención de Ginebra. Cada Estado se reserva el derecho de escoger a sus refugiados al reglamentar constitucional o legalmente la concesión del asilo pudiendo otorgarlo incluso a una persona excluida del estatuto de refugiados por la el art. 12.2 de la Directiva que es a su vez conforme con la Convención de Ginebra.

Los Estados, y finalmente hasta el propio Tribunal, se sirven para amparar estas situaciones en el hecho de que si la normativa nacional fuera más favorable, esta situación no comportaría una antinomia o contradicción en la medida en que el art. 3 de la Directiva permite a los Estados miembros introducir o mantener normas más favorables para determinar concretamente qué personas reúnen los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado. Sin embargo, el Tribunal advierte que “como la finalidad de las cláusulas de exclusión de la Directiva, que es preservar la credibilidad del sistema de protección previsto por la Directiva dentro del respeto de la Convención de Ginebra, la reserva contenida en el artículo 3 de la Directiva se opone a que un Estado miembro adopte o mantenga disposiciones que concedan el estatuto de refugiado previsto por la Directiva a una persona que está excluida de éste con arreglo al artículo 12, apartado 2” (apartado 114).

Aunque el Tribunal se pronuncia de forma resuelta ante esa situación, da un giro lleno de ambigüedad y se sirve de la misma Directiva (art. 2, letra g), in fine,) para abrir la posibilidad a “otra clase de protección” puramente nacional cuyo contenido principal sea permitir la permanencia en el territorio sobre una base discrecional y por compasión o por motivos humanitarios, que no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva (preámbulo). Al final se deduce de esta jurisprudencia que convalida toda actuación estatal que aunque no sea un estatuto de “protección internacional” sin embargo es un estatuto de asilado que se puede conceder burlando las exclusiones del Convenio de Ginebra y de la propia Directiva. No tiene ningún sentido salvo la mera diletancia de adoptar por adoptar normas comunes o normas armonizadoras si luego cada Estado regula “otro” derecho de asilo para poder

concederlo a su gusto con la condición retórica “que ello no suponga un riesgo de confusión entre esa otra clase de protección y el estatuto de refugiado en el sentido de la Directiva”. Basta con que no se le considere refugiado o asilado acogido a la Directiva, sino asilado con arreglo a la normativa nacional. Divinas palabras. La única consecuencia es que el estatuto de ese asilado “nacional” no es oponible a otros Estados miembros y no tenga derecho de libre residencia en otro Estado miembro.

Es un despropósito edificar una normativa propia de la Unión de acuerdo con el Derecho Internacional y permitir su derribo por actos legislativos unilaterales de los Estados miembros. Es difícilmente creíble que se esté pensando, de forma grandilocuente, en el establecimiento de un sistema europeo común de asilo (denominado SECA) a más tardar en 2012 como objetivo político fundamental, tal como se ha aprobado en el Programa de Estocolmo en 2010 por parte del Consejo Europeo¹⁰.

1.2. Revocación o cese del estatuto de refugiado

En otro asunto¹¹ se examinaron diversas decisiones de autoridades alemanas que dejaron sin efecto el estatuto de refugiado de unos iraquíes a los que se les retiró dicho estatuto tras la caída del régimen de Saddam Hussein por la mera comprobación de que habían dejado de existir los fundados temores de éstos a ser perseguidos, sin entrar a examinar los requisitos adicionales relativos a la situación política en su país de origen. El centro de este asunto es la interpretación del art. 11 de de la Directiva 2004/83/CE.

Para el Tribunal “una persona pierde su condición de refugiado cuando, debido a un cambio de circunstancias significativo y que no sea de carácter provisional, producido en el país tercero de que se trate, hayan desaparecido las circunstancias que justificaron el temor de esa persona a ser perseguida por alguno de los motivos contemplados en el artículo 2, letra c), de la Directiva 2004/83 —en virtud de las cuales fue reconocida en su día como refugiado— y tampoco tiene otros motivos para temer ser “perseguida”, en el sentido de esta misma disposición” (apartado 76).

Ahora bien, para poder determinar si existe un cambio de circunstancias, las autoridades competentes deberán verificar, en relación con la situación individual del refugiado, que se han tomado medidas razonables para impedir

¹⁰ Programa de Estocolmo, DO C 115 de 4 de mayo de 2010, p. 27 y 32 y ss.

¹¹ TJUE, Sentencia de 2.3.2010, Salahadin Abdulla y otros, cit. (en nota 5).

la persecución en el país de origen, que disponen de un sistema judicial eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución, y que el nacional interesado tendrá acceso a dicha protección en caso de que cese su estatuto de refugiado; y entiende por agentes de protección (art. 7.1, letra b), de la Directiva 2004/83) entre otros, “las organizaciones internacionales que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio, incluso a través de la presencia de una fuerza multinacional en el territorio del país tercero”.

Naturalmente, en estas situaciones lo que hay que valorar es la probabilidad del riesgo por otras circunstancias distintas a la nueva situación de ocupación internacional, sobre todo habría que examinar no sólo aquellas circunstancias que en su momento dieron origen a la protección sino las nuevas generadas por la evolución fáctica del conflicto. La presencia de fuerzas multinacionales en Irak no garantiza la protección a personas que en su día se opusieron al régimen y se marcharon; su vuelta o devolución a Irak, dadas sus circunstancias, puede ser arriesgada. Habría que tener en cuenta que el temor puede proceder de circunstancias nuevas y distintas a las que se tuvieron en cuenta cuando se concedió el estatuto de refugiado y siempre que existan actos o amenazas de persecución anteriores que estén relacionados con el motivo de persecución examinado en esta fase.

2.3. *Protección subsidiaria*

En la sentencia *Alfafaji*¹² el Tribunal examina el alcance de conceptos de gran interés¹³. También sobresa, aunque no es objeto de este comentario,

¹² TJUE, sentencia de 17.2009, *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, C465/07, apartados 33 a 38. En diciembre de 2006, los esposos Elgafaji presentaron sendas solicitudes de permiso de residencia temporal en los Países Bajos acompañadas de información destinada a probar el riesgo real al que se verían expuestos en caso de expulsión a su país de origen, Irak. El Ministerio del Interior neerlandés consideró que no habían demostrado las circunstancias que invocaban y que, por tanto, no habían probado el riesgo real de amenazas graves e individuales al que, según ellos, se verían expuestos en su país de origen. El tribunal neerlandés pregunta en relación con el artículo 15 de la Directiva si la existencia de amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física del solicitante de protección subsidiaria está supeditada al requisito de que éste aporte la prueba de que está afectado específicamente debido a elementos propios de su situación y si debe observarse que los términos “la pena de muerte”, “su ejecución” y “la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante”, empleados en el artículo 15, letras a) y b), de la Directiva, cubren situaciones en las que el solicitante de la protección subsidiaria está expuesto específicamente al riesgo de un daño de un tipo especial.

las consideraciones que hizo el Abogado General Poiares Maduro sobre el régimen de asilo en la UE y el Convenio Europeo de Derechos humanos y la importancia de ésta en la interpretación del derecho de asilo en la UE, si bien estima que la protección más extensa de la UE debe prevalecer sobre la de Estrasburgo pues esta no es una fuente imperativa en materia de derechos fundamentales sino que representa el estándar mínimo¹⁴.

El art. 15. c) de la Directiva conceptúa el daño como “las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física” del solicitante, como parte de un riesgo de daño más general. Y por otra parte al referirse a violencia “indiscriminada”, este término implica que puede extenderse a personas sin consideración de su situación personal. Cuando se trata de un conflicto armado habría que incluir los daños dirigidos contra civiles sin consideración de su identidad, cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado existente “llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil expulsado al país de que se trate o, en su caso, a la región de que se trate, se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos, a un riesgo real de sufrir las amenazas graves a las que se refiere el artículo 15, letra c), de la Directiva”.

Este precepto no se ve afectado por el hecho de que en el preámbulo se declare que “los riesgos a los que en general se ven expuestos la población de un país o un sector de la población no suelen suponer en sí mismos una amenaza individual que pueda calificarse como daño grave”. La clave en este caso es “no suelen” que no excluye “la hipótesis de una situación excepcional que esté caracterizada por un nivel de riesgo tan elevado que existan motivos fundados para creer que esa persona sufriría individualmente el riesgo de que se trata”. La letra c) no requiere un alto grado de individualización a diferencia de los daños contemplado en las letras a) y b) de ese artículo. Basta demostrar que pertenece a un círculo de víctimas potenciales de una violencia indiscrimi-

¹³ Art. 2. f) de la Directiva 2004/83 define el “estatuto de protección subsidiaria”: el reconocimiento por un Estado miembro de un nacional de un tercer país o de un apátrida como persona con derecho a protección subsidiaria;” y en la letra e) “persona con derecho a protección subsidiaria” como el “nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15 [...] y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país”.

¹⁴ Conclusiones del Abogado General, Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie, C465/07, 9.9.2008.

nada en caso de conflicto armado interno o internacional y establecer una relación con las circunstancias de las letras a) y b).

El Tribunal cree que también debe tomarse en consideración “la extensión geográfica de la situación de violencia indiscriminada así como el destino efectivo del solicitante en caso de expulsión al país de que se trate, como se deriva del artículo 8, apartado 1, de la Directiva” y “la existencia, en su caso, de un indicio serio de riesgo real como el mencionado en el artículo 4, apartado 4, de la Directiva, indicio respecto al cual la exigencia de una violencia indiscriminada, requerida para poder acogerse a la protección subsidiaria, puede ser menos elevada”¹⁵.

3. DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR

3.1. *Controles de identidad, detención y expulsión de extranjeros*

El asunto Melki y Abdeli¹⁶ ha puesto de relieve aspectos de interés sobre los controles de identidad, la detención de inmigrantes irregulares y sus derechos,

¹⁵ El Tribunal de Justicia recuerda (apartado 44) que la interpretación que está dando al art. 15 es plenamente compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), incluida la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 3 del CEDH (sentencia NA. c. Reino Unido, §115 a 117).

¹⁶ TJUE, sentencia de 22 de junio de 2010, Aziz Melki, Sélim Abdeli, asuntos acumulados C188/10 y C189/10. Dos argelinos, en situación irregular en Francia, fueron objeto de un control policial en la zona comprendida entre la frontera terrestre de Francia con Bélgica y una línea cuyo trazado discurre a 20 kilómetros de esa frontera. Se dictó respecto a cada uno de ellos una orden gubernativa de expulsión y una decisión de internamiento; ellos impugnaron la legalidad del requerimiento de identificación y alegaron la inconstitucionalidad del artículo del Código de procedimiento penal en el que se fundó la acción policial debido a que tal disposición vulneraba los derechos y libertades garantizados por la Constitución ya que los compromisos de la República Francesa derivados del Tratado de Lisboa tienen rango constitucional, y que la citada disposición del Código de procedimiento penal, en cuanto autoriza controles en las fronteras con los demás Estados miembros, es contraria al principio de libre circulación de las personas establecido por el artículo 67.2 TFUE, que prevé que la Unión Europea garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores. Estuvieron detenidos desde el 23 de marzo hasta el 10 de abril de 2010.

Sobre la jurisprudencia en la materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. SALINAS DE FRIAS, A.: “Detención, garantías esenciales y Estado de Derecho en la juris-

aspectos ligados al cruce de fronteras, y algo de trascendental importancia en las relaciones entre el derecho interno constitucional y el derecho de la UE, de gran interés para España habida cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que, sin embargo, no podré tratar aquí.

Se planteaba, de un lado, si el art. 67 TFUE permite controlar en una zona próxima a la frontera la identidad de cualquier persona y comprobar si lleva los documentos requeridos por la ley. Para varios Gobiernos (alemán, helénico, neerlandés y eslovaco) los controles no sistemáticos, incluso tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en las zonas fronterizas siguen estando permitidos si se cumplen los requisitos previstos por el artículo 21 del Reglamento n° 562/2006 y estimaban que son controles distintos del control en las fronteras en el sentido del artículo 20 del Reglamento n° 562/2006. Para el Gobierno checo y para la Comisión no estaban permitidos por ser controles de fronteras encubiertos dado que sólo se permiten en las zonas fronterizas y no están sometidos a ningún otro requisito que la presencia de la persona controlada en una de esas zonas.

En esta cuestión, el Tribunal de Justicia declara que la normativa francesa no es compatible con el art. 67.2 TFUE al atribuir a las autoridades de policía del Estado miembro la competencia para controlar, únicamente en una zona de 20 kilómetros la identidad de cualquier persona, con independencia del comportamiento de ésta y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público, sin prever la necesaria delimitación de dicha competencia, que garantice que el ejercicio práctico de ésta no pueda tener un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas.

3.2. *Detención y asilo*

En el asunto Kadzoev¹⁷ el Tribunal de Justicia (Gran Sala, como en la casi totalidad de los asuntos comentados) tuvo que abordar una serie de problemas ligados a la detención de un inmigrante irregular a quien al aplicársele la Directiva 2008/115/CE sobre retorno de los nacionales de terceros países en

prudencia del TEDH", Revista de Derecho Político, n° 79, septiembre-diciembre 2010, pp. 285 y ss.

¹⁷ TJUE, sentencia de 30 de noviembre de 2009, Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), C-357/09 PPU. Se trataba de una persona que procedente de Turquía llega a Bulgaria sin documentos de identidad, primero oculta su identidad y después presenta documentos de dudosas autoridades chechenas y al que, a la vista de esos documentos, las autoridades rusas estiman que no está acreditada su nacionalidad rusa. Ante la decisión de expulsión de las autoridades búlgaras cambia su estrategia y solicita el estatuto de refugiado.

situación irregular alega una petición de estatuto de refugiado. A la espera de su expulsión fue recluido en un centro de internamiento temporal en 2006, en espera de que fuera posible la ejecución de la citada orden, es decir, hasta la obtención de los documentos que le permitieran viajar al extranjero, y la garantía de medios económicos suficientes para adquirir un documento de transporte con destino a Chechenia. En mayo de 2007 presentó una solicitud para obtener el estatuto de refugiado que le fue denegada. En Marzo de 2009, ante la imposibilidad de atribuirle una nacionalidad le consideraron apátrida.

Dado que la legislación búlgara permitía la detención indefinida de los inmigrantes irregulares, al adoptarse la Directiva se planteaba si habría que aplicar a una situación anterior a la misma el límite de detención establecido en la misma (18 meses), así como si para el cómputo de ese plazo se incluye el tiempo de detención excepcional hasta que se resuelve una petición de estatuto de refugiado. El Tribunal de Justicia de la Unión aclara que la duración máxima del internamiento que prevé la Directiva 2008/115 (denominada Directiva “retorno”) debe incluir el período de internamiento transcurrido en el marco de un procedimiento de expulsión iniciado antes de que el régimen de esa Directiva fuera aplicable (art. 15).

Es importante señalar que confirma la interpretación lógica de que no cabe detención para el demandante de asilo por el hecho de entrar sin documentos y pedir el asilo; es más la Directiva 2003/9 o Directiva “acogida” les garantiza el derecho a “circular libremente por el territorio del Estado miembro de acogida o dentro de una zona que les haya asignado dicho Estado miembro. La zona asignada no afectará a la esfera inalienable de la vida privada y ofrecerá suficiente margen para garantizar el acceso a todos los beneficios concedidos con arreglo a la presente Directiva”. Nadie debe sufrir privación de libertad por la única razón de que sea un solicitante de asilo (conforme a lo establecido por el art. 18.1 de la Directiva 2005/85¹⁸). Esta norma permite en los casos ex-

¹⁸ Directiva 2005/85 (“Procedimiento”), art. 18, “Internamiento 1. Los Estados miembros no mantendrán a una persona detenida por la única razón de que sea un solicitante de asilo. 2. Cuando se mantenga detenido a un solicitante de asilo, los Estados miembros velarán por que exista la posibilidad de una revisión judicial rápida.” En esta Directiva se prevé la posibilidad del internamiento o detención pero no regula los motivos.

Fue una directiva anterior, la Directiva 2003/9 (“Acogida”) la que constreñía la misma a situaciones específicas: Art.7 Residencia y libertad de circulación: 2. Los Estados miembros podrán asignar residencia al solicitante de asilo por razones de interés público, de orden público o cuando así lo requirieran la tramitación rápida y la supervisión eficaz de su solicitud. 3. Cuando ello resulte necesario, por ejemplo por motivos jurídicos o de orden público, los Estados miembros podrán confinar a un solicitante de asilo en un lugar determinado de conformidad con su legislación nacional.

cepcionales en que esté justificado el internamiento, pero los Estados miembros velarán por que exista la posibilidad de una revisión judicial rápida de esa situación. Es la Directiva 2003/9 (art. 7.2 y 3) la que reconoce la facultad del internamiento ligada a las situaciones en que resulte necesario o sea la forma de asegurar el fin del procedimiento. Es evidente que los Estados miembros de la UE se han reservado un amplísimo margen de discrecionalidad en la expresión “cuando ello resulte necesario”. Serán el conjunto de derechos establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales lo que permita poner un coto al amplio margen de discrecionalidad de los Estados encontrando un adecuado equilibrio entre el derecho a la libertad personal y los intereses generales de los Estados. Parece razonable sostener que el requisito de necesidad debe ser “de forma concreta” y no en abstracto¹⁹.

Por ello, el Tribunal diferencia con nitidez entre el internamiento a efectos de la expulsión, regulado por la Directiva 2008/115, y la detención de un solicitante de asilo, en especial en virtud de las Directivas 2003/9 y 2005/85 (fundamento 45). Tales detenciones están sujetas a regímenes jurídicos diferentes.

En todo caso la detención de un solicitante de asilo exige la revisión judicial para comprobar que ese internamiento se ajusta a los requisitos previstos por las disposiciones comunitarias y nacionales relativas al ámbito del asilo. Si la petición de asilo conllevó una orden de internamiento, entonces ese período no puede incluirse en el cómputo de la Directiva “retorno”. Pero si el internamiento siempre se basó en la detención ligada a su entrada irregular debe computarse la totalidad para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión previsto por el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115.

Otro concepto relevante interpretado en esa sentencia es el de “perspectiva razonable de expulsión” (art. 15.4) que tiene interés tanto cuando sin agotar los plazos de internamiento se llega a la convicción de la imposibilidad de ser expulsado a un tercer país como cuando ya están agotados. En este último caso de agotamiento de la duración máxima del internamiento (art. 15.6), este concepto pierde todo su sentido y en “ese supuesto la persona interesada debe ser inmediatamente puesta en libertad, en cualquier caso” (apartado 60). El concepto tiene únicamente relevancia si los plazos máximos de internamiento no se han agotado y se aprecia que no va a ser posible la expulsión; entonces, no se puede seguir reteniendo al inmigrante irregular y debe ser puesto en li-

¹⁹ Vid. OCELLO, E.: “La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso Saadi c. Regno Unito”, en *Il diritto dell'Unione Europea*, 1/2009, pp. 87 y ss., en particular, pp. 103-104.

bertad. El Tribunal afirma que “el internamiento de una persona a efectos de su expulsión sólo puede mantenerse mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión, y mientras sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término.”

Por ello, cuando los jueces revisen una situación de internamiento pendiente de expulsión deben comprobar que hay perspectivas reales de que esta se puede llevar a cabo. En el caso en cuestión, las autoridades búlgaras reconocen que no tienen esperanza de que sea admitido ni en su país de origen ni en el último del que procedía ni en un tercer país y reconocen que es una persona violenta, sin documentos válidos y sin medios para subsistir hasta el punto de preguntar al Tribunal de Justicia si ante esas circunstancias podrían mantenerlo detenido más del plazo previsto por la directiva 2008/115. Aún así, ante una situación como esa, el Tribunal confirma que no cabe mantener el internamiento y que tales circunstancias no pueden motivar la retención fundada en la Directiva. El Tribunal no tiene que entrar en esa cuestión, pero es obvio que deja la puerta abierta a que la conducta del inmigrante irregular, tras su puesta en libertad, pueda ser la que determine, si incurriera en algún delito, la aplicación de normas internas, pero nunca se puede fundar ya en la Directiva 2008/115.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En síntesis, de forma concreta de la jurisprudencia analizada se deduce que:

a) La cláusula de exclusión sólo se debe aplicar tras “un examen individual de hechos concretos” para determinar el grado de influencia o participación o poder en la organización armada de la persona en concreto y apreciar si hay motivos fundados de que esa persona cometió un grave delito común o era culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, o incitó a la comisión de esos delitos o actos.

b) Se abre la posibilidad a “otra clase de protección” puramente nacional cuyo contenido principal sea permitir la permanencia en el territorio sobre una base discrecional y por compasión o por motivos humanitarios, que no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva ni del Convenio de 1951.

c) Para el cese o la revocación del estatuto de refugiados por un cambio de circunstancias en origen lo que hay que valorar es la probabilidad del riesgo por otras circunstancias generadas por la evolución fáctica del conflicto.

d) En caso de denegación del refugio y expulsión, se interpreta el concepto de “daño grave” y violencia “indiscriminada”, en el sentido de que puede extenderse a personas sin consideración de su situación personal pero que pertenece a un círculo de víctimas potenciales. También debe tomarse en consideración la extensión geográfica de la situación de violencia indiscriminada así como el destino efectivo del solicitante en caso de expulsión al país de que se trate.

e) Es contraria al art. 67 TFUE la realización de controles de identidad de inmigrantes o de cualquier persona únicamente en una zona de 20 kilómetros, con independencia del comportamiento y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público pues ello tiene el efecto práctico equivalente al de las inspecciones fronterizas.

f) No cabe la detención del solicitante de asilo por el hecho de no tener documentos o entrar ilegalmente en un Estado miembro. Se reconoce excepcionalmente la facultad del internamiento ligada a las situaciones en que resulte necesario o sea la forma de asegurar el fin del procedimiento de asilo. Si sucede este internamiento, el tiempo transcurrido no cuenta para la detención por motivos de expulsión. Pero si el internamiento, independientemente de la solicitud de refugio, se hizo en el procedimiento de expulsión, se computara para el plazo máximo de los 18 meses previsto en la Directiva 2008/1158 (Directiva retorno).

g) Se interpreta el concepto de “perspectiva razonable de expulsión” (art. 15.4 de la Directiva “retorno”): El concepto tiene únicamente relevancia si los plazos máximos de internamiento no se han agotado y se aprecia que no va a ser posible la expulsión; entonces, no se puede seguir reteniendo al inmigrante irregular y debe ser puesto en libertad. En esos casos nunca se debe esperar al plazo máximo de internamiento.

La normativa de asilo y retorno de inmigrantes merece una segunda reflexión general respecto de la técnica legislativa y no es precisamente positiva.

Son demasiadas normas dispersas para regular un mismo status, el de refugiado. Casi todas las normas regulan aspectos repetidos pero de forma incompleta y parcial (los derechos protegidos, la reunificación familiar, el internamiento, etc.) en una técnica legislativa muy poco transparente y eficiente que exige un esfuerzo desproporcionado para conocer el estado de la cuestión en relación con un derecho o una situación, en este caso el derecho al estatuto de refugiado. A su vez, los Estados tienen un problema con esa dispersión de normas en el tiempo. O deciden ir transponiendo en su plazo una a una, y por tanto haciendo modificaciones inconexas y que pueden ser objeto de segun-

das reformas o se arriesgan y esperan a tener un conjunto de directivas y las transponen fuera de plazo y tratando, infructuosamente, de dar coherencia a todas las reformas. Lo deseable es que al menos la UE hiciera una refundición de las directivas en vigor sobre asilo en una única armonizada e integrada y los Estados pudieran corregir, si fuera necesario, las incoherencias o insuficiencias de su propia transposición.

Por otra parte, las Directivas vigentes sobre asilo e inmigración, y en especial la Directiva “calificación”, son demasiado laxas permitiendo a los Estados una casi ilimitada discrecionalidad; quizás esta forma fragmentaria de legislar permita ir obteniendo acuerdos en materias consideradas altamente políticas por los Estados, en las que las concesiones son de mínimos y logradas con fórceps. La función armonizadora de estas directivas es, en consecuencia, escasa y no muy práctica pues al final lo que importa es cómo cada Estado miembro regula el derecho de asilo. Los niveles exigidos por estas Directivas son bajos y, además, siempre dejan la puerta abierta a la aplicación preferente de normas nacionales más protectoras o más generosas a la hora de calificar situaciones de protección del refugiado (o del inmigrante en situación irregular) hasta el punto de que la normativa nacional puede eliminar las causas de exclusión del refugio de las obligaciones internacionales, por lo que es una falacia hablar de un derecho común de asilo y es más realista hablar de un mínimo común denominador fundado en la Convención de Ginebra, por lo que buena parte del contenido de las Directivas son innecesarias. Cada Estado se reserva el derecho a escoger a sus refugiados.

Salamanca, febrero de 2011