

CONFERENCIA INTERNACIONAL: «EL ARRAIGO FRENTE A LA EXPULSIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN EUROPA»

Cristina Gortázar Rotaeché *

Organizada por el Centro para el Derecho de Migraciones, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Nimega. Bajo los auspicios del Secretario General del Consejo de Europa. Nimega (Países Bajos), 26 y 27 de marzo de 1999.

I. Objetivo de la Conferencia

La Conferencia Internacional celebrada recientemente en la Universidad Católica de Nimega sobre «El arraigo frente a la expulsión: la protección de los extranjeros en Europa», ha tenido como finalidad el estudio de diferentes legislaciones y prácticas jurisprudenciales de extranjería de distintos estados miembros del Consejo de Europa, para alcanzar un mejor conocimiento de los límites a la expulsión de extranjeros con arraigo en el Derecho europeo comparado.

La Conferencia ha tratado de identificar un «mínimo común denominador» en materia de protección de los extranjeros con arraigo frente a las medidas de expulsión del territorio europeo. Pero, especialmente, ha pretendido contrastar dichas legislaciones y prácticas internas (de los Estados miembros de la Organización) con las medidas de protección que en dicha cuestión aporta la normativa y la jurisprudencia internacional; en particular, las proporcionadas por la Convención Europea de los Derechos Humanos (Roma, 1950) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, CEDH y TEDH, respectivamente).

* Profesor de Derecho Internacional Público, UPCo.

II. Antecedentes

El Consejo de Europa ha publicado recientemente un Informe sobre «Seguridad de la Residencia de los Inmigrantes de larga duración: un estudio comparado del derecho y la práctica en los países Europeos»¹, en el cual se analiza dicha cuestión y se contrastan los resultados en 18 Estados Miembros del Consejo de Europa.

En cuanto a la Unión Europea (en adelante UE) cabe mencionar la Propuesta de Acto del Consejo «por el que se establece el Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los estados miembros»². El capítulo VIII de dicho proyecto de Convenio se denomina «Nacionales de Terceros países instalados con carácter duradero». Por otra parte, la UE va a adquirir nuevas competencias sobre los nacionales de terceros estados en el territorio de la Unión, tras la inminente entrada en vigor del Tratado de Amsterdam.

Como vemos, en el seno de las dos organizaciones internacionales europeas más representativas existe una preocupación por la búsqueda de un estatuto jurídico seguro para los inmigrantes con arraigo en Europa.

III. Contenido de las ponencias presentadas

A) *La CEDH*

Uno de los propósitos de la Conferencia internacional ha consistido en recordar las obligaciones internacionales vinculantes para los 40 Estados miembros del Consejo de Europa en materia de límites a la expulsión de los extranjeros con arraigo.

A este respecto ha constituido *conditio sine qua non* el análisis de la jurisprudencia establecida por el TEDH sobre el respeto a la vida privada y familiar que establece el artículo 8 de la CEDH. Dicha jurisprudencia, reiteradamente, se ha pronunciado contra ciertas expulsiones de extranjeros por entender que conculcan el artículo mencionado³.

¹ «Security of Residence of Long-Term Migrants: A Comparative Study of law and practice in European countries» (Consultants: K. Groenendijk, E. Guild and H. Dogan, University of Nijmegen). Estrasburgo, febrero de 1998.

² Presentada por la Comisión con arreglo a la letra c), apartado 2, artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea COM (97) 387 final.

³ Sobre esta relevante cuestión ha versado la participación de P. van Dijk, actual miembro del Consejo de Estado holandés y anterior juez del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos («Protection of “integrated aliens” against expulsion under the European Convention on Human Rights»). En lo que a nosotros respecta, la representante española, C. Gortázar («Security of residence and expulsion: protection of aliens in Spain»), ha puesto de relieve la nula trascendencia jurisprudencial en España de las sentencias del TEDH en lo relativo a la ex-

Ya en el caso *Berrahab* (21/6/88; Series A no 138)⁴, el TEDH entiende que la cohabitación no es una *conditio sine qua non* para la vida familiar⁵. Es importante este aspecto, pues los extranjeros con residencia de larga duración suelen ser adultos y en muchas ocasiones no viven con su familia más inmediata, no obstante la expulsión podría vulnerar su derecho a la vida familiar.

En dos decisiones más recientes, casos *Boujlifa v Francia* (122/1996/741/440, fallo de 21/10/97) y *Boujaidi v Francia* (1243/1996/742/941, fallo de 26/9/97), el TEDH también rechaza los argumentos de los gobiernos para proceder a la expulsión, teniendo en cuenta que los demandantes fueron escolarizados en el país que pretende la expulsión y que sus padres y hermanos —con los que guardan relación a pesar de su edad adulta— viven en él.

En cuanto a las excepciones al artículo 8 de la CEDH, el Tribunal no ha solido justificar la expulsión de extranjeros con arraigo ni siquiera por razones de criminalidad (casos *Moustaquim v Bélgica y Beldjoudi v Francia*)⁶. En el caso *Nasri v Francia* (TEDH, 13/7/95), el Tribunal en-

pulsión de extranjeros con arraigo («...el artículo 8 de la CEDH, es mencionado por jueces y tribunales dentro del ámbito penal, en cuestiones relacionadas con la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. No obstante, no he encontrado una sola sentencia del Tribunal Supremo, en la cual se utilice dicho artículo como argumento —a favor, o en contra— de la expulsión de un extranjero... »).

⁴ Todos los casos del TEDH citados a continuación (y algunos otros) se encuentran conectados en el Informe «Security of Resident of Long-Term Migrants: A Comparative Study of law and practice in European countries», Op. cit.

⁵ La expulsión del Sr. *Berrahab* le privaría de su derecho a la vida familiar al impedirle ver a su hija con frecuencia, y ello a pesar de estar divorciado y de que la niña vivía con su madre.

⁶ En *Moustaquim v Bélgica* (18/2/91; Series A no 193) la situación es la siguiente: *Moustaquim* había nacido en Casablanca y llega a Bélgica con su madre a los dos años de edad, allí viven también sus hermanos y hermanas. Siendo menor es acusado de 147 cargos y en tres ocasiones es detenido. Bélgica considera que aunque la expulsión vulneraría su vida familiar, no obstante, esta injerencia estaría justificada como medida para la prevención del delito en una sociedad democrática. Sin embargo, tanto la Comisión como el TEDH consideran que dicha expulsión no es necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal atiende al carácter menos grave de los delitos —aunque numerosos— y al hecho de que éstos han ocurrido durante la minoría de edad, encuentra decisivo que *Moustaquim* tenía menos de dos años cuando llegó a Bélgica, había vivido allí por más de veinte años, toda su formación escolar la había recibido en francés: en suma, su vida familiar quedaría gravemente vulnerada por la adopción de la medida de expulsión.

En el asunto *Beldjoudi v Francia* (26/3/92; Series A, no 234) la situación no es muy diferente a la anterior aunque la gravedad de los delitos es mayor y además *Beldjoudi* era adulto cuando cometió los delitos. Sin embargo, es nacional francés de nacimiento, su familia posee también la nacionalidad francesa —cuando Argelia se independiza pierden dicha nacionalidad— y está casado con una francesa. El TEDH encuentra que la expulsión no guarda proporcionalidad con la intención de luchar contra la criminalidad. Como en el caso *Moustaquim*, los mis-

tiende desproporcionada la expulsión de un joven argelino sordomudo, extranjero residente de larga duración, convicto de un delito de violación y sin vínculos con su país de origen.

Por contraste, en dos asuntos más recientes el TEDH ha decidido que la expulsión —dada la gravedad de los delitos— no es una medida desproporcionada (*C v Bélgica* 35/1995/541/627, fallo de 7/8/96, y *Boughanemi v Francia* 16/1995/522/608, fallo de 24/4/96).

También en *Boulchekia v Francia*, el demandante es expulsado tras 20 años de residencia por un delito de violación, más en vista de la seriedad del delito, el TEDH resuelve que la expulsión no es una medida desproporcionada. En su opinión disidente el juez Palm entiende que los inmigrantes de segunda generación deberían ser tratados como nacionales.

En estos últimos casos son de gran importancia las opiniones disidentes y concurrentes⁷, las cuales recuerdan:

- que la nacionalidad no es una condición para el ejercicio de los derechos de la Convención;
- que con respecto a los inmigrantes integrados que cometan delitos, es suficiente el castigo apropiado para los nacionales;
- que el coste para el país de origen es desproporcionado ya que el extranjero ha crecido y vivido en el país de residencia, no resultando equitativo recurrir al país de origen para la solución de determinados problemas...

B) *Otros Convenios Internacionales concluidos en el seno del Consejo de Europa*

También se ha considerado preciso recordar otros instrumentos internacionales auspiciados por el Consejo de Europa los cuales son de interés en la materia⁸. En particular, la Convención Europea sobre Establecimiento concluida en París en 1955, la cual tiene como especial finalidad proporcionar empleo a los desempleados europeos en otro estado del Consejo de Europa y reforzar el estatuto legal de cualquier nacional de un estado miembro del Consejo de Europa que se encuentra empleado en otro estado miembro de dicha organización. Ninguno de

mos dos jueces disienten del fallo. Otros dos emiten opiniones separadas aunque concurrentes y uno de ellos expresa su parecer sobre la necesidad de que las expulsiones de extranjeros con arraigo sean tan excepcionales como las de los nacionales.

⁷ Así, K. Groenendijk, E. Guild y H. Dogan, en «Security of Residence of Long-Term Migrants: A Comparative Study of law and practice in European countries», Op. cit.

⁸ Ponencia presentada por el Prof. K. Groenendijk de la Universidad de Nimega («Security of residence and protection from expulsion in Council of Europe Instruments»).

los nuevos miembros del Consejo de Europa, países de Europa central y del este, han ratificado la mencionada Convención⁹. Otros instrumentos internacionales relacionados con la protección de los extranjeros con arraigo y adoptados en el seno del Consejo de Europa, han sido estudiados en la Conferencia Internacional que comentamos: este es el caso de la Convención Europea sobre Asistencia Social y Médica (1953), de la Carta Social Europea (1961), de la Convención Europea sobre el Estatuto Legal de los Trabajadores Migrantes (1977) o de la Convención Europea sobre Nacionalidad (1997).

En opinión del Prof. Groenendijk la ampliación a nuevos miembros de la UE y las competencias que asumirá la organización tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, continúan dejando un espacio muy específico a la labor del Consejo de Europa en materia de extranjería. Y ello no es sólo debido a que el número de estados miembros de esta última organización es mucho mayor y las adhesiones se producen más rápidamente que en la UE (así, los instrumentos del Consejo de Europa serán indispensables para los estados de Europa central y del este que no forman parte de la UE ni van a entrar en dicha organización a corto plazo), sino también porque el Consejo de Europa debe tender a colmar las lagunas existentes en la protección otorgada por el Derecho Comunitario.

C) *La UE y la protección de los extranjeros frente a la expulsión*

La protección de los nacionales de terceros Estados frente a la expulsión en el seno de la UE ha recibido una consideración especial, dadas las posibilidades futuras de actuación de la UE en dicha materia tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam¹⁰.

Dicho Tratado crea un nuevo Título IV del TCE sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de

⁹ España tampoco se ha adherido a la Convención Europea sobre establecimiento de 1955. El número de estados parte en la misma es 12: Alemania, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y Turquía. El efecto, en la práctica, de este convenio quedó limitado por la adopción del tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea en 1957, pero seis estados miembros de la Comunidad Europea ratificaron la Convención Europea sobre establecimiento antes que el Tratado CEE o el tratado EFTA (es el caso de Dinamarca, Grecia, Irlanda, Noruega, Reino Unido y Suecia). En la actualidad, Turquía es el único estado parte en la Convención Europea sobre Establecimiento que no pertenece al Espacio Económico Europeo, logrando así una mejora en la protección de sus nacionales que trabajan y viven en cualquier otro de los doce estados miembros del Convenio Europeo sobre Establecimiento. Es evidente que este Convenio ha de resultar interesante para los estados de Europa central y oriental miembros del Consejo de Europa.

¹⁰ Ponencia presentada por el Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, N. Fenelly: «The European Union and Protection of Aliens from Expulsion».

personas, y dispone en su artículo 63(3) que el Consejo pueda adoptar medidas sobre política de inmigración en lo relativo a «condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar».

La Propuesta de Acto del Consejo «por el que se establece el Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los estados miembros», en su capítulo VIII sobre «Nacionales de Terceros países instalados con carácter duradero», entiende que tendrán esta condición los inmigrantes que hayan residido en un estado miembro de la UE de manera regular durante al menos cinco años o quienes posean un permiso de residencia en un estado miembro por un período de diez años. El Proyecto de Convenio dispone entre los derechos del nacional de tercer país con carácter duradero que «gozará de una protección reforzada contra la expulsión, sin perjuicio de los límites en materia de orden público y de seguridad interior» (artículo 34,1,d).

La actual protección del Derecho Comunitario en materia de expulsión, aunque evidentemente no se extiende a los nacionales de terceros Estados sino sólo a los ciudadanos comunitarios, bien puede servir de «modelo» para un futuro estatuto jurídico de protección de los nacionales de terceros estados, residentes de larga duración en la UE o, incluso, podría ser un «modelo» a aplicar a todos los extranjeros con arraigo en el seno del Consejo de Europa.

Recordemos que la no expulsión de los extranjeros que posean nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) está especialmente garantizada por el Derecho Comunitario y por el Acuerdo sobre el EEE¹¹. La garantía consiste en que únicamente cabe la expulsión cuando está amenazado el orden público, la seguridad pública o la salud pública¹². La protección frente a la expulsión, en este caso, no establece reglas particulares para el caso de extranjeros con arraigo.

¹¹ Este último acuerdo, como es sabido, amplía la garantía contra la expulsión que tienen los nacionales de la UE que ejercen la libre circulación y sus familiares, a los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein en las mismas circunstancias. El Acuerdo sobre el EEE entre la Comunidad Europea, los Estados miembros y Austria, Finlandia, Suecia (los cuales aún no eran miembros de la UE), Islandia, Liechtenstein y Noruega se firma en Oporto el 2 de mayo de 1992 y está en vigor desde el 1 de enero de 1994 (es ratificado por España el 26 de noviembre de 1993).

¹² En la interpretación de los conceptos de «orden público, seguridad pública o salud pública» han de prevalecer los criterios restrictivos establecidos en la jurisprudencia del TJCE.

D) *Otros modelos europeos en materia de protección de extranjeros frente a la expulsión*

Como decimos, la protección que el Derecho Comunitario y el Acuerdo sobre el EEE dispensan a la expulsión de los nacionales de un estado miembro del EEE que ejercen sus libertades (establecimiento, prestación de servicios, etc.) en otro estado miembro del EEE, constituye uno de los «modelos» susceptibles de ser trasladado a una futura protección de todos los extranjeros con arraigo en el seno del Consejo de Europa.

La protección contra la expulsión prevista por la Unión Nórdica, el Benelux y la *Common Travel Area* (entre el Reino Unido, Irlanda, islas de Man, Guernsey y Jersey) ha sido también objeto de tres diferentes ponencias¹³, en la búsqueda de «modelos» apropiados para una futura protección armonizada de los residentes extranjeros de larga duración en el seno del Consejo de Europa.

E) *La adquisición de la nacionalidad*

En la Conferencia Internacional también se ha analizado la posibilidad de obtener un estatuto jurídico seguro frente a la expulsión a través de la adquisición de la nacionalidad del país de residencia¹⁴. En este sentido se ha mencionado la necesidad de facilitar y simplificar los requisitos para acceder a dicha nacionalidad de residencia.

Se han repasado los distintos convenios internacionales en materia de nacionalidad, en general dedicados a la lucha contra la apatridia y las múltiples nacionalidades no efectivas, pero no a la armonización de criterios para la adquisición de la nacionalidad del país de residencia. Con especial énfasis se ha recordado la Convención Europea sobre Nacionalidad adoptada en el seno del Consejo de Europa en 1997, ya que posibilita en determinadas circunstancias conservar la nacionalidad de origen. Ahí está el meollo de la cuestión: los inmigrantes no suelen querer adquirir la nacionalidad de residencia ya que habitualmente ello significa la renuncia a su nacionalidad prístina.

F) *Las diferentes soluciones de los ordenamientos internos*

Por fin, se han estudiado las legislaciones y prácticas internas en materia de protección frente a la expulsión de extranjeros con arraigo, en algunos estados miembros del Consejo de Europa.

¹³ Éstas han sido presentadas por el Prof. J. Vedsted-Hansen (Universidad de Copenhague; la Unión Nórdica), el Prof. P. Boeles (Universidad de Leiden, el Benelux) y D. A. Nicol QC (abogado; la *Common Travel Area*).

¹⁴ Sobre esta interesante cuestión ha tratado una de las participaciones en la Conferencia Internacional del Prof. B. Nascimbene (Universidad de Milán).

Las diferencias entre ellas son notables. En general, puede distinguirse entre países con fuerte tradición inmigratoria (como Francia y Alemania)¹⁵, los cuales poseen mayores garantías frente a la expulsión de extranjeros con arraigo; países donde la inmigración es más reciente y que aún no tienen sus legislaciones suficientemente preparadas para proteger eficazmente a los extranjeros residentes de larga duración (caso italiano o español)¹⁶; países con fuerte tradición emigratoria que sólo ahora comienzan a tener inmigración (Polonia o Hungría)¹⁷; o casos muy particulares como el de Estonia¹⁸. En este país, tras el reestablecimiento de la independencia en 1991, se re-instauró la legislación sobre nacionalidad anterior a la ocupación soviética, no otorgándose la nacionalidad de Estonia a los residentes: esta política convirtió a casi un 30 por 100 de la población en extranjeros (o apátridas) en su país de residencia habitual.

Es importante tener en cuenta, respecto de la población extranjera de cada estado, cuál es el número de extranjeros procedentes de otros estados miembros del EEE, ya que éstos gozan del régimen privilegiado establecido por el Derecho Comunitario y por el Acuerdo sobre el EEE, el cual les protege más eficazmente frente a las expulsiones que al resto de los extranjeros no comunitarios sometidos a los diferentes regímenes internos de extranjería. Así, en Bélgica, el 60 por 100 de la población extranjera es nacional de la UE¹⁹. En el Reino Unido²⁰ casi la mitad de los extranjeros son nacionales de otros estados miembros de la UE y, de entre ellos, la mitad son irlandeses. Por contraste, en Holanda los extranjeros nacionales de la UE constituyen un 25 por 100 del número de extranjeros²¹ y en Dinamarca, del 3,6 por 100 total de extranjeros, sólo el 0,8 por 100 son ciudadanos de la UE²².

IV. Consideraciones finales

La integración de los extranjeros en Europa es uno de los grandes retos de muchos de los Estados e instituciones europeas. Sin embargo,

¹⁵ J.-E. Malabre (Francia) y el Prof. K. Sieveking (Alemania).

¹⁶ Ponencias a cargo del Prof. B. Nascimbene y la Prof. C. Gortázar, respectivamente.

¹⁷ Ponencias presentadas por M. Kuczynski (Polonia) y J. Toth, Universidad de Szeged (Hungría).

¹⁸ Ponencia a cargo de M. Haruoja.

¹⁹ El derecho y la práctica belga ha sido tratada por L. Walleyn. Ver, también, datos en «Security of Residente of Long-Term Migrants: A Comparative Study of law and prachce in European countries», op. cit.

²⁰ Intervención de C. Jarvis.

²¹ La ponencia sobre el Derecho holandés ha sido presentada por el Prof. P. Boeles de la Universidad de Leiden.

²² Prof. J. Vedsted-Hansen.

es evidente que la integración tiene una relación directa con la «residencia segura» de dichos extranjeros. En ocasiones dicha residencia segura supone el paso previo a la adquisición de la nacionalidad; otras veces, no: bien porque no se les facilita el acceso a la nacionalidad o porque los extranjeros no desean perder su nacionalidad de origen.

Los países del oeste y norte de Europa con tradición en sus movimientos inmigratorios han desarrollado un estatuto que supone una residencia segura para los extranjeros con permisos de duración indefinida. Los países del centro y sur de Europa, en cambio, han introducido sólo recientemente un estatuto de residencia permanente para determinados extranjeros y su «no expulsión» está insuficientemente garantizada. Algunos Estados de la Europa central y del este ano no han creado este tipo de permisos de residencia permanente.

En muchos de los países estudiados, la expulsión de los inmigrantes con permiso de residencia permanente queda restringida a casos en los que el extranjero es condenado por un delito grave a una importante pena de prisión. En otras situaciones se utilizan medidas alternativas para evitar la expulsión: por ejemplo, sustituir el permiso de residencia permanente por uno temporal, restringir la residencia a una sola región, etc. Sólo en algunos países cualquier delito contra el orden público es motivo de expulsión de quien posee permiso de residencia permanente²³.

²³ Sería deseable que quienes en la actualidad trabajan en la modificación de la Ley española de extranjería, tuvieran en cuenta estas consideraciones, reflejadas también en el estudio de Derecho Comparado al que repetidamente nos hemos referido, *Security of Residente of Long-Term Migrants: A Comparative Study of law and practice in European countries*, *op. cit.*