

LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN EL AMBITO DEL CONSEJO DE EUROPA: ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS

TERESA FREIXES SANJUÁN *
y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL **

En este trabajo se exponen los criterios que, de acuerdo con el Convenio Europeo de Derecho Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, deben seguir las normas que, en desarrollo de las políticas migratorias, sean elaboradas por el legislador español regulando derechos de los extranjeros. El respeto al Convenio y Tribunal europeos viene impuesto por las exigencias constitucionales de los artículos 13, 10.2 y 96 de la Constitución.

This paper presents the criteria which, in accordance with the European Convention on Human Rights and the legal precedents set by the Court in Strasbourg, must be followed when the Spanish legislator develops norms regulating migratory policy and the rights of foreigners. The obligation to abide by the European Convention and Courts is stipulated in Sections 13, 10.2 y 96 of the Spanish Constitution.

* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Barcelona.

** Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Barcelona.

INTRODUCCION

El artículo 13 de la Constitución española dispone que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley; asimismo establece que solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23¹, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (art. 23.1 y 2 de la CE). Estos artículos, todos ellos referidos a derechos de los extranjeros, deben ser interpretados, según el artículo 10.2 de la CE, de conformidad con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Además, según el artículo 96 de la CE, los tratados internacionales suscritos por España, forman parte del ordenamiento interno desde su publicación oficial.

Esta integración de los tratados en el ordenamiento interno y la necesidad de que la interpretación sobre los derechos constitucionales se ajuste a tales reglas internacionales cobra especial importancia en el supuesto de los derechos que, paralelamente a su regulación constitucional y desarrollo normativo interno, tienen también un reconocimiento y protección en textos internacionales, especialmente en el derecho elaborado en el ámbito del Consejo de Europa.

Además, en aplicación del artículo 10.2 de la CE, los tratados o acuerdos internacionales ratificados por España, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ayudan a configurar el «contenido y alcance» y el «perfil exacto» de los derechos fundamentales reconocidos por la

¹ El artículo 23 de la CE regula el derecho de participación en los asuntos públicos y el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos.

Constitución². Entre ellos, tanto por las exigencias de su aplicabilidad como norma de derecho interno (derivadas del mandato del art. 96.1 de la CE), como por el hecho de que en el mismo se prevé un órgano jurisdiccional de garantía (el Tribunal de Estrasburgo), destacaré el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales³.

I. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 1 del Convenio Europeo dispone que las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en su Título I, otorgando de esta forma al Convenio una efectividad o alcance territorial⁴.

El Convenio Europeo, además, o bien reconoce los derechos a «toda persona» o bien prohíbe que «nadie» padezca determinadas vejaciones, con lo que se entiende que los derechos reconocidos en el mismo afectan por igual a toda

² Sentencias del Tribunal Constitucional 28/1991 al Recurso de Inconstitucionalidad contra la ley reguladora de las elecciones al Parlamento Europeo y 254/1993 al Recurso de Amparo Olaverri contra el Gobierno Civil de Guipúzcoa respecto del control sobre datos individuales informatizados.

³ El Convenio Europeo de Derechos Humanos no se agota con el texto de su articulado, puesto que le han sido adicionados una serie de Protocolos entre los cuales destacaremos, pese a no haber sido ratificado por España (con todos los inconvenientes para los derechos de los extranjeros que se derivan de la falta de adhesión a tal Protocolo) el Protocolo Adicional número 7, de 22 de noviembre de 1984, que se refiere al ejercicio de determinados derechos por parte de extranjeros que se hallen en el territorio de los estados signatarios del mismo. Concretamente, en este Protocolo se instrumentan garantías jurídicas que deben ser aplicadas en los procedimientos de expulsión de extranjeros.

⁴ Artículo 1 del Convenio Europeo: «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.»

persona que se halle bajo la jurisdicción de cualquiera de los estados-parte, tenga o no la nacionalidad del mismo. Además, la única referencia que en el texto del Convenio se realiza con respecto de los extranjeros se encuentra en el artículo 16 de la CEDH⁵ cuando éste autoriza que se puedan imponer restricciones a su actividad política.

Por otra parte, en el mismo texto del Convenio, en el artículo 14, se establece la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de, entre otras, origen nacional⁶.

Los estados-parte no pueden, en consecuencia, introducir diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, que vulneren el principio general de igualdad que deriva de la interpretación sistemática de los derechos garantizados por el Convenio Europeo.

El Tribunal Europeo, en varias de sus sentencias reafirma lo dispuesto por el Convenio e, incluso, va más allá de lo que éste regula expresamente respecto de la extensión de los derechos a los extranjeros:

- Así tenemos que, por una parte, el Tribunal Europeo no ha puesto ningún tipo de objeción a las demandas que la Comisión le ha reenviado y que habrían sido interpuestas ante ésta por no nacionales del Estado demandado. Por poner unos ejemplos podemos citar el *Asunto McGoff contra Suecia* (ciudadano irlandés) en reclamación relativa al derecho a la libertad personal, *Asunto Pakelli contra la República Federal Alema-*

⁵ Artículo 16 del Convenio Europeo: «Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.»

(El art. 10 del Convenio se refiere a la libertad de expresión e información, el art. 11 de la CEDH a la libertad de reunión y asociación y el art. 14 de la CEDH a la igualdad y no discriminación.)

⁶ Artículo 14 del Convenio Europeo: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.»

na (ciudadano turco) alegando violación del derecho a un juicio equitativo, el *Asunto O contra el Reino Unido* (ciudadano irlandés) en un supuesto relacionado con la protección a la familia, el *Asunto Sramek contra la República Federal Alemana* (ciudadana estadounidense) en cuestiones relacionadas con el acceso a la propiedad y el derecho a un tribunal independiente e imparcial, o el *Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido* (ciudadanas pakistaníes) alegando discriminación en relación con la protección a la vida familiar.

- Por otra parte, en determinadas sentencias, el Tribunal Europeo ha otorgado protección a los extranjeros en virtud de una interpretación extensiva del artículo 3 de la CEDH⁷ cuando éste dispone que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, considerando que, cuando en una extradición o expulsión existen fundamentos que permiten pensar que el afectado puede ser sometido a torturas o tratos inhumanos en el país de destino puede existir violación del mencionado artículo 3 de la CEDH si se ejecutan tales expulsiones o extradiciones (*Asunto Soering contra el Reino Unido*), por lo que no procedería efectuar la extradición o expulsión. Sensu contrario, en el *Caso Cruz Varas contra Suecia*, el TEDH considera compatible con el Convenio la concesión de una extradición cuando no existen fundamentos que permitan pensar que el extraditado pueda sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes. En el *Asunto Chahal contra el Reino Unido* el TEDH afirma que la protección asegurada por el artículo 3 de la CEDH debe interpretarse ampliamente puesto que éste artículo no está sujeto a restricciones ni cuando existe un peligro público que amenace la vida de la nación. Y En el *Asunto Ahmed*

⁷ Artículo 3 del Convenio Europeo: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»

contra Austria el TEDH afirma que, cuando está en juego el artículo 3 de la CEDH, el comportamiento de la persona es indiferente y, en consecuencia, no procede expulsar a un extranjero acogido al derecho de asilo, aunque haya sido condenado en un proceso judicial, si se mantienen las razones que justificaron la concesión del estatuto de refugiado político.

- Del mismo modo el TEDH ha extendido a los extranjeros la protección que se concede a la vida familiar en el artículo 8 de la CEDH⁸. En el *Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*, el TEDH considera que el Convenio puede generar obligaciones positivas de los estados destinadas a garantizar un efectivo respeto a la vida familiar, las cuales no excluyen de por sí su adopción en el campo de la inmigración; en esta misma sentencia el TEDH determina que el legítimo control de los estados sobre la inmigración debe ejercerse de forma compatible con el Convenio. A su vez, en el *Asunto Berrehab contra los Países Bajos*, el TEDH ha considerado que la negativa a conceder un permiso de residencia a un extranjero que pretende visitar con frecuencia a un hijo de corta edad constituye un límite desproporcionado al derecho al respeto a la vida familiar y, por lo tanto, es incompatible con el Convenio. En el *Asunto Moustaquim contra Bélgica* el TEDH considera desproporcionada una orden de expulsión de una persona con demostrado arraigo familiar en el país de residencia. En el *Asunto Beljoudi contra Francia*, el

⁸ Artículo 8 del Convenio Europeo: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.»

TEDH cree que la expulsión de un nacional argelino casado con una francesa pone en peligro la unidad familiar y la persistencia del matrimonio, por lo que es contraria al artículo 8 del Convenio. El *Asunto Nasri contra Francia* plantea el supuesto de una expulsión decretada contra un extranjero condenado cuya sordomudez congénita es considerada por el Tribunal Europeo como de necesario tratamiento en el ámbito de su familia, que tiene arraigo suficientemente demostrado y, en consecuencia, el TEDH considera que tal expulsión sería desproporcionada e incompatible con el Convenio. Por contra, en el *Asunto Gül contra Suiza*, el TEDH acepta que se deniegue la reunificación familiar de un hijo con sus padres cuando éstos tienen un permiso de residencia no permanente expedido por razones humanitarias y el hijo siempre ha residido en su país de origen. Al mismo tiempo, el TEDH, en el *Asunto C. contra Bélgica* considera compatible con el Convenio la expulsión de una persona condenada judicialmente cuando ha mantenido vínculos sociales y afectivos con su país de origen.

- Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado con relación a retenciones de extranjeros inmigrantes en situación irregular en zona internacional de los aeropuertos, estableciendo en el *Asunto Amuur contra Francia* determinadas garantías con que deben contar estas retenciones para que puedan ser consideradas compatibles con el Convenio, ya que las zonas de tránsito no gozan de extraterritorialidad y en ellas deben respetarse las normas vigentes que, además, han de respetar lo dispuesto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Y el Tribunal Europeo, desde otro orden de consideraciones, establece en el *Asunto Gaugusuz contra Austria* que no existe justificación objetiva ni razonable para discriminar a los residentes legales extranje-

ros respecto del trato que se da a los nacionales en materia de prestaciones complementarias de la Seguridad Social.

No podemos considerar, no obstante, que esta jurisprudencia permita realizar interpretaciones extensivas en todo caso, de manera que toda diferencia de trato a que pueda ser sometido un extranjero sea incompatible con el Convenio. Sin embargo, de su existencia, como mínimo, se deduce un principio general (que ya está implícito en el Convenio pero que el Tribunal Europeo reafirma) favorable a la aplicación territorial y no personal del Convenio. Y cabe también destacar la afirmación realizada por el Tribunal Europeo en el sentido de obligar a que las políticas migratorias se configuren dentro del respeto a los derechos del Convenio. En consecuencia, toda persona sometida a la jurisdicción de los estados-parte podrá reclamar la protección que el Convenio Europeo concede a los derechos incluidos en su texto.

Esta construcción jurisprudencial cobra especial significación en la interpretación que se tenga que realizar en nuestro sistema de derechos con relación al ejercicio que de los mismos realicen los extranjeros. En efecto, tal como hemos afirmado anteriormente, el artículo 13 de la CE⁹, al disponer que los extranjeros gozarán en España de los derechos que se garantizan en el Título I de la Constitución «en los términos que establezcan los tratados y la ley», realiza una remisión directa a los tratados internacionales que nos introduce inmediatamente en el ámbito de lo dis-

⁹ Artículo 13 de la Constitución española: «1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.»

(El art. 23 de la CE se refiere al derecho al sufragio y al acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad.)

puesto en el artículo 1 de la CEDH sobre la aplicación territorial del Convenio Europeo y, subsiguientemente, a la regulación que sobre los derechos efectúa el Convenio y a la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto sobre el efecto territorial y no personal del Convenio Europeo como sobre el alcance de cada uno de los derechos regulados en el mismo.

Como consecuencia, los extranjeros deberán poder ejercitar sus derechos en España a partir del standard mínimo exigido por el Convenio Europeo sin que, sobre los derechos que integran el sistema del Convenio, puedan existir más restricciones que las previstas en el mismo, y ello teniendo en cuenta que, si la regulación derivada del sistema español de derechos les resulte más favorable, será ésta la que, como consecuencia del carácter de mínima garantía del Convenio, deberá serles aplicada.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS APLICABLE A LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Sentado el principio de la aplicación territorial del Convenio Europeo y de su interpretación fidedigna por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es necesario examinar en qué manera interpreta este Tribunal los derechos cuando se encuentra frente a titulares extranjeros.

Del examen de los casos en los que se constata que los demandantes no poseen la nacionalidad de un estado-partes y que son extranjeros provenientes de terceros países, podemos extraer los siguientes criterios:

1. Con relación a la exigencia de igualdad y la prohibición de discriminación

El artículo 14 de la CEDH dispone que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Hay que advertir al respecto que, con relación a este artículo 14, la versión francesa e inglesa del Convenio, que son las oficiales, no coinciden: la versión francesa dispone que el goce de los derechos ha de reconocerse «sans distinction aucune» (texto que impone la igualdad de trato), mientras que la versión inglesa afirma que tal goce ha de asegurarse «without discrimination» (admitiendo el trato distinto que no sea discriminatorio. La discrepancia entre ambas versiones ha sido saldada por el Tribunal Europeo desde la primera sentencia en la que tuvo que abordar problemas en relación con el artículo 14 de la CEDH, el *Asunto del régimen de la lengua en Bélgica*, disponiendo que la igualdad impuesta por el artículo 14 de la CEDH tenía que interpretarse en el sentido de la versión inglesa, es decir, como prohibición de discriminación.

Con relación, pues, a los derechos de los extranjeros, el Tribunal Europeo ha aplicado el artículo 14 de la CEDH en diversas sentencias, adoptando los siguientes criterios jurisprudenciales:

A) *Respecto de la igualdad entre mujeres y hombres el TEDH considera que las políticas migratorias, a los efectos de la concesión de los permisos de trabajo y residencia, han de regularse en condiciones de igualdad de derechos para ambos cónyuges:*

Con relación a la igualdad entre mujeres y hombres y la prohibición de discriminación por razón de sexo, el Tribu-

nal Europeo considera que el otorgamiento de permisos de entrada y residencia ha de realizarse en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en el caso de cónyuges de trabajadores extranjeros legalmente establecidos (*Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*).

En este caso las recurrentes, extranjeras que poseían permiso de trabajo y residencia en el Reino Unido, impugnaban la política migratoria de este país a partir de la cual, los extranjeros con residencia legal podían obtener el permiso de residencia de sus esposas, pero no se atribuía el mismo efecto a los permisos de residencia de extranjeras que pretendieran reunirse con sus maridos.

La base jurídica de la pretensión de las recurrentes se sitúa en el artículo 8 de la CEDH cuando éste impone el respeto a la vida privada y familiar¹⁰, en relación con el artículo 14 de la CEDH cuando éste prohíbe cualquier distinción por razón de origen nacional. El Gobierno del Reino Unido argumentaba que el Convenio Europeo no era aplicable a la política migratoria.

El Tribunal Europeo, por su parte, afirma que, al garantizar el derecho al respeto a la vida familiar, el artículo 8 de la CEDH presupone la existencia de una familia, y que, si se trata de una pareja casada, la expresión vida familiar comprende normalmente la convivencia¹¹. Por otra parte, el

¹⁰ Artículo 8 del Convenio Europeo: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.»

¹¹ Invoca al respecto el Caso Marckx, en relación con las discriminaciones que originaba en Holanda la discriminación existente entre hijos nacidos de matrimonio legal e hijos que habían nacido sin existencia previa de matrimonio legal, los cuales tenían que ser adoptados para ser llamados a suceder e, incluso tras su adopción, sus derechos suce-

TEDH reconoce el derecho de los estados a controlar la entrada de los no nacionales en su territorio. Debido a que las recurrentes no eran inmigrantes que ya tuvieran una familia a la que hubieran dejado tras de sí en otro país hasta el reconocimiento de su derecho a permanecer en el Reino Unido sino que contrajeron matrimonio una vez establecidas legalmente en este país como solteras, el TEDH no considera que haya existido violación del derecho a la vida familiar del artículo 8 de la CEDH. Conclusión que, sensu contrario, implicaría la existencia de violación del derecho al respeto de la vida familiar si las recurrentes hubieran estado casadas antes de establecerse legalmente en el Reino Unido.

De otro lado, el TEDH examina, una vez descartada la vulneración del artículo 8 de la CEDH¹², si ha podido existir discriminación a la luz del artículo 14 de la CEDH. Para ello aplica el «test» de tres puntos que constituye una constante en la determinación de la doctrina del Tribunal Europeo acerca de la igualdad y no discriminación¹³. Tras

sorios eran distintos e inferiores a los hijos nacidos de matrimonio legal. El TEDH consideró discriminatoria esta diferencia de trato y equiparó a todos los hijos con independencia del estado civil de sus padres.

¹² Para el Tribunal Europeo el derecho a la igualdad carece de existencia independiente y no cabe alegarlo si no es con relación a otro de los derechos del Convenio (desde el Caso Sindicato Nacional de la Policía Belga) el TEDH declara que el artículo 14 de la CEDH forma parte integrante de todos y cada uno de los diversos artículos que garantizan los derechos y libertades, cualquiera que sea la naturaleza de estos últimos.

¹³ Como hemos señalado anteriormente, desde el *Asunto del régimen de la lengua en Bélgica*, el TEDH se inclina por la versión inglesa del texto oficial del Convenio, entendiendo igualdad como no discriminación y considerando, como consecuencia, que el artículo 14 de la CEDH no prohíbe toda diferencia de trato. Admitiendo, pues, que no todo trato diferente comporta violación del Convenio, puesto que únicamente es incompatible con el mismo aquel que implique trato discriminatorio, el TEDH considera que es necesario averiguar, en cada caso concreto, si la diferencia de trato viola o no el artículo 14 de la CEDH. Para ello, ya en esta sentencia, sienta los criterios generales que permiten afirmar si existe o no trato discriminatorio, afirmando que:

1. La igualdad de trato queda violada cuando, entre casos comparables, la distinción carece de justificación objetiva.

afirmar que los estados gozan de un cierto margen de discrecionalidad para regular la entrada de no nacionales en su territorio, el TEDH considera que en el Reino Unido era más fácil para un hombre extranjero que se hubiera establecido allí legalmente, obtener el permiso de residencia para su cónyuge no nacional, que si quien efectuaba tal solicitud se trataba de una mujer extranjera. Rechazando las tesis del Gobierno del Reino Unido respecto de la incidencia de la emigración en el mercado de trabajo, el TEDH afirma no estar convencido de que la diferencia de impacto en el mercado de trabajo originado por la entrada de emigrantes hombres o de emigrantes mujeres, pueda justificar una diferencia de trato como la que se deriva de las leyes de emigración que otorgan el permiso de residencia a las cónyuges femeninas pero no a los cónyuges masculinos, de trabajadores legalmente establecidos en el Reino Unido.

Como consecuencia, el Tribunal Europeo exige igualdad de trato entre hombres y mujeres a los efectos de la concesión de permisos de entrada y residencia para los cónyuges de trabajadores extranjeros legalmente establecidos.

B) *Respecto de la prohibición de discriminación por razón de origen nacional:*

En el artículo 14 de la CEDH se prohíbe la discriminación por razón de origen nacional. Ello ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el

-
2. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad de los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas.
 3. El artículo 14 del Convenio también se ve violado cuando resulta que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Ver, al respecto, FREIXES SANJUÁN, T.: «Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 11/12. Universidad de Valencia, 1995.

sentido de que la igualdad garantizada por el Convenio no comporta trato idéntico entre nacionales extranjeros ni tampoco exige que siempre exista equiparación entre extranjeros nacionales de estados miembros de la Unión Europea y extranjeros provenientes de terceros estados (*Asunto Moustaquim contra Bélgica*, *Asunto C contra Bélgica* y *Asunto Gaygusuz contra Austria*). En este sentido, el Tribunal Europeo afirma que:

- *El Convenio no otorga igualdad absoluta de trato entre extranjeros de terceros estados y extranjeros nacionales de estados de la Unión Europea (Asunto Moustaquim y Asunto C., ambos contra Bélgica).*

En ambos casos se discute si es compatible con el Convenio la legislación belga sobre expulsión de extranjeros cuando, para los provenientes de terceros estados las condenas penales pueden justificar la expulsión mientras que, con relación a los extranjeros nacionales de otros estados pertenecientes a la Unión Europea, una condena penal no basta para exponerlos a tal medida.

El Tribunal Europeo recuerda que el artículo 14 de la CEDH protege contra discriminaciones que afecten a individuos situados en condiciones análogas. Considera que puede darse un trato diferente a un menor delincuente belga y un menor delincuente extranjero. Para el TEDH, Bélgica está sometida a un orden jurídico específico, como es el derivado de su pertenencia a la Unión Europea, y ello justifica que las normas belgas reguladoras de las expulsiones puedan otorgar un trato distinto a los extranjeros comunitarios y que los extranjeros provenientes de terceros estados no gocen del mismo régimen de permanencia en el territorio.

- *El Convenio prohíbe que los extranjeros residentes legales sean discriminados con relación a los nacionales de un Estado en materia de prestaciones de la seguridad social (Asunto Gaygusuz contra Austria).*

En este caso se trataba de una reclamación por denegación de la prestación por desempleo que la legislación austriaca subordinaba al pago previo de las contribuciones a la caja de seguro de desempleo. El demandante, extranjero residente en Austria y que había cotizado a la seguridad social por el mismo concepto y sobre la misma basa que los nacionales austriacos, había visto denegada su petición exclusivamente por la comprobación de que no poseía la nacionalidad austriaca y no figuraba entre las personas dispensadas de cumplir esta condición.

Dado que la igualdad proclamada por el Convenio no tiene existencia independiente de los derechos que en aquél se reconocen, la discriminación alegada se basaba en la aplicación del artículo 1.1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo, que dispone que toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. El contenido económico de las prestaciones por desempleo sitúan esta reclamación bajo el ámbito de la conexión entre el artículo 14 de la CEDH y el artículo 1.1 del Protocolo Adicional.

Para el TEDH el señor Gaygusuz, reuniendo las demás condiciones legales para la atribución de tal prestación, se encontraba en una situación análoga a la de los nacionales austriacos en cuanto a su derecho al seguro de desempleo, por lo que la falta de nacionalidad austriaca no comportaba una razón «objetiva y razonable» para justificar su exclusión de la prestación.

2. Con relación a las expulsiones o extradiciones a terceros países en los que existan indicios fundados de que la persona transferida pueda ver impuesta en peligro su vida o ser objeto de tortura o tratos inhumanos o degradantes incompatibles con el convenio

En varias sentencias, el Tribunal Europeo aplica el artículo 3 de la CEDH, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes¹⁴ para impedir que puedan ser expulsadas o extraditadas aquellas personas que puedan ser objeto de tortura o tratos inhumanos o degradantes en los países de destino (*Asunto Soering contra el Reino Unido*, *Asunto Chahal contra el Reino Unido* y *Asunto Ahmed contra Austria*). El Tribunal Europeo ha establecido al respecto los siguientes criterios:

— *Los estados no pueden otorgar una extradición cuando de ella pueda derivarse violación del artículo 3 del Convenio (Caso Soering contra el Reino Unido).*

En este caso el Tribunal Europeo se enfrentaba a la interpretación del artículo 5 de la CEDH, cuando éste autoriza la detención de una persona contra la que se sigue un procedimiento de extradición, en re-

¹⁴ El artículo 3 de la CEDH dispone: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»

Este artículo no puede ser objeto de derecho de derogación por parte de los estados signatarios del Convenio, ya que el artículo 15 de la CEDH establece que:

«1. En caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, siempre que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo en el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párr. 1) y 7.»

lación con el artículo 3 de la CEDH, que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes.

Tras recordar que el artículo 3 de la CEDH no puede ser objeto de derogación en ningún caso¹⁵, el TEDH afirma que, pese a que el Convenio no consagra un derecho a no ser extraditado, del mismo Convenio se deduce una obligación implícita de no extraditar en el caso de que el fugitivo corra el riesgo de sufrir en el estado de destino penas o tratamientos inhumanos o degradantes.

Siguiendo esta jurisprudencia, el TEDH considera, *sensu contrario* y en otro caso¹⁶, que no se ha violado el Convenio concediendo una extradición que no conlleva el peligro de ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes en el país de destino.

— *Los Estados no pueden expulsar a una persona que corra peligro real de ser sometida a malos tratos en el país de destino, aunque la expulsión estuviera motivada en razones de seguridad nacional (Asunto Chahal contra el Reino Unido).*

Se trataba, en este caso, de la expulsión hacia la India de una persona perteneciente a la comunidad Sikh en cuyo seno ocupaba un cargo notorio.

El TEDH, tras destacar que ni el Convenio ni sus Protocolos consagran el derecho al asilo político considera, de otro lado, que el artículo 3 de la CEDH no prevé restricción alguna a su aplicación y que, aún por razones de seguridad nacional, especialmente la lucha contra el terrorismo, este artículo 3 no sufre

¹⁵ El artículo 15 de la CEDH, que permite que los estados puedan derogar las garantías del Convenio, dispone que en ningún caso pueda quedar derogada la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes.

¹⁶ Nos referimos al *Asunto Cruz Varas contra Suecia*, en el que el Tribunal Europeo no consideró probado que el extraditado pudiera estar expuesto a tales situaciones.

ninguna excepción, incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la nación¹⁷.

Para resolver el caso el TEDH examina cual es la situación en el Pendjab y las garantías ofrecidas por el Gobierno de la India, constatando que la policía del Pendjab tenía por hábito actuar sin respetar los derechos humanos de los Sikhs, que se perseguía a las personas que buscaban refugio en regiones indias alejadas del Pendjab, así como que no existían pruebas concretas relativas a una reforma o una reorganización profunda de la policía del Pendjab para garantizar los derechos humanos en sus acciones. El TEDH no se convence de que las seguridades ofrecidas por el Gobierno de la India con relación a la seguridad del señor Chahal, estimando que la notoriedad del mismo tiende a aumentar los peligros que corre. En consecuencia, el TEDH considera acreditado que el señor Chahal se arriesga realmente a sufrir malos tratos contrarios al artículo 3 de la CEDH si es devuelto a la India.

Como consecuencia de estas consideraciones, el TEDH considera que esta expulsión fuera ejecutada se produciría una violación del artículo 3 del Convenio Europeo.

— *El análisis de las circunstancias que justifican la no expulsión de un extranjero acogido al derecho de asilo y condenado judicialmente, han de apreciarse con relación a la situación existente en el país de destino en el momento de la expulsión (Asunto Ahmed contra Austria).*

En este asunto se trataba de examinar si una persona que gozaba del estatuto de refugiado político, podía ser expulsada a Somalia por razón de haber sido condenado penalmente.

¹⁷ Sobre los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a las medidas que pueden tomar los estados en su lucha contra el terrorismo, ver REMOTTI CARBONELL, J. C. «El derecho de derogación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 16, 1996.

El TEDH considera que expulsión de un extranjero puede comprometer la responsabilidad del Estado en cuestión conforme al Convenio, cuando existen motivos serios y acreditados para creer que el interesado, si se le expulsa hacia el país de destino, correrá allí un riesgo real de ser sometido a un tratamiento contrario al artículo 3 de la CEDH. En estos casos, para el TEDH, el comportamiento de la persona, aún cuando fuere considerado inaceptable o peligroso, no es razón que justifique su expulsión.

Para determinar si existe o no tal peligro, el TEDH afirma que si bien es cierto que los hechos históricos (es decir, aquéllos que justificaron la concesión del estatuto de asilado) presentan interés en la medida en que permiten aclarar la situación actual y su probable evolución, son las circunstancias presentes las que resultan determinantes.

De esta manera, la situación en Somalia al momento de pronunciarse la sentencia del Tribunal Europeo, no había cambiado significativamente, puesto que el país seguía en guerra civil y nada indicaba que los peligros que corría el señor Ahmed en el pasado hubieran dejado de existir. Como consecuencia, de producirse efectivamente su expulsión hacia Somalia, se violaría el artículo 3 del Convenio.

3. Con relación a la protección de la vida familiar de personas extranjeras

El derecho a la protección de la vida familiar se encuentra garantizado por el artículo 8 de la CEDH y, en aplicación del criterio de territorialidad que impone el artículo 1 de la CEDH, los extranjeros que se hallen en cualquier Estado parte en el Convenio, gozan también de la titularidad de este derecho. Sin embargo, su ejercicio puede estar condicionado por las políticas migratorias definidas por los estados siempre que estas limitaciones estén previstas por la

ley, estén justificadas objetiva y razonablemente para cumplir finalidades legítimas y sean proporcionadas a las circunstancias que originaron su adopción¹⁸. Varias Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Asunto Berrehab contra los Países Bajos*, *Asunto Moustaquim contra Bélgica*, *Asunto Beljoudi contra Francia*, *Asunto Nasri contra Francia*, *Asunto Gül contra Suiza*, *Asunto C. contra Bélgica* y *Asunto Bouchelkia contra Francia*) analizan diversas cuestiones relacionadas con el derecho a la protección de la vida familiar, tanto en relación con el derecho de reagrupación familiar, como con su compatibilidad con las expulsiones decretadas por los estados. Los criterios que consideramos más importantes al respecto son:

a) *Respecto del derecho a la reagrupación familiar el TEDH considera que hay que encontrar un justo equilibrio entre los intereses de los individuos y los de la sociedad en general (Asunto Gül contra Suiza).*

Se trata, en estos supuestos, de conseguir que un extranjero consiga reagrupar en su país de residencia, a de-

¹⁸ El Tribunal Europeo ha configurado un escrutinio o «test» que debe ser respetado en los supuestos en que los estados, dentro del margen de apreciación que les configura el Convenio Europeo de Derechos Humanos, establezcan limitaciones a los derechos garantizados por el propio Convenio. El escrutinio se establece en tres puntos:

1. Las limitaciones han de estar descritas en ley (norma jurídica preexistente a la limitación, de rango concorde con el sistema de fuentes del Estado en cuestión, elaborada con la precisión suficiente para que los ciudadanos puedan acomodar a ella su conducta, que ha de poder ser conocida por sus destinatarios y ha de contener garantías suficientes contra los abusos).
2. Las limitaciones han de ser necesarias en una sociedad democrática para alcanzar finalidades legítimas y justificadas en forma objetiva y razonable.
3. Las limitaciones han de ser proporcionadas a la causa que las originó y a la finalidad legítima con ellas pretendida.

Sobre el «test» de los límites configurado por el TEDH ver FREIXES SANJUÁN, T.: *ob. cit.*

terminados miembros de su familia que permanecen en su país de origen.

El Tribunal Europeo analiza este derecho en relación con el artículo 8 del Convenio, cuando éste es alegado por personas que no tienen la nacionalidad del Estado-parte en el *Asunto Gül contra Suiza*, en el que se trata de decidir si un matrimonio que tiene un permiso no permanente de residencia, concedido por razones humanitarias como consecuencia de la necesidad de recibir un tratamiento médico a raíz de un grave accidente, tiene derecho a que su hijo, que ha residido siempre en Turquía y ha crecido en el entorno cultural y lingüístico de este país, obtenga un permiso para residir con sus padres.

El Tribunal Europeo considera que es necesario alcanzar un justo equilibrio entre los intereses del individuo y los de la sociedad en su conjunto. En este sentido, los Estados tienen derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio y ello gozando de un cierto margen de apreciación, al mismo tiempo que los individuos tienen derecho al respeto a su vida familiar.

Habida cuenta que, si bien los esposos Gül residen en Suiza de manera legal, no disponen de un derecho de residencia permanente y que no existe un obstáculo decisivo para el desarrollo de una vida familiar en Turquía, a lo que se añade el hecho de que su hijo haya vivido siempre en ese país, el Tribunal Europeo considera que la negativa a acoger en Suiza al hijo de los demandantes no constituye una violación del Convenio.

b) Respecto del respeto a la unidad de la familia El TEDH afirma que la denegación de la prórroga del permiso de residencia a un padre divorciado origina una ruptura de la unidad familiar con relación a los hijos que no es compatible con el Convenio Europeo (Caso Berrehab).

En este supuesto el TEDH examina la denegación de una prórroga de residencia a un extranjero divorciado que, con anterioridad a la denegación de la prórroga de la autorización de residencia en los Países Bajos, visitaba regu-

lar y frecuentemente a su hija. El TEDH considera que, en este caso, el vínculo de vida familiar, aunque no aplicable con relación al cónyuge neerlandés puesto que existía divorcio, se mantenía entre el padre y la hija.

De acuerdo con la legislación de los Países Bajos, la denegación de la prórroga del permiso de residencia, originaba la expulsión del recurrente del territorio neerlandés, impidiéndose así que continuara la relación familiar preexistente entre el demandante y su hija.

Para el TEDH es decisivo el hecho de que no se trata de una solicitud de un primer permiso de residencia, sino de una prórroga en favor de una persona que había residido legalmente durante varios años en los Países Bajos y que había tenido un hijo de su matrimonio con una neerlandesa. Tras reconocer que los estados tienen un amplio margen de discrecionalidad para regular las entradas y la residencia de los extranjeros, el TEDH consideró desproporcionada la ruptura de la unidad familiar existente entre el padre y la hija, que se originaba con la denegación de la prórroga del permiso de residencia.

c) Respecto de la protección de la vida familiar como límite a las expulsiones de personas extranjeras:

En este punto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado la protección de la vida familiar desde distintas perspectivas, habida cuenta las diferentes circunstancias que originan los mandatos de expulsión ordenados por los Estados. Así, la existencia de arraigo familiar (*Asunto Moustaqim contra Bélgica*), la puesta en peligro de la persistencia misma de un matrimonio (*Asunto Beljoudi contra Francia*), o la necesidad de protección del vínculo familiar de un extranjero condenado penalmente aquejado de sordomudez congénita (*Asunto Nasri contra Francia*), son considerados por el TEDH como límites al derecho de los estados a expulsar de su territorio a personas extranjeras. Por el contrario, el TEDH considera compatibles con el Convenio las expulsiones de extranjeros condenados penalmente que mantenían vínculos con su

país de origen (*Asunto C. contra Bélgica y Asunto Bouchelkia contra Francia*). En este sentido hay que resaltar los siguientes criterios jurisprudenciales:

— *Las expulsiones de extranjeros son desproporcionadas cuando se ha vivido largo tiempo en el país y la familia demuestra su arraigo (Caso Moustaquim).*

El demandante vivía en Bélgica desde hace más de veinte años (llegó a Bélgica con dos), donde también residían sus padres y sus siete hermanos; además, había seguido toda su escolaridad en francés. Mantenía relación regular y estable con su familia y, pese a la opinión contraria de la Comisión Consultiva de Extranjeros, recibió una orden de expulsión del territorio por parte de las autoridades belgas, con la argumentación de había cometido reiterados actos delictivos por los cuales había sido condenado y privado de libertad en varias ocasiones.

El Tribunal Europeo no contesta la previsión legal previa de la medida de expulsión, y constata que se había dictado de conformidad con las normas reguladoras del acceso, la permanencia en el territorio y la expulsión de extranjeros. Tampoco se manifiesta contrario a la necesidad de que los estados puedan controlar estas cuestiones. Lo que sí discute el TEDH es que la aplicación de esta normativa al demandante esté proporcionada a la finalidad legítima perseguida.

A estos efectos, para el TEDH la vida familiar del demandante se ha visto efectiva y gravemente perturbada por la medida adoptada contra él y que en este supuesto, tratándose de una persona que ha vivido más de veinte años junto a los suyos sin separarse de ellos, no ha existido un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego. El TEDH apreció violación del Convenio.

— *La expulsión de un extranjero casado con un nacional de un estado-parte del Convenio pone en peligro la uni-*

dad familiar y la subsistencia del matrimonio (Caso Beldjoudi).

En este supuesto se trata de un nacional argelino (nacido en Francia de padres entonces franceses, que había poseído la nacionalidad francesa durante varios años y que había sido declarado apto para realizar el servicio militar por las autoridades francesas), residente en Francia y casado con una francesa hija de franceses desde hace varias décadas. Había sido condenado por la realización de varios delitos y, alegando razones de orden público, las autoridades francesas dictaron orden de expulsión del territorio. Para el TEDH el único vínculo del demandante con Argelia era el de la nacionalidad puesto que, incluso, éste había seguido su escolaridad en francés y no parecía conocer la lengua árabe.

El TEDH considera que, de hacerse efectiva la expulsión, si los esposos querían mantener la unidad familiar, la esposa debería residir en el extranjero, en un estado cuya lengua probablemente ignorara y con un tal desarraigo que podía originarle graves problemas de adaptación e incluso de carácter jurídico. En consecuencia, el TEDH, que como en otros supuestos no discute la capacidad y legitimidad de los estados para tomar medidas de salvaguarda del orden público y de control sobre la permanencia y la expulsión de extranjeros, considera que la expulsión del demandante pone, en este caso concreto, en peligro la unidad o incluso la propia subsistencia del matrimonio. Estos efectos, para el TEDH, no resultarían proporcionados a la finalidad legítima perseguida y originarían una violación del respeto a la vida familiar exigido por el Convenio.

- *La expulsión de una persona aquejada de enfermedad que precise un tratamiento en un entorno familiar es contraria al Convenio aunque se trate de un extranjero condenado penalmente (Asunto Nasri contra Francia).*

En este supuesto se trataba del súbdito argelino residente en Francia, aquejado de sordomudez congénita y condenado por el delito de violación en grupo. El Tribunal Europeo considera que para un individuo confrontado a tales obstáculos, la familia presenta una importancia muy particular, no únicamente como medio de acogida, sino también para seguir el tratamiento adecuado para su sordomudez y para ayudarle a no volver a caer en la delincuencia.

A mayor abundamiento, el señor Nasri, pese a frecuentar la comunidad magrebí, no comprendía la lengua árabe y siguió en Francia los pocos cursos escolares a los que asistió. Siempre había compartido el domicilio de sus padres o de una hermana y nunca rompió con su familia. Seis de sus nueve hermanos habían adquirido la nacionalidad francesa.

Habida cuenta de todas estas circunstancias, el Tribunal Europeo considera que el señor Nasri no puede encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social más que en su familia, compuesta mayoritariamente de ciudadanos franceses que no tienen ningún vínculo con Argelia. Como consecuencia, la decisión de expulsar al recurrente no sería proporcionada a la luz del artículo 8 del Convenio.

— *La expulsión de un extranjero condenado penalmente, que tiene vínculos familiares con su país de origen, no es contraria al Convenio (Asunto C. contra Bélgica).*

El señor C. había establecido en Bélgica vínculos sociales reales, puesto que allí había recibido una formación escolar y trabajado durante varios años. Residía en Bélgica desde los 11 años, donde había vivido con sus padres y sus hermanos y, posteriormente, con su mujer y su hijo, nacido y escolarizado también en Bélgica. Sin embargo, su vida familiar se hallaba también vinculada, al menos en parte, a su país de origen, en donde había contraído matrimonio con una marroquí y había tenido un hijo con ella, ha-

biéndose divorciado posteriormente y concluido un acuerdo atribuyendo al padre la custodia del hijo; el mismo padre del señor C. había vivido y fallecido en Marruecos. Su condena por posesión ilícita de estupefacientes y asociación de malhechores, debido a su concurso a la comercialización de cannabis, originó una orden de expulsión por parte del Gobierno belga.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene que analizar en este caso si la injerencia en la vida familiar originada por la orden de expulsión era compatible con el Convenio. A este respecto, habida cuenta de la naturaleza de los vínculos del recurrente con Bélgica y con Marruecos, así como de la gravedad de las infracciones que han originado su expulsión, el TEDH considera que no se ha demostrado que las autoridades belgas hayan actuado en forma arbitraria o irrazonable, o incumplido su obligación de garantizar un justo equilibrio entre los intereses en juego. De tal modo que la expulsión sería, en este caso, compatible con el Convenio.

- *La expulsión de un extranjero condenado penalmente que mantiene vínculos con su país de origen, en el que residen parientes cercanos, no constituye una violación del Convenio (Asunto Bouchelkia contra Francia).*

El Tribunal Europeo tiene que dilucidar en este caso si el señor Bouchelkia, sometido a una orden de expulsión por condena a causa de delito de violación con agravantes, tiene derecho a permanecer en territorio francés debido a sus vínculos familiares.

El TEDH considera que hay que analizar cual era su situación en el momento en que se acuerda la orden de expulsión. En esa fecha el señor Bouchelkia tenía diecisiete años, era soltero y sin hijos y no fundó su propia familia más que posteriormente al decreto de expulsión. Paralelamente, el señor Bouchel-

kia mantenía vínculos con su país de origen y en él residían parientes cercanos.

El TEDH atribuye una gran importancia a la naturaleza del delito que motivó la orden de expulsión, considerando que las autoridades francesas podían considerar legítimamente que la expulsión era necesaria para la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, para admitir como compatible con el Convenio la expulsión del señor Bouchelkia del territorio francés¹⁹.

4. Con relación a las retenciones de extranjeros en las zonas internacionales de los aeropuertos

Al Tribunal Europeo de Derechos Humanos se le ha planteado también si la retención de extranjeros inmigrantes en situación irregular en las denominadas zonas internacionales de los aeropuertos es o no compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Asunto Amuur contra Francia*).

¹⁹ Esta sentencia del TEDH presenta, a nuestro parecer, ciertos problemas en relación con la apreciación de las circunstancias que parecen lograr el equilibrio entre los intereses en juego. Por una parte, el TEDH aprecia, con criterios estrictamente formales, la situación de la persona objeto de la orden de expulsión únicamente en el momento de dictarse tal orden, sin tener en cuenta ni su edad (17 años) ni el establecimiento posterior de vínculos familiares en territorio francés (la formación de una familia propia con posterioridad a la orden de expulsión). No ha tenido en cuenta tampoco que residía desde los dos años en territorio francés y que hasta que formó su propia familia había vivido en Francia con sus padres. La apreciación de la fecha de la orden de expulsión como momento procesal único en el que podía enjuiciarse a la luz del Convenio la orden de expulsión aparece como un criterio insuficiente, puesto que procesalmente también podía haberse seguido el criterio de tener en cuenta la fecha en la que orden de expulsión debía ser hecha efectiva y, en tal supuesto, el señor Bouchelkia tenía lazos familiares de naturaleza mucho más fuerte en territorio francés.

El conflicto se planteó en este caso cuando en el aeropuerto de París-Orly se retuvo durante veinte días en la zona de tránsito de este aeropuerto a varias personas que declararon huir de su país de origen (Somalia) por ser perseguidos políticos y encontrarse su vida en peligro. Procedían de Damasco, pero el título de viaje era falso y por ello se les prohibió la entrada en territorio francés. Cuando se les denegó el asilo político fueron reenviados a Siria sin que se hubieran podido dirigir de modo útil a la autoridad competente para pronunciarse sobre su condición de refugiados.

En la sentencia que comentamos, el Tribunal Europeo sienta diversos criterios con relación a este tipo de retenciones:

- a) Las zonas de tránsito o internacionales de los aeropuertos, con independencia de su denominación, no se benefician del estatuto de extraterritorialidad. Como consecuencia, en estas zonas debe poder aplicarse con eficacia la legislación vigente en el Estado donde esté situado el aeropuerto.
- b) Las retenciones de inmigrantes ilegales en las zonas internacionales de los aeropuertos, para que puedan ser compatibles con las exigencias del Convenio Europeo, deben ser efectuadas con una serie de garantías:
 - La retención no puede ser prolongada en forma excesiva, puesto que en tal caso no se trataría de una retención sino de una verdadera privación de libertad.
 - La prolongación de una retención necesita el control no demasiado tardío del juez, controlador natural de las situaciones de privación de libertad.
 - Durante una retención, con independencia de la decisión final que se tome al respecto, no se puede impedir el acceso eficaz al procedimiento de determinación del estatuto de refugiado.

- Para que este acceso al procedimiento de obtención del estatuto de refugiado sea efectivo es necesaria la concesión de asistencia jurídica y social.
- Durante todo el tiempo en que dure la retención, es necesario observar las normas, tanto de fondo como de procedimiento vigentes en el país las cuales, además, han de ser compatibles con las exigencias del Convenio Europeo.

Dado que en este caso, las personas retenidas en el aeropuerto de París-Orly, lo fueron durante veinte días, colocadas bajo una vigilancia policial estricta y constante, sin que se beneficiaran de ningún tipo de asistencia jurídica ni social, sin que todo ello fuera objeto de control judicial y sin que se observaran las normas francesas aplicables a las privaciones de libertad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que se había violado el Convenio.

A MODO DE CONCLUSION

Del examen del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo aplicable a los derechos de los extranjeros podemos deducir una serie de construcciones interpretativas que, a la luz del artículo 10.2 de la CE, han de ser tenidas en cuenta en todo análisis que se realice de los derechos de los extranjeros en el sistema jurídico español. En tal sentido, si bien los estados gozan de cierta discrecionalidad para regular las políticas migratorias y los derechos de los extranjeros, esta discrecionalidad no es absoluta y debe ejercitarse dentro del marco de garantía establecido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las construcciones jurisprudenciales que, como órgano de interpretación y aplicación del Convenio, han sido configuradas por el Tribunal de Estrasburgo.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC 28/1991 al Recurso de Inconstitucionalidad contra la ley reguladora de las elecciones al Parlamento Europeo. *BOE* 15 de marzo de 1991.
- STC 254/1993. Caso «Olaverri» contra el Gobierno Civil de Guipúzcoa. *BOE* de 18 de agosto 1993.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH Asunto de régimen de la lengua en Bélgica, de 9 de febrero de 1997. Série A des publications de la Cour núm. 64.
- STEDH Asunto «Pakelli» contra República Federal Alemana, de 25 de abril de 1983. Série A des publications de la Cour núm. 64.
- STEDH Asunto «Sramek» contra República Federal Alemana, de 22 de octubre de 1984. Série A des publications de la Cour núm. 84.
- STEDH Asunto «MacGoff» contra Suecia, de 26 de octubre de 1984. Série A des publications de la Cour núm. 83.
- STEDH Asunto «Abdulaziz», «Cabales» y «Balkandali» contra el Reino Unido, de 25 de mayo de 1985. Série A des publications de la Cour núm. 94.
- STEDH Asunto O. contra el Reino Unido, de 9 de junio de 1988. Série A des publications de la Cour núm. 136-A.
- STEDH Asunto «Berrehab» contra los Países Bajos, de 21 de junio de 1988. Série A des publications de la Cour núm. 138.
- STEDH Asunto «Soering» contra el Reino Unido, de 7 de julio de 1989. Série A des publications de la Cour núm. 161.

- STEDH Asunto «Moustaquim» contra Bélgica, de 18 de febrero de 1991. Série A des publications de la Cour núm. 193.
- STEDH Asunto «Cruz Varas» contra Suecia, de 20 de marzo de 1991. Série A des publications de la Cour núm. 201.
- STEDH Asunto «Beldjoudi» contra Francia, de 26 de marzo de 1992. Série A des publications de la Cour núm. 234-A.
- STEDH Asunto «Nasri» contra Francia, de 13 de julio de 1995. Série A des publications de la Cour núm. 320-B.
- STEDH Asunto «Gül» contra Suiza, de 19 de febrero de 1996 (todavía no publicada en la Série A des publications de la Cour). Ref.^a Internet 1996-634.
- STEDH Asunto «Amuur» contra Francia, de 25 de junio de 1996. Ref.^a Internet 1996-634.
- STEDH Asunto C. contra Bélgica, de 7 de agosto de 1996. Ref.^a Internet 1996-647.
- STEDH Asunto «Gaugusuz» contra Austria, de 16 de septiembre de 1996. Ref.^a Internet 1996-655.
- STEDH Asunto «Chahal» contra el Reino Unido, de 15 de noviembre de 1996. Ref.^a Internet 1996-697.
- STEDH Asunto «Ahmed» contra Austria, de 17 de diciembre de 1996. Ref.^a Internet 1996-706.