

TJUE – SENTENCIA DE 22.06.2010 (GRAN SALA), *AZIZ MELKI Y SÉLIM ABDELI*, C-188/10 Y C-189/10 –
«ARTÍCULO 67 TFUE — LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS — SUPRESIÓN DE CONTROLES EN LAS FRONTERAS INTERIORES — NORMATIVA NACIONAL QUE AUTORIZA CONTROLES DE IDENTIDAD A 20 KILÓMETROS DE LA FRONTERA»

CONTROLES FRONTERIZOS Y CONTROLES DE IDENTIDAD DENTRO DEL ESPACIO *SCHENGEN*

MARIONA ILLAMOLA DAUSÀ*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. RESUMEN DE LOS HECHOS.
- III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN. LÍMITES A LOS CONTROLES DE IDENTIDAD.
- IV. COMENTARIO.

* Doctora en Derecho, Profesora Visitante del Área de Derecho Internacional Público, Departamento de Derecho Público. Directora del Centro de Documentación Europea. Universidad de Gerona, España. Este comentario se enmarca en el grupo de investigación ERJAIDI-UE, 2009, SGR 236.

I. INTRODUCCIÓN

En el asunto *Melki*¹ el Tribunal de Justicia, en Gran Sala, se pronuncia sobre dos aspectos diferentes del Derecho de la Unión. En primer lugar clarifica las relaciones entre las jurisdicciones constitucionales nacionales y él mismo resolviendo una cuestión prejudicial relativa a las limitaciones de los tribunales nacionales para plantear cuestiones prejudiciales. Se plantea si son contrarias al artículo 267 TFUE las disposiciones nacionales que establecen un procedimiento incidental de control de constitucionalidad que obliga a los órganos jurisdiccionales a pronunciarse con prioridad sobre la remisión al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes nacionales, de una cuestión de conformidad de una disposición de derecho interno con la Constitución al tiempo que se plantea si es contraria al Derecho de la Unión. El Tribunal considera que si la norma interna que establece el control prioritario de constitucionalidad impide que el órgano jurisdiccional que atiende sobre el fondo pueda presentar en cualquier momento una cuestión prejudicial, dicha disposición es contraria al Derecho de la Unión. Mientras que si los órganos jurisdiccionales pueden plantear las cuestiones prejudiciales que estimen necesarias, pueden adoptar las medidas precisas para asegurar la tutela judicial provisional y pueden dejar inaplicada la disposición nacional si tras el procedimiento incidental de constitucionalidad es considerada contraria al Derecho de la Unión, la considera compatible. Posteriormente, tras la sentencia del Tribunal el Parlamento francés inició la evaluación de dicho sistema de remisión constitucional previa, incluyendo la posibilidad de que sea preciso cambiar el procedimiento aplicable ante la *Cour de Cassation* o al menos preveer la posibilidad de que el *Conseil Constitutionnel* suspenda el procedimiento en caso de que la cuestión que se transmita al Tribunal de Justicia afecte a la transposición de una directiva². En este sentido en abril de 2011 se presentó una propuesta de reforma de la Ley orgánica³.

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de Junio de 2010, *Aziz Melki y Sélim Abdeli*, asuntos acumulados C 188/10 y C 189/10, *Rec.* I-05667.

² Assemblée Nationale, Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République. Rapport d'information sur l'évaluation de la Loi Organique n° 2009/1523 du 10 Décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 2838, du 5/10/2010, www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2838.pdf

³ Assemblée Nationale, Proposition de Loi Organique tendant à faciliter la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité, n° 3325, www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3325.asp

En segundo lugar el Tribunal analiza la licitud de controles policiales en una zona fronteriza a la luz del Derecho de la Unión. Se trata de una cuestión material ligada a la libertad de circulación en el espacio *Schengen*, que afecta al carácter absoluto o no de dicho principio y sus posibles límites. El Tribunal señala la diferencia entre controles fronterizos y controles de identidad, recalcando que éstos últimos no han quedado afectados, siempre que no produzcan efectos equivalentes a los controles fronterizos, por la abolición de los controles en las fronteras interiores.

Aunque se trata de dos cuestiones prejudiciales me centraré en la segunda relativa al artículo 67 TFUE concerniente al control de las personas. La cuestión relativa al diálogo judicial en la UE ha sido tratada con amplitud por la doctrina, especialmente la francesa, y a ella me remito⁴.

⁴ Entre otros, CASSIA, P., « Constitution et pouvoirs publics. La QPC peut-elle être “prioritaire”? », *Recueil Dalloz*, nº 26, 8 juillet 2010, pp. 1636-1637. CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Novedades en Francia* www.observatoriodoxa.ua.es. DRIGO, C., « La Corte di giustizia riafferma il proprio primato: la questione prioritaria di costituzionalità al vaglio dei giudici di Lussemburgo », *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, 2010, pp. 1484-1490. DONNAT, F., « La Cour de justice et la QPC: chronique d’un arrêt prévisible et imprévu », *Recueil Dalloz*, nº 26, 8 juillet 2010, pp. 1640-1647. FERRERES COMELLA, V., « Unión Europea. El problema del «doble vicio» en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki », *Foro de actualidad, Actualidad Jurídica Urta Menéndez*, 28/2011. GAUTIER, M., «La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire?», *Revue Française de Droit Administratif*, nº 43, mai-juin, 2010, pp. 449-458. GILLIAUX, P., «Constitutionnalité et conformité au droit de l’Union. Question de priorité», *Journal de Droit Européen*, nº 173, novembre 2010, pp. 269-275. JONCHERAY, N., «Citoyenneté Arrêt “Aziz Melki et Sélim Abdeli”», *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 3/2010, pp. 647-651. LUCAZEAU, G., «Constitution, Convention ou Traité. La “guerre des trois” aura-t-elle lieu?», *La Semaine Juridique*, édition générale, nº 26-28, juin 2010, pp. 1330-1331, 1438-1439. MAGNON, X., «La QPC face au droit de l’Union: la brute, les bons et le truand», *Revue française de Droit constitutionnel*, 84, 2010, pp. 761-791. MOONEN, T., «Joined cases C-188/10 and 189/10, proceedings against Aziz Melki and Sélim Abdeli or How the last shall be the first: the Court of Justice rules on priority constitutional review», *Columbia Journal of European Law*, vol 17, 2010-2011, pp. 129-149. PLIAKOS, A., «Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l’Union Européenne: la réaffirmation du principe de primauté», *Cahiers de Droit Européen*, nº 3-4, 2010, pp. 487-514. ROUX, J., «Constitution et pouvoirs publics. La Cour de justice et le contrôle incident de constitutionnalité des directives de l’Union: remarques sur un obiter dictum», *Recueil Dalloz*, nº 38, 4 novembre 2010, pp. 2524-2525. SALICETI, A. I., «Constitution et primauté: un bilan jusqu’à l’arrêt “Melki et Abdeli”», *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 3/2010, pp. 583-624. SARMIENTO, D., «L’arrêt Melki: esquisse d’un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond français», *Revue Trimestrielle de Droit Euro-*

II. RESUMEN DE LOS HECHOS

Los Sres. Melki y Abdeli de nacionalidad argelina fueron objeto de un control policial en la zona comprendida entre la frontera terrestre franco-belga y una línea cuyo trazado discurre a 20 kilómetros de la misma. Al detectarse que se encontraban en situación irregular, el 23 de marzo de 2010 el Prefecto del *Département du Nord* de la República Francesa les dictó un orden de expulsión administrativa y una decisión de internamiento en locales no dependientes de la administración penitenciaria.

Los Sres. Melki y Abdeli impugnaron la legalidad del requerimiento de identificación por considerar que el artículo 78.2 párrafo cuarto del Código de Procedimiento Penal era inconstitucional al vulnerar los derechos y libertades recogidos en la Constitución francesa. Su argumentación se basaba en el hecho de que al ser Francia parte del Tratado de Lisboa los compromisos que de ello derivan tienen rango constitucional, y la autorización de controles en las fronteras es contraria al principio de libre circulación de personas del artículo 67.2 TFUE.

El 25.03.2010 el juez competente en materia de libertad y prisión remitió a la *Cour de Cassation* la alegación presentada por los Sres. Melki y Abdeli y prolongó quince días su detención. En concreto consideraba que se había suscitado la cuestión de la conformidad del artículo del Código de Procedimiento Penal tanto respecto del Derecho de la Unión como respecto de la Constitución. Asimismo, de las modificaciones al Decreto legislativo 58-1067 deducía que los órganos que conocen del fondo del litigio estaban privados de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia cuando se remite una cuestión prioritaria de constitucionalidad al *Conseil Constitutionnel*⁵.

La *Cour de Cassation* consideró que la remisión de la cuestión prioritaria de constitucionalidad al *Conseil Constitutionnel* dependía de la interpre-

péen, 46(3), juillet/septembre 2010, pp. 588-598. SCANVIC, F., «La question de constitutionnalité est-elle vraiment prioritaire?», *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 26 juillet 2010, pp. 1459-1461. SIMON, D., RIGAUX, A., «La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie (s) et dissonance (s) des monologues juridictionnels croisés», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n ° 29, 2010, pp. 63-83.

⁵ La reforma constitucional francesa de 2008 que instauró un control de constitucionalidad de las leyes no entró en vigor hasta el 1 de marzo de 2010, poco tiempo antes de la cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation*, lo que comporta incertidumbre acerca de su interpretación.

tación del Derecho de la Unión por lo que el 16.04.2010 planteó dos cuestiones prejudiciales y solicitó al Tribunal que actuase con urgencia.

El Tribunal justificó la aplicación del procedimiento acelerado solicitado por tres razones. La primera, que las cuestiones prejudiciales versaban sobre aspectos esenciales de la actividad de la Unión al tratarse de la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales presentasen una cuestión prejudicial y la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia⁶. La segunda, el espíritu de cooperación que caracteriza las relaciones entre las jurisdicciones nacionales⁷ y él mismo ante el limitado plazo de tiempo - tres meses - de que gozaba la *Cour de Cassation* para presentar la cuestión prioritaria de constitucionalidad. Y por último el hecho de que las cuestiones prejudiciales tenían relación con unas personas que habían sido privadas de libertad⁸.

Visto que las cuestiones planteadas en los asuntos C-188/10 *Aziz Melki*, y C-189/10 *Sélim Abdeli* versaban ambas sobre los mismos aspectos y se trataba de asuntos relacionados, el Tribunal decidió acumularlos⁹.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN: LÍMITES A LOS CONTROLES DE IDENTIDAD

La cuestión prejudicial a analizar pretende dilucidar si el artículo 67 TFUE se opone a una legislación nacional que permite, en una zona de 20 kilómetros a partir de la frontera terrestre con los Estados parte de *Schengen*, controlar a todas las personas para verificar el respeto de las obligaciones de posesión, tenencia y presentación de los títulos y documentos que prevé la ley. El control se hará a la persona de la que por motivos razonables se sospeche que ha cometido o intentado cometer una infracción, se dispone a cometer un delito grave o menos grave, o es buscada por orden de la autoridad judicial. Como señala el Abogado General Mazák, se parte del principio de que las disposiciones del artículo 78-2 párrafo cuarto del Código de Procedimiento Penal francés pueden constituir controles de las personas en las fronteras interiores¹⁰.

⁶ Apartado 14 Ordonnance du Président de la Cour de 12 mai 2010 « Procédure accélérée ».

⁷ Apartado 15 Ordonnance du Président de la Cour de 12 mai 2010 « Procédure accélérée ».

⁸ El último párrafo del Artículo 267 TFUE prevé que en estos supuestos el Tribunal se pronuncie con la mayor brevedad.

⁹ Ordonnance du Président de la Cour de 20 avril 2010, « Jonction ».

¹⁰ Punto 36 de la Opinión del Abogado General.

Si bien el Gobierno francés alegó la inadmisibilidad de la cuestión planteada, el Tribunal de Justicia no contempló dicha posibilidad pues las resoluciones del juez competente en materia de libertad y prisión no habían dejado de producir efectos, a pesar de que desde el 9 de abril los Sres. Melki y Abdeli ya no estaban sometidos a ninguna medida privativa de libertad¹¹. El Tribunal recuerda su jurisprudencia¹² en el sentido de que solamente puede negarse a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial si es evidente que la interpretación solicitada no está relacionada con el objeto del litigio, cuando el problema es hipotético o cuando no dispone de elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil.

Los Srs. Melki y Abdeli consideraron que el Tratado de Lisboa, en concreto los artículos 67 y 77 TFUE, atribuye un carácter absoluto a la libre circulación de personas con independencia de su nacionalidad, sin que se contemplen excepciones ni limitaciones a dicha libertad¹³. Asimismo solicitaron la invalidez del artículo 21 del Reglamento 562/2006 (Código de Fronteras Schengen, CFS)¹⁴, petición que desestima el Tribunal por no ser un aspecto contemplado en la cuestión prejudicial¹⁵.

Por su parte el Gobierno francés sostuvo que las disposiciones nacionales controvertidas se justifican para garantizar la lucha eficaz contra la inmigración ilegal, y por la necesidad de luchar contra una delincuencia específica de las zonas de paso y fronteras. Defendió los controles aleatorios (ni fijos, ni persistentes) que permite su legislación para prevenir la comisión de infracciones o perturbaciones del orden público o para buscar a los autores de una infracción, basándose en informaciones y experiencia de la policía. En la

¹¹ Debido a que el procedimiento de reconocimiento de los Sres. Melki y Abdeli por las autoridades argelinas, necesario para su expulsión, no pudo realizarse antes de la finalización del plazo de internamiento, el prefecto du Nord les dejó en libertad. Apartado 28 de la Sentencia.

¹² Sentencias de 22 de diciembre de 2008, *Regie Networks*, C- 333/07, *Rec.* p. I-10807, apartado 46; de 8 de septiembre de 2009, *Budejovicky Budvar*, C- 478/07, *Rec.* p. I-07721, apartado 63; y de 20 de mayo de 2010, *Zanotti*, C- 56/09, *Rec.* p. I-04517, apartado 15.

¹³ Punto 31 de la Opinión del Abogado General.

¹⁴ Reglamento (CE) 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), DO L 105 de 13.4.2006, pp. 1/32.

¹⁵ Apartado 63 de la Sentencia, el Tribunal se remite a su sentencia de 30 de noviembre de 2006, *Brünsteiner y Autohaus Hilgert*, C-376/05 y C-377/05, *Rec.* p. I-11383, apartado 28.

misma línea se manifestaron los Gobiernos alemán, helénico, neerlandés, eslovaco y belga recordando que los controles de policía no sistemáticos, que no pretenden controlar las fronteras, ni conducen a una denegación de la entrada, son permitidos por el CFS si cumplen unos requisitos, igualmente se justifican por posibles amenazas para el orden público y la seguridad interior. Una posición contraria fue la mantenida por el Gobierno checo y la Comisión quienes consideraron que Francia lleva a cabo controles encubiertos en las fronteras. Las personas que acaban de cruzar ilegalmente una frontera interior son la única categoría susceptible de ser descubierta mediante controles de identidad efectuados en las zonas próximas¹⁶.

El Tribunal interpreta el artículo 67 TFUE cuyo enunciado determina que la Unión es la destinataria de la obligación de garantizar la ausencia de controles en las fronteras interiores. En su cumplimiento, y desarrollando el artículo 77.2.e¹⁷, se adoptó el Código de Fronteras *Schengen* que en su Artículo 20 determina que el cruce de las fronteras interiores se llevará a cabo en cualquier lugar sin que exista una inspección fronteriza a las personas, entendiéndose por tal las inspecciones que tienen como objetivo autorizar la entrada en el territorio¹⁸. El Tribunal considera que la norma interna no es contraria a dicha disposición puesto que no se trata de inspecciones fronterizas sino del control de las personas en el interior del territorio del Estado miembro con independencia del cruce de la frontera interior¹⁹.

El artículo 21 CFS es el dedicado a las inspecciones dentro del territorio y el que determina que la supresión del control en las fronteras interiores no afectará a ciertas prerrogativas de los Estados miembros (enumeradas limitativamente en sus distintos apartados) quienes pueden reintroducirlas siempre que actúen de buena fe y respetando la finalidad y el espíritu de la libre circulación de personas.

El Tribunal recuerda los elementos señalados en la letra a) de dicho artículo 21 para determinar si el ejercicio de las competencias de policía pueden

¹⁶ Punto 36 de la Opinión del Abogado General.

¹⁷ En el apartado 43 de su sentencia de 22 de octubre, *Zurita García y Choque Cabrera*, C-261/08 y C-348/08 el Tribunal señala que el actual artículo 77.2.e TFUE no tiene por objeto ni por efecto reconocer derechos a los nacionales de terceros países ni imponer obligaciones a los Estados miembros.

¹⁸ El Reglamento regula en sus artículos 23 a 31 la posibilidad de los Estados de restablecer temporalmente, con carácter excepcional y cumpliendo unos requisitos, los controles fronterizos en sus fronteras interiores ante una amenaza grave para su orden público o su seguridad.

¹⁹ Apartado 68 de la Sentencia.

tener un efecto equivalente a inspecciones fronterizas²⁰. Dichas medidas no deben tener como objetivo el control de las fronteras, deben basarse en informaciones y experiencia policiales de carácter general sobre posibles amenazas a la seguridad pública, deben ir destinadas a combatir la delincuencia transfronteriza, deben concebirse y ejecutarse de forma claramente diferenciada de las inspecciones sistemáticas de las personas en las fronteras exteriores, y por último deben tener un carácter aleatorio. El Abogado General considera que la expresión «en particular» antes de enunciar estas cuatro circunstancias significa que las mismas no tienen un carácter cumulativo ni limitativo, sino ejemplificativo, se trata de factores o indicios cuya existencia no es un elemento decisivo, por lo que debe procederse a un examen casuístico²¹. Si bien el Tribunal no lo aborda, el Abogado General analiza el apartado c) del artículo 21 que permite a los Estados disponer la obligación de poseer o llevar consigo documentos. En su opinión, los controles para verificar esta obligación pueden, según las circunstancias, ser un obstáculo al principio general de supresión de controles, especialmente si son arbitrarios, sistemáticos o especialmente severos²².

Establecidas estas premisas el Tribunal procede a analizar si la legislación nacional es contraria al artículo 21 letra a) CFS, es decir si los controles que prevé el artículo 78.2 párrafo cuarto del Código de Procedimiento Penal son equivalentes a inspecciones fronterizas a pesar de realizarse en el interior del territorio y no en el puesto fronterizo. Respecto del objetivo de los controles, considera que el control fronterizo regulado en el CFS tiene como objetivo autorizar la entrada o salida del territorio de los Estados miembros e impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones fronterizas, mientras que los controles que permite la legislación francesa tienen como objetivo verificar la observancia de las obligaciones de poseer, llevar consigo, presentar los títulos y documentos previstos por la ley. No existe pues incompatibilidad entre ambos tipos de control. En relación con el ámbito de aplicación territorial de la competencia, considera que la delimitación de los controles a una zona fronteriza no supone tampoco un efecto equivalente a una inspección fronteriza, no obstante, podrían ser un indicio de efecto equivalente las disposiciones especiales relativas a controles a bordo de trenes que realizan trayectos

²⁰ Apartado 70 de la Sentencia.

²¹ Puntos 44 y 45 de la Opinión del Abogado General.

²² Punto 46 de la Opinión del Abogado General, en el que se remite a las Sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2005, *Oulane*, C-215/03, *Rec.* p. 1-1215, apartado 34, y de 27 de abril de 1989, *Comisión /Bélgica*, 321/87, *Rec.* p. 997, apartado 15.

internacionales o en autopistas de peaje²³. Por último el Tribunal considera que la legislación objeto de controversia no contempla limitaciones sobre la frecuencia e intensidad de los controles que pueden llevarse a cabo con independencia del comportamiento de la persona y de la existencia de circunstancias que acrediten un riesgo de perturbación del orden público. Según el Tribunal, por seguridad jurídica debería preverse la necesaria delimitación de la competencia atribuida a las autoridades de policía, especialmente para orientar su facultad de apreciación en la aplicación práctica²⁴. La delimitación debe garantizar que el ejercicio de la competencia no tenga un efecto equivalente a una inspección fronteriza.

El Tribunal concluye que aunque por sí solo el límite territorial de 20 kilómetros es aceptable, su conjunción con el hecho de que no exista ningún límite al ejercicio de la competencia policial de llevar a cabo los controles para verificar la observancia de la obligación de poseer, llevar consigo y presentar los títulos y documentos previstos por la ley se opone al artículo 67.2 TFUE y a los artículos 20 y 21 CFS. En la misma línea se pronunciaba el Abogado General para quien la ausencia de límites en dicha zona geográfica crea un régimen más severo que en el resto del territorio que difiere del contemplado en los demás párrafos del artículo 78.2 del Código de Procedimiento Penal francés²⁵.

Tras el pronunciamiento del Tribunal, el 29 de junio de 2010 la *Cour de Cassation*²⁶ dictó una sentencia en la que falló que vista la respuesta a las cuestiones prejudiciales no tenía sentido reenviar al *Conseil Constitutionnel* la cuestión prioritaria de constitucionalidad.

IV. COMENTARIO

El Tribunal de Justicia aplica, a petición del órgano jurisdiccional nacional, el procedimiento acelerado, aunque tratándose de una situación relativa al espacio de libertad, seguridad y justicia podría haber optado, de oficio, por seguir el procedimiento de urgencia, posibilidad que como señala Mangas Martín, se añade a la facultad de solicitar la aplicación del procedimiento

²³ Apartado 72 de la Sentencia.

²⁴ Apartados 73 y 74 de la Sentencia.

²⁵ Punto 46 de la Opinión del Abogado General.

²⁶ Cour de cassation, audience publique du 29 juin 2010, n° de pourvoi : 10-40001. www.gisti.org/IMG/pdf/jur_ccas_20100629_10-40001.pdf.

acelerado²⁷. Sin embargo, quizás el Tribunal no lo contempló puesto que si bien una cuestión prejudicial versaba sobre la privación de libertad, en el momento de presentarse, 16.04.2010, los Srs. Melki y Abdeli ya no se encontraban, desde hacía una semana, en dicha situación en extremo sensible. Asimismo la reducción de tiempos procesales y la posibilidad de eliminar trámites considerados superfluos que prevé el procedimiento acelerado ya permitía que el Tribunal se pronunciase dentro del límite de tres meses del que gozaba la *Cour de Cassation* para decidir el envío de la cuestión de constitucionalidad al *Conseil Constitutionnel*. La situación hubiese podido ser distinta si en el momento de los hechos la Directiva 2008/115, de Retorno²⁸, ya hubiese estado transpuesta, puesto que podría haberse incoado un procedimiento de retorno a los Srs. Melki y Abdeli y mantenerlos internados por un máximo de seis meses prorrogables otros doce, lo que hubiese conllevado una situación real y prolongada de privación de libertad en el momento del planteamiento de las cuestiones prejudiciales que hubiese justificado una minoración más acusada e intensa de los plazos a través de la aplicación del procedimiento de urgencia.

El principio de libre circulación de personas se ha ido consolidando con el desmantelamiento de las fronteras interiores. Sin embargo no es un derecho absoluto, ni para los nacionales de terceros países ni tampoco para los ciudadanos de la Unión²⁹. La jurisprudencia del Tribunal ha validado los límites al ejercicio de este derecho que debe desarrollarse a través del derecho derivado³⁰, siendo un ejemplo de ello el citado CFS que regula el cruce de las fronteras exteriores e interiores de la Unión, y por consiguiente los posibles controles a los que puede someterse a las personas.

²⁷ MANGAS MARTÍN, A. - LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 457-463, p. 462. MAESO SECO, L., «El mecanismo prejudicial como garantía del sistema», en ORTEGA, L., DE LA SIERRA, S. (dirs.), *Estudios de la Unión Europea*, Centro de Estudios Europeos, 2011, pp. 53-99.

²⁸ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *DO, L 348, de 24.12.2008*.

²⁹ MANGAS MARTÍN, A., «Artículo 45. La libertad de circulación y residencia», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 1ª ed., 2008, pp. 718-730.

³⁰ Sentencia de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-378/97, *Rec.*, p. I-06207, apartado 41.

Una de las consecuencias de *Schengen* ha sido la implementación de controles móviles y esporádicos que pueden además complementarse con controles en todo el territorio del país, los cuales sustituyen los controles fijos y sistemáticos en las fronteras interiores que solamente se pueden reintroducir por razones de orden público o seguridad interna y respetando el principio de proporcionalidad así como los derechos fundamentales de las personas y la no discriminación. Los controles que implementó Francia en el conflicto Italo-Francés en abril de 2011 van más allá de controles de policía esporádicos. Aunque por parte de la Comisión se consideró que no podía concluirse que fuesen sistemáticos y por tanto formalmente cumplieran con el derecho de la Unión, también se especificó que no respetaban completamente el espíritu *Schengen*³¹.

Francia manifestó desde el principio su preocupación por las consecuencias que el cambio en el cruce en las fronteras interiores, establecido por el Acuerdo *Schengen* y su Convenio de Aplicación, podía comportar respecto de los controles de seguridad e inmigración³². La disposición objeto de controversia en el asunto Melki tiene su origen en la segunda «Ley Pascua». En agosto de 1993 se creó la «zona *Schengen*» comprendida en el territorio delimitado por una línea de 20 kilómetros a lo largo de las fronteras interiores dentro de la que podían realizarse controles de identidad policiales con pocas restricciones. La propuesta de ampliar la zona a 40 kilómetros no prosperó. La creación de esta zona puede percibirse como una medida compensatoria ante la relajación de las fronteras interiores, que facilitó la implementación del principio de controles móviles y esporádicos. No obstante, esta limitación territorial fronteriza del ámbito de aplicación de los controles de identidad no contraviene, en principio, el acervo *Schengen*, ya que por sí mismos no tienen un efecto equivalente a los controles fronterizos.

En el caso objeto de controversia, tras el examen casuístico, el Tribunal de Justicia considera que los controles policiales que autoriza la legislación francesa sí son equivalentes a controles fronterizos puesto que se llevan a cabo sin ningún límite. Es decir, no se tiene en cuenta el comportamiento de

³¹ MEMO/11/538, de 25 de julio, Statement by Commissioner Malmström on the compliance of Italian and French measures with the *Schengen* acquis. CARRERA, S., GUILD, E., MERLINO, M., PARKIN, J., «A Race against Solidarity. The *Schengen* Regime and the Franco-Italian Affair», *CEPS*, April 2011.

³² CASELLA COLOMBAU, S., «Border guards as an «alien police»: Usages of the *Schengen* Agreement in France», *Les Cahiers Europeens de Sciences Po*, n° 04, december, 2010.

la persona ni la existencia de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público, criterios, ambos, que han sido admitidos por la normativa y la jurisprudencia europea como limitativos de la libertad de circulación. En la normativa encontramos el artículo 7.3.vi) del propio CFS que establece que en la inspección fronteriza minuciosa a la que se somete a los nacionales de terceros países cuando atraviesan una frontera exterior se comprobará que no se prestan a poner en peligro el orden público, la seguridad interior o la salud pública³³. Ya el Tribunal reconoció el efecto directo³⁴ del artículo 3 de la Directiva 64/221 para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, que establecía que las medidas de orden público o de seguridad pública debían fundarse exclusivamente en el comportamiento personal.

De todas formas, debe señalarse que estos criterios limitativos no aparecen recogidos en los artículos 20 y 21 que solamente enumeran algunos de forma ejemplificativa. Y ello a pesar de que este último enumera con detalle las condiciones en las que se permiten los controles en el territorio de un Estado miembro. Si bien el artículo 20 CFS establece que no habrá inspecciones fronterizas internas, lo que puede entenderse como una manifestación absoluta de la libertad de circulación, el artículo 21 establece los límites a dicha libertad. Aunque pudiera parecer que el contenido de dicha disposición es concreto, y que no admite margen de discrecionalidad por parte de las autoridades nacionales que lleven a la práctica los controles que permite, su aplicación demuestra lo contrario. Y aunque pudiera parecer lo inverso, concretando los casos en los que se admiten los controles policiales el Tribunal en realidad está ampliando el alcance de la libertad de circulación, pues limita el margen de discrecionalidad de los Estados en la aplicación de las facultades que les permite el artículo 21 CFS.

El motivo de la incompatibilidad de la norma nacional con la europea no reside en el principio de controles específicos de la policía en las zonas fron-

³³ En el mismo sentido, pero respecto de los beneficiarios del derecho de la Unión a la libre circulación, en el apartado 2 de la misma disposición se dispone que sin carácter sistemático, podrán consultarse «las bases de datos nacionales y europeas a fin de asegurarse de que una persona no representa una amenaza real, presente y suficientemente grave para la seguridad interior, el orden público, (...)».

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974, *Yvonne van Duyn contra Home Office*, Asunto 41-74, *Rec.*, p. 01337, Edición Especial española página 00529.

terizas sino en la redacción de la ley interna³⁵. Es preciso que la norma determine la competencia conferida a las autoridades para guiarlas en el uso del poder de apreciación del que disponen. Dicha concreción facilitará la aplicación del principio general de seguridad jurídica respecto de la interpretación de las normas. Si bien Torre Monmany mantiene una postura acorde con el Tribunal, considera que la sentencia gozaría de una mayor fuerza si se hubiese motivado mejor la aplicación de dichos criterios y del principio general al caso concreto³⁶.

Aunque el Tribunal no lo analiza, considero interesante mencionar, aunque sea brevemente, la vinculación entre el principio de no discriminación y los controles de identidad que se realizan en Francia. Éstos tienen una función de investigación cuando van dirigidos a personas que han cometido o son sospechosas de cometer un crimen, y una función preventiva cuando tienen lugar por razones de seguridad en un perímetro geográfico determinado o cuando existe un atentado al orden público o la seguridad³⁷. El Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 5.1.b) permite que se detenga o prive de libertad a una persona por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley. Sin embargo debe distinguirse entre privación y restricción de libertad, cuya diferencia radica en la concreta situación y depende de la intensidad³⁸. Los controles de policía en Francia para comprobar el cumplimiento de la obligación de llevar consigo los documentos que acrediten la tenencia y posesión de la documentación se adecúan, en principio, a esta excepción al derecho a la libertad que proclama el Convenio Europeo. Sin embargo, la extensión de los estándares de protección de la no discriminación ha limitado la aplicación de los controles de identidad. Los controles que permite el Código de Procedimiento Penal francés, sin que exista razón alguna que los justifique, pueden comportar el uso de dichos poderes de forma desproporcionada y violación

³⁵ AUBERT, M.; BROUSSY, E.; DONNAT, F., « Chronique de jurisprudence de la CJUE. La QPC et droit de l'Union », *L'Actualité juridique. Droit Administratif*, 6 septembre 2010, pp. 1578-1580.

³⁶ TORRE MONMANY, J.M^a de la, « Comentario de Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea », *Cuadernos europeos de Deusto*, n^o 44, 2011, pp. 181-197, p. 195.

³⁷ Open Society Institute, *Profiling Minorities: A Study of Stop-and-Search Practices in Paris*, New York, 2009, p. 42. Human Rights Watch, *The Root of Humiliation: Abusive Identity Checks in France*, 2012.

³⁸ STEDH de 12 de junio de 2010, *Gillan and Quiton v. The United Kingdom*, application n^o 4158/05, apartados 56 y 57.

del principio de no discriminación. Al no estar sujetos a ningún límite ni orientación, los Oficiales de Policía pueden basar sus decisiones acerca de quién puede ser sospechoso, en el color de la piel o identidad étnica más que en el comportamiento individual que justifique las sospechas de forma objetiva y razonable³⁹. Estas apreciaciones violan tanto las directivas de la Unión que desarrollan el principio de no discriminación⁴⁰ como el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión que proclama la prohibición de discriminación de forma general. Disposición que debe interpretarse y aplicarse en armonía con el artículo 14 del Convenio Europeo por coincidir su redacción⁴¹.

Con su respuesta a la cuestión prejudicial planteada el Tribunal de Justicia confirma el carácter no absoluto de la libertad de circulación, pero también el control al margen de discrecionalidad al que están sujetos los Estados cuando desean limitarla.

³⁹ «This (...) does not mean that police and other law enforcement agencies can never take into account ethnicity, national origin, or religion in their crime-prevention or crime-detection work. They may do so where these factors are directly relevant to their investigations», *Profiling Minorities*, p. 20, *op. cit.* Nota 37.

⁴⁰ Entre ellas la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *DO, L 180 de 19.7.2000*.

⁴¹ MANGAS MARTÍN, A., «Artículo 21. No discriminación», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales...*, pp. 396-408, *op. cit.* Nota 29.

TJUE – SENTENCIA DE 22.06.2010 (GRAN SALA), *AZIZ MELKI*
y *SÉLIM ABDELI*, C-188/10 Y C-189/10 – «ARTÍCULO 67 TFUE — LIBRE
CIRCULACIÓN DE PERSONAS — SUPRESIÓN DE CONTROLES EN LAS
FRONTERAS INTERIORES — NORMATIVA NACIONAL QUE AUTORIZA
CONTROLES DE IDENTIDAD A 20 KILÓMETROS DE LA FRONTERA»

CONTROLES FRONTERIZOS Y CONTROLES DE IDENTIDAD
DENTRO DEL ESPACIO *SCHENGEN*

RESUMEN: En la presente sentencia el Tribunal de Justicia aborda por una parte las relaciones entre jurisdicciones, y por otra si los controles policiales de identidad efectuados en zonas próximas a las fronteras interiores son acordes con el Código de Fronteras *Schengen*. El Tribunal procede a señalar los elementos que permiten distinguir, casuísticamente, una inspección fronteriza de un control policial y evita que éste tenga un efecto equivalente. El Tribunal concreta los casos en los que admite controles limitando la discrecionalidad de los Estados, y con ello, amplía el alcance de la libre circulación.

PALABRAS CLAVE: Código de Fronteras *Schengen*; cruce de fronteras interiores; controles fronterizos; libre circulación; nacionales de terceros países.

ECJ JUDGMENT OF 22.06.2010 (GRAND CHAMBER) *AZIZ MELKI AND SÉLIM*
ABDELI, C-188/10 AND C-189/10, – «ARTICLE 67 TFEU — FREEDOM OF
MOVEMENT FOR PERSONS — ABOLITION OF BORDER CONTROL AT INTER-
NAL BORDERS — NATIONAL LEGISLATION AUTHORIZING IDENTITY
CHECKS 20 KILOMETERS INSIDE THE BORDER»

BORDER CONTROLS AND POLICE IDENTITY CHECKS
INSIDE THE *SCHENGEN* AREA

ABSTRACT: In this Judgement the Court deals, on one hand, with the relationship between jurisdictions, and on the other hand, whether the police identity checks, carried out in areas near internal borders, are in keeping with *Schengen* Borders Code. The Court proceeds to point out, in a casuistry way, the elements which permit to distinguish a border control over a police check and prevents this last one from having an equivalent effect. The Court specifies the cases in which admits controls limiting the discretion of the States and, with that, it widens the scope of the freedom of movement.

KEY WORDS: *Schengen* Borders Code; crossing internal borders; border control; freedom of movement; third-country nationals.

CJUE ARRÊT DU 22.06.2010 (GRANDE CHAMBRE), *AZIZ MELKI ET SELIM ABDELI*, C-188/10 ET C-189/10, – «ARTICLE 67 TFUE — LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES — SUPPRESSION DU CONTRÔLE AUX FRONTIÈRES INTÉRIEURES — RÉGLEMENTATION NATIONALE AUTORISANT DES CONTRÔLES D'IDENTITÉ À 20 KILOMETRES DE LA FRONTIÈRE»

CONTRÔLE FRONTALIÈRE ET CONTRÔLE POLICIER D'IDENTITÉ
DANS L'ESPACE *SCHENGEN*

RÉSUMÉ: Dans cet arrêt, la Cour de Justice aborde, d'un côté, les rapports entre juridictions, et, d'un autre côté, si les contrôles policiers d'identité effectués dans des zones proches aux frontières intérieures sont en accord avec le Code Frontières *Schengen*. La Cour procède à préciser, de manière casuistique, les éléments qui permettent de distinguer une inspection frontalière d'un contrôle policier et évite que ceux-ci aient un effet équivalent. La Cour précise les cas dans lesquels elle admet des contrôles, en limitant le pouvoir discrétionnaire des États et, avec cela, elle étend la portée de la libre circulation.

MOTS-CLÉS: Code Frontières *Schengen*; franchissement des frontières intérieures; contrôle aux frontières; libre circulation; ressortissants des pays tiers.