

Asunto C-718/19**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

27 de septiembre de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Cour constitutionnelle [Tribunal Constitucional, antes denominado Cour d'arbitrage (Tribunal de Arbitraje), Bélgica]

Fecha de la resolución de remisión:

18 de julio de 2019

Partes demandantes:

Ordre des barreaux francophones et germanophone (Colegio de Abogados Francófonos y Germanófonos)

Association pour le droit des Étrangers ASBL

Coordination et Initiatives pour et avec les Réfugiés et Étrangers ASBL

Ligue des Droits de l'Homme ASBL

Vluchtelingenwerk Vlaanderen ASBL

Parte demandada:

Conseil des ministres (Consejo de Ministros)

I. Objeto del procedimiento principal

- 1 Mediante dos escritos separados, la Ordre des barreaux francophones et germanophone (Colegio de Abogados Francófonos y Germanófonos; en lo sucesivo, «OBFG»), por un lado, y las asociaciones sin ánimo de lucro «Association pour le droit des Étrangers», «Coordination et Initiatives pour et avec les Réfugiés et Étrangers», «Ligue des Droits de l'Homme» y «Vluchtelingenwerk Vlaanderen», por otro lado, han interpuesto sendos recursos de anulación total o parcial de la loi du 24 février 2017 modifiant la loi du 15

décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale (Ley de 24 de febrero de 2017 por la que se modifica la Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre la entrada en territorio belga, la residencia, la residencia permanente y la expulsión de extranjeros con el fin de reforzar la protección del orden público y de la seguridad nacional) (publicada en el *Moniteur belge* de 19 de abril de 2017, p. 51890) (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2017/02/24/2017011464/justel>) (en lo sucesivo, «Ley impugnada»). Los asuntos tienen, respectivamente, los números de registro 6749 y 6755 y han sido acumulados.

- 2 La Ley impugnada modifica la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre la entrada en territorio belga, la residencia, la residencia permanente y la expulsión de extranjeros) (publicada en el *Moniteur belge* de 31 de diciembre de 1980, p. 14584) (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1980/12/15/1980121550/justel>) (en lo sucesivo, «Ley de 15 de diciembre de 1980»).

II. La Ley impugnada

- 3 La Ley de 24 de febrero de 2017 «está dirigida a garantizar una política de expulsión más transparente, coherente y eficaz, en particular cuando el objetivo perseguido es garantizar el orden público o la seguridad nacional, respetando los derechos fundamentales de las personas afectadas» (*Doc. parl.*, Cámara, 2016-2017, DOC 54-2215/001, p. 4). En particular, «se trata de proporcionar a la Administración los medios para actuar más rápida y eficazmente cuando el orden público o la seguridad nacional se vean amenazados» (*ibidem*).
- 4 La exposición de motivos precisa:

«Con el fin de alcanzar estos objetivos, se propone:

 - revisar a fondo el régimen relativo a la devolución y la expulsión y sustituirlo por regímenes distintos en función de la situación de residencia del extranjero;
 - establecer normas dirigidas a la protección del orden público o de la seguridad nacional más transparentes, más coherentes y más eficaces;
 - prever un mecanismo dirigido a limitar al máximo la adopción reiterada de medidas de devolución o de expulsión;
 - determinar con claridad las autoridades que están facultadas, en los controles fronterizos, para adoptar las decisiones de denegación de entrada y de anulación o cancelación de visados y los casos en los que están facultadas para ejercer tal competencia» (*ibidem*, p. 5).

5 La Ley impugnada transpone parcialmente al Derecho interno las Directivas siguientes:

- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO 2004, L 158, p. 77);
- 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 2008, L 348, p. 98).

III. Disposiciones controvertidas

6 La Ley impugnada modifica numerosas disposiciones de la Ley de 15 de diciembre de 1980. La Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) ha considerado infundada la mayor parte de los motivos formulados contra esta Ley y, por tanto, ha desestimado los recursos de anulación en tal medida. No obstante, considera que debe solicitar al Tribunal de Justicia que interprete ciertas disposiciones del Derecho de la Unión antes de pronunciarse sobre los demás motivos. Por consiguiente, suspende el examen de determinados motivos que se refieren a los artículos 28, 29, 30, 31 y 32 de la Ley impugnada.

7 Los artículos 28, 29, 30, 31 y 32 de la Ley impugnada introducen en la Ley de 15 de diciembre de 1980 los artículos 44 *quater* a 44 *octies*, cuyas disposiciones tienen el tenor siguiente:

8 Artículo 44 *quater*:

«Mientras transcurre el plazo establecido en el artículo 44 *ter*, el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia no podrá ser objeto de una expulsión forzosa.

Para evitar todo riesgo de fuga durante el plazo establecido en el artículo 44 *ter*, el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia podrá quedar sujeto a medidas preventivas. El Rey podrá determinar estas medidas mediante decreto adoptado en Consejo de Ministros.»

9 Artículo 44 *quinquies*:

«§ 1. El ministro o la persona que actúe en su nombre adoptará todas las medidas necesarias para ejecutar la orden de abandonar el territorio cuando:

1º no se haya concedido un plazo al ciudadano de la Unión o al miembro de su familia para abandonar el territorio del Reino;

2º el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia no haya abandonado el territorio del Reino en el plazo que le ha sido concedido;

3º antes de expirar el plazo concedido para abandonar el territorio del Reino, el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia presente un riesgo de fuga, no haya cumplido las medidas preventivas impuestas o suponga una amenaza para el orden público o la seguridad nacional.

§ 2. Si el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia se opone a su expulsión o presenta un riesgo de peligrosidad con ocasión de su expulsión, se procederá a su retorno forzoso, en su caso, con escolta. Podrán adoptarse medidas coercitivas respecto a dichas personas en observancia de los artículos 1 y 37 de la Ley de 5 de agosto de 1992 de Policía (loi du 5 août 1992 sur la fonction de police).

Cuando la expulsión sea ejecutada por vía aérea, se adoptarán las medidas de conformidad con las Directrices comunes sobre expulsión por vía aérea anejas a la Decisión 2004/573/CE.

§ 3. El Rey designará, mediante decreto adoptado en Consejo de Ministros, la entidad encargada de garantizar el control de los retornos forzosos y determinará las modalidades de dicho control. Esta entidad será independiente de las autoridades competentes en materia de expulsión.»

10 Artículo 44 *sexies*

«Si las circunstancias de cada caso lo justifican, el ministro o la persona que actúe en su nombre podrá aplazar temporalmente la expulsión. Informará de tal extremo al interesado.

Para evitar todo riesgo de fuga, el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia podrán quedar sujetos a medidas preventivas. El Rey podrá determinar estas medidas mediante decreto adoptado en Consejo de Ministros.

El ministro o la persona que actúe en su nombre podrá ordenar, en los mismos casos, el arresto domiciliario del ciudadano de la Unión o del miembro de su familia durante el tiempo necesario para la ejecución de estas medidas.»

11 Artículo 44 *septies*:

«§ 1. Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad nacional o salud pública, y salvo que puedan aplicarse con eficacia medidas de carácter menos coercitivo, para garantizar la ejecución de la medida de

expulsión, se podrá internar a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias durante el tiempo estrictamente necesario para la ejecución de la medida sin que la duración del internamiento pueda superar los dos meses.

No obstante, el ministro o la persona que actúe en su nombre podrá prorrogar por dos meses dicho período de internamiento siempre que se hayan iniciado los trámites necesarios para la expulsión del extranjero en los siete días hábiles siguientes al internamiento del ciudadano de la Unión o del miembro de su familia, dichos trámites estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia y siga existiendo la posibilidad de expulsar efectivamente al interesado en un plazo razonable.

Expirada la primera prórroga, el ministro será la única persona facultada para adoptar la decisión de prorrogar la duración del internamiento.

Transcurrido un plazo de cinco meses, el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia deberá ser puesto en libertad. Cuando así lo requiera la protección del orden público o de la seguridad nacional, el internamiento podrá prorrogarse por períodos sucesivos de un mes, si bien el período de internamiento total no podrá superar los ocho meses.

§ 2. El ciudadano de la Unión o el miembro de su familia a que se refiere el apartado 1 podrá interponer recurso contra la decisión de internamiento de que sea objeto de conformidad con los artículos 71 y siguientes.»

12 Artículo 44 *octies*:

«No podrán ser internados en los lugares mencionados en el artículo 74/8, apartado 2:

- 1º los ciudadanos de la Unión menores de edad no acompañados;
- 2º los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión menores de edad no acompañados;
- 3º las familias de ciudadanos de la Unión cuando al menos uno de sus miembros sea menor de edad.»

IV. Motivos y alegaciones de las partes

1. Sobre el artículo 28 de la Ley impugnada (artículo 44 quater de la Ley de 15 de diciembre de 1980)

- 13 La primera parte del quinto motivo formulado en el asunto n.º 6749 se basa en una violación del derecho a la libre circulación y a la libertad de establecimiento de los ciudadanos europeos, así como de la Directiva 2004/38, en la medida en que no se

permite someter a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros equiparados a estos a medidas preventivas para prevenir el riesgo de fuga. Con carácter subsidiario, la OBFG alega que la disposición impugnada no objetiva el riesgo de fuga mediante criterios claros. Expone que el concepto de «riesgo de fuga» tiene un significado preciso en el Derecho europeo en cuanto atañe a los nacionales de terceros países y que no puede aceptarse que los ciudadanos de la Unión y los extranjeros equiparados a estos reciban un trato menos favorable que esos nacionales.

El Consejo de Ministros considera que este motivo es inadmisibile en la medida en que se basa en la violación de la libertad de establecimiento, dado que esta libertad, concebida en el contexto del Derecho europeo, está dirigida a garantizar el derecho de las empresas y los trabajadores autónomos a establecerse en las mismas condiciones que los nacionales. Además, señala que la parte demandante no explica de qué forma se viola tal libertad.

En lo tocante al concepto de «riesgo de fuga», el Consejo de Ministros considera que su aplicación en el marco de la retención de los solicitantes de asilo a la espera de su traslado a otro Estado europeo no es extrapolable al presente contexto.

La parte demandante señala la ambigüedad de la Ley en cuanto a cuáles pueden ser las «medidas preventivas» y sostiene que, dado que tienen por objeto prevenir un «riesgo de fuga», entrañan, por su propia naturaleza, una restricción de la libertad de movimiento.

- 14 Mediante la segunda parte, la parte demandante alega que la disposición impugnada viola el derecho fundamental a la libertad garantizado por el artículo 12 de la Constitución, por el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH») y por el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), así como las libertades de circulación y de establecimiento. Expone que no cabe justificar la retención de un ciudadano europeo o de un extranjero equiparado a este a la vista de un «riesgo de fuga» cuando la medida de expulsión no puede ser adoptada ni ejecutada respecto a tales personas en virtud de la protección concedida por el artículo 39/79 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 y en virtud del artículo 31 de la Directiva 2004/38.

El Consejo de Ministros alega que la parte demandante hace una interpretación errónea de la disposición impugnada al equiparar las «medidas preventivas» a las medidas de retención. Aduce que las medidas de retención están previstas en otra disposición, a saber, el artículo 44 *septies* de la Ley de 15 de diciembre de 1980. Añade que la falta de autorización a este respecto en la Directiva 2004/38 no permite deducir que se prohíbe formalmente a los Estados miembros adoptar medidas preventivas.

La parte demandante señala que las medidas preventivas constituyen forzosamente una forma de ejecución de una medida de expulsión, pues tienen precisamente por objeto garantizar esta última. Recuerda que tal ejecución está expresamente prohibida.

- 15 Mediante la tercera parte, la parte demandante alega que la disposición impugnada soslaya el principio de separación de poderes, deducido de los artículos 33, 34, 36, 37, 105 y 108 de la Constitución, en la medida en que atribuye al Rey una competencia en materia de retención y de alternativas a la retención que son medidas que restringen el derecho a la libertad y a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea y de las personas equiparadas a estos.

El Consejo de Ministros considera que, dado que las medidas preventivas no son restricciones a la libertad de movimiento, su adopción puede ser delegada en el Rey.

2. Sobre el artículo 29 de la Ley impugnada (artículo 44 quinquies de la Ley de 15 de diciembre de 1980)

- 16 La primera parte del sexto motivo formulado en el asunto n.º 6749 se basa en la infracción del artículo 31, apartado 2, de la Directiva 2004/38 en la medida en que esta disposición de la Directiva no permite llevar a cabo la expulsión forzosa de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia y privar a este extranjero de la protección contra la expulsión forzosa durante el plazo de recurso y durante el examen del mismo salvo por motivos imperiosos de interés general y de seguridad pública previstos en el artículo 28, apartado 3, de la Directiva. La parte demandante señala que la disposición impugnada permite, en cambio, al ministro o a la persona que actúe en su nombre instar la ejecución de la orden de abandonar el territorio por otros motivos.

En opinión del Consejo de Ministros, ha de tenerse en cuenta el artículo 39/79 de la Ley de 15 de diciembre de 1980, en virtud del cual, durante el examen del recurso que haya interpuesto un ciudadano europeo o un miembro de su familia contra la resolución que pone fin a su derecho de residencia, la autoridad administrativa solo puede llevar a cabo la expulsión forzosa por motivos imperiosos de seguridad nacional.

La parte demandante considera que no cabe seguir la interpretación que propone el Consejo de Ministros porque es manifiestamente contraria a los términos de la Ley.

3. Sobre el artículo 31 de la Ley impugnada (artículo 44 septies de la Ley de 15 de diciembre de 1980)

- 17 El octavo motivo formulado en el asunto n.º 6749 se basa en la infracción del artículo 12 de la Constitución, en relación con el artículo 5 del CEDH, el artículo 6 de la Carta, las libertades de circulación y de establecimiento y el efecto útil de

la Directiva 2004/38. La OBFG censura que el artículo 31 de la Ley impugnada, por un lado, prevé una duración de la retención de dos meses, que parece excesivamente larga pues se trata simplemente de expulsar a una persona a otro Estado miembro (primera parte) y, por otro, no establece criterios claros que permitan determinar la duración que es estrictamente necesaria para la ejecución de la medida (segunda parte).

El Consejo de Ministros alega que a la vista de la enumeración detallada de los casos en los que puede ser retenido un extranjero, las disposiciones materiales y procesales impugnadas responden a las exigencias deducidas del artículo 5, apartado 1, letra f), del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Precisa que la indispensable aplicación de buena fe de la medida se desprende de la condición expresa de que no puede prolongarse más que el tiempo estrictamente necesario, de modo que el plazo máximo de dos meses ni es la regla ni constituye una habilitación para autorizar en todos los casos la retención por ese plazo.

La parte demandante considera que el Consejo de Ministros no ha tenido en cuenta las especificidades propias de los ciudadanos de la Unión, como el hecho de que disponen del derecho fundamental a circular libremente dentro de la Unión, el hecho de que debe facilitarse tal circulación, etc.

4. Sobre los artículos 28 a 32 de la Ley impugnada (artículos 44 quater a 44 octies de la Ley de 15 de diciembre de 1980)

- 18 La primera parte del noveno motivo formulado en el asunto n.º 6749 se basa, entre otras cosas, en la violación, por los artículos 28 a 32 de la Ley impugnada, de la libertad de circulación y de establecimiento y de la Directiva 2004/38, en la medida en que estas disposiciones no permiten someter a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros equiparados a estos a medidas preventivas para prevenir el riesgo de fuga. Con carácter subsidiario, la OBFG sostiene que si hubiera que admitir que la Directiva antes citada autoriza tales medidas preventivas, habría que hacer constar que las disposiciones impugnadas son ilegales, pues el riesgo de fuga no está objetivado mediante criterios legales definidos. Señala que el concepto de «riesgo de fuga» reviste un significado particular en el Derecho de la Unión respecto a los extranjeros nacionales de terceros países. Aduce que no se puede justificar que los ciudadanos de la Unión y los extranjeros equiparados a estos reciban un trato menos favorable que los nacionales de terceros países.

El Consejo de Ministros se remite a las alegaciones que ha formulado en respuesta a la primera parte del quinto motivo.

- 19 En su segunda parte, el motivo se basa en la violación del artículo 22 de la Constitución, en relación con los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8 del CEDH, los artículos 7 y 33 de la Carta y los artículos 27 y 28 de la Directiva 2004/38, en la medida en que las

disposiciones impugnadas hacen uso de conceptos demasiado imprecisos, vagos y difusos, tales como «razones de orden público, de seguridad nacional o de salud pública», «razones graves de orden público o de seguridad nacional» o «razones imperiosas de seguridad nacional» para fundamentar una resolución que pone fin al derecho de residencia y una orden de abandonar el territorio.

El Consejo de Ministros no entiende cómo el legislador puede haber infringido los artículos 27 y 28 de la Directiva 2004/38 cuando la Ley impugnada adopta los mismos términos que esta.

- 20 En su tercera parte, este motivo se basa en la violación del principio de separación de poderes, deducido de los artículos 33, 34, 36, 37, 105 y 108 de la Constitución. En opinión de la OBF, las medidas de retención y las alternativas a la retención restringen el derecho a la libertad y a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea y de los extranjeros equiparados a estos.

El Consejo de Ministros se remite a las alegaciones formuladas en respuesta a la tercera parte del quinto motivo y al séptimo motivo.

- 21 El décimo motivo formulado en el asunto n.º 6749 se basa, en sus tres primeras partes, en la violación, por el artículo 33 de la Ley impugnada, de las libertades de circulación y de establecimiento de los ciudadanos europeos, así como del efecto útil de la Directiva 2004/38, en cuanto que autoriza la imposición automática de una prohibición de entrada como medida accesorias a una orden de abandonar el territorio por motivos de orden público (primera parte), autoriza la imposición de una prohibición de entrada de una duración de más de cinco años si un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia constituye una amenaza grave para el orden público o la seguridad nacional, lo cual ocurre siempre que el extranjero en cuestión ha sido objeto de una orden de abandonar el territorio (segunda parte), y permite al ministro o a la persona que actúe en su nombre dictar una prohibición de entrada durante varios años, sin tener que motivarla mediante elementos concretos y precisos que permitan pensar que el extranjero en cuestión seguirá constituyendo una amenaza grave para un interés fundamental de la sociedad (tercera parte).

El Consejo de Ministros considera que el motivo es inadmisibles en la medida en que se basa, por una parte, en la violación de la libertad de establecimiento y, por otra parte, en la vulneración del efecto útil de la Directiva 2004/38, porque la parte demandante no indica las disposiciones de la Directiva supuestamente vulneradas.

A su juicio, la parte demandante hace una interpretación errónea de la disposición impugnada, porque esta prevé la posibilidad de imponer una prohibición de entrada y no la obligación de hacerlo, de modo que no cabe sostener que la disposición impugnada autorice la imposición de una prohibición de entrada de forma automática. Alega que no es exacto que el ministro o la persona que actúe en su nombre esté autorizado para dictar una prohibición de entrada de más de cinco años en todos los casos sin estar obligado a motivar tal duración sobre la

base de constataciones distintas de las que le llevaron a adoptar la orden de abandonar el territorio. Señala que la Directiva antes citada establece que se puede imponer una prohibición de entrada contra un ciudadano europeo o miembros de su familia por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Añade, por último, que la Administración realiza un examen individual de cada decisión y de ello deduce que la eventual violación del principio de proporcionalidad no se deriva de la Ley impugnada sino de la aplicación que la autoridad competente hace de la misma.

La parte demandante considera que la interpretación que hace el Consejo de Ministros de la disposición impugnada no es evidente y que entraña una ambigüedad que pone de manifiesto el carácter difuso de los umbrales aplicables y al alcance de los conceptos utilizados en la Ley. Asimismo, señala que, al mantener esta posición, el Consejo de Ministros contradice el artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/38 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- 22 En su cuarta parte, el décimo motivo se basa en la infracción de los artículos 10, 11 y 191 de la Constitución, en relación con el artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el artículo 14 del CEDH, el artículo 1 del Protocolo adicional n.º 12 a este Convenio y los artículos 20 y 21 de la Carta. La OBFG considera que la disposición impugnada crea una discriminación entre ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros países, respecto a los cuales el artículo 74/11 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 impide que todas las razones de orden público en las que se puede basar una decisión que pone fin al derecho de residencia o una orden de abandonar el territorio puedan también servir de base a una prohibición de entrada de cinco años.

El Consejo de Ministros aduce que la parte demandante realiza una interpretación errónea de la Ley y que la diferencia de trato que alega no existe. Invoca el artículo 74/11, § 1, párrafo cuarto, de la Ley de 15 de diciembre de 1980.

La parte demandante señala que el Consejo de Ministros oculta el hecho de que el artículo 74/11 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 impide que todas las razones de orden público en las que se pueden basar una resolución que pone fin a una autorización de residencia o una orden de abandonar el territorio puedan también servir de base a una prohibición de entrada de más de cinco años. Recuerda que esta disposición exige, para la imposición de una prohibición de entrada de más de cinco años, un umbral de gravedad más elevado que el que se exige para adoptar una orden de abandonar el territorio, mientras que, en cuanto atañe a los ciudadanos de la Unión Europea, la autoridad está facultada para adoptar una orden de abandonar el territorio y una prohibición de entrada de más de cinco años por motivos idénticos.

- 23 Las partes demandantes en el asunto n.º 6755 basan su motivo cuadragésimo séptimo en la vulneración, por los artículos 28 a 31 de la Ley impugnada, de los artículos 10 y 11 de la Constitución, en relación o no con los artículos 20 TFUE y

21 TFUE y con el principio de seguridad jurídica. Alegan que las disposiciones impugnadas facultan al Rey, en vulneración de las disposiciones convencionales citadas, a establecer restricciones a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión que no están previstas en la Directiva 2004/38; además, esa disposición introduce una distinción injustificada entre los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias a los que afectan las medidas adoptadas sobre la base del artículo 44 *quater* de la Ley de 15 de diciembre de 1980, por un lado, y los demás ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias, por otro, en la medida en que el criterio de «riesgo de fuga» no está definido en la Ley (primera parte). Los artículos 29 y 31, impugnados, vulneran el principio de legalidad en la medida en que facultan al Rey para adoptar medidas restrictivas de la libertad (segunda parte). Por último, las partes demandantes alegan inseguridad jurídica porque no es seguro que puedan adoptarse medidas frente a ciudadanos de la Unión y miembros de sus familias que puedan fugarse cuando aún no se ha adoptado un decreto de ejecución. En concreto, les resulta imposible saber qué disposiciones se aplican en caso de «riesgo de fuga»: las medidas establecidas por el Rey, o bien las medidas adoptadas por la Oficina de Extranjería en virtud de la Ley (tercera parte).

El Consejo de Ministros observa que las disposiciones impugnadas no afectan, por definición, a los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familia que, de conformidad con la Directiva 2004/38, no pueden acogerse a la protección frente a la expulsión y cuyo derecho a la libre circulación está sujeto a limitaciones con arreglo al artículo 21 TFUE. Asimismo, señala que la definición de «riesgo de fuga» formulada en el artículo 1, número 11, de la Ley de 15 de diciembre de 1980 se aplica no solo a los nacionales de terceros países, sino también a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias. Por otro lado, de los trabajos preparatorios se desprende que las medidas que el Rey puede adoptar no pueden entrañar una restricción a las libertades. El Consejo de Ministros se remite a las medidas enumeradas en el artículo 110 *quaterdecies* del arrêlé royal du 8 octobre 1981 (Real Decreto de 8 de octubre de 1981). Por último, el Consejo de Ministros observa que el artículo 44 *quinquies* de la Ley de 15 de diciembre de 1980 supedita la aplicación de estas medidas a limitaciones claras, lo que implica que no existe inseguridad jurídica.

- 24 Las partes demandantes en el asunto n.º 6755 formulan un cuadragésimo octavo motivo basado en la infracción, por los artículos 28 a 31 de la Ley impugnada, de los artículos 10 y 11 de la Constitución, en relación con el artículo 5 del CEDH y los artículos 6 y 52, apartado 3, de la Carta. Alegan que las disposiciones impugnadas no precisan de manera suficiente el «riesgo de fuga». Consideran que la definición dada por el artículo 1, número 11, de la Ley de 15 de diciembre de 1980 se aplica únicamente a los nacionales de terceros países y, por otro lado, no define cuáles son los «elementos objetivos y graves» a que hace referencia. Además, los artículos 28 y 30 impugnados establecen una diferencia de trato entre los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias que pueden quedar sujetos a medidas preventivas en caso de riesgo de fuga, y los demás extranjeros.

El Consejo de Ministros considera que las disposiciones impugnadas ofrecen una protección suficiente contra la arbitrariedad. La persona en la que delegue el Secretario de Estado competente debe basarse en elementos objetivos y graves antes de poder invocar un riesgo de fuga, y frente a su decisión puede interponerse recurso de anulación ante el Conseil du contentieux des étrangers (Consejo del Contencioso de Extranjería).

- 25 Las partes demandantes en el asunto n.º 6755 formulan un quincuagésimo motivo basado en la infracción, por los artículos 28 a 31 de la Ley impugnada, de los artículos 10 y 11 de la Constitución, en relación o no con los artículos 5 y 13 del CEDH y con el artículo 2 del Protocolo adicional n.º 4 de dicho Convenio. Alegan que las disposiciones impugnadas no son suficientemente accesibles, precisas y previsibles para evitar todo riesgo de arbitrariedad, más concretamente en la medida en que el concepto de «riesgo de fuga» es muy vago. En su opinión, en el marco de su control de la legalidad, el Conseil du contentieux des étrangers no examina la situación actual del demandante, por lo que no constituye un recurso judicial efectivo y no se ajusta a las disposiciones convencionales antes citadas (primera parte). Además, el artículo 21 de la Directiva 2004/38 no permite expulsar a ciudadanos de la Unión ni a miembros de sus familias mientras siga en curso el procedimiento (segunda parte). Por último, el período permitido de retención de los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias no es razonable y se produce una igualdad de trato injustificada entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países (tercera parte).

El Consejo de Ministros recuerda, en primer lugar, que el artículo 5 del CEDH no es aplicable a medidas que suponen una mera restricción de la libertad. Alega a este respecto, entre otras cosas, que no se trata de una privación de libertad, dado que la Ley del 15 de diciembre de 1980 emplea a tal efecto los conceptos de «internamiento» o de «retención». La obligación de residir en un lugar concreto no entraña ninguna privación de libertad, de modo que el artículo 5 del CEDH no es aplicable. Además, es posible interponer recurso ante el Conseil du contentieux des étrangers y también puede formularse una demanda de medidas provisionales ante el juez de lo civil en caso de conculcación ilícita de un derecho subjetivo. Por último, el Consejo de Ministros sostiene que la medida cumple las exigencias establecidas en el artículo 2 del Protocolo adicional n.º 4 del Convenio antes citado. Además, el artículo 44 *septies* de la Ley de 15 de diciembre de 1980 prevé expresamente la posibilidad excepcional de privación de libertad, de modo que las demás medidas preventivas carecen, por definición, de un carácter privativo de libertad. Este artículo 44 *septies* prevé un recurso rápido ante los tribunales, de suerte que se atienden las exigencias impuestas por las disposiciones convencionales invocadas. Las demás medidas preventivas solo podrán imponerse cuando la decisión de denegación o de retirada del permiso de residencia haya adquirido carácter firme. En cuanto atañe a la segunda parte, el Consejo de Ministros se remite al artículo 39/79 de la Ley de 15 de diciembre de 1980, del que se desprende que la decisión impugnada tiene con carácter general un efecto suspensivo y se ajusta a las exigencias de la Directiva 2004/38. En cuanto atañe a la tercera parte, el Consejo de Ministros considera que el legislador previó

garantías suficientes para evitar una infracción del artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

V. **Apreciación del órgano jurisdiccional remitente**

Sobre los artículos 28 a 31 de la Ley impugnada (artículos 44 quater a 44 septies de la Ley de 15 de diciembre de 1980)

- 26 La exposición de motivos relativa a esta parte de la Ley impugnada señala que estas disposiciones «permiten aclarar, en aras de la transparencia y de la seguridad jurídica, las medidas que pueden adoptarse respecto a los ciudadanos de la Unión Europea y los miembros de sus familias con el fin de garantizar su expulsión del territorio del Reino»; que «están dirigidas a garantizar una política eficaz de expulsión de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias asegurando que sea humana y se enmarque en el respeto íntegro de sus derechos fundamentales y de su dignidad», y que «el objetivo consiste en garantizar a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias un régimen de expulsión que no sea menos favorable que el que disfrutaban los nacionales de terceros países» (*Doc. parl.*, Cámara, 2016-2017, DOC 54-2215/001, pp. 37 y 38; DOC 54-2215/003, p. 4).
- 27 La Cour constitutionnelle examina estos motivos agrupándolos del modo siguiente:
- «medidas preventivas» dirigidas a prevenir un «riesgo de fuga»;
 - expulsión forzosa antes de la expiración del plazo;
 - retención y medidas alternativas a la retención.

1 Las «medidas preventivas» y el «riesgo de fuga»

- 28 El artículo 44 *quater*, introducido en la Ley de 15 de diciembre de 1980 por el artículo 28 de la Ley impugnada, establece que podrán adoptarse «medidas preventivas» respecto al ciudadano de la Unión o el miembro de su familia contra el que se haya dictado una orden de abandonar el territorio, antes de que expire el plazo en el que deba abandonar el territorio del Reino, para «evitar todo riesgo de fuga». El artículo 44 *quinquies*, introducido en la Ley de 15 de diciembre de 1980 por el artículo 29 de la Ley impugnada, prevé en su apartado 1, número 3, que el ministro o la persona que actúe en su nombre adoptará todas las medidas necesarias para ejecutar la orden de abandonar el territorio cuando, en particular, el extranjero en cuestión no haya cumplido las medidas preventivas impuestas. El artículo 44 *sexies*, insertado en la Ley de 15 de diciembre de 1980 por el artículo 30 de la Ley impugnada, dispone que, «para evitar todo riesgo de fuga», podrán imponerse «medidas preventivas» al ciudadano de la Unión o a un miembro de su familia cuando, tras la expiración del plazo o a falta de dicho plazo, el ministro o la persona que actúe en su nombre suspenda temporalmente la expulsión forzosa.

Los artículos 44 *quater* y 44 *sexies* facultan al Rey para establecer estas medidas preventivas mediante decreto adoptado en Consejo de Ministros. El artículo 44 *sexies* establece además que el ministro o la persona que actúe en su nombre podrá mantener en arresto domiciliario al interesado durante la ejecución de esta medida.

- 29 Las partes demandantes alegan en particular que los artículos 10 y 11 de la Constitución, en relación con la Directiva 2004/38, con el derecho a la libre circulación de los ciudadanos europeos y con los artículos 105 y 108 de la Constitución, son vulnerados por el artículo 44 *quater* de la Ley de 15 de diciembre de 1980, puesto que el Derecho europeo no permite imponer medidas preventivas a ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias durante el plazo concedido para abandonar el territorio con vistas a evitar el riesgo de fuga.
- 30 La Directiva «retorno», que no es aplicable a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias, sino a los nacionales de terceros países en situación irregular, dispone que los Estados miembros podrán imponer determinadas obligaciones a los extranjeros respecto a los que se haya dictado una orden de salida del territorio para «evitar el riesgo de fuga» (artículo 7). Estas obligaciones pueden consistir en la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la entrega de documentos o la obligación de permanecer en un lugar que determinado. El artículo 3, punto 7, de la misma Directiva define el «riesgo de fuga» como «la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse».

En cambio, la Directiva 2004/38, aplicable a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias, no contiene disposición alguna sobre las medidas que puedan adoptarse respecto a estos extranjeros con el fin de evitar un riesgo de fuga, durante el plazo que se les haya concedido para abandonar el territorio, cuando son objeto de una decisión de retirada del derecho de residencia.

- 31 La exposición de motivos relativa a las disposiciones impugnadas señala:

«Estas nuevas normas no constituyen una transposición de la 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 (denominada Directiva “retorno”), si bien se inspira en una gran medida en ella.

A este respecto, en su auto de 10 de febrero de 2004 (“asunto Mavrona”, C-85/03, apartado 20), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que no se prohíbe al legislador nacional establecer, respecto a una categoría de situaciones o de personas, normas que se inspiren en lo dispuesto en una directiva que no incluya a estas situaciones o personas en su ámbito de aplicación, si así se considera oportuno y siempre que no lo impida ninguna otra disposición de Derecho comunitario.

El objetivo consiste en garantizar a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias un régimen de expulsión que no sea menos favorable que el que se aplica a los nacionales de terceros países.

Estos nuevos artículos establecen que si el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia no sale voluntariamente, el ministro o la persona que actúe en su nombre procederá a su expulsión. Lo mismo ocurrirá cuando el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia presente un riesgo de fuga o cuando no haya cumplido las medidas preventivas que se le han impuesto, o bien si constituyen una amenaza para el orden público o la seguridad nacional, aun cuando el plazo que se la haya concedido para abandonar voluntariamente el territorio del Reino no haya expirado todavía» (*Doc. parl.*, Cámara, 2016-2017, DOC 54-2215/001, p. 38).

Se señala además que el arresto domiciliario está expresamente previsto por la ley, pues solo el legislador puede establecer una medida restrictiva de la libertad de circulación (*Doc. parl.*, Cámara, 2016-2017, DOC 54-2215/001, p. 38). El Consejo de Ministros deduce de ello que las demás «medidas preventivas» que el Rey está facultado para adoptar no pueden tener por objeto o efecto restringir la libertad de circulación de los interesados.

- 32 Cualquiera que sea la naturaleza de las medidas preventivas en cuestión, tendrán necesariamente un efecto en los derechos y libertades del ciudadano de la Unión o el miembro de su familia en cuestión, pues tienen precisamente como objetivo impedir la fuga, lo cual puede evitar que se dirija, en su caso, a otro Estado miembro, y, en última instancia, garantizar su salida forzosa del territorio belga.
- 33 En el auto dictado en el asunto Mavrona, al que hacen referencia los trabajos preparatorios citados en el apartado 31 anterior, el Tribunal de Justicia declaró que, a falta de una armonización en el Derecho de la Unión respecto a una categoría de profesionales, a saber, los comisionistas, un legislador nacional, al objeto de tutelar a esta categoría, puede establecer normas adecuadas que se inspiren en lo dispuesto en una directiva relativa a otra categoría de profesionales, a saber, los agentes comerciales, siempre que no lo impida ninguna otra disposición del Derecho de la Unión (auto de 10 de febrero de 2004, Mavrona, C-85/03, EU:C:2004:83, apartado 20). No parece que de ello pueda inferirse que las restricciones a los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países en la Unión Europea, permitidas por una directiva que se refiere expresamente a su situación, puedan aplicarse por analogía a los ciudadanos europeos, puesto que la directiva que es aplicable a su situación no prevé estas restricciones.
- 34 Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha declarado que:

«Las Directivas 2004/38 y 2008/115 no se oponen a que una resolución de retorno de un ciudadano de la Unión, como la controvertida en el litigio principal, sea adoptada por las mismas autoridades y con arreglo al mismo procedimiento que la resolución de retorno de un nacional de un tercer país que se encuentre en

situación irregular a que se hace referencia en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, siempre que se apliquen las medidas de transposición de la Directiva 2004/38 que sean más favorables para ese ciudadano de la Unión» (sentencia de 14 de septiembre de 2017, Petrea, C-184/16, EU:C:2017:684, apartado 56).

- 35 La disposición impugnada no tiene por objeto designar la autoridad competente para adoptar una decisión de retorno respecto a un nacional europeo o un miembro de su familia. Tampoco se trata de una disposición procesal. No parece, pues, que las conclusiones de la sentencia Petrea puedan ser objeto de extrapolación por analogía, dado que el caso de autos versa sobre restricciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y de los extranjeros equiparados a estos que no están previstas por la directiva aplicable a su situación.
- 36 De cuanto precede se desprende que existe una duda sobre la aplicabilidad por analogía a los ciudadanos europeos de las disposiciones de la Directiva 2008/115 relativas a las medidas preventivas en caso de expulsión de un nacional de un tercer país.
- 37 Por consiguiente, antes de pronunciarse en cuanto al fondo sobre los artículos 44 *quater*, párrafo segundo, 44 *quinquies*, apartado 1, punto 3, y 44 *sexies*, párrafo segundo, de la Ley de 15 de diciembre de 1980, introducidos por los artículos 28, 29 y 30 de la Ley impugnada, procede plantear al Tribunal de Justicia la primera cuestión prejudicial que figura en el fallo.

2. La expulsión forzosa antes de la expiración del plazo

- 38 El artículo 44 *quinquies*, introducido en la Ley de 15 de diciembre de 1980 por el artículo 29 de la Ley impugnada, permite al ministro o a la persona que actúe en su nombre adoptar «todas las medidas necesarias para ejecutar la orden de abandonar el territorio» si no se ha fijado ningún plazo a estos efectos, si el interesado no ha abandonado el territorio en el plazo concedido y si, antes de la expiración del plazo, o bien no se ha atendido a las medidas preventivas destinadas a evitar un riesgo de fuga, o bien constituye una amenaza para el orden público o la seguridad nacional.
- 39 Procede suspender, hasta la respuesta del Tribunal de Justicia, el examen de la disposición en la medida en que prevé la posibilidad de ejecutar, antes de la expiración del plazo, la orden de abandonar el territorio dictada respecto a un extranjero que no se ha atendido a las medidas preventivas impuestas.

3. La retención y las medidas alternativas a la retención

- 40 El artículo 44 *septies* de la Ley de 15 de diciembre de 1980, introducido por el artículo 31 de la Ley impugnada, permite internar a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias, con vistas a garantizar la ejecución de la medida de expulsión, durante el tiempo estrictamente necesario para la ejecución de la

medida. La duración del internamiento está en principio limitada a dos meses, pero puede prorrogarse una primera vez por el ministro o la persona que actúe en su nombre durante un período de dos meses. A continuación, solo podrá ser prorrogada por el ministro. El interesado deberá ser puesto en libertad transcurridos cinco meses, a menos que la salvaguardia del orden público o de la seguridad nacional exija prolongar el internamiento. En ese caso, la duración total del internamiento estará limitada a ocho meses.

- 41 Las partes demandantes censuran que esta disposición fija períodos de internamiento excesivamente largos y, por tanto, desproporcionados, y que no establece criterios claros que permitan determinar objetivamente el tiempo necesario para la ejecución de la medida, ni tampoco en qué consiste un tratamiento diligente por la autoridad encargada de la ejecución de la medida.
- 42 La disposición impugnada reproduce, respecto a los ciudadanos de la Unión Europea y los miembros de sus familias, el régimen establecido para los nacionales de terceros países por el artículo 74/5, apartado 3, de la Ley de 15 de diciembre 1980. Establece así una igualdad de trato entre los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias y todos los demás extranjeros, a la espera de su expulsión a cualquier Estado del mundo, en particular en cuanto atañe a la duración máxima de la retención con vistas a la expulsión.
- 43 Si bien el artículo 5, apartado 1, letra f), del CEDH no se opone a que un extranjero sea internado en un lugar determinado con vistas a su expulsión forzosa del territorio cuando no haya cumplido una orden de abandonar el territorio, el internamiento solo estará justificado con arreglo a esta disposición cuando el procedimiento de expulsión sea tramitado con la diligencia necesaria (TEDH, sentencia 4 de abril de 2017, *Thimothawes c. Bélgica*, CE:ECHR:2017:0404JUD003906111, § 60). Además, se plantea la cuestión de si el artículo 44 *septies*, apartado 1, párrafos segundo a cuarto, de la Ley de 15 de diciembre de 1980, introducido mediante el artículo 31 de la Ley de 24 de febrero de 2017 impugnada, es compatible con la libertad de circulación garantizada a los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias por los artículos 20 TFUE y 21 TFUE y por las disposiciones de la Directiva 2004/38, de lo que cabe deducir que la duración del internamiento está limitada al tiempo estrictamente necesario para la ejecución de la medida de expulsión. Si bien el artículo 44 *septies* de la Ley de 15 de diciembre de 1980, introducido por la disposición impugnada, establece expresamente que el internamiento no podrá superar el tiempo estrictamente necesario para la ejecución de la medida, prevé que ese período podrá prorrogarse hasta ocho meses para organizar y ejecutar un traslado de un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia al Estado cuya nacionalidad posea esta persona o en el que sea titular de un derecho de residencia en condición de miembro de la familia de un nacional. Además, no contiene ninguna precisión relativa a las medidas que debe adoptar la autoridad con vistas a la expulsión de extranjeros a otro país de la Unión.

- 44 Por consiguiente, antes de pronunciarse en cuanto al fondo sobre el artículo 44 *septies*, apartado 1, párrafos segundo a cuarto, de la Ley de 15 de diciembre de 1980, introducido mediante el artículo 31 de la Ley impugnada, procede plantear al Tribunal de Justicia la segunda cuestión prejudicial que figura en el fallo.

VI. Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, y en particular los artículos 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, «relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE», en el sentido de que se opone a una legislación nacional que aplica a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias disposiciones similares a las que constituyen la transposición al Derecho interno, en cuanto atañe a los nacionales de terceros países, del artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo, 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», a saber, disposiciones que permiten obligar al ciudadano de la Unión o a los miembros de su familia a cumplir medidas preventivas para evitar todo riesgo de fuga durante el plazo que le ha sido concedido para abandonar el territorio a raíz de la adopción de una resolución que pone fin al derecho de residencia por razones de orden público o durante la prórroga de este plazo?
- 2) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, y en particular los artículos 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, «relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE», en el sentido de que se opone a una legislación nacional que aplica a los ciudadanos de la Unión Europea y a los miembros de sus familias que no han dado cumplimiento a una resolución que pone fin a su derecho de residencia por razones de orden público o de seguridad pública una disposición idéntica a la que se aplica a los nacionales de terceros países en la misma situación en lo respecta al período máximo de retención a efectos de la expulsión, a saber, ocho meses?