

CAPÍTULO VIII

LA EUROPA DE SCHENGEN

LA EUROPA DE SCHENGEN. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. EL CONTROL FRONTERIZO. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL FRONTERIZO

LA EUROPA DE SCHENGEN

Por su naturaleza constitucional, al afectar al control soberano del territorio y la frontera, y a los derechos fundamentales de las personas, el Derecho Constitucional de la Unión Europea debe referirse necesariamente a los Acuerdos Schengen, que constituyen un conjunto de instrumentos de cooperación destinado al establecimiento del mercado interior sin obstáculos a la libre circulación de las personas. Se trata del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, del Convenio de aplicación de Schengen de 19 de junio 1990, que entró en vigor el 26 de marzo de 1995, y el Tratado de Prüm de 27 de mayo de 2005.

El Convenio ha sido firmado por veintidós Estados miembros de la UE, si bien la zona Schengen abarca 26 estados, cuatro ajenos a la UE: Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia. Irlanda y el Reino Unido no participan en él, salvo en algunos contenidos y tienen la posibilidad ("opting-in") de aplicar partes escogidas del acervo de Schengen. Dinamarca también tiene un derecho de opción, pese a estar en Schengen.

El objetivo del Convenio de aplicación es la supresión de los controles de las personas en las fronteras interiores y está acompañado por medidas para reforzar los controles en las fronteras exteriores. Entre ellas se incluyen una política común en materia de visados, la posibilidad de tratar las solicitudes de asilo, la cooperación policial y judicial y los intercambios de información. En las fronteras exteriores todos los ciudadanos de la UE podrán acceder al espacio de Schengen mediante la mera exhibición de un documento de identidad o pasaporte.

Los nacionales de terceros países incluidos en la lista común de países no miembros cuyos ciudadanos necesitan un visado tendrán derecho a un solo visado válido para todo el espacio de Schengen. No obstante, cada Estado miembro podrá exigir un visado a otros países terceros. Las fuerzas de policía colaborarán entre sí para descubrir e impedir delitos y tendrán derecho a pasar al territorio de un Estado de Schengen limítrofe para perseguir a delincuentes y traficantes de droga. Para la eficacia de la cooperación en el marco del Convenio es fundamental la medida compensatoria de carácter técnico que representa el Sistema de Información Schengen (SIS), que facilita información sobre la entrada de ciudadanos de terceros países, la emisión de visados y la cooperación policial. El acceso al SIS está reservado principalmente a la policía y las autoridades responsables de los controles en las fronteras.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En su evolución histórica, aunque se trata de una cooperación intergubernamental, el Tratado de la UE de Ámsterdam (1997) estableció que las decisiones adoptadas desde 1985 por los miembros del espacio Schengen así como las estructuras de trabajo creadas se incorporaran al acervo de la Unión Europea a partir del 1 de mayo de 1999. Hasta ese momento, el convenio de aplicación de Schengen formaba parte de la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior en el marco de la unión europea. Así pues, no era parte del derecho comunitario, sino que adoptaba la forma de una cooperación a escala de los gobiernos (carácter intergubernamental). Un protocolo del tratado de Amsterdam reguló la transferencia del "acervo de Schengen" al Título IV, nuevo artículo 61 y ss: "visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas" del antiguo Tratado de la Comunidad Europea. De esta manera, se "comunitarizó" gran parte de las cuestiones de Schengen.

A continuación, el Reglamento 343/2003, de 18 de febrero, denominado Dublín II, estableció los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. Dublín II sustituyó al Convenio de Dublín de 1990 (Dublín I) y su objeto fue determinar lo antes posible cuál será el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo y establecer plazos razonables para cada una de las fases del procedimiento de designación del Estado responsable.

En 2004 el Consejo de la UE aprobaba un Reglamento por el que se establecía un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (AENEAS), para dotar a la Unión Europea de un programa plurianual pensado para proporcionar una respuesta adicional específica a las necesidades de los terceros países en sus esfuerzos para gestionar más eficazmente todos los aspectos de los flujos migratorios y, en especial, para estimular la disposición de los terceros países para celebrar acuerdos de readmisión y ayudarles a afrontar las consecuencias de tales acuerdos.

Posteriormente, el **Tratado de Prüm de 27 de mayo de 2005** fue firmado por Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo, Holanda y España, para incrementar la cooperación en materia judicial y policial. Se trata del denominado Tratado Schengen III, que concede especial relevancia a la lucha contra la inmigración ilegal, por lo que los países que se han adherido al convenio enviarán asesores en materia de documentos (pasaportes, visados, documentos falsos y manipulados) a los Estados considerados como origen o lugar de tránsito.

Finalmente, el Tratado de Lisboa también comunitarizó esta materia según dispone el Anexo en las Declaraciones relativas al artículo 5 del Protocolo sobre el Acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea. No obstante, parte de la cooperación policial y judicial en materia penal se sigue gestionando a escala intergubernamental. El 24 de febrero de 2009 entró en vigor el Reglamento que enmienda el sistema VIS (Sistema de Información de Visados, en sus siglas en inglés), incluyendo un sistema de gestión fronteriza integrada para las fronteras exteriores de la Unión Europea.

EL CONTROL FRONTERIZO

El derogado art. 2.1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, establecía que las fronteras interiores “podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice control alguno de las personas”. No obstante, continuaba, cuando así lo exijan el orden público o la seguridad nacional, “una Parte contratante podrá decidir, previa consulta a las demás Partes contratantes, que se efectúen en las fronteras interiores y durante un período limitado controles fronterizos nacionales adaptados a la situación”. Y si el orden público o la seguridad nacional “exigieran una acción inmediata, la Parte contratante de que se trate adoptará las medidas necesarias e informará de ello lo antes posible a las demás Partes contratantes (apartado 2)”.

Antes del aprobarse el Reglamento de 2016, desde el día 13 de octubre de 2006, conforme al art. 39.1, rigió el Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establecía el Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen; DO L 105, p. 1), en virtud de cuyo art. 2. 9 a 11, se definía el “control fronterizo” como la actividad realizada en las fronteras, de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento y a los efectos del mismo, que con independencia de otros motivos, obedezca a la intención de cruzar la frontera o en el propio acto de cruzarla y que consista en la realización de inspecciones fronterizas y de actividades de vigilancia de fronteras.

Actualmente está vigente el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), en el momento de dictarse la sentencia, el art. 20 del Reglamento núm. 562/2006, titulado “Cruce de las fronteras interiores”, disponía: “Las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice inspección fronteriza alguna de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad”.

Esta competencia es asumida por la *Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores* de los Estados miembros de la Unión Europea, con sede en Varsovia, que fue creada por el Reglamento 2007/2004, de 26 de octubre. FRONTEX coordina la cooperación operativa entre Estados miembros en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores, entre ellas, las del Estrecho de Gibraltar; ayuda a los Estados miembros en la formación de los guardias fronterizos nacionales, incluido el establecimiento de normas comunes de formación; lleva a cabo análisis de riesgos; hace un seguimiento de la evolución en materia de investigación relacionada con el control y la vigilancia de las fronteras exteriores; asiste a los Estados miembros en circunstancias que requieren un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores; y proporciona a los Estados miembros el apoyo necesario para organizar operaciones conjuntas de retorno.

Se trata de una materia que ha sido objeto de una amplia configuración jurisprudencial. Según la STJUE de 22 de junio de 2010 (Gran Sala) *Caso Procedimiento contra Aziz Melki y otros*, el art. 67 TFUE, apartado 2, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de

2006¹, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), se oponen a una normativa nacional que atribuye a las autoridades de policía del Estado miembro interesado la competencia para controlar, únicamente en una zona de 20 kilómetros a partir de la frontera terrestre de ese Estado con los Estados parte en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen (Luxemburgo) el 19 de junio de 1990, la identidad de cualquier persona, con independencia del comportamiento de ésta y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público, con vistas a verificar la observancia de las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar los títulos y documentos previstos por la Ley, 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.

En el mismo sentido, la STJUE de 21 de junio de 2017 (Sala Primera), *Caso A contra Staatsanwaltschaft Offenburg*, en el apartado 59², afirmó que no cabe excluir que el ejercicio en la práctica de las competencias de policía atribuidas por el Derecho alemán dé lugar, infringiendo el art. 21, letra a) del Reglamento n.º 562/2006, a controles que tengan un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas, concluyendo que el art. 67.2, y los arts. 20 y 21 del Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 610/2013, de 26 de junio de 2013, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que confiere a los servicios de policía del Estado miembro de que se trata competencia para controlar la identidad de cualquier persona, en una zona de 30 kilómetros a partir de la frontera terrestre de ese Estado miembro con otros Estados miembros parte del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen (Luxemburgo) el 19 de junio de 1990, con el fin de prevenir o poner fin a la entrada o residencia ilegales en el territorio de dicho Estado miembro o de prevenir determinados delitos contra la seguridad de las fronteras, con independencia del comportamiento de la persona de que se trate y de la existencia de circunstancias particulares, salvo que tal normativa establezca la necesaria delimitación de esta competencia que garantice que el ejercicio en la práctica de ésta no pueda tener un

¹ STJUE de 22 de junio de 2010 (Gran Sala) *Caso Procedimiento contra Aziz Melki y otros*. Asuntos C-188/10 y C-189/10. Aziz Melki (C-188/10) y Sélim Abdeli (C-189/10). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:221:0014:0015:ES:PDF>

²STJUE (Sala Primera) de 21 de junio de 2017, En el asunto C-9/16. que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Amtsgericht Kehl (Tribunal Civil y Penal de Kehl, Alemania), mediante resolución de 21 de diciembre de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de enero de 2016, en el procedimiento penal contra A, con intervención de Staatsanwaltschaft Offenburg, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=192045&doclang=es>

efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

No obstante, se permite a la normativa nacional que los servicios de policía del Estado miembro efectúen, a bordo de los trenes o en el recinto de las instalaciones ferroviarias de ese Estado miembro, controles de identidad de cualquier persona o de los documentos que permiten cruzar la frontera, y puedan dar el alto e interrogar a cualquier persona a tal fin, cuando esos controles se basan en el conocimiento de la situación o en la experiencia de la policía fronteriza, siempre que el ejercicio de tales controles quede sujeto en el Derecho nacional a precisiones y limitaciones que determinen la intensidad, la frecuencia y el carácter selectivo de tales controles, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL FRONTERIZO

El control fronterizo de la Unión Europea ha sido objeto de una amplia configuración jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, cuyas respectivas doctrinas debemos aprender en varios apartados que se explican a continuación comenzando por las limitaciones a la libertad de circulación y residencia de ciudadanos europeos por razón de orden público, seguridad pública o salud pública.

1. Limitaciones a la libertad de circulación y residencia de ciudadanos europeos por razón de orden público, seguridad pública o salud pública

La STJUE (Sala Cuarta), de 17 de noviembre de 2011, *Caso Hristo Gaydarov contra Direktor na Glavna direktsia "Ohranitelna politzia" pri Ministerstvo na vatreshnite raboti*³ interpreta el art. 4.1 y 3, de la Directiva 2004/38, que en virtud del art. 3.1 se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia. Pues s bien según el art. 4.1, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los documentos de viaje en controles fronterizos nacionales, todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido, tendrán derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro. Según el apartado 3, los Estados miembros expedirán o renovarán a sus ciudadanos, de acuerdo con su legislación, un documento de identidad o un pasaporte en el que conste su nacionalidad». Ahora bien, conforme al artículo 27.1, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, si bien estas razones no podrán alegarse con fines económicos. Y según el apartado 2 de este

³ STJUE (Sala Cuarta) de 17 de noviembre de 2011, en el asunto C-430/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Administrativen sad Sofia-grad (Bulgaria), mediante resolución de 11 de agosto de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de septiembre de 2010, en el procedimiento entre Hristo Gaydarov y Direktor na Glavna direktsia «Ohranitelna politzia» pri Ministerstvo na vatreshnite raboti. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=114586&doclang=ES>

precepto, las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas y la conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, no pudiendo argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

Según el apartado 3, para comprobar si el interesado constituye un peligro para el orden público o la seguridad pública, en el momento de expedirse el certificado de registro o, a falta de un sistema de registro, a más tardar tres meses después de su entrada en el territorio o a partir de la fecha de la notificación de su presencia en el territorio, tal como se establece en el art. 5.5, o en el momento de expedirse la tarjeta de residencia, el Estado miembro de acogida podrá, cuando lo juzgue indispensable, pedir al Estado miembro de origen y, en su caso, a otros Estados miembros información sobre los eventuales antecedentes penales de un interesado. Esta consulta no podrá tener carácter sistemático y el Estado miembro consultado deberá hacer llegar su respuesta en el plazo de dos meses.

Por otra parte, según el art. 76.5, se podrá prohibir que abandonen el país y denegar la expedición de pasaportes o documentos sustitutivos a quienes durante su estancia en otro país hayan infringido su ordenamiento jurídico, por un período de dos años desde la recepción del correspondiente documento oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores o de los documentos de repatriación o expulsión expedidos por los organismos competentes del país de que se trate, en los que se designe la infracción cometida.

Estas restricciones son conformes a la Directiva 2004/38 según el TJUE (Sala Cuarta) declara cuyos arts. 21 TFUE y de la 27 no se oponen a una normativa nacional que permite restringir el derecho de un nacional de un Estado miembro a trasladarse al territorio de otro Estado miembro, en particular por haber sido condenado penalmente en otro Estado por tráfico de estupefacientes, siempre que, en primer lugar, la conducta personal de ese nacional constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad; en segundo lugar, que la medida restrictiva prevista sea apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo, y, en tercer lugar, que dicha medida pueda ser objeto de un control jurisdiccional efectivo que permita comprobar su legalidad de hecho y de Derecho en relación con las exigencias del Derecho de la Unión.

En otra resolución, la STJUE (Sala Cuarta), de 17 de noviembre de 2011, *Caso Petar Aladzhev contra Zamestnik direktor na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti*, se declara que el Derecho de la Unión no se opone a una disposición legislativa de un Estado miembro que permite a la autoridad administrativa prohibir a un nacional de ese Estado la salida de éste debido a que no se ha pagado una deuda fiscal de la sociedad de la que es uno de los gerentes, con la doble condición sin embargo de que la medida en cuestión tenga por objeto responder en ciertas circunstancias excepcionales, que podrían derivar en especial de la

naturaleza o de la importancia de esa deuda, a una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y de que el objetivo así pretendido no obedezca sólo a fines económicos. Corresponde al juez nacional verificar el cumplimiento de esas dos condiciones⁴.

2. El plazo de prohibición de entrada en caso de amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

La seguridad nacional también fue objeto de consideración por la STJUE de 19 septiembre 2013 (Sala Cuarta), Caso Gjoko Filev contra Adnan Osmani, sobre el plazo de salida obligatoria y de la prohibición de retorno⁵. En virtud del art. 7.1, párrafo primero, de la Directiva 2008/115, a decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4. Los Estados miembros podrán disponer en su legislación nacional que este plazo se concederá únicamente a petición del nacional de un tercer país interesado. En tal caso, los Estados miembros informarán a los nacionales de terceros países de que se trate de la posibilidad de presentar una solicitud en este sentido. Y con arreglo al art. 11.1, de la citada Directiva, las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada: a) si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o b) si la obligación de retorno no se ha cumplido. En otros casos, las decisiones de retorno podrán ir acompañadas de una prohibición de entrada. Según el apartado 2, la duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años. Podrá sin embargo exceder de cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Sin embargo, la *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet* (Ley relativa a la estancia, el trabajo y la integración de los extranjeros en territorio federal), tras su modificación por la *Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex* (Ley de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de Derecho de permanencia y adaptación de disposiciones nacionales al Código de visados de la Unión), de 22 de noviembre de 2011, establece en el art. 11.1 que el extranjero objeto de expulsión, devolución o retorno no podrá volver a entrar en territorio federal ni permanecer en él. Tampoco se le concederá un permiso

⁴STJUE (Sala Cuarta), de 17 de noviembre de 2011, en el asunto C-434/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Administrativen sad Sofia-grad (Bulgaria), mediante resolución de 24 de agosto de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de septiembre de 2010, en el procedimiento entre Petar Aladzhov y Zamestnik direktor na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=114581&doclang=es>

⁵STJUE (Sala Cuarta) de 19 de septiembre de 2013, en el asunto C-297/12, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Amtsgericht Laufen (Alemania), mediante resolución de 13 de junio de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de junio de 2012, en los procedimientos penales contra Gjoko Filev, Adnan Osmani, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=141782&doclang=ES>

de residencia, aun cuando cumpla los requisitos para tener derecho a él con arreglo a la citada ley.

Los efectos citados en las dos primeras frases estarán limitados en el tiempo si así lo solicita el interesado. El plazo deberá fijarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y no podrá superar los cinco años salvo que la expulsión del nacional extranjero sea consecuencia de una condena penal o éste represente una amenaza grave para el orden o la seguridad públicos. Al determinar el plazo, se tomará en consideración el carácter voluntario o no del retorno del nacional extranjero y, en su caso, si se ha cumplido el plazo señalado a tal efecto. El plazo empieza a contar desde la salida del territorio; ahora bien, no se impondrá ningún tipo de limitación temporal cuando se dicte una orden de expulsión contra el nacional extranjero en razón de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad o sobre la base de una orden de expulsión adoptada con arreglo al artículo 58a. Por otra parte, la autoridad superior del Land podrá autorizar, caso por caso, algunas excepciones.

Según el TJUE, el art. 11.2 de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una infracción de una prohibición de entrada y estancia en el territorio de un Estado miembro, dictada más de cinco años antes de la fecha de la nueva entrada en ese territorio del nacional de un tercer país interesado o de la entrada en vigor de la normativa nacional que transpone dicha Directiva, dé lugar a una sanción penal, salvo si dicho nacional representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Tampoco es compatible con la Directiva supeditar la limitación de la duración de una prohibición de entrada a que el nacional de un tercer país interesado solicite acogerse a dicha limitación⁶.

3. Expulsión o retorno forzoso

El art. 54.1 de la LO 4/2000 tipifica como infracción muy grave la participación en actividades contrarias a la seguridad nacional o al orden público⁷ previstas como muy graves en la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cuyos arts. 35 y 36 tipifican las infracciones muy graves y graves en este ámbito material con la consecuencia de expulsión del extranjero del territorio español, en sustitución de la sanción de multa. En estos casos, además de la ponderación conforme al principio de proporcionalidad (art. 57), esta expulsión sustitutiva exige la tramitación del preceptivo

⁶ Según esta sentencia, la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro prevea que una medida de expulsión anterior en cinco años o más al período comprendido entre la fecha en que dicha Directiva debería haber sido transpuesta y la fecha en que efectivamente tuvo lugar dicha transposición, pueda posteriormente volver a servir de fundamento para el ejercicio de acciones penales, cuando dicha medida se basaba en una sanción penal en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la citada Directiva y dicho Estado miembro ha hecho uso de la facultad prevista en esa disposición.

⁷ El art. 54.1 de la LO 4/2000, reformado por la LO 2/2009, dispone que son infracciones muy graves participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la ley orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

y previo expediente administrativo, que concluya en una resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

Y cuando la infracción se acuerda por participar en actividades contrarias a la seguridad nacional al orden público previstas como muy graves en la LO 4/2015 (letra a), o cuando se está ante una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, la expulsión puede acordarse incluso para aquellos extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: a) Sean nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años; b) Sean residentes de larga duración. En este caso, antes de adoptarse la decisión de la expulsión, debe tomarse en consideración el tiempo de la residencia en España y los vínculos creados, la edad del expulsado, las consecuencias para este y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que vaya a ser expulsado; c) Hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española; y d) Sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, o perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Por otra parte, la LO 4/2000 contempla la expulsión por el procedimiento “preferente” cuando el extranjero ha incurrido en actos contrarios a la seguridad pública, el orden público o la seguridad nacional o ha sido condenado, en España o fuera de ella, por una conducta dolosa que constituya conforme al Código Penal un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, conforme a los arts. 53.1 d o f , 54.1, letra a , y 57.2 de la LO 4/2000, o bien cuando el extranjero se encuentra irregularmente en territorio español y representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Esta afectación de la seguridad nacional tiene como consecuencia la aplicación del procedimiento preferente del art. 63 de la LO 4/2000, con plazo de alegaciones de 48 horas y de prueba de tres días, con posibilidad de adoptar algunas de las medidas cautelares del art. 61 de la LO 4/2000: presentación periódica ante las autoridades competentes, residencia obligatoria en determinado lugar, retirada del pasaporte o documento de identidad, detención por un máximo de 72 horas o ingreso en un centro de internamiento por un tiempo imprescindible, con un máximo de 60 días, conforme al art. 62 de la LO 4/2000.

La ejecución de la orden de expulsión dictada en el procedimiento preferente se efectúa de forma inmediata, y si no se puede ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, puede solicitarse la medida de ingreso en un centro de internamiento

Igualmente, en el caso de residencia de larga duración reconocida por otro Estado miembro de la Unión Europea y el extranjero se encuentra en España, solo puede acordarse la expulsión por razones de seguridad pública, orden público o seguridad nacional (arts. 53.1, d) y f) y 54.1, a y b), debiendo consultarse a las autoridades competentes del Estado miembro antes de acordar la expulsión. Y si no se reúnen los requisitos para que la expulsión se realice fuera del territorio de la Unión, la expulsión se deberá efectuar al Estado miembro que reconoció la residencia de larga duración.

Se trata del supuesto regulado por los arts. 12 y 22 de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, por la que se aprueba el Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, regulan la expulsión de un residente de larga duración en la UE cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública; y la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, sobre libre circulación de personas, que regula el derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia, así como las limitaciones por razones de orden público, seguridad pública o salud pública y su expulsión⁸. En este ámbito compartido de competencias de extranjería entre la UE y el Estado, el Gobierno está sujeto a unas normas de Derecho de la UE que prevalecen sobre el Derecho estatal en virtud del principio de primacía. Entre ellas, se encuentra el régimen de expulsiones o de retorno forzoso como sanción que el Gobierno no puede sustituir por otra sanción. En la STJUE, Caso Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa-Extranjería contra Samir Zaizoune, de 23 abril 2015, se recuerda que la Directiva 2008/115 establece lo siguiente en el art. 1: “La presente Directiva establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos”. Y mientras su art. 3 define, con una terminología que la legislación española no ha adoptado, la “decisión de retorno” como “una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno”, por su parte, la “expulsión” se define como “la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro”.

En el ordenamiento español, la salida es obligatoria en los casos de “denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España”⁹, que el art. 53.1 a) de la LO 4/2000 tipifica como infracción grave por el hecho “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la

⁸La Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, establece las normas y los procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Según su art. 2.2 a), los Estados miembros pueden decidir no aplicar la Directiva a los nacionales de terceros países que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional. Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, cit.

⁹ En virtud del art. 24.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería: “En los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia, o en los de denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español (...), la resolución administrativa dictada al efecto contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, sin perjuicio de que, igualmente, se materialice dicha advertencia mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo o en documento aparte, si se encontrase en España amparado en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia”.

renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”, con multa de 501 hasta 10 000 euros. A tal fin, el órgano competente para imponer las sanciones “se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia”. Se trata de dos conductas diferentes: mientras la multa sanciona encontrarse ilegalmente en España, la expulsión sanciona no cumplir con la orden de salida obligatoria.

Solo alternativamente, según el art. 57 de la LO 4/2000, cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d), y f) del art. 53.1 de la LO 4/2000, “podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción, si bien “en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa” (art. 57.3). En estos casos, la irregularidad de la situación se sanciona directamente con la expulsión.

Las dudas se plantearon jurisdiccionalmente, lo que fue criticado por la doctrina, por la posible aplicación de las *Disposiciones más favorables* de la Directiva, cuyo art. 4.2 establece que su regulación se entenderá “sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país” e incluso “sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica”, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la Directiva (ap. 3).

Sobre la decisión de retorno, el art. 6.1 de Directiva, sobre “Decisión de retorno”, reconoce la competencia-deber del Estado: “Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5”. La Directiva asume su competencia sobre la materia habilitando incluso al Estado en el apartado 4 a acordar el retorno forzoso: “Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia”. Incluso, según el apartado 5, si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6¹⁰.

¹⁰La Directiva no impedirá a los Estados miembros, dispone el art. 6.6, adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial, si así lo dispone su legislación nacional, sin perjuicio de las garantías procedimentales previstas en el Capítulo III y otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario y nacional.

Una caso particular de retorno forzoso intracomunitario se prevé cuando se trata de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro (art. 6.2). En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia de “retorno intracomunitario forzoso”, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1, esto es, se dictará la decisión de retorno forzoso y la consiguiente expulsión. Se admite, no obstante, que los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva, pero en este caso, “el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1”.

Pero el caso más general es el contemplado en el art. 7, en el que se regula la “salida obligatoria por los propios medios del extranjero”, aunque eufemísticamente se le denomina “Salida voluntaria”. Dispone en sus apartados 1 y 4: “1. La decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4”. Incluso según el apartado 4, si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria”.

La ejecución de la salida obligatoria del extranjeros a través de los medios de la Administración se denomina expulsión, regulada en el art. 8 de la Directiva, cuyo apartado 1 establece que los Estados miembros “tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el art. 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7”.

Pues bien, según la citada sentencia, la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus arts. 6.1 y 8, y 8.1, en relación con su art. 4.2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, como si fueren medidas excluyentes entre sí. Se trata, pues, de sanciones compatibles.

Tres consideraciones jurisprudenciales cabe realizar en este ámbito. En primer lugar, según la STJUE de 6 diciembre 2012 (Sala Primera) *Caso Procedimiento Penal contra*

*Md Sagor*¹¹, sobre la pena de multa que puede ser sustituida por una pena de arresto domiciliario, la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, permite que una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión, pero se opone a una normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro. En segundo lugar, como establece la STJUE de 28 de abril de 2011 (Sala Primera), *Caso Procedimiento Penal contra Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 15 y 16, se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.

Y, en tercer lugar, según la STJUE de 18 de octubre de 2012 (Sala Tercera) *Caso Staatssecretaris van Justitie contra Mangat Singh*. Sentencia de 18 octubre 2012, atendiendo al art. 21.1 f) (Ley de modificación general de la legislación de extranjería), de 23 de noviembre de 2000, que permite la denegación, en aplicación del art. 8.2 de la Directiva 2003/109, de la solicitud de expedición o de modificación del permiso de residencia de duración indefinida en el sentido del art. 20 cuando el extranjero represente un peligro para la seguridad nacional, la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, se opone a una normativa de un Estado miembro que reprime mediante sanciones penales la estancia irregular en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país que, aunque se halle en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro y no esté dispuesto a abandonarlo voluntariamente, no está sujeto a medidas coercitivas como las que contempla el art. 8 de la citada Directiva, no habiendo expirado, en el supuesto de internamiento con objeto de preparar y ejecutar su expulsión, el plazo máximo de duración de tal internamiento. Sin embargo, no se opone a tal normativa en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en dicha Directiva y que se halle en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno.

¹¹STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013. En el asunto C-617/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Haparranda tingsrätt (Suecia), mediante resolución de 23 de diciembre de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de diciembre de 2010, en el procedimiento entre Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=134202&doclang=es>

4. Seguridad nacional y refugiados

También la seguridad nacional es título habilitante frente al derecho de asilo como causa de exclusión de los beneficios contemplados en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, al existir razones fundadas de ser un peligro para la seguridad nacional, en atención a los informes del Centro Nacional de Inteligencia o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El art. 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951¹², prevé en su apartado 1, titulado “Documentos de viaje”: “Los Estados Contratantes expedirán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera de tal territorio, a menos que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional”. Respecto al régimen de expulsión, el art. 32 de la Convención de Ginebra dispone en su apartado 1 que los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, “a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público”; y su art. 33.1, sobre “Prohibición de expulsión y de devolución”, establece que ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. Sin embargo, dispone el apartado 2, que no podrá invocar “estos beneficios” –utiliza impropia-mente el término beneficio y no derecho- el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un “delito particularmente grave”, constituya “una amenaza” para la comunidad de tal país.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2004/83, 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 expone en su considerando 28 que el concepto de seguridad nacional y de orden público incluye también los casos en que un nacional de un tercer país pertenezca a una asociación que apoya el terrorismo internacional o la respalda. Y, conforme a su art. 24.1, bajo la rúbrica “Permisos de residencia”, se prevé esta autorización “tan pronto como sea posible” después de la concesión del estatuto de refugiado, “salvo en caso de que se opongan a ello motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público”. El permiso de residencia que se expida a los miembros de la familia del beneficiario del estatuto de refugiado podrá tener una validez inferior a tres años, renovable; y tan pronto como sea posible después de la concesión del estatuto de protección subsidiaria, según dispone el apartado 2, los Estados miembros expedirán a los beneficiarios de dicho estatuto un permiso de residencia válido como mínimo por un año y renovable, salvo en caso de que se opongan a ello motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público.

¹² *Recueil des traités de las Naciones Unidas*, vol. 189, p. 150, nº 2545 (1954), completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967, que entró en vigor el 4 de octubre de 1967.

Pues bien, con la base de este régimen jurídico, se analiza por el Tribunal Supremo un caso de concesión del asilo a un terrorista en la STS de 30 diciembre de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (Recurso de Casación núm. 3969/2005), y en el mismo sentido, la STS de 17 diciembre 2009 de la misma Sala¹³:

“(…) las afirmaciones que se hacen en la sentencia recurrida acerca de la organización ‘An Nahda’ encuentran respaldo suficiente en el informe del Centro Nacional de Inteligencia en el que se reseñan una serie de acontecimientos violentos y actividades ilícitas en los que ha estado involucrada dicha organización durante los últimos años. A los efectos de la controversia aquí suscitada, que consiste en dilucidar si procede o no el reconocimiento del derecho de asilo a un miembro de dicha organización, no es necesario ni procedente que entremos a considerar las consecuencias que aquellos hechos hayan podido tener en el ámbito penal; basta con la constatación de que la valoración que hace el Centro Nacional de Inteligencia, que luego encontró reflejo en la resolución del Ministerio del Interior denegatoria del asilo y en la sentencia de la Audiencia Nacional, no se formula en el vacío sino sobre la base de una secuencia de datos debidamente articulada y razonada. Y a partir de tales datos, el mencionado informe del Centro Nacional de Inteligencia expone las razones por las que se considera que el recurrente supone un riesgo para la seguridad nacional (...) En fin, la sentencia recurrida se refiere al auto de 18 de noviembre de 2001 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en el Sumario 35/01, donde también queda reseña la ideología extremista de la organización tunecina An Nahda y su vinculación con ‘Al Qaeda’ ”(FJ 5º).

Se trata de la causa de denegación del asilo recogida en el art. 33.2, inciso primero, de la Convención de Ginebra y del art. 3.2 de la Ley de Asilo, relativa a las “razones fundadas”, que se definen como un “un peligro para la seguridad del país donde se encuentra”, no siendo “necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista” puesto que “esto corresponde a otra jurisdicción. Se trata de determinar si concurren ‘razones fundadas’ de constituir un peligro para la seguridad nacional” (FJ 5º). En tal sentido, la STS 5647/2008, de 2 de octubre, explicó la doctrina sobre el concepto de “razones fundadas”, que se identifican con una “peligrosidad concreta” y un “riesgo real” para la seguridad nacional:

¹³La Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, STS 30 de diciembre de 2009, desestimó los recursos de casación interpuestos contra dos sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que a su vez desestimaron los recursos contencioso-administrativos deducidos contra dos resoluciones denegatorias del derecho de asilo, por estar incurso el solicitante en una causa de exclusión del beneficio de refugiado al existir razones fundadas de que es un peligro para la seguridad de nuestro país. Según el Tribunal Supremo, la existencia de un informe singular y razonado del Centro Nacional de Inteligencia y de un auto dictado, con fecha 18 de noviembre de 2001, por un Juzgado Central de Instrucción, en los que se explica y afirma la ideología extremista de la organización tunecina An Nahda y su vinculación con Al Qaeda, así como las actividades del recurrente en aquella, constituyen un respaldo suficiente para la valoración contenida en las sentencias de la instancia, coincidente con la expresada en las resoluciones denegatorias del asilo, consistente en considerar al recurrente un peligro para la seguridad de España.

“la Convención de Ginebra, en relación con la Ley de Asilo, no ha resultado infringida por la sentencia recurrida, pues el contenido de los informes -nota informativa confidencial e informe del Centro Nacional de Inteligencia en relación con el informe de la instrucción- revela que no puede dispensarse el derecho de asilo, y la protección que comporta, cuando se realizan actividades incompatibles con esta institución de auxilio internacional. De modo que concurren, en los términos que valora la sentencia, razones convincentes, fundadas en un relato fáctico coherente, que revelan la peligrosidad concreta del recurrente en caso de permanecer en España, por constituir un riesgo real para la seguridad nacional. Esta circunstancia resulta irreconciliable con la confianza y certeza que ha de presidir las relaciones de un Estado democrático con sus ciudadanos” (FJ 6º)¹⁴.

Este título competencial permite no solo denegar sino también revocar el asilo ya concedido. Así, en la citada STS 5647/2008, de 2 de octubre, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por un ciudadano tunecino contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, confirmado en reposición, se revocó la concesión del derecho de asilo por ser un peligro para la seguridad nacional. Aunque la parte recurrente sostuvo que, una vez concedido el derecho de asilo mediante sentencia judicial firme no procedía su revocación, “porque supone desautorizar una resolución judicial” y porque los hechos ya fueron enjuiciados en los procedimientos judiciales que desembocaron en la concesión del mentado derecho de asilo”, el Tribunal Supremo razonó que la revocación del derecho por Consejo de Ministros no tiene por finalidad burlar dicha sentencia porque enjuicia unos hechos distintos y posteriores:

“El reconocimiento de la condición de refugiado, mediante resolución administrativa o por Sentencia firme —como acontece en este caso— resulta intrascendente a los efectos ahora examinados, toda vez que, atendidas las circunstancias del caso examinado, no se advierte que el procedimiento administrativo sustanciado, que concluye en la revocación del derecho de asilo, tenga por finalidad burlar el cumplimiento de una Sentencia judicial. Por el contrario, debemos destacar, como ya hemos señalado y ahora insistimos, que se concede el derecho de asilo mediante Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 1991, enjuiciando unos hechos anteriores a 1988 —la solicitud de asilo se presentó el 3 de octubre de 1988—. Y los hechos, a los que se refiere la revocación que ahora se impugna, son posteriores a 1988, y vienen especificados en el informe del Centro Nacional de Inteligencia de 12 de abril de 2005, referido a las actividades desarrolladas por el recurrente desde 1996. Repárese que el hecho que se destaca en el informe de Centro Nacional de Inteligencia no es anterior a 1988, sino que se sitúa entre 1992

¹⁴ STS 5647/2008, de 2 de octubre. Sala de lo Contencioso. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&referencia=3413100&links=asilo&optimize=20081120&publicinterface=true>

y 1997, en que el recurrente “coordinó el entrenamiento de elementos terroristas en campamentos de Al Qaeda” (FJ 4.º)¹⁵.

Por tanto, el art. 20 de la Ley de Asilo, que regula la revocación del asilo, al remitirse, en su apartado 1, letra b), a “los Convenios Internacionales ratificados por España” (...) “no solo se refiere a los casos de exclusión de la aplicación de la citada Convención —artículo 1.F)—, sino también a los de privación del derecho —artículo 33.2—“. De nuevo, sobre la prueba necesaria para apreciar la concurrencia de la causa de revocación aplicada, la citada sentencia afirma:

“no es necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista, esto corresponde a otra jurisdicción, se trata de determinar si concurren ‘razones fundadas’ de constituir un peligro para la ‘seguridad nacional’, razones fundadas que estima que han de ser convincentes y provistas de un sustrato fáctico esencial, tal y como entiende que sucede en el caso examinado” (FJ 6.º).

En el mismo sentido, el derecho de asilo y los motivos imperiosos de seguridad nacional y las razones fundadas de constituir un peligro para la seguridad nacional, son analizados en la STJUE (Sala Primera) Caso H.T. contra Württemberg, de 24 junio 2015, donde se analizan las normas mínimas relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria y el concepto de “motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público” en relación a la participación de una persona que tiene el estatuto de refugiado en las actividades de una organización que figura en la lista de las organizaciones terroristas establecida por la Unión Europea¹⁶. Según esta resolución judicial, la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, debe interpretarse en el sentido de que un permiso de residencia, una vez concedido a un refugiado, puede ser revocado, bien sea en virtud del art. 24.1, cuando existan motivos imperiosos seguridad nacional u orden público, o bien en virtud del art.

¹⁵STS 988/2013, de 12 de marzo, de la Sala de lo Contencioso, por la que se anulan determinados preceptos del Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que anuló el apartado 4 del art. 128 del Reglamento, a tenor del cual en los procedimientos para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado, el órgano competente “podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal”. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6662473&links=extranjeros&optimize=20130322&publicinterface=true>

¹⁶ STJUE (Sala Primera) Caso H.T. contra Württemberg, de 24 junio 2015. STJUE (Sala Primera) Caso H.T. contra Württemberg, de 24 junio 2015. Asunto C-373/13, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Alemania), mediante resolución de 27 de mayo de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de julio de 2013, en el procedimiento H.T. contra Land Baden-Württemberg tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Alemania), mediante resolución de 27 de mayo de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de julio de 2013, en el procedimiento H.T. contra Land Baden-Württemberg.

21.3, de la misma Directiva, cuando existan motivos para aplicar la excepción al principio de no devolución prevista en el art. 21.2, de la Directiva.

Además, la sentencia interpreta que el apoyo a una asociación terrorista, inscrita en la lista anexa a la Posición común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, vigente cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, puede constituir uno de los “motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público” en el sentido del art. 24.1 de la Directiva 2004/83, incluso si no concurren las condiciones previstas por el art. 21.2. Para que se pueda revocar un permiso de residencia concedido a un refugiado, con fundamento en el art. 24.1 de esa Directiva, debido a que ese refugiado apoya a dicha asociación terrorista, las autoridades competentes están obligadas no obstante a llevar a cabo, bajo el control de los tribunales nacionales, una apreciación individual de los aspectos de hecho específicos de las acciones de la asociación así como del refugiado afectados. Y cuando un Estado miembro decide expulsar a un refugiado cuyo permiso de residencia se ha revocado pero suspende la ejecución de esa decisión, es incompatible con la referida Directiva privarle del acceso a los beneficios garantizados por su capítulo VII, a menos que sea aplicable una excepción expresamente prevista por esta Directiva.

Sin embargo, como ya establecieron las STS de Sala 3ª, de 4 de abril de 1997, sobre la desclasificación de documentos clasificados que afectan a la seguridad y defensa del Estado, se acude a unos “conceptos judicialmente asequibles’ definidos por el legislador” que, o bien eliminan totalmente la afeción a dicha seguridad, o bien la aminoran, en términos que ponderando los intereses jurídicos en juego permitan dar prevalencia al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por las recurrentes para pedir la desclasificación.

En la STS 583/2008, Sala 3ª, de 27 marzo 2008, sobre revocación improcedente del derecho de asilo, con falta de prueba de la participación en el tráfico de armas y contratación de mercenarios, se enjuicia el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el día 17 de marzo de 2006, por el que desestimaba el recurso de reposición formulado por un ciudadano de nacionalidad ecuatoguineana y asilado político en España desde el 13 de marzo de 1986, presentado contra el anterior Acuerdo del citado Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2005, revocaba la mencionada concesión del asilo¹⁷.

En ambos casos, se citaban los Acuerdos del Consejo de Ministros como hechos determinantes de la revocación las actividades realizadas desde España por el recurrente contra el régimen político actual de Guinea Ecuatorial, “en concreto los intentos de golpe de estado de mayo de 1997, de febrero y marzo de 2004, así como el desplazamiento a Croacia en marzo de 2005 para entablar diferentes contactos con empresarios vinculados con negocios petrolíferos y de compraventa de armas”. Estas actividades constaban el “INFORME sobre las actividades de Augusto, autoproclamado Presidente del Gobierno de Guinea Ecuatorial en el Exilio”, elaborado el día 27 de

¹⁷ STS 583/2008, Sala 3ª, de 27 marzo 2008. [http://www.poderjudicial.es /search/ contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=176768&links=asilo%20guinea&optimize=20080410&publicinterface=true](http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=176768&links=asilo%20guinea&optimize=20080410&publicinterface=true)

octubre de 2005 por la Unidad Central de Inteligencia de la Comisaría General de Información, de la Subdirección General Operativa de la Dirección General de Policía, que dio lugar, en la misma fecha de 27 de octubre de 2005, a la apertura de un período de información previa, acordado por el Subdirector General de Asilo, en el que es emitido otro Informe por el Centro Nacional de Inteligencia¹⁸.

Pues bien, con la base de tales informes, y mediante Acuerdo de la Oficina de Asilo y Refugio fue incoado el expediente administrativo para la revocación del asilo, en el que, como únicos trámites, constan la audiencia del recurrente, a quien se denegó la suspensión de dicho trámite, y la propuesta de revocación, acordada por unanimidad por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio pese a la comunicación de la Delegación en España del Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas (ACNUR)¹⁹.

Pues bien, según el F.J. 2º de la citada STS 583/2008, de 27 marzo 2008, la fundamentación jurídica de los Acuerdos del Consejo de Ministro alude al art. 20.1.b) de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado (LRDAR), modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, dispone que

“el Gobierno podrá acordar la revocación del asilo o de alguno o de todos los beneficios previstos en el artículo 2 de esta Ley en los siguientes casos:...

b) Cuando se incurra en alguna de las causas previstas en los Convenios Internacionales ratificados por España para la privación de la condición de refugiado o la no aplicación de los mismos”,

Este precepto se remite a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 3.2 de la misma Ley y 1.F.c) y 33.2 de la Convención): 1º) Cuando “...existan motivos fundados para considerar:... c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas” (1.F.c); y 2º) Cuando el refugiado “... sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la seguridad de tal país” (33.2).

En el primero de los Acuerdos se incluían “las actividades de planificación y organización de varios intentos de golpe de estado para derrocar al régimen de Guinea Ecuatorial, en las que se incluyen la recluta de mercenarios y el tráfico de armas”, considerados como los “motivos fundados” exigidos en el artículo 1.F.c) de la Convención. Y se

¹⁸ En ese período de información previa, son emitidos Informes, en fecha de 31 de octubre de 2005, por el Abogado del Estado-Jefe del Ministerio del Interior y por la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

¹⁹ En esta Comunicación se hacía constar que “dada la complejidad que presentan tanto los hechos que motivan la propuesta de revocación, así como la doctrina sobre el art. 1 F (c) de la Convención de Ginebra de 1951 y su aplicación al caso concreto, solicitaba que el estudio del presente expediente sea pospuesto para una próxima reunión de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, a la espera de recibir la opinión que se ha solicitado a la sede del ACNUR en Ginebra”.

destaca la consideración en ese sentido tienen por parte de la Organización de las Naciones Unidas tanto en relación al reclutamiento de mercenarios como al tráfico ilícito de armas, ya que ambas específicas actividades “están llamadas a tener consecuencias negativas sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”. Al ser, pues, actividades “contrarias a los principios y finalidades de las Naciones Unidas”, y al incluirse entre los mismos “el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, se concluye que “existen motivos fundados para considerar al Sr. Augusto como un peligro para la seguridad de España”. Su única justificación es la siguiente:

“así lo señala el Centro Nacional de Inteligencia, cuyo criterio debe considerarse ‘motivo fundado’ para la aplicación del artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, por ser órgano que ostenta en España la responsabilidad de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones”.

Sin embargo, según el F.J. 5º, se acepta la argumentación relativa a la falta de concurrencia de los requisitos precisos para la aplicación del art. 33.2 de la Convención de Ginebra, y se rechaza la afirmación que se realiza en el primero de los Acuerdos de Consejo de Ministros cuando se expresa que “existen motivos fundados para considerar al Sr. Augusto como un peligro para la seguridad de España”²⁰. En ninguno de los dos informes jurídicos emitidos por el Abogado del Estado-Jefe del Ministerio del Interior y por la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, se realiza “referencia alguna a esta argumentación jurídica del artículo 33.2 de la Convención de Ginebra; esto es, a la existencia de “razones fundadas (para considerar al recurrente) como un peligro para la seguridad del país (España) donde se encuentra”. Tampoco en el Informe emitido por la Comisaría General de Información

“se contiene la más mínima referencia a que alguna de las actividades del recurrente que se narran en el mismo, hubiera implicado un peligro para la seguridad de España; y, por supuesto, tampoco se contiene en el citado Informe ningún tipo de valoración o especulación en dicho sentido”.

Y con los siguientes motivos razona el Tribunal Supremo que no puede acoger la argumentación contenida en el Acuerdo inicial del Consejo de Ministros, de que la simple manifestación por parte del Centro Nacional de Inteligencia -en un informe emitido el mismo día que le es solicitado- debe de ser considerada como un “motivo fundado”,

²⁰Como sabemos, el único respaldo de tal afirmación es que así lo expresa en su informe el Centro Nacional de Inteligencia; en dicho informe, tras relatar las actividades del recurrente desde 1997 (en concreto, de 17 de mayo de 1997 en Cabinda, Angola; verano de 1999 en Camerún; marzo de 2004 en Las Palmas de Gran Canaria y Malabo; y marzo y abril de 2005 en Croacia) concluye señalando que “España, ajena a cuantas maquinaciones ha organizado Augusto, se ha visto inmersa en numerosas ocasiones, en situaciones de crisis y de deterioro de relaciones hispano-guineanas y de riesgo para sus intereses y ciudadanos a causa de la ambición de este asilado. En suma, toda su actividad golpista acaba comprometiendo la política exterior española con Guinea Ecuatorial; tiene sus efectos y derivaciones en la política interna española y produce efectos negativos para la comunidad española residente en ese país africano”.

determinante de la aplicación del precepto convencional 33.2 citado y de la revocación de la condición de refugiado del recurrente: a) porque el propio informe del Centro Nacional de Inteligencia no refleja la necesaria y fundada situación de peligro para España como consecuencia de las actividades que se relatan del recurrente (que es el concepto exigido por el precepto convencional que nos ocupa); y b) en segundo término, porque las afirmaciones, que en el mismo Informe se contienen, acerca de “situaciones de crisis y de deterioro de relaciones hispano-guineanas”, o bien de situaciones “de riesgo para sus intereses y ciudadanos”, o, en fin, de compromiso para “la política exterior española con Guinea Ecuatorial”, con derivaciones en la política interna española y efectos negativos para la colonia española residente en Guinea, “no han contado con la más mínima acreditación e incluso han carecido de soporte objetivo alguno para poder deducir, si quiera por la vía de los indicios, la conclusión o situación expresada.”

Según el F.J. 6º, “hemos de recordar que en nuestras SSTS de 4 de abril de 1997 - con cita de las anteriores STS de 2 de octubre de 1987 y STC de 15 de marzo de 1990 (...) para alcanzar un pronunciamiento individualizado que dé solución satisfactoria al concreto conflicto al que sea preciso dar una respuesta en Derecho”. Entre los principios y normas aplicables, el Tribunal Supremo invoca los arts. 9.1 y 24.1 CE,

“en el que se consagra el derecho fundamental de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva, derecho que ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad.

Y retomando la doctrina jurisprudencial ya explicada sobre los actos de dirección política y los conceptos judicialmente asequibles, afirma que

“nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión”²¹.

Por consiguiente, “ponderando todos los intereses jurídicos en juego”, en este caso con un concepto como el de los “actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas” (...) se da “prevalencia al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por el recurrente” porque

²¹STS 583/2008, Sala 3ª, de 27 marzo 2008, FF.JJ. 6 y 7.

“la participación del recurrente en tales concretas actuaciones -tráfico de armas y contratación de mercenarios- no ha resultado acreditada, ni para nosotros, ni para el Tribunal ecuatoguineano que lo juzgó en rebeldía, tratándose, por otra parte, de actuaciones -organizadas sin la intervención directa del recurrente- que se desarrollaron en lugares muy lejanos al Reino de España, como ocurre con Zimbabwe”²².

²² Según concluye la STS: “Nos vemos, pues, obligados a proceder a la anulación de los Acuerdos impugnados del Consejo de Ministros por los que se decidió revocar la concesión del asilo al ciudadano de Guinea Ecuatorial Augusto; derecho de asilo que le había sido concedido mediante Resolución del Ministro del Interior de fecha 13 de marzo de 1986”. *Ibidem*, FF.JJ. 7 y 8.